008218

BIBLIOTEKA KATEDRY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO U. J.

# La Notion de Droit en France au dix-neuvième siècle

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT CONTEMPORAINE

## OUVRAGES DU MÊME AUTEUR :

I. — **L'institution de la communauté continuée.** Contribution à l'étude de la réforme du droit matrimonial français. Grenoble-Allier, 1909.

II. — **La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique.** Paris. Librairie du Recueil Sirey, 1911.

III. — **La science du droit privé en France au début du XIXe siècle.** *La Thémis, 1819-1831, son fondateur, Athanase Jourdan;* 2e édition augmentée d'une *Introduction générale* à l'histoire de la science du droit privé en France de 1789 à 1830. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1914.

IV. — **La Faculté de Droit de Strasbourg.** (4e jour complémentaire An XII-10 mai 1871); Ses maîtres et ses doctrines, sa contribution à la science juridique française du XIXe siècle, Toulouse-Privat, 1916. Ouvrage honoré d'une récompense sur la fondation Audiffred par l'Académie des Sciences Morales et Politiques, 1917.

V. — **L'Ecole de l'Exégèse en droit civil.** Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants (en cours de publication dans la *Revue générale du Droit*, tirage à part). Paris, de Boccard, 1919.

VI. — **L'Enseignement du droit privé en France au XIXe siècle.** Ses lacunes au point de vue scientifique. L'histoire moderne du droit privé français; la question de son enseignement (en cours de publication dans la *Revue critique*, tirage à part). Paris-Pichon, 1919.

PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO 008218

BIBLIOTHÈQUE DE L'HISTOIRE DU DROIT & DES INSTITUTIONS
(TOME XVIII)

JULIEN BONNECASE
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

BIBLIOTEKA PRAWNICZA I

# La Notion de Droit en France au dix-neuvième siècle

Contribution à l'étude
de la philosophie du Droit contemporaine

BIBL. SEMIN. PRAWN. U. J.
Inw: 2736
Dział: I / 60
w: | t: | egz:

PARIS
E. de BOCCARD, ÉDITEUR
Successeur de FONTEMOING & Cie,
1, RUE DE MÉDICIS, 1

1919
Tous droits réservés.

Wydz. Bibl. Prawnicza



# AVANT-PROPOS

L'étude que nous consacrons à la *Notion de Droit en France au XIX^e^ siècle* a paru primitivement dans la *Revue générale du Droit*, de 1915 à 1918. Elle était tout entière écrite au début de l'année 1915. Il nous avait paru dès cette époque que c'était un devoir pour chaque juriste français, si modeste fût-il, de faire un retour sur lui-même et de contribuer dans la mesure de ses forces à rappeler, sinon à dégager, la conception traditionnelle du Droit en France. On savait déjà la légion des juristes germaniques prête à applaudir à toutes les méthodes de guerre et à toutes les conquêtes des armées allemandes, ces méthodes et ces conquêtes devant a priori constituer une juste application de la conception allemande du Droit; elle avait pris soin de le proclamer à la face du Monde par la voix de deux de ses plus illustres représentants; mêlés aux historiens, aux philosophes, aux théologiens de toute religion,

Laband, professeur de droit public à l'Université de Strasbourg et von Listz, professeur de droit criminel à l'Université de Berlin, avaient, en effet, tenu à appuyer de l'autorité de leurs noms le célèbre Manifeste des Quatre vingt treize intellectuels allemands lancé en octobre 1914. « Il n'est pas vrai, y disaient-ils, que notre façon de faire la guerre méconnaît le Droit des gens; elle ne connaît pas de cruautés indisciplinées... Il n'est pas vrai que la lutte contre ce que l'on appelle notre militarisme n'est pas une lutte contre notre culture, ainsi que le prétendent hypocritement nos ennemis. Sans le militarisme allemand, la culture allemande aurait depuis longtemps disparu du Monde. Pour sa protection il est sorti d'elle »(1). Cette profession de foi n'était pas, d'ailleurs, une nouveauté; l'union du militarisme allemand et de l'Université, ou plutôt la soumission de celle-ci envers celui-là, avait été souvent affirmée par les intellectuels germaniques, notamment au lendemain de la guerre de 1870 dans des circonstances qui éclairent singulièrement bien des manifestations de l'époque actuelle (2). Il n'y a pas

1. *Journal des Débats* du 12 octobre 1914; *Le Temps* du 16 octobre 1914.

2. Voir notamment le discours prononcé par le recteur Sohm à l'occasion de l'inauguration des nouveaux bâtiments de l'Université allemande de Strasbourg, le 27 octobre 1884. *J. Bonnecase, La Faculté de Droit de Strasbourg*, 4e jour complémentaire. An XII. 10 mai 1871. Ses maîtres et ses doctrines, sa contribution à la science juridique française du dix-neuvième siècle. Toulouse, 1916, p. 26.

lieu en tout cas, après cela, d'être surpris que dans un mouvement de lyrisme germanique, donc mouvement parfaitement calculé, l'Empereur Guillaume ait pu solennellement affirmer après quatre ans de guerre : « Le peuple allemand ne vit pas clairement, quand la guerre éclata, quelle signification elle aurait. Je le savais très exactement... Qu'on le veuille ou non, il ne s'agissait pas d'une campagne stratégique, mais d'une lutte entre deux conceptions du Monde ; ou bien la conception prussienne, allemande, germanique ;... ou bien la conception anglaise... Ces deux conceptions luttent l'une contre l'autre. Il faut absolument que l'une d'elles soit vaincue... La victoire de la conception allemande du Monde, voilà ce qui est en jeu » (1).

Précisément parce qu'il en était ainsi, il y avait, nous sembla-t-il, un intérêt évident à rappeler très exactement quelle avait été au dix-neuvième siècle et à préciser quelle était à cette heure la conception française du Droit . Or, il faut bien le dire, si cette conception a revêtu une suprême clarté pendant tout le siècle dernier, elle avait dans la période précédant la guerre, justement sous l'influence de la science allemande, arboré une allure énigmatique. La technique juridique allemande avait fini par influencer les juristes français et par les conduire insensiblement, du

1. *Journal des Débats* du 19 juin 1918.

fait de son adoption, à des solutions troubles sur le fond du Droit (1). Il importait à chacun dans sa sphère de réagir; loin de laisser la conception française du Droit dans l'indéterminé, il fallait la préciser, l'opposer à la conception allemande ; jamais les constatations que l'illustre Pasteur faisait au lendemain de 1871, n'avaient paru plus exactes :« Les causes de nos malheurs sont multiples, écrivait-il. Au premier rang, il faut placer l'existence tolérée d'une nation altière, ambitieuse et fourbe qui, depuis deux siècles, se développe *per fas et nefas*, à l'égard de tous ses voisins, sous une forme qu'on pourrait nommer *pathologique*, envahissante comme une tumeur malsaine, et qu'un publiciste allemand a flétrie de cette qualification : *le chancre prussien* » (1). La « tumeur malsaine », dont parlait Pasteur, avait revêtu pour accomplir son œuvre toutes les formes, même celle de la notion de Droit. L'Allemagne

1. Saleilles dont il sera longuement question dans notre étude a été le représentant le plus caractérisé de cette tendance. M. Thaller l'a noté en termes très exacts et très nets : « Saleilles, a-t-il écrit, a toujours passé pour celui des nôtres qui est le plus entré dans la science allemande, dans le génie allemand, dans la facture d'expression allemande, au point de mystifier ceux qui n'auraient point connu son origine... Cette force de pénétration des méthodes et du langage germaniques chez Saleilles (je dis des méthodes allemandes sous réserve de la pensée toute française qui l'animait et dont j'ai parlé plus haut) ne peut donc s'expliquer que par la préférence qu'il a témoignée à ce droit, lorsqu'il s'est initié à la carrière; cette empreinte, fortement gravée, s'est maintenue sur lui toute sa vie ». *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 31-32.

2. Pasteur, *Quelques réflexions sur la science en France*, Paris, 1871, p. 25.

en était venue à prétendre incarner le Droit dans tous ses actes et c'est pourquoi, parmi tant d'autres, il nous avait paru utile de présenter un tableau d'ensemble de la France du XIXe siècle sous le rapport de la notion de Droit.

De propos délibéré, nous nous étions primitivement abstenu de tirer des événements actuels les enseignements qu'ils comportent pour l'étude de la notion de Droit. C'était admissible en 1915. Mais le cours des choses est trop avancé à cette heure pour que nous eussions pu omettre de nous demander si l'histoire de ces quatre dernières années n'était pas venue apporter la preuve décisive que les Constituants de 1789 et après eux tout le dix-neuvième siècle avaient eu la vision exacte du Droit. Aussi avons-nous cru devoir compléter à cet égard par quelques développements nos premières recherches. Cela était d'autant plus indispensable que depuis notre première publication de nombreuses études ont paru, les unes appuyant notre opinion, les autres traduisant une certaine hésitation à abandonner les tendances en cours à la veille de la guerre et auxquelles nous avons fait allusion. Notre exposé aurait manifestement été dépourvu de sa conclusion logique, si nous n'avions fait état des mouvements d'idées ainsi traduits par cette littérature.

Novembre 1918.

# LA NOTION DE DROIT EN FRANCE
## AU XIX$^{E}$ SIÈCLE

---

### CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

**Aperçu sommaire sur les causes qui ont contribué à obscurcir en France la notion de Droit. — Le triple problème constitué par la notion de Droit : l'existence d'une notion de Droit, son contenu, sa fonction. — La nécessité de l'étude de la notion de Droit en présence de l'orientation nouvelle de la philosophie contemporaine.**

1. — La philosophie est à l'ordre du jour, alors qu'on pouvait croire que de longtemps les hommes n'auraient ni le loisir, ni le goût de philosopher. Sur les points les plus divers et les plus distants du monde civilisé, chaque jour les maîtres de la pensée contemporaine procèdent, devant des auditoires attentifs et fiévreux, à la démonstration de l'influence des doctrines philosophiques sur la mentalité et la destinée des peuples; il faut bien le dire, les événements commandent d'eux-mêmes cette démonstration; jamais n'avait mieux apparu l'efficacité du rôle des philosophes dans le gouvernement des Na-

tions; aux yeux des plus profanes, la science philosophique est réhabilitée; les plus incrédules sont obligés de reconnaître que la vie des Etats se meut au milieu de forces invisibles plus ou moins dirigées par leurs gouvernants, souvent ignorées d'eux et de tous, et qui, à un moment donné, placent le monde entier devant des résultats auxquels il ne peut tout d'abord croire, faute d'en saisir la trame originaire.

Mais on peut se demander si, à cette heure, on n'est pas sur le point de tomber dans l'excès, notamment en ce qui concerne l'Allemagne, en cherchant d'une manière trop exclusive dans la philosophie, dont elle a été pétrie, l'explication entière de ses actions et réactions au dix-neuvième siècle. A lire certains écrits de circonstance ou à écouter certains conférenciers, on a l'impression ou, si l'on veut, le pressentiment que, comme toujours, les disciples sont disposés à aller plus loin que les maîtres et à chercher dans la philosophie l'explication de toutes choses, en négligeant par trop les lois économiques, les considérations purement politiques, la tradition inconsciente, les instincts de la race, les préjugés et les ambitions des classes dirigeantes, les vues personnelles des Chefs d'Etat. De plus, nous insisterons tout particulièrement sur ce point, dans cette recherche légitime de l'influence de la philosophie sur la politique des Nations, certains écrivains ont le tort de faire état de la philosophie, en général, sans préciser suffisamment les notions, qui, dans la science philosophique, ont d'une manière plus directe amené les résultats dont on s'efforce de dégager la genèse; pour peu, on reviendrait d'une façon insensible à la conception primitive de

la philosophie science universelle, et il suffirait de brandir le mot philosophie, tel un flambeau magique, pour éclairer d'un coup les événements les plus enchevêtrés (1). Or, telle n'est pas la réalité. Certaines données de la science philosophique, telles qu'on les a conçues, doivent, beaucoup plus que d'autres ou même à l'exclusion des autres, être considérées comme ayant produit les conséquences que l'on attribue à la philosophie tout court. De ce nombre se trouvent être les conceptions qui se sont formées au dix-neuvième siècle autour de la notion de Droit ; ce sont elles, qui expliquent en grande partie l'attitude diamétralement opposée de la France et de l'Allemagne dans les événements en cours. On caractérise cette attitude en disant que la France est guidée par le Droit, tandis que l'Allemagne n'a d'autre idéal que la Force. Rien n'est plus exact. Mais ce que l'on n'a pas mis assez en relief, c'est qu'on est arrivé à ce résultat, parce que la France a gardé au dix-neuvième siècle, la juste conception de la notion de Droit, tandis que cette même notion se déformait en Allemagne pour finalement y disparaître.

2. — Nous consacrerons cette étude à justifier notre affirmation en ce qui concerne la France. Bien entendu, nous ne désirons pas faire un simple exposé de circonstance, encore moins tomber dans la polémique, mais bien profiter des événements actuels pour faire

1. Pour se rendre compte de la vérité de ce que nous avançons, il suffit de constater l'abus qui est fait aujourd'hui, à tout propos, de ces termes : « la philosophie allemande ». Rarement on s'est servi avec une semblable profusion d'un autre « deus ex machina », pour parler le langage des Anciens. C'est l'explication *a priori* et en bloc dans toute sa beauté et avec tous ses dangers.

un retour en arrière, suivre pas à pas la pensée française sur le terrain du Droit, au cours du dernier siècle, et montrer qu'au milieu des nuances et même des discussions les plus graves, cette pensée, réduite à sa plus haute expression, a gardé une unité et des caractères, qui sont l'un des plus beaux éléments de la tradition de la nation française (1).

1. Peut-être, à raison même des limites que nous fixons à nos investigations, convient-il avant d'aller plus loin d'essayer d'écarter les reproches que l'on pourrait être tenté de nous adresser; cela nous permettra en même temps de préciser le but que nous poursuivons et donnera à notre exposé la portée modeste, que nous lui avons nous-même assignée. — On pourrait à bon droit être, en premier lieu, tenté de juger bien prétentieux le titre que nous avons choisi pour une dissertation de peu d'étendue. Nous nous empresserions de reconnaître la justesse de cette observation, si, dans notre esprit, nous avions prétendu élucider de la sorte le problème du Droit, examiner toutes les solutions qu'on en a proposées et venir à notre tour fournir, au moyen d'une conception nouvelle, le mot de l'énigme. Mais tel n'est pas le cas. Nous avons localisé l'objet de notre étude à la fois dans le temps et dans l'espace : c'est sur la notion de Droit au dix-neuvième siècle que nous avons décidé de fixer nos regards, et encore avons-nous borné nos investigations aux frontières mêmes de la France; cette double limitation facilitait singulièrement notre tâche, d'autant que nous n'avons pas entendu discuter à fond toutes les conceptions mises en avant, mais plutôt les grouper et les mettre en relief, de façon à atteindre un résultat que nous indiquons au texte. Cela ne nous a pas empêché d'appuyer nos développements de toutes les références indispensables, de façon à permettre à nos lecteurs de s'assurer que nos généralisations reposaient sur des fondements solides. Nous avons cru pouvoir, à l'aide de cette méthode, essayer de donner utilement une vue d'ensemble des divers aspects qu'a revêtus, au siècle dernier, l'une des questions les plus difficiles de la science sociale et de la philosophie. — On pourrait nous faire une seconde objection et nous demander s'il était vraiment opportun de consacrer une nouvelle et courte étude à une question aussi débattue et aussi souvent exposée que celle de la notion de Droit. La suite de notre dissertation répondra, nous l'espérons, d'elle-même et d'une manière directe, à cette objection. A notre connaissance, les Traités de philosophie du Droit, publiés à la fin du dix-neuvième siècle, n'ont pas envisagé le problème sous

3. — Avant de poser le problème comme nous le comprenons, nous jugeons toutefois nécessaire de le débarrasser des causes qui, à notre avis, ont contribué singulièrement à l'obscurcir.

le même angle que nous. Ces traités ont, pour la plupart, étudié la notion de Droit dans toute son évolution historique : en tous cas, pour l'époque moderne, ils ont examiné la question en elle-même, abstraction faite de toute limitation de frontières, et, de plus, ils n'ont fait état, en ce qui concerne la France, que des ouvrages et des auteurs les plus autorisés. (Comp. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e édit., Paris, 1891. — De Vareilles-Sommières, *Les Principes fondamentaux du Droit*, Paris, 1889. — Charmont, *La Renaissance du Droit naturel*, Paris, 1910.) Avec une semblable méthode, on ne peut pas apercevoir la pensée française dans sa continuité, pas plus qu'on ne la saisit tout entière, dans toute son étendue. Or nous avons précisément voulu rendre cette pensée avec la plus grande fidélité; nous avons estimé qu'il était nécessaire pour cela de la séparer, d'une manière absolue, de toute considération sur les pays étrangers, de même que nous avons cherché à la vérifier dans tous les domaines où, en France, elle s'était manifestée; plus spécialement, nous n'avons négligé aucun des auteurs qu'elle a préoccupés. C'est là la caractéristique de notre effort, et, nous l'espérons, ce sera là son utilité. — Nous devons, toutefois, prévoir une troisième objection, peut-être encore plus grave, au fond, que les précédentes. Elle consisterait à nous reprocher le caractère arbitraire de notre étude, à mettre en doute l'utilité d'un examen de la notion de Droit portant sur un siècle déterminé et sur un pays donné, alors que nécessairement l'état de la question, à un moment précis de son histoire, est nécessairement lié aux conceptions qui l'ont précédé et à celles qui l'ont suivi, qu'il est nécessairement quelque peu dépendant des opinions en cours au même moment dans les autres pays civilisés, et qu'en tous les cas, il ne se comprend complètement que par opposition ou similitude avec ces opinions. Nous reconnaissons la portée de cette objection; nous croyons toutefois pouvoir en triompher aisément. Nous n'avons pas, en effet, pour seul but d'attirer l'attention sur ce que peut présenter de particulier la notion de Droit en France au XIXe siècle; nous songeons même surtout au contraste qui existe de ce chef entre la France et l'Allemagne. Mais les doctrines juridiques allemandes modernes ont été étudiées avec un tel soin en France au XIXe siècle que nous avons jugé inutile de reprendre leur exposé à notre tour. Il nous suffira de renvoyer à l'occasion aux auteurs qui en ont traité. Du rapprochement de leur œuvre et de la nôtre surgira né-

*4.* — Parmi ces causes, se trouve, au premier plan, l'absence d'une distinction nette entre le Droit et la Morale (1). Plus exactement, les auteurs ont eu le tort de voir dans la notion de Droit un diminutif de la notion de Bien ou, si l'on veut, de considérer que l'objet du Droit s'absorbe dans l'objet de la Morale, qu'il est donc, par rapport à celle-ci comme la partie par rapport au tout (2); ce qui n'empêche pas ces au-

cessairement et sans aucun effort, l'opposition qui sépare la France et l'Allemagne. Nous ajouterons qu'indépendamment de ce point de vue, le XIXe siècle mérite qu'on l'étudie pour lui-même, eu égard à la notion de Droit, se limiterait-on d'une manière absolue à un pays déterminé, indépendamment de toute arrière-pensée de comparaison. L'étude de l'histoire et de la philosophie contemporaines d'une nation sont des objets d'étude parfaitement légitimes, nul ne le conteste. Or, examiner la notion de Droit en France ou en Allemagne au XIXe siècle, c'est faire de l'histoire et de la philosophie contemporaines appliquées à la science du Droit.

1. « A dire le vrai, écrit M. Duguit, la question nous paraît dénuée d'intérêt, et les controverses sans fin, qui s'élèvent depuis des siècles sur la limite de la Morale et du Droit, nous paraissent vaines. » (*Droit constitutionnel*, 1re édit., p. 15.) L'auteur n'en prend pas moins soin de distinguer avec la plus grande rigueur, à propos du fondement du Droit, la règle de Droit de la règle de Morale. (*Ibid.*, pp. 15-16.)

2. Nous aurons maintes fois l'occasion, au cours de notre étude, plus spécialement à propos du contenu de la notion de Droit, de relever le vague qu'entraîne cette conception. Nous nous contenterons de citer à cette place une preuve significative de la facilité avec laquelle les meilleurs auteurs sont tombés dans ce défaut. En 1872, l'Académie des sciences morales et politiques avait mis au concours la composition d'un ouvrage, qui renfermerait les règles fondamentales du Droit français et montrerait leurs rapports avec la Morale. Alfred Jourdan, qui fut doyen de la Faculté de Droit d'Aix et a laissé une réputation de juriste aux vues larges et d'économiste distingué, triompha de seize concurrents. Son œuvre a été publiée sous le titre : *Le Droit français, ses règles fondamentales, ses rapports avec les principes de la morale, avec l'économie politique et avec l'utilité générale* (Paris, 1875). Ce traité est encore aujourd'hui intéressant à consulter; mais ce qui choque dans le cours de l'ouvrage, c'est précisément la confusion de la notion de Droit et de la

teurs de préciser que le Droit, ainsi distrait de la Morale, présente avec celle-ci, dans l'état actuel des faits, des différences tout à fait caractéristiques (1). Mais cette restriction est insuffisante à faire disparaître les inconvénients d'un point de départ, à nos yeux, inexact. Il est, en effet, indispensable si l'on veut arriver à une détermination exacte de la notion de Droit de commencer par établir la différence de nature séparant le Droit de la Morale. Cette tâche, est, à nos yeux, relativement aisée. Toutefois précisons afin d'éviter toute confusion que nous prendrons pour l'instant la Morale dans sa forme traditionnelle, en tant que science normative, nous réservant de faire état, en temps et lieu, du courant nouveau qui tend à transformer complètement le caractère de la Morale et à la ramener à la science des mœurs. Notre point de vue est d'autant plus légitime que la confusion du Droit et de la Morale à laquelle nous faisons allusion s'est opérée sur la base de la Morale traditionnelle.

En quoi donc le Droit et la Morale, qui tous deux tracent à l'homme une ligne de conduite, se distinguent-

loi morale. On en jugera par cette définition : « Le Droit, dit Jourdan, est l'expression de l'utilité sociale ou générale résultant de l'accord entre la loi morale et l'utilité particulière. La société humaine est fondée sur la justice. » (*Op. cit.*, p. 35.) Sans doute, cette confusion est intermittente. Par moments, Jourdan a la claire vision de la notion de Droit : mais, immédiatement après, il retombe dans sa confusion avec la Morale. Cet ouvrage, à tant d'égards excellent, n'atteint pas, en réalité, le but que s'était proposé l'Académie. Il faut ajouter, pour être tout à fait exact, que le rapport de Massé qui le précède est atteint du même défaut.

1. A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, 1914, t. I$^{er}$, pp. 2-3. — Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 3$^{e}$ édit., Paris, 1912, pp. 3-4.

ils ? Il suffit pour élucider le problème de partir d'une définition rigoureuse du Droit, en conformité de l'état actuel de la science, et de la rapprocher ensuite de la conception traditionnelle de la Morale. Ce procédé paraîtra peut-être à certains revêtir une allure par trop scolastique; ce n'en est pas moins le seul qui puisse nous conduire à un résultat ; avec grande raison, M. Lévy-Ullmann rappelait naguère dans son intéressant ouvrage : *La définition du Droit*, la nécessité des définitions. « Il est temps d'accentuer suivant nous, écrivait-il, une certaine rigueur de logique jointe à une ferme discipline de précision, de rappeler aux générations nouvelles qu'en dépit de multiples contingences impossibles à méconnaître et qu'il est indispensable d'observer, le juriste doit s'accoutumer, par dessus tout, à conclure et à définir » (1). Se plaçant plus spécialement sur le terrain du Droit, l'auteur mettait en relief les inconvénients qu'avait entraînés la tendance doctrinale moderne consistant à se garder « de définir le Droit par une formule générale et unique » (2). Avant lui, M. Gény avait fait la même remarque (3). Il est certain que cet état de choses est pour beaucoup dans le trouble qui plane sur la délimitation du domaine du Droit et de celui de la Morale.

Nous plaçant en présence d'un état de civilisation plus ou moins avancé, mais revêtant néanmoins une forme organique, (4) le Droit nous paraît devoir être

1. Lévy-Ullmann, *Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I. *La définition du Droit*, 1917, p. 168.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 117 et s.

3. Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, t. I, 1914, p. 42 et suiv.

4. Nous laissons aux sociologues et aux historiens le soin d'élu-

ainsi défini : *le Droit est l'ensemble des règles de conduite extérieure effectivement imposées ou susceptibles socialement et rationnellement d'être imposées à l'homme, sous la menace d'une contrainte également extérieure, du chef d'une autorité constituée, en vue de la réalisation de l'harmonie sociale par la conciliation du respect et de la protection de la personnalité des individus avec la sauvegarde des intérêts de la collectivité considérée dans ses divers groupements* (1). Aux termes de notre définition, cinq éléments intimement unis entr'eux et dépendant les uns des autres doivent être distingués si l'on veut embrasser dans son entier la structure organique du Droit : 1. le but des règles de droit ; 2. leur domaine d'application ; 3. leur degré de force ou leur sanction ; 4. les sources d'où elles dérivent ; 5. la substance dont elles sont faites. Ajoutons que s'il existe des divergences d'opinion au sujet des deux derniers éléments, l'accord est complet sur les premiers.

Et tout d'abord le but du Droit : la réalisation de l'harmonie sociale. Malgré sa diversité de formes dans le présent et le passé, le Droit a un but qui est invariablement le même parce qu'il répond à un besoin permanent de l'humanité : établir et maintenir dans les sociétés humaines l'harmonie qui est indispensable à leur existence (2). Le Droit, dirons-nous, réalise l'idée d'ordre dans le Monde social. — Le domaine d'appli-

cider le difficile problème de l'aspect présenté par le Droit dans les sociétés primitives et inorganiques.

1. Sur les diverses définitions du Droit, comp. Lévy-Ullmann, ouvrage précité. — Adde, Perreau, *Comment définir le Droit, Revue générale du Droit*, 1918, p. 69-78.

2. Comp. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e édit. 1891, p. 7 et s.

cation du Droit en second lieu. Sa détermination dérive en droite ligne de son but. Le Droit s'adresse aux manifestations extérieures de l'activité humaine et à elles seulement ; il dicte des règles de conduite en vertu desquelles les mouvements sociaux faits des oppositions d'intérêts entre individus ou entre groupes se dérouleront d'une manière ordonnée, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des sentiments intimes des acteurs de ces mouvements, ces sentiments seraient-ils anti-sociaux, pourvu qu'ils n'apparaissent pas au dehors. L'harmonie sociale étant une harmonie externe, la discipline imposée en vue de sa réalisation ne peut être et ne doit être qu'externe. Est-il besoin de rappeler que le Droit ne punit pas l'intention et que s'il en tient compte dans la répression, c'est sur la double base du danger que cette intention manifestée a fait courir à la société et de la nécessité de prévenir le renouvellement de troubles sociaux. — La règle de droit n'est pas, en troisième lieu, une règle théorique. Règle de conduite extérieure elle est pourvue d'une sanction également extérieure, c'est-à-dire placée, tout au moins dans les sociétés organisées, sous la protection d'une autorité constituée, qui par des moyens de contrainte des plus divers, directs ou indirects, en assure l'application. Toutefois il y a lieu de remarquer que, contrairement à une opinion par trop répandue, si l'on se place à un point de vue purement scientifique, la sanction ainsi comprise n'est pas de l'essence du Droit ; il faut, en effet, distinguer le Droit en action et le Droit en puissance. Le Droit en action embrasse les règles qui socialement et rationnellement nécessaires ont été effectivement prises en con-

sidération par l'autorité sociale constituée et pourvues par elle de sanction assurant leur observation. Le Droit en puissance est, au contraire, formé de règles qui, en fait et rationnellement, apparaissent comme indispensables au maintien de l'harmonie sociale, mais qui attendent leur prise en mains par l'autorité sociale ou qui par nature ne comportent pas dans l'état actuel des choses une sanction extérieure efficace; nous visons, dans le premier cas, la *lex ferenda*, la législation; dans le second, le droit international public principalement.

Cela nous amène au quatrième élément révélé par l'examen de la structure organique du Droit : les sources d'où dérivent les règles de droit. Quelles que soient les formes affectées par celles-ci, elles proviennent toutes des mêmes sources profondes: d'une part, les besoins et les aspirations du milieu social, d'autre part, la notion de droit. Les règles de droit ont à nos yeux, une double et indissoluble origine: une origine sociale et une origine rationnelle. Mais comme c'est là un point contesté à l'éclaircissement duquel notre étude a précisément pour objet de contribuer nous n'insistons pas davantage à son sujet pour l'instant. — Pour la même raison, nous serons très bref à cette place sur le cinquième élément du Droit : la substance de la règle de Droit. D'après notre définition, nous voyons cette substance dans la conciliation du respect et de la protection de la personnalité des individus avec la sauvegarde des intérêts de la collectivité considérée dans ses divers groupements. Ce qui est certain, c'est que le Droit régit à la fois les individus et les groupes dans les diverses manifestations de leur activité; de là, les

multiples branches du Droit que l'on retrouve à l'intérieur des deux grandes divisions constituées par le Droit privé et le Droit public, ceux-ci étant considérés aussi bien au regard de leur portée nationale qu'à celui de leur portée internationale. Mais cette conciliation entre les intérêts en jeu, substance de la règle de droit, se fait-elle surtout du point de vue de l'individu ou du point de vue de la collectivité ? Seul le parti pris sur la notion de Droit peut donner la solution et c'est pourquoi encore nous nous abstenons à cet égard pour l'instant. Au surplus, ainsi que nous l'avons dit, les deux derniers éléments que nous venons d'énumérer ne nous sont pas nécessaires pour distinguer nettement le Droit de la Morale.

Ce n'est pas qu'il soit facile de définir la Morale étant donné les divergences de vue qui existent à son sujet entre les philosophes (1). Toutefois, abstraction faite de la doctrine qui la réduit à la science des mœurs, les autres doctrines représentées par la « Morale philosophique » aux contours d'ailleurs fort imprécis (2), par la Morale métaphysique et la Morale religieuse, nous paraissent, quant à la définition de la Morale, pouvoir être englobées dans la notion suivante, qui est là contre-partie de notre conception du Droit. *La Morale serait l'ensemble des règles de conduite interne s'imposant à l'homme du fait de sa nature ou d'un idéal supérieur, sous la menace d'une sanction psychologique ou métaphysique, et ayant pour objet la réalisation de la per-*

1. Comp. Malapert. *Leçons de philosophie*, 5e éd. 1913, p. 1-14, aperçu général et références.

2. Comp. Malapert, *op. cit.*, t. 2, p. 13 et s., 112 et s.

*fection individuelle par le culte de l'esprit de sacrifice et le développement des aspirations les plus élevées de l'âme humaine.* — Nous laisserons de côté la substance de la règle de morale que nous voyons, aux termes de notre définition, dans le culte de l'esprit de sacrifice et dans le développement des aspirations les plus élevées de l'âme humaine; pratiquement cette substance prend la forme des devoirs envers soi-même envers autrui et, en morale métaphysique ou religieuse, envers la divinité; relevons toutefois dès à présent qu'à raison du but de la morale et de son domaine d'application, que nous allons préciser, les devoirs envers autrui ne revêtent pas, même extérieurement, le caractère des règles de droit qui visent elles aussi et exclusivement les rapports avec autrui. — Nous négligerons, en second lieu, les sources de la règle de morale : la nature de l'homme pour la morale philosophique, le Bien en soi ou Dieu pour la morale métaphysique ou religieuse. — Contrairement, à ce qui est d'usage pour distinguer le Droit et la Morale nous ne relèverons même pas la différence de sanction qui les sépare, la sanction de la morale étant, suivant les doctrines, purement psychologique, sentiment du mérite et du démérite, ou métaphysique et supra-terrestre. Ce n'est pas véritablement là que gît la différence profonde, irréductible, séparant le Droit de la Morale.

Cette différence se trouve, d'après nous (1), dans le domaine d'application respectif de ces deux sciences normatives comme dans le but poursuivi par elles,

1. Sur l'histoire de cette opinion et les auteurs qui l'ont défendue, v. Malapert, *op. cit.*, t. 2, p. 186-188.

domaine et but étant deux éléments de la structure organique de la Morale intimement liés. Les Moralistes sont, en effet, d'accord pour voir dans le for intérieur de l'homme le domaine de leur science et cela parce que le but de la morale est la perfection individuelle; il n'y a pas à ce point de vue de divergence marquée entre les partisans de la Morale philosophique et ceux de la Morale métaphysique ou religieuse. De là, l'opposition de la Morale et du Droit, auquel nous avons assigné pour domaine l'activité extérieure. « La loi morale, écrit M. Rayot, déborde les lois sociales; celles-ci n'imposent à l'individu que les obligations strictement indispensables à l'ordre public; bon nombre d'actions, de sentiments, de pensées ne tombent plus sous leur juridiction qui pourtant relèvent encore de la loi morale. C'est que la loi sociale ne pénètre pas jusqu'au fond des âmes; ce qui la regarde, ce sont seulement les actes; les intentions ne la concernent pas et, d'ailleurs, elles lui échappent. La société n'a pas le droit de violer l'asile intérieur de la conscience; elle peut faire régner l'ordre dans la rue, elle ne peut le faire régner au sein de la volonté; cette police ne lui appartient pas. Au contraire, ce qui préoccupe surtout la loi morale, ce sont les dispositions les plus intimes du sujet; sans doute elle ne fait pas abstraction de l'action, mais ce qui à ses yeux vaut surtout dans l'action, ce qui pour elle en constitue le mérite, c'est l'intention même dans laquelle elle a été faite. De cette façon, si la loi sociale se contente de l'obéissance effective et laisse de côté le motif de l'obéissance, la loi morale s'attache surtout à l'attitude de la volonté, à la raison de l'obéissance; elle

exige qu'on la respecte et que l'on ne se décide, que l'on n'agisse que par respect pour elle ; lui obéir pour d'autres considérations, c'est en réalité lui désobéir (1) ». Certes la règle de droit et la règle de morale peuvent se prêter pour leur observation et leur développement un mutuel appui ; elles n'en restent pas moins indépendantes dans leur domaine et dans leur but, et par suite, nous le verrons, dans leur principe. « S'il peut y avoir une coïncidence entre les lois sociales et la loi morale, dit encore le philosophe précité, si les unes ont pu servir à mieux déterminer la matière de l'autre, elles ne l'ont pas créée de toutes pièces elles sont incapables d'en être le principe. Le sentiment de l'obligation ne peut venir du dehors et il doit émaner du dedans (2). » La proposition inverse est rigoureusement exacte par la force même des choses : le Droit ne dérive pas plus de la Morale que la Morale du Droit. Or c'est ce que pendant tout le dix-neuvième siècle on s'est encore une fois obstiné à ne pas comprendre. Si vers la fin du siècle on a soutenu, sous l'influence des doctrines positivistes, que la loi morale était le résultat des lois sociales (3), on a surtout prétendu que les secondes étaient la conséquence de la première, que le Droit n'était qu'une partie de la Morale extérieurement sanctionnée, la partie relative à la catégorie des devoirs envers autrui dits devoirs de justice (4).

1. Rayot, *Cours complet de philosophie*, 4e éd. 1912, p. 584.
2. Rayot, *op. cit.*, p. 585.
3. Comp. Rayot, *op. cit.*, p. 585.
4. C'est l'opinion presque unanimement formulée par les commentateurs du Code civil au XIXe siècle. Nous nous contentons de renvoyer à leurs développements sur la notion de Droit, dont les références bibliographiques seront données plus loin.

En ce faisant, on était victime d'une illusion parce qu'on perdait de vue le but de la Morale. Outre que parmi les devoirs moraux envers autrui les devoirs de charité ont le pas sur les devoirs de justice, parce que la substance de la Morale est faite du désintéressement de soi-même, ils participent tous deux de la même essence et ont la même fonction ; c'est la même constatation qui s'impose pour les devoirs envers soi-même ; tous les devoirs moraux sont indissolublement liés. On a bien essayé de faire de la morale individuelle une forme de la morale sociale, du devoir individuel une variante du devoir social. Mais à cette prétention, un philosophe contemporain, enclin pourtant à ne pas séparer radicalement le Droit de la Morale (1) a répondu d'une manière décisive. « Tout en nous refusant, écrit M. Malapert, à faire de la morale individuelle le tout de la moralité, nous n'avons pas cru pouvoir adopter la thèse contraire qui n'en fait qu'un simple aspect de la moralité sociale, qui considère le devoir envers soi-même comme une forme indirecte du devoir envers autrui. Nous avons insisté enfin sur ce point, à nos yeux capital, que non seulement le devoir envers soi-même a une valeur propre, et non pas seulement par son rapport à l'intérêt social, mais encore que la vraie base de la vie morale se trouve dans l'individu, dans les dispositions intimes du cœur et de la volonté, de telle sorte que le devoir premier, central, c'est précisément de créer en soi, d'affirmer et de développer la personne, et d'accroître la force et la pureté de la conscience morale,

1. Malapert, *op. cit.*, t. 2, p. 187.

d'affermir le caractère, d'entretenir en soi ce foyer spirituel de vie intérieure qui ne peut manquer au surplus de rayonner au dehors (1). » Autrement dit, malgré lui-même en quelque sorte si nous en jugeons par ses efforts pour rapprocher le Droit et la Morale (2), M. Malapert voit dans celle-ci une science qui tend au perfectionnement interne et individuel. Nous laissons à un autre philosophe de profession contemporain le soin de séparer en conséquence d'une façon absolue la notion de Droit, source suprême des règles de droit, de la notion de Bien, source suprême des règles de morale. « Il ne faut pas identifier, écrit M. Alexis Bertrand, l'idée du Droit garantie par les lois avec l'idée du Bien commandée par la morale. La sphère du Droit est celle des actions intérieures, la sphère de la Morale celle des intentions et de la bonne volonté. Que les actions extérieures aient aussi une valeur morale, cela est indiscutable ; mais cette valeur leur est conférée par les motifs, c'est-à-dire par leur union à des actions intérieures. Au contraire, elles ont par elles-mêmes, et indépendamment des motifs et des intentions une valeur légale (3). »

Certes, tous les philosophes, nous le verrons incidemment, ne s'expriment pas avec la même netteté que M. Alexis Bertrand. Il n'en reste pas moins vrai que le Droit et la Morale sont deux sciences indépendantes et se suffisant respectivement à elles-mêmes quoique susceptibles de s'entr'aider dans leur contri-

1. Malapert, *op. cit.*, t. 2, p. 148-149.
2. Malapert, *op. cit.*, t. 2, p. 204-206.
3. Alexis Bertrand, *Principes de philosophie scientifique et de philosophie morale*, p. 312.

bution au progrès de l'Humanité. La conclusion logique de cette constatation est bien celle que nous avions annoncée : si on veut éviter l'erreur du point de départ en matière de recherches sur la notion de Droit, il faut se persuader qu'il convient de considérer le Droit en lui-même, dans ses manifestations spécifiques, se convaincre qu'il porte en lui la source et la directive desdites manifestations, que la notion de Droit ne s'identifie pas plus avec la notion de Bien que la règle de Droit avec la règle de Morale. Peut-être les développements auxquels nous venons de nous livrer pour en arriver là paraîtront-ils quelque peu longs ; mais on verra dans la suite qu'ils étaient absolument nécessaires (1).

5. — De l'absence d'une distinction nette entre le Droit et la Morale, nous rapprocherons l'abus qui a été fait, au dix-neuvième siècle, de l'expression *Droit naturel*. Que l'on prenne les *Traités de philosophie du Droit*, les ouvrages d'*Introduction à l'étude du Droit* ou d'*Encyclopédie juridique*, les *Traités de Philosophie*, en général, les *Commentaires des Codes*, ou même, ce qui est plus extraordinaire encore, les ouvrages portant expressément pour titre : *Traité de Droit naturel*, on est obligé de constater que leurs auteurs ont donné les sens les plus divers à cette expression *Droit naturel*. Tantôt elle est purement et simplement synonyme de Morale (2) tantôt elle sert à désigner la notion

1. Sur la distinction du Droit et de la Morale par les juristes modernes, comp. Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, t. I, p. 45-52 ; Lévy-Ullmann, *La définition du Droit*, 1917.

2. Jouffroy, *Cours de Droit naturel*, 2 vol., Paris, 1835. — De Neuf-

de Droit, prise en elle-même (1), tantôt enfin elle re-

bourg, *De la Loi naturelle*, 3e éd., Paris, 1862. — Eschenauer, *La Morale universelle*, Paris, 1874. — Nous citons à dessein ces trois intitulés d'ouvrages, parce qu'ils ont été choisis par bien d'autres auteurs et qu'ils recouvrent le même contenu : un traité des fondements de la morale, dans lequel il est question de la notion de Droit, mais incidemment, ou plutôt implicitement, cette notion étant considérée, comme s'absorbant dans la loi morale. — Il est une autre catégorie d'ouvrages dans lesquels l'expression Droit naturel est encore synonyme de Morale; mais, tout en l'enveloppant dans la morale générale, leurs auteurs dégagent mieux que les précédents la notion de Droit; tels sont : Perreau, *Eléments de Législation naturelle*, destinés à l'usage des élèves de l'Ecole centrale du Panthéon, Paris, messidor an IX. — De Portets, *Cours de Droit naturel, Droit des gens et Droit public général*, Paris, 1820-1821. — Cotelle, *Abrégé du Cours élémentaire du Droit de la nature et des gens*, Paris, 1820. — Lherbette, *Introduction à l'étude philosophique du Droit*, précédée d'un Discours sur les causes de la stagnation de la science du Droit en France, Paris, 1819. — Lepage, *Eléments de la science du Droit à l'usage de toutes les nations et de toutes les classes de citoyens*, ou Sources des devoirs de l'homme social, tant dans le for intérieur que dans le for extérieur; contenant les premiers principes du droit naturel et du droit positif, du droit des gens et du droit de cité, du droit public et du droit privé, enfin du droit religieux; suivi de notions essentielles sur le caractère des lois, leur division et leur interprétation, Paris, 2 vol., 1819. — Oudot, *Conscience et science du devoir*. Introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon, 2 vol., Paris, 1856. — T. Rothe, *Traité de Droit naturel, théorique et appliqué*, 4 vol., Paris, 1885-1904. — On voit étudiés dans tous ces ouvrages, la nature morale et même physiologique de l'homme, ses devoirs envers lui-même, envers Dieu, envers autrui; c'est à l'occasion de ces derniers que la notion de Droit et son action sont présentées, parfois accessoirement aux devoirs de charité considérés comme plus importants, précisément parce que les auteurs pensent surtout à la perfection de l'homme.

1. C'est en ce sens que l'expression : Droit naturel a été plus particulièrement employée par les auteurs de Traités de Droit civil ou même de Droit public. (Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1813, t. Ier pp. 1-3. — Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4e édit., Paris, 1824, t. Ier, p. 13. — Proudhon, *Cours de Droit français*, Dijon, t. Ier, p. 3. — Foucart, *Eléments de Droit public et administratif*, 2e éd., Paris, t. Ier, pp. 2-3. — De Gérando, *Cours de droit administratif*; extrait reproduit par la revue *La Thémis*, t. Ier, pp. 66 et suiv. — Aubry et Rau, *Cours de Droit civil fran-*

couvre une théorie déterminée sur le contenu de la notion de Droit; c'est en ce dernier sens qu'elle aurait dû être toujours employée, car cette expression est historiquement rattachée à l'une des doctrines qui ont été présentées sur le contenu de la notion de Droit (1). Ce n'est pas tout. Il est des auteurs, qui, au moyen d'un adjectif accolé à l'expression *Droit naturel*, ont trouvé un détour de plus pour en diversifier le sens; c'est ainsi que les uns distinguent le *Droit naturel* et le *Droit naturel proprement dit* (2), les autres le *Droit*

*çais*. 4e éd., Paris, 1869, t. Ier, p. 3. — Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Précis élémentaire de Droit civil*, 11e éd., Paris, 1914, p. 2. — A Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, 1914, t. Ier, pp. 3-4.)

1. L'idée d'un Droit naturel a été tout d'abord liée à l'Ecole du Droit de la nature et des gens, aux hypothèses de l'état de nature et du contrat social. (Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 3e édit., Paris, 1903, pp. 161-171, 377-403.) On désigne aujourd'hui par doctrine du Droit naturel, dans le sens étroit du terme, la doctrine individualiste sur le fondement du Droit ou Ecole libérale. Cette doctrine ramène, comme on le sait et comme nous le verrons, le contenu de la notion de Droit à la proclamation d'un certain nombre de droits individuels, inhérents à la nature de l'homme, imprescriptibles et inaliénables, que le droit positif a pour objet d'organiser et d'harmoniser. Les partisans de cette doctrine se sont efforcés, d'ailleurs, de séparer sa genèse de l'idée de contrat social, de prouver qu'elle était née le jour où on s'était aperçu que la source de tout droit était nécessairement dans l'individu, parce que lui seul était un être réel, libre et responsable, et de montrer enfin que son développement s'était poursuivi en dehors de la théorie du contrat social. (Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., Paris, 1891, pp. 64-150. — Franck, *Philosophie du Droit civil*, Paris, 1886, pp. 1-22. — Caro, *Problèmes de Morale sociale*, 2e éd., Paris, 1887, pp. 172-193.) — Nous donnerons des références plus complètes à propos du contenu de la notion de Droit. Sur la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, qui a été l'expression la plus parfaite de la doctrine des droits individuels, v. Duguit et Monnier, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France*, 3e édit., Paris, 1915, pp. I-XXVI, 1-36.

2. Oudot, *Premiers essais de Philosophie du Droit*, Paris, 1846,

*naturel primaire* et le *Droit naturel secondaire*, d'autres, enfin, le *Droit naturel* et le *Droit de la raison* (1). On n'appréciera jamais assez sévèrement le trouble que cette terminologie a jeté en France dans l'élaboration des principes scientifiques du Droit.

6. — Nous pourrions relever d'autres causes de perturbation (2). Mais nous sommes obligé, étant donné

pp. 62-68. — Cet auteur désigne sous le nom de « droit naturel », tout court, l'ensemble de la morale et du « droit naturel proprement dit », ce dernier terme étant pris dans le sens de « science de la législation ».

1. Cette double distinction est faite notamment par Belime (*Philosophie du Droit* ou *Cours d'introduction à la science du Droit*, 3e éd., Paris, 1869, pp. 201-204). Nous étudierons, à propos de la fonction de la notion de Droit, la conception très juste que recouvre cette terminologie quelque peu vague, qui consiste à séparer, d'une part, le droit naturel primaire ou droit naturel tout court, et, d'autre part, le droit naturel secondaire ou droit de la raison. En réalité, Belime et les auteurs qui ont accepté sa classification visent, par les premiers termes, la notion de Droit elle-même, et, par les seconds, sa fonction. Evidemment, c'est une façon compliquée de s'exprimer.

2. Notamment encore en matière de terminologie. Il n'est pas rare, par exemple, que les auteurs ou les orateurs voulant faire appel à la notion de Droit ne se contentent pas d'invoquer « le Droit » ; la plupart du temps, ils évoqueront « le Droit et la Justice », « la liberté et le Droit » ou encore tout simplement « la Justice ». L'inconvénient de cet usage n'est peut-être pas très grand ; nous n'en n'avons pas moins souvent remarqué qu'il était une cause de trouble. On semble différencier le Droit et la Justice, la Liberté et le Droit. Or cela ne peut pas être. La Justice est par rapport au Droit ce que la réalisation est par rapport à l'idée ; la Justice est la mise en application du Droit, la réalisation de la notion de Droit. Se demander si une action est juste ou injuste, c'est examiner si elle est ou non conforme au Droit. Quant à la liberté, elle est, nous le verrons, un aspect du contenu de la notion de Droit. Lorsque le mot « Justice » est employé seul, il sert, en réalité, d'équivalent au terme Droit. Poser la question de savoir ce qu'il faut entendre par la Justice, c'est poser le problème du Droit. Comme exemple de la confusion que peut entraîner l'emploi de ces divers

les limites de cette étude, de nous en tenir aux points essentiels; d'ailleurs, ce qui importe, c'est que la notion de Droit ait fait l'objet de développements dignes d'être retenus, et sur ce point l'affirmative n'est pas douteuse; l'effort accompli dans ce domaine au dix-neuvième siècle est considérable. Ce siècle, qui, au point de vue juridique, est avant tout une époque d'exégèse, ne s'est pas laissé entièrement absorber par la recherche du sens et de la portée des Codes napoléoniens; sa pensée s'est envolée au-dessus de ces contingences et, si elle n'a pas toujours été nettement exprimée, il n'en est pas moins possible de la saisir. C'est à cette tâche que nous allons nous consacrer désormais, après en avoir montré les difficultés et essayé d'en justifier l'entreprise.

7. — L'étude rationnelle de la notion de Droit suppose l'examen de trois ordres de questions, qui n'ont

termes les uns pour les autres, voir Oudot, *Premiers essais de philosophie du Droit*, pp. 13 et suiv. — Nous n'en aurions pas fini avec ce sujet, si nous voulions être complet. C'est ainsi que constamment on oppose le Droit et l'équité. Cette opposition est, la plupart du temps, le résultat d'une fausse conception du Droit, car, dans l'esprit de ceux qui la mettent en avant, elle signifie que le Droit peut être arbitraire, tandis que l'équité serait la réglementation idéale des rapports sociaux sainement entendus. Au fond, par conséquent, ce que l'on appelle équité, n'est pas autre chose que la conformité des lois avec la notion de Droit, et ce que l'on appelle Droit vise tout simplement une disposition réglementaire quelconque, qui peut, en effet, n'être pas équitable, c'est-à-dire constituer une fausse application de la notion de Droit. Encore faut-il grandement se défier de l'emploi de l'expression équité, qui, la plupart du temps, sert à recouvrir une appréciation purement subjective d'une situation juridique quelconque. C'est là un fait connu de tout le monde et qu'une fois de plus nous sommes amené, de par notre sujet, à relever incidemment.

pas toujours été distingués assez nettement par les juristes et les philosophes du dix-neuvième siècle. Ce n'est pas qu'ils ne les aient abordés et discutés, mais ils l'ont fait souvent d'une façon quelque peu confuse, parce qu'ils se sont inconsciemment attachés d'une manière principale à l'un de ces ordres de questions, résolvant de la sorte les deux autres par voie implicite; nous n'entendons pas, d'ailleurs, faire une observation générale; il est des auteurs, qui ont remarquablement posé avec toutes ses données le problème du Droit et, d'autre part, encore une fois, le vice de la méthode n'empêche pas de saisir les conceptions et les solutions de tous les autres.

*Voici, à notre avis, dans leur ordre logique, les questions à résoudre, si l'on veut arriver à élucider la notion de Droit, c'est-à-dire le problème du Droit.*

*La première est, par excellence, la question essentielle; elle consiste à se demander s'il existe une notion de Droit*, tout comme, ainsi que l'a admis la philosophie classique, il existe une notion de Bien, une notion de Vrai et une notion de Beau. *Cette question pose, en d'autres termes, le problème de la réalité, de l'origine et de la nature du Droit.*

*Une fois résolue dans le sens de l'affirmative, une seconde question surgit qui s'énonce ainsi : Quel est le contenu de la notion de Droit?*

*On arrive, enfin, à une troisième, car il ne suffit pas, pour éclaircir la notion de Droit, d'avoir démontré son existence et révélé son contenu. Il reste à déterminer quelle est sa fonction.*

Telles sont les trois questions que soulève l'étude de la notion de Droit. Nous n'aborderons pas immédia-

tement l'examen de la manière dont la France du dix-neuvième siècle les a résolues ; nous les avons, en effet, posées à dessein sous une forme abstraite et concise, qui réclame pour la clarté de l'exposition quelques explications complémentaires, tout particulièrement en ce qui concerne la première question. Si nous avions voulu être tout à fait explicite à son sujet, nous aurions dû user de la formule suivante : Existe-t-il une notion de Droit, où puise-t-elle son origine et sous quelle forme nous apparaît-elle, quels sont ses caractères abstraits ? Au fond, malgré tout, il était inutile de fragmenter de la sorte la question de l'existence de la notion de Droit, car cette existence ne peut se révéler à nous que liée à une origine déterminée, avec une certaine forme, revêtue de tels ou tels caractères. Il est, en tout cas, beaucoup plus important d'indiquer, ainsi que nous allons le faire, sous la pression de quels faits on est amené à se poser cette question de savoir s'il existe une notion de Droit ; la portée du problème qui nous préoccupe apparaîtra du coup plus nettement.

8. — A ce sujet, une constatation commence par s'imposer à nous. Dans son application immédiate aux rapports sociaux, le Droit a historiquement revêtu les formes les plus diverses et, d'autre part, cette diversité dans le temps s'est compliquée d'une diversité dans l'espace : à chaque phase de son développement, en effet, le Droit a présenté des aspects multiples suivant les nations qu'il régissait, d'abord, et ensuite, dans chaque nation, suivant les rapports auxquels il s'appliquait. A l'heure qu'il est, nous sommes obligés de re-

connaître qu'il continue à en être de même, que les législations nationales présentent les caractères les plus différents, et, malgré les rêves généreux de certains réformateurs (1), nous n'apercevons pas qu'il puisse en être autrement dans l'avenir ; de plus, les législations nationales ne se contentent pas de nous présenter en bloc un certain nombre de différences : celles-ci s'aggravent de ce que dans chacune le Droit privé et le Droit public, avec leurs multiples branches, revêtent une physionomie à part et diversifient de la sorte à l'infini les manifestations du Droit dans le présent comme dans le passé.

Tel est un premier fait. Il en est un second, qui s'oppose à lui. Malgré sa diversité de formes dans le passé et dans le présent, le Droit, conformément à notre définition antérieure, n'en a pas moins répondu et n'en répond pas moins à un besoin permanent de l'humanité, à un but invariablement le même : établir et maintenir dans les sociétés humaines l'harmonie externe, qui est indispensable à leur existence, et pour cela assigner à chaque individu et à chaque groupe une sphère d'action dans laquelle il sera éventuellement maintenu par voie de contrainte extérieure.

La vie du Droit nous amène en d'autres termes à constater que sa raison d'être est unique et qu'il atteint son but en revêtant les formes les plus variées. Ce n'est pas tout. Ces formes commencent dans une société donnée, par apparaître d'elles-mêmes, d'une manière

1. Comp. Lambert, *Etudes de droit commun législatif. Introduction. La fonction du Droit civil comparé*, Paris, 1903.

en quelque sorte inconsciente, qui aboutit à la coutume. Mais, ce point-là a pour nous une importance particulière, l'aboutissement normal d'un pays, parvenu à un certain degré de civilisation, est de voir l'élaboration du Droit confiée d'une manière principale à des législateurs, c'est-à-dire à des hommes, qui ont, en conséquence, mission de découvrir les règles susceptibles de coordonner pour le mieux l'activité de leurs concitoyens. Nous sommes, par suite, mis en présence d'un troisième fait, qui peut donner naissance à un quatrième et dernier. Que les législateurs fassent erreur, qu'ils formulent des règles mal conçues, et au lieu de réaliser l'harmonie, qui est le but du Droit, ils créeront le désordre et engendreront les révolutions.

En résumé, historiquement et dans le présent, le Droit se présente à nous sous des formes multiples, mais n'en poursuit pas moins un but unique et invariable: la réalisation de l'harmonie sociale. D'autre part, c'est à la volonté humaine, par l'intermédiaire des législateurs, qu'il appartient, suivant l'expression ancienne, de « dire le Droit », ou, mieux, de découvrir les formes les meilleures pour conduire le Droit à sa fin; et cette volonté ne peut pas être arbitraire, car le milieu dans lequel elle opère réagit de lui-même, si le législateur ne lui apporte pas ce dont il a besoin au premier chef: l'ordre, l'assignation à chacun d'une sphère d'action qui lui soit propre.

9. — C'est sous l'influence de ces faits que *le problème du Droit* s'est posé et devait immanquablement se poser. *Qu'est-ce que le Droit?* s'est-on demandé dans tous les temps. *Se ramène-t-il à un ensemble de phé-*

*nomènes, au milieu desquels l'Humanité se développe et sans lesquels elle ne peut pas vivre, mais qui ne correspondent pas à une substance déterminée, se produisent on ne sait comment et viennent on ne sait d'où? est-il, au contraire, une réalité aux manifestations variables, répond-il à une notion bien caractérisée, qui apparaît à l'homme sous une forme précise, avec une marque d'origine certaine, pourvue de traits distinctifs indiscutables?* Cette question, aucun jurisconsulte n'a réussi à l'écarter; c'est l'honneur du dix-neuvième siècle d'avoir cherché à l'élucider par tous moyens; les jurisconsultes les plus éloignés de conceptions s'y sont franchement attaqués et il est significatif, à ce point de vue, de voir deux maîtres de la science juridique contemporaine, aussi distants par leurs tendances que MM. Duguit et Gény, affirmer l'existence d'une notion de Droit et déclarer la science du Droit inconcevable sans l'acceptation de ce principe. C'est pour ne pas avoir osé prendre parti aussi nettement, qu'un autre jurisconsulte éminent de notre époque, M. Saleilles, a laissé son œuvre en quelque sorte découronnée (1).

1. Dans la remarquable et pieuse biographie qu'il lui a consacrée, M. Gaudemet s'est efforcé de laver son maître Saleilles de ce reproche et de nous rendre sa pensée sur la notion de Droit. (Gaudemet, *Raymond Saleilles, 1855-1912*. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1912, pp. 211 et suiv., 259 et suiv.) Mais malgré le talent et les efforts du disciple, la pensée du maître reste sur ce point fuyante et insaisissable. Rien ne le démontre mieux que les regrets mal dissimulés qu'ont été amenés à exprimer sur le même sujet les auteurs des diverses études consacrées à l'œuvre de M Saleilles et groupées sous le titre : *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Avant-propos de M. Thaller, Paris, 1914. Voy. notamment les développements de M. Gény (*La conception générale du Droit, de ses sources et de sa méthode dans l'œuvre de R. Saleilles*), *ibid.*, pp. 42-48; de M. Thaller (Avant-propos), *ibid.*, p. 22; de M. Paul

Cela prouve l'intérêt, qui s'attache à l'étude de la pensée française du dix-neuvième siècle sur l'existen-

Fournier (*Saleilles historien du Droit*), *ibid.*, pp. 167-168; de M. Ambroise Colin (*Saleilles et son œuvre en législation positive*), *ibid.*, pp. 296-297. Ceux qui ont eu l'inappréciable avantage de suivre l'enseignement de M. Saleilles dans les dernières années de sa vie ne cachaient pas, d'ailleurs, la pénible impression que leur causait l'incertitude dans laquelle les laissait, sur le problème fondamental qui nous occupe, un enseignement si remarquable à tant de points de vue et si attrayant; pour M. Saleilles comme pour tant d'autres, il est vrai de dire qu'il faut l'avoir vu et entendu dans sa chaire pour le juger à sa juste valeur et comprendre le charme qu'il a exercé sur ses auditoires. Malheureusement, nous ne craignons pas de l'avouer, à peine le maître était-il amené sur les confins de la notion de droit qu'il tournait court ou recourait à une de ces formules vagues, qui avait pour résultat de laisser sous l'influence d'une impression décevante des auditeurs désireux de remonter la suite des phénomènes et de scruter le fin fond des choses. A la réflexion, on s'apercevait que M. Saleilles s'efforçait d'en rester au positivisme en matière de droit et, qu'emporté par ses conceptions réalistes et évolutionnistes à outrance, il tenait avant tout à écarter de lui le reproche de pactiser tant soit peu avec les doctrines métaphysiques sur le fondement du droit; seulement, immédiatement après, on se rendait compte que le positivisme pur ne correspondait pas à sa pensée et, de fait, il n'est jamais tombé de ses lèvres une déclaration de principe comparable à celles que nous rencontrons chez les vrais positivistes (comp. Jèze, *Les principes généraux du Droit administratif*, 2e éd., Paris, 1914, p. 4), et qui auraient eu le mérite de fixer les esprits. Au contraire, par instants M. Saleilles va vers l'idéalisme, il évoque l'idée de justice (*Ecole historique et Droit naturel*, Rev. trim. dr. civ., 1902, t. I, pp. 80-111), mais sous une forme tellement vague et avec de telles restrictions qu'on en reste déconcerté. « Tout au plus, dit M. Gaudemet, M. Saleilles reconnaît-il un caractère absolument général à un idéal nécessaire de justice, admis par tous et que tous doivent s'efforcer de réaliser. Mais cet idéal, très vague en soi, n'apparaît guère, semble-t-il, dans sa doctrine, que comme une forme vide, dont l'expérience seule pourra déterminer le contenu, variable selon les temps et les lieux. » (Gaudemet, *op. cit.*, p. 225.) Le biographe ajoute encore : « Le droit naturel dont nous restaurons ainsi la notion et qui fournira au juriste son guide et son point d'appui, sera donc lui-même relatif, contingent, soumis aux variations de temps et de lieux. » Quelle meilleure preuve pourrait-on donner de la lacune ménagée dans l'œuvre de M. Saleilles

ce de la notion de Droit, d'autant que cette question a été moins souvent abordée par les historiens que la seconde, celle du contenu de la notion du Droit (1), à tort

par suite du manque d'opinion ferme sur la notion de Droit. « Nous le disons avec respect et sympathie, écrit notre ancien maître M. A. Colin, mais la vérité a d'abord ses droits. Le vice, la faiblesse des conceptions de Saleilles, d'ailleurs si ingénieuses et si profondes, si attachantes parfois, n'est-ce pas qu'il ait entendu les modeler exactement sur l'infinie complication des choses, qu'il ait voulu tout connaître, tout prévoir, tout régler, tout distinguer, tout concilier?... Même à aller au fond des choses, la législation telle qu'il la conçoit est irréalisable. Une vue trop scrupuleuse de la réalité du monde aboutirait à nier toute science, parce que la science est la systématisation d'un ordre de lois, c'est-à-dire de rapports permanents entre les faits, et que dans le monde qui est toute mobilité, il n'y a, en somme, pas de permanence, ni même peut-être de faits. » (*L'œuvre juridique de R. Saleilles*, pp. 296-297.) Ce défaut dû à l'absence d'un point de départ ou d'un point d'arrivée, comme on voudra, tant soit peu fixe, a fait que beaucoup d'auditeurs ou d'élèves de M. Saleilles se sont retournés vers l'œuvre d'un autre maître éminent, M. Gény. Certes, lui aussi a placé les fondements de son édifice dans le sol, au milieu des réalités, mais il n'a pas craint de le couronner de flèches, qui le complètent et fournissent au spectateur un point de repère merveilleux, guidant ses regards aussi loin qu'ils peuvent atteindre. Les disciples de M. Saleilles comprirent le danger. L'ouvrage initial de M. Gény : *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, avait paru en 1899. Dès 1903, M. Lambert écrivait : « Je souhaite vivement voir échouer la tentative faite par l'auteur pour dériver vers une direction nouvelle le mouvement de rénovation dont les études de droit civil sont actuellement l'objet. » (*Etude de droit commun législatif. Introduction. La fonction du Droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 41.) L'auteur montre bien par ailleurs tout ce qui sépare M. Gény de M. Saleilles. Celui-ci l'avait lui-même compris; il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir la préface qu'il écrivit pour l'ouvrage de M. Gény, notamment pp. IX-XIII. Nous n'en disons pas plus pour l'instant sur l'œuvre de M. Gény; nous aurons à faire état tout au long, au cours de notre étude, de ses belles conceptions sur la notion de droit. Mais il nous a paru utile d'illustrer, par l'exemple de l'œuvre de M. Saleilles, les raisons théoriques que nous avons données de l'entreprise de notre travail.

1. Comp. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., Paris, 1891. L'auteur s'occupe d'une manière principale de l'histoire de la notion de Droit sous le rapport de son contenu.

selon nous (1). En tout cas, la première une fois résolue, la seconde s'explique d'elle-même ; il ne suffit pas d'affirmer qu'il existe une notion de Droit et que nous en avons au point de vue abstrait une conception déterminée; encore faut-il savoir ce qu'elle renferme. A son tour, la troisième question est commandée par la seconde ; se demander quelle est la fonction de la notion de Droit dans la genèse des diverses manifestations du Droit positif, constitue, en effet, une interrogation qui doit suivre nécessairement l'admission d'une notion de Droit recouvrant une substance précise.

10. — Nous en aurions de la sorte terminé avec les développements préliminaires de notre étude, si les courants actuels de la philosophie ne nous faisaient un devoir de situer en quelque sorte nos recherches à leur égard. Il y a un quart de siècle notre étude aurait singulièrement détoné. Tout était, en effet, à la science et la science ne connaissait plus que le monde des phénomènes considérés dans les lois qui les enchaînent les uns aux autres. Oser se lancer sur l'antique terrain de la métaphysique paraissait constituer un jeu d'esprit aussi ridicule qu'inutile. Mais depuis cette époque les esprits ont de nouveau évolué ; une saine conception des choses a montré que les connaissances positives ne constituaient pas le tout du domaine intellectuel et moral de l'humanité, que les connaissances rationnelles y avaient aussi leur place. N'est-on

1. Comme nous le verrons, l'idéalisme juridique tient dans la croyance à une notion de Droit. Or, l'histoire de cette notion en Allemagne au XIXe siècle montre où peut mener l'absence d'idéalisme juridique.

pas même allé par une réaction trop vive jusqu'à prononcer le mot fatidique : « la faillite de la science », confondant ainsi les limites de la science avec son impossibilité. En réalité, on visait par cette formule, qui a malheureusement fait fortune dans certains milieux à un moment donné, l'échec subi par la science moderne dans sa prétention excessive à vouloir tout régir et tout embrasser (1). Aussi bien dans le domaine du Droit que dans tous les autres domaines scientifiques, les positivistes ont dû déchanter. Il est des vérités rationnelles, des postulats avanceront les plus timides, dont la science du droit notamment ne peut pas se passer sous peine de perdre en quelque sorte son centre de gravité. C'est à la démonstration de cette conception que tendent indirectement nos recherches, car, ainsi que nous l'avons dit, notre objectif immédiat est le tracé d'un tableau historique.

Nous prétendons de la sorte, disons-nous, être en accord avec les tendances de la philosophie contemporaine. On en trouvera la preuve dans les pages magistrales par lesquelles un philosophe éminent M. Le Roy s'est efforcé de montrer l'aboutissement de l'œuvre de M. Bergson au regard des « directions générales de la pensée contemporaine. » Nous nous permettrons d'en reproduire quelques extraits, tout en avouant humblement que nous ne partageons pas toute l'admiration de leur auteur pour la philosophie de M. Bergson et sa foi entière en les vertus de celles-ci ; nous aurons d'ailleurs à revenir sur ce dernier point. N'empêche que le tableau tracé par M. Le Roy est rigou-

1. Voir sur ce point, Boutroux, *Science et religion dans la philosophie contemporaine*, 1916, p. 247-250.

reusement exact et particulièrement digne d'attention du fait de la place tenue par son auteur dans la philosophie de notre époque.

« Commençons, écrit M. Le Roy, par jeter un coup d'œil sur le milieu de pensée où la philosophie bergsonienne a dû naître. Depuis une trentaine d'années, des courants nouveaux s'y dessinent. Dans quelles directions vont-ils? et quel chemin ont-ils déjà fait? Bref, quelles sont les caractéristiques intellectuelles de notre temps? Il s'agit de discerner les tendances profondes, celles qui annoncent et préparent l'avenir prochain... On a souvent noté, comme une marque essentielle de la génération dont Taine et Renan furent les plus illustres exemplaires, un culte passionné, enthousiaste, quelque peu exclusif et intolérant, de la science positive (1). Cette science, d'ail-

1. Citons à cet égard, à titre d'exemple, quelques extraits d'un article publié en 1860, dans la *Revue des Deux-Mondes*, par Renan sous le titre : *De la Métaphysique et de son avenir*. L'auteur avait pris prétexte pour l'écrire de l'apparition de l'ouvrage de Vacherot : *La Métaphysique et la Science*, ou *Principes de Métaphysique positive*. « Un des faits les plus graves qui ont marqué ces trente dernières années dans l'ordre intellectuel, disait Renan, est la cessation subite de toutes les grandes spéculations philosophiques. Je ne sais si depuis le Moyen-Age le même phénomène s'est produit avec un caractère aussi frappant... On peut dire que jusqu'en 1830, la pensée philosophique de l'Europe n'avait pas un instant sommeillé et que depuis le jour où elle déchira les langes de la scolastique elle ne s'était pas arrêtée pour peser la légitimité de sa tentative et de ses chances d'avenir... Une seule Ecole reste debout, active, pleine d'espérance, s'attribuant l'avenir, l'Ecole dite *positive ;* mais celle-là ne fait point exception à la loi que je signale, car son premier principe est justement la négation de toute métaphysique et c'est aux funérailles de la spéculation abstraite qu'elle nous ferait assister, si ses vœux et ses prédictions arrivaient à se réaliser. Ce qu'il y a de plus grave, c'est que ce sommeil de trente ans ne paraît pas près de finir. La pierre qui pèse sur la philosophie paraît si bien scellée qu'on est tenté de dire d'elle ce que Pé-

leurs, en ces jours de superbe, on l'imaginait unique, étalée sur un seul plan, toujours et uniformément compétente, capable d'étreindre n'importe quel objet avec la même force et de l'insérer dans la trame d'un même enchaînement ininterrompu... De cette science conçue comme l'unique maîtresse-de vérité, on attendait dans l'avenir qu'elle remplit tous les besoins de l'homme, qu'elle se substituât sans réserve aux antiques disciplines spirituelles. Plus de philosophie véritable; toute métaphysique semblait déception et chimère, simple jeu de formules vides ou de rêves puérils, cortège mythique d'abstractions et de fantômes; et la Religion enfin s'évanouissait devant la Science, comme une poésie de crépuscule devant la splendeur précise du soleil levant. — Toutefois, après tant d'orgueil, l'humilité avait son tour, une humilité elle-même excessive. De la science divinisée, que son triomphe accablait en la chargeant d'un poids trop lourd, il avait bien fallu reconnaître l'impuissance à dépasser l'ordre des relations, l'incapacité radicale à nous dire l'origine, la fin et le fond des choses. Elle analysait des

trarque disait de l'Italie : *Dormirà sempre e non fia chi la svegli...* De toutes parts, l'incapacité philosophique de l'esprit moderne semble donc constatée. Je vois l'avenir des sciences historiques : il est immense... Je vois l'avenir des sciences naturelles : il est incalculable... Mais je ne vois pas l'avenir de la philosophie, dans le sens ancien du mot ». *Revue des Deux-Mondes*, 1860, p. 365-392. Les disciples plus ou moins directs d'Auguste Comte ne manquent pas, au surplus, de faire remarquer que Taine et Renan ont largement été influencés par le fondateur de la philosophie positive. « Renan et Taine, écrit M. Lévy-Bruhl, sans être positivistes, ont fait plus, pour la diffusion des idées et de la méthode de Comte que tous ses disciples ensemble. Ils ont beau s'en défendre, leurs livres témoignent pour eux ». Lévy-Bruhl, *Le Centenaire d'Auguste Comte*, *Revue des Deux-Mondes*, 1898, p. 397-399.

conditions phénoménales, inapte à jamais saisir nulle vraie cause ou nulle essence profonde. Au delà c'était donc l'inconnaissable devant qui l'esprit humain ne pouvait que s'arrêter sans espoir. Et ainsi la misère naissait de l'ambition même, puisque la pensée pour avoir cru trop exclusivement en ses forces de géométrie, devait au bout de son effort s'avouer vaincue en face des seules questions dont il n'est permis à aucun homme de se désintéresser. — Cette double attitude n'est plus celle de la génération contemporaine. Les prestiges illusoires sont tombés. Dans la religion de la science, on ne voit maintenant qu'une idolâtrie. La hautaine affirmation d'hier apparaît aujourd'hui non point comme exprimant une donnée positive ou un résultat dûment établi, mais comme posant une thèse d'inconsciente et aventureuse métaphysique. Allons même plus loin. Si la vraie intelligence est ouverture d'esprit, aptitude à comprendre également des choses très diverses, chacune selon son originalité, il faut dire que la prétention de réduire la réalité à un seul de ses modes, le savoir à une seule de ses formes, est une prétention inintelligente. Voilà, nettement formulé, ce que pense la génération présente » (1).

Cette génération n'a jamais songé, comme certains esprits pourraient être tentés de le croire, à méconnaître ou à dédaigner « à un degré quelconque la valeur propre de la science ;... elle sait qu'en toute circonstance les méthodes positives ont leur témoignage à produire et que là où elles ont prononcé dans les limites de leur compétence, rien n'est légitime contre

1. Edouard Le Roy, *Une philosophie nouvelle*, Henri Bergson, Paris, 1913, p. 116-119.

leur verdict;... mais elle estime que la science, même élargie et assouplie, ne s'occupant toujours que de ce qui est, que du fait, du donné, demeure radicalement impuissante à résoudre le problème de la vie humaine. Nulle part la science ne va au fond dernier des choses, et il n'y a pas que des « choses » dans le Monde » (1). Telle était aussi l'opinion de l'illustre mathématicien Henri Poincaré. Abordant l'examen d'un problème voisin du nôtre : les rapports de la Morale et de la Science, et amené à donner son avis sur le rêve suprême des positivistes : la création d'une morale scientifique, il écrivait : « Dans la dernière moitié du XIXe siècle, on a bien souvent rêvé de créer une morale scientifique. On ne se contentait pas de vanter la vertu éducatrice de la science, les avantages que l'âme humaine retire pour son propre perfectionnement du commerce de la vérité regardée face à face. On comptait que la science mettrait les vérités morales au-dessus de toute contestation, comme elle a fait pour les théorèmes de mathématiques et les lois énoncées par les physiciens... Et d'un autre côté, il y avait des gens qui pensaient de la science tout le mal possible, qui y voyaient une école d'immoralité. Que devons-nous penser des espérances des uns et des craintes des autres ? Je n'hésite pas à répondre : elles sont aussi vaines les unes que les autres. Il ne peut pas y avoir de morale scientifique ; mais il ne peut pas y avoir non plus de science immorale. Et la raison en est simple ; c'est une raison, comment dirai-je? purement grammaticale. Si les prémisses d'un syllogisme sont

1. Le Roy, *op. cit.*, p. 119.

toutes les deux à l'indicatif, la conclusion sera également à l'indicatif. Pour que la conclusion pût être mise à l'impératif, il faudrait que l'une des prémisses au moins fût elle-même à l'impératif. Or, les principes de la science, les postulats de la géométrie sont et ne peuvent être qu'à l'indicatif ; c'est encore à ce même mode que sont les vérités expérimentales, et à la base des sciences, il n'y a, il ne peut y avoir rien autre chose. Dès lors, le dialecticien le plus subtil peut jongler avec ces principes comme il voudra, les combiner, les échafauder les uns sur les autres ; tout ce qu'il en tirera sera à l'indicatif. Il n'obtiendra jamais une proposition qui dira : fais ceci, ou ne fais pas cela, c'est à dire une proposition qui confirme ou qui contredise la morale » (1).

Ainsi donc, étant donné le caractère normatif de la Morale, Henri Poincaré démontre scientifiquement, par un raisonnement en quelque sorte mathématique, que la Morale ne peut pas être bâtie sur un fondement purement scientifique dans le sens étroit donné à ce terme, sur un fondement expérimental. Il est vrai qu'on pourrait être tenté d'essayer de trouver la déduction du grand mathématicien en défaut, sous le prétexte que la conception de la Morale science normative est aujourd'hui désuète et a fait place à la science des mœurs. Nous aurons à voir dans notre dernier chapitre, à propos de la conception sociologique du Droit, ce qu'il convient de penser de cette doctrine morale. Mais disons dès à présent qu'Henri Poincaré ne croyait pas plus à sa légitimité qu'à celle de

1. Henri Poincaré, *Dernières pensées*, 1917, p. 223-225.

la morale dite scientifique, en général. « Cette science des mœurs, disait-il, n'est pas une morale; elle n'en sera jamais une; elle ne peut pas plus remplacer la morale qu'un traité sur la physiologie de la digestion ne peut remplacer un bon dîner. Ce que j'ai dit jusqu'ici me dispense d'insister » (1). Henri Poincaré arrivait enfin à cette conclusion : « Il n'y a pas, et il n'y aura jamais de morale scientifique au sens propre du mot, mais la science peut être d'une façon indirecte une auxiliaire de la morale; la science largement comprise ne peut que la servir; la demi-science est seule redoutable; en revanche, la science ne peut suffire, parce qu'elle ne voit qu'une partie de l'homme, ou, si vous préférez, elle voit tout, mais elle voit tout du même biais » (2).

**11.** — Ces quelques citations, témoignages significatifs de l'état d'esprit de savants incontestés et de philosophes éminemment représentatifs de notre temps montrent la nécessité de reprendre sur de nouvelles directions l'étude de l'origine et du fondement du Droit, sans crainte, d'une part, de paraître retourner au passé et, d'autre part, de contrarier des doctrines plus ou moins directement issues du positivisme pur et qui croyaient détenir désormais sans conteste la scène du Droit. On nous permettra de citer encore en ce sens un jugement du mathématicien philosophe, au témoignage duquel nous avons déjà fait appel : « On ne doit redouter, a dit Henri Poincaré, que la science incomplète, celle qui se trompe ; celle qui nous leurre

1. Henri Poincaré, *op. cit.*, p. 243.
2. Henri Poincaré, *op. cit.*, p. 247.

de vaines apparences et nous engage ainsi à détruire ce que nous voudrions bien reconstruire ensuite, quand nous sommes mieux informés et qu'il est trop tard. Il y a des gens qui s'entichent d'une idée, non parce qu'elle est juste, mais parce qu'elle est nouvelle, parce qu'elle est à la mode ; ceux-là sont de terribles destructeurs, mais ce ne sont... j'allais dire que ce ne sont pas des savants, mais je m'aperçois que beaucoup d'entre eux ont rendu de grands services à la science ; ils sont donc des savants, seulement ils ne le sont pas à cause de cela, mais malgré cela »(1). Le Droit est essentiellement une science et non moins essentiellement une science normative, en ce sens que le Droit s'impose à l'homme d'une manière inéluctable, la vie sociale étant sans lui impossible, et en ce sens que le Droit tire sa force et son autorité des besoins sociaux et des aspirations sociales dégagés d'une étude attentive et scientifique du milieu social. Mais ne tire-t-il sa force et son autorité que de là ? Ne les puise-t-il pas, au contraire, en dernière analyse, dans un élément supérieur, qui trouve sa forme la plus parfaite dans la conception d'une essence extérieure à nous et constitutive de la notion de Droit? C'est ce qu'a pensé et proclamé la France du XIXe siècle par la voix de ses juristes, de ses philosophes, de ses hommes d'Etat. C'est ce que pense encore et proclame la France du XXe siècle. La vue d'ensemble que notre étude a pour but de projeter sur elles prouvera la vérité de notre affirmation, et en même temps implicitement, nous l'espérons, le bien-fondé de la conception tradition-

1. Henri Poincaré, *op. cit.*, 240-241.

nelle française dans le domaine du Droit. Parce qu'elle n'a pas cru devoir séparer les manifestations du Droit d'un élément dernier qui en serait la source vraie, la France n'en a pas moins bien servi la science du Droit et elle a de plus été éminemment représentative de l'idée d'ordre dans le Monde.

# CHAPITRE PREMIER

**L'idéalisme juridique de la France du dix-neuvième siècle. — L'existence de la Notion de Droit, son origine, ses caractères « formels ».**

Trois ordres d'idées, somme toute distincts, constitueront la matière de ce chapitre : le fait de l'adhésion de la France du XIX^e^ siècle à la notion de Droit ; la nécessité de la notion de Droit ; l'origine de la notion de Droit et les formes qu'elle a revêtues au XIX^e^ siècle aux yeux des juristes et des philosophes.

---

## SECTION I

### L'ADHÉSION DE LA FRANCE DU XIX^e^ SIÈCLE A LA NOTION DE DROIT.

**12.** — La croyance inébranlable en un principe supérieur de Droit constituera l'un des traits les plus remarquables de la Erance du dix-neuvième siècle dans l'ordre moral. Jamais, en effet, siècle n'a été plus di-

visé au point de vue des conceptions politiques, philosophiques, religieuses et sociales. Est-il besoin de rappeler, en premier lieu, que non seulement la France a connu successivement pendant ce siècle les régimes politiques les plus divers, mais que, de plus, chacun de ces régimes pendant sa durée a été le théâtre des luttes politiques les plus passionnées ? Il n'est pas davantage nécessaire de faire état d'une manière plus précise du conflit des doctrines philosophiques, entre elles d'abord et avec la religion ensuite; on ne peut l'imaginer ni plus violent, ni plus persistant(1). Il

1. On peut dire que le XIXe siècle a connu toutes les doctrines philosophiques possibles. La lutte de ces doctrines entre elles et avec les doctrines religieuses a surtout apparu, sur le terrain pratique, à l'occasion des problèmes de la liberté de conscience, du contrôle des congrégations religieuses et de la séparation des Eglises et de l'Etat, de la liberté ou du monopole de l'enseignement. Nous ne faisons état de cette lutte que pour indiquer qu'elle s'est toujours déroulée autour de la notion de Droit. Les auteurs des écrits ou des discours inspirés par ces discussions ont invariablement commencé par se placer sous la protection de la notion de Droit et par essayer de démontrer que leur thèse lui était seule conforme. Nous ne citerons à cette place que quelques exemples particulièrement significatifs. Dans son recueil intitulé : *Défense de l'Université et de la Philosophie*, discours prononcé à la Chambre des Pairs, dans les séances des 21 et 29 avril, 2, 3 et 4 mai 1844, 3e éd., Paris, 1844, Cousin commence par rechercher « si, parmi les passions déchaînées autour de nous, au milieu de la déplorable polémique soulevée depuis trois années, et dont la violence s'accroit chaque jour, il n'y a pas quelque principe ferme et assuré qui puisse nous être comme un mât dans la tempête »; immédiatement il se prononce pour l'affirmative et voit ce principe dans la notion de Droit, car il déclare : « Je renferme toute la discussion que soulève le projet de loi dans cette simple question : Le droit d'enseigner est-il un droit naturel? » — Dans le sens de la même méthode, parmi des auteurs qui ont soutenu sur le même sujet et à diverses époques des opinions opposées à celles de Cousin, voir Monseigneur Freppel, *La Révolution Française, à propos du Centenaire de 1789*, 18e édit., Paris, 1889. — Coquille, *Du Césarisme, dans l'antiquité et dans les temps modernes*, 2 vol. Paris, 1872. — Comme

suffit, enfin, pour évoquer d'un mot les oppositions et aussi les contradictions qu'a renfermées le dix-neuvième siècle, de mentionner l'avènement du socialisme à titre de doctrine économique caractérisée et de parti politique, de rappeler les transformations sociales qui, directement ou indirectement, s'en sont suivies (1). Or malgré toutes ces secousses, toutes ces luttes, tous ces bouleversements, la foi dans le Droit a subsisté entière. Quand tout semblait craquer dans l'ordre de choses établi, c'est vers la notion de Droit que les dirigeants de la nation se retournaient comme vers un sauveur.

Nous ne connaissons pas à ce point de vue de preuve plus symptomatique que la décision prise par l'Académie des Sciences morales et politiques, sur la proposition du général Cavaignac, au lendemain de la Révolution de 1848; décision consistant à publier par

tableau d'ensemble des discussions auxquelles a donné lieu la liberté d'enseignement, voir Grimaud, *Histoire de la liberté d'enseignement en France, depuis la chute de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours*, Paris, 1898.

1. Nous retrouverons plus loin l'influence qu'a eue la question sociale sur le contenu de la notion de Droit. Dès à présent, toutefois, nous signalerons la difficulté créée aux partisans de la doctrine libérale par la naissance et l'importance chaque jour plus grande de ce qu'on appelle la « législation sociale » ou le « droit social ». Pour la doctrine libérale pure, l'essence du Droit est négative, elle se ramène à la défense des droits individuels que l'homme tient de sa nature. Comment, dans ces conditions, concilier la législation sociale avec cette notion de Droit? Il y a là un point intéressant que nous nous efforcerons d'élucider. — Sur la manière dont, somme toute, le socialisme est sorti de la notion de Droit, puisqu'il est né de la critique du droit de propriété considéré jusque-là unanimement comme en partie constitutif de la notion de Droit, voir Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques, depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, Paris, 1909. Voir également ce que nous disons plus bas, note 2, à propos du « *Petit Traité* » de Thiers sur le *Droit de propriété*.

l'intermédiaire de ses membres une série de « Petits Traités » destinés à « soutenir les grands principes sociaux », à « rappeler aux esprits de salutaires vérités », à « faire avancer la société vers l'ordre dans la liberté et vers la prospérité dans le travail » (1). C'était, en réalité, un rappel de la notion de Droit que le général Cavaignac faisait adresser au pays par l'intermédiaire de l'Académie des sciences morales et politiques, tellement il sentait combien l'oubli du Droit risquait à la longue d'entraîner de maux irréparables (2).

1. C'est le 15 juillet 1848, que le général Cavaignac fit appeler le président de l'Académie des sciences morales et politiques, Charles Dupin, et qu'il lui exprima le désir de voir l'Académie concourir « à la défense des principes sociaux attaqués par des publications de tous genres ». L'Académie se réunit le surlendemain, adhéra à la proposition qui lui était faite et chargea son secrétaire perpétuel, Mignet, de porter à la connaissance du général Cavaignac la décision dont nous faisons état au texte. Le premier traité publié par l'Académie sortit de la plume de Cousin, sous le titre : *Justice et Charité*. L'auteur raconte en détail, en tête de son œuvre, l'histoire de ces « *Petits Traités* ». Bien entendu nous ne faisons état de cette publication qu'à titre de symptôme; elle ne pouvait pas avoir et n'eut pas grand succès. Voir à ce sujet : Lecerf, *La science et la raison humaine en présence des maux et des dangers qui menacent l'ordre social*. Caen, 1851. — *Adde :* Prieur, *Du principe d'autorité depuis 1789*, 3e édit., Paris, 1853.

2. Les rédacteurs des « *Petits Traités* » le comprirent. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir l'avant-propos qui précède celui consacré par Thiers au droit de propriété. « Puisque la société française, dit-il, en est arrivée à cet état de perturbation morale, que les idées les plus naturelles, les plus évidentes, les plus universellement reconnues sont mises en doute, audacieusement niées, qu'il nous soit permis de les démontrer comme si elles en avaient besoin. C'est une tâche fastidieuse et difficile, car il n'y a rien de plus fastidieux, rien de plus difficile que de vouloir démontrer l'évidence. Elle se montre et on ne la démontre pas. En géométrie, par exemple, il y a ce qu'on appelle les axiomes, auxquels on s'arrête, quand on y est arrivé, en laissant éclater leur évidence même... Nous en étions là aussi à l'égard de certaines vérités morales, que

Le fait devait se renouveler quelques vingt ans après dans des circonstances plus tragiques encore puisque le danger venait de l'extérieur et qu'il n'avait pu être conjuré. C'est, en effet, une protestation au nom du Droit *en soi* que la France lance contre sa mutilation du haut de la tribune de l'Assemblée nationale le 17 février 1871 par la voix d'Emile Keller, député du Haut-Rhin : c'est sous le couvert de la notion de Droit que, par sa bouche, les représentants de l'Alsace et de la Lorraine déclarent ne pas accepter le traité qui va les livrer à l'Allemagne. « Une Assemblée, même issue du suffrage universel, déclarent-ils, ne pourrait invoquer sa souveraineté pour couvrir ou ratifier des exigences destructives de l'intégrité nationale. Elle s'arrogerait un droit qui n'appartient même pas au peuple réuni dans ses comices. Un pareil excès de pouvoir, qui aurait pour effet de mutiler la Mère commune, dénoncerait aux justes sévérités de l'histoire ceux qui s'en rendraient coupables. La France peut subir les coups de la Force ; elle ne peut sanction-

nous regardions comme des axiomes indémontrables à cause de leur clarté même. » Après avoir dit que le droit de propriété était parmi ces vérités et rappelé comment subitement il fut attaqué, Thiers ajoute : « Tandis que nous reposant sur l'évidence de certaines propositions, nous laissions le monde aller de soi, comme il allait au temps où un grand politique a dit : « Il mondo va da se », nous l'avons trouvé miné par une fausse science, et il faut, si l'on ne veut pas que la société périsse, prouver ce que, par respect pour la conscience humaine, on n'aurait jamais autrefois entrepris de démontrer... Oui, raffermissons les convictions ébranlées, en cherchant à nous rendre compte des principes les plus élémentaires... Il ne s'agit plus d'embellir les demeures qu'habitent nos familles ; il s'agit d'empêcher qu'elles ne s'écroulent dans les abîmes, et pour cela il faut porter la main aux fondements même qui lui servent d'appui ».

ner ses arrêts. L'Europe ne peut permettre, ni ratifier l'abandon de l'Alsace et de la Lorraine. Gardiennes des règles de la Justice et du Droit des gens, les nations civilisées ne sauraient rester plus longtemps insensibles au sort de leurs voisines sous peine d'être à leur tour, victimes des attentats qu'elles auraient tolérés ». La même inspiration dictera le 1er mars suivant la protestation de Jules Grosjean, député du Haut-Rhin, au moment du vote définitif de l'abandon de l'Alsace-Lorraine (1). Qu'est-ce à dire sinon que pour l'Assemblée nationale de 1871 (car elle était tout entière de cœur avec les députés alsaciens et lorrains)(2) la notion de Droit était placée au-dessus de toutes les contingences ; à ses yeux, ni un peuple assemblé, ni un concert des puissances, ni le Monde entier, par hypothèse, unanime ne pouvaient légitimement se dresser contre le Droit et rendre au mépris de ses prescriptions un verdict durable. « Nous proclamons par les présentes à jamais inviolables, disait encore Keller, le droit des Alsaciens et des Lorrains de rester membres de la nation française et nous jurons, tant pour nous que pour nos commettants, nos enfants

1. Welschinger, *La protestation de l'Alsace-Lorraine les 17 février et 1er mars 1871 à Bordeaux*, Paris, 1911.

2. Commentant sa déclaration, Keller le reconnaissait : « Ah ! je le sais, disait-il ; au fond vous pensez comme nous... Osez l'affirmer ! Osez le dire à la face de l'Europe, et au lieu de cette force matérielle qui prétend imposer au monde ses lois détestables, vous nous donnerez la force morale qui finit toujours par triompher ». Analysant les motifs qui dictèrent la décision de l'Assemblée Nationale, M. Welschinger déclare de son côté : « J'atteste sur l'honneur, pour l'avoir vu et senti moi-même ce jour-là que ce fut la reconnaissance d'une nécessité inéluctable, mais faite avec une douleur sincère, avec des regrets unanimes, avec l'espérance d'un avenir réparateur ». Welschinger, *op. cit.*, p. 8 et 11.

et leurs descendants, de le revendiquer éternellement, et par toutes les voies, envers et contre tous usurpateurs ». De son côté, tout un groupe de l'Assemblée Nationale transmettait le 18 février aux députés de l'Alsace et de la Lorraine une adresse rédigée par Louis Blanc déclarant « l'Assemblée Nationale et le peuple français tout entier sans aucun droit pour faire d'un seul des Alsaciens et des Lorrains un sujet de la Prusse ». Cette adresse tenait d'avance « pour nul et non avenu tout acte ou traité, tout vote ou plébiscite par lequel serait fait cession d'une fraction quelconque de l'Alsace ou de la Lorraine; quoi qu'il advint, les citoyens de ces deux contrées restaient nos compatriotes et nos frères, et la République leur promettait une revendication éternelle. » (1). C'est enfin le même cri que nous retrouvons dans la protestation lue en 1874 au Reichstag par Edouard Teutsch, député de Saverne le jour où y firent leur entrée les quinze députés des provinces annexées : « Nous ne trouvons, y était-il dit, dans les enseignements de la Morale et de la Justice, rien, absolument rien, qui puisse faire pardonner notre annexion à l'Empire » (2).

Bref, pour les protestataires de 1871, le Droit était une puissance indomptable qui à son heure, se jouant des peuples comme des individus, remettait toutes choses à leur place; à tous quelles que fussent leurs opinions politiques, de Keller à Gambetta et à Clémenceau, en passant par Louis Blanc, Victor Hugo, Edgar Quinet, Sadi Carnot, Küss et tant d'autres, le Droit se

1. Welschinger, *op. cit.*, p. 14.
2. Welschinger, *op. cit.*, p. 22.

présentait sous les traits d'une essence éternelle, immuable, et universelle à laquelle étaient suspendues les destinées du Monde. Le même sentiment persistera en 1914 quand précisément « l'Heure du Droit » s'apprêtera à sonner. « A cette heure, dira le Président de la République dans sa proclamation du 1er août à la Nation française, il n'y a plus de partis, il y a la France éternelle, la France pacifique et résolue. Il y a la patrie du Droit et de la Justice tout entière unie dans le calme, la vigilance et la dignité. » Dans son Message aux Chambres, le 4 août, il ajoutera : « Dans la guerre qui s'engage, la France aura pour elle le Droit dont les peuples non plus que les individus ne sauraient impunément méconnaître l'éternelle puissance morale. » Nous pourrions ainsi multiplier les témoignages et montrer que l'histoire politique de la France contemporaine a tout entière évolué autour de la notion de Droit. Mais ce serait superflu ; il convient maintenant de constater que le même état d'esprit se retrouve pendant tout le siècle chez les professionnels : les juristes et les philosophes. Ceci a pour nous une importance particulière.

13. — Sous l'influence de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen, le dix-neuvième siècle débute par une profession de foi, aussi solennelle qu'on pouvait la souhaiter, au regard de la notion de Droit. On sait, en effet, que le Projet de Code civil connu sous le nom de « Projet de l'an VIII » débutait par un article ainsi conçu : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hom-

mes ». Cette disposition et d'autres de même nature, qui l'accompagnaient, disparurent de la rédaction définitive du Code civil; mais celui-ci n'en fut pas moins rédigé sous leurs auspices (1). Il ne pouvait pas en être autrement; elles représentaient la conception unanime du moment (2) et la conception qui, sous des formes diverses, devait dominer tout le siècle.

Nous disons : sous des formes diverses ; car si le Droit se diversifie dans ses applications immédiates aux rapports sociaux, la notion de Droit prise en elle-même, tout comme les notions premières en général, n'a pas été vue sous le même angle par les techniciens du dix-neuvième siècle. Le fait caractéristique, encore une fois, c'est que, dans leur presque unanimité et

1. J. Bonnecase, *La Thémis*, 2e éd., pp. 69-104 (La genèse du Code civil, 9 août 1793-30 ventôse an XII).

2. Il est inutile que nous insistions sur ce point. Nous citerons toutefois, parmi tant d'autres, parce que particulièrement caractéristiques, les paroles prononcées par le tribun Sédillez lors de la discussion de la loi du 22 ventôse an XII sur les Ecoles de Droit : « Si l'on n'admet pas le droit naturel, disait-il, les lois positives n'ont plus d'autre base que le bon plaisir du législateur, d'autres règles d'application que le caprice des juges; il faut renoncer à lire Montesquieu, d'Aguesseau, Cicéron. Nier l'existence d'un droit naturel est l'abus le plus étonnant d'une raison égarée; c'est la folie d'un homme qui s'en irait à Pékin pour dire que Paris n'existe pas, ou qui, monté dans un ballon, nierait l'existence de la terre qu'il aurait perdue de vue : pour guérir cet insensé, il suffirait de le ramener au point d'où il est parti. Que ceux qui prétendent que les lois positives sont suffisantes soutiennent donc aussi qu'il n'y a ni raison, ni conscience, et qu'il n'existe de crimes que depuis qu'on a élevé des échafauds. Il ne leur reste plus, dignes émules d'un musulman fameux, qu'à incendier les bibliothèques, en disant que l'Alcoran suffit. Messieurs, ce n'est pas ici que de pareils paradoxes peuvent s'accréditer; mais on les entend répéter tous les jours dans la société et il n'était peut-être ni inutile, ni déplacé d'y répondre encore une fois. » Favard de Langlade et Poncelet, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, Paris, 1838, p. 861.

d'une manière formelle, ils s'y soient ralliés (1). Leur adhésion n'est pas toujours raisonnée, elle revêt sou-

1. Proudhon, *Cours de Droit français*, Dijon, 1810, t. I, p. 3. — Blondeau, *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, 1843, pp. IV-VIII. — Blondeau, *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, Paris, 1850, p. 11. — Lerminier, *Philosophie du Droit*, 2 vol., Paris, 1851, t. I, p. 45. — Lerminier, *De l'influence de la philosophie du XVIIIe siècle sur la législation et la sociabilité du XIXe*, Paris, 1833, p. 358. — Guichard, *Traité des droits civils*, Paris, 1821, p. 2. — Lherbette, *Introduction à l'étude philosophique du Droit*, Paris, 1819, pp. 1 et suiv. — Rey, *Traité des principes généraux du Droit et de la législation*, Paris, 1828, pp. 283 et suiv. — Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 2e éd., Paris, 1898, t. I, pp. 53-63. — Cotelle, *Abrégé du Cours élémentaire du droit de la nature et des gens*, Paris, 1820, pp. 3-28. — Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2e éd., Paris, 1878, p. 7. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 4e éd., Paris, 1869, t. I, pp. 4-13. — Duranton, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 3e éd., Paris, 1834, t. I, p. 15. — Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du Droit. Etude des principes*, Paris, 1887, pp. 208-210. — Paul Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3e éd., Paris, 1887, t. I, pp. XI. et suiv. — Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Précis de droit civil*, 11e éd., Paris, 1914, pp. 1 et suiv. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, 3e éd., Paris, 1907, t. I, pp. 1-10. — De Portal, *Politique des lois civiles ou science des législations comparées*, Paris, 1873, t. I, pp. 2-41. — Du Caurroy, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1851, t. I, p. 2. — Marcadé, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, 6e éd., Paris, 1868, t. I, pp. XXVIII-XXX. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., Paris, 1869, t. I, p. 3. — Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du Droit*, Paris, 1829, p. 5 et suiv. — Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4e éd., Paris, 1824, t. I, pp. 9-15. — Dupin, *Profession d'avocat*, Paris, 1832, t. I, pp. 297-314 (lettre de Camus sur l'étude du droit naturel). — Lepage, *Eléments de la science du Droit, à l'usage de toutes les nations et de toutes les classes de citoyens*, Paris, 1819, t. I, pp. 40-226. — Vasselin, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, an IX, t. I, pp. 2-3. — Demante, *Programme du cours de droit civil français, fait à l'Ecole de Paris*, Paris, 1840, t. I, pp. 4-6. — Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 2e éd., Paris, 1841, pp. 1-19. — Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 4e éd., Paris, 1855, t. I, pp. 1-26. — De Portets, *Cours de droit naturel*, Paris, 1820-21, pp. 10-12. — Pillet, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, pp. 1-3. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, nouv. éd., par Poncelet et Bastiné, Bruxel-

vent la forme d'une simple affirmation ou même d'un acte de foi. Il n'en est pas moins remarquable de voir

les, 1838, t. I, pp. x-xi. — Bourguignon, *Eléments généraux de législation française*, Paris, 1875, p. 1. — Boulage, *Principes de jurisprudence française*, Paris, 1819, t. I, pp. 105-115. — Torombert, *Principes du droit politique, mis en opposition avec le contrat social de Rousseau*, Paris, 1825, p. 9. — Alfred Jourdan, *Le Droit français*, Paris, 1875, pp. 35-37. — Fritot, *Esprit du Droit*, Paris, 1825, pp. 2-3. — Matter, *De l'influence des mœurs sur les lois et de l'influence des lois sur les mœurs*, 2e éd., Paris, 1843, pp. 59-84. — A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, 1914, t. I, pp. 3-4. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, 1912, pp. 8-16. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., Paris, 1911, t. I, pp. 2-3. — Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, 1910. — Coquille, *Les légistes, leur influence politique et religieuse*, 2e éd., Paris, 1863, pp. 1-11. — Sortais, *Manuel de philosophie*, 4e éd., Paris, 1907, pp. 512-522. — Rayot, *Cours complet de philosophie*, 4e éd., Paris, 1912, pp. 704-714. — Oudot, *Premiers essais de philosophie du Droit*, Paris, 1846, pp. 66 et suiv. — J.-B. Sirey, *Les cinq Codes avec notes et traités*. Paris, 1819, pp. 442-447. — Perreau, *Eléments de législation naturelle*, Paris, an IX. — Perreau, *Principes généraux du droit civil privé*, Paris, an XIII, pp. 1-5. — Gin, *Analyse raisonnée du droit français*, Paris, an XII, pp. 1 et suiv. — Morelot, *Dictée d'un professeur de droit français*, Dijon, 1836, t. I, pp. 1 et suiv. — Lucien Brun, *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, 1879, pp. 29-59. — Bautain, *Philosophie des lois au point de vue chrétien*, 3e éd., Paris, 1863. — Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 2e éd., Paris, 1891. — Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant, Introduction, pp. 12-20. — Tissandier, *Etudes de théodicée*, Paris, 1869. — Jouffroy, *Cours de droit naturel*, 2 vol., Paris 1866. — Tanon, *L'évolution du Droit et la conscience sociale*, Paris, 1900. — Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1re éd., Paris, 1907, p. 2. — Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, pp. 16-17. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914. — Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899. — Beaussire, *Les principes du droit*, Paris, 1888. — De Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du Droit*, Paris, 1899. — P. Janet, *La Morale*, Paris, 1874, pp. 266 et suiv. — Oudot, *Conscience et science du devoir*, 2 vol., Paris, 1856, t. II, pp. 87-201. — Alfred Jourdan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique ou Philosophie comparée du droit et de l'économie politique*, Paris, 1885, pp. 37-45. — Boistel, *Cours de philosophie du Droit*, 2 vol., Paris, 1899, — Belime, *Philosophie du Droit ou Cours d'introduction à l'étude du Droit*, 2 vol., Paris, 1869. — Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'es-*

l'élite intellectuelle d'un pays admettre pendant tout un siècle, au milieu des bouleversements qui se pro-

*prit philosophique durant le XVIIIe siècle*, 3e éd., 2 vol., Paris, 1834. — Franck, *Philosophie du droit civil*, Paris, 1886, pp. 1-23. — A. Jacques, J. Simon et Saisset, *Manuel de philosophie*, 6e éd., Paris, 1869, pp. 358 et suiv. — Eschenauer, *La morale universelle*, Paris, 1874. — De Neufbourg, *De la loi naturelle*, 3e éd., Paris, 1862. — Troplong, *De la vente*, Paris, 1834, t. I, pp. XX-XXI. — Hepp, *Essai sur la théorie de la vie sociale et du gouvernement représentatif*, Paris et Strasbourg, 1833. — Eschbach, *Introduction générale à l'étude du Droit*, 3e éd , Paris, 1856, pp. 16-26. — Schützenberger, *Etudes de droit public*, Paris et Strasbourg, 1837. — Schützenberger, *Les lois de l'ordre social*, Paris et Strasbourg, 2 vol., 1849. — Nous arrêtons là notre énumération, parce qu'il y a une limite à tout; mais il ne faudrait pas croire que nous avons de la sorte cité tous ceux qui, au XIXe siècle, parmi les juristes, les philosophes, les historiens et les publicistes, ont fait profession d'idéalisme juridique. Aux ouvrages et aux auteurs dont nous avons fait état, il faut en ajouter bien d'autres et notamment presque tous les discours de rentrée de la magistrature, cités plus loin; de plus, des ouvrages proprement dits, il convient de rapprocher les innombrables études parues dans les Revues du XIXe siècle, *La Thémis*, la *Revue Wolowski*, la *Revue Fœlix*, la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, la *Revue pratique de droit français*, la *Revue générale du Droit*, la *Revue internationale de l'enseignement*, la *Revue historique de droit français et étranger* publiée aujourd'hui sous le titre de *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, la *Revue trimestrielle de droit civil*, la *Revue de droit public*, etc. Il a été publié, pour les plus anciennes de ces Revues, des volumes de tables dressées par ordre de matières et par noms d'auteurs; il suffit de se référer dans ces tables aux mots : Droit naturel, législation, Droit public, ou simplement parfois au mot Droit. V. notamment : Tardif et Senn, *Table des cinquante premiers volumes de la Revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1905. — Coin-Delisle et Million, *Tables analytiques de la Revue de législation et de la Revue critique de législation et de jurisprudence, précédées des tables de La Thémis et de la Revue du Droit français et étranger*, avec une Introduction de Laferrière, Paris, 1860. Depuis cette date, la *Revue critique* a publié des *Tables décennales*. Sur l'Ecole de *La Thémis* et ses conceptions à l'égard du problème du Droit, qu'on a longtemps identifiées à tort avec celles de l'Ecole historique allemande, comp. J. Bonnecase, *La Thémis*, 2e éd., Paris, 1914, pp. 242 et suiv. — On pourrait être tenté de nous reprocher d'avoir cité pêle-mêle en quelque sorte les auteurs du XIXe siècle, qui ont pour doctrine commune l'idéalisme

duisaient dans tous les domaines et en face des progrès sans précédents réalisés par toutes les sciences, que la vie des sociétés doit, pour être normale, se laisser guider par un principe supérieur de Droit ; parmi cette élite on rencontre, indifféremment mêlés les uns aux autres, des juristes, des philosophes, des économistes, des historiens, des littérateurs, des publicistes ; on y rencontre des croyants et des non-croyants, des positivistes et des spiritualistes, des auteurs qui ne veulent discuter que les faits et des métaphysiciens des plus hardis. Mais cela seul devait amener des conceptions différentes de la notion de Droit. C'est le sort des notions ressortissant aux plus hautes spéculations de la pensée que de prendre suivant le cerveau de chacun une physionomie différente ; cela n'affecte pas leur existence ; la manière dont chacun s'efforce de les concevoir démontre, au contraire, leur nécessité.

Avant d'étudier cette nécessité en elle-même et d'être ainsi conduit à l'examen des formes qu'a revêtues au XIXe siècle la notion de Droit, qu'on nous permette de faire encore état d'une manière toute spéciale du témoignage séculaire de la magistrature française. Nous ne connaissons pas, en effet, de preuve plus ca-

juridique sous ses diverses formes. Mais nous tenons à dire que nous l'avons fait à dessein, parce que de ce groupement sans compartiments se dégage mieux l'esprit du siècle dernier sur le fondement du Droit. Tous ces auteurs ont cru à l'existence d'une notion de Droit, qui s'impose à nous ; la diversité de leurs œuvres, leur éparpillement sur tout le cours d'un siècle, la divergence de leurs conceptions politiques, sociales, morales et religieuses ne font que donner plus d'importance à ce fait et, dès lors, leur citation au fur et à mesure de nos lectures, que nous avons poursuivies sans souci de date, nous a paru être de nature à mieux faire ressortir un résultat, qui nous a frappé nous-même.

ractéristique de l'état d'esprit du monde juridique moderne, de ce besoin de croire à un principe de droit supérieur, d'en démontrer l'existence, les caractères, la fonction et le contenu, que la persistance avec laquelle pendant tout le cours du dix-neuvième siècle, le problème a été périodiquement abordé dans les prétoires de nos Cours et Tribunaux, grâce à l'institution des discours de rentrée, aujourd'hui abolie depuis le décret du 10 juillet 1903. Quand on parcourt la liste de ces discours, on est frappé de la place (1) qu'y occupe

1. Nous citerons à l'appui de notre assertion quelques titres de ces discours. Quelques-uns de ces titres couvrent mal, d'ailleurs, leur contenu. Il n'en reste pas moins que si on se proposait de faire une étude étendue de la notion de Droit au XIXe siècle, ces discours mériteraient un examen approfondi; c'est parce que nous nous en sommes rendu compte que nous en faisons état. Afin d'abréger la citation nous indiquerons simplement l'année où le discours a été prononcé et le siège de la Cour; quand il s'agira d'un discours prononcé à la Cour de cassation, nous remplacerons le nom de ville par celui de Cassation; il est donc entendu que quand nous consignerons Paris comme siège de Cour, c'est de la Cour de Paris que nous entendrons parler. — Vaïsse, *Du besoin de la justice*, Aix, 1840. — Laborie, *De l'individualisme*, Lyon, 1841. — Gillon, *De la difficulté d'acquérir la véritable science des lois*, Amiens, 1833; *Du désintéressement*, Amiens, 1834; *De l'influence morale de la magistrature par rapport à l'administration publique et à la société*, Amiens, 1835; *De l'individualisme*, Amiens, 1836. — Gaultier, *De l'étude de la jurisprudence*, Angers, 1837; *Du calme du magistrat au milieu de l'activité sociale*, Angers, 1838; *Des fonctions publiques*, Rouen, 1842. — Bérenger, *De la religion dans ses rapports avec l'éloquence*, Grenoble, 1813. — Mesnard, *Des devoirs du magistrat dans la magistrature nouvelle*, Grenoble, 1832; *Des obstacles politiques qui peuvent entraver l'action de la justice*, Grenoble, 1833. — Jallon, *De l'érudition en jurisprudence*, Riom, 1832. — D'Oms, *De l'influence de la philosophie sur les institutions*, Bordeaux, 1834; *Du droit de punir*, Bordeaux, 1844; *De la conscience*, Bordeaux, 1845; *De la puissance et de la dignité du Droit*, Toulouse, 1846. — Caussin de Perceval, *De l'ordre*, Amiens, 1841. — Du Bodan, *Du système militaire*, Rennes, 1846. — Fauconneau-Dufresne, *Du principe d'autorité*, Toulouse, 1850. — Guyho, *Des vrais rapports du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire*, Amiens, 1855; *De la Cour*

la notion de Droit, en même temps que de l'élévation de pensée et de la science avec lesquelles la question

*de cassation considérée dans ses rapports avec nos institutions actuelles et dans son influence sur le développement des grands principes sociaux*, Cassation, 1860. — De Moulon, *Utilité des études philosophiques, historiques et littéraires pour le magistrat et l'avocat*, Rennes, 1847; *Du sentiment du devoir*, Pau, 1850; *De la dignité du magistrat*, Pau, 1854. — Barbier, *La restauration de l'ordre moral par le Code Napoléon*, Paris, 1857. — Robert de Chenevière, *De la renaissance et de la marche progressive du Droit dans les sociétés modernes*, Bourges, 1845; *Du respect de la France pour le droit des gens dans son application à la guerre*, Bourges, 1859. — Savary, *Essai sur l'histoire du Droit civil*, Orléans, 1858; *De la magistrature française et de son influence sur la société*, Cassation, 1862. — Larombière, *De l'équité*, Limoges, 1852. — Sorbier, *Le respect dû à l'autorité*, Agen, 1849; *Le sentiment du devoir*, Agen, 1851. — Merville, *De l'influence des mœurs sur l'interprétation des lois*, Amiens, 1851; *De l'importance sociale et historique du Droit*, Amiens, 1854. — Gast, *Etude sur la liberté civile*, Rennes, 1860; *Etude comparative sur le droit civil de l'ancienne France, de la législation intermédiaire et du Code Napoléon*, Poitiers, 1862. — Onofrio, *Le bien public par le fait de la justice*, Lyon, 1862. — Bécot, *De l'esprit d'équité dans nos lois et dans la magistrature*, Amiens, 1857. — Talandier, *L'esprit libéral et humain des lois nouvelles*, Limoges, 1865. — Renouard, *Le droit prime la force*, Cassation, 1872; *Personnalité et sociabilité*, Cassation, 1873; *Des progrès du Droit*, Cassation, 1876. — De Raynal, *Des devoirs de la magistrature dans l'état présent de la société*, Bourges, 1841; *La fermeté du magistrat*, Caen, 1881. — Blanche, *Etude sur l'histoire de la justice en France*, Rouen, 1843. — Rouland, *Rapports de la magistrature avec l'impulsion morale et politique du pays*, Rouen, 1840; *De l'application des lois*, Douai, 1853. — Godelle, *Des principes fondamentaux de la famille moderne*, Metz, 1869. — Vételay, *De l'importance des mœurs*, Limoges, 1872. — Varambon, *L'idée de patrie*, Besançon, 1872. — Rousselier, *De l'indépendance du pouvoir judiciaire et de son rôle dans une société démocratique*, Nîmes, 1871. — Faure-Biguet, *De l'interprétation des lois*, Poitiers, 1880. — Villetard de Laguérie, *Du fondement du droit de juger*, Paris, 1882. — Dupin, *Des progrès de la législation*, Cassation, 1833; *Des améliorations et des progrès dans la législation criminelle depuis 1789*, Cassation, 1847. — Vigier, *Fondement de la morale et du droit naturel*, Toulouse, 1871. — De Curières de Castelnau, *La loi de Dieu fondement de la législation positive*, Nîmes, 1875. — Legeard de La Diriays, *Du droit individuel et du devoir*, Toulouse, 1872. — Chrétien, *Les transformations de l'idée de Droit*, Rouen, 1885. — Catta, *Réflexions sur la liberté et le devoir envisagés au point de vue*

a été abordée et discutée. Sans doute, beaucoup parmi les auteurs de ces discours tombent dans le défaut déjà signalé de la confusion du Droit avec la Morale ou même avec la religion ; certains aussi se laissent aller par moment à la déclamation. Mais ce n'est là qu'un accident. Avant tout il faut voir, dans cette série ininterrompue d'hommages rendus au Droit dans ce qu'il a de plus élevé, un remarquable état d'âme ; cet appel réitéré à la notion de Droit, au début de l'année judiciaire, de la part de magistrats qui, malgré tout, sont loin d'avoir eu le même idéal politique ou religieux, évoque en quelque sorte le souvenir de la consultation des auspices dans l'antiquité; c'est l'invocation du souffle inspirateur, qui, pendant le cours de l'année, guidera l'accomplissement de l'œuvre humaine la plus malaisée : le maintien ou le rétablissement de l'harmonie des intérêts par le jeu de la justice (1).

*juridique et social*, Bastia, 1874. — Welter, *De l'union de la théorie et de la pratique en matière de Droit*, Riom, 1863. — Eparvier, *Le Droit et la philosophie positive*, Riom, 1877. — Tourne, *Influence de l'esprit philosophique des lois civiles sur leur application*, Toulouse, 1866. — Cottignies, *La théorie de l'évolution au point de vue juridique*, Bastia, 1882. — Dufour d'Astafor, *De l'esprit de justice*, Poitiers, 1879. — Frézouls, *Considérations sur l'idée de progrès social*, Toulouse, 1879. — Michel, *La magistrature et la science contemporaine*, Rennes, 1881. — A ces discours pris au hasard, il faudrait ajouter ceux beaucoup plus nombreux encore qui, sous le couvert de la biographie d'un ancien jurisconsulte, agitaient le même problème. Il serait curieux, à ce point de vue, de dénombrer les multiples discours qui prirent pour thèmes d'Aguesseau, de Lamoignon, Servan, Guy-Coquille, Domat, Pothier, Etienne Pasquier, Merlin, Proudhon, Muraire, Tronchet, Portalis, etc., etc.

1. Des discours de rentrée des Cours et Tribunaux il faut rapprocher ceux prononcés par les Bâtonniers de l'ordre des avocats et par les jeunes avocats dans les séances de rentrée de la Conférence des avocats stagiaires près les diverses Cours d'appel. C'est

14. — La faveur dont a été entouré le dogme d'un principe de droit supérieur, à l'époque moderne, a toutefois baissé un moment, sous l'influence de l'Ecole d'Auguste Comte (1). Mais cette désaffectation n'a pas été de longue durée et n'a jamais été absolue ; il était donné, en tout cas, à la fin du XIXe siècle et au début du vingtième de revenir, de la manière la plus éclatante, à ce que l'on a très justement appelé : l'*idéalisme juridique* (2), ainsi que nous le savons. Ce n'est pas ici le lieu de montrer l'échec de la doctrine sociologique pure en matière de Droit; cela sera fait dans notre dernier chapitre. Disons simplement pour l'instant qu'en combattant toute notion de Droit qui prétendrait s'élever au-dessus des phénomènes sociaux,

toujours la même préoccupation qui s'y révèle et elle est tout en l'honneur du Barreau français.

1. L'influence du positivisme sous le rapport du Droit a été admirablement et complètement décrite par Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., pp. 214-288. Nous ne croyons pas qu'il soit possible de dépasser son exposé en vigueur, en finesse d'analyse, en élévation de pensée. Il n'est pas jusqu'au ton de conviction profonde et de tristesse avec lequel elles sont écrites qui n'ajoute à la beauté des pages qu'il lui a consacrées. Si Ch. Beudant avait vécu quelque temps encore, il aurait, d'ailleurs, assisté à la résurrection sinon de toutes ses conceptions, du moins de l'idéalisme juridique, qui lui était si cher. Son pessimisme à l'égard des destinées de cet idéalisme n'en est pas moins en quelque sorte précieux, parce qu'il montre bien le discrédit passager dont a été l'objet la conception traditionnelle de la notion de Droit en France et met d'autant en relief son relèvement presque immédiat. — V. aussi Charmont, cité à la note suivante.

2. Dans son livre : *La Renaissance du Droit naturel*, Paris, 1910, M. Charmont, après avoir décrit les conséquences des doctrines de l'Ecole sociologique, de l'Ecole utilitaire, de l'Ecole historique à l'égard de l'ancienne notion du droit, consacre un chapitre du plus haut intérêt à montrer sous l'influence de quelles causes l'idéalisme juridique a réapparu en France. Ce chapitre est ainsi intitulé : *Causes et caractères d'une renaissance de l'idéalisme juridique*, *op. cit.*, p. 128-137.

l'Ecole d'Auguste Comte et après elle l'Ecole sociologique actuelle qui en est l'héritière plus ou moins directe, (nous exposerons les graves divergences de vue existant entre elles), ont méconnu leurs propres doctrines, car elles ont nié un véritable fait ou une véritable loi, comme on voudra : la nécessité d'une notion de Droit.

---

## SECTION II

### LA NÉCESSITÉ DE LA NOTION DE DROIT.

**15.** — C'est de sa nécessité qu'on est parti pour étudier la notion de Droit. Les juristes et les philosophes du XIXe siècle n'ont pas hésité à reconnaître que la notion de Droit s'imposait et cela en vertu d'une nécessité absolue. Nous savons qu'il est dangereux de parler, en philosophie pure, de « nécessité absolue ». « A quel signe, écrit M. Boutroux, reconnait-on qu'une chose est nécessaire, quel est le critérium de la nécessité ? Si l'on essaye de définir le concept d'une nécessité absolue, on est conduit à en éliminer tout rapport subordonnant l'existence d'une chose à celle d'une autre, comme à une condition. Dès lors, la nécessité absolue exclut toute multiplicité synthétique, toute possibilité de choses ou de lois. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si elle règne dans le monde donné, lequel est essentiellement une multiplicité de choses dépendant plus ou moins les unes des autres. Le problème dont il s'agit est en réalité, celui-ci : à quel signe recon-

nait-on la nécessité relative, c'est-à-dire l'existence d'un rapport nécessaire entre deux choses ? » (1). Nous n'avons pas à décider, pour l'instant, si la nécessité avec laquelle s'impose la notion de Droit est dans le sens philosophique du terme une nécessité relative ou une nécessité absolue. Ce qui est certain c'est que les phénomènes juridiques ne peuvent pas s'expliquer sans elle. Le XIXe siècle a été pour ainsi dire unanime à cet égard. C'est ce qui nous importe. Ne pourrait-on pas, ont proclamé ses représentants, démontrer scientifiquement et rationnellement l'existence de la notion de Droit, qu'il faudrait l'admettre comme postulat ou comme objet de croyance (2). « Pour bien poser et bien

1. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*, 8e éd. Paris, 1915, p. 7.

2. Tandis que M. Duguit se rattacherait au besoin au postulat, M. Charmont se tourne vers la croyance. « Nous avons essayé, dit-il, de montrer pourquoi et comment il y a eu une renaissance du droit naturel. L'affirmation de droit naturel ou plus exactement de l'idéalisme juridique nous a paru la seule solution de la crise de la philosophie du Droit. Cette crise résulte de l'impossibilité de justifier rationnellement, scientifiquement l'idée du Droit, et de l'insuffisance des expédients, des procédés empiriques, qui enlèvent à cette notion tout son contenu moral. Si l'on ne peut ni justifier cette idée, ni se passer d'elle, on n'échappe à cette contradiction qu'en faisant un acte de foi. L'idée du Droit est acceptée comme une croyance, comme une donnée du sentiment. Il se peut qu'il y ait dans cette conception une part de pragmatisme, mais de pragmatisme mitigé, soumis au contrôle de la raison; ici la raison ne contredit pas le sentiment; il n'y a pas désaccord entre l'un et l'autre. » (Charmont, *La renaissance du Droit naturel*, p. 217.) — C'est pareillement un acte de foi que faisait Troplong, en 1834, à l'égard de la notion de Droit. Incidemment, comme il le dit lui-même, il estime opportun de le glisser en ces termes dans la Préface de son Commentaire de la Vente : « Je crois à l'existence d'un Droit naturel supérieur à l'homme et condition de sa nature sociale. Rien ne me paraît plus faux et plus dégradant pour l'Humanité que le système contraire, renouvelé d'Archélaüs par Bentham, et qui veut que nos actions soient toutes indifférentes, quand il

comprendre la question, écrit M. Duguit, imaginons une société idéale, où il n'y aurait pas d'autorité politique, pas de lois écrites. Dans une pareille société, existerait-il un Droit et quel serait le fondement de ce Droit ? Qu'il y ait un Droit, cela nous paraît incontestable. Nous dirons même : il faut qu'il y ait un Droit. Nous savons bien que, sous l'influence de Hegel et de Ihering, tout une Ecole, principalement en Allemagne, enseigne que le Droit ne se conçoit que comme une création de l'Etat et n'a pu exister que du jour où un Etat constitué l'a formulé ou, tout au moins, l'a sanctionné. Il faut, à notre sens, énergiquement repousser une pareille conception. Ne pourrait-on pas établir le fondement du Droit en dehors d'une création par l'Etat, il faudrait affirmer, *comme postulat*, l'existence d'un Droit antérieur et supérieur à l'Etat. La conscience moderne sent le besoin impérieux d'une règle de Droit s'imposant avec la même rigueur à l'Etat détenteur de la force et aux sujets de l'Etat. Il n'est pas impossible, au reste, de montrer qu'en dehors d'une création par l'Etat, le Droit a un fondement solide, qu'il est antérieur et supérieur à l'Etat » (1). Sous une autre forme, Lerminier n'était pas, en 1829, moins affirmatif que M. Duguit. « Si parmi les idées que porte l'esprit de l'homme, il en est une certaine, déclarait-il, c'est l'idée du Droit qui à chaque instant tombe en acte,

n'y a pas une convention faite entre les hommes pour les rendre licites ou les défendre. A mon sens, il est des règles antérieures à toutes les lois positives et je ne saurais admettre que les mouvements de la conscience et l'idée du droit soient l'ouvrage du législateur. » (Troplong, *De la vente*, Paris, 1834, t. I, pp. xx-xxi).

1. *Manuel de Droit constitutionnel*, 1re éd., Paris, 1907, p. 2. — *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. I, p. 7.

rend d'elle-même, à toute heure, d'irrécusables témoignages, et constitue partout et sous tous les climats l'Etat et la Société. Il y a dans cette sphère quelque chose de plus ferme et de plus stable qu'ailleurs ; tout y est plus réel, plus solide et plus positif... Ainsi nous ne poursuivons pas une ombre en nous attachant au Droit et à son histoire. Le Droit est dans la nature, dans l'histoire et dans la science, et nous pouvons hardiment l'interroger dans sa philosophie, le suivre dans ses annales, et le contempler dans ses dogmes » (1).

De l'affirmation si nette et si catégorique de M. Duguit sur la nécessité de l'existence d'une notion de Droit, il faut rapprocher, ainsi que nous l'avons indiqué, comme particulièrement caractéristique, l'affir-

1. *Introduction générale à l'histoire du Droit*, Paris, 1829, pp. 7 et 28. — Prévoyant l'objection tirée contre l'existence de la notion de Droit des controverses sur le Droit naturel, Ch. Beudant disait très justement à son tour : « L'expression de Droit naturel et l'idée de ce Droit sont tombés de nos jours en un grand discrédit. La polémique contemporaine raille volontiers et parfois très durement ce qu'elle appelle la chimère d'un prétendu Droit naturel. Il est vrai qu'elle ne met rien à la place, d'où il résulte qu'elle aboutit au vide pur et simple. Ses conclusions sont peut-être un peu hâtives; peut-être n'y est-elle arrivée que par ignorance du sujet et faute d'y avoir regardé d'assez près. Car enfin quand le pouvoir politique légifère, il faut bien admettre qu'il le fait sous l'influence d'une idée directrice, réfléchie ou instinctive, qui motive les prescriptions édictées; à moins qu'on ne soutienne qu'il obéit au seul caprice, qu'il agit sans savoir ce qu'il fait. Or, c'est inadmissible. Manifestement, le législateur vise un but en faisant la loi : donc il a la notion d'un ordre supérieur, d'un idéal qu'il poursuit; par conséquent, quoi qu'on puisse dire, le droit naturel existe; qu'on lui donne ce nom ou tout autre, il n'importe. On peut être en désaccord sur la nature du but assigné à la loi, comprendre diversement les règles qui doivent la dominer ou ne pas les appliquer également bien; mais la notion des principes dirigeants, bien ou mal compris, s'impose comme inéluctable. » (*Cours de droit civil français*, Introduction, p. 13).

mation de même nature de M.Gény. L'œuvre considérable que cet auteur a entreprise, qui n'est pas entièrement terminée, mais dont on peut, malgré tout, entrevoir les conclusions parce qu'incidemment il a pris lui-même soin de nous les indiquer d'avance, est, en réalité, consacrée au problème du Droit, ou, si l'on veut, à la notion de Droit (1). Ce que M. Gény cherche, à élucider, c'est la question de savoir quelles sont les forces, toutes les forces, qui agissent plus ou moins directement dans l'élaboration et le développement du

1. Dans son premier ouvrage : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, M. Gény prenait soin de nous indiquer dès l'introduction qu'il se plaçait sur « le terrain de l'interprétation du pur droit positif », qu'il cherchait à « dégager les solutions juridiques, applicables, non pas idéalement ou rationnellement, mais concrètement et en fait, aux questions qui soulèvent les conflits d'intérêts humains », qu'il s'attaquait à la « mise en œuvre du droit positif ». Mais dans le chapitre consacré à « la libre recherche scientifique », l'auteur s'élevait au-dessus des contingences et faisait un magnifique plaidoyer en faveur de la notion de Droit, v. notamment pp. 461-491. Toutes ses œuvres postérieures ont marqué une orientation progressive vers la recherche de la solution de ce problème fondamental. Malgré tout, ce premier ouvrage était, si l'on veut, un ouvrage de droit positif et il en est de même du suivant : *Des droits sur les lettres missives étudiés en vue du système postal français*, 2 vol., Paris, 1911, dans lequel on peut voir une application concrète de l'ensemble des idées méthodologiques de l'auteur. Il en est autrement, en tous cas, de l'ouvrage cité au texte et qui fait l'objet de la note ci-après : *Science et technique en droit privé positif*, Introduction et première partie, Paris, 1914. De ce dernier ouvrage, il faut rapprocher les écrits suivants : *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, Dijon, 1901. — *Les procédés d'élaboration du droit civil*, dans la collection : *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, par divers professeurs des facultés de Droit*, Paris, 1911. — *Compte rendu* de l'ouvrage de M. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé* (*Nouvelle Revue historique*, 1911, pp. 110-125). — *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de R. Saleilles*, étude insérée dans l'ouvrage déjà indiqué : *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914.

droit positif. Dans l'ouvrage qui, semble-t-il, est destiné à couronner l'œuvre déjà accomplie ou plus exactement à faire apercevoir toute la charpente des conceptions de l'auteur, quitte à perfectionner plus tard les détails de l'édifice, dans *Science et technique en droit privé positif*, M. Gény fait connaître nettement sa pensée sur ce point et déclare que si l'on veut élucider le problème du Droit positif, il faut s'attaquer au *Droit en soi*, c'est-à-dire à la notion de Droit (1). Dans l'em-

1. Nous craindrions d'affaiblir la pensée de l'auteur, si nous ne reproduisions intégralement à ce point de vue le début de son ouvrage en cours de publication : *Science et technique en droit privé positif*. Sans ambages, l'auteur déclare qu'au point où il en est arrivé de ses travaux, une tâche urgente s'impose à lui, celle d'élucider la notion de Droit. « Le livre, que je présente aujourd'hui au public juridique, écrit-il, n'est ni une réimpression, sous un titre différent, ni une nouvelle édition, non pas même une refonte, de l'ouvrage sur la *Méthode d'interprétation*, que je publiai vers la fin de l'année 1899. Ce n'est pas que je n'aie été maintes fois sollicité de rééditer ce dernier travail, depuis longtemps introuvable en librairie. Et je conserve l'espoir d'en relever quelque jour les matériaux essentiels, pour les éprouver à nouveau et rajeunir leur ensemble, sans devoir abandonner, je le crois bien, les conclusions fondamentales de mes anciennes recherches. Mais une tâche plus urgente et plus neuve s'est imposée d'abord à mon esprit. Avant de reprendre, dans l'intention de les éclairer de nouvelles lueurs, les chemins déjà parcourus, il m'a paru nécessaire d'aller plus avant dans la voie de l'investigation profonde, de dépasser le but primitivement visé, d'embrasser corps à corps les réalités à pénétrer, en vue d'élucider quelques-uns des points restés obscurs ou à peine soupçonnés dans les tâtonnements du premier effort, et, tablant ferme sur les résultats déjà acquis grâce à celui-ci, d'assurer la conquête d'une position nouvelle dans le *Combat pour la méthode*. Ce ne serait pas assez, en effet, d'avoir ouvert plus nombreuses et plus larges les issues des principes ou des règles, qui alimentent, soutiennent, développent la vie juridique. Il faut tâcher à découvrir, pour y puiser directement et l'épandre à notre guise, la source même, d'où jaillissent ces ruisseaux détachés. Cette source n'est autre que le *droit en soi*. Et, comme le droit consiste essentiellement en une pratique fondée sur une connaissance, il s'agit donc principalement de savoir comment nous pouvons discerner les

ploi des moyens, l'auteur s'oppose nettement à M. Duguit, puisqu'au lieu de s'en tenir aux faits et de tout expliquer par les faits, il part des faits pour arriver à la métaphysique (1). Encore une fois, cette opposition

préceptes juridiques, indépendamment des modes d'expression variés et contingents qui ne les révèlent qu'en les déformant, et par quels moyens nous les devons faire passer dans la vie sociale de l'humanité. Double problème de science et de pratique, qui, posé sur le terrain méthodologique, se ramène tout entier à une critique de nos procédés d'élaboration ou d'application du droit, dans ce qu'ils présentent de plus général ». (*Science et technique en droit privé positif*, pp. 1-2).

1. M. Duguit et M. Gény ajoutent à leurs mérites respectifs celui d'avoir franchement fait connaître, sous la forme d'une déclaration de principe, le terrain sur lequel ils entendaient se placer pour poursuivre leurs recherche et étayer leurs conceptions. Il nous paraît utile de reproduire en partie leurs déclarations, rien ne pouvant mieux montrer l'opposition des points de départ de ces deux maîtres éminents. Nous pourrions, d'ailleurs, si nous le voulions, reproduire ces déclarations sous des formes diverses, car on les retrouve à plusieurs reprises dans les différents ouvrages des deux auteurs, toujours aussi nettes, quoiqu'émises en termes variables. Appelé en 1911 par la Faculté de Droit de Buenos-Ayres à faire chez elle une série de conférences sur des théories générales de droit privé, M. Duguit s'exprimait ainsi dans sa première conférence : « L'objet de ces conférences est d'étudier les transformations générales du droit et, en particulier, du droit privé dans les sociétés américaines et européennes depuis le commencement du XIXe siècle, et particulièrement depuis deux actes célèbres qui marquent une étape importante et occupent une place éminente dans l'histoire des sociétés civilisées : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Code Napoléon. Cette étude, je la ferai d'un point de vue exclusivement scientifique. Je n'apporte aucune opinion préconçue; je n'appartiens à aucun parti; je ne suis membre d'aucune Eglise, j'ai le profond respect de toutes les croyances; personnellement je n'admets aucun dogme dans quelque ordre que ce soit; je fais de la science et exclusivement de la science, fondée sur l'observation impartiale des faits ». Ces conférences ont été publiées sous le titre : *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912. V. également les autres ouvrages de l'auteur, notamment : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901. — *Traité de droit constitutionnel*, 2. vol., Paris, 1911. — *Le droit social, le droit individuel et la transformation de*

ne peut que donner une force singulière à l'affirmation qui est commune à ces auteurs de la nécessité de l'existence d'une notion de Droit.

Pour M. Gény, cette notion existe à coté des notions du Vrai, du Beau, du Divin et du Bien. « Au fond, dit-il, le Droit ne trouve son contenu propre et spécifique que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne (*neminem lædere*) et d'at-

*l'Etat*, 2e éd., Paris, 1911. — *Les transformations du droit public*, Paris, 1913. — En face de la profession de foi de M. Duguit, plaçons celle de M. Gény. Nous la prendrons dans l'introduction de *Science et technique en droit privé positif*, pp. 18-20 ». Tel est l'esprit qui inspirera, telles sont les vues d'ensemble, qui domineront la présente étude, écrit M. Gény, à la fin de son Introduction. Mais pour mieux assurer l'effet et circonscrire la portée de celle-ci, je dois ajouter quelques indications générales... J'entends m'expliquer en toute franchise, et prendre le bien et le vrai où ils m'apparaîtront, insoucieux des routines comme du parti pris. Pareille affirmation n'est peut-être pas inutile au seuil d'un travail que je sens, bon gré mal gré, chargé de postulats métaphysiques et de jugements de valeur, entre lesquels le choix nécessaire pourra heurter certaines opinions courantes. Si je ne puis, plus que tout homme au monde, prétendre me soustraire à l'influence d'idées préconçues, de préjugés d'origine, d'éducation, de milieu ou d'intérêt, je m'efforcerai d'en réduire la portée par une entière bonne foi et une ferme volonté d'impartialité objective. Mais je ne vois pas pourquoi je renoncerais, par une sorte de snobisme scientifique, à des convictions réfléchies ou aux opinions, qui, sur les points les plus obscurs de l'énigme de notre univers, me paraissent encore, jusqu'à nouvelle démonstration, les plus plausibles. D'autre part, sans céder à un engouement irraisonné, je me tiendrais pour coupable de lâcheté ou d'inertie intellectuelles, si j'hésitais à emprunter aux mouvements d'idées, les plus riches et les plus osés de notre temps, les éléments sains et vrais que j'y croirai découvrir, pour en fortifier, en élargir, en accroître nos conceptions traditionnelles ». Rapprocher de ce passage, les déclarations de même nature renfermées dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pp. 461-491.

tribuer à chacun le sien (*suum cuique tribuere*), mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine. Or, cette notion se distingue aisément, tant des notions du Beau et du Vrai, qui répondent à de tous autres concepts, que, même encore, de celle du Divin et du Bien, qui suggèrent les règles, soit de la religion, soit de la morale » (1).

16. — En vrais philosophes du Droit, MM. Duguit, Gény, Charmont, Ch. Beudant, Lerminier ont été conduits, à la fois par l'examen des faits et le raisonnement, à cette conclusion que l'adhésion à l'existence d'une notion de Droit était une nécessité inéluctable ; hypothèse, postulat ou réalité, ce n'en est pas moins autour d'elle qu'évolue la science du Droit ou, si l'on préfère, l'élaboration du Droit. Mais à coté de ces juristes, combien d'autres qui sans pousser à fond le raisonnement, qui même avec le secret désir d'écarter la notion de Droit pour d'autres facteurs d'élaboration des règles de Droit, n'en ont pas moins été obligés de subir comme par un instinct irrésistible, à leur corps défendant en quelque sorte, la domination de la dite notion. C'est le cas de l'*Ecole de l'Exégèse*, qui au XIXe siècle a symbolisé en France la science du Droit. Nous n'insisterons pas à son sujet et nous nous permettrons de renvoyer nos lecteurs à l'étude que nous lui avons consacrée sous le titre : *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil* (2). On n'a pas assez remarqué que cette Ecole

1. *Science et technique en droit privé positif*, p. 50.
2. J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits dis-*

avait été profondément Etaliste et qu'elle avait été jusqu'à déifier le législateur, au point de proclamer le dogme de son infaillibilité et celui de sa présence réelle dans l'universalité de la vie sociale (1). En cela l'Ecole de l'Exégèse n'est pas sans présenter quelque ressemblance avec l'Ecole juridique allemande de Droit public, car déifier le législateur c'est après tout déifier l'Etat. M. Duguit montrait récemment avec éclat comment philosophes et juristes allemands étaient parvenus à diviniser l'Etat ; il donnait surtout la preuve que Kant lui-même, dont on a voulu faire parfois le représentant du libéralisme (2), avait préparé la voie aux Jhering et aux Jellineck. L'Etat pour Kant, disait-il, est un vrai Dieu en trois personnes, qui sont le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire. Chacun de ces trois éléments, pourtant indivisiblement unis dans une sorte de même essence divine, manifeste séparément sa volonté ; chacune des manifestations de leur volonté est souveraine (3). Retenons toutefois que le pouvoir législatif est qualifié par Kant de « souverain pouvoir ». On voit ainsi comment l'Ecole de l'Exégèse et les doctrines allemandes se touchent quant à l'élaboration du Droit ; le fait vaut d'autant plus d'être remarqué que les auteurs de droit public français du XIXe siècle, à l'opposé des civilistes groupés au sein de l'Ecole de

*tinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, en cours de publication dans la *Revue générale du Droit*, 1918, tirage à part.

1. Sur ce point, J. Bonnecase, étude précitée, p. 29 et s.

2. Comp. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., 1891, p. 138.

3. Duguit, *Le Droit et l'Etat*, 1917, p. 40 et s.

l'Exégèse, plaçaient au-dessus des lois, conformément aux Principes de 1789, les « droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Mais, au fond, et c'est là que nous voulons en venir, civilistes et auteurs de droit public ne se différenciaient pas tellement, car les juristes de l'Ecole de l'Exégèse ont toujours proclamé leur foi dans la notion de Droit ; nous avons donné plus haut à cet égard de multiples références. Le culte simultané du législateur et de la notion de Droit n'a pas été, d'ailleurs, sans faire naître une contradiction flagrante dans la doctrine de l'Ecole de l'Exégèse (1). Peu importe ; ce qu'il convient de retenir, c'est que malgré leur culte désordonné pour le législateur, les civilistes français du XIXe siècle n'ont pas échappé au sentiment de la nécessité absolue d'une notion de Droit s'imposant à l'Etat lui-même comme aux individus.

M. Duguit a pu résumer en ces quelques lignes le contraste absolu qu'ont présenté la France et l'Allemagne au XIXe siècle dans les personnes de leurs juristes et de leurs philosophes. « Les doctrines de droit public allemandes au XIXe siècle, écrit-il dans l'Introduction de son beau livre : *le Droit et l'Etat,* depuis Kant jusqu'à Ihering et Jellineck, étaient presque toutes une apologie de la Force et sous le couvert de théories juridiques n'avaient d'autre objet que de fonder l'absolutisme de l'Etat et surtout du Prince qui le représente à l'intérieur et à l'extérieur, quand, au contraire, l'effort opiniâtre et constant de la doctrine juridique française a toujours été depuis 1789 jusqu'à nos jours de trouver le fondement solide d'une limitation juridique du pouvoir de l'Etat et d'en assurer la

1. J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil,* p. 36 et s.

sanction. Les conceptions ont été diverses; elles ont varié de l'individualisme le plus pur au socialisme le plus complet; mais toujours le but a été le même : démontrer que les pouvoirs de l'Etat étaient limités par une règle de droit supérieure à lui-même » (1). Ainsi que nous l'avons déjà déclaré, les doctrines allemandes ont été trop attentivement étudiées, à l'occasion des événements actuels et antérieurement, pour que nous ayons à les reprendre longuement (2). Insistons seulement sur ce point que si elles se ramènent toutes à la formule brutale de Ihering : « l'Etat est la seule source du Droit... le Droit est conditionné par l'Etat » (3), ou encore : le Droit c'est la politique bien entendue de la Force (4), leurs auteurs ne s'en sont

1. Duguit, *op. cit.*, p. 1-3.

2. Duguit, *Le Droit et l'Etat*, ouvrage paru en anglais sous le titre : *The Law and the State*, Harvard Law Review, novembre 1917. Ce livre n'est pas un ouvrage de circonstance; il était préparé avant les événements actuels. Il en est de même du second volume de l'œuvre de M. Gény publiée sous le titre : *Science et technique en droit privé positif*; ce volume paru en 1915, porte en sous-titre : *Elaboration scientifique du droit positif (l'irréductible droit naturel)*. — Citons en dehors de ces deux ouvrages : Joseph-Barthélemy, *La responsabilité des professeurs allemands de droit public*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1916. — G. Ripert, *L'idée du Droit en Allemagne et la guerre actuelle*, *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 1915. — Polier, *Pour la défense de notre idéalisme juridique*, *L'idée germanique et l'idée latine du Droit*, *Revue des nations latines*, 1918. — Josserand, *La Force et le Droit*, 1916. — Dechareuil, « *Les Discours à la nation allemande de Gottlieb Fichte* », *Revue de droit public*, 1917. — J. Bonnecase, *La responsabilité des juristes allemands dans la guerre actuelle*, *Journal des Débats* du 3 juin 1916. — Hauriou, *Le Droit naturel et l'Allemagne*, *Le Correspondant*, septembre 1918. — Parmi les ouvrages plus anciens : Platon, *Pour le Droit naturel*, 1911. — Charmont, *La Renaissance du Droit naturel*, 1910. — Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., 1891.

3. *Der zweck im Recht*, 1877, t. I, p. 241.

4. Comp. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, 1re éd., 1904, p. 54.

pas moins efforcés de détourner à l'aide de raisonnements pseudo-scientifiques le fait de la nécessité du Droit. La manœuvre est très nettement dessinée chez Jellineck ; à tout instant l'auteur en revient au Droit naturel pour l'écarter aussitôt (1). Au surplus, nous aurons l'occasion de voir, à propos des doctrines présentées en France sur la notion de Droit, comment les juristes allemands ont réussi à colorer à l'aide de quelques-unes d'entr'elles, préalablement déformées, leurs propres doctrines.

---

## SECTION III

### L'ORIGINE DE LA NOTION DE DROIT ET SES CARACTÈRES « FORMELS ».

**17.** — Après avoir montré l'adhésion, sous l'empire d'un sentiment de nécessité absolue, de la France du XIXe siècle à l'existence de la notion de Droit, le moment est venu d'exposer les formes qu'a revêtues cette notion. Philosophes et juristes, s'ils voulaient faire la théorie de la notion de Droit, ne pouvaient pas, en effet, se contenter d'affirmer la nécessité de son existence. Tout concept « apparaît principalement comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation dominante, l'essence logique des choses » (2). La notion de Droit devait donc être présentée

1. Jellineck, *L'Etat moderne et son droit*, traduction Fardis, 1911, t. I, 502-564.

2. Gény. *Science et Technique en droit privé positif*, p. 148.

fatalement, avons-nous déjà dit, par les auteurs d'un siècle, moralement et intellectuellement aussi divisé que le siècle dernier, sous des formes variées, avec des caractères et des origines différents. De fait, nous voyons sur l'étendue de cette période la notion de Droit conçue de la manière la plus opposée; il suffit, pour s'en rendre compte, de songer que les uns ont ramené cette notion à un simple fait, tandis que les autres y ont vu un article d'une religion révélée, et de mesurer par suite toutes les conceptions *a priori* susceptibles de s'encastrer entre ces deux termes extrêmes ; on verra que chacune de ces conceptions a trouvé des adeptes. Nous nous efforcerons d'apporter dans cet exposé une précision toute particulière, car le contenu et la fonction de la notion de Droit sont en rapport direct avec l'idée que l'on se fait de cette notion prise en elle-même, en tant que concept (1).

1. C'est la raison pour laquelle nous n'exposerons que les conceptions aux contours précis. A notre avis, si la notion de Droit ne se présente pas sous une forme déterminée, mais prend l'aspect vague et inconsistant que lui donnait M. Saleilles (V. *supra*, p. 27 et suiv., texte et note), son contenu sera nécessairement plus insaisissable encore et, dès lors, sa fonction sera nulle. Il nous semble à ce sujet, et nous le regrettons, que la doctrine de M. Saleilles a gravement influencé l'ouvrage de M. Demogue (*Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, 1911). Dans cette œuvre, si intéressante à tant de points de vue, l'auteur a craint de prendre parti d'une façon nette pour une doctrine ferme sur la notion de Droit (voir son chapitre : La Notion de Droit, pp. 1-62). De là une « fluidité » et une « inconsistance », que lui reproche M. Gény (*Nouvelle Revue historique*, 1911, pp. 110-125); celui-ci déclare : « On peut craindre que l'auteur ne se soit pas exactement rendu compte des exigences les plus impérieuses de l'ordre juridique et, qu'à force de vouloir réduire le Droit aux faits, qui l'expriment, il n'ait perdu de vue sa notion spécifique ». M. Gény ne craint même pas de parler du « nihilisme décourageant », qui se dégage du Traité de M. Demogue. A aucun instant, le criti-

**18.** — Il est, en premier lieu, inutile d'insister à ce point de vue sur la doctrine, qui ramène la notion de Droit à un simple fait, tel que la solidarité ou l'interdépendance sociale. Cette doctrine, en effet, après avoir affirmé l'existence de la notion de Droit, détruit, en réalité, celle-ci, puisqu'au lieu d'y voir la représentation d'une essence invisible et extérieure, se traduisant en nous par la sensation ou l'idée de commandement et de direction, elle la réduit à un fait et rien qu'à un fait (1) ; cela ne nous empêchera pas

que ne fait allusion à l'œuvre de M. Saleilles. Il n'en reste pas moins que le travail de M. Demogue nous paraît en être, encore une fois, une émanation directe; ce qui ne veut pas dire qu'il n'ait pas un grand cachet d'originalité. Mais pourrait-on douter du rattachement de l'ouvrage à l'Ecole de Saleilles, rien qu'à la lecture de ces quelques lignes de l'introduction : « De nos jours, un art nouveau s'est fait une place dont l'idéal est de produire un charme fait de la souplesse de ses formes, de son emprunt aux réalités journalières à peine stylisées, d'une adaptation aux besoins pratiques ». Sans doute, M. Demogue ajoute qu'il s'est efforcé, « au milieu de ces transformations, de ces styles divers du droit, de voir où pouvait être le permanent, qui correspond aux aspirations de notre esprit ». Seulement, tout comme M. Saleilles, il a été emporté par le souci poussé à l'extrême de l'analyse des mouvements de la vie, par le désir de leur adapter sous leurs multiples formes les règles du droit, par la passion, en d'autres termes, d'harmoniser jusque dans ses moindres détails l'édifice social grâce à la pénétration étroite et constante de ses deux ordres de matériaux : les faits et le droit. Nécessairement on est ainsi transporté sur le sable mouvant; seule une opinion ferme sur la notion de Droit peut sauver de ce danger. Sur l'ouvrage de M. Demogue, voir, en dehors du compte rendu de M. Gény, celui de M. Capitant (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, pp. 729-741).

1. Nous citons comme exemple de ces doctrines celle qui donne comme fondement au Droit la solidarité ou l'interdépendance sociale. Mais quelques précisions sont nécessaires à ce sujet. Parmi ceux qui ont mis en avant la solidarité, seul M. Duguit a nettement ramené le fondement du Droit à un fait. Seul, en effet, il n'a voulu voir dans la solidarité qu'un pur fait social, qui, comme tel, servirait de principe régulateur au développement du Droit. On ne

d'étudier celui-ci à propos du contenu et de la fonction de la notion de Droit, car ce fait, choisi entre tous les autres, n'en joue pas moins le rôle de cette notion

saurait, au point de vue de la technique juridique, trop louer la fermeté et la clarté de sa doctrine. Il commence par poser en ces termes le principe de sa thèse : « L'existence, la nature et l'étendue de la solidarité sociale étant établies, il est aisé de montrer comment elle est le vrai fondement du droit. L'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société; la société ne subsiste que par la solidarité qui unit entre eux les individus qui la composent. Par conséquent, une règle de conduite s'impose à l'homme social par la force même des choses, règle qui peut se formuler ainsi : ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes et faire tout ce qui est de nature à réaliser et à développer la solidarité sociale mécanique et organiqne. Tout le droit objectif se résume en cette formule, et la loi positive, pour être légitime, devra être l'expression, le développement ou la mise en œuvre de ce principe ». Mais il restait à M. Duguit à apporter deux précisions à son point de départ, s'il voulait éviter, comme cela est arrivé à la plupart des partisans de la doctrine solidariste, de quitter le terrain purement réaliste. Il fallait éviter, en premier lieu, que le droit objectif ne prît les apparences d'un droit idéal. C'est sous l'empire de cette préoccupation que l'auteur a écrit : « La règle de droit telle que nous la concevons n'est pas une règle idéale et absolue, de laquelle les hommes doivent travailler à se rapprocher chaque jour davantage; elle est une règle variable et changeante; et le rôle du jurisconsulte est de déterminer quelle règle de Droit s'adapte exactement à la structure d'une société donnée. On voit par là comment notre conception de la règle de droit fondée sur la solidarité sociale diffère profondément de la conception courante du droit naturel, compris comme un droit idéal et absolu ». Il était nécessaire, en second lieu, d'éviter que la réalisation de la solidarité n'apparût tant soit peu aux individus comme un devoir moral, mais bien comme une obligation juridique indispensable à l'existence de la société et reposant exclusivement sur le pur fait de la solidarité. Aussi M. Duguit écrit-il : « Nous ne disons pas : l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce que cette coopération est bonne en soi; mais l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce qu'il est homme et que comme tel il ne peut vivre que par la solidarité. Nous ne disons pas : l'acte de coopération à la solidarité est bon; nous disons : l'acte de coopération a une valeur et des conséquences sociales. Dès lors, cette règle n'est pas une règle de morale, elle ne peut être qu'une règle

et n'en commande pas moins, dans la pensée de ses partisans, le développement du Droit ; seulement il est impossible de distinguer en lui la forme et le fond, comme nous le faisons pour la notion de Droit proprement dite ; ils sont inséparables ; si l'on veut, le fond seul importe, il entraîne la forme, qui n'a en dehors de lui aucune existence propre ; à l'opposé, nous verrons, à propos des diverses doctrines sur la notion de Droit, que certaines d'entre elles ne voient dans cette notion qu'une forme vide, qui, suivant les époques et les pays, est susceptible de recouvrir une substance très différente.

**19.** — Arrivons donc à l'exposé des doctrines qui admettent une notion de droit dans le sens vrai du terme. Rappelons que les uns voient dans cette notion une notion psychologique, d'autres une notion métaphysique, d'autres, enfin, une notion religieuse, ou, plus exactement, un article d'une religion révélée, qu'ils commencent par admettre. Nous devons ajouter que les auteurs qu'a préoccupés la question n'en ont pas toujours eu une vue très nette et notamment ont par-

de droit » (*Manuel de droit constitutionnel*, pp. 14-16 ; *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pp. 14 et suiv). A la différence de M. Duguit, la plupart des solidaristes ne voient dans la solidarité que l'expression de l'idée de Bien ou de l'idée de Droit. Dès lors, dans cette doctrine, la solidarité n'est plus un pur fait servant de fondement au Droit : elle suppose, au contraire, la notion de Droit et en constitue le contenu. Comp. *Morale sociale*. Leçons professées au Collège libre des Sciences sociales par divers, avec préface de Boutroux, paris, 1899. — *Questions de morale*, Leçons professées *ibid.* par divers, Paris, 1900. — Léon Bourgeois, *La solidarité*, Paris, 1897 ; *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, 1902. — Bouglé, *Le solidarisme*, Paris, 1907. — Ch. Gide, *L'idée de solidarité*, 1893. — Paul Bureau, *Crise morale des temps nouveaux*, Paris, 1900.

fois présenté comme notion psychologique ce qui dans leur esprit était une notion métaphysique; on remarque, ainsi que nous allons le voir, entre la solution purement psychologique et la solution purement métaphysique, une série d'opinions intermédiaires, qui montrent que leurs auteurs, après avoir placé la notion de Droit dans la conscience et en avoir fait par conséquent une notion psychologique, ont fait état d'éléments métaphysiques, qui, en réalité, la transformaient.

**20. — La doctrine psychologique. Ses diverses formes.** — Il n'est pas impossible de concevoir la notion de Droit comme une notion purement psychologique, et cela a été fait. Celle-ci serait, d'après une première doctrine, un produit des consciences individuelles, qui, sous l'empire des opinions et des besoins du moment, la concevraient sous une forme déterminée et jugeraient, en conséquence, telle ou telle règle comme nécessaire ou opportune parce qu'elle y correspondrait. Il faut remarquer que dans cette doctrine, la notion de droit est éminemment variable, puisqu'elle se ramène à une création psychologique, née sous l'empire en quelque sorte des forces extérieures et de l'influence ambiante (1). Sans criti-

1 M. Duguit a présenté cette solution comme possible. Dans son dernier ouvrage, *Les transformations du Droit public*, il ajoute, après avoir exposé la prétention des auteurs allemands de placer la source du droit dans l'Etat : « Eh bien ! non. La conscience moderne proteste énergiquement contre une pareille conclusion. Et comme, au fond, le Droit est une création de la conscience humaine, on peut affirmer que des obligations d'ordre juridique s'imposent aux gouvernants, parce qu'il y a dans l'esprit de l'homme moderne une répugnance invincible à ce qu'il en soit autrement. On peut aussi

quer à fond cette conception, puisque nous nous sommes assigné pour tâche un exposé avant tout descriptif, il est toutefois permis de constater qu'elle prive la notion de Droit de toute consistance ; celle-ci ne sera plus qu'un phénomène, produit du temps, des circonstances, des races; il faut même noter que puis qu'elle dérivera essentiellement des consciences individuelles, elle pourra, dans un pays donné et à une époque donnée, ne pas présenter la moindre unité, mais être autrement conçue par les diverses catégories sociales, sous l'influence de leurs intérêts et de leurs aspirations. Or, c'est sous la forme d'un point fixe, placé au milieu du tourbillon social, que doit apparaître la notion de Droit, si on veut lui prêter quelque utilité.

l'affirmer parce que, on le verra dans la suite du livre, toute une série d'institutions s'organisent spontanément pour donner une sanction positive à ces obligations. Qu'après cela, les juristes sociologues cherchent à déterminer le fait social qui est le fondement de ces obligations, libre à eux. Personnellement, nous l'avons tenté et nous avons cru le trouver dans le grand fait de l'interdépendance sociale. Cette manière de voir a rencontré de très vives et de très graves objections, que nous ne voulons point tenter de réfuter ici. Nous persistons à penser que le fait de l'interdépendance sociale permet de donner au problème une solution intéressante. Mais à dire le vrai, cela n'a pas d'importance parce que la notion d'un devoir juridique s'imposant aux gouvernants remplit la conscience des hommes modernes. Or, ce qui fait le droit, la règle de droit, c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie. Le droit, en un mot, est avant tout une création psychologique de la société, déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral. En disant cela, nous n'entendons d'ailleurs aucunement affirmer l'existence d'une prétendue conscience sociale distincte des consciences individuelles. Ce serait là une affirmation d'ordre métaphysique que nous nous garderons bien d'énoncer » (*op. cit.*, pp. 44-45).

La doctrine qui voit dans la notion de droit un produit des consciences individuelles nous inspire d'autant plus d'appréhensions que les juristes allemands en ont joué pour couvrir leur doctrine du culte de la Force et de la toute-puissance de l'Etat. C'est le cas de Jellineck. « Pour déterminer, écrit-il, les rapports qui existent entre l'Etat et le Droit, il faut se faire une idée bien claire du Droit, si difficile à saisir sous tous ses aspects. Nous disposons ici de deux méthodes. Dans la première, on essaie de considérer la nature du Droit comme celle d'une puissance indépendante de l'homme, ayant sa raison d'être dans la nature objective de l'être; la seconde consiste à regarder le Droit comme un phénomène subjectif, c'est-à-dire d'ordre humain interne. La première méthode est celle de la spéculation métaphysique. Celle-ci veut reconnaître l'existence du Droit comme indépendante de la volonté humaine. C'est du Droit ainsi compris que Grotius disait qu'il devrait être appliqué, même s'il n'y avait pas de Dieu : *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari non potest, non esse Deum.* Mais nous n'avons point à nous occuper ici de la nature transcendentale des institutions humaines. Fidèle à la méthode observée jusqu'à présent, nous nous contenterons de considérer le Droit, au point de vue psychologique, comme phénomène humain interne. De ce point de vue, le Droit est à considérer comme une partie des conceptions humaines; il existe dans nos cerveaux; définir le Droit, c'est établir quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée sous ce nom » (1). « Le ca-

1. Jellineck, *L'Etat moderne et son droit*, traduction Fardis, Paris, 1811, tome I, p. 502-503.

ractère positif du Droit, insiste Jellineck, lui vient, en dernière analyse, de la *conviction* que l'on a de sa force obligatoire; c'est sur cet élément purement subjectif que repose tout l'ordre juridique. C'est là la conséquence nécessaire de cette vérité reconnue que le Droit nous est inhérent, qu'il est une fonction de la communauté humaine et doit reposer en conséquence sur des éléments purement psychologiques... Cette conviction est la conviction moyenne d'un peuple. Quand on établit la psychologie des masses, on néglige nécessairement les actes de tendance contraire d'une minorité (1). » Malheureusement pour l'auteur, la « conviction moyenne » du peuple allemand, la « psychologie des masses » allemandes l'a conduit sous le couvert de la notion de Droit à rejeter purement et simplement le Droit lui-même au profit de la Force. « L'Etat, écrit-t-il, finit par acquérir le droit de régler tout droit en vigueur entre ses frontières, de telle sorte que, dans l'Etat moderne, tout le Droit se divise en Droit établi par l'Etat et en Droit admis par l'Etat (2). » Peu rassurante au regard du Droit interne, la doctrine de Jellineck l'est encore moins en ce qui concerne le Droit international. « Là où les observations du Droit international et l'existence de l'Etat entrent en conflit, ne craint pas de déclarer le maître allemand, la norme juridique passe à l'arrière plan, parce que l'Etat est supérieur à tout principe juridique, comme nous l'a déjà prouvé l'étude des conditions juridiques internes de l'Etat : le droit international existe pour les Etats et non les Etats pour le droit international,... La politi-

1. Jellineck, *op. cit.*, t. I, p. 504-505.
2. Jellineck, *op. cit.*, t. I, p. 548.

que extérieure, peu accessible à l'influence restrictive des principes juridiques, représente le domaine où la puissance de fait décide de tout... Dans l'état actuel du Monde et pour un temps impossible à calculer, un ordre juridique qui relierait entr'eux les Etats ou les dominerait, et qui ne présentant aucune lacune, résolvant tout conflit à l'aide de règles juridiques toutes prêtes, n'aboutirait qu'à la conservation de ce qu'il y a de vicié et de vieilli dans le Monde des Etats et serait un obstacle à tous progrès utiles...(1) » Par l'intermédiaire de l'un de ses professeurs de Droit les plus illustres, sur le fondement de la doctrine psychologique individuelle de la notion de Droit, l'Allemagne s'est ainsi chargée d'exprimer avant la lettre son sentiment sur la Société des Nations et de colorer de l'idée de progrès son mépris du droit international. Cela seul montrerait la faiblesse de la conception de la notion de Droit que nous venons d'exposer.

**21.** — Aussi, tout en lui conservant le caractère de notion psychologique, a-t-on cherché à remédier au défaut de consistance que nous avons signalé. C'est ainsi qu'on a vu dans la notion de Droit une résultante de la conscience sociale ou conscience collective. Mais les partisans de cette doctrine ont compris que, par le seul emploi de ce terme, ils frisaient la métaphysique et ils se sont efforcés d'avance de parer à tout reproche de ce chef (2). Ils ont essayé, sans beaucoup y

1. Jellineck, *op. cit.*, t. I, p. 562-563.

2. Afin de faire nos lecteurs juges de la question de savoir s'ils y ont réussi, nous donnerons la définition de la conscience collective d'après le livre de M. Tanon, *L'évolution du Droit et la conscience*

réussir selon nous, de démontrer que par conscience collective ils entendaient les consciences individuelles vues sous un certain angle et que ce qui se reflétait dans la conscience collective, se reflétait au même titre dans les consciences individuelles. Malgré tout, ils reconnaissent que « les sentiments et les croyances, qui constituent la conscience sociale, développent sou-

*sociale*, 1re éd., Paris, 1900, p. 70 : « La conscience collective, écrit cet auteur, n'est, au fond et dans sa réalité, qu'un nom que nous assignons à un ensemble de forces idéales qui, représentées dans les consciences individuelles, en ce qu'elles ont de commun agissent au sein des sociétés, pour l'évolution de la vie sociale. Elle n'est pas personnifiée dans un grand être collectif, avec un organe propre qui la spécifie. Les idées et les sentiments collectifs qui la constituent sont répandus dans tout le corps social ; mais pour être ainsi diffus dans la société tout entière, ils n'en ont pas moins des origines et une réalité propres. Ils sont, dans le cours des temps, la création lente et progressive des consciences individuelles ; mais, après s'y être réfléchis, ils s'en détachent pour leur survivre et s'imposent aux générations nouvelles ! Communiqués aux individus, par la tradition, par la transmission héréditaire ou imitative, par l'enseignement, par toute la culture intellectuelle et morale, et par la pratique de la vie sociale, ils sont à leur tour modifiés par eux dans le temps même où ils les recueillent, et reçoivent des apports nouveaux. Ils forment ainsi, dans leur ensemble, pour chaque génération, un système de forces, traditionnelles ou nouvelles, qui constituent un des facteurs les plus puissants de l'évolution sociale ; et le nom que nous leur assignons est celui qui répond le mieux à l'origine, à la nature et à la variété des phénomènes psychiques qu'ils expriment. C'est le nom le mieux approprié qui puisse être donné à ces forces, parce que, nées de consciences individuelles dans le passé, elles s'y réintègrent dans le présent, vivent et agissent en elles et par elles, en se combinant avec les éléments nouveaux qu'elles y trouvent, et forment ainsi un produit social vivant, dont l'action sur la société est analogue, par sa nature et ses effets, à celle qu'exerce sur l'individu la conscience individuelle ». Quoique l'auteur s'efforce, par ailleurs, de distinguer la conscience sociale ou collective ainsi définie de la « conscience juridique » admise par l'Ecole historique et à laquelle il reproche un caractère mystique et abstrait, il ne nous paraît pas qu'il y ait grande différence entre ces deux conceptions.

vent une force supérieure à celle des impulsions des consciences individuelles, dont ils sont issus, et ont des effets différents(1). » Quoi qu'il en soit, pour eux, la notion du juste est « formée des sentiments et des croyances fixés dans la conscience sociale » ; « les idées de justice tirent toute leur objectivité de leur présence dans la conscience commune »; elles sont « senties et fixées dans la conscience sous la double forme du sentiment et de la croyance, et ainsi elles sont en même temps que des vérités intellectuelles de véritables états de conscience »(2). Mais comme, par excellence, la conscience sociale est soumise à la loi de l'évolution, que les sentiments et les idées qu'elle renferme « sont ceux que le cours normal de l'évolution a développés et mis au jour, » et que « ce sont les idées qui se sont fixées par cette voie dans la conscience sociale qui s'imposent au législateur »(3), il se trouve que la doctrine de la conscience collective ne donne pas à la notion de Droit une forme plus ferme et plus consistante que la précédente. Ses partisans l'ont compris et ils ont, malgré tout, saisi le manque de portée d'une notion psychologique ainsi conçue; ils ont essayé de l'atténuer. « Aucune société ne peut reposer, écrit M. Tanon, sur des règles de conduite qui seraient toutes provisoires et reconnues pour telles, et à chaque instant revisables. Il faut, pour que sa stabilité soit assurée à chaque époque, un certain nombre d'idées, de principes fixes qui règlent et inspirent la vie commune »(4).

1. Tanon, *op. cit.*, p. 72.
2. Tanon, *op. cit.*, pp. 80-81.
3. Tanon, *op. cit.*, p. 84.
4. Tanon, *op. cit.*, p. 82. La stabilité sera d'autant plus aléatoire

Mais comment, avec son point de départ, découvrir des « principes fixes » et surtout des « principes fixes pour chaque époque » ?

Cela est, au surplus, si peu dans l'esprit de cette doctrine que tout comme la doctrine psychologique individuelle, elle a permis à l'Allemagne de déguiser sous des apparences du respect du Droit ses convictions contraires. Il ne faut pas oublier que la théorie de M.

dans le système de M. Tanon qu'en définitive il fait de la conscience collective une élaboration de l'élite sociale intellectuelle. Il ressuscite en quelque sorte la « science des Prudents » que connaissait le droit romain comme source du Droit, et en lui confiant la formation de la conscience sociale il remet entre ses mains, du même coup, la constitution de la notion de Droit aux diverses époques. Nous citons à titre documentaire les développements de l'auteur sur ce point. « Les sentiments collectifs sont, par définition, ceux qui sont communs aux membres d'une société humaine ; mais il n'est pas nécessaire, pour qu'ils aient un tel caractère, qu'ils soient sentis ou perçus par tous les membres de la communauté. La conscience sociale serait singulièrement pauvre et nue, si elle ne comprenait que les sentiments et les croyances perçus par tous, ou même par le plus grand nombre. C'est dans les élites que s'élaborent les idées qui font la vie intellectuelle et morale des sociétés. Ces idées se répandent ensuite, selon leur nature, plus ou moins profondément dans la masse ; mais toutes ne la pénètrent pas. La conscience commune, qui inspire et dirige la vie sociale, est cependant faite de tout le faisceau de ces forces. Elle comprend non seulement les sentiments et les croyances, sentis ou perçus par tous, mais encore ceux qui, vivant dans les élites, ne peuvent recevoir de la masse qu'un assentiment tacite. La masse ne pense, ni ne sent rien sur les objets les plus élevés de la spéculation et de la recherche scientifique. La conscience collective ne s'enrichit pas moins des produits de la haute culture, qui l'éclairent, l'élèvent, parfois la transforment, et lui procurent ses acquisitions les plus précieuses et les plus durables » (*op. cit.*, pp. 71-72). En réalité, M. Tanon, ne fait que reculer la question. La notion de Droit ne peut être une création arbitraire même de la part d'une élite. Dès lors, comment cette élite s'y prend-elle pour l'élaborer, où puise-t-elle ses éléments? Au fond, l'élite ne se contente-t-elle pas de façonner une notion dont la substance s'impose à elle? C'est tout le problème.

Tanon est un dérivé plus que ressemblant de la célèbre doctrine sur le Droit mise par Savigny à la base de l'Ecole historique allemande. « Si on cherche quel est le sujet au sein duquel le droit positif a sa réalité, écrit Savigny, on trouve que ce sujet est le peuple. C'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif; aussi peut-on l'appeler *droit du peuple*. Néanmoins il ne faudrait pas s'imaginer que les divers individus dont se compose le peuple aient créé le droit arbitrairement; car ces volontés individuelles auraient pu sans doute enfanter le même Droit, mais il est beaucoup plus vraisemblable qu'elles eussent produit une foule de Droits différents. Le Droit positif sort de cet esprit général qui anime tous les membres d'une nation; aussi l'unité du droit se révèle nécessairement à leurs consciences et n'est plus l'effet du hasard... Le Droit qui vit dans la conscience du peuple n'est pas un composé de règles abstraites. Il est perçu dans la réalité de son ensemble, et la règle apparaît sous sa forme logique dès que le besoin s'en fait sentir » (1). La doctrine de Savigny faisant du Droit un produit de la conscience collective nationale, est trop connue ou plutôt a été trop souvent exposée pour qu'il soit besoin d'y insister (2). Notons simplement que son aboutissement fatal a été la proclamation de la toute-puissance de l'Etat, car si chaque peuple porte en lui-même son

1. Savigny, *Traité de droit romain*, traduction Guénoux, 2e édit., Paris, 1855, t. I, p. 14 et s.

2. En dehors des références déjà données p. 42, voir sur l'évolution des idées en Allemagne au sujet de la notion de Droit : Lerminier, *Introduction générale à l'étude du Droit*, Paris, 1829. — Vainberg, *Les opinions modernes des Allemands sur la notion du Droit*, Paris, 1875. — Ahrens, *Cours de droit naturel*, 6e éd. 1868, 2 vol.

Droit, l'Etat est suivant l'expression de Savigny, « la manifestation organique du peuple » (1) ; il traduit ses tendances souveraines.

**22.** — Il est donc certain que la doctrine de la conscience collective ne donne pas plus de garanties que celle que nous avons tout d'abord exposée, aux esprits préoccupés par la recherche d'un élément irréductible, qui serait la notion de Droit et autour duquel se dérouleraient tous les phénomènes juridiques. Mais nous n'avons pas, de la sorte, épuisé tous les systèmes qui voient dans la notion de Droit une notion psychologique. Dès le début du dix-neuvième siècle, en effet, certains auteurs ont fait de la notion de droit une donnée immédiate de la conscience, mais une donnée qui serait identique chez tous les hommes et dans tous les temps parce qu'inhérente à la nature humaine. En 1812, dans son *Introduction à l'étude du Code Napoléon* (2), de Lassaulx, qui fut doyen de la Faculté de Droit de Coblentz sous le Premier Empire, écrivait : « On appelle droit naturel (*jus naturæ et gentium*) les règles qui font distinguer à l'homme, indépendamment de toute volonté étrangère et arbitraire (*législation positive*), ce qui est juste de ce qui ne l'est pas. Comme ces règles ont leur source dans la conscience humaine, le droit de la nature et des gens est le même chez tous les peuples ; de là, *la première division des lois*, tirée de leur origine, en *lois naturelles* (innées, immuables), et *lois positives* (créées et arbitraires) ». A l'époque

1. Savigny, *op. cit.*, t, I, p. 22.

2. De Lassaulx, *Introduction à l'étude du Code Napoléon*, Paris, 1812, page 7.

contemporaine, l'un des grands théoriciens, sinon l'un des créateurs du droit administratif, Aucoc, ne s'exprime pas autrement : « On peut dire, écrit-il, que l'homme apporte en naissant l'instinct du Droit. La conscience nous révèle la distinction du juste et de l'injuste, et ce qu'on appelle le droit de propriété est une des premières idées qui viennent à l'enfant » (1). La notion psychologique du Droit ainsi entendue a rallié un auteur plus récent encore ; en quelques lignes, dans une note de son ouvrage si profond, qui constitue un véritable Traité de philosophie du Droit, *Principes de droit international privé*, M. Pillet déclare que la notion de Droit est une notion psychologique, une donnée de la conscience et non pas un produit de la pure raison (2). Il convient de remarquer combien

1. *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2e éd., Paris, 1878, t. I, p. 5.

2. « Il est certain, écrit M. Pillet, que le Droit n'est pas un produit de la pure raison. Ceux qui, suivant d'une façon trop servile les traces de Montesquieu, ne veulent y voir que le simple produit de la nature des choses, méconnaissent un phénomène certain. Le Droit ne vaut que comme réalisation sociale de l'idée de justice et l'idée de justice relève de la conscience plus que de la raison. Or, l'idée de justice, si elle a quelque chose de subjectif et de variable, a aussi quelque chose d'universel et de commun. C'est même cette conception commune de la justice, qui rend possible l'existence et le fonctionnement d'un droit positif, soit dans le sein de l'État, soit dans la société internationale. Les leçons tirées de la seule raison ne bénéficient pas ainsi d'un assentiment universel. Il ne faut pas oublier, en outre, que l'idée de justice s'éveille très nette chez l'enfant alors que sa raison n'est point encore éclairée. L'idée de justice est plus profondément inhérente à la nature de l'homme que la raison. Les révélations de la raison se prêtent à des définitions, les intuitions de la conscience ne s'y prêtent point, et cependant elles ont un rôle nécessaire dans l'organisation des rapports des hommes entre eux » (*Principes de droit international privé*, Paris, 1903, p. 2, note). — « L'idée du Droit existe-t-elle dans l'esprit humain ? » se demande à son tour le philosophe Franck. « Elle y

cette conception, qui puise la notion de Droit dans les consciences individuelles, diffère de celle de M. Duguit, que nous avons exposée et qui, elle aussi, met en avant les consciences individuelles; tandis que M. Duguit, en effet, voit dans la notion de Droit le produit de la conscience individuelle excitée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral, les auteurs que nous étudions en ce moment considèrent la conscience en elle-même et y découvrent la notion de Droit comme inhérente à sa structure, donc douée du double caractère d'immanence et d'universalité.

**23. — La doctrine métaphysique. Ses rapports avec la doctrine psychologique ; sa forme définitive.** — La notion psychologique du Droit aboutit sans doute aucun, avec de Lassaulx, Aucoc et M. Pillet, à un concept ferme, qui, pratiquement, est susceptible de donner des résultats excellents quant aux directions idéales du développement du Droit. Mais ce concept, qui après tout est un concept scientifique, puisqu'il se ramène à un phénomène de conscience, vérifiable, dans la mesure où le sont les phénomènes psychologiques, par l'expérience et l'observation, était par la force même des choses condamné à ne pas contenter tout le monde. Le motif en est bien simple. Ainsi que le fait remarquer M. Liard, « jamais les explications de la science ne nous satisfont pleinement. Nous cherchons

existe si bien, répond-il, que si l'on essayait de la supprimer, tous les rapports que les hommes ont entre eux dans l'état de société et sur lesquels repose la société elle-même disparaîtraient avec elle » (*Philosophie du droit civil*, Paris, 1886).

toujours à pousser la liaison des faits au delà du dernier terme atteint ; un instinct intérieur excite sans cesse l'entendement à poursuivre la raison des choses, témoin irrécusable des limites de notre science, et aussi de l'existence d'un absolu inaccessible (1) ». Une fois admis que la notion de Droit est inscrite dans la conscience humaine avec le double caractère d'immanence et d'universalité, une question se pose d'elle-même : la question d'origine. Par qui donc cette notion a-t-elle été inscrite dans la conscience ? ou si l'on veut, comment s'expliquer qu'une notion purement psychologique soit dotée du double caractère d'immanence et d'universalité ? La solution donnée à ce problème par certains des partisans de la doctrine qui le soulevait, prouve que ces auteurs se sont élevés par la force même des choses, inconsciemment en quelque sorte, de la notion psychologique du Droit à la notion métaphysique. Le problème a, en effet, été jugé très simple par eux ; ils ont cru pouvoir le résoudre à l'aide de la philosophie spiritualiste prise dans son expression la plus simple, en disant : Dieu, en créant l'homme, a du même coup mis en lui la notion de Droit, qui lui est révélée par la conscience. « Les lois naturelles, dit Delvincourt, sont celles que la raison éternelle, c'est-à-dire Dieu, a gravées dans tous les cœurs (2) ». Aucoc déclare à son tour : « Le Droit

1. Liard, *La science positive et la métaphysique*, 5e éd., Paris, 1905, p. 31.

2. *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1813, t. I, p. 1. — Demante reproduit presque littéralement la formule de Delvincourt. « Les lois naturelles proprement dites sont celles que Dieu a gravées au fond de nos cœurs » (*Programme du cours de droit civil français*, 3e éd., Paris, 1840, t. I, p. 5). — Pour Proudhon, « le droit naturel est divin puisque les lois, qui le composent, n'ont d'autre auteur que

naturel est l'ensemble des règles, qui résultent de la nature même de l'homme, qui n'ont d'autre auteur que le Créateur de l'homme, qui n'ont, en général, d'autre sanction que l'appréciation de la conscience, l'estime ou le mépris public et le jugement de Dieu » (1). Remarquons avant d'insister sur la faiblesse de la doctrine métaphysique du Droit présentée sous cette forme que ses partisans ne rattachent pas la notion de Droit à un acte de volonté de Dieu considéré au travers d'une religion déterminée, mais simplement à un acte de volonté de Dieu envisagé du point de vue philosophique (2). Cette remarque a son importance, étant donné que nous aurons à exposer plus loin la doctrine catholique. Le baron de Portal, qui se range parmi les auteurs dont nous faisons état en ce mo-

l'être suprême » (*Cours de droit français*, Dijon, 1810, t. I, p. 3). — Demolombe évoque « les grandes règles d'humanité, de sociabilité que Dieu a gravées dans tous les cœurs et qui sont les conditions communes de l'existence et du développement de toutes les associations, de toutes les relations humaines » (*Cours de Code Napoléon*, t. I, pp. 4 et suiv.). — « Le suprême législateur, dit Foucart, est Dieu, créateur et conservateur de toutes choses;... c'est lui qui révèle à la conscience humaine des lois qui, chez tous les peuples, dans tous les temps, ont été la règle de conduite des hommes vertueux. L'ensemble de toutes les lois morales constitue le droit naturel, qu'on appelle aussi avec plus de justesse le droit divin, puisqu'il émane directement de Dieu, qui lui a donné l'empreinte de sa sagesse et de son immuabilité; sagesse et immuabilité, tels sont les caractères qui distinguent le véritable droit divin des institutions passagères qu'on s'est souvent efforcé de revêtir de ce beau nom » (*Eléments de droit public et administratif*, 4e édition, Paris, 1855, p. 3).

1. Aucoc, *op. cit.*, p. 7.

2. La conception de ces auteurs n'est pas davantage celle de M. Charmont que nous avons antérieurement exposée, c'est-à-dire celle qui consiste à adopter la notion de Droit pour elle-même, à y croire parce que son utilité s'impose et que la démonstration de son existence échappe aux investigations scientifiques.

ment, avait soin pour éviter la confusion possible à laquelle nous faisons allusion de préciser sa pensée en ces termes: « Le Droit naturel existe dans toutes les législations, mais il est antérieur aux législations, il est réglé, mais il ne saurait être créé par elles. Le droit naturel est un principe inhérent à la nature humaine, il est de création divine, éternel et immuable, toujours le même chez tous les peuples et dans les temps ;... il est permis dans la science du Droit de n'être ni chrétien, ni juif, ni mahométan ; il est interdit d'être athée et matérialiste ; en rejetant les notions de Dieu et de l'âme, on rejette les fondements du Droit... Sa racine est en Dieu, dans l'âme humaine, sans laquelle il n'y aurait aucune intelligence du juste, ni de l'injuste » (1).

Malgré nos préférences pour la philosophie spiritualiste, nous n'hésitons pas à déclarer que le problème du Droit n'est pas de la sorte résolu. La solution ainsi donnée ne satisfait pas entièrement la raison ; au surplus il ne faut pas en rendre responsable la philosophie spiritualiste, car ladite solution n'est pas, en réalité, conforme à sa doctrine sainement entendue, telle que l'ont élaborée ses représentants les plus éminents. Cette explication de l'origine de la notion de Droit dans la conscience soulève, en effet, à son tour une question qui a été souvent agitée par les moralistes du siècle

1. De Portal, *Politique des lois civiles*, Paris, 1873, t. I, pp. 3, 23, 115. — Bélime écrit de même : « On appelle droit naturel celui qui s'impose à tout législateur, de telle sorte que la loi qui s'en écarterait serait une loi contraire à la justice. Les jurisconsultes païens eux-mêmes la faisaient remonter à Dieu comme au législateur souverain » (*Philosophie du Droit* ou *Cours d'introduction à la science du Droit*, 3e éd., Paris, 1869, t. I, p. 203).

dernier à propos de la notion de Bien. On semble dire, que la notion de Droit est une création de la volonté arbitraire de Dieu. Or, pas plus que la notion de Bien, la notion de Droit ne peut être, à aucun degré, une notion arbitraire; la philosophie spiritualiste s'est chargée, depuis longtemps, de démontrer la fausseté de cette conception de sa doctrine; elle l'a fait à propos de la notion de Bien, mais sa démonstration s'applique parfaitement à la notion de Droit (1). Ce n'est pas

1. Nous citons, entre tant d'autres, la démonstration décisive et classique que renferme à ce sujet le *Manuel de philosophie* de Jules Simon, Emile Saisset et Amédée Jacques, 6e édition, Paris, 1869, pp. 350-352. « Le caractère fondamental du bien, disent ces auteurs, c'est d'être absolu, d'exister en soi et par soi. De là, ce qu'il y a d'universel et d'absolu dans toutes les notions morales. C'est un fait que méconnaissent également les philosophes, qui ont prétendu résoudre l'idée du Bien, soit dans l'idée de l'utile, soit dans la volonté de Dieu. La plupart d'entre eux ont cru de bonne foi conserver au principe de la morale sa généralité et son autorité souveraines, mais c'est une pure illusion, et tout en voulant échapper à la morale du sentiment et à celle de l'intérêt, ils y retombent nécessairement. L'idée de l'utile est une idée essentiellement relative qui suppose un terme supérieur... Une théorie plus élevée, c'est celle qui réduit l'idée du bien à l'idée de la volonté divine. Okkam au moyen âge, Crusius dans les temps modernes, ont soutenu cette théorie avec éclat. Elle est aujourd'hui à peu près universellement condamnée. Elle a, en effet, cet inconvénient capital de fonder la morale sur une notion relative. Il peut sembler étrange de dire que la volonté divine soit une chose relative; mais il suffit de s'entendre; elle est relative à la raison et à la nature même de Dieu. N'est-il pas évident que Dieu ne peut pas vouloir le mal? Or, si le bien et le mal dépendaient de la seule volonté de Dieu, conçue dès lors comme parfaitement indifférente et arbitraire en soi, il suffirait à Dieu de vouloir une chose pour la rendre bonne. Ainsi le vice deviendrait vertu, s'il plaisait à Dieu de le vouloir. Je demande alors pourquoi l'on ne dira pas qu'il dépend de Dieu de faire que le cercle soit carré, que le vrai soit faux, que l'être soit le non-être? On voit combien cette doctrine, spécieuse au premier abord, devient, quand on la presse, extravagante et pernicieuse. Le bien comme le vrai sont fondés sur la nature de Dieu, ou plutôt sont Dieu même. Faire dépendre le bien de la vo-

tout. Il a paru inadmissible à beaucoup d'auteurs de ramener la notion de Droit à une notion psychologique; sans doute le Droit n'est pas sans rapports avec notre sensibilité; le mépris du Droit comme le mépris du Bien est évocateur par réaction des plus beaux sentiments chez ceux qui en sont les temoins; mais considéré dans sa nature spécifique, le Droit a paru être à la majorité des juristes et des philosophes du XIXe siècle autre chose qu'un sentiment; ils ont vu en lui une notion rationnelle; encore une fois, ont-ils pensé, le Droit manifeste son existence par des faits de conscience, mais il ne peut être aperçu tout entier qu'au moyen de la raison et après une pénible élaboration (1). Duranton, dont l'œuvre abonde en aperçus

lonté de Dieu, c'est faire dépendre l'être de Dieu de son action, c'est-à-dire que Dieu est selon ce qu'il veut, au lieu de dire que Dieu veut selon ce qu'il est; c'est renverser l'ordre des idées et celui des choses ».

1. C'est encore une démonstration que les philosophes ont faite à propos du Bien et qui s'applique au Droit. Les auteurs précités déclarent, en effet : « Tout homme, si humble et si mal cultivé qu'on le suppose, a quelque idée du Bien en soi. Non assurément qu'il sache en quoi consiste le Bien, car les intelligences les plus vastes et les plus fortes ne le savent que d'une manière infiniment imparfaite, mais il sait, du moins, ou, si l'on veut, il sent qu'il y a quelque chose au-dessus de lui à quoi se rapportent sa destinée et celle de tous les êtres. Tant que l'homme n'a vu que soi-même et en soi la satisfaction des tendances de sa nature, l'homme n'a l'idée que d'un bien relatif, il est incapable de comprendre pourquoi ce bien est un bien véritable, qui mérite d'être poursuivi et possédé. En vain l'expérience de la vie vient agrandir cette notion du Bien sensible et la transformer dans la notion plus générale de Bien-être; le Bien-être est encore un bien relatif, qui ne porte pas en soi la raison de son existence. Pour trouver un bien qui soit véritablement et par lui-même le Bien, il faut que l'homme sorte de soi, qu'il conçoive que sa destinée se rattache à un principe supérieur qui la domine et l'embrasse. C'est alors seulement que l'homme devient capable d'agir moralement; c'est alors seulement

si judicieux et si profonds, a été un des premiers à mettre en relief cette vérité : « Le droit naturel, dit-il, est cette loi pour ainsi dire promulguée par Dieu même, que l'homme peut connaître par les seules lumières de sa raison, en suivant le sentiment intime qui se développe avec son intelligence » (1). Précisant cette idée, l'auteur d'un ouvrage sur *La loi naturelle*, de Neufbourg, écrivait à une époque plus récente : « La notion de la justice, chacun de nous peut la retrouver en lui-même. *Opus legis scriptum est in cordibus.* Il lui suffit de consulter sans prévention les lumières de sa raison et les indications de sa conscience. Que dis-je ; d'elles-mêmes souvent ces notions se présentent à sa pensée ou à son cœur. Il n'a besoin, pour les trouver, ni de recherches, ni d'études ; c'est assez qu'une occasion les fasse éclore. S'il ne les perçoit pas toujours distinctement, il les sent du moins, et du moment qu'il y réfléchit, il s'aperçoit qu'il les possède... Tous les hommes, sans doute, ne savent pas analyser les principes de cette loi, les définir, en rendre compte. Mais tous en ont certainement des idées plus ou moins claires, suivant que leur intelligence est plus ou moins développée » (2).

24. — C'est ainsi que la doctrine métaphysique du Droit, à l'état pur en quelque sorte, s'est constituée. Délaissant, sur le fondement de l'observation et du

qu'il est en possession de la loi de sa destinée » (Jules Simon, Emile Saisset et Amédée Jacques, *Manuel de philosophie*, pp. 350-351).

1. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. I, p. 15.

2. De Neufbourg, *De la loi naturelle*, 3e éd., Paris, 1869, pp. 47-49.

raisonnement à la fois, le point de vue psychologique, faisant état, d'autre part, de considérations que nous rencontrerons ultérieurement, les auteurs se sont décidés à voir dans la notion de Droit une notion métaphysique, une des formes de la notion d'absolu. Nous disons : une notion métaphysique et non pas une notion religieuse, car, nous l'avons déjà indiqué et nous reviendrons sur ce point, il est des auteurs qui ne se sont pas contentés du point de vue métaphysique et ont rattaché la notion de Droit à une religion déterminée. Parmi les jurisconsultes de l'heure actuelle, qui ont cru devoir se rattacher à la conception métaphique, se trouve M. Gény, et il exprime son opinion avec une rare fermeté : « Que le Droit, écrit-il, puisse subsister et conserver sa valeur efficace, en dehors d'un *credo* religieux, si l'on entend viser une religion positive déterminée, si élevés en soient les dogmes, j'en tombe aisément d'accord. Et l'exemple magistral du droit romain, constitué sans la base d'aucune théologie précise, en fournirait au besoin la preuve. Mais il me paraît beaucoup plus douteux qu'un système juridique s'établisse et se maintienne, avec la fermeté nécessaire à la réalisation de son objet, indépendamment de toute métaphysique, s'agissant ici de cette philosophie première, qui seule peut justifier l'ordre du monde et les lois de la vie. Le Droit, s'il diffère de la morale proprement dite par un caractère plus nettement extérieur et impérieux, participe cependant de son essence, puisque, comme elle, il consiste en règles de conduite (normes), qui s'imposent catégoriquement à la volonté. Or, une morale efficace ne se conçoit pas sans un principe supérieur d'autorité

indiscutable, qui ne peut être que de l'ordre métaphysique » (1).

Reste à préciser ce que devient au juste la notion de Droit dans la doctrine métaphysique pure. Qui dit métaphysique, dans la philosophie traditionnelle, dit : « *science des premières causes et des premiers principes* », dit : « science de *l'être* par opposition au *paraître*, la science de *l'absolu* par rapport au *relatif*, de *l'inconditionnel*, c'est-à-dire de ce qui ne suppose rien, de ce qui existe en soi, par opposition à ce qui est *conditionnel* et *dépendant*, à ce qui existe en un autre et par un autre » (2). La métaphysique, dira encore Paul Janet, c'est pour partie la « science de l'inconnaissable, dans la mesure où il est connaissable », la « synthèse finale, ou synthèse des sciences de la nature et des sciences de l'humanité » (3); « l'idée de phénomène, conclura-t-il en s'inspirant de Platon, c'est-à-dire de quelque chose d'essentiellement fluide, toujours en mouvement, en génération est contradictoire,... il faut un certain principe de fixité et d'unité pour qu'on puisse dire d'une chose qu'elle est ceci ou cela... le phénomène suppose *l'être* à quelque degré (4)... l'on

1. Gény, dans *L'Œuvre juridique de R. Saleilles*, p. 46. L'auteur ajoute : « Aussi bien, ne semble-t-il pas que l'idée d'évolution, représentant ici comme la formation spontanée et homogène d'une doctrine morale, soit pleinement convaincante pour la raison et entraînante pour la volonté ». Plus loin, p. 48, il demande « la reconnaissance positive, par les jurisconsultes eux-mêmes, de principes supérieurs aux contingences des faits et échappant aux prises de l'observation, principes aussi généraux qu'on le voudra, mais assez fermes, par leur origine, pour soutenir les solutions juridiques les plus variées et les plus menues ».

2. Lahr, *Cours de philosophie*, 1902, t. II, p. 219.

3. Paul Janet, *Principes de métaphysique et de psychologie*, 1897, t. I, p. 178.

4. Paul Janet, *op. cit.*, t. I, p. 175.

ne peut échapper à la notion d'absolu, ... et l'absolu, c'est la suppression de toute condition au point de vue de l'existence » (1). En d'autres termes, la métaphysique s'absorbe pour partie dans les notions premières, et celles-ci nous font sortir du monde des phénomènes, elles revêtent une portée transcendante ; ce sont avec la notion d'absolu, les notions d'infini et de parfait ; toujours d'après la philosophie classique, elles nous mettent en rapport avec l'Etre pur, principe de toute réalité ; elles se ramènent donc à l'intuition d'essences correspondantes, elles répondent à une existence placée en dehors de nous (2). Les métaphysiciens du Droit, avons-nous dit, ont fait de la notion de Droit une notion métaphysique participant de la notion d'absolu. Ils se sont, en un mot, situés dans le cadre de la métaphysique traditionnelle ; de même qu'en morale la notion du Bien en soi, du Bien absolu était dictée par les notions premières, de même, ont-ils pensé, la raison nous conduit par delà les phénomènes juridiques à la notion du Droit en soi, du Droit absolu. Le Droit sera donc présenté dans leurs écrits comme un concept représentatif d'un élément immatériel et essentiel de la vie de l'Humanité ; un par essence, il ne se confondra pas avec les formes multiples dont il détermine l'apparition, mais il s'incorporera en elles, il deviendra par elles visible et concret ; type immuable existant réellement et distinctement en dehors des choses données, il constituera un principe dont les cho-

1. Paul Janet, *op. cit.*, t. II, p. 96-97.

1. Comp. Malapert, *Leçons de philosophie*, 5e éd. 1913, t. I, p. 384 et s. ; Rayot, *Cours complet de philosophie*, 4e éd., 1912, p. 219 et s.

ses données ne seront que des dérivés imparfaits (1). Bref, le Droit est considéré dans la doctrine métaphysique, comme l'une des pièces constitutives de l'ordre du Monde, comme l'une des forces invisibles, mais réelles, au milieu desquelles se meut l'Univers et qui l'orientent vers sa fin. C'est ainsi que, par voie de déduction logique, le Droit nous apparaît dans sa notion métaphysique comme immuable, universel et éternel.

En cela, il faut bien le dire, les juristes du XIXe siècle ne faisaient pas précisément œuvre nouvelle. Leur conception avait été celle de Grotius qui avait vu nettement dans la notion de Droit une manifestation de l'absolu ; on ne pourrait pas discuter du Droit, disait-il, si celui-ci n'existait pas par lui-même ; il ajoutait : « nous devrions admettre le Droit naturel, même si l'on concédait, concession criminelle, que Dieu n'existe pas ou ne s'occupe pas des affaires humaines » (2). Autrement dit, Grotius voyait dans la notion de Droit une des formes les plus parfaites de la notion d'absolu dans tout ce qu'elle a de plus rigoureux. « L'absolu, dit M. Liard, *est ce qui existe en soi et est conçu par soi*, ce qui pour exister n'a besoin que de soi et dont le concept, pour être formé n'a besoin du concept d'aucune autre chose (3) ». La notion de Droit se présente à Grotius sous cette forme. En cela, est-il besoin de le rappeler, Grotius lui-même n'innovait pas malgré le titre de « Père du Droit naturel » que la tradition lui a décerné ; Antigone, dans Sophocle, en appelle

1. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*, 8 édit., 1915, p. 31 et s.

2. Grotius, *De jure belli et pacis*, 1624, §. 11.

3. Liard, *La science positive et la métaphysique*. 5e éd. 1905, p. 303.

déjà aux « lois non écrites, mais impérissables, émanées des dieux », qui ne fléchissent pas devant un mortel. « Ce n'est pas d'aujourd'hui, ce n'est pas d'hier qu'elles existent, clame t-elle; elles sont éternelles et personne ne sait où elles ont pris naissance ». A son tour Cicéron déclarera : « Il est une loi fondamentale, la droite raison, conforme à la nature, qui se révèle à chacun constante et éternelle... Il n'est permis ni de l'abroger tout entière, ni d'y déroger en partie...; elle n'a besoin de personne pour interprète ou organe; elle n'est pas autre à Rome et autre à Athènes; elle ne sera pas demain autre qu'aujourd'hui; mais, une, éternelle, immuable, elle dominera tous les peuples en tous les temps ». « Où est cette loi? », se demande encore Cicéron; et il répond avec Quintilien : « Elle est exposée aux yeux de chacun dans le grand Livre du Monde, sur les Tables de la Nature, *in publico mundi, in naturalibus tabulis* » (1).

La même affirmation raisonnée de la toute-puissance métaphysique du Droit se répercutera à travers les siècles. Laissons parler quelques-uns des juristes de l'époque moderne. Nul ne s'est exprimé avec plus de force que Boulage dans ses *Principes de jurisprudence française*, publiés avec, comme indication expresse, la mention suivante : « pour servir à l'intelligence du Code civil » ; nul n'a plus que lui combattu l'opinion précédemment exposée que le Droit serait une création de la volonté de Dieu, nul n'a mieux affirmé la conformité de la notion de Droit avec la nature

1. Ces citations et bien d'autres sont reproduites par Ch. Beudant dans son livre inspiré d'un idéalisme admirable : *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., 1891, p. 28 et s.

intime des choses telle que la raison peut la concevoir, nul enfin n'a, en conséquence, soutenu avec plus de fermeté le caractère immanent, la nécessité absolue de la notion de Droit. « On accuse, écrit-il, de grands publicistes d'avoir dit ou, du moins, insinué que la loi est la volonté arbitraire de Dieu, que la règle du juste et de l'injuste est née avec l'homme, et que, par conséquent, cette règle n'existait pas avant la création. J'avoue qu'après avoir médité leurs écrits, je ne les trouve pas aussi coupables qu'on le prétend. On les fait parler quelquefois pour avoir le plaisir de les réfuter; mais sur le fond de la question, j'embrasse complètement l'avis du réfutateur. En effet, il y avait des axiomes avant qu'il y eût des bouches pour les annoncer et des oreilles pour les entendre. Les vérités de la géométrie existaient avant les corps auxquels nous les appliquons aujourd'hui; elles subsisteront encore quand l'univers sera rentré dans le néant. La justice n'est pas une volonté arbitraire de Dieu; la justice et la vérité sont Dieu lui-même; elles existaient donc avant le temps, avant l'univers. La loi première, source de toutes les autres lois, n'est autre chose que la raison suprême de l'Eternel. Concluons en disant que la justice n'est pas une volonté arbitraire de l'homme, qu'elle est conforme à la nature des choses, laquelle ne peut être saisie par la faiblesse de nos lumières; que Dieu a gravé dans nos cœurs la connaissance du juste et de l'injuste, mais qu'il n'a pas créé la justice, parce qu'il n'a pu se créer lui-même et que, d'ailleurs, il est incréé » (1). Lepage s'exprimait à la

1. *Principes de jurisprudence française pour servir à l'intelligence du Code civil*, 1819, t. I, p. 112-113.

même époque en termes semblables dans ses *Eléments de la science du Droit* « à l'usage de toutes les nations et de toutes les classes de citoyens » (1). Quelque temps après, le philosophe Lerminier allait jusqu'à rattacher de façon expresse la notion de Droit à l'ontologie (2). De son côté, Taulier déclarait dans sa *Théorie raisonnée du Code civil* : « Je dis avec Portalis : le Droit est la raison universelle, c'est la suprême

1. Il y est dit : « Indépendamment de toute autorité établie par les hommes, la nature nous prescrit des devoirs que nous ne pouvons pas nous empêcher de reconnaître : ils sont donc essentiellement nécessaires. La raison que la nature développe dans chaque individu étant de la même espèce dans tous les temps et dans tous les lieux, il faut en conclure aussi que ce qu'elle prescrit est essentiellement invariable. Ce qu'elle montre aujourd'hui comme juste ou injuste dans un pays, l'a été de tout temps, partout, et ne cessera de l'être. Il résulte encore de là que les devoirs imposés par la nature sont nécessairement universels, c'est-à-dire les mêmes pour tous les hommes, en quelques lieux qu'ils habitent. Ainsi, ce qui constitue le caractère essentiel du droit naturel, c'est qu'il est nécessaire, universel, immuable et indépendant de toute volonté terrestre. Tout homme qui jouit de la faculté de raisonner ne peut donc pas, sans se rendre coupable, négliger les règles de conduite que lui fait apercevoir son intelligence » (*Eléments de la science du Droit*, Paris, 1819, t. I, pp. 55-56).

2. Son raisonnement mérite d'être relevé à titre documentaire : « Gardons-nous, écrit Lerminier, d'isoler le Droit et sa science du reste des choses et de la réalité. Sans doute, pour l'étudier, il faut l'abstraire et le distinguer; mais pour le comprendre, il faut le rattacher à tout ce qui est. Le Droit est une partie de la Morale, il en est la partie extérieure, pour ainsi dire, la partie obligatoire envers les autres. La morale elle-même est une partie de la psychologie, et la psychologie, centre de toute connaissance philosophique, se rattache, par ses inductions laborieuses, à l'ontologie, science des êtres, science parallèle à la religion, expliquant par les idées ce que la religion traduit par les symboles. Ainsi ontologie et religion, psychologie, morale, jurisprudence, telle est la génération des idées et la hiérarchie du monde moral. Qu'on décide maintenant si le jurisconsulte doit rester étranger à la philosophie et à la théologie historique » (*Introduction générale à l'histoire du Droit*, Paris, 1829, p. 7).

raison ;... le Droit naturel, à mes yeux, c'est le pur Droit... Le Droit naturel est primitif, car il est inhérent à l'existence des choses ; il est immédiat, c'est-à-dire qu'il se révèle de lui-même et qu'il est de lui-même obligatoire pour chaque homme ; il est un et universel, c'est-à-dire commun à tous les temps et à tous les lieux, parce qu'il repose sur l'essence même des choses, qui est partout la même ; il est uniforme et invariable, car l'essence des choses sera toujours ce qu'elle est ; il est évident et palpable, parce qu'il consiste tout entier en faits sans cesse présents à l'entendement humain et d'une démonstration facile pour chacun » (1). Enfin à une date plus récente, Eschbach, professeur à l'ancienne Faculté de Droit de Strasbourg, écrivait dans son *Introduction générale à l'étude du Droit* : « Sans doute, le Droit ne devient exécutoire que lorsque l'Etat vient lui prêter main-forte, mais même antérieurement, il est obligatoire, et l'idée du Droit est tout à fait indépendante de celle d'un pouvoir souverain qui en garantisse l'exécution par la force. Dire qu'il n'y a pas de Droit antérieur à la création des Etats, c'est confondre le Droit avec la garantie du Droit. Le Droit, comme la Justice, a existé avant l'Etat, de même que les rayons ont été égaux avant qu'on eût tracé le cercle. Celui-là eût évidemment violé le Droit, qui eût renversé la cabane construite par Robinson Crusoë, quoi qu'il n'y eût pas de tribunaux dans cette île déserte. Dire qu'il n'y a de Droit que celui que fait la loi positive, c'est légitimer tous les actes d'un législateur et absoudre le plus mons-

1. *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840, t. I, p. 22-27.

trueux despotisme. Il y a donc, Dieu merci, de quelque nom qu'on les appelle, *Droit naturel* ou *Philosophie du Droit*, un ensemble de préceptes posés par Dieu même, révélés à l'homme par la conscience, démontrés par la raison et préexistants à toute société. Ce ne sont pas de simples préceptes de morale : ce sont des règles de Droit » (1).

En résumé, pour les auteurs que nous venons de citer et qui voient dans la notion de Droit une notion métaphysique, le Droit existe par lui-même et ne pouvait pas ne pas exister ; sans lui, le Monde était inconcevable ; son origine et sa nature sont, sous le rapport de l'expérience, dans le domaine de l'inconnaissable ; mais la conscience nous avertit de l'existence du Droit, la raison nous découvre ses caractères, nous révèle en lui une notion première, nous fait suivre sa race jusqu'au Principe dernier de tout ce qui existe, et nous le montre s'absorbant dans la notion mystérieuse de cette Cause suprême.

25. — **La doctrine catholique. Ses différences avec la doctrine métaphysique.** — La conception métaphysique n'a pas satisfait tous les philosophes épris d'idéal et, ainsi que nous l'avons déjà dit, certains d'entre eux ont estimé que la notion de Droit ne s'éclairait que par son rattachement à une religion précise. Tel a été le cas des théoriciens catholiques. Nous serons très bref à leur sujet, cette doctrine supposant, malgré tout, un acte de foi religieuse, quoique ses auteurs soutiennent que la seule raison humaine

1. Eschbach, *Introduction générale à l'étude du Droit*, 3e édit., Paris, 1856, pp. 16-17.

y conduise et en démontre le bien-fondé (1). Ajoutons que les auteurs qui ont prôné cette doctrine au dix-neuvième siècle prétendent n'avoir en rien innové et puiser leur théorie dans des œuvres telles que la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin. Parmi ces théoriciens catholiques, nous devons citer au premier rang : Marcadé, le marquis de Vareilles-Sommières, J.-B.-V. Coquille, qui fut rédacteur de *L'Univers* et du *Monde*, l'abbé Bautain, qui, après avoir été doyen de la Faculté des Lettres de Strasbourg, fut professeur de théologie morale à la Sorbonne, Lucien Brun. Coquille nous paraît avoir parfaitement résumé la doctrine catholique de la notion de Droit dans sa forme actuelle la plus répandue, par opposition à la doctrine métaphysique ou du Droit naturel que nous avons commencé par exposer : « Pour l'Ecole philosophique, écrit-il, la loi est une déclaration du Droit; le Droit existe en lui-même, indépendamment des hommes qu'il régit. Le publiciste, le philosophe, le moraliste a pour mission de le découvrir, de l'arracher aux ténèbres dont il est enveloppé. Dans la réalité, ce droit

1. Nous n'avons pas à rappeler ici les discussions soulevées à ce sujet par ceux que l'on a appelés les traditionalistes. Comme on le sait, de Bonald, Lamennais, Bautain enseignèrent que la raison humaine était impuissante à concevoir par elle-même « les lois naturelles et l'existence même de Dieu », qu'on n'arrivait à cette connaissance que par la révélation primitive et la tradition. Cette thèse fut ardemment combattue par l'Eglise, qui a toujours soutenu qu'il suffisait, pour atteindre ce résultat, de la raison humaine, que le problème de la certitude était résolu par le seul moyen de cette raison. De Vareilles-Sommières, *Les Principes fondamentaux du Droit*, Paris, 1889, pp. 26 et suiv. — A. Campaux, *L'abbé Bautain*, Paris, 1868, pp. 22 et suiv. — Ch. Adam, *La philosophie en France* (première moitié du XIXe siècle), Paris, 1894, pp. 33 et suiv.; 84 et suiv.

abstrait n'aboutit qu'à des systèmes contradictoires. La raison, le droit naturel, la conscience, la justice, la nature des choses sont des mots fort éloquents, mais impuissants à fonder une doctrine. La raison, pour le philosophe, sera toujours ce qu'il croit ; le droit naturel sera ce qu'il a jugé bon et convenable à la société. Sous la dénomination de conscience, il entend sa conscience particulière à lui ; la justice et la nature des choses se résumeront dans ses idées personnelles. Le genre humain n'a pas tenu de congrès pour déterminer la raison, la justice. Il n'y a pas une raison universelle, apanage du genre humain, et dont la raison de chaque individu serait une fraction. Au milieu de ces divergences, un point reste commun à toutes les Ecoles, c'est que le Droit ne vient pas de l'homme. En d'autres termes, ils reconnaissent, comme Donoso Cortès, que le Droit humain n'existe pas. Ces efforts témoignent de la nécessité où nous sommes de chercher la source du Droit en dehors de nous-mêmes ». Coquille conclut : « Cette discussion nous a amené à préciser l'idée de Droit. Le Droit diffère de la loi, qui n'en est que l'application souvent fautive et erronée. L'unanimité des moralistes, des publicistes, des jurisconsultes nous atteste que le Droit est indépendant de l'homme ; car l'homme est soumis au Droit, il est sujet du Droit. La théologie catholique nous apprend que le Droit est en Dieu, qui est la justice elle-même, puisqu'il est souverainement et absolument juste. Le Droit, c'est la volonté divine dictant à l'homme la règle de ses sentiments et de ses actions. Dans l'idée que s'en forment les philosophes, il se confond avec la nature des choses ou la fatalité, expressions suffisantes pour indiquer

où il n'est pas, inintelligibles pour indiquer où il est. Le Droit n'est pas dans ces fantômes de notre imagination ; il vit dans un législateur capable d'en assurer le respect, immuable et éternel comme le Dieu qui l'a promulgué de toute éternité, *œterni parentis splendorem œternum*. Le Droit nous est ainsi révélé dans sa notion la plus pure. Il n'y a pas d'autre Droit que le droit divin, et la science, interrogée dans ses sources les plus diverses, répond que le droit humain n'existe pas. Donoso Cortès n'a donc pas énoncé un paradoxe, mais un axiome (1) ».

Nous ne nous aventurerons sur le terrain de la doctrine catholique, même considérée sous l'un de ses aspects humains : la notion de Droit, qu'avec une extrême prudence. Nous nous permettrons toutefois quelques réflexions tirées de la doctrine même de Saint Thomas d'Aquin, telle qu'elle résulte de la *Somme théologique*, dans la mesure encore une fois où il est permis à un profane de se risquer à un contact direct avec celle-ci. On sait à quel point dans les milieux catholiques la philosophie thomiste est redevenue en honneur (2). Il n'est donc peut-être pas inutile de

1. Coquille, *Les légistes, leur influence politique et religieuse*, 2e éd., Paris, 1863, p. 3-7.

2. « La seule philosophie qui réponde aux aspirations de l'âme contemporaine, écrit Monseigneur du Vauroux, évêque d'Agen, est la philosophie catholique. Or, cette doctrine à la fois traditionnelle et progressive, intellectualiste, mais nullement incompatible avec l'esprit scientifique, aussi prudente que hardie dans l'examen des problèmes de la métaphysique, éminemment propre à établir les bases de la morale nécessaire à tous les siècles, en particulier au nôtre, on la chercherait inutilement dans la mêlée des systèmes modernes. Elle existe néanmoins ; c'est la philosophie catholique dont le maître le plus glorieux est S. Thomas d'Aquin ». *Du subjectivisme allemand à la philosophie catholique*, 1916, p. 46. Dans un pe-

montrer que, tout au moins sur le terrain du Droit, le rêve du grand docteur scolastique : la conciliation de la philosophie humaine et de la philosophie divine s'est réalisé et qu'on peut, en conséquence, être surpris de voir certains philosophes ou publicistes catholiques, tel celui que nous avons cité, s'obstiner à déclarer

tit opuscule publié récemment sous le couvert d'un anonyme : *Miles Christi*, avec comme titre : *L'Introduction de la Scolastique dans l'enseignement secondaire*, Paris, 1918, on trouve, en dehors des développements de l'auteur, les témoignages du cardinal Dubois, archevêque de Rouen, de monseigneur de la Porte, évêque du Mans et du doyen de la Faculté de philosophie de l'Institut catholique de Paris, M. Peillaube en faveur de la philosophie de S. Thomas comme base des études actuelles de philosophie catholique ; le retour à la scolastique est, au surplus, le résultat de la volonté des trois derniers papes : Léon XIII, Pie X et Benoît XV. « Nous devons, écrit le cardinal Dubois, revenir à la philosophie scolastique, philosophie traditionnelle de l'Eglise, assez vivante, quoi qu'on dise, pour s'harmoniser avec les sciences modernes et apporter à leurs recherches, force, lumière et progrès », *loc. cit.*, p. 9. « C'est un fait, chaque jour plus évident, dit à son tour M. Peillaube, qu'en dehors de la doctrine thomiste, aucun autre système philosophique ne respecte les données de la foi, mais, au contraire, les déforme plus ou moins », *ibid.* p. 18. Au cours d'un parallèle entre Kant et S. Thomas, monseigneur Izart, archevêque de Bourges, déclarait enfin récemment : « Il est urgent, non pas seulement pour la Foi, qui a besoin de s'appuyer sur une ferme Raison, mais aussi pour la Raison elle-même, il est urgent de réagir contre le courant de l'erreur kantienne, si nous voulons redonner à l'esprit français la santé intellectuelle et morale qu'il a perdue depuis quarante ans. Certes, éclairés par les enseignements de l'Eglise, nous savions, nous, depuis toujours que la philosophie de S. Thomas est, dans ses parties fondamentales, la « *Philosophia perennis* » hors de laquelle il n'y a point de sécurité pour la raison et pour la morale. Avec quelle insistance, dont nous pouvons aujourd'hui saisir tout le bienfait, Léon XIII, Pie X et Benoît XV ont prévenu le monde que l'erreur kantienne le conduisait aux abîmes! Dans quelle gloire incomparable, au contraire, ils se sont plû à placer le Docteur Angélique, le proclamant le Maître et le Chef des Ecoles, affirmant que sa doctrine est *sainte*, *salutaire* et *nécessaire* », *Bulletin de l'Institut catholique de Paris*, numéro de décembre 1917. Comp. Sertillanges, *S. Thomas d'Aquin*, 2 vol., 2e éd., Paris, 1912.

impossible la construction de l'édifice du Droit à l'aide de la seule raison humaine, en dehors des cadres d'une religion déterminée. Nous le disons sans ambages et toujours sur la base de la doctrine de Saint Thomas : ces auteurs nous paraissent, en ce faisant, déformer la philosophie chrétienne traditionnelle ; ils ont une tendance à placer la notion de Droit dans la volonté de Dieu, à l'image de certains spiritualistes dont nous avons déjà antérieurement fait état. Peut-être dans leur esprit n'y a-t-il pas erreur ; mais des lecteurs peu familiarisés avec la doctrine catholique peuvent de la sorte se laisser aller à l'erreur, car, dans la philosophie thomiste la volonté est loin de s'identifier avec la conception qu'ont eue de cette notion certains représentants de l'Ecole juridique libérale, qui, ainsi que nous le verrons à propos du contenu de la notion de Droit, voient la racine, l'origine du Droit, moins dans la personne prise en elle-même, que dans sa liberté, dans le plein exercice de sa volonté. Même en admettant la formule que la notion de Droit s'identifie dans la philosophie thomiste avec la volonté de Dieu, on ne serait pas, en effet, bien distant de la doctrine métaphysique du Droit, car pour Saint Thomas la volonté de Dieu s'incarne dans la loi éternelle et la loi éternelle traduit l'ordre immanent du Monde. Autrement dit, nous sommes toujours dans la notion d'absolu.

Comme on le sait, Saint Thomas distingue dans sa célèbre théorie des Lois (1), à côté de la *loi humaine*, la

1. *Somme théologique de S. Thomas d'Aquin*, traduit en français et annoté par F. Lachat, renfermant avec le texte latin les meilleurs commentaires, 2e éd., Paris, 1863, t. VI, p. 285. Nous tenons à dire,

*loi naturelle*, et la *loi divine*, et au-dessus d'elles, les dominant toutes, la *loi éternelle*. Toutes les lois participent de la loi éternelle, car elles ne peuvent dériver que de la notion de Droit et la notion de Droit fait partie intégrante de la loi éternelle. Qu'est-ce donc que la loi éternelle ? La loi éternelle c'est la raison souveraine préexistant en Dieu, donc immanente comme lui ; son existence et son caractère s'induisent aussi bien de la notion abstraite de loi que de la notion de Dieu. « La loi, dit Saint Thomas, est la règle et la mesure des actes ; ... or comme la raison est le premier principe des actes humains, elle en est du même coup la règle et la mesure ; en effet, le propre de la raison, c'est de régler, d'ordonner, de mettre les actes en rapport avec leur but ; ... l'idée de loi est donc inhérente à la notion de raison » (1). Partant de ces prémisses et embrassant la loi dans la plénitude de sa fonction et de sa nature spécifique, Saint Thomas s'arrête à cette définition : « La loi est une prescription de la raison notifiée par le chef qui gouverne une communauté parfaite » (2). Rien de plus aisé dès lors que d'en arriver à la notion de loi éternelle. Etant admis, comme il a pris soin de le démontrer antérieurement, que « le Monde est sous la direction de la Providence suprême », le philosophe scolastique conclut : « il est

pour prendre toutes nos responsabilités, que dans les passages cités au texte nous n'avons pas reproduit la traduction littérale donnée par Lachat ; nous nous sommes reporté à l'original et nous sommes efforcé de donner en des termes légèrement modifiés la pensée de S. Thomas. Disons enfin que la théorie des lois fait dans la Somme théologique l'objet des Questions XC et suiv., au *Traité des Principes extérieures des actes humains*.

1. *Loc. cit.*, t. VI, p. 287.
2. *loc. cit.*, t. VI, p. 297.

évident que la communauté universelle est gouvernée par la raison divine; par suite, cette raison directrice, résidant en Dieu comme dans le chef de la société générale des êtres, fait office de loi. Or la raison divine ne conçoit rien dans le temps ; toutes ses conceptions sont éternelles, comme l'enseigne le Prophète (1) ; la loi constituée par la raison divine est donc éternelle » (2). Que sera dans ces conditions la « volonté de Dieu? » « On peut entendre deux choses par la volonté de Dieu. D'abord cette volonté considérée en elle-même comme attribut souverain : dans ce sens, la volonté de Dieu n'est soumise ni au gouvernement divin, ni partant à la loi éternelle, pour la bonne raison qu'elle constitue l'essence même de Dieu et traduit la loi éternelle avec laquelle elle s'identifie. On peut entendre, en second lieu, la volonté de Dieu envisagée dans les manifestations au regard des créatures ; ces manifestations tombent sous la loi éternelle, parce qu'elles ont leur raison dans la sagesse divine. Considérée au regard des créatures, la volonté de Dieu se dit *raisonnable ;* prise en elle-même elle doit-être dénommée la *raison même* » (3).

Ainsi donc, dans le système de Saint Thomas, la volonté divine, loin d'être arbitraire ou contingente, si l'on veut, s'absorbe dans l'Intelligence suprême et éternelle. M. Fouillée a noté à cet égard avec la plus grande

1. « Le Seigneur, dit le Prophète, m'a possédée au commencement de ses voies; avant qu'il créât aucune chose, j'étais dès lors. J'ai été établie dès l'éternité, dès le commencement, avant que la terre fût créée. Les abîmes n'étaient pas encore, lorsque j'étais déjà créée ». *Loc. cit.*, t. VI, p. 297, en note.

2. *Loc. cit.*, t. VI, p. 297.

3. *Loc. cit.*, t. VI, p. 329-330.

justesse : « Le côté intellectuel et rationnel domine chez Saint Thomas plutôt que les notions de liberté et d'amour : c'est une philosophie de la raison, plutôt que de la volonté. Sur la question des idées, conciliant Aristote avec Platon, c'est-à-dire en réalité avec Saint Augustin, il admet que les Idées universelles existent éternellement dans l'Intelligence divine et y expriment les possibilités éternelles des choses... Quant à la nature essentielle de Dieu, Saint Thomas transporte en cette question la même tendance rationaliste et déterministe. Dieu est-il essentiellement et primitivement une volonté, dont l'intelligence avec ses lois nécessaires ne serait que l'expression dérivée, ou la volonté de Dieu est-elle subordonnée à son intelligence? Cette dernière réponse est celle de Saint Thomas. Son Dieu est celui de Platon, qui trouve éternellement en lui la vérité toute faite, le bien tout constitué, la perfection toute accomplie, et qui, contemplant en lui-même cette nécessité éternelle des choses, la réalise dans le monde. Le Dieu de Saint Thomas est plutôt une *nature* parfaite qu'une *volonté* qui se rendrait parfaite elle-même » (1).

La notion de Droit, dans la doctrine thomiste, fait partie intégrante, avons-nous dit, de la loi éternelle. En effet, la loi humaine, la loi naturelle et la loi divine participent de la loi éternelle. Au fond, la loi naturelle n'est pas autre chose que la loi éternelle dans la mesure ou l'homme peut, sur la base de sa nature et de sa raison, percevoir les principes inscrits dans la loi éternelle. « Puisque, dit Saint Thomas, les cho-

1. Fouillée, *Histoire de la philosophie*, 12e éd., p. 208.

ses soumises à la Providence divine, sont, comme nous l'avons vu, réglées et mesurées par la loi éternelle, il s'ensuit que tous les êtres participent en quelque manière de cette loi suprême, en ce qu'elle les incline tout naturellement vers les actes et vers les fins qui leur sont propres. Mais la créature raisonnable est soumise plus parfaitement que tout autre à la Providence divine; car devenue participante de cet attribut, elle l'exerce non seulement envers elle-même, mais envers les autres êtres : il y a donc en elle une participation de la raison éternelle qui l'incline vers l'acte et vers la fin convenables. Eh bien, cette participation de la loi éternelle dans la créature raisonnable, voilà ce qu'on appelle la *loi naturelle* » (1). Mais la loi naturelle aurait été impuissante à réaliser l'ordre social et moral. De là, la loi humaine et la loi divine. « Nous avons montré, écrit l'abbé Bautain, l'insuffisance de la loi naturelle soit pour la direction de la conduite individuelle et la morale privée, soit pour le gouvernement des peuples et la vie sociale. Nous avons vu que, d'un côté comme de l'autre, tout en posant des principes évidents et tirant de ces principes des conséquences prochaines ou éloignées, la raison restait souvent embarrassée dans l'application de ces principes et de ces conséquences, et que même il y a bien des cas où la loi naturelle seule serait impuissante. Cela est incontestable chez les nations. Il est clair que si on laissait les membres d'une société à la seule direction de la loi de nature, cette société ne pourrait subsister; il y a plus, elle ne pourrait pas

1. *Somme théologique*, édition précitée, t. VI, p. 300

se fonder. Car, en définitive, chacun restant l'interprète, le juge de la loi et de ses applications, en cas de division et de collision tous prétendraient avoir raison. Donc, il faut une loi positive, soit civile et politique dans l'ordre social, soit révélée et religieuse pour l'ordre moral » (1).

Telle est la doctrine catholique du Droit, ainsi du moins que nous la trouvons consignée, d'après nous, dans la *Somme théologique*. Est-elle vraiment si différente, sur le terrain philosophique, de la doctrine métaphysique et lui est-elle vraiment supérieure sur ce même terrain? Il ne nous le semble pas. Il y a chez ceux qui ont soutenu le contraire, un esprit de combativité qui ne se justifie pas. Dans la doctrine métaphysique, avons-nous dit, la notion de Droit est une notion première, une des formes de la notion d'absolu; elle est donc participante, dans cette doctrine aussi, de la notion de Dieu. Comme l'écrivait récemment un de nos philosophes contemporains, « toutes les notions premières reviennent à la notion de Dieu; celle-ci est la notion rationnelle par excellence. En effet, les choses du monde sensible ne satisfont pas les exigences de la raison; dans ce monde, l'Etre véritable n'est pas; on chercherait en vain la Cause qui n'est plus effet, la Fin qui n'est plus moyen. Dieu est précisément conçu par nous comme l'Etre vrai, comme la Cause définitive, comme la Fin inconditionnelle: il

1. Bautain, *Philosophie des lois au point de vue chrétien*, 3e éd., 1863, p. 130. — Voir en outre : de Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du Droit*, 1889. — Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6e éd., 1868, t. I, p. XXVIII et s. et les références à ses *Etudes de science religieuse*.

est donc la réalisation complète de la raison. Voilà pourquoi c'est la même chose pour la raison de se poser et de poser Dieu » (1). Seulement la doctrine métaphysique se refuse à entrevoir la notion de Droit et par suite la notion de Dieu, qui l'englobe, au travers d'une religion déterminée, parce que le Droit a une fonction purement humaine : la réalisation de l'harmonie sociale, et que cette harmonie s'impose aux croyants comme aux non-croyants. Il faut donc si l'on veut faire la philosophie du Droit, c'est-à-dire résoudre le problème philosophique qu'il constitue, procéder par des voies humaines, aboutir à l'aide de la seule raison, indépendamment du secours de la foi. On peut même se demander si Saint Thomas n'a pas lui-même admis formellement cette possibilité quand il a écrit : « La loi naturelle dirige les actes par des préceptes généraux reconnus partout et toujours, dans l'enfance de l'humanité comme dans son âge mûr ; cette loi est donc une dans tous les hommes. Mais outre les préceptes universels, la loi divine renferme des préceptes moins généraux qui dirigent les actes particuliers » (2). Autrement dit, considérée sous le rapport de la notion de Droit, la loi éternelle n'est-elle pas cette notion prise en elle-même et la loi naturelle n'est-ce pas simplement la perception de cette notion à l'aide des seules lumières de la conscience et de la raison, indépendamment de toute révélation surnaturelle?

**26.** — Quoi qu'il en soit, on peut voir par notre exposé de doctrines combien tout en affirmant l'existence

1. Rayot, Cours complet de philosophie, 4e éd., 1912, p. 228.
2. *Somme théologique*, édition précitée, t. VI, p. 310.

de la notion de Droit, la pensée française du dix-neuvième siècle a varié sur le problème de la forme sous laquelle elle se présente à nous, de son origine, de ses caractères. Nous avions raison de le dire, il serait difficile de concevoir une plus grande variété d'opinions. Il est nécessaire, en tout cas, de retenir les deux formes extrêmes; tandis que les uns ont vu dans la notion de Droit un concept par définition variable dans le temps et dans l'espace, les autres en ont fait la représentation d'une essence éternelle, immuable et universelle, sous l'empire de laquelle la vie de l'humanité est condamnée à se mouvoir.

## CHAPITRE II

### Le contenu de la Notion de Droit.

**26.** — De tous les aspects de la notion de Droit, son contenu est celui qui a le plus attiré l'attention des auteurs. Nous avons antérieurement indiqué que la plupart du temps ils avaient sous le couvert du contenu, traité de la notion de Droit tout entière (1). Il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler l'opposition entre les doctrines du droit individuel et les doctrines du droit social, qui forme la base ordinaire des ouvrages de philosophie du Droit. Nous serons, en conséquence, très bref sur ce point ; nous nous contenterons de classer les diverses doctrines sur le contenu de la notion de Droit et de montrer leurs liens avec les théories déjà exposées sur cette notion prise en elle-même, en tant que pur concept ; on va voir qu'il ne suffit pas de mettre en avant les thèses du

1. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 2e éd., Paris, 1891. — Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, 1910. — De Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du Droit*, Paris, 1889. — Fouillée, *L'idée moderne du Droit*, Paris, 1878.

droit individuel et du droit social pour donner une idée complète de la manière dont le dix-neuvième siècle a conçu, en France, la substance de la notion de Droit.

**27. — La doctrine de la notion de droit à contenu variable.** — Une première doctrine a résolu le problème d'une manière très simple. Après avoir admis l'existence d'une notion de Droit, elle a déclaré que celle-ci se ramenait à une forme vide par elle-même et susceptible de recouvrir les contenus les plus divers ; c'est la thèse connue sous le nom de « doctrine du droit naturel à contenu variable » (1). Nous ne craignons pas de le dire, cette conception, issue de théories allemandes (2), nous a toujours paru porter en elle une contradiction. Au premier abord, il semble, en effet, possible de concevoir la notion de Droit sous l'aspect d'une forme, qui se suffit à elle-même, pour réaliser l'idéalisme juridique ; mais quand on réfléchit, il est impossible de se représenter comment, privé de son contenu, un symbole de cette nature pourra guider la marche de l'humanité ; d'autre part, si l'on fait varier ce contenu, ne détruit-on pas la notion de Droit elle-même, d'une manière indirecte ? En tout cas, on joue sur les mots et on lui enlève toute son efficacité, puisque c'est par définition ce contenu variable qui inspirera la législation. On se retrouve, de la sorte, placé en face du problème qu'on croyait résolu : ce contenu variable, qui sera chargé de le déterminer ? qui aura l'autorité voulue pour décider,

1. Charmont, *op. cit.*, pp. 167-173.

2. Voir surtout la doctrine de Stammler. Comp. à son sujet : Gény, *Science et technique*, t. 2, p. 127-190.

d'une façon ferme, que pendant une période déterminée ou à l'égard d'une situation juridique déterminée, la notion de Droit aura tel contenu? On se heurte, on le voit, à une impossibilité telle, qu'une doctrine semblable est insoutenable. Cela est si vrai que Labbé et M. Saleilles, qu'on nous a représentés (1) comme ses partisans, n'admettaient pas la notion de Droit, ou, ce qui revient exactement au même, n'admettaient pas plus la fixité de la forme que la fixité du fond, en ce qui concerne cette notion (2).

1. Charmont, *op. cit.*, pp. 170 et 172.

2. Il nous est facile d'en fournir la preuve. Dans sa préface à l'ouvrage de M. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, 2e éd., Paris, 1904, Labbé nie formellement que l'humanité puisse jamais trouver « la forme définitive du juste ». « La croyance à l'évolution incessamment progressive, écrit-il, enlève à l'homme le charme de l'absolu, le plaisir du repos de l'esprit dans la possession de la vérité, mais elle a cet avantage de préparer au changement, de prévenir le désespoir que cause une révolution à ceux qui ont cru être arrivés à un état définitif. Pourquoi la génération présente aurait-elle la tranquillité, qui a fait défaut aux générations antérieures? L'humanité a déjà cru plus d'une fois avoir fixé irrévocablement sa demeure et sa condition, avoir trouvé une forme définitive du juste. C'était une illusion. Il a fallu subir les convulsions d'un changement auquel on ne s'attendait pas » (*op. cit.*, p. XVII). — Quant à M. Saleilles, il vaut la peine que nous citions l'un des extraits sur lesquels on s'appuie d'ordinaire (comp. Charmont *op. cit.*, p. 173, note 2) pour soutenir qu'il a admis la doctrine du droit naturel à contenu variable. Nos lecteurs jugeront si M. Saleilles ne rejette pas, à propos de la notion de Droit, aussi bien la fixité de la forme que celle du fond. « Ce qui ne change pas, écrit-il, c'est le fait qu'il y a une justice à réaliser ici-bas ; c'est le sentiment que nous devons à tous le respect de leur droit, dans la mesure de la justice sociale et de l'ordre social. Mais quelle sera cette mesure, quelle sera cette justice, quel sera cet ordre social? Nul ne peut le dire, *a priori;* toutes ces questions dépendent des faits sociaux, avec lesquels le Droit entre en contact : ces faits changent, évoluent et se transforment. Mais cela dépend aussi des conceptions que l'on se fait de la justice, de l'ordre, de l'autorité et de la liberté, du droit de la communauté et de ceux de l'individu, de la

**28. — Les doctrines du droit social.** — Nous serions tenté de rapprocher de la doctrine du droit naturel à contenu variable les doctrines dites du droit social, mais avec des précisions toutefois, car ces doctrines sont logiques avec elles-mêmes et ne méritent pas, de ce chef, le reproche que nous avons adressé à la précédente. Au premier abord, rien ne paraît plus distant de la doctrine du droit naturel à contenu variable que les doctrines du droit social ; celles-ci attribuent, en effet, à la notion de Droit, un contenu des plus précis ; mais cette précision n'existe que dans la forme; au fond, ce contenu est tellement élastique qu'il peut, suivant les individus, présenter les physionomies les plus opposées, tout en gardant son identité formelle ou, si l'on veut, tout en correspondant toujours à la même expression. Ainsi, M. Tanon fait de « l'utilité générale » ou du « bien commun (1) » le contenu de la notion de Droit. Mais est-ce que toutes les conceptions sociales n'ont pas pour objectif le bien commun, aussi bien le communisme extrême, qui sacrifie entièrement l'individu à la société, que le libéralisme à outrance, qui ramène les attributions des autorités sociales à leur minimum et exprime son idéal du rôle de l'Etat

proportion des rapports de prépondérance à établir dans le conflit incessant qui s'élève entre ces forces opposées; et cette proportion varie et alterne. Suivant les abus causés par la prépondérance de l'un par rapport à l'autre, il faut renverser les facteurs. La notion d'ordre social s'en trouve modifiée et la conception que l'on se fait de la justice sociale en reçoit le contre-coup. » *Ecole historique et droit naturel*, Rev. trim. dr. civ., 1902, p. 98. — La doctrine du droit naturel à contenu variable a son pendant en Morale. Comp. Bernès, *L'unité morale*, dans *Morale sociale*, Paris, 1899; *Les conditions de l'action*, dans *Questions de morale*, Paris, 1900.

1. Tanon, *L'évolution du Droit et la conscience sociale*, pp. 158 et suiv.

par l'expression caractéristique : l'Etat-gendarme ? Nous nous empressons de reconnaître que toutes les doctrines du droit social ne sont pas aussi élastiques ; il en est notamment ainsi de celle qui fait de la solidarité la substance de la notion de Droit. Mais que de formes, malgré tout, ne peut pas revêtir la solidarité, et, par suite, quelle variabilité dans le contenu (1) de la notion de Droit. Les défenseurs de la doctrine solidariste sont les premiers à le reconnaître. On voit, dans ces conditions, comment les doctrines du droit social vont rejoindre celle du droit naturel à contenu variable. Elles ont toutefois sur celle-ci la supériorité de la logique, car elles font de la notion de Droit un concept variable tant en la forme qu'au fond. Qu'il nous suffise de rappeler la thèse de M. Duguit, consistant à faire de la notion de Droit une notion purement psychologique, apparaissant dans la conscience sous l'impulsion des besoins matériels, intellectuels et moraux (2).

1. Comp. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1re éd., pp. 13 et suiv. — A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, pp. 3-6.

2. De peur qu'on ne nous accuse d'inexactitude en ce qui concerne les partisans de la doctrine solidariste, nous donnerons ici encore, quitte à nous répéter, quelques précisions. La solidarité peut être considérée comme le contenu aussi bien de la notion de Droit que de la notion de Bien. Il existe une morale solidariste tout comme une doctrine juridique solidariste. Dans ces conditions, la solidarité apparaît au moins autant comme un idéal à réaliser, que comme un simple fait. M. Charmont l'a, en particulier, parfaitement montré (*La renaissance du Droit naturel*, pp. 138-159). La notion de Droit est, par suite, pour les auteurs solidaristes, essentiellement variable et changeante, la solidarité apparaissant à chacun et à chaque époque sous une forme différente. Il est vrai que nous avons antérieurement établi (supra p. 72-74, en note), en ce qui concerne M. Duguit, que cet auteur, tout en prenant pour fon-

**29. — La doctrine catholique.** — Pour si extraordinaire que cela puisse paraître, les doctrines du droit social évoquent à leur tour, à propos du contenu de la notion de Droit, la doctrine catholique. Sans doute, celle-ci voit dans le Droit une essence de même nature que la loi éternelle dont il participe, autrement dit, en fait une notion divine représentative d'un élément du monde moral, qui a nécessairement pour lui l'éternité, l'universalité et l'immuabilité; du coup, elle le dote de caractères qui devraient, semble-t-il, le différencier de l'idée que s'en font les doctrines du droit social. Cela n'est toutefois exact qu'en apparence. En effet, arrivés à l'examen du contenu de la notion de Droit, les théoriciens catholiques acceptent pour sa détermination une formule telle que, contre toute attente, ce contenu devient variable. « Le Droit naturel, écrit Lucien Brun, repose tout entier sur ces deux lois fondamentales certaines (j'en atteste vos consciences, l'instinct profond de la nature humaine, j'en atteste le philosophe païen et le jurisconsulte chrétien): l'homme est fait pour une fin qui est Dieu lui-

dement du Droit la solidarité, avait nettement distingué le domaine du Droit de celui de la morale ; pour lui, la solidarité est un fait qui est à la base de l'organisation sociale ; il n'y a pas à se préoccuper de savoir s'il est moralement bon ou mauvais. Ce qui est certain, c'est qu'il s'impose et doit commander le développement du Droit. M. Duguit substitue de la sorte un fait à la notion de Droit. Néanmoins, M. Duguit ne repousse pas d'une manière absolue l'existence d'une notion de Droit, qui serait en ce cas une notion psychologique, apparaissant sous l'impulsion des besoins de la vie sociale ; la notion de Droit serait, d'après lui, la représentation dans l'esprit de la meilleure forme de solidarité à un moment donné. Nous avions donc raison de dire que ces auteurs sont logiques avec eux-mêmes, puisque la forme et le contenu de la notion de Droit varient d'une manière correspondante.

même, sa première loi est de tendre à cette fin, et toute loi qui lui fait obstacle est injuste. Pour moyen, Dieu a fait la société humaine. La société est d'origine divine... Connaissant ainsi l'origine du Droit, nous en connaissons la nature; et à la question que nous nous étions posée, nous pouvons répondre et je réponds : le Droit dans son sens le plus large et le plus élevé, le Droit, c'est *la conformité à l'ordre divin*. Vous savez maintenant ce qu'est le Droit naturel, et vous savez pourquoi on l'appelle le Droit immuable » (1). La conformité à l'ordre divin! mais cette conformité peut être conçue d'une manière plus ou moins rigoureuse; nous en trouvons la preuve chez les théoriciens catholiques eux-mêmes, parmi lesquels certains vont jusqu'à identifier les règles juridiques avec les prescriptions de la religion révélée (2), tandis que

1. Lucien Brun, *Introduction à l'Etude du Droit*, Paris, 1879, pp. 50-51.

2. On en jugera par les développements suivants de Marcadé. *Explication du Code Napoléon*, t. I, p. XXVIII. « Sous le rapport de son origine, écrit-il, le Droit se distingue d'abord en *droit naturel* et en *droit positif*. Le Droit naturel est le résultat des lois naturelles, c'est-à-dire de celles que le Créateur a attachées à notre nature et gravées au fond de tous les cœurs. Ces lois venant directement de Dieu, auteur de notre nature, le droit naturel s'appelle *droit divin*. Le droit positif résulte des lois non gravées dans notre nature, mais posées en dehors de nous et qui nous viennent par une voie extérieure. Il est ou divin ou humain. Le droit positif divin résulte des lois que Dieu nous a manifestées par la révélation extraordinaire qu'il a donnée aux hommes, il y a dix-huit siècles. Le droit positif humain est celui qui résulte des lois créées ou consacrées par l'autorité humaine. Nous disons : créées ou consacrées, car, parmi les lois posées par l'homme, il en est qui ne sont que la reproduction et la consécration des lois naturelles préexistantes. » On aperçoit donc le système de Marcadé ; il a pour point de départ la notion de Droit, telle que nous l'avons décrite chez les théoriciens catholiques ; autrement dit, il fait de cette notion un concept divin, un concept participant de l'essence même de Dieu ; le contenu de cette notion ne peut donc être que la conformité avec l'ordre

d'autres séparent, sur le terrain positif, les règles de Droit et les préceptes religieux. Nous avions donc raison de dire que, par la formule employée, les théoriciens catholiques aboutissent, en matière de contenu

divin. Mais Marcadé ne se contente pas de cette indication et il précise en ajoutant que cette conformité exige d'abord l'observation des prescriptions de la religion révélée ; comme ces prescriptions n'ont pas prévu dans le domaine du Droit toutes les règles à observer pour se conformer à l'ordre divin, le législateur trouvera un certain nombre d'institutions organisées par avance dans le droit naturel ou divin ; sur ce point, Marcadé accepte donc la vieille théorie du droit naturel, telle que nous la décrivons un peu plus loin au texte, à titre de complément de la religion révélée. Enfin, comme malgré tout la religion révélée et le droit naturel ou divin ne peuvent pas d'avance avoir tout prévu ou plutôt tout inscrit au frontispice du monde moral, le législateur aura un certain domaine où son initiative propre jouera, mais toujours en vue de la conformité à l'ordre divin. Nous exposons à dessein la doctrine de Marcadé, parce qu'elle prouve bien que, même en dehors de la question de neutralité, on ne peut pas accepter, à titre de règle d'action pour tous, le contenu de la notion de droit tel que le conçoit la doctrine catholique ; en effet, celle-ci ne vise pas seulement à l'existence de la vie sociale, mais au perfectionnement des hommes en vue d'une fin surnaturelle ; elle est, par conséquent, susceptible de poser des principes d'action par trop rigoureux pour ceux qui n'acceptent pas un dogme comme ligne de conduite. Sous cette réserve, nous nous permettrons d'ajouter que Marcadé ne nous semble pas reproduire très fidèlement la pensée de Saint Thomas d'Aquin. Celui-ci nous paraît, en effet, séparer, conformément à la doctrine antérieurement exposée, le domaine du Droit et le domaine de la Morale. Qu'on en juge par ce passage de la *Somme théologique:* « Le propre de la justice parmi toutes les vertus c'est de bien ordonner l'homme par rapport aux autres. La justice implique, en effet, une sorte d'égalité, comme le mot même donne à l'entendre ; car on dit communément de deux choses bien égalisées ensemble qu'elles sont ajustées. Or toute égalité, marque un rapport d'un être avec un autre ; tandis que les vertus autres que la justice perfectionnent uniquement l'homme dans ce qui le regarde lui-même. Ainsi donc, dans les actes des autres vertus, la rectitude que chacune de ces vertus se propose comme son propre objet, ne se prend que du côté de l'agent ; tandis que la rectitude propre aux actes de la justice, se prend, non du côté de l'agent, mais du côté d'un autre. En effet, ce qu'on appelle juste dans nos

de la notion de Droit, à la variabilité, tout comme les doctrines du droit social, alors que les deux Écoles attribuent à cette notion une origine et des caractères formels diamétralement opposés (1).

actions, c'est qu'elles répondent par une sorte d'égalité au droit d'un autre, comme quand on donne la récompense due pour un travail accompli. Delà vient encore qu'une chose est appelée juste parce qu'elle offre cette rectitude propre à la justice et qui est le but de cette vertu, sans tenir compte même de la conduite de l'agent. Dans les autres vertus, au contraire, on n'admet la rectitude d'une chose qu'en appréciant la manière dont elle a été faite par l'agent. Voilà pourquoi la justice de préférence à toutes les autres vertus, a dû avoir pour objet le juste, c'est-à-dire le Droit. Il résulte clairement de là que le Droit est l'objet de la justice », *loc. cit.*, t. VIII, p. 415-416. Comp. Sertillanges, *La philosophie morale de Saint Thomas d'Aquin*. 1916, p. 233-234.

1. Ce que nous venons de dire du contenu de la notion de Droit dans les doctrines du droit social et les doctrines religieuses s'applique *a fortiori* aux doctrines morales, en général. Les philosophes non juristes, en effet, ont rarement su prendre un parti net sur le contenu de la notion de Droit, par suite d'une corrélation qu'ils ont toujours cherchée entre l'idée de Bien et de devoir moral d'une part, et l'idée de Droit et d'obligation juridique, d'autre part. « Le Juste, dit Beaussire, appartient tout ensemble à la morale et au Droit. Dans la première, il concerne les personnes *à qui* il impose des devoirs; dans le second, les personnes *envers qui* existent ces devoirs ou, en d'autres termes, pour qui ces devoirs sont des droits. De cette distinction de personnes découle toute la différence des deux sciences » (*Les principes du Droit*, p. 27). De même, nous lisons dans le *Manuel de philosophie* de Jules Simon, Saisset et Jacques : « Justice, injustice; vice, vertu; devoir, droit; tout se déduit du caractère rationnel et, par conséquent, universel et absolu de l'idée du bien ». Le souci de cette corrélation et le trouble qui en résulte sont encore plus apparents chez Paul Janet : « Le Droit, écrit-il, est la conséquence de la responsabilité que chaque homme a de lui-même; c'est la faculté de concourir soi-même à sa propre destinée. C'est en ce sens qu'il est parfaitement vrai de dire que la personnalité humaine est inviolable, que l'homme est une fin en soi. En ce sens, on peut accorder que le devoir repose sur le droit; car c'est bien parce que l'homme est une fin en soi que le devoir défend de porter atteinte à ses facultés. Mais, réciproquement, il sera aussi vrai de dire que le Droit repose sur le devoir; car, c'est parce que je suis tenu de concourir moi-même à

**30. — La doctrine métaphysique dérivée de l'Ecole du Droit de la nature et des gens.** — Il était réservé à la doctrine métaphysique seule d'être conséquente avec elle-même et de nous présenter un contenu de la notion de Droit revêtu de caractères, qui la fissent cadrer très exactement avec cette notion, telle qu'elle nous l'a décrite. Pour elle, l'idée de Droit est la représentation dans notre esprit d'une essence

ma propre destinée que je suis une fin en soi. Dans la vérité, ni l'un, ni l'autre ne reposent réciproquement l'un sur l'autre, mais sur un même fondement : la perfection de l'être humain, principe dont la condition essentielle est que chaque homme soit responsable de sa propre destinée » (*La morale*, p. 280). Nous ne voudrions pas abuser des citations; nous ne pouvons toutefois ne pas citer la réfutation que donne M. Rayot (*Cours complet de philosophie* 4e éd., Paris, 1912, p. 709) de la doctrine, longtemps classique chez les philosophes, de la « corrélation du droit et du devoir ». « Cette théorie, dit-il, a d'abord le défaut d'être flottante : les droits de celui-ci reposent sur les devoirs de ceux-là; ne pourrait-on pas aussi bien adopter la proposition réciproque, dire que ce sont les devoirs de ceux-là qui reposent sur les droits de celui-ci? En d'autres termes, au lieu de faire du Droit la conséquence du devoir, ne serait-il pas aussi logique de faire du devoir la conséquence du Droit? Mais alors la question recule : quel est le principe de mes droits? D'ailleurs, la corrélation établie entre le devoir et le droit n'existe pas toujours : si elle est vraie à l'égard des devoirs de justice, elle ne l'est plus pour ceux de charité; j'ai le devoir de vous assister dans le malheur; mais quel droit avez-vous envers moi? Il en est encore de même des devoirs individuels : je suis obligé envers moi-même; mais ai-je donc des droits sur moi? » — En réalité, on peut bien le dire sans porter atteinte à la réputation des philosophes non juristes, ceux-ci ne pouvaient pas, d'une manière sûre, établir la nature du Droit, parce qu'ils venaient à lui du dehors, en passant par le domaine de la morale, au lieu de commencer par s'attacher à l'étude des phénomènes juridiques pour s'élever ensuite jusqu'à leur principe. L'obstination avec laquelle ils se sont embarrassés dans cette théorie de la « corrélation du droit et du devoir » le prouve bien. Nous avons indiqué antérieurement qu'à notre avis la morale et le Droit devaient être franchement séparés, si on voulait arriver à poser et à résoudre dans les formes voulues le problème du Droit.

éternelle, universelle et immuable. Mais est-il possible que ce ne soit là qu'une simple conception de la raison à laquelle on ne pourrait pas assigner une substance réelle qui la légitimerait ? Ce serait, de la part des métaphysiciens du Droit, avoir fait une œuvre singulièrement décevante que de s'arrêter à une solution de cette nature. A quoi nous servirait, en effet, l'affirmation de l'existence d'un principe supérieur de Droit, qui aurait de tout temps dominé, sous une forme immuable, l'humanité entière et aurait le privilège de garder éternellement la direction du monde moral, si nous ne pouvions pas connaître son contenu ? Il n'en est rien, heureusement, et la doctrine métaphysique a pris soin de nous exposer de la manière la plus précise le contenu de la notion de Droit, ou, si l'on veut, de nous découvrir la substance qui, à son avis, correspond seule au concept du Droit, tel que nous l'avons décrit, en nous inspirant fidèlement de ses données.

Mais si tous les auteurs ralliés à la notion métaphysique du Droit se sont mis d'accord sur un contenu invariable, qui cadrât parfaitement avec une forme invariable, cela ne signifie pas que tous aient accepté le même contenu, que tous aient reconnu au Droit le même objet. Il est une variante de la doctrine métaphysique, par trop simpliste et par trop *a priori*, que nous exposerons, en premier lieu, parce qu'elle a été trop souvent présentée, surtout à la fin du dix-neuvième siècle, par les adversaires de toute métaphysique, comme synthétisant à elle seule la conception métaphysique du Droit (1). S'il en était ainsi, nous

1. Voir à ce sujet les divers écrits de M. Saleilles; la liste com-

reconnaissons qu'il serait aisé de démontrer que la métaphysique doit être répudiée dans le domaine du Droit. Cela dit, en quoi consiste la doctrine que nous visons ? Elle se ramène à fractionner et à concrétiser à la fois, au delà de toute mesure, le contenu de la notion de Droit ; pour le groupe des juristes métaphysiciens qui la défendent, ce contenu serait constitué par un ensemble, non pas de principes à proprement parler, mais d'institutions organisées d'une manière préexistante en quelque sorte au Monde lui-même. C'est ainsi que Delvincourt considérait comme de droit naturel, c'est-à-dire comme une donnée immédiate de la notion de Droit, non seulement la propriété, mais aussi des modes d'acquisition tels que l'accession et la prescription (1). C'est ainsi encore que Cotelle voit inscrits dans le Droit naturel le mariage, le testament, la succession *ab intestat*, le contrat ; mais il se sépare de Delvincourt sur la question de la prescription, qu'il rejette dans le pur droit civil (2). Cette variante de la doctrine métaphysique dérive en droite ligne de l'Ecole du Droit de la nature et des gens, autrement dit de la vieille Ecole du Droit naturel. Encore une fois, rien de plus facile à réfuter que sa thèse sur le contenu de la notion de Droit. Qui parle de notion vise la représentation de l'élément dernier et irréductible d'une essence particulière, si tant est qu'une essence puisse elle-même se décomposer. En réalité, la vieille Ecole du Droit natu-

plète en est donnée dans l'ouvrage précité : *L'Œuvre juridique de R. Saleilles*, p. I-XXX.

1. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 4-5.

2. Cotelle, *Cours du droit de la nature et des gens*, Paris, 1820.

rel n'a vu la notion de Droit que sous la forme grossière et simpliste d'un Code de la nature, imaginé par la raison et imité, inconsciemment peut-être, de la religion révélée. Certes, les prescriptions de ce Code sont pour ceux qui y croient éternelles, universelles et immuables ; malheureusement elles sont, dans la forme où on nous les présente, arbitraires; la notion de Droit comporte un contenu moins complexe. Les partisans du concept métaphysique du Droit l'ont compris depuis longtemps, et, si souvent aujourd'hui on désigne sous le nom de doctrine de droit naturel la doctrine métaphysique en général, celle-ci est loin de suivre pour la détermination du contenu de la notion de droit les errements de la thèse que nous venons d'exposer (1).

1. Il suffit pour s'en rendre compte de parcourir le beau livre du doyen Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, qui restera comme l'une des plus élevées parmi les œuvres inspirées par la philosophie du Droit au XIXe siècle. « Le Droit naturel, écrit cet auteur, n'est pas un ensemble de règles pouvant être traduites en dispositions de loi; il est la manifestation d'un mouvement d'idées générales, un but où le législateur doit tendre, l'idée qui inspire et oriente : l'idée directrice », *op. cit.*, p. 38. — M. Gény développe longuement la même idée. « Partant, dit-il, de l'idée de la puissance absolue de la raison humaine, pour découvrir, dans leurs principes comme dans leurs détails, les lois assignées à notre nature, l'école du Droit naturel prétendait constituer, par les seules forces de la pensée, un système complet de droit absolu, immuable, immédiatement et universellement applicable, que le législateur n'eût qu'à mettre en formules, un Code général, dont les lacunes, tenues *a priori* pour rares et peu probables, fussent comblées par les juristes, suivant le même procédé... Cette doctrine, est-il besoin de le dire, ne se pouvait soutenir dans la forme absolue qu'elle avait prise, et en tant qu'elle représentait un Droit de la nature, pouvant suffire par ses principes abstraits aux exigences les plus minutieuses de la vie sociale, toujours et partout identique à lui-même, non seulement dans ses fondements essentiels, mais dans son adaptation même aux phénomènes variés et chan-

**31. — La doctrine métaphysique du respect et de la protection de la personnalité.** — C'est au moyen d'un raisonnement bien simple que la doctrine métaphysique est parvenue à établir l'objet du Droit. La conscience, a-t-elle dit, nous révèle l'existence d'un principe supérieur, qui rationnellement doit inspirer la législation, si on veut que celle-ci atteigne son but ; ne le voudrions-nous pas, ce principe s'impose à tout homme qui réfléchit, et se présente à lui sous la forme d'un concept immuable et universel (1). D'autre

geants qui forment la trame de toute organisation juridique. Les faits eux-mêmes s'étaient chargés bien vite de réfuter une aussi manifeste utopie, qui faisait fi des enseignements les plus clairs de l'histoire, et que contredisait la position incessamment changeante des rapports entre les hommes. Mais passer à l'extrême opposé et ne plus admettre de règles que dépendantes de la variété même de ces rapports n'est-ce pas, à l'inverse, sacrifier le fond permanent et immuable de vérité et de justice qui s'impose à nous? N'est-ce pas sacrifier le Droit lui-même, en le réduisant à la pure sujétion des faits? A vrai dire, les plus fougueux champions des théories positives n'en n'arrivent jamais là dans l'application. Et, malgré leur nihilisme doctrinaire, ils reviennent, inconsciemment, à la reconnaissance effective d'un *juste objectif*, si réduite qu'en puisse être la portée ». *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pp. 473, 474, 477.

1. Les auteurs métaphysiciens ne cessent d'insister sur ce point que nous avons nous-même si longuement exposé, parce que c'est de là que dérive toute la thèse métaphysique; on peut même dire qu'elle se ramène à cela, car c'est de l'existence *a priori* de la notion de Droit que partent les métaphysiciens pour arriver ensuite à son contenu, au lieu de partir d'un fait pour s'élever jusqu'au concept dont ce fait serait le contenu. « Il y a une raison suprême, une nature des choses, écrit Ch. Beudant; il y a un ordre supérieur et constant que l'homme ne perçoit que lentement et peu à peu, mais qui, même ignoré, même méconnu n'en existe pas moins. Les rapports d'où résultent cette nature des choses et cet ordre naturel sont des lois. En ce sens tout a sa loi, parce que tout a sa manière d'être normale; pour le monde physique c'est la force, en morale c'est le bien, en logique c'est le vrai, en droit c'est le juste. La divinité elle-même a ses lois, ajoute Montesquieu, et il rappelle

part, le but de la législation est la réalisation de l'harmonie sociale. Or qu'est-ce que cette harmonie, sinon la conciliation des intérêts des individus en conflit ? Qu'on le veuille ou non, les lois, quelles qu'elles soient, disent les métaphysiciens du Droit, sont faites pour les hommes et rien que pour les hommes, et ils appuient avec force sur cette dernière remarque. A quoi bon ? pourrait-on objecter. C'est là, en effet, aurait-on dit au début du dix-neuvième siècle et même pendant toute sa première moitié, un simple truisme. Mais il ne faut pas oublier que le problème de la personnalité morale, plus spécialement les discussions qui se sont élevées sur la nature et les fonctions de l'Etat, ont singulièrement contribué à faire perdre de vue cette élémentaire vérité. « A tout homme exempt de parti pris, écrit M. Berthélemy, il apparaîtra que ce grave problème du rôle de l'Etat a été singulièrement embrouillé par l'abus des abstractions ; la vérité serait moins fuyante si, rejetant les expressions qui font illusion parce qu'elles ne correspondent à rien de précis, on se servait seulement de termes, qui désignent des réalités concrètes, si au lieu de rechercher quelles doivent être les « fonctions de l'Etat », on se demandait seu-

le mot de Plutarque : La loi est la reine des mortels et des immortels ». Le même auteur dit encore : « Qu'il y ait un ensemble de notions répondant à l'idée d'une justice une et impersonnelle, absolue et universelle par conséquent, ce n'est pas sérieusement contestable ». Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, p. 29. — Si nous ajoutons ces attestations, en faveur de l'existence d'une notion de Droit, à toutes celles que nous avons reproduites dans notre première partie, c'est parce qu'on ne saurait assez insister sur la conviction avec laquelle la doctrine métaphysique a posé et continue à poser son point de départ.

lement quels services ou quels genres de services on peut attendre de ceux qui nous gouvernent » (1).

1. Cette constatation demande à être complétée par plusieurs observations. — Il est évident, en premier lieu, que les complications auxquelles nous faisons allusion sont étrangères à l'œuvre des théoriciens du droit public appartenant à l'Ecole individualiste. Il suffit pour s'en convaincre de voir comment M. Berthélemy pose le problème de l'Etat et définit sa nature. « Théoriquement d'abord, écrit-il, il est faux d'exalter les droits de l'Etat, être abstrait, au détriment des droits des individus. Les droits de l'Etat, qu'est-ce que cela signifie, sinon le pouvoir des gouvernants sur les gouvernés? Ce pouvoir, incontestablement, doit être obéi dans la mesure où il est utile qu'il s'exerce, mais la fixation de cette mesure est justement ce qu'il s'agit de déterminer, et c'est sur cette détermination que porte la controverse. Pour quels besoins et jusqu'à quel point est-il avantageux que les individus soient subordonnés au pouvoir des gouvernants? Voilà la vraie formule du problème; si on le pose ainsi, qui osera répondre que le mieux est qu'il n'y ait pas de limite au pouvoir des gouvernants, pas de matières où l'ingérence de ce pouvoir ne soit justifié? » L'auteur ajoute : « Quand je dis que l'Etat est une personne morale, je ne veux pas exprimer autre chose que ceci : les Français sont *collectivement* propriétaires de biens et titulaires de droits ; ils ont, *à eux tous*, un patrimoine collectif, qui n'est pas plus à la disposition de chacun d'eux que les biens d'une société de commerce n'appartiennent à chacun individuellement ». Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd., pp. 4 et 33. — En second lieu, il est encore évident que nous ne sommes pas, *a priori* et sous prétexte d'éviter des complications de langage ou autres, hostile aux doctrines du droit social. Mais il est certain que les systèmes socialistes d'organisation de l'Etat sacrifient entièrement ou à un degré extrême, en tous cas, l'individu au profit d'une conception sociale plus ou moins vague, plus ou moins coercitive. Avec eux, il n'est pas exact de dire que les règles juridiques sont faites pour les hommes considérés comme tels, mais bien pour l'Etat ou la collectivité. L'atmosphère socialisante de la fin du XIXe siècle n'était donc pas de nature à servir ce que pour notre part nous considérons comme une élémentaire vérité toujours essentielle à rappeler. Comp. Bourguin, *Les systèmes socialistes et l'évolution économique*, Paris, 1906. — Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, Paris, 1909. Adde les ouvrages déjà cités sur la doctrine de la solidarité. — Nous ferons remarquer, en troisième lieu, que le trouble apporté autour de la notion de Droit par la conception de l'Etat dans les doctrines de droit social est d'autant plus grave que certaines de ces doctrines

La doctrine métaphysique a eu précisément le mérite de ne jamais perdre de vue, dans ses conceptions

sont parties d'un point de vue individualiste pour finalement aboutir à la domination complète de l'individu par l'Etat. M. Michoud adresse un reproche de cette nature à M. Duguit. « Arrivons, dit-il, à la partie positive de la théorie de M. Duguit. Le reproche fondamental qu'on peut lui adresser, c'est que dans son individualisme intransigeant elle se refuse à voir, dans le monde social, autre chose que l'individu »; ce qui n'empêche pas cette théorie de conduire, « malgré les intentions de son auteur à affirmer le règne de la force; en dissolvant l'Etat, elle mène, en effet, nécessairement à donner libre carrière aux *plus grandes forces* des individus et des groupes ». Michoud, *La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine*, p. 504-506. Nous citons, d'ailleurs, à titre purement documentaire et sans prendre nous-même parti dans le débat, cette critique adressée à M. Duguit par M. Michoud. En tout cas, et ceci est incontestable, l'exemple le plus célèbre de doctrine sociale issue d'un point de vue individualiste est fourni par Jean-Jacques Rousseau, qui, parti de l'état de nature et de l'individualisme à outrance, finit par arriver aux excès de la doctrine du contrat social. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e édit., p. 150-168. — Une quatrième observation s'impose à propos de notre constatation. Nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer après bien d'autres que parmi les théoriciens du droit public certains ont présenté l'organisation de l'Etat d'une manière si compliquée, avec des termes tellement nouveaux et tellement variables, allant jusqu'à qualifier d'une manière inconnue jusqu'ici et inconnue dans la loi certaines organisations sociales, que nécessairement on n'a plus aperçu d'une façon nette et immédiate le jeu de la loi opérant sur les individus. Nous ne prétendons pas juger ces auteurs et avancer qu'ils ont tort; leur analyse est peut-être la seule exacte. Il n'en reste pas moins qu'il suffit de parcourir les études et les compte-rendus de la *Revue de droit public* pour juger du conflit qui s'élève chaque jour plus vif entre les théoriciens du droit public sur la manière de concevoir l'Etat et ses rapports avec les individus. La notion de droit et son fondement s'en trouvent d'autant obscurcis. Pour prendre un exemple concret à l'appui de notre assertion, nous citerons, toujours à titre purement documentaire, la définition que M. Hauriou donne de l'Etat à un certain point de vue et la nouvelle abstraction que du coup il introduit dans la vie juridique. « L'Etat, dit-il, est une institution et il contient dans son sein d'autres institutions auxquelles il sert de support; il est *l'institution des institutions*... Il importe, ajoute-t-il, de définir le sens que nous attribuons au mot

juridiques, la raison d'être du Droit : l'homme. De ce que le Droit était révélé à l'homme par sa cons-

« institution », car dans le langage juridique il a plusieurs acceptions... Nous définirons donc l'institution incorporée de la manière suivante : *une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs et qui a réalisé dans son sein une situation juridique* ». Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, pp. 125, 126, 129. Il est évident que nous sommes de la sorte transportés dans un domaine tout à fait opposé à celui des théoriciens de l'école individualiste, qui partout ne voient que les individus et simplifient à l'extrême le mécanisme de l'Etat, qu'ils ramènent, d'ailleurs, quant au fond, à ces individus eux-mêmes considérés collectivement. — Nous terminerons par une cinquième observation relative à la doctrine classique de la personnalité de l'Etat puissance publique. Il importe, en effet, de remarquer que la reconnaissance de la réalité de la personnalité de l'Etat n'est nullement incompatible avec la doctrine métaphysique de la notion de Droit. Au contraire, tandis que certaines théories aux apparences ou aux origines individualistes, et qui en tout cas ne reconnaissent pas la personnalité de l'Etat, aboutissent néanmoins à sacrifier le droit individuel et à ne voir que la collectivité, la thèse de la personnalité de l'Etat laisse intacte l'idée des droits subjectifs de la personne humaine. Cela va de soi avec la théorie de la fiction, qui a si longtemps régné en France et qui, au fond, ne reconnaît d'autres personnes que les individus, mais cela est exact également avec la thèse qui voit dans la collectivité-Etat une réalité sociale et à aucun degré une fiction. Comp. Michoud, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., Paris, 1906. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910. Il est intéressant à ce propos de remarquer le soin avec lequel l'auteur, qui a le premier reconnu en France la réalité de la personnalité de l'Etat, a tenu à commencer par bien définir les droits de l'individu et à mettre en face ceux de l'Etat. Cet auteur est Fr. Schützenberger, professeur de droit administratif à l'ancienne Faculté de Droit de Strasbourg, dont l'ouvrage principal porte un titre caractéristique : *Les Lois de l'ordre social*, 2 vol., Strasbourg, 1849. Que Schützenberger admette la réalité de la personne-Etat, cela ne peut faire doute en présence de la déclaration suivante : « La personnalité de l'Etat, dit-il, n'est ni une fiction, ni une abstraction; elle existe dans la réalité des choses par l'unité organique du Corps social, de ses rapports et de ses organes, par l'unité de la volonté sociale et par la conscience que la personnalité collective a d'elle-même ». *Op. cit.*, t. II, p. 5.

cience et par sa raison, de ce que le Droit ne se concevait pas sans l'homme, pas plus que la vie de l'humanité n'était possible sans le Droit, elle a conclu qu'il fallait chercher le contenu de la notion de Droit dans l'homme lui-même ; elle a dit : ce concept est intimement lié à la protection de l'individu et il ne peut signifier que la faculté reconnue à chacun de vivre et de se développer en conformité avec les aspirations de son être et le respect des aspirations du voisin. Déjà, à l'aurore du dix-neuvième siècle, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen avait dit : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme; ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ; la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ;

Or, dans un chapitre intitulé : *de la théorie des droits absolus de l'homme et de l'Etat* et qui mériterait d'être cité tout entier à raison de l'intérêt qu'il présente pour l'étude de la notion de droit, Schützenberger s'exprime de la manière suivante : « Si l'homme était la chose de l'Etat, l'Etat seul aurait des droits, sa domination sur l'individu serait absolue. Si le rapport que nous venons de définir était l'inverse, l'homme seul aurait des droits, l'Etat n'aurait que des obligations. L'Etat, ce type le plus complet de la personnalité, ne serait plus qu'une institution de police et d'assurance mutuelle. Les principes déduits des conditions d'existence et de développement de la personnalité sont subordonnés au principe supérieur de leur conciliation respective. C'est une conséquence de la valeur absolue de la personnalité. La théorie des droits de l'homme et celle des droits de l'Etat sont corrélatives comme les lois suprêmes de la destinée individuelle et collective sont corrélatives ». *Op. cit.*, t. I, p. 204-205. Il sera encore question plus loin des conceptions de Fr. Schützenberger, théoricien français du droit public beaucoup trop oublié. Pour plus de détails sur cet auteur, voir J. Bonnecase, *La Faculté de Droit de Strasbourg*, 4e jour complémentaire An XII-10 mai 1871. (Ses maîtres et ses doctrines. Sa contribution à la science juridique française du XIXe siècle) 1916.

ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». Ce sont ces formules que pendant tout le dix-neuvième siècle les défenseurs de la doctrine métaphysique reprendront sous les formes les plus variées et les plus éloquentes; cela vaudra à cette doctrine le nom d'Ecole libérale ou individualiste. Nous verrons, d'ailleurs, surtout à propos de la fonction de la notion de droit, qu'au sein de cette Ecole le libéralisme ou l'individualisme ont, suivant les auteurs, présenté des degrés divers.

32. — Nous ne pouvons songer à faire état à cette place de toutes les dissertations auxquelles a donné lieu, de la part de cette Ecole, la recherche du contenu de la notion de Droit. Une semblable tâche serait, au surplus, inutile. Nous nous contenterons, suivant notre méthode, de faire un choix dans cette abondante littérature.

Nous commencerons par reproduire, parmi tant d'autres, un extrait du chapitre que dans son livre : *Problèmes de morale sociale* (1), Caro consacrait à

1. On retrouve dans ce chapitre intitulé : *Les vraies origines du droit naturel, la personne humaine et le respect de la personne*, l'élévation de pensée et la hauteur de langage qui valurent de son vivant de si légitimes et de si retentissants succès au célèbre philosophe spiritualiste; nous choisissons de préférence son attestation en faveur des attributs de la personne comme substance de la notion de Droit, parce qu'il semble, on l'a souvent remarqué, qu'on ait voulu faire expier à la mémoire de Caro, par le silence fait autour d'elle, les acclamations que du haut de sa chaire de la Sorbonne chacune de ses paroles provoquait dans des auditoires toujours plus nombreux et plus attentifs. Nous n'avons pas à rechercher ici, d'une

l'exposé de la doctrine métaphysique : « Il y a, disait-il, un droit primordial, un ensemble de droits inhé-

manière générale, si cet oubli est justifié. Mais ce qui est certain, c'est que Caro a été l'un des philosophes non juristes qui aient le mieux compris la différence qui sépare la notion de Droit de la notion de Bien, et qui ait su en faire une notion métaphysique indépendante. On lui a, d'ailleurs, rendu justice à ce point de vue. Précisément, à propos de son ouvrage *Problèmes de morale sociale*, Paul Janet écrivait dans *La philosophie française contemporaine*, Paris, 1879, pp. 244 et suiv. : « M. Caro, dans son nouveau livre, a choisi avec une grande habileté son point d'attaque contre les Ecoles nouvelles. Tant qu'on se contentait de défendre contre ces Ecoles le concept de l'âme ou de Dieu, l'affinité de ces concepts avec ceux de la Théologie prévenait contre eux tous ceux qui, sans examiner le fond des choses, se défient des prétentions cléricales et se refusent aux dogmes des diverses églises. C'est là une étrange manière de résoudre les problèmes métaphysiques : mais cependant elle est très répandue, et parmi ceux-là qui prêchent le plus haut l'indépendance spéculative de la philosophie. Mais enfin, si peu raisonnable que soit un tel préjugé, c'est néanmoins un préjugé contre lequel il est malaisé de se prémunir. Mais la question ici est tout autre, et bien autrement grave. Il faut la regarder en face, et c'est ce que l'on n'ose pas faire généralement. Il s'agit ici, en effet, d'un concept qui, non seulement n'est pas théologique, mais que la philosophie, au contraire, jusqu'ici, revendiquait énergiquement comme sa propre conquête contre la théologie; un concept qui n'est en aucune façon lié au passé, et qui avait paru devoir être le symbole et le drapeau de l'humanité future, qui enfin nous était donné comme le résumé de toute la philosophie du XVIIIe siècle et de la Révolution française : *le concept du Droit*. Ce concept peut-il subsister dans une philosophie empirique, qui ramène tout au fait, et une ontologie, qui réduit tout à la matière et à la force? Ce n'est plus ici le siècle présent cherchant à s'affranchir de ce qu'il considère à tort ou à raison comme une tyrannie des siècles passés : c'est le siècle aux prises avec lui-même; ce sont ses meilleures aspirations en conflit avec les moins bonnes; c'est le libéralisme en lutte avec l'esprit positif. Toutes les illusions métaphysiques ont disparu l'une après l'autre; soit. Mais aujourd'hui l'idée du Droit et de la dignité humaine doit-elle disparaître à son tour comme la dernière des illusions? Un monde sec, froid, dur, contemplant un ciel vide et sourd, remplaçant les droits et les devoirs par « l'assurance sociale », sacrifiant les faibles à la « sélection naturelle » des meilleurs, c'est-à-dire des mieux organisés, est-ce là l'idéal pour lequel sont morts en Hollande, en Angleterre, en

rents à l'homme, parce que l'homme est une personne, c'est-à-dire une volonté libre. La racine du Droit est là, dans cette simple constatation de l'attribut qui constitue l'homme en tant qu'homme et le sépare du reste de la nature. Ceux-là seuls seraient dans la logique de leur situation en niant le Droit, qui contesteraient à l'homme cet attribut de la liberté responsable. A la base de tout droit se trouve la personne. Avant d'être un citoyen libre dans l'Etat, il faut que l'on se sente libre au sein de la nature. Une chose n'a pas de droit, parce qu'il n'y a pas de

Amérique, en France, tant de martyrs de la liberté de conscience, du droit de propriété et du droit national?... Si l'on dit que le temps est venu pour l'humanité de renoncer aux illusions et aux chimères sentimentales, qu'avons-nous besoin de ces chimères de bien public, d'honneur national, de justice sociale, de pitié et d'humanité, que nous avions cru devoir être l'honneur des temps modernes, et leur conquête sur les siècles passés? Telle est l'antithèse perpétuelle que M. Caro poursuit dans son livre à travers une suite d'études du plus grand intérêt sur la morale indépendante, le droit naturel, le droit de punir, le progrès social, la destinée humaine... Le plus fort de sa discussion et la plus large part de son ouvrage porte sur la philosophie sociale. C'est l'antithèse du droit et du fait, qui est le fond de sa polémique. Pour la résumer en deux mots, nous demanderons avec lui : d'où peut venir *l'idée du Droit*, si l'on ne reconnaît que *les faits?* Que les hommes croient au Droit, c'est là sans doute un fait; mais pourquoi y croient-ils? Sur quoi repose cette croyance? Quelle en est l'autorité? Autant de questions insolubles dans la doctrine brutale du fait... On voit quelle est l'idée fondamentale du livre de M. Caro... La grande discussion sur la nature du Droit est le cœur de son livre. M. Caro poursuit les altérations que font subir à l'idée du Droit les matérialistes, les positivistes, les évolutionnistes, les utilitaires ». — Nous n'avons pas craint de reproduire ce long passage de Paul Janet, parce que notre étude vise à être un aperçu aussi complet que possible de la littérature juridique française relative à la notion de Droit à l'époque moderne. L'appréciation de Paul Janet, jointe aux extraits que nous donnons de Caro, montre que celui-ci doit être compté parmi les philosophes du Droit.

droit concevable, ni possible, là où règne la nécessité physique. Si donc la même nécessité pèse sur votre volonté, si votre puissance imaginaire de vouloir n'est que la dernière manifestation de la physique universelle, si la personne humaine n'est elle-même qu'une chose, il faut renoncer à cette chimère d'un droit primordial. Mais si l'homme s'est conquis lui-même, par un don de sa nature et par un libre effort, sur le mécanisme universel, s'il remonte par le développement de sa volonté du rang des choses au rang des personnes, dès lors son droit existe par le fait de la liberté que la raison consacre en la déclarant inviolable au nom de la justice. Consultons cette notion de la personnalité humaine dans toutes les conséquences qu'elle peut produire, suivons la volonté libre dans ses manifestations variées, nous verrons se déduire les divers droits naturels qu'enferme le droit primordial. » Caro conclut : « La justice sociale suppose donc essentiellement des personnalités, qui mutuellement se reconnaissent et se respectent. Ne pas empêcher l'usage des facultés d'autrui, voilà la formule de tous les devoirs de justice ; — ne pas permettre qu'on empêche l'usage de nos facultés, voilà la formule de tous nos droits. Le devoir de justice est le respect de la personnalité d'autrui, respect exigible par autrui. Le droit est le libre usage de nos facultés, en tant qu'il n'est pas en contradiction avec le respect d'un autre droit. Je m'arrête à cette définition. Le Droit est la garantie de notre personnalité et de tous les éléments qui la constituent » (1).

1. Caro complète sa pensée par les développements suivants, que

La conclusion de Caro corrige ce que l'exposé de sa doctrine a de trop étroit. Le célèbre philosophe commence, en effet, par faire de la volonté libre le principe du Droit, autrement dit par voir dans le respect de la volonté de l'individu le contenu de la notion de Droit;

nous nous permettons de citer encore, parce qu'ils nous paraissent contribuer à mettre particulièrement en relief la doctrine métaphysique dans toute son étendue : « De même que le devoir de justice est le respect exigible par autrui, de même le droit est le respect de notre personnalité exigible par nous-mêmes. La morale indépendante répète les mêmes formules, mais elle est impuissante à en expliquer le caractère et l'origine. Pour la trouver, il faut remonter jusqu'à la région des premières causes et des principes. Il y a une justice supérieure et antérieure, qui consacre la liberté naissante. On comprend, dès lors, pourquoi ce mot est un des mots les plus sacrés des langues humaines, un mot impérissable, quoi qu'on fasse pour l'abolir. Il résume pour l'homme l'ensemble des garanties, non toujours réalisées par la loi positive, mais véritablement exigible par chacun de nous, qui m'assurent la faculté d'être ce que je suis et non pas un autre, de m'appartenir dans les manifestations de ma libre volonté. Voilà pourquoi il n'est pas de plus bel éloge que celui-ci : « Cet homme a souffert pour son droit, il est mort pour son droit ! » Et là où manifestement le droit a été violé, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une nation, il s'élève une protestation éternelle du droit contre le fait, du droit qui juge la force et la condamne. Quand même cette protestation serait perdue dans la suite rapide des siècles, quand même elle ne parviendrait pas à rectifier le cours des faits, elle n'aurait pas été aussi inutile qu'on l'assure. Il suffit qu'elle laisse un écho dans l'histoire : qui pourrait compter ce que cet écho peut éveiller de sympathies parmi les hommes, dans combien de consciences il retentira, que de volontés droites il pourra fortifier, que de bonnes résolutions il peut produire ? Si cette définition est exacte, il est facile de comprendre d'où provient le caractère de contrainte juridique qui marque les devoirs de justice et qui s'attache au Droit. La société est la mise en rapport des libertés. La société barbare les met en conflit violent les unes avec les autres ; la société civilisée tend de plus en plus à les mettre en harmonie. Il y a une science pour cela, la science du droit, la jurisprudence, dont l'idéal serait non d'expliquer et d'interpréter les lois positives, mais de rechercher les meilleures lois possibles, et par ces lois d'assurer *l'accord de la liberté de chacun avec celle de tous* ». (Caro, *Problèmes de morale sociale*, 2e éd., Paris, 1887, pp. 187-191).

il est heureusement inspiré quand, élargissant ses vues, il lui substitue « la garantie de notre personnalité et de tous les éléments qui la constituent ». De nos jours, un des théoriciens du droit public les plus éminents, M. Michoud, s'est attaché précisément à montrer qu'il faut se garder de ne voir dans l'individu que la volonté, qu'il faut, au contraire, considérer l'ensemble de ses facultés et leur protection; là est la substance du concept du Droit. La théorie de la volonté, dit-il, « n'exprime pas le fondement et l'essence même du Droit. Il n'est pas vrai que ce fondement se trouve dans la volonté (1)... Même chez l'être juridique par excellence, chez l'homme adulte et maître de ses droits, ce n'est pas la volonté en elle-même et pour elle-même qui est protégée. Elle n'en serait pas toujours digne, puisqu'elle peut se déterminer soit pour le bien, soit pour le mal... Le Droit est fait pour l'homme ; il a pour mission de le placer dans les conditions extérieures les plus favorables à son bien-être physique et à son perfectionnement moral et intellectuel : pour cela, il doit lui laisser, dans la mesure du possible, le libre exercice des facultés nécessaires à son développement. C'est là l'intérêt primordial que le législateur doit avoir en vue et qu'il protège par la reconnaissance de la personnalité humaine. L'homme est, par conséquent, le premier des centres d'intérêts auquel la personnalité doit être reconnue. Remarquez seulement que si, par là, sa volonté est protégée, elle

1. Avec une semblable théorie, remarque M. Michoud, l'absence de volonté chez le fou ou l'infans empêcherait de leur reconnaître une personnalité et de leur attribuer des droits (*La théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 100).

ne l'est pas en elle-même et pour elle-même ; elle est considérée comme un moyen et non comme un but ; le but, c'est l'homme lui-même, l'homme tout entier et non telle ou telle de ses facultés (1) ».

Nous n'insistons pas davantage sur la doctrine de M. Michoud. Ce que nous en avons dit suffit à nettement montrer quelle conception l'auteur se fait du contenu

1. Michoud, *op. cit.*, t. I, pp. 101 et 110. L'auteur arrive de la sorte à justifier la réalité de la personnalité morale et à prouver que la notion de droit comporte aussi bien le respect des personnes morales que celui des personnes physiques, parce qu'après tout les personnes morales recouvrent des intérêts ressortissant en définitive aux individus, mais s'exprimant au moyen de la constitution réelle et forcée des êtres collectifs. Il ajoute, en effet : « S'il en est ainsi, l'homme envisagé en tant qu'individu ne devra pas être la seule personne protégée par le Droit. L'homme est un être social. Sa destinée ne peut être remplie que s'il associe ses efforts à ceux de ses semblables. Isolé en face de la nature, il ne peut rien par sa seule force individuelle. Pour que l'humanité arrive au degré de civilisation, où nous la voyons parvenue, il a fallu, pendant des siècles, le travail collectif et suivi des générations, qui se sont succédé. Si le Droit veut correspondre aux besoins de l'humanité, dégager la formule exprimant aussi exactement que possible les rapports existant dans la société humaine, il ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements humains. Il doit donc permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, les traiter comme des personnes morales. Reconnaître le groupement comme licite, c'est par là même reconnaître l'intérêt qu'il poursuit comme digne d'être protégé ; c'est, par conséquent, reconnaître implicitement sa personnalité juridique. Mais pour cela deux conditions sont nécessaires, conditions qui correspondent aux deux éléments que nous avons dégagés dans le droit subjectif : un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt » (*Op. cit.*, t. I, pp. 112-113). M. Michoud montre comment ces deux conditions sont nécessaires et suffisantes pour donner naissance à un être collectif, Etat ou autre, et comment le milieu juridique est ensuite amené à accepter la personnalité de cet être collectif au même titre que celle de l'individu.

de la notion de Droit et à dissiper le malentendu que certains représentants de l'Ecole libérale pure ont fait naître à son sujet. On a dit que pour M. Michoud le contenu de la notion de Droit c'était l'intérêt et que, par suite, le droit individuel était compromis (1). Il est exact que l'auteur exprime la substance du concept du Droit par le terme « intérêt », mais il voit l'intérêt dans la faculté à reconnaître à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales de se développer conformément à leur nature (2). Autrement dit, le contenu de la notion de Droit pour M. Michoud se ramène au respect de l'intégrité et de l'épanouissement de la personnalité ; une pareille substance se concilie parfaitement avec le concept du Droit tel que l'a édifié la doctrine métaphysique ; sans faire la théorie générale de la notion de Droit, l'auteur le constate expressément. « Cette définition, prise en elle-même, dit-il, en parlant de sa définition du droit subjectif, est très compatible avec la notion de droit naturel, quelle que soit, du reste, l'idée que l'on se fasse de ce Droit (3) ».

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que la doctrine

1. M. Michoud s'est chargé de réfuter lui-même ces attaques (*Op. cit.*, t. I, pp. 108 111).

2. M. Michoud donne du droit subjectif la définition suivante : « L'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre ». (*Op. cit.*, t. I, p. 105). Il la complète de la manière suivante : « Nous ajouterons, dit-il, que le titulaire du droit est l'être (collectif ou individuel) dont l'intérêt est ainsi garanti, alors même que la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffit que cette volonté puisse lui être socialement ou pratiquement attribuée pour que la loi, sans s'écarter de son rôle qui consiste à interpréter les faits sociaux, doive la considérer comme la sienne ».

3. *Op. cit.*, t. I, p. 108.

de M. Michoud semble avoir un précédent dans celle de Fr. Schützenberger, qui, lui, doit nettement être rangé parmi les partisans de la doctrine métaphysique (1). « Le principe des droits absolus de l'homme, écrit cet auteur, est dans les conditions sociales nécessaires à son existence et à son développement. La loi suprême de chaque être est d'exister et de devenir ce que la nature des choses a voulu qu'il fût... Les facultés d'agir, qui dérivent des rapports respectifs des personnalités, sont des droits et des obligations, lorsque le pouvoir social les a spécialement reconnues et garanties. La loi du progrès est la loi suprême de la destinée de l'homme et de l'Etat. Les conditions d'existence et de développement de l'homme sont limitées par celles de l'Etat, et les conditions d'existence et de développement d'un Etat sont limitées par celles d'autres Etats. Les rapports de fait établis par les nécessités de l'état social doivent donc être constitués de manière à satisfaire à deux ordres de conditions. Cela suppose la possibilité de concilier entre elles toutes les conditions qui permettent à l'homme et à l'Etat d'être des personnalités. Le principe des droits absolus est le même pour l'homme et pour l'Etat. La valeur absolue de la personnalité en est le titre commun. La théorie des droits absolus de l'homme expose les principes déduits des conditions générales et nécessaires à l'existence personnelle de l'homme et à son plus complet développement. La théorie des droits absolus

1. Il suffit, pour s'en rendre compte, de parcourir son ouvrage précité, *Les lois de l'ordre social*, 2 vol., Strasbourg, 1849, auquel il faut ajouter une monographie antérieure : *Etudes de droit public*, Strasbourg, 1837.

de l'Etat expose les principes déduits des conditions générales et nécessaires à l'existence personnelle de l'Etat et à son plus complet développement. L'homme est une entité organique, sa vie est subordonnée à des conditions physiques, organiques et économiques; il est un être social et politique; il relève, par sa nature morale et religieuse, des lois qui régissent l'ordre moral; il possède l'aptitude à la liberté. De là son droit à la sûreté personnelle, à la liberté personnelle, civile, politique et religieuse; de là son droit d'assurer les conditions économiques de sa vie par le travail, de là encore son droit à l'assistance et au secours de ses semblables. Le droit absolu de l'Etat est d'être une personnalité collective ».

Précisant encore sa pensée, quitte à encourir le reproche de répétition, Fr. Schützenberger ajoute : « Les droits de l'homme et de l'Etat sont déduits des conditions nécessaires à l'existence de la personnalité individuelle et collective. Ces droits sont indépendants du sexe, de l'âge, des origines et des conditions sociales de l'homme ; ils sont indépendants des formes positives de la constitution politique de l'Etat. Si la personnalité individuelle se trouvait avec la personnalité collective souveraine dans un rapport analogue à celui qui existe entre le moyen et le but, l'homme aurait des devoirs et des obligations, mais non des droits. Le droit, dans le sens subjectif du mot, suppose un rapport d'égalité, un rapport entre deux ou plusieurs personnalités. Ces rapports sont des rapports d'égalité, par la raison que toute personnalité possède une valeur absolue ; le but de son existence est en elle même; elle cesse d'être, si elle est assimilée à une chose, si

elle descend au rang d'un simple moyen destiné à servir un but étranger à celui de son propre développement (1) ».

33. — Les extraits que nous venons de donner des thèses d'auteurs tels que Caro, Fr. Schützenberger, M. Michoud, révèlent de la manière la plus nette le contenu qui seul cadre avec la notion de Droit, telle que la conçoit la doctrine métaphysique. L'homme est considéré comme portant en lui le principe du Droit, soit que les hommes soient envisagés individuellement, soit qu'ils soient envisagés collectivement, l'Etat ayant bien sans doute pour certains métaphysiciens du Droit une existence réelle, mais ne valant que par les individus qui le constituent. En d'autres termes, le concept immuable, universel et éternel du Droit, recouvre la prérogative à reconnaître rationnellement à l'homme de développer librement et en harmonie avec autrui les diverses aspirations qu'il tient de sa nature et qui s'imposent à lui, quelques-unes dès sa naissance, les autres au fur et à mesure de son développement physique, moral et intellectuel. Tout est ainsi invariable et fixe dans la doctrine métaphysique : et la forme de la notion de Droit et son contenu (2) ;

1. *Les lois de l'ordre social*, t. I, p. 202-204.

2. La doctrine métaphysique est souvent désignée sous le nom de doctrine des droits subjectifs, à raison de ce que, conformément à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la plupart des auteurs voient dans ce qu'ils appellent les droits subjectifs le contenu de la notion de Droit. Ce n'est là qu'une simple façon de s'exprimer, que nous avons évitée le plus possible, parce que, dans la pure doctrine métaphysique, c'est la notion de Droit qui entraîne et commande la transformation en autant de droits subjectifs des diverses facultés de l'homme. Il semble bien que telle est la

les solutions données par elle aux deux premières questions soulevées par le concept du Droit cadrent parfaitement entre elles.

conception de Ch. Beudant, quand il écrit : Le mot Droit sert à désigner « l'ensemble concret des facultés ou prérogatives qui, réunies, constituent l'autonomie de la personne humaine : le droit individuel ou, plus simplement, le Droit... Quelles sont ces facultés ou prérogatives ? Les droits qui y correspondent ont-ils une réalité absolue ou permanente, ou ne sont-ils que des intérêts relatifs et changeants ? Existent-ils par eux-mêmes, ou seulement par l'effet d'une concession de la loi et en vertu d'une sûreté juridique acquise ? Là est le problème fondamental : celui du principe du droit. L'Ecole libérale a toujours enseigné et persiste à soutenir que le droit est une propriété inhérente à la nature humaine, qu'il dérive, pour l'homme, des besoins légitimes et des aspirations de son être, de sa fin, en d'autres termes. Ne voir en lui qu'un intérêt, donnât-on à ce mot la portée la plus élevée, regarder la protection légale et la sécurité qui en résulte comme nécessaires à son existence, c'est méconnaître son caractère essentiel. L'homme le possède et peut s'en prévaloir, même si la jouissance ne lui en est pas garantie, même quand elle lui est déniée. Lorsque Bossuet a dit : « Il n'y a pas de droit contre le droit », il n'entendait pas autre chose que ceci : c'est que le droit est antérieur à la loi et, dès lors, au-dessus d'elle ; c'est que la loi, qui a mission d'assurer le respect des droits, ne doit pas les méconnaître ; c'est qu'il peut y avoir, à un moment donné, une protestation du droit contre la loi. L'aphorisme est à la fois un jeu de mots et une grande pensée », *op. cit*, p. 22. — Comp. Boistel, *Traité de philosophie du Droit*, 2 vol. Paris, 1903.

## CHAPITRE III

### La fonction de la Notion de Droit.

34. — Nous abordons, avec la fonction de la notion de Droit, un terrain singulièrement disputé. Il n'est pas exagéré d'y voir le champ clos des luttes juridiques depuis plus d'un quart de siècle. Au fond, et inconsciemment peut-être, c'est autour de la fonction de la notion de Droit qu'a commencé à se dérouler et que se déroule le mouvement juridique contemporain. A considérer les événements d'un point de vue d'ensemble, on peut distinguer, en effet, dans ce mouvement, deux grands courants, qui entraînent respectivement dans leur orbite, d'une manière plus ou moins dissimulée, diverses tendances de moindre envergure et dont l'originalité est faite, en réalité, de traits de détail. Le premier de ces deux grands courants prétend au titre de courant novateur; ses dirigeants se croient destinés à régénérer, dans les proportions les plus vastes, la science du droit et ont la conviction qu'ils ont heureusement inauguré leur tâche par les conceptions mises déjà par eux en avant;

ce courant se caractérise, avant tout, par la crainte de voir le Droit s'immobiliser et gêner, en conséquence, le mouvement social, au lieu de favoriser ou même de précipiter sa marche ; aussi les représentants de ce courant s'attachent-ils à débarrasser la science du Droit de tout ce qui peut être considéré comme une entrave ; c'est ainsi qu'ils se refusent à reconnaître une notion de Droit, en tout cas une notion qui serait faite d'un élément fixe. En cela, ces auteurs s'attaquent moins à la notion de Droit prise en elle-même qu'à sa fonction ; ils redoutent que le jeu d'un pareil concept ne soit une cause de stagnation pour la science du Droit, alors qu'ils n'aperçoivent devant eux que vie, mouvement, nuances, transformation ; à les en croire, le monde social serait comme voué à une sorte de vertige, il serait condamné à ne jamais être le lendemain ce qu'il était la veille. A parler franc, n'est-ce pas cette impression que laisse l'œuvre de M. Saleilles? Mais en face de ce courant dit novateur, se place un autre courant qualifié parfois avec quelque mépris de traditionaliste ; il n'est pourtant par rapport au premier, ni moins avide de science, ni moins partisan du progrès ; il ne nie nullement l'évolution sociale et reconnaît, comme en étant une suite nécessaire, les transformations continues du Droit. Seulement, il se tient plus en contact avec la réalité ; il constate que l'évolution sociale est moins rapide qu'on ne veut bien le dire et qu'un pas en avant est souvent suivi, alors qu'on s'y attend le moins, d'un formidable retour en arrière ; d'autre part, le Droit ne lui apparaît pas comme un simple satellite du monde social, condamné à se mouvoir dans son orbite et à le suivre

irrémédiablement dans ses mouvements vertigineux ; les transformations du Droit lui paraissent être commandées par un principe régulateur, dont il ne suffit pas d'affirmer l'existence et de découvrir la nature, mais dont il faut, au même titre, mesurer l'influence et déterminer la fonction.

35. — Pour nous qui admettons la notion de Droit, il nous reste donc à préciser sa fonction. Cette dernière partie de notre tâche sera facile après ce que nous avons dit de l'existence, des caractères et du contenu du concept de Droit. Nos développements seront dictés par ceux qui précèdent ; ils se ramèneront à montrer de quelle importance sont pour la détermination du rôle de la notion de Droit les diverses opinions émises au cours du dix-neuvième siècle sur sa forme et sur sa substance. Quoique faisant avant tout de l'histoire, nous prouverons du même coup que la notion de Droit, telle que l'établit la doctrine métaphysique, ne nuit en rien aux progrès du Droit et peut seule assurer, au contraire, la réalisation de son but.

36. — **Le caractère impératif de la notion de Droit.** — Avant d'entrer dans l'étude de la fonction de la notion de Droit d'après les diverses thèses déjà exposées, il est nécessaire de trancher une question préjudicielle. En admettant qu'elle trace une ligne de conduite au législateur, la notion de Droit s'impose-t-elle à titre de commandement ou, au contraire, constitue-t-elle un simple guide, dont il est souhaitable qu'on suive les inspirations ? Etant donné nos développements antérieurs, cette question ne peut, à

notre avis, comporter qu'une réponse : la notion de Droit ne conseille pas, elle commande. On n'en a pas moins représenté ce concept comme un idéal dont la réalisation plus ou moins complète doit être le but des gouvernants. On a coutume de présenter Oudot comme l'auteur de cette conception, et les Traités de philosophie du droit et de droit civil publiés au cours du XIXe siècle ont à l'envi reproduit la formule suivante prise dans ses *Premiers essais de philosophie du Droit :* « Le droit naturel proprement dit est la collection des règles du juste et de l'injuste qu'il est souhaitable de voir immédiatement transformer en lois positives. » En réalité, on donne à cette formule, que très souvent, d'ailleurs, on a citée incomplètement, un sens qu'elle n'avait pas dans l'esprit de Oudot ; cette confusion est due à ce qu'on n'a pas pris garde, conformément à une remarque déjà faite dans notre chapitre préliminaire, que Oudot emploie le terme : droit naturel, dans des sens divers ; par la formule en question, l'auteur vise la législation et non la notion de Droit (1). Quoi qu'il en soit, l'opinion prêtée à Oudot

1. Il vaut la peine, étant donné l'insistance avec laquelle on a, au XIXe siècle, dénaturé la doctrine de Oudot, que nous rétablissions la vérité avec quelques détails. Nous avons déjà indiqué que l'une des causes du trouble qui a entouré la notion de droit en France au XIXe siècle consiste dans les sens divers donnés aux termes : droit naturel ; parmi les auteurs auxquels on peut faire le reproche d'avoir ainsi abusé de ces termes se trouve précisément Oudot ; nous l'avons, d'ailleurs, cité comme étant de ce nombre. Pour lui, le droit naturel sert à distinguer, suivant les cas, la fonction de la notion de Droit, en général, ou la législation ; il déclare, en effet : « La société étant, sous tous les rapports, le milieu où l'homme doit être, le *droit positif*, qui est le *droit de la société*, est donc le *droit conforme à la nature de l'homme*. Cela posé, qu'est-ce que le *droit naturel*, que les traités scientifiques et le langage journalier de la pratique opposent au *droit positif*? Si celui-ci est le

sur la fonction du concept du Droit est inadmissible. M. Planiol écrit à ce sujet: « Il serait difficile d'en

*droit conforme à la nature de l'homme*, le *droit naturel* sera-t-il donc, par une antithèse forcée, le *droit contraire à la nature de l'homme* ? Nous ne raillons pas : ce n'est, en effet, rien autre chose, si l'on en croit les logomachies banales, malheureusement admises par Montesquieu lui-même, qui représentent le *droit naturel* comme le prétendu droit de l'homme avant l'établissement des sociétés, c'est-à-dire comme le droit chimérique d'un état contre nature, qui n'a jamais existé ? Laissons ces rives insaisissables. Tâchons de donner un sens raisonnable au mot *droit naturel*, par opposition au mot droit positif. Disons que ce ne peut être que le droit de l'homme en société, mais considéré sous le point de vue de son plus grand perfectionnement possible. Toute législation positive n'est qu'un essai progressif de la distinction du juste et de l'injuste, par les efforts des gouvernants. Les gouvernés trouvent-ils cet essai imparfait ? Ils placent alors, non pas derrière eux, dans l'âge d'or imaginé par les poètes, mais devant eux, dans l'avenir, l'image d'un droit plus épuré, et invitent le législateur à le formuler. Ce droit, c'est le *droit naturel. C'est le type de la justice suprême, immuable, universelle*, auquel l'homme aspire, comme il aspire à celui de la souveraine beauté dans les arts et la littérature. Liberté pour tous de le concevoir à leur manière ! Pour nous, si nous appliquons ici les idées philosophiques que nous avons préférées, nous trouvons dans le *droit naturel* l'idéal d'un droit social, tendant, plus complètement que celui de nos jours, à la réalisation de l'égalité, au développement de la charité, au perfectionnement des connaissances... L'idée que représente le droit naturel, du perfectionnement de la distinction du juste et de l'injuste, offre deux applications différentes. Aussi nous la subdiviserons en deux branches, savoir : le *droit naturel proprement dit*, la *morale ou éthique*. Le *droit naturel proprement dit* est la collection des règles du juste et de l'injuste qu'il est souhaitable de voir immédiatement transformer en lois positives. Tantôt cette transformation est demandée par les hommes d'Etat, découvrant quelque grand principe nouveau d'utilité sociale. Tantôt elle est réclamée par des penseurs plus modestes, analysant le cœur humain, et dégageant quelque application de détail du principe d'égalité et du sentiment de charité. Dans l'un et l'autre cas, on se sert également du mot *science de la législation*, comme d'un synonyme spécial du mot *droit naturel proprement dit*. Quant à la morale ou éthique, elle appelle les méditations plus approfondies de ceux qui ne pensent pas qu'on doive rédiger en lois positives tous les préceptes du juste et de l'injuste. Ils laissent, en dehors des codes, un certain nombre de ces préceptes

donner une idée plus fausse. Supposer qu'il existe, à côté de chaque loi humaine, une loi idéale, concevable par l'intelligence et qui en serait le modèle, c'est réduire le droit naturel au sort de tout idéal, c'est-à-dire, sinon au néant, du moins à l'état de conceptions individuelles indéfiniment variées. Si chacun de nous, en étudiant une loi quelconque et en concevant une autre loi qui serait meilleure selon ses idées personnelles, concourt ainsi à la formation du droit naturel, celui-ci ne représentera qu'une collection hétérogène d'opinions dissemblables. Toute conception est vaine qui réduit le droit naturel à l'état d'idéal... Le droit naturel existe, heureusement pour l'humanité, mais il est tout autre chose. Il se compose d'un petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même et d'après lesquelles l'œuvre législative pourra être appréciée,

à l'appréciation de la conscience. Puis ils consacrent, à éclairer celle-ci, les efforts d'une dialectique délicate et scrupuleuse, susceptible encore de degrés, selon qu'elle s'inspire de la tolérance mondaine, de la pureté philosophique, ou de l'austérité religieuse. Ainsi, autour de l'idée du juste et de l'injuste, comme autour d'un point milieu, rayonnent les arches concentriques, de plus en plus vastes, du *droit positif*, du *droit naturel* et de *la morale* ». (*Premiers essais de philosophie du droit*, pp. 63-69). — Comme on peut le voir par cet extrait, plus spécialement par sa conclusion, Oudot accepte, à titre de point de départ de sa doctrine, la notion du Droit. Seulement il ne s'attache pas à celle-ci prise en elle-même, mais bien à sa fonction ; la notion de Droit, en effet, est pour lui « l'idée du juste », qu'il considère comme un concept suprême, immuable, universel ; quant à ce qu'il qualifie de « droit naturel » tout court ou de « droit naturel proprement dit », il faut y voir le droit qui rationnellement devrait sortir des indications données à des degrés divers par cette idée du juste ; c'est donc bien de la fonction de la notion de Droit que s'occupe Oudot ; on le comprendra mieux avec les développements qui vont suivre, et dans lesquels il sera encore question de cet auteur et des conceptions contenues dans les formules précitées.

louée ou critiquée. Le droit naturel n'est ni la loi, ni l'idéal de la loi ; il est la règle suprême de la législation. Si le législateur s'en écarte, il fait une loi injuste ou mauvaise. Je dirai volontiers, en prenant le contre-pied de la définition d'Oudot, que le droit naturel se compose de principes supérieurs à la loi, qu'il serait inutile de formuler en articles de droit positif (1). »

37. — **Le domaine de la fonction de la notion de Droit.** — On pourrait encore se demander, avant d'entrer dans l'examen proprement dit de la fonction de la notion de Droit, si cette fonction est double, si elle se produit à la fois dans le domaine législatif et dans le domaine judiciaire ; autrement dit, la notion de Droit inspire-t-elle aussi bien le juge interprétant la loi que le législateur chargé de l'édifier ? Nous n'examinerons pas cette question, parce qu'étant admis qu'elle doit être résolue par l'affirmative, ce

1. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, pp. 2-3. — M. Gény reconnaît, de son côté, la force impérative de la notion de Droit. « Il faut le reconnaître, dit-il, il existe des principes de justice, révélés par la raison ou par la conscience morale, auxquels les éléments variés et mouvants de la vie sociale donneront seuls leur empreinte décisive, mais dont le siège est en dehors du monde des phénomènes ou des contingences. Et il importe de remarquer que ces principes de raison et de justice ne se confondent pas avec les pures conceptions juridiques, que j'ai maintes fois signalées pour en combattre l'excès. La conception est tout entière œuvre de l'esprit individuel, de l'interprète, tandis que le principe ne mérite ce nom que s'il est extrait de la réalité même des choses ; d'où il suit que, tandis que la conception, exprimant une pure hypothèse scientifique, ne doit jouer que le rôle d'un instrument de la technique juridique, limité, dans ses effets, à la construction d'une théorie, et à la suggestion de résultats, le principe, au contraire, dont toute la valeur est due à la vérité qui l'inspire, peut légitimement prétendre à la fécondité logique et effective de son contenu » (Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 484).

que nous dirons de la fonction de la notion de Droit à l'égard du législateur s'applique avec beaucoup plus de raison encore à l'office du juge. D'autre part, faire autrement serait nous lancer fort inutilement dans le problème de l'interprétation du droit positif, qui depuis l'ouvrage, retentissant à juste titre, de M. Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n'a cessé d'occuper la scène juridique. Au fond d'ailleurs, M. Gény nous paraît avoir très heureusement défini en quelques mots la fonction de la notion de Droit à l'égard de l'interprète de la loi, quand il a écrit : « Ce qui reste acquis, au point de vue plus spécialement positif de cette étude, c'est que le juge, appelé à dire le Droit, en suppléant le défaut ou les lacunes des sources formelles, et, par conséquent, tout interprète du droit positif, doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience, pour scruter le mystère du juste, avant de descendre à l'examen de cette nature des choses positives, qui précisera son diagnostic et mettra en œuvre les principes rationnels... Mais, et sur ce point je ne saurais assez insister, la justice absolue, si nécessaire qu'elle soit pour affermir l'interprétation juridique, ne lui donne jamais qu'une direction, que la considération des faits et la nature des choses positives pourra seule préciser. L'interprète doit donc se garder de l'illusion, qu'il puisse trouver, dans les révélations de sa raison et de sa conscience, une solution toute prête pour les problèmes que la vie lui présente » (1). En d'autres ter-

1. *Op. cit.*, pp. 479-482. L'auteur ajoute, pour justifier sa formule : « Le juge, pas plus, d'ailleurs, que le législateur, n'applique directement et immédiatement le juste pris en soi. Il n'en fait jamais

mes, le juge et l'interprète, en général, n'entrent en contact avec la notion de Droit que sur la base et par le moyen du droit positif. C'est donc la fonction de la notion de Droit, par rapport à l'élaboration de ce droit positif et plus spécialement par rapport à l'élaboration de la loi, qu'il convient d'examiner (1).

qu'une adaptation, qui déforme nécessairement la notion pure. En d'autres termes, le juste étant un but à atteindre, l'interprète n'a pour mission que de découvrir le moyen de le réaliser dans des conditions données. Or, le moyen se sépare toujours en quelque façon du but, bien qu'il doive, en tout cas, s'y rapporter. Il s'y rapportera d'autant plus que la notion de justice, à mettre en œuvre, présentera un caractère plus général, qui atténuera, jusqu'à pouvoir l'effacer complètement, l'antithèse du but et du moyen. D'où il résulte, que les principes de pure justice s'imposeront dans l'application du Droit, avec une énergie, et promettront une sûreté de résultats, proportionnés à leur abstraction et à leur indépendance de nature, vis-à-vis des faits contingents. »

1. Il est toutefois des auteurs qui ont cru que le concept du Droit devait, dans certaines hypothèses, inspirer directement le juge. Ces auteurs comptent parmi ceux qui se rattachent à la vieille Ecole du droit naturel. Le droit naturel ou la notion de Droit étant pour eux un véritable recueil de préceptes inscrits au frontispice de la nature, le juge doit les appliquer chaque fois qu'un texte formel de loi ne le lui interdit pas, soit que ces préceptes aient passé dans le droit positif, soit qu'ils aient été laissés en dehors. Demante s'est particulièrement fait remarquer, à ce point de vue, par son dogmatisme intransigeant. Puisque nous faisons de l'histoire, nous reproduirons tout au long la partie essentielle de sa démonstration ; nous voyons à cela, en effet, un véritable intérêt historique, car nous mettons vraiment de la sorte à découvert la mentalité d'une fraction importante de juristes français du XIXe siècle : « La nature des lois, écrit Demante, nous indique leurs effets. Règles de nos actions, elles obligent à faire ce qu'elles commandent, à s'abstenir de ce qu'elles prohibent; elles autorisent à faire ce qu'elles permettent ; enfin elles punissent ou récompensent ceux qui observent ou violent leurs dispositions. Mais ces effets, communs à toutes les lois, s'appliquent différemment, suivant que celles qui les produisent sont naturelles ou positives. Ainsi les règles de droit naturel, qui ont Dieu pour auteur, ont bien toujours et nécessairement Dieu pour vengeur de leur inexécution ; mais il est plusieurs de ces lois dont la violation n'expose en cette vie à d'autres peines

**38. — La fonction de la notion de Droit considérée au point de vue abstrait et technique.** — Il va de soi que cette fonction produit des résultats très différents et se présente avec une physionomie très différente, suivant que l'on prend parti pour telle ou telle des conceptions antérieurement exposées. Il convient toutefois de faire une grande distinction entre, d'une part, la vieille Ecole du droit naturel, qui fait

qu'aux remords de la conscience : telles sont toutes les règles de conduite intérieure contenues dans la morale ; telles sont même quelques règles de conduite extérieure, dont les législateurs humains peuvent tolérer l'infraction, pour éviter de plus graves inconvénients. C'est sur cette observation qu'est fondée la distinction faite par tous les auteurs entre le juste et l'équitable. Il ne faut pourtant pas conclure de là que toutes les lois naturelles qui n'ont pas été expressément consacrées par le législateur de chaque peuple soient par là même rejetées de l'ordre civil. Il en est beaucoup, au contraire, qui sont tellement essentielles aux rapports que la nature ou l'état social a établis entre les hommes, qu'elles doivent être considérées comme maintenues toutes les fois qu'elles ne sont pas écartées par la lettre ou par l'esprit particulier de la loi positive. Dans ce nombre, évidemment, il faudrait ranger celles qui tiennent au respect dû à la personne ou à la propriété d'autrui, à la liberté des conventions, à la foi des engagements. — Mais parce que le discernement du degré de force qu'on doit attribuer aux préceptes du droit naturel n'est pas à la portée de tous les esprits, il est toujours sage au législateur de rappeler, par une disposition expresse, ceux qu'il estime faire observer, et de fixer la peine attachée à leur infraction. De là vient qu'on trouve dans tous les codes, et dans le nôtre en particulier, un si grand nombre de ces préceptes. — Il est évident, au surplus, que leur insertion dans la loi positive ne leur fait pas perdre leur caractère primitif. Cette observation est importante pour régler l'application qu'on peut faire des lois d'un pays aux citoyens d'un autre Etat. Car les lois naturelles étant communes à toute l'espèce humaine, il suffit d'être homme pour en subir et en réclamer partout l'exécution. Quant aux lois arbitraires, des distinctions sont nécessaires : il semble bien, au premier coup d'œil, qu'elles ne doivent s'appliquer qu'aux membres de la société pour laquelle elles ont été faites; mais un peu de réflexion suffit pour faire apercevoir les modifications dont ce principe est susceptible. » — Demante, *Programme du cours de droit civil français*, 3e éd., t. I, pp. 8-10.

de la notion de Droit un véritable Code de préceptes antérieurs et supérieurs aux lois positives et, d'autre part, toutes les autres doctrines, qui maintiennent à la notion de Droit son caractère de concept, dans le sens philosophique du terme, tout en se différenciant à la fois sur les traits distinctifs formels de ce concept et sur son contenu. Nous commencerons par brièvement examiner la fonction de la notion de Droit d'après la thèse de l'Ecole du droit naturel; cet examen ne peut présenter qu'un intérêt historique ; cela suffit pour que nous ne le négligions pas, d'autant qu'on n'a pas toujours rendu justice aux conceptions fécondes que renferment, par rapport à la fonction de la notion de Droit, les formules surannées et scolastiques des adeptes de l'Ecole du Droit naturel.

39. — Etant donné, d'après celle-ci, que nous trouvons inscrits au « Livre de la nature » un ensemble de préceptes qui, de toute éternité, ont régi rationnellement l'Humanité et doivent, toujours rationnellement, continuer à la régir, la tâche du législateur est avant tout de découvrir ces préceptes et de les transformer en lois positives. Le fonctionnement de la notion de Droit se présente donc ici d'une manière quelque peu simpliste. Le Droit naturel prend la forme d'un mécanisme, partie constitutive de l'organisation du Monde, qui opérerait à jet continu et d'une manière, en quelque sorte, automatique; le législateur en serait réduit avec lui au rôle secondaire d'un agent d'enregistrement et de transmission. Telle semble être la conception de Demante (1), puisqu'il admet

1. Voir la note qui précède, p. 155-156.

que le juge aussi bien que le législateur peut recevoir directement ses inspirations du Droit naturel. Mais il est d'autres représentants de la même doctrine, qui ont compris que la fonction de la notion de Droit se présentait autrement. Nous citerons, à titre d'exemple, les développements de Belime, qui sont curieux à plus d'un point de vue. Dans son ouvrage fondamental, *Philosophie du Droit* ou *Cours d'introduction à la science du droit*, qui a joui d'une grande autorité, même longtemps après la mort de son auteur (1), Belime distingue le droit naturel et le droit rationnel et par cette distinction vise, au fond, le rôle du concept du Droit. « On appelle droit naturel, écrit-il, celui qui s'impose à tout législateur, de telle sorte que la loi qui s'en écarterait serait une loi contraire à la justice. Les jurisconsultes païens eux-mêmes le faisaient remonter à Dieu comme au législateur souverain. Toutefois, il me semble qu'il y a des degrés dans le droit naturel, et qu'on a peut-être confondu des choses qui auraient dû être distinguées. Il y a des lois, qui tiennent si étroitement à la morale, que nous ne concevons pas qu'elles puissent ne pas être. Non seulement

1. Belime fut professeur de droit romain à la Faculté de droit de Dijon de 1837 à 1844; il mourut en 1844, âgé à peine de trente-trois ans. Il avait publié, en 1842, un *Traité sur le droit de possession et les actions possessoires ;* la première édition de sa *Philosophie du Droit* était en cours de publication au moment de sa mort. Elle fut achevée par les soins d'un héritier de son nom, D. P. Belime, et il en a paru dans la suite plusieurs autres éditions. Belime, tout comme avant lui Jourdan et Klimrath et au même titre que son contemporain d'Hauthuilhe, professeur à la Faculté de droit d'Aix, est un de ces juristes philosophes qu'une sorte de fatalité enleva d'une manière tout à fait prématurée à la science juridique française du XIXe siècle. Voir, à ce sujet, J. Bonnecase, *L'enseignement du Droit privé en France au XIXe siècle*, «Rev. critiq. », 1914-1915.

le législateur n'a pas besoin de les promulguer, mais il n'aurait pas le droit de les abroger, quand il le voudrait. Ces lois sont si claires, qu'elles sont gravées dans la conscience de tous les hommes, et que ni le temps, ni les préjugés ne parviennent à les corrompre. De ce nombre est le principe qui défend de tuer ou de voler, et celui qui ordonne de tenir la foi promise. Dans quelque position que vous supposiez deux hommes, qu'ils soient membres du même corps social ou de pays différents, qu'ils vivent sous la protection des lois ou qu'ils soient jetés sur une plage déserte, ils devront également respecter ces principes, dont la violation serait la violation de la morale elle-même. Mais on fait souvent rentrer dans le droit naturel d'autres institutions, qui n'apparaissent point à la raison comme aussi nécessaires. On étend alors ce droit à tout ce que le bon sens et les besoins de l'humanité doivent consacrer dans une société bien organisée. C'est en ce sens que l'on discute si les successions, si le pouvoir social, si la prescription sont ou non de droit naturel. Effacez tout droit écrit, supposez un peuple de sages, et les lois qu'ils se donneront formeront ce nouveau droit naturel bien plus étendu que le premier, puisqu'il contiendra presque toutes les institutions, dans la forme la plus parfaite et la mieux appropriée à la destinée humaine. Les mots *droit naturel primaire et secondaire* ont été employés pour marquer cette différence. Le mot de *droit de la raison* paraît également fort convenable pour désigner la seconde espèce de droit naturel prise dans le sens le plus compréhensif » (1).

1. *Philosophie du Droit*, t. I, p. 203-204.

De cette dissertation de Belime, il faut, comme on le voit, retenir que si l'auteur se rattache à la vieille Ecole du Droit naturel, il ne met pas tous les préceptes attribués à celle-ci sur le même rang. C'est là un point capital ; il révèle que les juristes ressortissant à cette Ecole ont eu, malgré tout, l'intuition de la distinction forcée à faire entre la notion de Droit prise en elle-même, d'une part, et sa fonction directrice, d'autre part. Cette opinion se confirme, quand on voit les développements donnés par Belime à l'appui de sa distinction. « On a mis au défi, écrit-il, ceux qui croient au Droit naturel d'en donner la définition, de dire combien de lois ils y rapportent précisément, et d'exprimer le principe particulier d'après lequel on jugera ce qui est de droit naturel et ce qui est de droit positif... Il n'est pas juste d'exiger l'énumération exacte des lois appartenant au droit naturel. Elles peuvent défendre une quantité d'actions de toute espèce. On ne peut ici qu'ériger quelques grands principes. Le Droit naturel procède par prohibitions. Lorsqu'une action dépendant de la liberté extérieure violerait un devoir étroit de morale, on peut dire que la loi qui la défend est de droit naturel. Du reste, les grands principes du droit naturel ont été résumés par Justinien dans les trois préceptes suivants, qu'on peut regarder comme la base de la justice : *Alterum non lædere, jus suum cuique tribuere, honeste vivere* ». L'auteur ajoute : « L'idée qui ressort des préceptes que nous venons de développer est qu'il n'est pas permis de nuire à autrui, principe qu'on peut regarder comme fondamental en droit naturel. Mais le même principe, qui nous défend de nuire aux autres, nous donne aussi le

droit d'empêcher qu'on ne nous cause du préjudice; et nous ne sentons jamais ce droit se révéler avec plus d'énergie que quand une attaque dirigée contre notre personne réveille en nous l'instinct de la conservation » (1). Ainsi donc, l'analyse finit par conduire un partisan de la vieille Ecole du Droit naturel à voir dans celui-ci une notion dans le sens étroit du terme. Mais alors qu'entendre par le droit de la raison ? Belime désigne, en réalité, par cette expression, les tendances idéales, qui se dégagent de l'idée de Droit (2), ou en-

1. *Philosophie du Droit*, t. I, pp. 205-208.

2. Nous citerons encore, à l'appui de notre assertion, ces développements de Belime; la pensée de l'auteur apparaît bien à la réflexion telle que nous l'exprimons. « Les préceptes du droit naturel proprement dit, écrit-il, sont en trop petit nombre et trop évidents par eux-mêmes pour qu'ils puissent fournir la matière d'une longue étude. Aussi la plupart des écrivains, qui en ont traité, l'ont envisagé dans un sens large, en y faisant rentrer le droit de la raison, que l'on devrait cependant en distinguer en bonne philosophie. Le droit de la raison comprend tous ces principes qui, en l'absence de lois positives, se déduiraient de la nature de l'homme comme législation universelle. Ainsi les hérédités, l'institution des tribunaux, le droit de punir rentrent dans le droit de la raison entendu de cette manière, mais non pas dans le droit naturel. On peut concevoir que le droit d'hérédité n'existe pas; on peut supposer que deux hommes ne soient soumis à aucun juge commun, s'ils n'appartiennent pas à la même nation. Néanmoins, le droit naturel conservera sa force entre eux, dans quelque situation qu'ils se trouvent. Le droit de la raison comprend d'abord le droit naturel, qui est aussi le droit de la raison; car ce qui serait contraire à la raison ne serait pas le droit. Mais il comprend de plus tout ce qui apparaît comme vérité juridique universelle, en supposant l'état de société. Or, ce n'est guère que dans cet état qu'il importe de considérer l'homme, au moins pour le jurisconsulte; car dès qu'on suppose des lois, on suppose une société et un pouvoir qui veille à l'exécution de ces lois. C'est seulement à ce point de vue que le droit offre à la philosophie un champ digne d'elle; elle n'est plus alors limitée à ce petit nombre de principes nécessaires dont le contraire serait le renversement des idées morales; mais elle est appelée à déterminer ce qui est bon, ce qui est opportun *a priori*,

core la science de la législation, et il entend par législation ce qui devrait être fait en conformité de l'idée de Droit. Ce qui le montre bien, c'est qu'il déclare que le droit positif n'est à son tour que l'application des principes du droit de la raison (1). Sans doute, comme nous

afin de constituer la législation la plus en harmonie avec la nature morale et physique de l'homme. Cette étude est-elle utile ? est-elle possible même ? Y a-t-il un droit de la raison distinct du droit positif ? Peut-on déterminer la forme du droit comme un type unique, ou bien tout dépend-il de la loi écrite et des circonstances ? Ici les esprits ont fait scission pour former deux Ecoles, l'Ecole historique et l'Ecole philosophique dont les longs démêlés doivent attirer notre attention » (*Philosophie du Droit*, t. I, p. 226). De même que Oudot, dont nous avons déjà parlé, distingue l'idée du juste et la science de la législation qui en découle, de même Belime distingue le droit naturel, qui est le principe, et le droit de la raison, qui est le résumé de ses tendances idéales. Nous ferons état de cette constatation à propos des doctrines qui partent franchement de la notion de droit et étudient, en conséquence, son fonctionnement. — Voir, à la note suivante, la suite logique des développements de Belime en ce qui concerne le droit positif.

1. Au premier abord on pourrait être tenté, en présence de la manière dont Belime expose l'élaboration du droit positif, de croire qu'il est un des représentants les plus purs de la doctrine du droit naturel. C'est ainsi que, dans son tome II, il passe en revue toutes les institutions juridiques et se demande à propos de chacune d'elles : cette institution est-elle de droit naturel ? Il aborde, par exemple, l'étude des successions de la manière suivante : « Ç'a été longtemps une grande controverse entre les auteurs, que de savoir si les successions étaient de droit naturel ou de droit positif ». De même, il écrit en ce qui concerne la prescription : « Il y a une idée commune à toute espèce de prescription, celle de maintenir un *statu quo* qui a déjà une longue durée. Un créancier ne s'est pas fait payer dans un délai donné : il ne le sera plus. Un possesseur cultive un immeuble depuis longtemps : il n'en sera pas dépossédé. Cette idée, qu'un fait se légitime par son antiquité, vient d'elle-même à tous les hommes. Cela prouve qu'elle est utile, mais cela ne prouve pas qu'elle soit de droit naturel. De droit naturel, le temps n'est un moyen ni de créer, ni d'éteindre les droits ». En réalité, Belime ne voit pas toutes les règles du droit positif inscrites entièrement d'avance dans le code de la nature ; le législateur a une tâche plus malaisée que celle qui consisterait à découvrir

le verrons, Belime n'a pas eu de la sorte l'intuition exacte de la fonction de la notion de droit, en ce sens qu'il exagère cette fonction et voit en elle, sinon le contenu, du moins la source de tout le droit positif, au lieu d'y voir simplement l'idée régulatrice des lois positives. N'empêche, c'est ce que nous nous proposions de démontrer, que les partisans de la vieille Ecole du droit naturel ne sont pas, en ce qui concerne le rôle du concept du Droit, aussi éloignés qu'on le croit communément des doctrines auxquelles nous arrivons enfin et qui font de la notion de Droit une idée directrice, et non un ensemble de préceptes positifs.

ces prétendues règles. « Si les hommes étaient tous bons, éclairés et impartiaux, dit-il, si du moins on pouvait se flatter de rencontrer ces qualités dans les juges qui terminent leurs différends, le droit de la raison suffirait seul, et il s'élèverait sans doute moins de dissentiments sur ses prescriptions qu'il ne s'en élève sur les règles promulguées par les législateurs. Malheureusement ce n'est qu'une chimère dont il ne faut pas se bercer. Les hommes, à qui leur conscience relève les lois de la justice, les nieraient avec mauvaise foi quand elles contrarieraient leur intérêt ou leurs passions. De là, la nécessité de les formuler d'une manière précise; de là, le droit écrit ou positif. C'est la justice qui doit inspirer le droit positif; mais c'est le droit positif seul qui peut barrer les sentiers de traverse de la chicane, déjouer les calculs de la fraude, les sophismes de l'hypocrisie, et frayer le grand chemin du juste et de l'injuste à tous les intérêts qui veulent y marcher en sûreté. Dans cette transformation du droit naturel, les résultats suivants se produisent, les uns recherchés par le législateur comme le but même qu'il se propose, les autres attachés à l'imperfection de toutes les choses humaines... Le droit positif est forcé de prohiber beaucoup de choses naturellement licites, parce qu'il serait à craindre qu'elles ne devinssent une occasion de nuire ou de tromper » (t. I, pp. 447-449). Belime se rend donc compte, au fond, que l'idée de justice inspire plutôt qu'elle ne dicte, dans leur intégralité, les lois positives. Seulement, sous l'influence de la doctrine du droit naturel en vogue à son époque, il n'a pas su ou osé tirer de la conception du Droit manifestée par les citations que nous avons reproduites, les conséquences qu'elle comportait.

40. — Toutes les doctrines que nous avons exposées en dehors de la thèse proprement dite du droit naturel, s'accordent pour définir d'une manière à peu près identique la fonction abstraite de la notion de Droit. Il ne peut pas en être autrement. Il ne faut pas confondre, en effet, les résultats auxquels conduit, suivant les doctrines, le rôle du concept du Droit, et ce rôle considéré en lui-même. Cette dernière question est un pur problème de technique juridique; aussi, commencerons-nous par exposer la manière dont le maître incontesté de l'heure actuelle en matière de technique de droit positif, M. Gény, l'a résolue; nous nous efforcerons après cela de compléter ou plutôt de développer sa pensée. Comme nous le savons, M. Gény part du point de vue métaphysique, mais encore une fois ses explications ont une portée générale et, d'autre part, ce qu'il dit de l'interprète s'applique à plus forte raison au législateur. « Si, écrit-il, les principes de justice, immanents à notre nature morale, et révélés par la raison ou la conscience, constituent la première assise, indispensable et ferme, de toute recherche scientifique dans la sphère du droit positif, ils n'en sont pas moins, par eux-mêmes et à eux seuls, insuffisants pour suggérer à l'interprète les solutions immédiates, qu'il lui faut découvrir, afin de suppléer aux lacunes des sources formelles. Il a besoin, en vue des rapports qui le sollicitent et demandent un règlement précis, d'une clarté plus concrète et plus intense que seul l'examen des faits eux-mêmes lui apportera. Parti de la région des principes absolus, c'est dans le domaine des contingences qu'il réalise son activité propre; ce n'est qu'à ce domaine qu'il peut demander

les éléments derniers de ses décisions. Et il faut qu'il y rencontre une direction de détail d'autant plus précise et sûre, que la généralité des idées supérieures, si elle assurait sa marche, semblait, en même temps lui dérober le but. Ici intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette *nature des choses positive*, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ un peu étroit de l'interprétation des sources, pour proposer à son étude le terrain inépuisable des réalités vivantes » (1).

En d'autres termes, il n'est pas dans la nature de la notion de Droit de fournir au législateur toutes les solutions qui lui sont nécessaires, ni même de lui donner, à elle seule et d'une manière absolue, quelques-unes de ces solutions. Le but du Droit positif, d'une part, la nature du concept de Droit, d'autre part, s'y opposent, le législateur, s'il veut élaborer une œuvre utile, ne pouvant pas plus faire abstraction du milieu social, destiné à recevoir ses lois, que de la notion de Droit, telle qu'il la conçoit. Le Droit, nous l'avons dit à maintes reprises, a pour raison d'être d'assurer l'harmonie sociale, et par harmonie sociale nous entendons la conciliation des divers intérêts des individus, qu'il s'agisse des intérêts particuliers de chacun d'eux, ou des intérêts généraux des groupes constitués volontairement ou inconsciemment, et, par la force même des choses, par les générations d'individus. Le premier devoir du législateur consiste donc à

1. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pp. 491-492.

se rendre compte des besoins moraux, économiques, sociaux ou politiques auxquels il doit donner satisfaction ; à la connaissance exacte de ces besoins doit s'ajouter celle des conceptions du moment, autrement dit la connaissance des diverses solutions, qui semblent se dégager du milieu ambiant au regard des problèmes sociaux en suspens. Lorsque le législateur a ainsi rassemblé ces éléments de fait, le moment est venu pour lui de se tourner vers la notion de Droit et de lui demander la voie à suivre au milieu d'aspirations contradictoires, d'intérêts en conflit, de conceptions souvent désordonnées, issues du cerveau de sociologues ou de publicistes, qui n'aperçoivent qu'un élément du problème et mettent souvent de la sorte en avant des solutions susceptibles d'aggraver le trouble au lieu de ramener l'équilibre entre les forces en présence. On aperçoit donc bien la fonction de la notion de Droit: elle consiste à guider le législateur, d'une manière impérative, dans la réglementation des rapports sociaux. Que l'on veuille bien y prendre garde, et dans toute disposition législative on reconnaîtra la notion de droit préconçue, dont est parti le législateur. Précisons toutefois; la notion de Droit apparaît nette et distincte à la base de la réglementation de tout un ordre de matières ; mais au fur et à mesure qu'on s'éloigne de cette base, l'influence de ce concept va décroissant, la réglementation des menus détails que comporte un ordre de matières quelconque paraissant être souvent l'œuvre arbitraire du législateur ; au fond, il n'en est rien, il ne doit en tout cas rationnellement en être rien. Sans doute on se rend mieux compte de l'influence exercée par la notion de Droit

sur l'esprit du législateur quand on considère, par exemple, les règles générales posées par lui en matière de liberté de l'enseignement, que quand on examine certaines dispositions accessoires de la matière des servitudes. N'empêche que si l'on veut bien considérer la conception essentiellement individualiste et métaphysique du droit de propriété par les rédacteurs du code civil, on s'apercevra que la réglementation des servitudes est dans ses moindres détails inspirée de cette conception; or, celle-ci est elle-même une conséquence nécessaire de la notion métaphysique du droit, en général, telle que nous l'avons décrite. En définitive, cela revient à dire que l'examen d'un texte si secondaire soit-il, pris dans une codification quelconque, conduira insensiblement le chercheur en remontant successivement de l'accessoire au principal jusqu'à la notion de Droit qui a inspiré cette codification (1).

1. M. Capitant a parfaitement mis en relief cette idée. « Le droit naturel, dit-il, n'est pas une collection de règles, un code de la perfection, il n'est qu'un principe directeur, « l'idée qui inspire et oriente » l'homme dans ses efforts incessants pour améliorer et perfectionner l'ordre social. Or, ce principe directeur ne saurait être nié. Il est l'idéal de justice que l'homme s'efforce de découvrir et dont il tend à rapprocher la société, l'idéal de justice présent à l'esprit du législateur comme du philosophe, du moraliste, du jurisconsulte et du juge. Il n'y a pas de peuple, pas de génération, qui ne poursuive la réalisation de cet idéal. L'esprit humain ne peut se passer de direction. Voilà ce qu'est le droit naturel, mais il n'est que cela. Ainsi, ce principe directeur ne dictera pas au législateur les solutions positives qu'il doit trouver pour la réglementation des rapports sociaux, car c'est dans l'observation des faits, dans l'étude des besoins économiques et sociaux, dans l'appréciation des exigences du commerce juridique, qu'il devra chercher les bases solides des lois qu'il promulguera. Mais c'est lui qui lui découvrira le but à atteindre, c'est lui qui donnera à son œuvre ce caractère d'unité, en l'absence duquel l'appareil législatif ne serait

**41. — La fonction de la notion de Droit envisagée dans ses résultats, suivant les diverses doctrines.** — Si le rôle du concept du Droit pris en lui-même est une question de technique et ne varie pas avec les diverses doctrines, il en est tout autrement des résultats qu'il produit. Ces résultats dérivent, en effet, moins de la notion de Droit considérée en elle-même que du contenu que recouvre cette notion. C'est pour cette raison que la doctrine, qui voit dans la notion de droit une forme vide, sans contenu fixe et permanent, est condamnée à la stérilité ou à l'arbitraire; une forme vide ne peut pas, en effet, donner une direction effective, et, d'autre part, s'il appartient au législateur de lui attribuer dans chaque cas un contenu déterminé, autant vaut dire que le législateur est libre d'agir à sa guise, maître qu'il est de la notion de Droit (1). Celle-ci ne fait vraiment sentir son influence sur la législation qu'avec les doctrines déjà indiquées : doctrines du droit social, doctrines religieuses, doctrine métaphysique. Cette influence, nous nous empressons de le dire, est, d'ailleurs, considérable. Nous le montrerons très rapidement, en continuant à faire état, suivant notre méthode, des développements mêmes des défenseurs de ces doctrines.

qu'une agglomération de règles sans lien entre elles » (*Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., p. 11).

1. Nous avons antérieurement fait mention de cette conception de la notion de Droit. Encore une fois, elle n'est pas négligeable en ce sens qu'elle entretient l'idéalisme juridique, qui nous paraît indispensable à toute organisation sociale; mais elle est pratiquement dépourvue de tous résultats. Voir toutefois ce que dit M. le doyen Hauriou sur ce point, car il nous semble qu'il vise dans ses développements la simple croyance en un idéal de justice, indépendamment de tout contenu déterminé, (*Principes de droit public*, p. 62).

42. — Et tout d'abord, les doctrines du droit social. Peu importent les variantes qu'elles présentent quant à la désignation du contenu de la notion de Droit; qu'elles le qualifient de solidarité, de bien commun, ou de tout autre titre, le résultat est toujours le même; la notion de Droit n'est qu'en apparence un régulateur et un guide pour le législateur dans l'élaboration de son œuvre. Il appartient à l'Etat seul de donner la formule de la solidarité, par exemple, telle qu'il la conçoit, et, par conséquent, de donner la formule de la notion de Droit. L'individu peut être très gravement sacrifié à l'Etat qu'il n'a pas le droit de se plaindre, si ce sacrifice est l'expression de la solidarité sociale, telle qu'elle est conçue à un moment donné; les droits disparaissent chez l'homme pour faire face à des fonctions sociales, dont le pouvoir social réglementera l'exercice. Les partisans des doctrines du droit social n'ont pas hésité à faire application de leurs principes au droit individuel le plus conforme, semble-t-il, aux tendances instinctives de la nature humaine dans l'ordre matériel, le droit de propriété; les développements qu'ils fournissent à ce sujet sont des plus caractéristiques pour aider à comprendre l'influence de la notion de Droit sur la législation. Nous ferons état, pour le démontrer, des explications de M. Duguit, d'autant qu'avec lui le problème est comme toujours posé et résolu de la manière la plus nette. L'auteur se défend, en effet, d'être socialiste dans le sens vrai du terme (1); il prend simplement la notion

1. « Aussi bien, écrit-il, je tiens à éviter ici tout malentendu. Je ne dis pas, je n'ai jamais dit, je n'ai jamais écrit que la situation économique qu'est la propriété individuelle disparaisse, doive dis-

de Droit, vue sous l'angle de la solidarité, et en tire les conséquences qu'elle comporte en ce qui concerne la nature et la réglementation de la propriété. Après avoir commencé par poser en principe que « la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale », M. Duguit n'hésite pas à ajouter en conformité avec son point de départ : « aujourd'hui nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale. » Il dit encore : « Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il

paraître. Je dis seulement que la notion juridique sur laquelle repose sa protection sociale se modifie. Malgré cela, la propriété individuelle reste protégée contre toutes les atteintes, même contre celles qui viendraient de la puissance publique. Bien plus, je dirai qu'elle est plus fortement protégée qu'avec la conception traditionnelle. D'autre part, je prends comme un fait la détention de la richesse capitaliste par un certain nombre d'individus. Je n'ai point à critiquer ou à justifier ce fait : ce serait peine perdue, précisément parce que c'est un fait. Je ne cherche pas non plus si, comme le prétendent certaines Ecoles, il y a une opposition irrémédiable entre ceux qui détiennent la richesse et ceux qui n'en ont point, entre la classe propriétaire et la classe prolétarienne, celle-ci devant exproprier et anéantir bientôt celle-là. Mais je ne peux me tenir cependant de dire qu'à mon sens ces Ecoles ont une vision tout à fait erronée des choses; la structure des sociétés modernes est beaucoup plus complexe. En France, notamment, un grand nombre d'individus sont à la fois propriétaires et travailleurs. C'est un crime de prêcher la lutte des classes, et je crois que nous marchons, non point vers l'anéantissement d'une classe par l'autre, mais, au contraire, vers un régime de coordination et de hiérarchisation des classes » (*Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 160).

détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire ; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse » (1).

On voit par ces quelques formules aussi précises qu'impérieuses à quels résultats conduit pour l'individu la notion de droit dans les doctrines du droit social et en même temps on apprécie le rôle actif que joue d'une manière générale cette notion dans ces mêmes doctrines ; avec elle, toute loi doit avoir pour résultat de renforcer la solidarité ou d'augmenter le bien commun ; dans chaque disposition législative le concept du Droit se fera donc nécessairement sentir d'une manière positive. Nous n'avons pas ici à critiquer les résultats qui découlent des diverses théories, mais bien à les exposer. Aussi n'est-ce pas une critique que nous adressons aux doctrines du droit social, en signalant les inconvénients de leur conception de la notion de Droit ; qu'on le veuille ou non, dans la thèse de la solidarité, l'Etat est tout-puissant ; l'évolution du Droit est placée, en fait, entre ses mains ; c'est vers la solidarité, telle qu'il l'entend, qu'il orientera la législation. Avec une semblable thèse, le Droit n'est certes pas condamné à l'immobilité, mais on peut se demander si l'omnipotence de l'Etat n'est pas sus-

1. *Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 157-158.

ceptible de provoquer des changements trop brusques et trop multipliés. Ces inconvénients ne se produisent, d'ailleurs, pas sur le seul terrain national, mais aussi dans le domaine international. Chaque Etat peut être tenté de vouloir réaliser dans ce dernier domaine la solidarité, ou le « bien commun », suivant ses conceptions internes. Or, la solidarité ou le bien commun pouvant être conçus de la manière la plus opposée, on aperçoit aisément le danger résultant de cette situation pour les rapports internationaux et l'indépendance des petits Etats, en particulier. Nous nous bornons à signaler cette question, qui exigerait de longs développements, mais que nous retrouverons sous une autre forme dans notre dernier chapitre.

43. — En tout cas, ce que nous venons de dire de la fonction de la notion de Droit dans les doctrines du droit social s'applique aux doctrines religieuses, notamment à la doctrine catholique. Cela va de soi, étant donné nos remarques antérieures sur la similitude abstraite de contenu que recouvrent les expressions : solidarité, bien commun, conformité avec l'ordre divin. Qu'on se propose de réaliser le bien commun ou l'ordre divin, la situation se présentera de la même façon au point de vue technique : c'est l'autorité sociale, qui décidera de l'idéal exact à réaliser et des moyens de le réaliser. Ce qui est sûr, c'est que dans la doctrine catholique comme dans les doctrines de droit social, l'individu peut légitimement être sacrifié à l'Etat ; nous disons que ce résultat est possible et non pas forcé, car nous apercevons deux groupes bien distincts parmi les partisans de la doctrine catholique :

d'une part, les catholiques conservateurs ou traditionnalistes, d'autre part, les catholiques sociaux. Tandis que les premiers s'efforcent de concilier les droits de l'individu avec la conformité à l'ordre divin, les seconds acceptent nettement la conception des doctrines de droit social et voient dans les prétendus droits naturels de l'homme des fonctions sociales à remplir. C'est ainsi qu'ils en sont venus à voir eux aussi dans la propriété une simple fonction sociale (1).

*44.* — Tout autre va nécessairement nous apparaître le rôle du concept du Droit dans la doctrine métaphysique. En premier lieu, défendons ce rôle contre un reproche que, par opposition à la variabilité des doctrines du droit social, on lui a adressé; l'une des grandes objections adressées à la thèse métaphysique

1. C'est là un grave sujet de discussion entre les deux fractions des catholiques sur le terrain social. L'économiste Rambaud critique en ces termes la thèse des catholiques sociaux : « C'est une tendance de tout le groupe actuel des chrétiens sociaux, de voir partout des fonctions sociales. Non contents de donner ici cette qualification à la propriété, ailleurs ils l'ont donnée également au travail; et, certes, comme nous l'avons déjà dit, « si le travail des « individus est une fonction sociale, parce qu'il intéresse la société, « que faudra-t-il dire de l'éducation des enfants, de laquelle dépend « l'esprit de cette société? que faudra-t-il dire surtout de leur « procréation, de laquelle dépend jusqu'à l'existence de cette so- « ciété par le nombre plus ou moins élevé de ses membres? Que « deviennent alors les libertés les plus sacrées des pères de famille? « Que deviennent les droits et les devoirs les plus intimes de la vie « domestique et conjugale? Fonctions sociales aussi! » Défions-nous donc de ce mot dont l'impitoyable logique ne peut aboutir qu'à la ruine de toutes les libertés individuelles et qu'à la pire tyrannie de l'Etat, seul mandataire visible de la société », (*Histoire des doctrines économiques*, 2e éd., Paris, 1902. p. 692). Nous avons indiqué très sommairement à propos du contenu de la notion de droit que l'opinion défendue par M. Rambaud semble bien être conforme à la doctrine de S. Thomas d'Aquin, *supra*, p. 121-123, en note.

consiste, en effet, à l'accuser de figer le Droit, de l'immobiliser par suite de sa croyance en une notion de Droit, qui serait la représentation d'une essence universelle, absolue, éternelle, commandant la vie de l'humanité, s'imposant à elle et réglant obligatoirement sa marche, si elle veut se maintenir dans l'harmonie et atteindre sa fin. Nous ne pouvons mieux faire pour écarter ce reproche que d'invoquer une fois de plus la haute autorité de M. Gény. « Les principes de justice, dit-il, tels que nous les avons reconnus, sont-ils immuables et universels? Il a paru difficile de l'admettre, à considérer la variété infinie de règles juridiques, parfois tout opposées, consacrées suivant les temps et les pays. Mais, n'y a-t-il pas dans cette opinion une confusion manifeste entre les deux points de vue, que je me suis attaché à distinguer, celui des principes eux-mêmes et celui de leur application. Sans prétendre justifier, sous le rapport de la justice absolue, les institutions juridiques de toutes les époques et de tous les lieux, il suffit, pour écarter le scandale de leur diversité, d'observer que presque toujours le but a été moins différent que les moyens de le réaliser. Mais, si l'on admet, d'après la raison, l'expérience et le sentiment intime, l'uniformité de la nature humaine, l'identité constante de sa destinée et l'existence d'un ordre naturel permanent de rapports entre les éléments du Monde, on en conclura nécessairement que les principes de pure justice, qui ne sont qu'une des phases de cet ordre, conservent au milieu des variétés et des contingences de leur mise en œuvre, un caractère universel et immuable » (1).

1. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 485.

A dire vrai, ceux qui sous le prétexte de progrès combattent la doctrine métaphysique et individualiste sont souvent encore sous l'impression de la thèse de l'Ecole du droit naturel à laquelle ils ramènent la doctrine métaphysique. Or, nous l'avons dit et montré, ce sont là deux conceptions différentes ; la notion de Droit telle que l'entend la doctrine métaphysique ne dicte pas des solutions toutes faites, universelles, absolues et immuables. Elle se contente d'inspirer des solutions en conformité à la fois avec les faits et la nature de l'homme, élément permanent et fixe de l'organisation du Monde. Nous ne saurions trop le répéter, on n'a pas suffisamment porté l'attention sur le rôle abstrait et technique de la notion de Droit. A cette heure, nous savons à quoi se ramène ce rôle ; examinons donc les résultats qu'il produit, d'après la doctrine métaphysique et individualiste, et considérons comme injustifié le fameux reproche d'immobilité, dont nous venons de faire état pour ne pas nous exposer nous-même à la critique.

Le rôle de la notion de Droit, d'après la doctrine métaphysique, a été trop souvent décrit pour que nous ayons à y insister longuement dans une étude d'ensemble, comme celle que nous avons entreprise. Ce rôle, les métaphysiciens du Droit ne s'en sont pas cachés, est principalement négatif; il consiste à opposer aux fantaisies du législateur une barrière infranchissable, faite du respect des droits subjectifs de l'individu ou, si l'on veut, du respect du libre développement de la personnalité. « Négliger ou méconnaître les prétentions justes et raisonnables de l'individu, écrivait en 1833 Ph. Hepp, professeur à la Faculté de

Droit de Strasbourg, et le sacrifier à un prétendu intérêt social, le subordonner sans une nécessité absolue, aux exigences d'un soi-disant bien ou salut public, c'est ouvrir la porte aux écarts les plus condamnables du pouvoir et établir la maxime fondamentale du despotisme le plus accablant. Dans ce système, on se croit autorisé à tous les genres de violation des droits individuels, pour peu que l'on puisse, au moins pour la forme, colorer les usurpations en alléguant la raison d'Etat ou en prétextant la nécessité d'assurer le bien-être et l'avantage de la société tout entière. On voit qu'ici toute garantie disparaît, et que la condition de l'individu est pire, sous plusieurs rapports, que s'il vivait hors des liens de la société »(1). Toujours dans son livre : *Essai sur la théorie de la vie sociale*, l'auteur ajoute encore : « Du moment que l'homme est maintenu inviolable dans la sphère de ses droits, la possibilité d'accomplir son but suprême lui est assurée, et la société a rempli à son égard la partie la plus sacrée de ses obligations... L'homme doit trouver dans la sphère d'activité libre et indépendante que la société lui assure, une double garantie: 1° *La garantie*

1. Hepp, *Essai sur la théorie de la vie sociale*, Strasbourg, 1833, p. 66. Nous avons choisi Hepp parmi tant d'autres auteurs parce que, tout comme Schützenberger, il fut professeur de droit public à l'ancienne Faculté de droit de Strasbourg. Cela présente un intérêt au point de vue du domaine d'application de la notion allemande du droit au XIXe siècle. La Faculté de droit de Strasbourg, ainsi que nous le montrons plus amplement dans notre étude précitée sur cette Faculté, resta toujours attachée à la conception française du Droit. Or, comme les deux conceptions diffèrent du tout au tout, cela prouve, contrairement aux allégations de certains savants allemands, que, sur le terrain du Droit tout au moins, le Strasbourg du XIXe siècle ne manifesta en rien des tendances allemandes, bien au contraire.

*de ses droits absolus et nécessaires*, c'est-à-dire les droits dont il jouit par cela seul qu'il est homme, antérieurement à tout acte et indépendamment de tout fait de sa part. Ces droits sont le patrimoine inattaquable de l'homme au moment de sa naissance ; ils remontent même jusqu'à celui de sa conception. Ils lui sont indispensables pour vivre d'une manière conforme à sa nature ; ainsi la société lui doit à leur égard *une protection et une garantie absolues*. Il y a plus encore ; non seulement la société est tenue de respecter ces droits d'une manière absolue, mais l'homme lui-même ne peut, en aucune façon, les méconnaître ou les affaiblir par son fait ; car, comme ces droits se rattachent nécessairement au fait même de son existence, et que ce fait est antérieur à toute manifestation de volonté, ils sont placés par là même hors de l'empire de cette volonté. Le premier devoir de l'homme est de se maintenir dans la jouissance de ces droits ; il n'est aucune considération qui puisse l'autoriser à y renoncer, ou qui puisse légitimer une telle renonciation faite en faveur de qui que ce soit ; car son droit ne saurait aller jusqu'à anéantir le titre d'où ses droits émanent ; en d'autres termes, il ne saurait cesser d'être homme, selon les directions différentes de sa nature. Ces *droits* sont donc, *à son égard, inaliénables*, ils sont *hors du commerce ; à l'égard des tiers* (individus ou société), ils sont *imprescriptibles ;* —2° *La garantie de ses droits dérivés, acquis ou hypothétiques*. Ces droits sont le résultat de l'emploi que l'homme fait de ses facultés pour réaliser le but de son existence. Ils supposent, pour naître, *que l'homme ait agi*, c'est-à-dire qu'il ait manifesté sa volonté par des actions et que ces actions

aient produit des effets. *Le droit même de manifester sa volonté* (le droit d'agir) et d'acquérir des droits par cette manifestation, est une partie essentielle des droits absolus de l'homme; car il est la condition indispensable pour lui assurer les moyens de vivre d'une manière conforme à sa nature. »

Ainsi donc, le législateur a le champ libre avec la doctrine métaphysique. La notion de droit ne lui impose pas des devoirs positifs. Cela a fait reprocher à cette thèse de ne pas correspondre au but du Droit, de lui enlever tout caractère d'élément de progrès social; cette théorie, a-t-on même dit, est plutôt anarchique; elle laisse trop d'expansion aux tendances individuelles. Ce reproche n'est pas plus fondé que ceux que nous avons préalablement examinés. Si la notion métaphysique du droit ne trace pas directement une ligne d'action positive au législateur, elle ne l'empêche en rien de collaborer au progrès social; tout ce qu'elle lui demande, c'est de ne pas réaliser ce progrès au détriment des libertés individuelles, des prérogatives naturelles de l'homme. Mais cela ne signifie pas que chacune des activités individuelles ne doive subir des limitations, et parfois des limitations graves dans l'intérêt public, c'est-à-dire dans l'intérêt des autres activités individuelles. Les métaphysiciens du Droit l'ont toujours compris, et la preuve, c'est que, nous l'avons vu, tout un groupe parmi eux admet la personnalité réelle de l'Etat. Nous allons plus loin ; le « Droit social » ou « la législation sociale » (1), que l'on dresse

1. Le « droit social! » il n'est rien de plus difficile à définir. A première vue, d'ailleurs, ces deux termes ainsi accolés semblent un non-sens ou tout au moins un pléonasme. Comme on l'a très

aujourd'hui au-devant de la notion métaphysique du Droit comme inconciliable avec elle, peut parfaitement être considéré comme un résultat de son fonctionnement. Plus exactement, si l'on veut éviter que la législation sociale ne devienne oppressive pour les uns, avantageuse à l'excès pour les autres, il faut ne pas voir en elle une expression certaine de la thèse de la solidarité, mais bien un dérivé de la doctrine méta-

bien dit, « au sens étymologique du mot est social tout ce qui concerne la société. Or, à ce compte, tout le Droit, qui règle les rapports des hommes dans la société, qui dicte à l'activité sociale ses principes, n'est donc que la solution synthétique des questions sociales ». En ce sens, tous les problèmes juridiques sont des questions sociales et le Droit, qui les résout, mérite le nom de Droit social. Il est certain, toutefois, que l'usage courant et même la langue juridique actuelle n'étendent pas à tous les problèmes juridiques la qualification de « questions sociales » et, par conséquent, l'expression « Droit social » a un sens particulier. Il importe, pour la clarté de notre argumentation, de le rechercher, car, encore une fois, le seul prononcé de ces termes : « Droit social » a pour certains un son magique, qui suffit à ruiner dans leur esprit la doctrine métaphysique et individualiste. — On fait rentrer, en premier lieu, dans les questions sociales, le problème qui est par excellence la « question sociale », le problème de la réglementation des rapports du capital et du travail, des rapports des classes possédantes et des classes non possédantes; il est évident que toutes les dispositions juridiques, qui ont pour objet de résoudre successivement et progressivement la « question sociale », font partie intégrante du « Droit social »; il en est ainsi, par conséquent, des dispositions législatives qui ont trait au contrat de travail, aux accidents du travail, à la responsabilité civile, aux grèves, aux œuvres d'assistance : retraites ouvrières, retraites pour les vieillards, assistance publique, assistance aux femmes en couches et aux familles nombreuses; tout cela fait partie du « Droit social ». On peut même faire rentrer dans le « Droit social », comme se référant à la « question sociale » proprement dite, les dispositions qui ont eu pour objet de protéger la petite propriété au point de vue de sa transmission et de son affectation à la vie de la famille. Nous visons ainsi principalement la loi du 12 juillet 1909, qui a consacré en France l'institution du bien de famille, et la loi du 10 avril 1908. C'est, en effet, de la classe des travailleurs modes-

physique des droits individuels. La notion de Droit, telle que la conçoit cette doctrine, n'est pas, en effet, une notion purement mathématique, se traduisant par des résultats exclusivement mathématiques et négatifs. Cette notion commande en toute circonstance le respect des droits individuels, mais non sur une base idéale et abstraite; au contraire, elle n'opère que sur la base concrète, contingente des milieux et des faits.

tes qu'on s'occupe dans ces lois, et il en est de même dans la législation sur les habitations à bon marché (loi du 30 novembre 1894 et lois postérieures). Mais on peut faire rentrer autre chose encore dans les limites indécises du Droit social; on peut y comprendre notamment les dispositions législatives qui ont pour objet, d'une manière générale, la protection des personnes incapables et l'organisation fondamentale de la famille; de ce nombre seraient les lois du 2 juillet 1907, du 7 novembre 1907, du 13 juillet 1907, du 16 novembre 1912, sans compter les lois plus anciennes, sur les aliénés, le divorce, etc. Ce n'est pas tout. Certains auteurs font rentrer dans le Droit social un certain nombre de dispositions du droit criminel, telles que celles qui ont pour but d'enrayer la criminalité en s'attaquant à des causes telles que l'alcoolisme, ou encore qui ont pour but de réformer le criminel; en réalité, si on veut comprendre dans le Droit social certaines dispositions du droit criminel, on est conduit à les y englober toutes, car toutes ont au même titre pour but la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs. On peut voir par cet exposé combien sont vagues les limites du Droit social. Avec un peu de bonne volonté, on peut parfaitement arriver à restreindre chaque jour davantage le domaine du Droit tout court au profit de celui du Droit social; dans ses fondements, chaque institution juridique fait partie intégrante du Droit social. Ainsi les successions, quant au fondement du droit de succession et aux règles générales de la dévolution successorale, ne méritent-elles pas de figurer dans le Droit social? N'en est-il pas de même de l'organisation de la propriété foncière, quant à ses modes de transmission et à la publicité qui les accompagne? Au fond, on désignera bientôt, sous le nom de Droit, la technique juridique et les dispositions purement réglementaires, tandis que les institutions juridiques prises en elles-mêmes, dans leur but et leur physionomie générale, seront considérées comme le droit social ou comme tout au moins plongeant leurs racines dans le Droit social.

Pour que la personnalité des individus soit considérée comme protégée dans son développement naturel, il faut que, eu égard aux circonstances et aux conditions économiques et sociales dans lesquelles cette personnalité est placée, on puisse dire que les individus, quels qu'ils soient, se trouvent traités par la loi sur le pied de l'égalité réelle et bien comprise. C'est ainsi que le législateur devait nécessairement en venir à établir des mesures de protection au profit des incapables de toute catégorie et des travailleurs. Qu'on ne dise pas que ces mesures sont le résultat nécessaire de la solidarité sociale; car avec, comme point de départ, la solidarité sociale, le législateur n'a pas de cran d'arrêt; il risque de se laisser aller à la sensibilité sans avoir assez d'égards pour le maintien de l'équilibre entre les divers groupes sociaux. Tel n'est pas le cas avec la notion métaphysique du Droit, le législateur, qui agit sous son influence, devant avoir constamment les yeux fixés sur les droits et les prérogatives de chacun. Cette idée seule est susceptible d'agir efficacement d'une manière préventive sur l'esprit du législateur et de lui éviter de se lancer à la légère dans les excès d'une prétendue solidarité sociale.

La notion métaphysique du droit a un autre avantage, et un avantage inappréciable sur les doctrines du droit social. Elle conduit à assurer, dans le domaine international, l'indépendance des nations. Le jour où cette notion a commandé le respect des droits des individus et a limité ainsi l'action de l'Etat, ramenée, d'ailleurs, de la sorte à la protection et à la gestion des intérêts généraux, elle a du même coup, par

un raisonnement logique, commandé le respect du libre développement des Etats et démontré l'illégitimité des prétentions d'une nation, si puissante fût-elle, qui voudrait, même pour le bien des autres nations, leur inculquer ses conceptions et ses méthodes d'action. Peut-être les événements actuels démontreront-ils péremptoirement le prix d'une semblable conception, que naguère encore les Ecoles nouvelles estimaient par trop négative et contribueront-ils à rendre tout entier son prestige à la notion métaphysique du Droit, qui était loin, d'ailleurs, d'être aussi discréditée que ses adversaires voulaient bien le dire. C'est là une des questions que nous allons retrouver au chapitre suivant, c'est-à-dire dans la conclusion même de notre étude.

## CHAPITRE IV

**L'impuissance de l'Ecole sociologique à résoudre le problème du Droit. — Les courants actuels de la philosophie du Droit française. — L'avenir de la notion de Droit.**

45. — Notre étude ne comporterait pas logiquement de conclusion si nous nous en tenions au titre que nous lui avons assigné et au but, qui l'avait primitivement inspirée. Mais ainsi que nous l'avons indiqué dans notre Préface, maintenant que « l'heure du Droit a sonné » un exposé de doctrines sur la notion de Droit serait singulièrement découronné, si l'auteur ne prenait soin de noter la signification que prennent au regard du présent les conceptions dont il a fait l'objet de ses méditations. Nous résumerons donc en quelques brèves formules les résultats que nous voudrions avoir atteints; nous dirons ensuite quel nous paraît être à cette heure l'avenir de la notion de Droit, telle que la comprit la Révolution française et qui, à ce titre, eût le mérite de réaliser l'émancipation des individus dans la liberté, en attendant que

par voie de conséquence l'émancipation des peuples se produisît, elle aussi, dans les mêmes conditions, à une échéance plus ou moins lointaine.

46. — Notre but a été avant tout, en remontant le cours de l'histoire contemporaine de définir l'attitude de la France du XIXe siècle en face du problème du Droit et plus spécialement de décrire avec la plus grande précision, preuves à l'appui, l'effort vigoureux et persévérant déployé par ses juristes et ses philosophes en vue de résoudre ce problème fondamental par excellence de la vie sociale. Nous avons tenu à cet effet à laisser en quelque sorte les maîtres de la pensée jurique française parler eux-mêmes dans un cadre approprié ; telle nous paraît être la seule méthode pour écrire l'histoire des doctrines ; dans la circonstance nous avons tendu à faire éprouver, grâce à elle, à nos lecteurs l'impression profonde que nous avons nous-même ressentie en présence des variations infinies sur le même thème : la notion de Droit, dont le XIXe siècle a été le théâtre.

Le Problème du Droit nous a paru s'être posé au siècle dernier comme il s'est posé dans tous les siècles. *Qu'est-ce que le Droit* ? s'est-on demandé dans tous les temps. *Se ramène-t-il à un ensemble de phénomènes, au milieu desquels l'Humanité se développe et sans lesquels elle ne peut pas vivre, mais qui ne correspondent pas à une substance déterminée, se produisent on ne sait comment et viennent on ne sait d'où? Est-il au contraire, une réalité aux manifestations variables, répond-il à une notion bien caractérisée, qui apparaît à l'homme sous une forme précise et*

*avec une marque d'origine certaine, pourvue de traits distinctifs indiscutables*? A cette question ainsi présentée, les juristes et les philosophes du XIXe siècle ont répondu par une adhésion ferme et raisonnée à la réalité du Droit, réalité, d'ailleurs, plus ou moins démontrable, plus ou moins transcendante, suivant les uns ou les autres, mais rationnellement nécessaire. Il était important, à nos yeux, de montrer que ce siècle qui fut avant tout, en matière juridique, le siècle de l'Exégèse fut lui aussi tourmenté par les grands problèmes et que les représentants les plus illustres de l'Ecole de l'Exégèse n'osèrent pas eux-mêmes se confiner dans leur doctrine scientifique, virent nettement au dessus de la toute-puissance du législateur, proclamée trop légèrement par eux, le *Droit en soi*, qui venait de la sorte implicitement la limiter (1).

C'est, en effet, au *Droit en soi*, autrement dit à une entité métaphysique que la grande majorité des penseurs du siècle dernier se sont ralliés. La notion de Droit, c'est-à-dire la forme que revêt pour parvenir jusqu'à nous la réalité du Droit, leur a donc paru être par excellence une notion métaphysique. En définitive, ils ont vu dans le Droit un élément essentiel et immatériel de la vie de l'Humanité, comme qui dirait, pour employer une image quelque peu terre à terre, l'une des poutres maîtresses de la structure même du Monde moral par opposition au Monde physique. *Le Droit en*

1. Encore une fois, nous n'avons pu dans une étude comme celle-ci, portant sur tout le XIXe siècle et désirant embrasser par suite toute la série de ses penseurs, nous n'avons pu, disons-nous, qu'accorder une mention brève à l'Ecole de l'Exégèse prise en elle-même, renvoyant pour plus de détails à notre étude précitée : l'*Ecole de l'Exégèse en droit civil*.

*soi leur a donc apparu comme extérieur à nous et revêtu des caractères que la raison prête de toute nécessité à cet ensemble de notions qu'on appelle les notions premières ; participant de la notion d'absolu, le Droit s'est révélé à la France de la Révolution avec la majesté impressionnante que revêt malgré tout et malgré elle-même, si l'on peut dire, une Force éternelle, au champ d'action sans limites, toujours égale à elle-même.* — Les juristes et les philosophes du XIXe siècle ne se sont pas contentés de définir de la sorte l'origine et les caractères « formels » de la notion de Droit ; ils ont également pris soin de préciser la substance recouverte par cette notion. A cet égard, la doctrine métaphysique s'est progressivement affinée ; *elle a fini par voir directement et immédiatement le contenu de la notion de Droit dans le respect et la protection de la personnalité prise en elle-même, dans toute son intégralité, et sans distinguer entre la personnalité individuelle et la personnalité collective, celle-ci constituant un tout organique au même titre que la première dont elle participe.* — Enfin les métaphysiciens du Droit ont pris soin de préciser la fonction de la notion de Droit ; *à cet égard aussi leur doctrine s'est insensiblement perfectionnée pour s'arrêter, en définitive et avec raison, à la formule d'un pouvoir impératif de direction.*

Sans doute, chacun des philosophes du Droit n'a pas fait la triple distinction qui s'impose, au point de vue de la technique juridique, pour étudier la notion de Droit : son origine et ses caractères « formels », son contenu, sa fonction. Mais nous espérons avoir prouvé que les trois points de vue sont envisagés dans l'en-

semble de leurs œuvres; nous sommes, de plus, persuadé que cette distinction, à nos yeux essentielle, contribuera à éviter dans l'avenir le vague, qui en son absence a compromis la portée de certains des Traités de philosophie du Droit que nous avons eu à parcourir.

47. — Cela dit, nous envisagerons désormais l'avenir. La doctrine métaphysique du Droit, malgré la sécurité qu'elle apporte au développement du Droit et à la réalisation de l'harmonie humaine, était plus que combattue, particulièrement par l'Ecole sociologique, à la veille des événements actuels; ceux-ci ont-ils eu la vertu de démontrer la vanité de ces attaques et la notion métaphysique du Droit n'est-elle pas à la veille de retrouver tout son lustre, si ce n'est déjà un résultat acquis? C'est ce que nous rechercherons en commençant par établir qu'en fait l'Ecole sociologique a été impuissante à résoudre le problème du Droit et que c'est là un phénomène forcé. Nous indiquerons ensuite les tendances qu'a révélées au cours de la guerre la philosophie française du Droit. Il ne nous restera plus qu'à conclure en exprimant notre sentiment personnel vis-à-vis de l'avenir de la notion métaphysique du Droit, sur la double base de l'expérience du passé et du cours actuel de l'histoire de l'Humanité. Ce sentiment nous l'exprimerons avec la plus grande netteté; nous avons trop critiqué au cours de notre exposé l'imprécision de l'Ecole de Saleilles dans les doctrines fondamentales du Droit pour nous exposer à notre tour à un reproche de même nature. Nous sommes fermement convaincu, au surplus, que la

clarté de la pensée est particulièrement nécessaire en philosophie. Celle-ci n'a-t-elle pas pour fonction séculaire « l'explication des choses » par excellence? En admettant que l'explication que l'on donne ne soit pas satisfaisante, au moins faut-il que la formule qui l'exprime ne laisse aucun doute sur son sens vrai.

**48. — L'impuissance de l'Ecole sociologique à résoudre le problème du Droit.** — A. Comte et son Ecole ont été les seuls au XIXe siècle, nous l'avons vu, à nier la notion de Droit. Il convient donc de commencer par rechercher s'ils ont pu suppléer à cette notion et résoudre sans elle le problème du Droit; il convient plutôt de montrer comment ils ont échoué dans cette tâche et pourquoi ils devaient y échouer. Mais nous distinguerons à cet égard l'œuvre d'Auguste Comte et de ses disciples directs, et celle de l'Ecole sociologique actuelle qui prétend s'en séparer d'une façon certaine. Nous aurions pu, par ailleurs, parler d'Ecole positive et non pas seulement d'Ecole sociologique, car l'Ecole positive est issue de la philosophie d'Auguste Comte. Mais l'Ecole positive paraît sur le terrain de la notion de Droit et dans la personne de quelques-uns de ses représentants les plus éminents aussi bien abandonner la doctrine pure du fondateur du positivisme que déborder singulièrement la doctrine rétrécie de l'Ecole sociologique contemporaine considérée dans l'orientation que lui a imprimée M. Durckeim en particulier. C'est ainsi que M. Duguit, qui, on le sait et on le verra encore par une citation dans un instant, se déclare « réaliste » ou positiviste, comme on voudra, accepte très fermement la doctrine

psychologique sur la notion de Droit. De même, M. Hauriou, dans une étude récente, se targue de ressusciter le « Droit naturel » tout en se prévalant de sa qualité de « sociologue habitué aux exigences de la méthode positive (1) ». Nous nous en tiendrons donc à l'Ecole sociologique dans le sens étroit du terme, pour l'époque actuelle.

49. — Le suprême reproche adressé à la doctrine juridique française du XIXe siècle a été tiré de son essence-même, c'est-à-dire de son caractère métaphysique. « Je dis, déclare M. Duguit, que cette notion est d'ordre purement métaphysique, ce qui est en contradiction certaine avec les tendances des sociétés modernes et avec le réalisme, disons le mot, avec le positivisme de notre époque » (2). Or il se trouve que le positivisme dans la forme que lui a donnée A. Comte est une doctrine purement métaphysique. Par consé-

1. *Le Droit naturel et l'Allemagne*, *Le Correspondant* du 25 septembre 1918. La rencontre de M. Hauriou et de M. Duguit au sein de l'Ecole positive est faite pour prémunir les historiens actuels des doctrines juridiques contre toute tentative de généralisation sur la doctrine de l'Ecole positive. On n'a pas oublié les articles publiés par M. Hauriou dans le *Recueil de législation de Toulouse* sur les conceptions de M. Duguit, le premier en 1911 sous le titre : *Les idées de M. Duguit*, le second en 1912 avec pour titre : *Les deux réalismes*. A un point de vue purement documentaire, rappelons que M. Hauriou prononce pour le moins l'anathème contre M. Duguit et cela au nom du « droit objectif » sainement entendu. « Nous même, écrit M. Hauriou, avons travaillé à la réhabilitation du droit objectif, mais dans l'intérêt de sa cause et pour ne pas la compromettre nous réprouvons les thèses outrancières ». Comme M. Duguit n'en est pas moins considéré, à bon droit d'ailleurs, comme le Chef de l'Ecole réaliste, il est inutile d'insister davantage sur l'unité de doctrine de l'Ecole juridique positive actuelle.

2. Duguit, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, p. 9.

quent, sous cette première forme, le positivisme ou, si l'on veut, l'Ecole sociologique laisse la doctrine de la notion métaphysique du Droit subsister en toute légitimé. Rappelons, en effet, que la philosophie d'Auguste Comte repose tout entière sur la *loi des trois états*, loi métaphysique, s'il en fût. D'après le fondateur du positivisme, l'esprit humain poursuivant la solution de l'énigme de l'univers aurait passé par trois stades si logiquement successifs que parvenu au troisième il lui serait impossible de revenir au premier ou au second. Ces trois stades, dénommés états par Comte, seraient *l'état théologique*, *l'état métaphysique*, *l'état positif*. On nous pardonnera, tellement cela est décisif pour notre thèse, de rappeler la définition que Comte donne de chacun de ces états. « Dans *l'état théologique*, dit-il, l'esprit humain dirigeant essentiellement ses recherches vers la nature intime des êtres, les causes premières et finales de tous les effets qui le frappent, se représente les phénomènes comme produits par l'action directe et continue d'agents surnaturels plus ou moins nombreux, dont l'intervention arbitraire explique toutes les anomalies apparentes de la nature... Dans l'état *métaphysique*, qui n'est au fond qu'une modification générale du premier, les agents surnaturels sont remplacés par des forces abstraites, véritables entités (abstractions personnifiées) inhérentes aux divers êtres du monde, et conçues comme capables d'engendrer par elles-mêmes tous les phénomènes observés, dont l'explication consiste à assigner pour chacun l'entité correspondante... Dans l'état *positif*, l'esprit humain reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce

à chercher l'origine et la destination de l'univers et à connaître les causes intimes des phénomènes pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'expérience, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude. L'explication des faits, réduite alors à ses termes réels n'est plus désormais que la liaison établie entre les divers phénomènes particuliers et quelques faits généraux, dont les progrès de la science tendent de plus en plus à diminuer le nombre » (1).

Se fondant sur ces prémisses qu'il considère comme inattaquables, Comte croit être à même d'abattre en quelques phrases la réalité des droits individuels et du même coup la notion de droit conçue au sens métaphysique, dont ils sont la substance. « Le mot droit, écrit-il, doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique. De ces deux notions théologico-métaphysiques, l'une (celle de droit) est désormais immorale et anarchique comme l'autre (celle de cause) est irrationnelle et sophistique... Il ne put exister de droit véritable qu'autant que les pouvoirs réguliers émanèrent de volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale en tendant toujours à consacrer l'individualité. Dans

1. Cours de philosophie positive, 1er leçon.

l'état positif qui n'admet plus de titre céleste, l'idée de droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit... En d'autres termes, nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir » (1). Comme on le voit, Comte accumule les anathèmes contre la doctrine métaphysique du Droit; les termes de condamnation se pressent sous sa plume; théologico-métaphysique, immorale, anarchique, irrationnelle, sophistique, la notion de droit subjectif et de personnalité est tout cela. Seulement ce ne sont là que des mots et les mots à eux seuls n'ont jamais, à la réflexion, malgré leur magie, détruit l'œuvre des siècles; ils ont pu surprendre, mais ils n'ont pas empêché à la longue leurs victimes de se reprendre. Heureusement! car les termes : positivisme et sociologie ont trop longtemps revêtu vis-à-vis de certains juristes et de certains philosophes une allure magique devant laquelle il ne restait qu'à s'incliner. Il est vrai que si l'on acceptait le postulat de Comte : la disparition de l'état métaphysique et l'avènement irrémédiable de l'état positif, les mots suffiraient à parachever l'œuvre et à détruire ce que l'on se propose de dé-

1. Nous citons à dessein ce passage reproduit par M. Duguit dans son livre précité p. 13-14 et invoqué par lui au profit de la condamnation qu'il porte lui-même, au nom du positivisme, contre la notion de droit métaphysique. Après avoir dit que la notion de droit subjectif implique une affirmation sur la nature et la force de la substance volonté, il ajoute : « Or cela est précisément au premier chef une affirmation d'ordre métaphysique... Par là même la notion de droit subjectif se trouve totalement ruinée et j'ai raison de dire que c'est une notion d'ordre métaphysique, qui ne peut être maintenue dans une époque de réalisme et de positivisme comme la nôtre », *op. cit.*, p. 12-13.

truire ; il n'y aurait qu'à le qualifier de métaphysique !

50. — Malheureusement pour la doctrine de Comte, la loi des trois états, pierre angulaire du système, a été repoussée par les sociologues postérieurs, par conséquent par les disciples eux-mêmes, qui ont vraiment trouvé par trop opposé à l'esprit positif le dogmatisme intégral du fondateur du positivisme ; ils n'ont pu se résoudre à accepter de confiance ses affirmations purement métaphysiques. Ils ont donc, disions-nous, renié formellement la loi des trois états et on peut très légitimement se demander s'ils n'ont pas, par la même occasion, renié leur maître lui-même. C'est l'impression que laisse l'appréciation portée à son égard par un des plus éminents sociologues de notre époque, M. Durckeim, dans *La Science française*, au cours de son aperçu sur la sociologie et les résultats dont on lui est redevable. On sent qu'il n'est pas loin d'être prêt à changer vis-à-vis de Comte le titre de fondateur de la sociologie contre celui de simple précurseur (1). Quoi qu'il en soit, la doctrine française du XIX$^{e}$

1. « Aujourd'hui, déclare M. Durckeim, il reste peu de chose du détail de la doctrine. La loi des trois états n'a plus qu'un intérêt historique. Les termes dans lesquels Comte se posait le problème le rendaient insoluble. Il croyait, en effet, à l'existence d'une loi unique selon laquelle se développait la société humaine en général et c'est cette loi que le sociologue avait pour tâche de découvrir. Il admettait donc que le genre humain, dans sa totalité, forme une seule et même société et qui évolue toujours et partout dans le même sens. Or, en fait, l'humanité dans son ensemble, n'est qu'un être de raison. Ce qui existe réellement, ce sont les sociétés particulières (les tribus, les nations, les cités, les Etats de toutes sortes, etc.), qui naissent et qui meurent, qui progressent et qui régressent, chacune à sa façon, qui poursuivent des fins divergentes, sans que ces évolutions diverses soient toujours sur le prolongement

siècle sur le Droit reste debout en face de la philosophie de Comte, puisque celle-ci est de la même essence qu'elle, d'essence métaphysique. Reste à savoir si grâce à une nouvelle conception et à une nouvelle méthode de la sociologie, la notion de droit vue sous l'angle métaphysique n'a pas pu vraiment être détruite et remplacée par autre chose. Or, à ce point de vue, autant Comte avait été généralisateur, autant son Ecole a fini par craindre la généralisation et par tomber dans l'excès contraire. Résultat : les œuvres issues de la seconde conception sociologique ont un objet tellement spécial qu'on ne peut ni de près ni de loin s'y appuyer pour combattre la doctrine métaphysique du Droit (1).

les unes des autres et se continuent à la manière des sections d'une même droite. Le devenir humain a une complexité que Comte ne soupçonnait pas... D'ailleurs quelques réserves qu'appelle la doctrine de Comte, un sentiment très vif de ce qu'est la réalité sociale y est partout présent. Il n'est pas de meilleure initiation à l'étude de la sociologie ». Durckeim, *La sociologie*, p. 7-8, extrait de *La Science Francaise*, Paris, 1916.

1. On peut en juger par le tableau d'ensemble qu'en trace M. Durckeim dans le livre précité. Après avoir constaté que la sociologie mit longtemps à sortir des généralités philosophiques et que Comte crut à tort avoir achevé la constitution de la sociologie, cet auteur met bien en relief le caractère actuel et les tendances de la sociologie. « Une science n'est jamais achevée, écrit-il. Elle est faite de questions particulières, restreintes, portant sur des objets limités, et qui tout en étant solidaires doivent être traitées séparément les unes des autres; leur solidarité même ne peut apparaître qu'au fur et à mesure que la science avance. La sociologie ne pouvait donc devenir véritablement une science positive que si renonçant à embrasser d'emblée et dans son ensemble la réalité sociale tout entière elle y introduisait, au contraire, l'analyse, et y distinguait progressivement des parties, des éléments, des aspects différents pouvant servir de matière à des problèmes spéciaux », *op. cit.*, p. 9. L'auteur ajoute que lui et un certain nombre de travailleurs se sont voués à cette tâche. « Nous avons eu l'ambition, écrit-il, d'ouvrir, pour la sociologie, ce que Comte eût appelé l'ère de la spécialité. Une véritable division du travail s'organisa. Trois

Toutefois la sociologie a donné lieu, même à l'époque contemporaine à des travaux d'ensemble, à des Traités généraux; mais leurs auteurs se sont très souvent refusés à construire une doctrine sociologique du Droit; de plus, ils ont illustré les quelques problèmes juridiques particuliers examinés par eux d'exemples et de prétendues observations puisés dans des temps tellement anciens et chez des peuples tellement extraordinaires que le Droit moderne considéré dans sa nature spécifique doit bien peu à la sociologie prise en elle-même, en tant que science indépendante (1).

groupes de faits furent particulièrement entrepris : les faits religieux, les faits moraux et juridiques, les faits économiques, et au lieu de faire de la sociologie en général, les uns se donnèrent à la sociologie religieuse, les autres à la sociologie morale et juridique, d'autres enfin à la sociologie économique. Cette répartition même était encore beaucoup trop générale : à l'intérieur de chacune de ces sciences sociologiques particulières, des problèmes restreints furent abordés », *op. cit.*, p. 10. M. Durckeim cite parmi ces problèmes : le Sacrifice, la Magie, les Formes élémentaires de la vie religieuse, le suicide, la prohibition de l'inceste, le Régime des castes, etc. L'auteur reconnaît d'ailleurs que « ces objets d'étude ressortissaient déjà, en partie, à des disciplines antérieures à la sociologie ou qui s'étaient constituées en dehors d'elle »; mais, conclut-il, parce que ces recherches étaient soustraites à l'influence sociologique elles manquaient en partie leur objet », *op. cit.*, p. 10.

1. Cela se voit très nettement dans le *Traité de sociologie générale* de M. Cornejo, traduction Emile Chauffard, Paris, 1911, 2 vol. — L'auteur n'essaie même pas de construire une doctrine sociologique du Droit. Après quelques développements plutôt brefs et sans aucune originalité sur le rôle respectif de la coutume et de la loi dans la formation du Droit, sur la force obligatoire de celui-ci, M. Cornejo remonte à l'origine des sociétés pour y étudier l'influence du mythe dans la transformation de la coutume en droit. A part cela, l'auteur se contente d'examiner à titre d'exemples confirmatifs de sa thèse sur le mythe quelques faits, tels que l'homicide en général, l'assassinat des vieillards, l'infanticide, les sacrifices, la peine de mort, le duel, le suicide, le cannibalisme; nous sommes bien-entendu constamment transportés au milieu des tribus les

Certains sociologues ont même si bien compris l'impossibilité pour eux de faire œuvre entièrement nouvelle dans le domaine juridique qu'ils ont fini par se rallier à l'une des doctrines déjà existantes sur la nature du Droit. Cela est grave pour la sociologie, mais cela n'est pas contestable. Dans sa *Philosophie des sciences sociales*, destinée à présenter un tableau d'ensemble des résultats de la science sociologique actuellement acquis, M. René Worms ne parle guère autrement que les métaphysiciens du Droit : « Au nom de quel principe supérieur sont édictées les règles législatives, c'est, déclare-t-il, ce qu'il nous reste à chercher ». Ainsi donc il est pour M. Worms des « principes supérieurs ». Que devient en conséquence la conception sociologique par excellence de la science essentielle-

plus anciennes, les plus éloignées et les plus extraordinaires : successivement, défilent devant nous à titre de témoignages, les mœurs et les croyances des Kukis, des Druides, des Dieris d'Australie, des Esquimaux, des Weddas, des Afghans, des Kalmouks, des Tehuelches de Patagonie, des Botocudos, des Andamans, des Abipons, des Hacas, des Yangos de la Terre de Feu, des Kafirs, etc.; cette description est agrémentée de la citation des opinions relatives à ces matières, renfermées dans S. Augustin, les Pères de l'Eglise en général, le Code Hammourabi, Lao-Tseu, Confucius, S. Basile, le Concile de Nicée, Thucydide, S. Chrysostome, le Deuteronome, l'Ecclesiaste, le Coran, etc., le tout cité pêle-mêle et à tout propos, voir t. II, p. 338-359. Quand M. Cornejo se décide enfin à aborder un problème juridique un peu plus vaste que celui constitué par les menus faits dont il nous a entretenus jusqu'ici : le droit de propriété, une quinzaine de pages lui suffisent à résoudre la question, pages dans lesquelles il continue à nous ramener vers les peuples les plus anciens et les plus primitifs; il est question des Maoris, des Herreros, des Indo-aryens, des Waniamwezis, des Kafirs, etc., *ibid.*, p. 359-374. A plus forte raison la même tendance se retrouve-t-elle dans le chapitre consacré par l'auteur à la famille et au mariage, *ibid.*, p. 398-433. Comme bien l'on pense, la promiscuité primitive, le rapt, l'inceste, la couvade attirent plus spécialement l'attention de l'auteur et le tiennent loin des temps modernes. L'étude sur

ment ramenée à l'étude des phénomènes et à leur explication par des lois purement expérimentales ? Quoi qu'il en soit, M. Worms s'exprime de la manière suivante au sujet du « principe supérieur » du Droit qu'il ne croit pas pouvoir éluder : « Deux théories opposées ont été émises sur ce point. Pour les uns, le Droit s'inspire d'un principe abstrait et transcendant de justice... Pour les autres, à l'inverse, le Droit n'est que la consécration de la Force ; il est le nom dont les plus forts décorent leurs commandements, afin de les imposer aux plus faibles, non plus seulement par la crainte, mais par le prestige de l'autorité morale ». L'auteur passe en revue ces deux conceptions ; il reconnait que la Force a régné à l'origine des sociétés : qu'on s'est ensuite élevé à la notion de justice et que celle-ci

l'Etat à laquelle l'auteur consacre un chapitre, p. 434-463, est plutôt une synthèse historique qu'autre chose ; l'auteur se refuse au nom des principes sociologiques à analyser la nature de l'Etat considéré en lui-même et par conséquent à trancher à cette occasion le problème du Droit, qui s'offrait à lui. Il termine par cette formule significative : « Le fait certain, c'est que la réalité de l'avenir sera autrement plus riche que toutes nos théories. Dans le domaine sociologique l'horizon où se meuvent les prévisions est bien limité ». Autrement dit, ce sociologue néglige de nous dire s'il voit dans le Droit un régulateur par nature de la vie sociale. Il se contente de contempler celle-ci évoluant devant lui et de tout ramener par conséquent à une question d'observation, les observations étant toujours puisées dans un lointain passé. Cela n'empêche pas l'auteur, d'ailleurs, de se livrer en réalité à des généralisations quelque peu hasardeuses ; on en jugera aisément si l'on pense que M. Cornejo commence l'histoire de l'évolution de l'Etat à ce qu'il appelle son antécédent immédiat : « la société de compagnonnage masculin » et la conduit en trente pages jusqu'à l'époque moderne. Il est vrai que par une contradiction assez singulière, M. Cornejo nous a prévenus dès son premier chapitre de l'Introduction, qu'il ne craignait ni les hypothèses, ni les généralisations », t. I, p. 51-52. Nous laissons à d'autres le soin de concilier ces propositions diverses, à nos yeux quelques peu contradictoires.

« se résuma alors dans la notion de l'égalité de tous devant la loi ». « Mais, ajoute-t-il, voici que de nos jours un autre idéal apparaît. On ne veut plus seulement la « justice » toute simple : on veut ce qu'on appelle la « justice sociale ». Qu'est-ce à dire ? On entend que la justice, non seulement ne reconnaisse plus de privilèges, mais lutte contre les privilèges existants, qu'elle rétablisse l'équilibre au profit des déshérités en face des privilégiés... Et de la sorte, nous arrivons à conclure que la justice a passé par trois phases successives. Au début, elle consacre les privilèges ; ensuite, elle ne veut plus les connaître ; enfin elle aspire à les contrebalancer. En somme, la justice a tenté d'organiser la société au profit de la force, puis indépendamment de la force, et elle songe aujourd'hui à l'organiser contre la force » (1).

Si ce sont là les seuls résultats auxquels aboutit en matière de fondement du Droit la sociologie, on nous accordera aisément qu'il est à souhaiter pour elle qu'elle soit plus heureuse dans d'autres domaines. Sa doctrine sur le Droit ne présente rien de proprement sociologique ou, si l'on préfère, aucun caractère original sur lequel puissent s'appuyer les sociologues pour prétendre qu'ils ont fait œuvre propre. La notion métaphysique du Droit subsiste tout entière en face de leurs efforts impuissants pour l'abattre. Le seul résultat auquel semble être parvenue la sociologie en matière juridique est évidemment un résultat scientifique, mais néanmoins un résultat de second ordre, car il n'influe pas sur les éléments derniers de la

1. René Worms, *Philosophie des sciences sociales*, t. III, (conclusions des sciences sociales), 1907, p. 219-222.

science: il consiste dans la démonstration de l'importance du milieu social pour l'élaboration des Règles de droit (1). Or cela, nous l'avons dit, la doctrine métaphysique du Droit, abstraction faite de quelques-uns de ses représentants, ne l'a jamais complètement méconnu ; si elle a vu dans la notion de Droit un principe directeur orientant le législateur dans un sens impératif, elle n'en a pas moins aperçu que cette orientation se poursuivait à travers la complexité de la vie sociale et son évolution incessante ; autrement dit, l'élaboration des règles de droit positif a paru à la doctrine métaphysique devoir être faite pour l'état social du moment ; mais, d'après elle, ces règles puisent leur force normative, ce qui constitue la nature spécifique du Droit, dans un élément organique transcendant, et non dans la série des phénomènes manifestement impuissante par elle-même à nous la fournir (2).

1. Sur l'impuissance de la sociologie à poser le problème du Droit avec toutes ses données et à le résoudre, voir l'exposé magistral de M. Gény : *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Elaboration scientifique du droit positif, (l'irréductible « droit naturel »), 1915, p. 52-110.

2. M. Gény a mis en relief l'échec de la sociologie en matière juridique en se fondant sur l'impossibilité pour elle de justifier l'idée de commandement, qui est à la base du Droit. « Au point de vue proprement scientifique, le seul que nous ayons à considérer de près à cette place, écrit-il, l'Ecole sociologique conserve le grand mérite d'avoir attiré l'attention sur la nécessité de tirer de l'observation de la vie sociale tout ce qu'elle peut donner et sur les moyens les meilleurs de se rapprocher de cet idéal de la recherche objective... Mais ce qu'il reste impossible d'admettre, c'est que la méthode sociologique nous fournisse à elle seule les fins universelles, d'où dépend toute la direction de la conduite sociale et dont par conséquent nous ne saurions nous passer. Sur ce point l'échec de la doctrine est complet et ne pouvait ne pas l'être, étant donné l'étroitesse de son point de départ. Aussi bien, la plupart de ses

**51. — Les courants actuels de la philosophie du Droit française.** — L'impuissance de l'Ecole sociologique à résoudre le problème du Droit étant ainsi constatée (1), quelles sont les tendances que manifeste

partisans, alors même qu'ils s'appuient inconsciemment sur ces fins universelles, sans lesquelles tout système de morale ou de droit reste désemparé, font profession de les rejeter ». Gény, *op. cit.*, p. 82-84.

1. Si nous avions voulu être tant soit peu complet sur l'Ecole sociologique, nous aurions dû ajouter que si elle a été impuissante en France à résoudre le problème du droit, ses données générales ont été utilisées en Allemagne pour étayer les conceptions étatistes de ses juristes. Cela est très remarquable chez Savigny que l'on peut considérer tout au moins comme un précurseur de l'Ecole sociologique. Ecole historique et Ecole sociologique ne sont pas tellement étrangère l'une à l'autre (comp. Ch. Beudant. *Le Droit individuel et l'Etat*, p. 189-260). Quoi qu'il en soit, Kant, Fichte, Schelling, Hegel se fondent nettement sur de pures conceptions *a priori* pour diviniser et l'Etat et la race allemande. Rien de pareil au premier abord avec Savigny; il semble partir des purs principes sociologiques : le génie de la race, la langue, les mœurs; il n'accepte pas l'existence d'un Droit supérieur et immanent, parce que produit naturel des éléments dont nous venons de parler, il ne peut s'agir pour le Droit que de son développement organique au sein de la nation. N'empêche que Savigny en vient à identifier la conscience collective source du Droit et la puissance de l'Etat, absorbant finalement le Droit dans l'Etat au point de dénier toute force au Droit international, parce qu'il « lui manque cette base réelle sur laquelle repose le Droit positif de chaque peuple, la puissance de l'Etat ». Comp. Ch. Beudant. *Le droit individuel et l'Etat*, 2 éd., Paris, 1891, p. 189 et s. Frédéric Stahl a fait mieux encore. Professeur de philosophie du Droit, en 1827, à l'Université de Berlin, membre de la Chambre des Seigneurs de Prusse et chef du parti féodal de 1848 à 1861, écrivain convaincu de la contre-révolution, Stahl eut recours à des considérations organiques et sociologiques pour défendre l'ordre politique prussien; il y ajouta des considérations religieuses. Sur cette double base, il arriva à dire que pour être « nationales », les assemblées doivent être constituées par ordres et non par têtes, la noblesse étant le premier des Ordres de l'Etat, parce qu'elle a par nature le privilège exclusif de faire régner dans la nation certaines vertus, telles que le courage guerrier et les vertus domestiques, de perpétuer à travers les âges l'esprit conservateur, les vieilles traditions historiques et les

à l'heure actuelle la philosophie du Droit française ? Il est permis de répondre qu'elle révèle un « idéalisme juridique » certain, encore que chez quelques philosophes du Droit, cet idéalisme soit un peu vague (1).

souvenirs nationaux. Quant à la Couronne elle constitue le seul rempart solide de défense contre ce que Stahl redoutait le plus : « les assauts de la démocratie et du communisme ». Autrement dit, Stahl préparait d'avance pour Guillaume II la substance de tous ses discours. N'empêche que grâce à l'apparence scientifique de son raisonnement, Stahl a fait illusion sur d'excellents écrivains français, alors qu'on pourrait trouver dans ses écrits jusqu'à la théorie du vieux Dieu allemand cher au Kaiser. Comp. E. Allix, *La Philosophie du Droit de F. J.Stahl (1802-1861) et la Philosophie de la Révolution française, Annales de l'Ecole des sciences politiques*, 1897, p. 1-35. — Chauffard, *Notice sur la vie et les œuvres de Stahl*, en tête de la traduction de son *Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, 1880.

1. Nous avons conduit, en réalité, notre aperçu de la notion de Droit en France au XIX^e siècle jusqu'à la veille de la guerre. Nous rechercherons donc ces tendances parmi les œuvres qui ont paru depuis cette date. Ces œuvres se divisent en deux catégories bien distinctes : d'une part, celles qui méditées avant la guerre ont paru dans ces quatre dernières années et sont, en réalité, la simple continuation d'une tâche de grande haleine entreprise depuis longtemps; d'autre part, celles qui sont nées sous la pression des événements du moment, et sont, d'ailleurs, quant à leur étendue, sans comparaison avec les premières. Celles-ci ont pour auteurs les deux grands noms que nous avons rencontrés à tout instant durant tout le cours de notre étude : les professeurs Duguit et Gény. Nous avons déjà cité incidemment leurs œuvres nouvelles : Duguit, *Le Droit et l'Etat*, Harvard Law Review, novembre 1917. — Des extraits de cet ouvrage ont paru dans la *Revue de Droit public*, 1918. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Seconde partie, *Elaboration scientifique du droit, positif*. (L'irréductible « droit naturel. ») Paris, 1915. Ces deux ouvrages sont deux exposés critiques de doctrines, dont nous n'avons à retenir, en ce qui nous concerne, que la doctrine propre de leurs auteurs sur la notion de Droit. Toutefois nous signalerons entre tant d'autres les développements du plus haut intérêt consacrés par M. Duguit à dégager l'influence de Rousseau sur la formation des doctrines juridiques allemandes contemporaines; il y établit que la pure doctrine de Rousseau a été l'inspiratrice directe de tous les systèmes élaborés pour fonder la puissance sans limite de l'Etat. La filiation des influences est ainsi décrite par l'auteur : Rousseau influe sur Kant et Hegel; ceux-ci

Avant d'en indiquer les diverses formes, commençons toutefois par indiquer qu'un seul auteur contemporain nous paraît professer la pure doctrine positiviste et être résolument hostile à la notion de Droit. « Le Droit d'un pays, écrit, en effet, M. Jèze, est l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes, qui à un moment donné, dans un pays donné, sont *effectivement* appliquées par les *praticiens* et par les *tribunaux*. Tout exposé théorique qui s'écarte de cette définition est, à mon avis, très critiquable : c'est une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste, — le pire dans le genre ennuyeux, monument d'orgueil et d'inutilité certaine. Au lieu de *règles ayant une valeur et une force sociale*, on y trouve des préceptes, qui n'ont d'autre appui que les préférences personnelles de celui qui les formule, d'autre fonde-

ne sont point des juristes de profession; mais leurs théories du Droit ont inspiré directement tous les juristes de l'Allemagne contemporaine. Dans le livre de M. Gény nous indiquerons, au point de vue des doctrines françaises, l'examen critique des théories de MM. Duguit et Hauriou; encore une fois, il est impossible de donner ici même une idée du contenu de cet ouvrage capital pour la science juridique. — Parmi les études appartenant à la seconde catégorie d'œuvres que nous avons signalées, celles nées de la guerre, nous indiquerons : G. Ripert, *L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle. Rev. intern. de l'enseignement*, 1915 ; *Droit naturel et positivisme juridique, Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918. — Joseph-Barthélemy, *Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, 1915. *La responsabilité des professeurs allemands de droit public, Bull. de la Soc. de législation comparée*, 1916. — Josserand, *La Force et le Droit, Conférence, Lyon*, 1917. — Hauriou, *Le Droit naturel et l'Allemagne, Le Correspondant*, septembre 1918. — Polier, *Pour la défense de notre idéalisme juridique, Revue des nations latines*, 1918. — Henri Berthélemy, *Le fondement de l'autorité politique, Revue de droit public*, 1915. — Il faut joindre à ces deux catégories d'ouvrages la *Préface* de la 2^e édition de l'ouvrage de M. Jèze : *Les Principes généraux du droit administratif*, 1914, et le *Cours de droit civil français* de MM. A Colin et Capitant, 1914-16.

ment que son sentiment subjectif de la justice. Il n'y a pas de justice absolue ; il faut donc éviter d'en parler comme d'une chose connaissable et connue. Le *droit naturel absolu* est une chimère. La justice est ce que les hommes *d'une époque donnée, dans un pays donné*, croient juste. Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà. Dans un pays donné, à une époque donnée, le *Droit* est donc l'ensemble des règles de conduite sociale que la majorité des hommes de ce pays et de cette époque estiment justes et socialement utiles » (1).

Il est inutile d'insister une fois de plus sur le danger présenté par la théorie de M. Jèze. A cette affirmation tranchante et absolue au delà de toute expression, on le voit, nous opposerons la conviction contraire de M. Duguit renouvelée une fois de plus dans son livre *Le Droit et l'Etat*. Etant donné que ces deux auteurs se réclament par ailleurs de *l'Ecole positive* ou *réaliste*, l'opinion du second est particulièrement propre à neutraliser celle du premier. « Existe-t-il, écrit M. Duguit, une règle de Droit supérieure à l'Etat, qui lui interdise de faire certaines choses et l'oblige à en faire certaines autres? Tel est le problème fondamental du Droit public. Si on le résout négativement, il n'y a pas de Droit public, puisqu'aucun acte, ni aucune abstention de l'Etat ne sera contraire au Droit » (2). Nous n'insisterons pas de nouveau à cette place sur la doctrine de M. Duguit quant à la notion de Droit. Nous savons combien elle est ferme. Nous consacrerons des développements légèrement plus étendus à celle de M.

1. Jèze, *op. cit.*, p. III-IV.
2. Duguit, *op. cit.*, *Introduction.*

Gény, quoique nous l'ayons déjà également exposée, puisque les œuvres de MM. Duguit et Gény sont dans des directions différentes essentiellement représentatives de la philosophie du Droit française du moment. Mais M. Gény n'avait pas encore donné d'une façon complète sa conception de la notion de Droit; celle-ci se trouve désormais connue depuis l'apparition du second volume de son œuvre précitée : *Science et technique en droit privé positif.*

52. — Conformément à ce qui a été dit et à ce que son œuvre laissait pressentir, M. Gény se rallie nettement à la notion métaphysique du Droit. Il commence par situer le problème du Droit dans la philosophie première. « Ce problème, écrit-il, fait partie d'un *complexus* philosophique plus considérable, dont il ne saurait être arbitrairement détaché sans risquer de l'amoindrir, voire même de le dénaturer tout à fait. Pour obtenir, de façon décisive, avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante, le principe des normes de l'activité morale ou juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'Univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce Monde, sur l'énigme de sa destinée. Qu'importe que pareilles recherches menacent de nous entraîner à l'abîme ? Le risque vaut d'être couru, si nous ne pouvons autrement acquérir la confiance indispensable à l'action ! » (1). M. Gény s'empresse d'ajouter qu'il ne songe « ni à examiner, ni à discuter toutes ces profondes et

1. Gény, *op. cit.*, p. 354-355.

angoissantes questions, qui nous transportent d'un coup aux plus vertigineux sommets de la métaphysique ». Il considère qu'à ses yeux « elles demeurent résolues suivant les directions de la philosophie traditionnelle, issue des plus hauts esprits de l'antiquité, notamment des grands philosophes grecs, Socrate, Platon, Aristote, complétée et affinée par leurs successeurs, restée enfin, malgré toutes les attaques qu'elle a subies, à la base de la conscience générale de l'humanité. Si cette philosophie a servi d'assiette ferme aux constructions théologiques et dogmatiques du christianisme, plus spécialement du catholicisme romain, elle y conserve sa consistance propre, en dehors de l'appoint d'une révélation surnaturelle, qui postule le soutien de la foi et dont les résultats dépassent singulièrement la portée des seules facultés humaines. C'est donc sur le simple fondement de l'expérience, interprétée à l'aide de toutes les puissances de la raison, continue M. Gény, que je veux affirmer ici le dualisme, voire le pluralisme éclatant dans la constitution même de l'Univers, le théisme avec ses conséquences nécessaires, la distinction fondamentale entre l'homme et les autres êtres créés, l'immortalité de l'âme humaine, sa liberté essentielle, sa sublime destinée vers Dieu » (1).

Après avoir de la sorte « situé » le Problème du Droit et écarté de sa route toute sorte d'objections, M. Gény en vient à conclure que seule la Métaphysique permet d'arriver à une solution. « Que nous le voulions ou non, dit-il, en dépit de nos difficultés et de

1. Gény, *op. cit.*, p. 354-356.

nos répugnances, notre vie morale et sociale postule des directions, qu'elle ne rencontre pas toutes tracées dans la nature environnante, et dont un effort métaphysique peut seul découvrir les jalons indicateurs. Pour obtenir le sens de sa destinée et se conduire en conséquence, l'homme éprouve le besoin de se « transcender » lui-même et de porter ses aspirations vers l'infini, dût-il n'y entrevoir que de vagues lueurs, qui, du moins, illumineront quelque peu sa nuit » (1). Cette conclusion sur les directives générales en matière de science du Droit conduit M. Gény à distinguer dans celle-ci le *donné rationnel* à côté du *donné naturel*, du *donné historique*, du *donné idéal*. Ce *donné rationnel* constituerait « la direction capitale, pour assurer autant qu'elle est possible, l'élaboration scientifique du droit objectif » ; il représenterait « le fond essentiel du droit naturel classique nettement dégagé de tout alliage » ; il comprendrait « les préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme » ; ces préceptes présenteraient « un caractère de nécessité en même temps que d'universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques » (2). Si nous comprenons bien la pensée de M. Gény, le *donné rationnel* tient dans sa théorie la place de ce que nous avons appelé la notion de droit dans la doctrine métaphysique.

Précisant ses vues, l'auteur finit par s'arrêter à ce terme pour désigner la notion de droit : l'irréductible

1. Gény, *op. cit.*, p. 358-359.
2. Gény, *op. cit.*, p. 380-381.

« droit naturel ». « Seul, le droit naturel, réduit à son minimum nécessaire, mais d'autant mieux assuré dans son principe que le contenu en resterait plus modeste et plus malléable, écrit-il, fournit la base indispensable à une élaboration vraiment scientifique du droit positif » (1). Mais quel sera donc ce contenu? Nous avons longuement montré que la notion de Droit à elle seule, en tant que concept ne pouvait pas aboutir à constituer un pouvoir de direction utile, que sans un contenu précis la notion de Droit faillissait à sa tâche. Or nous nous demandons si la doctrine de M. Gény n'encourt pas ce reproche du fait du contenu qu'il assigne au « droit naturel ». D'après lui, en effet, le droit naturel ne peut « fournir que des directions générales et vagues à l'ordre juridique positif. Les formules qu'on en pourra tirer, écrit-il, n'arriveront pas à saisir pleinement les faits, parfois même n'offriront guère plus que des cadres vides. Il faudra donc pour compléter et vivifier ces maigres résultats de la connaissance recourir à l'action, à la pratique, impliquant une intervention plus décisive de la volonté » (2).

Le droit naturel se traduisant parfois par des cadres vides! Ne sommes-nous pas en présence d'une nouvelle poussée de la théorie de la notion de Droit à contenu variable? De fait, à la question ainsi posée : « Que doit nous fournir ce donné rationnel exactement compris? que peut-on légitimement lui demander? » M. Gény répond : « Essentiellement, une seule chose, la notion de justice, qui permet seule d'établir l'ordre et

1. Gény, *op. cit.*, préface p. IV.
2. Gény, *op. cit.*, p. 421.

la paix dans la vie sociale » (1). La notion de justice sera donc le contenu de la notion de droit ou droit naturel. Mais qu'entendre par notion de justice? L'auteur en revient au sens traditionnel. « Il reste, déclare-t-il, que l'essence du juste objectif se ramène purement aux principes : « attribue à chacun ce qui lui revient », et : « ne fais tort à personne » (2). Nous voilà bien en face des « cadres vides » dont il était question tout à l'heure. M. Gény le sent lui-même car il ajoute : « Principes précieux assurément, mais qui n'offrent qu'une prise bien insuffisante à la pratique, puisqu'il s'agira toujours de savoir à quoi chacun peut légitimement prétendre, ou en quoi consiste le tort dont on doit s'abstenir envers autrui » (3).

Il est vrai que l'auteur place au « second plan » du contenu du droit naturel des principes moins abstraits et qu'il corrige de la sorte les inconvénients de son système. C'est ainsi qu'il aperçoit « la valeur éminente de la personne humaine commandant son inviolabilité et suggérant les règles, destinées à lui permettre de s'épanouir et de se développer librement, soit dans ses rapports avec les autres personnes, soit par l'appropriation des biens extérieurs à l'homme » (4). Mais pourquoi énumérer cette substance de la notion de droit au second plan et ne pas la considérer comme le véritable contenu de la notion de droit? Est-il bien sûr qu'on puisse la considérer comme la conséquence forcée de la notion de justice telle que l'a définie l'au-

1. Gény, *op. cit.*, p. 390.
2. Gény, *op. cit.*, p. 392.
3. Gény, *op. cit.*, p. 392.
4. Gény, *op. cit.*, p. 394.

teur? N'est-elle pas un principe par elle-même? Si on la place au second plan, c'est qu'elle n'est plus qu'un résultat de la mise en œuvre, de la fonction de la notion de Droit; or le contenu précité est trop abstrait pour avoir une influence sur le développement du Droit. Chacun peut entendre à sa façon les deux règles : rendre à chacun ce qui lui est dû; ne faire de tort à personne.

Le système de M. Gény sur le contenu de la notion de droit nous inquiète d'autant plus qu'il conduit l'auteur à douter de sa propre valeur au point de lui faire terminer son livre par cette déclaration en faveur de la technique juridique dans ses rapports avec le droit naturel. « Il faudra, écrit-il, pour compléter et vivifier ces maigres résultats de la connaissance recourir à l'action, à la pratique impliquant une intervention plus décisive de la volonté. Telle sera l'œuvre propre de la technique juridique, se superposant à la science et à la croyance, parfois même entrant en lutte avec elles, donnant lieu dès lors à une élaboration nettement distincte qui demande à être envisagée à part tant pour elle-même qu'à raison des conflits qu'elle suscite » (1). Que signifie cette formule? que la technique juridique peut légitimement lutter contre la notion de Droit? Nous ne le pensons pas: pour nous, en tout cas, nous estimons qu'une fois la position prise sur la notion de Droit, on ne peut pas admettre que ses directions soient méconnues sous aucun prétexte, pas plus sous celui de l'œuvre propre de la technique juridique que sous tout autre. Dé-

1. Gény, *op. cit.*, p. 421-422.

cider autrement aboutirait après coup à nier la notion de droit. M. Henri Berthélemy reprochait naguère à M. Duguit la rigueur avec laquelle il exige de tout et de tous « la conformité à la règle de droit » (1). Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen des controverses soulevées par cet aspect particulier de l'œuvre de M. Duguit ; il n'en reste pas moins qu'une doctrine qui place à sa base une notion de droit déterminée viole la logique la plus élémentaire si elle considère ensuite qu'elle peut légitimement se soustraire aux directives découlant de ce point de départ.

53. — Quoi qu'il en soit et sous réserve des observations que nous venons de présenter, il n'en reste pas moins que l'œuvre de M. Gény s'oppose à celle de M. Duguit, quant à la forme et au contenu de la notion de Droit, pour se fondre avec elle sur le terrain de la nécessité d'un principe supérieur de Droit, d'une notion de Droit; elles paraissent avoir de la sorte admirablement préparé l'essor de l'idéalisme juridique qui de toutes parts se manifeste dans les écrits actuels des juristes. « Si l'on ne croit plus que le Droit a, en soi, une valeur morale, déclare M. Polier, si l'on ne pense plus qu'il y a une justice idéale, dont nous portons en nous l'image incertaine et qu'il faut s'efforcer d'atteindre, c'est bien alors notre dernière étoile qu'on éteint et c'est sous un ciel noir et bas que l'Humanité sombrera dans l'âpre conflit des intérêts » (2). L'au-

1. Berthélemy, *Le Fondement de l'autorité politique, Revue de droit public*, 1915, n° 663 et s.

2. *Loc. cit.*, p. 59, M. Polier voit dans la notion de Droit, non une notion métaphysique, mais une notion psychologique, une notion

teur voit le contenu de la justice idéale dans le respect de la personnalité. « Loin de se confondre avec le fait social brutal, dit-il, l'idée de droit prend son point d'appui en dehors de lui, dans le sentiment de la valeur propre de l'individu, dans la volonté humaine et dans la résistance qu'elle oppose aux forces qui veulent entraver le développement de la personnalité » (1). Ainsi comprise la notion de Droit sera pour M. Polier « la norme directrice à l'aide de laquelle on apprécie s'il est possible d'admettre les assemblages nouveaux que les faits ont poussé à proposer d'ériger en rapports de droit » (2). Telle est également sous une autre forme la conception d'ensemble du doyen Josserand. « Sans doute, dit-il, l'Etat confectionne les lois, mais non pas à sa guise ; même quand il légifère, il est soumis à des lois qui lui sont antérieures, qui s'imposent à lui sous toutes les latitudes, qui existent en dehors de toute contrainte physique et par la seule force du bon sens; avant la raison d'Etat il y a la raison tout court; avant que n'existât la loi positive, il y avait et il y a toujours un ensemble de principes nécessaires auquel on donne habituellement le nom de « droit naturel » et qui est reconnu à peu près unanimement par les juristes français, même par ceux qui disent le répudier sous le prétexte qu'il est « vieux jeu », comme si l'antiquité d'une idée était une objection à sa réalité, et qui, d'ailleurs, après un détour plus ou moins long

sentimentale. « L'Idée de Justice, dit-il, se manifeste dans le monde comme une incontestable réalité. Elle est une force; une force très puissante quoique très indéterminée, comme toutes celles de l'ordre du sentiment, comme l'honneur ou la poésie ». *Loc. cit.*, p. 56.

1. *Loc. cit.*, p. 49.

2. *Loc. cit.*, p. 52.

se rejoignent avec lui ; le droit naturel qui fut parfois si décrié et auquel nous ramènent par un incoercible dégoût les abominations du réalisme allemand ; le droit naturel en dehors duquel le Droit n'est plus qu'un règlement intérieur, un règlement d'usine, j'allais dire le règlement d'une bande » (1).

Pourtant, il faut bien le dire, il est des juristes contemporains, qui sans aller peut-être aussi loin que M. Jèze précédemment cité, manifestent un scepticisme évident au regard de l'existence de la notion de Droit et de la réalité du Droit qu'elle traduit. Tel est le cas de MM. Henri Berthélemy et Ripert (2).

1. *Op. cit.* p. 27-28.

2. M. Henry Berthélemy écrit : « Y a-t-il même un nombre infime de préceptes dont on peut croire qu'ils se sont imposés et s'imposeront, en tout temps, en tout lieu, à toutes les races humaines comme expression du Juste? Si de tels préceptes universels existent, il paraît en tout cas insignifiant d'y chercher le fondement nécessaire du Droit. Nous constatons, au contraire, que chaque peuple, en chaque temps, a ses coutumes propres qu'il croit plus conformes à l'idée qu'il se fait de la justice ; et il nous est impossible d'affirmer sans forfanterie que nos coutumes à nous sont plus proches que celles de nos voisins de ce que peut être la justice idéale », *loc. cit.*, p. 665. A son tour, M. Ripert résume dans cette formule son opinion sur la réalité du Droit : « Il ne s'agit pas de réaliser le Droit, parce que le Droit n'a pas d'existence réelle en dehors des formes changeantes sous lesquelles il apparaît ; il s'agit simplement de réaliser une certaine conception du Droit ». G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918, p. 47. A cela nous répondons avec M. Planiol : « Le droit naturel existe heureusement pour l'humanité ;... il est la règle suprême de la législation ». *Traité*, 6e éd., t. I, p. 2-3. M. Ripert écrit encore : « Il faut lutter non pour l'idée abstraite de justice, car al lutte serait vaine, mais pour faire triompher notre idée personnelle de la Justice ». Non, répondons-nous encore, la lutte pour l'idée abstraite de justice n'est pas vaine, car cette idée recouvre un contenu dont l'observation est le salut du monde. Avec M. Lévy-Ullmann nous disons : « La terre est le témoin d'un duel dont son globe entier est l'enjeu. Deux groupements d'hommes

Mais, de plus en plus, les tendances traduites par eux sont abandonnées. Le retour à la saine tradition française devient de plus en plus évident. « Nous sommes loin, écrivent MM. A. Colin et Capitant, de ressentir à l'égard du Droit naturel le dédain excessif avec lequel on l'a traité trop souvent. Le tout est de bien s'entendre sur sa définition et son fondement » (1). M. Planiol, de son côté, déclare ainsi que nous l'avons dit: « Le Droit naturel existe heureusement pour l'Humanité ;... il est la règle suprême de la législation » (2). M. Lévy-Ullmann ne pense pas autrement ; il voit dans le droit rationnel, idéal, la délimitation de ce qu'il est permis de faire « s'effectuant dans la raison ou la conscience sous l'empire des principes supérieurs dont s'inspire le Droit » (3). M. Joseph Barthélemy rappelle enfin que « pendant quelques années, la croyance au

s'entrechoquent, jusqu'à ce qu'entr'eux la victoire décide. Jamais heure plus solennelle n'aura dans les annales de l'histoire sonné au cadran de l'humanité : car cette heure ce sera celle de la liberté par le Droit ». Lévy-Ullmann, *Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques, La définition du Droit*, Paris, 1917. Nous ne pouvons, en effet, partager le sentiment de déses érance dont l'expression termine le travail si remarquable à d'autres titres de M. Ripert. « Il ne sert de rien, dit-il, de s'endormir dans la douce croyance d'un Droit naturel. Cette croyance ne nous donnera ni la sécurité dans le jugement, ni la force dans l'action, ni la tolérance dans la victoire », *op. cit.*, p. 47. Notre ami nous excusera si nous pensons exactement le contraire; le positivisme a, d'après nous, fait son temps. Nous appuyons notre conviction, non seulement sur notre réflexion personnelle, les événements passés et actuels, la tradition française, mais aussi, ce qui nous dispense d'insister, sur l'œuvre scientifique, à nos yeux décisive sous réserve de la légère remarque précédemment faite, élevée par M. Gény à « l'irréductible droit naturel », *Science et technique en droit privé positif*, t. II, 1915.

1. A. Colin et Capitant, *Traité*, t. I, p. 4.
2. Planiol, *Traité*, 7e éd., t. I, p. 2-3.
3. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 153.

droit naturel fut, sous l'influence de la doctrine allemande, considérée comme une sorte d'infirmité d'esprit » ; il note avec raison qu'il « fallait un certain courage pour répondre affirmativement » à la question de l'existence du Droit naturel. Cette existence n'en est pas moins certaine. « Ce fut, dit l'auteur, la grande mission de la Révolution dans le Monde de proclamer l'existence du Droit. Il y a un ensemble de règles supérieures qui nous sont révélées par notre sentiment et notre raison, au fur et à mesure des progrès de l'Humanité. Cet ensemble de règles supérieures, c'est le Droit. Il est obligatoire pour l'Etat... il s'impose aux peuples comme aux individus. Il lie l'Etat dans ses rapports avec les citoyens et avec les autres Etats. C'est cette conception que l'on a souvent qualifiée de conception du *Droit naturel* par opposition au droit positif formulé par l'Etat » (1).

Nous pourrions allonger la liste des témoignages en faveur de l'existence de la notion de Droit. Nous nous contenterons de rappeler les noms des auteurs de deux livres antérieurs à la guerre MM. Charmont et Demogue, de faire état ensuite d'une étude que vient de publier M. Hauriou et qui mérite tout particulièrement l'attention. Nous aurons ainsi groupé dans un même chapitre les noms et les œuvres repré-

1. *La responsabilité des professeurs allemands de droit public, loc. cit.*, p. 126-127. Nous insistons tout particulièrement sur l'importance du réquisitoire dressé sous ce titre par M. Barthélemy contre les juristes allemands sur la base de la notion de Droit. Comme il s'adresse aux juristes contemporains, il complète admirablement celui rédigé par M. Duguit dans son livre le *Droit et l'Etat*, et qui vise plus spécialement les juristes et philosophes allemands du XVIII^e et du XIX^e siècles dans leur ensemble en tant que théoriciens de l'Etat, depuis Kant jusqu'aux auteurs contemporains.

sentatifs des courants divers de la philosophie du Droit française du moment (1).

Nous avons déjà mentionné, quoique parues de nos jours, à l'occasion de l'exposé des doctrines du XIX^e siècle, les ouvrages de philosophie du Droit de MM. Charmont et Demogue. Ainsi que nous venons de le dire, leur place est également ici. M. Charmont a proclamé la *Renaissance du Droit naturel* et M. Demogue a, lui aussi, donné son adhésion à l'idéalisme juridique, sous une forme un peu vague, il est vrai, que nous nous sommes permis de lui reprocher, à propos de notre critique générale de l'œuvre philosophique de Saleilles, mais qui n'en est pas moins à retenir (2). Seulement l'idéalisme mystique ou sentimental, pas plus que le positivisme pur, ne sont de nature à satisfaire à cette heure. C'est ce que vient de dire avec éclat le doyen Hauriou (3).

En 1915, dans son ouvrage précité, M. Gény terminait son examen critique de l'œuvre de M. Hauriou en ces termes : « Le vice le plus saillant de l'œuvre scientifique de M. Hauriou tient à ce que sa confiance dans les observations sociologiques lui a dérobé l'importance et la nécessité même d'une discipline plus haute, dût-elle se souder à la métaphysique, qui révélât ces principes de justice que les faits demeurent impuis-

1. Nous nous en tenons aux écrits portant exclusivement sur le Droit. Nous pourrions, si nous le voulions, retrouver les mêmes tendances dans des ouvrages à objet plus général. Nous signalerons notamment l'ouvrage de M. Lefort, *La science et les savants allemands*, 1917, et aussi *Revue générale du Droit*, 1917, p. 30 et s.

2. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910. — Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911.

3. Hauriou, *Le Droit naturel et l'Allemagne*, *Le Correspondant*, septembre, 1918.

sants à fournir... Si poussées qu'aient pu être ses recherches si fécondes, ses vues pénétrantes des choses sociales, elles ne peuvent que montrer une fois de plus, l'impuissance d'une science strictement et exclusivement positive à tracer aux hommes les règles de conduite, qui leur sont indispensables dans le domaine moral ou social » (1). Ce jugement est à nos yeux rigoureusement exact pour l'époque où il était formulé. Or voilà que trois ans après, en 1918, tout en persistant à se déclarer « sociologue habitué aux exigences de la méthode positive », M. Hauriou proclame à la face des doctrines juridiques allemandes : « Nous nous élevons contre elles de toute la force de notre instinct ; contre le nationalisme juridique, nous affirmons notre croyance en un droit humain universel ; contre le brigandage juridique, nous affirmons que l'idéal de la justice est distinct des réalisations de la force ; contre le collectivisme juridique nous affirmons la liberté individuelle ».

Cette manifestation déjà intéressante par elle-même l'est encore davantage par le fondement qui lui sert de soutien. M. Hauriou voit, en effet, la source du Droit naturel, qu'il veut ainsi ressusciter avec toutes ses prérogatives, dans la notion de l'espèce humaine. Nous ne pouvons entrer ici dans la démonstration que fait l'auteur à cet égard. Disons simplement qu'étant donné d'après lui, que la loi naturelle dérive de la loi morale, cette loi naturelle trouve sa base dans l'espèce pour la raison suivante : « Il y a une espèce humaine qui est fixée. Elle est caractérisée par l'anthropologie

1. Gény, *loc. cit.*, p. 110.

comme étant l'espèce *homo sapiens*, c'est-à-dire l'espèce de l'homme moral. Si l'homme est moral, c'est par adaptation à une loi morale fournie par le milieu, à laquelle l'homme est forcé de s'adapter parce que le défaut d'équilibre interne entre son intelligence et son instinct le contraint de chercher une règle de conduite intérieure ». Au surplus pour le doyen Hauriou « rien n'impose que le milieu avec lequel l'homme est en relation soit exclusivement matériel » ; « un Dieu même transcendant et, d'ailleurs, pur esprit » paraît « par son universelle présence » faire partie du milieu : c'est pourquoi la loi morale fournie par le milieu est une « adaptation de l'espèce humaine à une force spirituelle faisant partie de l'ensemble des choses » c'est-à-dire à Dieu ; « le bien moral objectif est un des aspects de Dieu ». Nous ne pouvons porter un jugement sur cette doctrine dont nous ne donnons qu'une idée fort imparfaite.

Nous en retiendrons en premier lieu, que le Droit naturel est une « réalité extérieure » à laquelle l'espèce humaine s'adapte plus ou moins complètement ; en second lieu, qu'il est « à base d'individualisme » ; enfin qu'il est éternel, universel et immuable. Citons à cet égard quelques formules de M. Hauriou. « Quelle dérision et quel aveu d'impuissance ! s'écrie-t-il, faisant allusion à la doctrine d'origine universitaire du Droit naturel évolutif à contenu variable. Un idéal variable et par conséquent relatif alors que par définition un idéal doit être absolu ! » « Il n'y a pas plus de doctrine socialiste que de doctrine universitaire, poursuit-il, en visant la doctrine marxiste du matérialisme de l'histoire si en faveur aujourd'hui parmi les collec-

tivistes. La tradition de notre grand socialiste Proudhon a été abandonnée; il croyait en un idéal de justice universel et absolu, qui se révélait au cours d'une certaine évolution de l'Humanité, mais qui préexistait à celle-ci et n'était pas déterminé par elle » (1). Comme cet idéal s'impose de toute nécessité, qui nous le donnera? Ce sera la notion d'espèce. « Tout ce qui sera relatif à l'espèce, conclut, en effet, l'auteur, aura la même universalité et la même fixité que celle-ci et sera pratiquement immuable;... Ce n'est pas tout, ajoute-t-il; la donnée de l'espèce en même temps qu'elle garantit l'universalité et la fixité des principes du Droit, détermine l'orientation vers ce que nous avons appelé l'individualisme pessimiste;... L'organisation sociale n'a de valeur que par rapport à l'individu pour lequel elle est un milieu de vie, un moyen, un instrument » (1).

54. — **L'avenir de la notion de Droit.** — Et maintenant il faut conclure par une réponse nette à cette question qui d'elle-même se pose à la fin de notre exposé de doctrines: Quelle est parmi ces doctrines celle qui paraît avoir pour elle l'avenir? Nous n'hésitons pas à déclarer qu'à nos yeux c'est la doctrine métaphysique. Seule, en effet, la notion de Droit métaphysique rend compte de la nature spécifique du Droit et de sa fonction dans toute leur plénitude; aussi bien par son origine et par sa forme que par sa substance, elle répond seule aux plus profondes aspirations de la nature humaine, au besoin d'équilibre qu'éprouve

1. *Le Droit naturel et l'Allemagne, loc. cit.*, passim.

la vie du Monde et que le Droit a pour mission de réaliser, au désir de comprendre et d'expliquer que ressent le juriste-philosophe en présence de l'énigme de l'évolution sociale considérée dans son essence et de la nécessité d'empêcher que cette évolution ne se transforme en une tourmente, où sombreraient les individus et les groupes. *Ou le Droit ne sera pas, ou il se présentera à notre raison comme un élément organique du Monde social participant de la notion d'absolu, revêtant comme elle un caractère universel, éternel et immuable, commandant directement et impérieusement le respect et la protection de la personnalité tant individuelle que collective.* Telle est l'alternative devant laquelle nous place, à notre avis, l'examen rationnel du problème du Droit : le Droit notion première, manifestation de l'Absolu, ou : le Droit inexistant.

55. — La solution métaphysique du Droit correspond seule, disions-nous, aux tendances profondes de la nature humaine. Celles-ci se révèlent vraiment aux périodes de crise. Or qu'est-il arrivé quand le cataclysme qui vient de finir a été déchaîné sur le Monde? L'Humanité s'est retournée vers l'Absolu. Publicistes, hommes d'Etat, juristes, ont invoqué religieusement le « Droit éternel », la « Justice éternelle », ont proclamé solennellement la « sainteté » du Droit; tous les caractères prêtés au Droit naturel par les philosophes du Droit du XIXe siècle ont réapparu. C'est la notion de Droit manifestation de l'Absolu qui a animé les gouvernements alliés, soutenu dans l'épreuve les populations des régions envahies, guidé les combattants.

Alors que le scepticisme semblait sur le point d'entraîner l'abandon de cette conception traditionnelle, sous le coup du péril germanique, la foi se réveille ; que dis-je, la foi appuyée sur le raisonnement. Le Monde entier paraît menacé, parce que l'ennemi s'attaque à cet élément organique que l'on méprisait un instant auparavant sous prétexte qu'il ne tombait pas sous les sens ; à l'envi, tout comme les Constituants de 1789, chacun redit donc le Droit : éternel, universel et immuable ; chacun ressuscite à son sujet les antiques notions premières d'absolu, d'infini et de parfait. Face aux soldats de von Bissing, le 21 juillet 1916, à l'occasion du 85^e anniversaire de l'indépendance nationale belge, le Cardinal Mercier laisse de côté son titre de docteur de l'Eglise pour celui de citoyen belge ; tout comme s'il était à la tribune de la Chambre des Représentants, il en appelle au Droit en soi, au Droit absolu, au Droit pour lequel la Belgique sa patrie souffre, se sacrifie et meurt : « La concorde nationale, s'écrie-t-il, s'allie, chez nous à la Fraternité universelle. Mais au-dessus du sentiment de l'universelle Fraternité, nous plaçons le respect du Droit absolu, sans lequel il n'y a pas de commerce possible ni entre les individus, ni entre les nations » (1). Théologien catholique, le prélat belge n'en place pas moins en quelque sorte la notion de droit en dehors et au dessus du dogme proprement dit, comme préexistante en Dieu lui-même qui est éternel ; en conformité de la philosophie thomiste, il absorbe la notion de droit dans la loi éter-

1. Comp. *Le Cardinal Mercier contre les barbares*, Lettres, Mandements, Protestations du Primat de Belgique pendant l'occupation allemande, Paris, 1917.

nelle, sans laquelle ni Dieu ni le Monde ne peuvent se concevoir et de laquelle participent la loi naturelle, la loi humaine et la loi divine (1).

Le Président Wilson ne parle pas en termes moins élevés de la notion de Droit et de son rôle dans le gouvernement du Monde. De même que de sa retraite de l'Université de Princeton, il contempla longtemps le développement prestigieux de son pays en songeant qu'un jour viendrait où délaissant les préoccupations matérielles le peuple américain se lèverait tout entier au nom des aspirations idéales, de même, depuis la guerre déclarée, il ne manque pas une occasion de proclamer et de définir aussi bien la nature immortelle que le règne universel du Droit. Le 4 juillet 1918, sur la tombe de Washington, au manoir du Mount Vernon il se recueille et rappelle que de la modeste colline où il repose, Washington et ses conseillers « découvraient le monde et l'embrassaient dans son entier; ils le voyaient dans la lumière de l'avenir ». « C'est ici, continue-t-il, le lieu où s'élabora une grande promesse qui s'adressait à toute l'humanité; c'est là que le plan en fut donné, là qu'il fut réalisé. Du haut de cette verte colline nous devrions, nous aussi, pouvoir contempler et comprendre le Monde qui s'étend autour de nous et nous devrions concevoir les buts qui donneront la liberté aux hommes ». Ces buts il ne manque pas de les définir; « ce que nous poursuivons, dit-il, c'est le règne de la loi basé sur le consentement des gouvernés et soutenu par l'opinion organisée de l'humanité ». « Le règne de la loi », tel est bien le but

1. Comp. *Somme théologique de S. Thomas d'Aquin*, traduction Lachat, 2^e éd., Paris, 1863, t. VI, p. 296 et s.

suprême auquel le monde aspire ; mais la loi doit s'entendre ici dans le sens de la notion de droit ; après avoir, en effet, parlé des forces idéales qui avaient conduit l'Amérique à sa libération, le président Wilson conclut : « Les maîtres aveugles de la Prusse ont fait surgir ces forces à leur tour. Ces forces ils les connaissaient mal, ignorant qu'une fois qu'elles ont pris leur essor elles ne peuvent jamais être écrasées de nouveau sur la terre, car elles récèlent en elles une inspiration et un but qui sont immortels et participent de la nature même du triomphe » (1).

Il serait sans utilité d'insister sur la forme et les caractères que conformément à la doctrine du XIX^e siècle l'époque actuelle prête à la notion de Droit. Encore moins y a-t-il lieu d'insister sur son contenu. Un même cri est sur toutes les bouches, une même aspiration dans tous les cœurs : l'indépendance des individus et des nations. Les adversaires de la doctrine métaphysique trouvaient précisément son contenu trop immuable et trop simple, au regard de la complexité et de la mouvance de la vie sociale. Mais que demandent donc à cette heure la Serbie, la Pologne, les Tchéco-Slovaques, tous les peuples et tous les individus, opprimés sinon l'indépendance? Là est leur suprême aspiration. La sauvegarde du droit à la vie, telle est l'essence du contenu du Droit, d'après la conscience universelle. Le Droit peut sur cette base se répandre en floraisons bienfaisantes pour l'Humanité;

1. *Journal des Débats* du 6 juillet 1918. Comp. Président Wilson, *Pourquoi nous sommes en guerre, Messages au Congrès et au peuple américain*, Paris, Bossard, 1917.

mais supprimez l'indépendance des nations et des individus même en vue de faire leur bonheur, et la floraison des règles juridiques dont nous venons de parler se flétrira ; le Droit sera coupé dans sa racine.

56. — Malheureusement, diront nos adversaires comme jadis les sociologues, raisonner ainsi c'est mettre la métaphysique à la base de la science, ce n'est donc plus faire de la science. A cela nous répondrons que la science sainement entendue exige que dans l'examen d'une situation donnée on tienne compte de tous les éléments, tangibles ou non, qui se présentent devant l'observateur. Or, contrairement aux illusions de Comte proclamant l'avènement définitif du positivisme, la métaphysique a si peu disparu de la surface de la terre que la lutte à laquelle nous assistons est la résultante du choc de deux métaphysiques : la métaphysique de la Force et la métaphysique du Droit.

Tandis, en effet, que la France du XIXe siècle a vécu sous l'influence de la métaphysique du Droit, c'est-à-dire dans la croyance en un principe d'ordre transcendant, élément organique du Monde social, qui lui a fait respecter le libre développement aussi bien des individus que des nations, l'Allemagne du XIXe siècle, au contraire, a de son côté adoré la Force, dont elle a fait un élément de domination transcendant, grâce à la déification de l'Etat, à l'exaltation de la race germanique, à la découverte pour celle-ci d'une mission providentielle. Venus des quatre points de l'horizon, philosophes, historiens sociologues et juristes allemands ont finalement tous abouti aux mêmes conclu-

sions. Ce fait est si bien acquis à cette heure qu'il n'y a pas à y insister. Ce qui est sûr, c'est qu'un jour ou l'autre, ces deux conceptions du monde, ces deux métaphysiques devaient se heurter non plus sur le seul terrain des discussions académiques, mais encore sur le terrain des réalités. C'est la pensée exprimée par l'Empereur Guillaume dans le discours dont nous avons plus haut reproduit un passage.

Il est vrai, nous dira-t-on, que c'est là une raison décisive de lutter contre toute doctrine juridique aux allures tant soit peu métaphysiques. Toute la question est de savoir, répondrons-nous, si toute science ne converge pas finalement vers la métaphysique et si par conséquent il ne convient pas de faire rentrer la métaphysique dans la notion élargie de la science et en faire l'objet d'une connaissance qui partant d'une observation rigoureuse des faits s'éléverait progressivement, sur le fondement de l'expérience et de la raison, jusqu'à ce domaine de l'inconnaissable, qui effrayait tant Auguste Comte. C'est ce qu'a soutenu, à l'époque moderne un savant de la plus haute envergure, M. Duhem (1).

1. « L'ampleur des conceptions physiques, écrit M. de Launay, n'est pas la seule particularité de Duhem; il est un autre point qui le distingue plus encore et que nous tenons à mettre aussitôt en lumière, parce que lui-même y attachait une importance prépondérante : Duhem était un physicien, qui croyait à la métaphysique, qui lui attribuait une place prépondérante à côté de la physique et qui prétendait aboutir à des solutions métaphysiques définitives sans prendre un point d'appui sur une religion, mais en apportant, au contraire, par le raisonnement et l'expérience, une confirmation à sa croyance religieuse... Lui-même l'a écrit formellement : « il serait déraisonnable de travailler au progrès de la théorie physique, si cette théorie n'était pas le reflet de plus en plus net et de plus en plus précis d'une Métaphysique; la croyance en un

Nous ne nous permettrons pas d'aborder un terrain aussi difficile ; mais l'autorité de M. Duhem vaut qu'on évoque son témoignage surtout à une époque où après avoir élevé la valeur de la science à la dignité d'un véritable dogme, les philosophes et les savants discutent le point de savoir si, même réduite à l'étude des phénomènes et à la découverte de leurs lois, la science donne des résultats absolument certains. Encore une fois nous nous abstiendrons d'entrer dans une pareille discussion. On nous permettra simplement de rappeler que le célèbre mathématicien-philosophe Henri Poincaré a cru devoir consacrer un livre, *La valeur de la science* (1), à la discussion des thèses en cours sur ce sujet, qu'il n'a pas craint de déclarer à propos de la théorie de la contingence des lois de la nature due à M. Boutroux : « Une pareille conception n'a aucune chance d'être jamais adoptée par les savants ; au sens où ils l'entendraient, ils ne sauraient y adhérer sans nier la légitimité et la possibilité même de la science. Mais le philosophe conserve le droit de se poser la question, d'envisager les diverses solutions quelle comporte, d'en examiner les conséquences et de chercher à les concilier avec les légitimes exigences des savants » (2).

Dans ces conditions, si la science doit entrer en quelque sorte en composition avec la philosophie, du même coup la légitimité de la métaphysique est démontrée, car, quoi qu'en disent les sociologues, la

ordre transcendant à la Physique est la seule raison d'être de la théorie physique ». De Launay, *Pierre Duhem, l'énergétique et la science du Moyen-Age, Revue des Deux-Mondes*, 1918, p. 364.

1. Henri Poincaré, *La valeur de la science*, Paris, 1913.

2. Henri Poincaré, *Dernières pensées*, 1917, p. 5.

métaphysique fait encore partie de la philosophie. « J'estime, écrit le docteur Grasset, que la philosophie scientifique n'a pas d'argument scientifique qui lui permette de nier toutes les connaissances ne venant pas par la voie expérimentale et par suite les problèmes métaphysiques » (1).

Cette prétention serait d'autant plus illégitime que de même que, nous l'avons vu, la science des mœurs n'a pas pu réussir à se substituer à la morale (2), de même la sociologie, ou, si l'on veut, la science réduite à l'étude des phénomènes ne peut pas à elle seule constituer le Droit, parce que le Droit est une science normative et que la science ne peut être qu'explicative. Il est vrai que le substratum du Droit peut être ramené à une notion psychologique, à une notion sentimentale plus ou moins élastique. Mais il faut se défier du sentiment; c'est un guide peu sûr, parce que versatile, capricieux, trop aux prises avec les influences ambiantes du moment. Naguère encore l'un de nos hommes d'Etat disait en décrivant l'œuvre de réparation que le Droit exige actuellement pour que son règne soit vraiment instauré. « L'heure n'est pas au sentiment. Laissons passer la justice éternelle. » C'est toujours la même conception qui revient: la nature de l'homme comme la structure organique du Monde social réclame et suppose l'harmonie; or celle-ci ne peut exister que sous la pression constante d'une loi d'équilibre participant de la notion d'absolu.

1. Grasset, *La science et la philosophie*, p. 176.

2. *Supra*, p. 35-38. *Adde :* Fouillée, *La science des mœurs* remplacera-t-elle la morale, *Revue des Deux-Mondes*, 1905, à propos de l'ouvrage de M. Lévy-Brühl, *La science des mœurs*, 1903.

Nous savons bien que de la sorte et par une suite logique nous retombons dans la notion de Dieu, qui est la forme la plus parfaite, si l'on peut dire, de la notion d'absolu. Mais avec M. Gény et M. Hauriou nous ne reculons pas devant cette conséquence. Dans son beau livre : *L'Idée de Dieu et l'Esprit humain*, le grand homme d'Etat anglais qu'est M. Arthur James Balfour n'a pas hésité à écrire, après l'avoir dit sous forme de conférences à ses auditeurs de l'Université de Glasgow en 1914 : « Ce que j'aspirais à vous démontrer, c'est que la culture humaine dans tout ce qu'elle a produit de supérieur, soit dans le domaine du Beau, soit dans celui du Bien, soit dans celui de la science, réclame Dieu pour soutien; que l'Esprit humain sans l'Idée de Dieu, perd plus de la moitié de sa valeur... Si nous voulons soutenir la valeur de nos croyances et de nos émotions les plus hautes, dit-il encore, il faut que nous leur découvrions une origine pertinente. Il faut que la Beauté soit quelque chose de plus qu'un accident; il faut que la Moralité découle d'une source morale; il faut que la Connaissance découle d'une source rationnelle. Si vous m'accordez ce point, vous excluez le Mécanisme, vous excluez le Naturalisme, vous excluez l'Agnosticisme et une forme élevée du Théisme s'impose à vous, il me semble, inévitablement » (1).

Telle est, en effet, la conclusion à laquelle aboutit finalement la doctrine métaphysique du Droit. Comme cette conclusion nous est imposée par les faits et le raisonnement logique, au même titre que la doctrine métaphysique elle-même, nous ne voyons pas pour-

1. Balfour, *L'idée de Dieu et l'esprit humain*, 1916, p. 294 et 297.

quoi nous ne les admettrions pas l'une et l'autre. La loyauté scientifique nous en fait une obligation. Celle-ci nous pèse d'autant moins qu'il ne s'agit pas d'une situation spéciale à la doctrine métaphysique du Droit, pas même à la science du Droit sous ses diverses formes, mais bien d'une vérité commune à toutes les sciences. Tel est en tout cas le sentiment de l'un des philosophes les plus illustres de notre époque; c'est sous le couvert de sa haute autorité que nous plaçons notre propre opinion. « Connaître les choses dans l'ordre de leur création, écrit M. Boutroux, ce serait les connaître en Dieu. Car une cause ne peut être admise comme telle que si elle est rattachée par un lien de participation à la Cause première. Si la série des causes n'a pas de limite, il n'y a pas de cause véritable, l'action et la passion en toute chose existent au même titre et l'une n'est pas plus que l'autre le fond absolu de l'Etre. Mais l'esprit peut-il atteindre jusqu'à cette essence suprême? On peut dire que les sciences positives à travers l'étude des phénomènes cherchent déjà Dieu, car elles cherchent le premier principe des choses. Les divers concepts auxquels on essaie de ramener tout ce qui est donné dans l'expérience ne sont autre chose, en un sens, que des définitions de Dieu (1) ».

1. Boutroux, *La contingence des lois de la nature*, 8e éd., 1915, p. 152. La thèse de philosophie générale, empruntée à M. Boutroux et par l'énoncé de laquelle nous terminons notre étude, nous conduit à faire une dernière et quelque peu longue précision. Si nous donnons à celle-ci la forme d'une simple note finale, c'est dans le but de ne pas paraître vouloir, en quelques lignes et à l'occasion d'un sujet particulier, prendre parti d'une façon complète sur un problème de philosophie générale aussi capital que celui auquel nous allons faire allusion.

Nous avons pris soin dans notre chapitre préliminaire (*Supra*,

p. 30-39) de « situer » nos recherches sur la notion de Droit au regard de la philosophie générale considérée dans ses courants actuels. Nous avons constaté à ce propos que la philosophie contemporaine, dans les personnes d'un nombre toujours plus grand de ses représentants les plus éminents, se dégageait chaque jour davantage du dogme Comtiste, de l'étau de la pure doctrine positiviste. Elle pose de nouveau l'antique Problème de la Connaissance dans toute son ampleur ; par delà la coordination des phénomènes et la recherche de leurs lois, sans rien renier des enseignements de l'étude des phénomènes et des données de leurs lois, elle cherche à percer l'énigme d'un prétendu Inconnaissable, à pénétrer l'essence des choses. Conscient de la puissance d'un pareil appui pour poser le Problème du Droit dans son sens le plus élevé et essayer de le résoudre, nous n'avons pas hésité, sur la double base de l'expérience et de la raison, guidé par la logique, à franchir le seuil de la sphère métaphysique et à y placer l'essence du Droit. En ce faisant, avons-nous vraiment dans la philosophie du Droit suivi une voix parallèle à celle de la philosophie générale contemporaine ? Si avec celle-ci nous avons dépassé les dernières bornes de l'expérience, avons-nous adopté le même fil conducteur pour cheminer à travers « l'Inconnaissable » ? C'est pour le moins douteux et là est le motif qui nous pousse à donner une dernière précision en ce qui concerne directement notre étude et indirectement nos conceptions philosophiques générales, car nous ne voudrions pas être soupçonné d'avoir tenté de déformer à notre profit les courants philosophiques actuels. Nous avons, en effet, abouti aux conclusions précédemment exposées, sur la base de la foi dans la puissance de l'Intelligence humaine ; nous avons emboîté le pas à la suite de la légion impressionnante des juristes et des philosophes du Droit les plus illustres du XIX$^{e}$ et du XX$^{e}$ siècles, pour lesquels le vrai moyen de connaître fut l'Intelligence, qui crurent que l'énigme de l'Univers n'était pas insoluble au regard de l'homme, qui, en un mot, apaisèrent leurs recherches inquiètes sur l'essence des choses à l'aide de la doctrine du dogmatisme philosophique. « Le dogmatisme, a écrit le philosophe Victor Brochard, est la doctrine selon laquelle l'esprit humain est capable de connaître la vérité, c'est-à-dire l'être tel qu'il est en lui-même et indépendamment de la représentation que nous en avons : en un mot, l'absolu. Etre dogmatiste, ce n'est pas seulement affirmer que nous pouvons atteindre le fond des choses ; c'est encore croire que la vérité peut être démontrée, dérivée de certains principes immuables, de telle façon qu'elle s'impose immuablement, invinciblement à tout esprit et ne laisse place à aucun doute. Enfin le dogmatisme implique que la totalité des choses qui existe peut être connue et expliquée... Sans doute, nul homme n'a jamais prétendu posséder, actuellement, toute la vérité : c'est que notre intelligence limitée

ne peut suivre jusqu'au bout la série infinie des applications de ses principes. Mais si le dogmatisme est vrai, toute chose est explicable, sinon expliquée ; rien n'échappe à la loi d'universelle intelligibilité ». (Brochard. *Grande Encyclopédie*, v° dogmatisme). Le dogmatisme tel qu'il est décrit par Brochard a été discrédité et a été remplacé par le dogmatisme scientifique discrédité à son tour, on l'a vu (*Supra*, p. 30-39); c'est qu'en premier lieu, le dogmatisme a été présenté sous une forme vraiment trop simpliste et qu'en second lieu on n'a pas pris soin de le concilier avec la science expérimentale. On considère aujourd'hui, encore une fois, que la marche de l'esprit humain à la recherche de la vérité ne consiste pas à s'installer d'emblée dans un principe d'où tout sera déduit, mais bien à partir de la science expérimentale, à en accepter les données et les résultats, à ne remonter jusqu'aux principes rationnels que devant l'impuissance de la science expérimentale à nous donner l'explication totale que nous cherchons. Telle est la marche que nous avons suivie à notre tour pour parvenir jusqu'à la notion de Droit, et une fois en contact avec elle étudier sa substance et définir sa fonction. Après tant d'autres et sur la base des faits matériels, psychologiques et sociaux, le jeu de l'Intelligence conduite par la logique nous a paru condamner l'Humanité à accepter une notion métaphysique du Droit.

Mais, c'est là que nous voulons en venir, si nous nous trouvons de la sorte, quant aux conclusions, d'accord avec la philosophie contemporaine qui ne renie plus les notions transcendantes, l'accord est loin d'être aussi certain, avons-nous dit, relativement aux moyens par lesquels nous avons cru parvenir à des résultats satisfaisants. Nous n'ignorons pas, en effet, que le procès de l'Intelligence est pendant devant la société et la philosophie contemporaines; on veut bien de nouveau tout savoir et tout expliquer, mais pas avec le secours de l'Intelligence. N'a-t-on pas été jusqu'à dire que le monde actuel avait la haine et le mépris de l'Intelligence ? Il est nécessaire de donner quelques explications sur cet état d'esprit et sur ces tendances, sous peine de paraître les ignorer et du coup d'affaiblir, quant au fond, les conclusions auxquelles nous nous sommes arrêté. « C'est ici, écrit en parlant de la société contemporaine M. Benda, le lieu de marquer un des traits les plus curieux de cette société : sa haine de l'intelligence. Nous avons dit ailleurs les nombreuses formes par quoi elle manifeste cette haine: sa volonté de confondre l'intelligence avec le raisonnement sec et ininventif, pour la bien mépriser ; de croire que les grandes découvertes se font par une fonction « l'intuition » qui « transcende » l'intelligence, dans le désordre de l'esprit, hors de toute logique, par une sorte de soufflet à l'intellectualisme... Cette détestation violente, consciente et organisée de l'intelligence... constitue une chose tout à fait nouvelle dans une société française. Les hommes

de 1830 ne l'ont nullement connue ; les « romantiques » d'alors prétendaient écrire pour une élite « intelligente, logique, conséquente ». Elle sera la marque de notre temps dans l'histoire de la civilisation française ». (Julien Benda. *Belphégor*. Essai sur l'esthétique de la présente société française. Paris 1918, p. 17-19.) — Il semblerait pourtant que certains domaines tels que celui de la science et de la philosophie fussent par nature réservés au règne de l'Intelligence, l'homme aspirant avant tout en ces matières à éprouver une impression de vérité, donc une satisfaction purement intellectuelle. Eh bien ! non ; tel n'est pas tout au moins le cas des hommes de notre époque, déclare le même critique. « C'est évidemment là leur plus beau coup d'audace, on s'est mis à demander de l'émoi, et uniquement de l'émoi, à la critique, à l'histoire, à la science, à la philosophie... On a voulu que la science, elle aussi, n'offrît que l'émouvant spectacle de vues soudaines et rapides, « d'intuitions » ; et non pas quelle les offrît à simple titre d'investigations provisoires, comme l'ont voulu tous les savants depuis Descartes jusqu'à Duhem, mais qu'elle consistât tout entière en ces mouvements, qu'elle ignorât l'idée organisée, comme aussi le raisonnement et la pensée discursive. C'est leur célèbre horreur, particulièrement curieuse en fait de science, pour l'esprit géométrique ou « de système », leur religion pour le seul « esprit de finesse ». On a repoussé plus ou moins franchement toute méthode dans la recherche, toute conception a priori qui donne une direction à l'expérience... En un mot, on a voulu cette chose extraordinaire, mais évidemment émouvante : une science *sans abstraction*, une science de *l'individu*, que dis-je ! de la *minute* de l'individu. Notez qu'en tout ceci l'on n'a pas dit : « Nous ne voulons que sentir, nous nous moquons de la science ». On a dit : « Nous sommes la vraie science »... Enfin on a voulu que le philosophe, lui aussi, fût une chose émue et émouvante, non pensante. On a salué comme les vraies formes de la philosophie des cliquetis « d'intuitions », jetées sans ordre, sans cohésion, sans critique, espèces d'*action verbales* parfois fort entraînantes... attachées, d'ailleurs, de leur propre aveu à adopter les procédés de l'action et non ceux de la pensée... On a statué que la rigueur du raisonnement n'a rien à voir en cette matière ; que le style artistique seul lui convient ; bien mieux ! le style métaphorique... Enfin, de même que pour l'histoire et la critique, on a voulu que la philosophie ignorât les vues d'ensemble, ne sût que l'individuel », J. Benda, op. cit. 133, 150-153.

Ce réquisitoire implacable dressé contre les tendances spirituelles de notre époque est-il exact ? Il faut pour le moins reconnaître qu'il contient beaucoup de vrai. « L'ouvrage de M. Benda, a dit un autre critique éminent, reste dans ses lignes générales extrêmement juste, vraiment salutaire et tout à fait remarquable ». (Paul Souday. *Le Temps* du 20 mars 1919). Il resterait donc

si nous nous en tenions là, qu'après être parti de l'orientation de la philosophie générale contemporaine et avoir prétendu situer notre étude et nos conceptions dans le cadre de cette orientation, nous aurions dans la suite complètement perdu de vue en réalité cette ligne de départ. Mais en est-il ainsi ? Pas en tout cas complètement. Au fond des critiques que nous avons relevées et qui s'adressent à la mentalité de la société de nos jours se trouve, en effet, une critique contre la philosophie de M. Bergson, de laquelle les dirigeants, parmi les écrivains actuels, auraient déduit l'importance à accorder au sentiment dans l'ordre de la connaissance par opposition à l'Intelligence (Comp. J. Benda. *Le Bergsonisme* ou une philosophie de la mobilité : le *Succès du Bergsonisme*; *Belphégor*). Or, les fidèles de la philosophie de M. Bergson se défendent d'avoir voulu donner le coup de grâce à l'intelligence. « D'une telle doctrine, écrit M. Le Roy, peut-on dire qu'elle veut aller ou qu'elle va « contre l'Intelligence » ? Rien n'autorise une pareille accusation, car limiter une compétence n'est pas méconnaître tout exercice légitime. Seulement, l'Intelligence n'est pas toute la pensée et ses produits naturels n'épuisent ni ne manifestent totalement notre pouvoir de lumière ». Le Roy. *Une philosophie nouvelle*, Henry Bergson, 3^e éd. 1913, p. 195-196. Il faut pourtant reconnaître que la philosophie de M. Bergson, si elle est une réaction contre la philosophie déterministe et positiviste, l'est aussi, au même titre, contre la philosophie rationaliste et par suite contre la métaphysique classique, expression de l'Intelligence qui s'extériorise et cherche à expliquer l'essence des choses, à l'expliquer rationnellement. « Nous sommes las décidément, déclare, par exemple, M. Le Roy, d'entendre invoquer la « Raison » d'une voix attendrie et solennelle, comme si d'en écrire le nom vénéré avec le plus grand des R suffisait à résoudre magiquement tous les problèmes », (op. cit. p. 198). « Ce n'est pas un des moindres coups de génie de M. Bergson, dira un autre de ses admirateurs, que d'avoir conçu et su démontrer que la plupart des problèmes qui encombrent l'histoire de la philosophie n'apparaissent insolubles, matière à controverses, à dialectiques infinies, que parce qu'ils ont été dès l'origine et sont encore mal posés et que, s'ils sont mal posés, c'est que l'intelligence les pose avec les habitudes qu'elle a contractées dans sa longue camaraderie avec la matière », (René Gillouin. *La Philosophie de M. Henri Bergson*. Paris 1911, p. 25-26). Etant donné que la réalité est toute *devenir, évolution créatrice*, l'Intelligence reste, d'après la philosophie nouvelle, quelque peu impuissante en face d'elle ; « il y a une *intuition du vital* que l'intelligence transpose et traduit sans doute, mais qui n'en dépasse pas moins l'intelligence : l'*intuition intellectuelle* des philosophes classiques se trouve remplacée par une intuition *supra intellectuelle* si l'on veut, en tout cas *extra-intellectuelle* ». (Gillouin, op. cit. p. 48). En d'au-

tres termes, les cadres de la Raison et de l'Intelligence seraient trop rigides pour saisir le « mouvant » et « l'évoluant », essence même du monde et de la vie.

Mais toute la question est précisément de savoir si le « Permanent » ne mérite pas une place à côté du « Mouvant » et de « l'Évoluant » et si la perception de ce « Permanent » ne serait pas l'apanage de l'Intelligence. Une chose nous rassure à cet égard et nous confirme dans notre conception de la notion de Droit ; ce sont les craintes, les appréhensions des adeptes de la philosophie bergsonienne quant à la possibilité d'en tirer une Morale. « C'est, écrit M. Gillouin, l'intuition du devenir dans ce qu'il a de toujours changeant, de perpétuellement hétérogène par rapport à lui-même, qui porte toute la philosophie bergsonienne, psychologie, théorie de la connaissance, théorie de la vie. Mais la morale s'adresse avant tout à ce qu'il y a d'identique et de permanent dans l'homme. Dès lors M. Bergson pour fonder une Morale ne va-t-il pas se trouver obligé de déplacer le centre de gravité de son système? » (Gillouin, op. cit. p. 183-184). Il paraît, en effet, à ce critique que l'on « ne conçoit pas de morale sans un contenu matériel ou substantiel ». Nous disons, quant à nous, que l'on ne conçoit pas plus le Droit que la Morale sans le « Permanent » ; nous prétendons une fois de plus que le « mouvant » et « l'évoluant » sont incompréhensibles sans le « Permanent », qui constitue à leur profit un cadre et une directive nécessaires. Nous avons eu, au cours de notre étude, de multiples fois l'occasion d'évoquer le nom de Saleilles ; lui aussi avait la hantise du « mouvant » et de « l'évoluant », et rien que du « mouvant » et de « l'évoluant » ; ou plutôt il avait la terreur de la « stabilité » et du « Permanent ». Sa doctrine du Droit s'en est du coup, on le sait, trouvé découronnée. Quoi qu'il en soit, il reste à savoir qui est susceptible de nous conduire par delà les phénomènes jusqu'au « Permanent » ? La philosophie des siècles n'a découvert pour cette œuvre suprême que la Logique, l'Intelligence et la Raison. Il nous paraît qu'en définitive, sur ce même terrain de la Morale et du Droit, la philosophie de l'avenir a quelques chances de ne pas trouver autre chose. C'est guidé par cette conviction que nous nous sommes rallié, pour notre part et par cette voie, à la notion métaphysique du Droit.

# TABLE DES MATIÈRES


AVANT-PROPOS. . . . . v

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Aperçu sommaire sur les causes qui ont contribué a obscurcir en France la notion de Droit. — Le triple problème constitué par la notion de Droit : l'existence d'une notion de Droit, son contenu, sa fonction. — La nécessité de l'étude de la notion de Droit en présence de l'orientation nouvelle de la philosophie contemporaine. . . . . 1

CHAPITRE I. — L'idéalisme juridique de la France du dix-neuvième siècle. — L'existence de la notion de Droit, son origine, ses caractères « formels » . . . . . 41

SECTION I. — L'adhésion de la France du XIX^e^ siècle à la notion de Droit . . . . . 41

SECTION II. — La nécessité de la notion de Droit . . 58

SECTION III. — L'origine de la notion de Droit et ses caractères « formels » . . . . . 70

I. — La doctrine psychologique. Ses diverses formes. 75

II. — La doctrine métaphysique. Ses rapports avec la doctrine psychologique ; sa forme définitive . . . 86

III. — La doctrine catholique. Ses différences avec la doctrine métaphysique. . . . . 101

CHAPITRE II. — Le contenu de la notion de Droit. . . . . 115
I. — La doctrine de la notion de Droit à contenu variable. . . . . 116
II. — Les doctrines du droit social . . . . . 118
III. — La doctrine catholique. . . . . 120
IV. — La doctrine métaphysique dérivée de l'Ecole du Droit de la nature et des gens . . . . . 124
V. — La doctrine métaphysique du respect et de la protection de la personnalité . . . . . 128

CHAPITRE III. — La fonction de la notion de Droit. . . . 147
I. — Le caractère impératif de la notion de Droit. . . 149
II. — Le domaine de la fonction de la notion de Droit. 153
III. — La fonction de la notion de Droit considérée au point de vue abstrait et technique. . . . . 156
IV. — La fonction de la notion de Droit envisagée dans ses résultats, suivant les diverses doctrines. . 168

CHAPITRE IV. — L'impuissance de l'Ecole sociologique à résoudre le problème du Droit. — Les courants actuels de la philosophie du Droit française. — L'avenir de la notion de Droit . . . . . 183
I. — Les formules dans lesquelles se résume la doctrine du Droit française du XIX^e siècle. . . . . 184
II. — L'Ecole sociologique sous ses diverses formes en présence du problème du Droit; son impuissance à le résoudre . . . . . 188
III. — Les courants actuels de la philosophie du Droit française . . . . . 200
IV. — L'avenir de la notion de Droit. — La solution métaphysique est la seule qui permette de résoudre le problème du Droit. . . . . 218

008218

Imprimerie Générale de Châtillon-sur-Seine. — EUVRARD-PICHAT.

BIBLIOTEKA KATEDRY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO