

Zeitschrift:	Revue de théologie et de philosophie et compte rendu des principales publications scientifiques
Herausgeber:	Revue de Théologie et de Philosophie
Band:	8 (1875)
Artikel:	Le droit, ses motifs, ses moyens et ses règles
Autor:	Brocher, Henri
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-379188

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

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

LE DROIT,
SES MOTIFS, SES MOYENS ET SES RÈGLES
PAR
HENRI BROCHER

I

Nous avons vu surgir du conflit des mobiles un mobile qui s'impose aux autres et qui prend le nom de volonté.

Nous allons retrouver un phénomène analogue à un degré supérieur de l'échelle et avec des proportions plus vastes.

Comme il y a plusieurs mobiles dans un individu, il y a dans le monde plusieurs volontés qui se contrarient et qu'il s'agit de concilier.

Appelés à jouir en commun du monde, les hommes peuvent s'entraver ou s'aider. Leur intérêt leur commande impérieusement de s'aider ; et cependant ils commencent par se nuire. Ils le font, non par malveillance mais par ignorance, faute de savoir comment s'y prendre pour faire leur chemin sans entraver celui d'autrui.

Les volontés des individus se contrarient, soit qu'elles poursuivent des buts différents :

Pour un âne enlevé deux voleurs se battaient,
L'un voulait le garder, l'autre le voulait vendre,

soit qu'elles poursuivent le même but, mais d'une manière exclusive, chacune pour soi :

Deux coqs vivaient en paix ; une poule survint :
Et voilà la guerre allumée.

La tendance qui pousse chaque homme à réaliser et à maintenir sa volonté le pousse à l'imposer aux autres hommes.

Chacun voudrait faire de ses convenances la loi universelle, et cette tendance est le germe du droit. Elle commence par produire des effets tout différents de ceux qu'elle aura plus tard. Elle enfante la guerre de tous contre tous, avec le besoin de vengeance qui est la première manifestation de l'idée de justice dans la conscience humaine.

Cette lutte des volontés se poursuit avec les épisodes les plus divers. Un certain nombre de volontés réussissent à s'imposer à leur entourage, à devenir la loi d'un petit nombre de personnes. Il se crée ainsi plusieurs groupes, qui ont chacun leur centre. Ces volontés maîtresses, c'est en général le père vis-à-vis de sa femme et de ses enfants, entrent à leur tour en conflit les unes avec les autres. Comme il est toujours donné à celui qui a, les plus puissants étendent leur domination sur leurs voisins, et les petits groupes sont absorbés dans de plus grands. Ceux qui réussissent à conserver leur indépendance deviennent tous les jours plus rares. Une seule et même volonté s'impose à un très grand nombre de personnes et devient leur droit. Le droit commence donc par être la volonté du plus fort. Mais ce n'est là qu'une forme primitive et défectueuse, qui fera bientôt place à autre chose.

Les volontés les plus fortes s'imposent aux autres, mais elles ne réussissent pas à s'imposer de tous points. Ceux qui succombent conservent leur indépendance à certains égards.

Le même individu verra sa conduite déterminée par plusieurs volontés, par la sienne, par celle de son maître direct, par celle du maître de son maître, et ainsi de suite.

Plus est grand le groupe soumis à une volonté maîtresse, plus seront nombreuses ou puissantes les volontés sous-maîtresses qui subsistent à côté de la première. Toute domination perd en intensité ce qu'elle gagne en étendue ; elle prépare sa dissolution en élargissant sa sphère d'action.

En outre, les vaincus réussissent souvent à modifier par leur résistance les volontés des vainqueurs. Le droit qui s'établit alors est une résultante à la formation de laquelle les diverses volontés en conflit ont contribué, pour des parts inégales peut-être. Cette inégalité, très grande dans l'enfance des

sociétés et des individus, diminue à mesure des progrès de la civilisation et de l'éducation. Le droit, qui était d'abord la volonté du plus fort, tend à devenir la volonté de tous. Pourtant, nous sommes encore très éloignés du but.

Le droit est donc une volonté collective, une volonté au second degré. Il présente au second degré ce caractère vague, dénué de précision, que nous avons constaté dans la volonté. Il ne faut pas prétendre en donner une définition parfaitement exacte, ni surtout nous étonner si les différents esprits le comprennent différemment. Les malentendus sont d'autant plus faciles que l'on a à faire à une conception qui comprend des notions contraires.

Le droit est la négation d'une volonté par l'affirmation d'une autre volonté. Les différents peuples l'ont envisagé tantôt sous l'un, tantôt sous l'autre point de vue. L'antiquité classique, qu'on accuse d'avoir sacrifié l'individu à l'état, voyait dans le droit un obstacle à la volonté, une nécessité. Ce point de vue trouve son expression dans le mot latin *jus*, lequel, au dire des philologues, signifierait un lien. Les peuples chrétiens sont plus individualistes ; en outre, ils se considèrent comme faisant le droit, plutôt que comme le subissant. Ils y voient l'aspiration, et non pas la résistance. Notre mot français droit est le *Recht* des allemands latinisé. Or *Recht* a la même racine que *Rache*, vengeance, et *rechnen* compter. Dans l'opinion courante, le droit est beaucoup moins ce qui est nécessaire que ce qui est avantageux, satisfaisant. Cette conception s'est conservée jusqu'à nos jours, et donne la clef de bien des choses. Nous la retrouvons dans la tendance générale de la révolution française, à laquelle M. Louis Blanc reproche d'avoir oublié les devoirs à force de donner de l'importance aux droits. Elle nous explique pourquoi tant de gens ne comprennent l'injustice que lorsqu'ils en souffrent directement ou indirectement ; pourquoi par exemple des gens qui trouvaient parfaitement légitime d'aller s'établir chez des populations contre lesquelles on ne peut pas avoir l'ombre d'un grief, de leur prendre leurs champs et finalement de les exterminer, crient à l'injustice quand on soumet des provinces à un gouverne-

ment qu'elles n'ont pas choisi, sans toucher du reste aux propriétés des habitants.

II

Nous sommes assez avancés pour nous expliquer sur les rapports du juste et de l'utile. Le mot utile désigne souvent une chose qui peut produire un bien, sans en être toujours un par elle-même. On dira par exemple que la richesse est utile, mais qu'elle est un mal pour qui n'en sait pas user. Ce n'est pas ainsi que l'on entend l'utile quand on l'oppose au juste; personne ne doute que le juste n'ait sa grande utilité.

D'autres fois, l'utile est ce qui est immédiatement avantageux. On peut alors l'opposer au juste et au devoir, qui l'un et l'autre apportent leur récompense avec eux, mais qui souvent la font longtemps attendre et commencent par être pénibles. Ainsi l'utile est l'avantage direct, le juste un avantage plus considérable, mais plus éloigné. Cette distinction s'applique soit aux personnes soit aux espèces.

Aux personnes d'abord. Le juste ou le droit se présente comme l'avantage et la volonté du plus fort, de celui qui me domine : peu importe, du reste, que cette volonté soit celle de Dieu, d'un homme, ou que ce soit la volonté générale que je contribue pour ma part à former. L'utile, c'est mon avantage individuel, ma volonté particulière, que je suis appelé parfois à sacrifier pour ne pas encourir la colère du dominateur.

La distinction faite plus haut s'applique encore aux espèces. Il conviendrait de régler un rapport juridique d'une certaine manière ; on se trouve appelé à le régler tout autrement, parce qu'il faut appliquer une disposition générale, établie en vue de cas tout différents. Quelquefois on déroge à la règle générale par une disposition spéciale prise, comme disent les Romains, *non ratione juris, sed utilitatis causa*. On le voit : l'utilité, c'est la convenance du cas particulier dont il s'agit ; la raison de droit, c'est la convenance d'ordre supérieur qu'il y a à régler tous les cas par un petit nombre de dispositions générales ; celles-ci sont observées religieusement malgré les

inconvénients de détail qu'elles peuvent présenter, en raison des avantages majeurs qu'elles procurent.

Le juste et l'utile sont entre eux dans le rapport du tout et de la partie. L'être borné, qui ne voit que son intérêt personnel, dans une certaine mesure même, celui qui ne voit que l'intérêt d'un parti, d'un pays, celui qui n'envisage qu'un seul point de vue, ne peuvent pas avoir le sentiment de ce qui est juste ; ce qu'ils décorent de ce nom sans s'en douter, c'est leur bon plaisir particulier. La largeur et l'élévation de vue sont indispensables à l'esprit de justice.

III

Avec l'apparition de la notion de droit, un grand changement s'est opéré dans la position de l'homme. Notre conduite est déterminée, avons-nous dit, par les considérations de jouissance et de souffrance. Or, c'est la nature, ou, si on le préfère, c'est Dieu qui fait que l'homme jouit d'une chose et souffre d'une autre. Aussi peut-on dire que l'homme est primitive-ment régi par une loi naturelle ou divine. Il est vrai que le mot loi prend ici un sens différent de celui qu'il a quand il est question de lois humaines : la notion de convention s'efface derrière celle de nécessité. Nous voyons ici comment s'est opérée la transition entre les deux acceptations, juridique et scientifique, du terme.

Après avoir considéré l'homme isolé, seul en face de la nature et de Dieu, de la loi naturelle ou divine, nous avons à le considérer dans ses rapports avec ses semblables et avec la loi humaine. Quel sera le rapport des deux lois ?

Il semble au premier abord qu'il ne devrait pas y avoir de désaccord entre elles, que la loi humaine devrait refléter la loi divine en la complétant sur certains points indifférents. Ainsi la loi naturelle veut qu'un droit dont on ne fait pas usage se perde au bout d'un certain temps. Il est important que ce laps de temps soit établi d'une manière invariable ; mais il est assez indifférent qu'il soit de vingt-cinq ou de trente ans. La loi naturelle se tait sur ce dernier point, qui doit être réglé

par des dispositions arbitraires. Il semble que la loi humaine devrait se borner à cette fonction, qui lui a été assignée déjà par Aristote. (*Morale*, liv. V, chap. 7^e.) Mais la question se complique par l'intervention d'un fait mystérieux, à la fois inexplicable et incontestable, dont nous avons déjà eu l'occasion de parler: l'homme ne connaît pas toujours la loi divine, et quand il la connaît, il ne veut pas toujours l'observer. C'est ainsi qu'il peut y avoir conflit entre la loi humaine et la loi divine, et qu'il y a lieu de se demander la position à prendre en pareil cas.

Sans doute, il vaut mieux obéir à Dieu qu'aux hommes. Mais bien souvent Dieu s'efface comme à dessein derrière les hommes, auxquels il délègue ses pouvoirs et par l'intermédiaire desquels il communique avec nous. Celui qui n'aime point son frère qu'il voit, comment peut-il aimer Dieu qu'il ne voit pas? (1. Jean IV, 20.) Bien souvent, sous prétexte d'observer la loi divine, nous obéissons à nos convenances et nous cherchons à les imposer égoïstement aux autres sous ce titre; de telle sorte que pour suivre une prescription secondaire et contestable, nous violons la loi fondamentale de la charité. Avec plus de conscience et d'empire sur nous-mêmes, nous aurions compris que le sacrifice de notre manière de voir individuelle à celle de nos frères était ce que nous pouvions faire de plus conforme à la loi divine, ou, comme on dit, de plus agréable à Dieu.

Jusqu'ici, nous n'avons qu'une application de cette vérité mentionnée plus haut: qu'il y a dans chaque homme une pluralité de mobiles contradictoires, d'où peut résulter une pluralité de devoirs opposés. En particulier, l'homme n'est pas seulement un individu, il est aussi membre d'une société; il doit tenir compte, non-seulement de sa conscience et de son intérêt individuel, mais encore de la conscience et de l'intérêt de la société. Jusqu'ici, nous n'avons que des prescriptions purement morales. L'homme, à mesure que sa conscience se développe, apprend à ne pas agir seulement suivant ses mobiles, mais à tenir compte aussi des circonstances, au nombre desquelles se trouvent les intérêts et les vœux d'autrui. Il ne

cesse pas de régler sa conduite d'après ses convenances et sa conscience individuelles, lors même qu'il se conforme à celles de la société. Malheureusement, cette harmonie qui serait la perfection, est loin de toujours exister.

Nous avons montré comment les volontés entrent en conflit, et comment les plus puissantes s'imposent aux plus faibles. Celles-ci ne consentent pas, elles subissent. Ce malheur n'est pas absolument sans compensation ; il a l'avantage de dégager la responsabilité. C'est là peut-être ce qui explique l'accueil facile qu'a reçu et la ténacité avec laquelle s'est maintenue l'idée qui voit un jugement de Dieu dans l'issue des combats. Sans doute, il ne manque pas de protestations et de déclamations en sens contraire ; mais on peut se demander si les plus violentes d'entre elles au moins ne sont pas dues précisément au dépit d'avoir vu tourner contre soi le moyen de justification sur lequel on comptait le plus. Assurément, il s'en faut bien que la volonté la plus forte, la mieux pourvue de moyens d'action, soit aussi la meilleure, la plus sage et la mieux intentionnée. Mais le contraire est encore moins démontré. Ni le vainqueur, ni le vaincu ne sont infaillibles. Mais le vainqueur croyant, qui peut assurer le succès de sa cause et qui ne le fait pas, est en faute. La position du vaincu est toute différente. Lorsqu'il a fait tout ce qui dépend de lui, s'il n'atteint pas son but, la faute n'en est pas à lui, mais aux circonstances qui lui opposent des obstacles insurmontables. On peut dire qu'en accordant aux uns et en refusant aux autres ce dont ils ont besoin pour réaliser leurs vues, Dieu, manifesté par la force des choses, montre lequel des deux adversaires est l'instrument de sa volonté ; ces jugements sans doute ne sont pas définitifs. La cause du vaincu peut être excellente, seulement l'heure de son triomphe n'est pas encore venue. Il faut alors accepter cet arrêt et se réserver pour des temps meilleurs. En tout cas, nul n'est tenu à l'impossible. C'est un devoir de persévirer dans le bien, mais c'est une faute de persévirer dans le mal, dans ce qui ne nous procure que revers et souffrances et de regimber contre l'aiguillon.

Une fois établi que la force majeure dégage la responsabilité,

il resterait à préciser dans quels cas elle la dégage. Nous avons là une délicate question d'application, sur laquelle nous aurons peut-être à revenir plus tard, mais que pour le moment nous devons nous borner à mentionner. Disons seulement qu'il n'est nullement nécessaire que la force majeure aille jusqu'à l'anéantissement. On ne demande pas à un soldat de se laisser fusiller pour ne pas prendre part à une guerre injuste. Ce serait méconnaître les conditions de la nature humaine et construire en théorie, sur des bases qui n'existent pas, une morale irréalisable. On admet qu'un homme peut sans perfidie et même sans faiblesse abandonner un drapeau pour un autre; on verra dans l'énergie avec laquelle il les aura défendus l'un et l'autre une preuve de la sincérité de sa conversion.

Il résulte en tous cas de ce que je viens de dire que l'homme n'agit pas toujours librement. Sa conduite est déterminée, soit par des nécessités physiques, soit aussi par des nécessités juridiques, c'est-à-dire des nécessités extérieures qui ont leur source dans d'autres êtres moraux. L'homme ne doit pas être rendu responsable de ce qu'il fait sous l'empire de ces deux ordres de nécessités, à condition toutefois que l'existence de ces nécessités soit bien établie. Aussi est-il très important de distinguer entre ce qu'on fait librement ou ce que l'on fait soit pas nécessité physique, soit par nécessité juridique, ou, comme l'on dit, par ordre. On ne peut pas rendre un homme responsable de ce qu'il a fait dans ces deux derniers cas. C'est là le point de rapport entre les deux nécessités, point de rapport compris par l'antiquité, tandis que les temps modernes insistent davantage sur les différences.

IV

Ainsi, après avoir appris à connaître la nécessité physique et la nécessité morale, laquelle, considérée d'un certain côté, prend les formes et les noms d'utilité et de liberté, nous arrivons à la nécessité juridique, qui est une combinaison des deux précédentes, et le premier des objets désignés par le

terme à plusieurs sens de droit. Aux yeux de beaucoup d'auteurs, la contrainte, l'action physique exercée ou mise en perspective par une personne vis-à-vis d'une autre est le caractère indispensable du droit ; la même idée est exprimée dans l'adage : C'est la force qui fait la loi. Ces auteurs et cet adage ont raison si l'on prend les mots dans le sens qu'ils leur donnent ; ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait pas plusieurs sens. Si, comme on le fait quelquefois, on entend par droit, le bien, ce qui doit être, les affirmations ci-dessus ne s'y appliquent plus comme elles s'appliquent à la règle des relations humaines.

La force n'est pas le droit, mais elle est le fondement du droit. La force est pour le droit un élément primitif et brutal, destiné à rendre possible quelque chose de mieux ; elle est nécessaire à son existence, sans être suffisante à son perfectionnement.

Le droit suppose la force physique au service d'êtres moraux. Ces derniers se distinguent des êtres naturels beaucoup moins en ce qu'ils sont dès le principe qu'en ce qu'ils sont susceptibles de devenir. L'élément moral doit finir par se dégager, par prendre la force physique à son service ; mais il n'en est pas ainsi à l'origine. Le droit prend naturellement part à ce développement ; il ne possède pas, dès son point de départ, tous les attributs qu'il revêtira plus tard, et qui, au point d'arrivée, feront oublier, sans toutefois la supprimer, la substance primitive. Le droit est une nécessité qui tend à devenir en outre un bien. Si l'on avait distingué ces deux éléments, on se serait évité bien des discussions.

Nous aurons à examiner comment s'opère et à quel résultat aboutit cette transformation. Mais il nous faut encore auparavant vider quelques questions relatives aux rapports de la force, de la morale et du droit.

D'abord, est-il moralement permis d'imposer sa volonté à autrui par la force ? Le problème se complique par les solutions mêmes qu'on lui donne. Certaines personnes justifient l'imposition de leur volonté par la force, en disant qu'elles ne font qu'exécuter la volonté divine. Mais qui les autorise à se donner comme représentants de Dieu ? Nous avons montré

plus haut comment, jusqu'à preuve du contraire fournie par le défaut de force, chacun prend naturellement sa volonté pour celle de Dieu. Pour qu'il en soit autrement, il faut un développement de la conscience exceptionnel, qu'on doit tâcher de se procurer à soi-même, mais qu'on ne peut pas exiger des autres. On ne peut pas empêcher les relations des hommes de se régler par la force. C'est une fatalité qu'il nous faut subir ; il faut nous résigner aussi à employer pour nous défendre le moyen employé pour nous attaquer. On ne discute pas la légitimité d'une fatalité ; on cherche le meilleur parti à en tirer. C'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour comprendre des affirmations comme celles de Machiavel et de Spinoza. « Dieu est avec les forts, qui n'ont ni honte ni crainte. » « Le droit naturel d'un être à l'existence trouve son expression dans la force dont l'être dispose pour maintenir et développer cette existence. » En s'exprimant de la sorte, les deux auteurs ont constaté un fait, et l'indignation qu'ils ont soulevée ne peut se comparer qu'à la colère de gens qui rendraient un médecin responsable d'une épidémie qu'il aurait annoncée et mis en état de combattre.

V

Ainsi, pour qu'il y ait droit, il faut plusieurs volontés qui s'imposent les unes aux autres. Il a donc lieu de distinguer entre les volontés dominantes et les volontés servantes, bien que la même puisse remplir les deux rôles à la fois ; nous faisons pour le moment, afin de simplifier nos recherches, abstraction de cette possibilité. Si maintenant nous considérons les rapports de la morale et du droit, nous nous convaincrons que les deux choses rentrent l'une dans l'autre pour les volontés maîtresses, tandis qu'elles s'opposent l'une à l'autre pour les volontés servantes. Le droit que les premières imposent est une application de leur liberté ; celui que les autres subissent est une restriction de la leur. Aussi n'y a-t-il proprement de droit que pour les volontés servantes ; pour les volontés dominantes il n'y a que de la morale, de la morale privée ou de la

morale publique qui prend le nom de politique. Si l'on parle d'un droit auquel est soumis le souverain, c'est que celui qui porte ce titre ne le mérite pas en réalité de tous points. Saisissons cette occasion pour attirer l'attention sur la différence entre le point de vue juridique et le point de vue politique, différence que les circonstances actuelles tendent à faire oublier et qui se présente ici plus nettement peut-être que jamais.

Le droit est imposé par la volonté dominante à la volonté servante, laquelle perd une partie de sa liberté, mais se trouve déchargée d'une partie de sa responsabilité. Ce dernier point, toutefois, ne doit pas être un prétexte pour manquer de vigilance et d'attention. Car on pourrait se trouver grevé de lourdes responsabilités pour des actes que l'on croyait à tort rentrer dans le domaine du droit. La nécessité de reconnaître les limites des deux sphères impose à la conscience des volontés servantes un travail souvent très considérable.

Le droit est imposé par la volonté dominante suivant ses convenances, déterminées elles-mêmes par ses besoins, ses circonstances, ses croyances, etc., en d'autres termes suivant un point de vue qu'on appellera égoïste. Seulement, il pourra rentrer dans ces convenances égoïstes de faire la place des volontés soumises. L'intérêt de ces dernières sera donc pris en considération; mais il le sera seulement à tire de moyen, subordonné à l'intérêt de la volonté dominante. L'adjonction d'un nouveau point de vue se trouve ainsi, non point contrarier, mais compléter l'ancien. Cette subordination harmonique est fondée dans la nature des choses, d'où elle s'introduit dans la morale, dans la politique et dans le droit. La volonté dominante peut être un individu, un prince vis-à-vis de ses subordonnés; elle peut être aussi une société vis-à-vis de ses membres. Dans l'un et l'autre cas, la volonté dominante prospère, déchoit et périt avec les volontés servantes qui lui appartiennent. La volonté dominante est donc tenue moralement, c'est-à-dire par son propre intérêt bien entendu, de ménager les volontés particulières, et de ce fait vont découler d'importantes conséquences.

La volonté dominante non-seulement permet à la volonté

servante d'avoir sa sphère d'action particulière, mais encore elle la lui garantit quelquefois. Cette garantie constitue un pas très important. On peut dire que désormais la volonté servante dispose dans une certaine mesure des forces de la volonté dominante; elle en dispose peut-être d'une manière très précaire, mais enfin elle en dispose. Le droit n'est plus seulement pour elle quelque chose qu'elle subit, il est aussi quelque chose dont elle profite. Elle ne connaît jusqu'ici que le droit, maintenant elle connaît encore la part qui lui appartient dans le droit, la sphère d'action dont elle jouit sous sa protection et elle appelle cela *son* droit. C'est ainsi que surgit une nouvelle acception du mot. Il eût été bien préférable d'avoir deux termes différents pour désigner deux choses bien distinctes. Mais la plupart des langues ont fait le contraire, et nous ne pouvons pas ne pas tenir compte de la terminologie existante, pour défectueuse qu'elle puisse être. Seule peut-être, la langue grecque a su trouver pour la nouvelle acception du mot droit le terme *δύνασις*, qui signifie faculté, puissance. Les autres se tirent d'affaire avec des adjectifs; c'est ainsi qu'on distingue le droit objectif ou absolu, et les droits subjectifs ou relatifs. La langue française aurait pu utiliser ici les mots tombés en désuétude de libertés ou franchises.

Nous aurons à revenir sur les droits subjectifs, à rechercher les facteurs qui en déterminent les limites. Notons seulement ici qu'eux aussi ont la force pour condition indispensable. Je n'entends pas la force du dominateur, mais celle des volontés servantes. Le fondement des droits subjectifs, c'est l'intérêt du souverain à faire prospérer ses sujets, afin d'augmenter sa propre prospérité. Le sujet qui serait complètement dénué de force, pour le présent et pour l'avenir, dont il n'y aurait rien à craindre et rien à espérer, n'aurait aucun titre à la protection du souverain. Et si dans certains cas, assez nombreux peut-être, le souverain le protége quand même, cela tient à la nécessité sur laquelle nous nous expliquerons plus tard, d'établir des règles de droit dont l'exactitude doit être sacrifiée à la simplicité et à la généralité.

Etablissons encore, puisque nous en sommes aux droits

subjectifs, leur position vis-à-vis des devoirs. Les sujets peuvent faire, soit un bon, soit un mauvais usage des droits qui leur sont conférés ; ils peuvent s'en servir pour leur bien ou pour leur perte. En cas de mauvais usage, le souverain peut tenir deux lignes de conduite différentes ; il peut intervenir, ne fût-ce qu'en cessant de protéger les droits dont on abuse ; il peut respecter les droits jusque dans les abus qu'on en fait. L'histoire nous montre l'homme passant d'un système à l'autre, en commençant par celui de l'intervention. On le comprend. C'est librement, dans mon propre intérêt que moi souverain je garantis des droits à mes sujets ; je reste libre de retirer ma garantie, si l'on en use contrairement à mes convenances. Et comme je suis seul juge de mes convenances, je me trouve être en même temps seul juge de l'usage que les sujets doivent faire de leurs droits, s'ils ne veulent pas s'exposer à les perdre. Ce point de vue est d'autant plus facilement accepté dans les époques primitives qu'il y a, en fait de lumières, un abîme entre le souverain et les sujets, qui ne soupçonnent pas même la possibilité d'avoir raison contre leur dominateur. Plus tard, la position change. Les lumières s'égalisent. On comprend, en outre, que chacun est mieux placé que personne pour connaître ses propres besoins, fût-il même dans une notable infériorité à d'autres égards, en particulier quant aux moyens de satisfaire ses besoins. Le souverain, de son côté, arrive à comprendre qu'il n'est pas infaillible, que ses sujets peuvent avoir raison contre lui, en particulier quand il s'agit de leurs besoins. Ces besoins, dont le souverain veut la satisfaction, peuvent l'obtenir de deux manières : en suivant la manière de voir du souverain, ou en suivant celle des sujets. De ces deux indications, aucune n'est infaillible ; il s'agit seulement de savoir avec laquelle on a le plus de chances d'être dans le vrai.

On donne deux solutions à cette question suivant les temps, suivant la manière dont on comprend l'accès à la vérité.

Les époques hiérarchiques, à révélations exclusives, qui donnent à certains hommes, et spécialement aux volontés dominantes, le rôle d'intermédiaires nécessaires entre les

autres et Dieu, se décideront en faveur de la manière de voir du souverain. Les époques universalistes, suivant lesquelles, dans des mesures diverses, chacun a part à la révélation divine, et sous lesquelles la volonté dominante est celle de la société vis-à-vis de ses membres, et non pas d'un individu vis-à-vis d'autres, ces époques-là se prononcent en faveur de la manière de voir des sujets. Il résulte de là, comme on va le voir, que la distinction de la morale et du droit, comme celle des devoirs et des droits, reste très imparfaite aux époques hiérarchiques et ne peut s'opérer complètement qu'aux époques démocratiques. A ces époques, le souverain sent le besoin de donner aux sujets, non-seulement une sphère matérielle, mais encore une sphère morale. Il comprend qu'on ne peut pas attendre d'êtres mécanisés autant que de sujets habitués à faire usage de leur intelligence et de leur volonté. Il faut donner à ces facultés l'occasion de s'exercer, et pour cela, il faut leur laisser l'occasion de se tromper, au moins dans une certaine mesure.

C'est dans ce but qu'on permet aux sujets de faire de leurs droits un mauvais usage, qu'on leur permet, comme on dit, de manquer à leurs devoirs. On le leur permet, non pas afin qu'ils manquent à leurs devoirs, mais afin qu'ils apprennent à les remplir librement. C'est ainsi qu'il peut y avoir des actes que le souverain désapprouve et que cependant, non-seulement il tolère, mais encore il protège. Ce sera le cas toutes les fois que le sujet aura violé ses devoirs sans sortir des limites de son droit. Il aura agi contre les prescriptions de la morale et pourra en être puni par la sanction morale ; mais il n'a pas agi contre le droit. On voit par là qu'on n'a pas fait tout ce qu'on doit quand on s'est conformé au droit ; il faut encore chercher dans ce vaste champ l'étroit sentier du devoir.

Cette distinction trouve encore sa raison d'être dans la nécessité d'établir, pour régler les relations des particuliers entre eux, des prescriptions fixes, fussent-elles même défectueuses.

On peut avoir commis une action répréhensible au point de vue de la morale, et cependant parfaitement conforme aux prescriptions du droit.

Le droit n'est pas la morale, il ne faut pas oublier toutefois qu'il est un produit de la morale. La distinction des deux sphères peut être considérée comme un mal nécessaire, comme un effet des difficultés que l'on rencontre, des inconvénients auxquels on s'expose quand on veut imposer par la contrainte les prescriptions de la morale. Au fur et à mesure qu'il se perfectionne, le droit apprend à surmonter ces difficultés, à parer à ces inconvénients, et il se met de la sorte en état de se rapprocher toujours plus de la morale.

Il y a donc entre les deux domaines, non-seulement une distinction, mais encore une communication que nous aurons à chercher.

Le droit est l'effet d'une volonté qui s'impose aux autres. Toutes les volontés cherchent le bien, et c'est la morale qui leur enseigne à le chercher. L'influence de la morale sur une volonté se retrouvera toujours dans le droit qui émane de cette volonté ; elle serait même beaucoup plus grande, n'étaient les obstacles dont nous avons parlé déjà.

Il résulte de là que lorsqu'on veut améliorer un droit, il est indispensable de commencer par moraliser la volonté dont il émane. Lorsque la souveraineté appartient au peuple, c'est le peuple tout entier qu'il s'agit de moraliser.

Cette action moralisatrice est encore importante à un autre point de vue, qui a probablement été l'occasion de sa naissance. On l'emploie pour réconcilier les sujets avec un droit qu'ils n'ont pas ou guère contribué à former, pour les déterminer à l'observer d'eux-mêmes, sans y être contraints. On leur présente la loi humaine comme une atténuation de la loi divine, aux rigueurs de laquelle elle permet de se soustraire.

VI

Une fois établi que la force est une condition du droit, cherchons l'usage qu'il en faut faire.

Pour faire prévaloir sa volonté contre les autres, le premier moyen qui se présente à l'esprit, c'est la réparation du mal fait. Lorsque l'effet d'une autre volonté nous contrarie, on

pourrait, semble-t-il, se borner à le supprimer. Mais un tel moyen est souvent impossible, et presque toujours insuffisant. Je ne puis rappeler à la vie l'ami tué, ni remplacer la récolte détruite.

Il est plus facile de relever le mur renversé ; mais je ferai mieux d'y renoncer, si je reste toujours exposé à de nouvelles démolitions.

On est constraint d'attaquer le mal dans sa racine, d'agir sur la volonté qui est la cause des effets à supprimer. Agir sur une volonté, c'est la déterminer ; or la manière dont une volonté se détermine dépend des lois de sa nature. La loi fondamentale de toute volonté consiste à rechercher la jouissance et à fuir la souffrance. Pour agir sur une volonté, il faut lui mettre en perspective des jouissances et des souffrances.

L'homme qui commence toujours par les plus mauvais moyens pour s'élever de là aux plus parfaits, part de plus bas encore. Il débute en exterminant, quand il le peut, les volontés qui lui portent ombrage. Puis, il arrive à comprendre, l'expérience aidant, qu'il se prive de la sorte de précieux auxiliaires. Tout en continuant la guerre d'extermination vis-à-vis des êtres de qui il n'y a que du mal à attendre, il cherche à conserver les autres, et se borne à les modifier pour les empêcher de nuire. On les modifie, nous l'avons dit, en leur mettant en perspective des jouissances et des souffrances, qui prennent les noms de peines et de récompenses, et qui produisent les deux sentiments de la crainte et de l'espérance.

La crainte et l'espérance sont moins des mobiles différents que des directions opposées que peuvent prendre nos mobiles ; comme elles se confondent l'une dans l'autre à leurs degrés inférieurs, il n'est pas possible de les distinguer absolument. Elles ont cependant des effets tout différents. Aussi est-il très important de connaître leurs vertus respectives, afin de pouvoir les mettre chacune à leur place.

L'espérance est féconde et positive ; elle crée l'action en proposant des buts et mettant en jeu des mobiles. La crainte, au contraire, est stérile, négative ; elle se borne à arrêter l'action sans la produire ; car on ne peut pas donner le nom

d'action, à une fuite dans laquelle on est fixé seulement sur l'endroit où l'on ne veut pas être, tout en ignorant d'ailleurs où l'on va. Ainsi l'emploi de la crainte implique une déperdition de forces ; il détruit, non-seulement la force qui se trouve neutralisée, mais encore toute celle qu'il a fallu employer pour neutraliser la première.

La crainte est donc à certains égards très inférieure à l'espérance, et on n'en userait pas, si d'autres circonstances ne militaient en sa faveur.

L'emploi de l'espérance rencontre quelquefois des obstacles qui contraignent à y renoncer. Ces obstacles se trouvent soit du côté de la volonté sur laquelle il faut agir, soit du côté de celle qui doit agir.

Du côté de la volonté sur laquelle il faut agir : il est de fait que la perspective des maux a beaucoup plus de prise que celle des biens sur les esprits incultes, les plus nombreux de beaucoup. Les gens qui croient à l'enfer et au paradis ont tous peur du premier, mais bien souvent pensent s'ennuyer dans l'autre.

L'homme naturel craint toujours la mort et la douleur ; la perspective de la gloire, d'affections pures, d'une existence retirée et sereine, de l'extension de ses connaissances, peut le laisser parfaitement indifférent.

Du côté de la volonté qui doit agir sur les autres : pour récompenser un autre, pour lui procurer un avantage qu'il ne puisse pas se procurer sans nous, il faut avoir sur cet autre une supériorité bien plus grande que celle qui permet de nuire. Les bienfaiteurs de l'humanité sont toujours des hommes supérieurs ; les criminels le deviennent presque toujours par impuissance de mieux faire. Bref, c'est en général faute de pouvoir se faire aimer que l'on cherche à se faire craindre. La crainte est donc un pis aller. Il faut chercher dans quel cas on peut employer l'espérance ; les autres seront la part de la crainte. Le dualisme que nous constatons ici est au fond le même que celui de la loi et de la grâce, dont parlent les théologiens.

La crainte, avons-nous dit, a prise sur tous les hommes,

tandis que pour l'espérance, il faut un degré de développement particulier. L'action de l'espérance doit donc être préparée par les corps chargés de l'éducation, ainsi la famille et l'église.

On comprend que cette action de l'espérance combinée avec l'éducation soit excessivement lente; dans les cas urgents, dans ceux où il y aurait péril à ne pas agir sans retard, on est forcé de recourir à d'autres moyens. C'est pour cela qu'on emploie la crainte, d'abord dans les relations internationales. Les divers états ne sont pas placés pour faire l'éducation les uns des autres. L'idéal de transformer les ennemis de la veille en amis du lendemain n'est pas toujours réalisable. On arrive lentement à comprendre, il est vrai, que les états ont besoin les uns des autres comme les individus. Mais la position d'un état vis-à-vis de ses co-états est tout autre que celle d'un état vis-à-vis de particuliers qui ne peuvent se passer de lui et qu'il peut anéantir à son gré. Les autres états disposent d'une puissance telle, qu'on n'a pas avec eux le choix des moyens; on doit user de toute son énergie et de toute sa vigilance pour conserver sa propre existence. C'est pour cela que le premier devoir des états, encore plus que des individus, est de développer sa force. Je dis encore plus que des individus: ces derniers en effet peuvent à la rigueur se faire protéger par les états, tandis que ceux-ci ne peuvent compter sur personne que sur eux-mêmes.

La crainte et la peine sont aussi à leur place dans le droit criminel, vis-à-vis de volontés perverties, sur lesquelles l'éducation n'a pas eu d'effet, et aux excès desquels il s'agit de couper court.

L'espérance au contraire est le moyen employé par l'économie politique et le droit civil. L'économie politique veut augmenter la production, et par conséquent créer de l'activité. Le moyen principal qu'elle emploie consiste à faire assurer à chacun, par le droit civil, la jouissance de ce qu'il a produit. Jadis, on a essayé de faire jouer les ressorts de la crainte. C'est ce qui a donné lieu à l'esclavage, aux corvées, etc. Mais l'expérience a montré les défauts de ces institutions, a fait

comprendre que la perspective d'un avantage est un ressort incomparablement plus productif que la crainte d'un mal. C'est ce qui a conduit à reconnaître à tout homme un droit à la liberté et à la propriété, et à employer la force publique à la protection de ces droits. Le droit civil est un système de récompenses offertes au travail, à l'économie, à l'intelligence. Mais ce système n'est possible que si le souverain a la force d'écarteler les atteintes que l'on voudrait porter à la personne et aux biens des sujets. Si cette force fait défaut, il n'y a plus ni liberté, ni propriété. Après la mort d'Hector, Andromaque est esclave, Troie détruite. Il nous en arriverait autant si notre civilisation venait à être vaincue par la barbarie, par celle qui règne encore sur des contrées éloignées, ou par celle qui fermente dans les bas-fonds de notre société.

La force est la condition nécessaire du droit, son moyen d'existence, sa matière. Elle n'est pas, bien s'en faut, sa forme parfaite, son idéal, sa règle: il nous reste à les chercher.

VII

Jusqu'ici nous avons distingué absolument entre les volontés dominantes et les volontés servantes, sans tenir compte de l'influence de ces dernières et de leur participation à la formation du droit. Nous allons revenir sur cette face de la question.

Le droit reste toujours la volonté la plus forte; mais il est d'abord la volonté du plus fort et tend à devenir la volonté générale. Comme volonté du plus fort, il est défectueux, arbitraire; il est le droit dans sa réalité; il ne l'est ni dans son idéal, ni dans sa perfection.

Il se transforme à son avantage en devenant la volonté générale. Nous avons vu comment nous n'avons pas d'autre critère de la vérité que l'absence de contradiction. Cette assertion s'applique aussi au vrai bien, qui doit être ce que tous s'accordent à désirer.

Sans doute, le consentement universel même perpétuel n'est pas infaillible; mais nous ne prétendons pas à l'infaillibi-

lité. Nous cherchons seulement à nous rapprocher graduellement de la vérité ; et dans ce travail, il ne peut être qu'avantageux de tenir compte du plus grand nombre possible de volontés.

Après avoir considéré la société comme un groupe de volontés qui subissent l'ascendant de la plus forte d'entre elles et sont entraînées dans son orbite, nous allons l'envisager comme un groupe de volontés indépendantes, qui cherchent à se mettre d'accord et finissent par engendrer une résultante. Il y a tout lieu de croire que chaque société présente ces deux caractères, à la fois distincts et inséparables, combinés il est vrai dans des proportions diverses, et qui donnent naissance, le premier au droit privé, et le second à la politique. J'emploie à dessein le mot politique, et non pas celui de droit public ; nous aurons en effet l'occasion de montrer que le droit public a un caractère mixte, qu'il participe à la fois de la politique et du droit privé. Quant à ce dernier, il faut l'entendre ici dans un sens large, en y faisant rentrer tout le droit international et pour les premiers temps au moins, une grande partie du droit criminel.

Nous voici donc en face de plusieurs volontés qui, naturellement, entrent en conflit les unes avec les autres. La solidarité humaine fait que ces conflits ne se bornent pas aux deux parties primitivement et directement intéressées. Celles-ci se cherchent des alliés, et c'est ainsi que les différends gagneraient de proche en proche, comme un incendie, si l'on n'y mettait ordre. On arrive en effet à comprendre qu'un conflit entre particuliers trouble la paix publique et intéresse la société tout entière. C'est ainsi que la société est amenée à s'interposer ; le droit privé qui s'oppose à certains égards à la politique et au droit public en est à d'autres égards une des applications.

Bien qu'elle prenne souvent une part directe au prononcé comme à l'exécution de la sentence, par exemple sous la forme de l'opinion publique, la société se voit pourtant obligée de charger spécialement certains individus du règlement des conflits. Ces fonctions de juge échoient généralement, dans les épo-

ques primitives surtout, au prince, à cet individu plus fort qui a réussi à s'imposer aux autres et à faire de sa volonté la volonté publique. Il semble qu'alors toute différence doit s'effacer entre le droit privé et le droit public. Il n'en est rien pourtant : nous avons affaire à une union personnelle, et non pas à une union réelle ; les deux fonctions restent distinctes, lors même qu'elles sont réunies sur la tête du même individu. On sent que le prince doit prendre vis-à-vis de son peuple une tout autre position, suivant qu'il s'agit de combattre l'ennemi commun, ou de régler des conflits intérieurs. On ne peut pas lui demander d'observer dans le premier cas tous les ménagements qu'il peut et doit avoir dans le second. Ici, nous le verrons s'imposer au peuple, il l'entraînera ; là, il en écoutera l'opinion pour la mettre à exécution. Aussi lorsque, par le fait de la complication des problèmes juridiques, une nouvelle division du travail deviendra nécessaire, nous verrons apparaître une nouvelle catégorie de juges, chargés, non plus d'exécuter la sentence, mais de la formuler ; il s'agit de représenter, non plus la force publique, mais l'opinion publique. Ces fonctions-là incombeant aux sages, aux prêtres, aux vieillards qui ont de l'expérience, aux riches qui ont du loisir. Plus tard, à la suite d'un développement séculaire, elles ont l'objet d'éducations et de carrières spéciales, et donnent naissance à la classe des jurisconsultes.

Le sentiment général s'affirme encore autrement. La conformité des besoins, des manières de voir, etc., fait que la conscience des divers individus leur dicte dans les occasions semblables généralement à tous la même ligne de conduite. Il s'établit dans la pratique une certaine uniformité, qui n'est pourtant point exclusive des variations commandées par la diversité des circonstances, des temps, des lieux, des croyances, etc. C'est ainsi que se constituent, sous les noms de mœurs, d'usages, de coutumes, certains modes de vivre qui dans le principe ne sont pas même formulés verbalement. Le juge, moralement obligé, nous l'avons vu, de se conformer dans le règlement des conflits entre particuliers au sentiment public, se trouve conduit par là même à consulter la coutume, qui en

est l'expression la plus fidèle. De la sorte, les contestations se trouvent vidées, non pas d'après des théories abstraites qui dépassent la portée du peuple, mais au contraire, d'après des notions qui lui sont familières et qui ont déjà dicté la conduite des individus dans une foule de cas. Ce point est très important. Le droit privé, en effet, a de tout autres exigences que la politique ; il ne comporte ni le mystère, ni l'improvisation. En politique, le chef de l'état décide, et les sujets n'ont qu'à exécuter passivement les ordres qu'on leur donne ; il n'est pas nécessaire, il n'est pas même bon qu'ils les connaissent d'avance. Mais en droit privé, les sujets doivent décider eux-mêmes leur conduite et la décider conformément aux règles du droit. Il faut donc que ces règles leur soient connues, et pour cela qu'elles aient une certaine stabilité.

Ainsi, dans le règlement des contestations, le juge se dirige sur la coutume. Celle-ci toutefois n'est pas infaillible ; elle n'est pas toujours l'expression, ni de ce qui est bon, ni de ce que le peuple trouve bon. Que fera le juge lorsqu'il se trouvera tiraillé entre sa conscience et une coutume qu'il désapprouve ?

Constatons d'abord qu'il ne se trouve pas dans un cas de force majeure. L'opinion publique n'est pas toujours évidente ; le juge chargé de la découvrir peut avoir des doutes, et le doute même rend la liberté de choisir.

La coutume n'est donc pas obligatoire pour le juge, et ne supprime pas sa responsabilité. Le juge se trouve toujours en face de sa conscience, qui elle aussi peut être considérée dans une certaine mesure comme une manifestation du sens public, par lequel il est impossible qu'elle n'ait pas été influencée. Le juge est donc naturellement appelé à s'adresser en première ligne à sa conscience. Seulement, pour peu que cette conscience soit délicate et prévoyante, qu'elle ait l'intelligence de la responsabilité qu'elle assume, elle se trouvera embarrassée, elle doutera de ses propres lumières et cherchera à les compléter par celles d'autres personnes. C'est ainsi qu'elle recourra aux autorités, à la tradition, à la coutume. Celles-ci n'ont qu'une valeur purement consultative, et se distinguent

nettement par là des ordres impératifs imposés par une force majeure.

La nécessité de cette différence se fait sentir encore à un autre point de vue. La force majeure n'a qu'un temps ; elle passe et emmène avec elle l'ordre impératif qu'elle portait, et dont la valeur n'est jamais que provisoire.

L'autorité de la tradition n'est pas attachée à une telle condition ; elle ne porte pas en elle le germe de sa ruine. Si l'on était contraint de s'y conformer, il n'y aurait pas d'amélioration possible ; un principe erroné une fois admis devrait être suivi jusqu'à la fin des siècles.

On sort de cette déplorable ornière en limitant le rôle de la tradition à faire des propositions, entre lesquelles le juge reste toujours libre d'opérer son choix. Ce dernier prononcera, non pas suivant la coutume, mais suivant la bonne coutume, la coutume qu'il trouve bonne ; il apprendra à dégager le bon sens des données du sens commun.

D'un autre côté, ce système présente l'inconvénient de laisser trop de jeu à l'arbitraire du juge. Celui-ci pourra en abuser au profit de son égoïsme. Le peuple se voit amené à mettre des limites à cette liberté, à ne pas s'en rapporter exclusivement à sa conscience. C'est ainsi qu'il arrive à imposer au juge des règles que celui-ci est tenu d'observer. Mais pour que cela ait lieu, il faut que le peuple se soit emparé du pouvoir politique, et le fasse intervenir dans la sphère du droit privé. Le souverain s'impose jusque dans ce domaine, et c'est ainsi que nous nous trouvons ramenés au droit impératif. Il ne faut pas croire toutefois que celui-ci supplante le droit consultatif, il ne fait que s'y ajouter pour le compléter. En effet, il y a toujours beaucoup d'imprévu dans les relations des hommes, beaucoup de choses qu'on ne peut pas régler d'avance ; ce qui est réglé même ne peut jamais l'être que d'une manière très incomplète. Il restera toujours des lacunes, plus ou moins grandes, que le juge sera appelé à combler suivant les conseils de sa conscience appuyée par les autorités.

Le droit impératif se présente combiné avec le droit consultatif ; ce dernier est la forme primitive, à la fois indispensable

et imparfaite. Le droit impératif est la forme artificielle, secondaire, donnant à certains besoins une satisfaction plus complète, mais ne satisfaisant qu'un petit nombre de besoins.

On comprend qu'en cas de conflit entre les deux droits, c'est le droit impératif qui doit l'emporter ; il s'impose, ce que l'autre ne fait pas. Le droit consultatif se trouve donc réduit à un rôle secondaire.

VIII

Pour compléter ma pensée, je dois aborder ici un problème souvent agité. Une disposition du droit impératif, ou comme on dit, une loi, peut-elle être annulée par une disposition du droit consultatif, par une coutume ? La réponse négative ressort nécessairement de ce que nous avons dit ; le droit impératif l'emporte sur le droit consultatif ; il peut en être complété, mais non pas modifié.

Seulement, c'est ici le cas de se rappeler qu'il ne faut pas conclure de ce qui doit être à ce qui est. Les hommes ne remplissent pas toujours leurs devoirs, ils ne sont pas toujours dans l'ordre, et cela est vrai en particulier du droit impératif, qui est une manifestation complète de la volonté humaine. Le droit impératif est destiné à se perfectionner ; il peut revenir sur ses anciennes dispositions, les modifier, les supprimer au besoin. Mais il doit le faire d'une manière expresse, il doit délier formellement ceux qu'il a formellement liés. Sinon il s'abandonne et se ruine lui-même, il cesse de rendre les services qu'il est appelé à rendre, il se dépouille de sa raison d'être et prépare sa suppression.

Il n'en reste pas moins vrai que cela arrive, et du moment où cela arrive, il faut en subir les conséquences. On voit souvent le droit impératif se dérober et fausser compagnie ; il faut connaître les cas dans lesquels cela a lieu, afin de se conduire en conséquence. Ainsi, l'abrogation d'une loi par une coutume ne devrait pas avoir lieu ; mais elle a lieu. La morale et la politique la réprouvent, mais la jurisprudence la reconnaît et doit en tirer les conséquences.

On comprend que le droit consultatif et le droit impératif doivent être interprétés différemment. Le droit impératif s'impose ; en face de deux dispositions émanant de deux pouvoirs différents, la question est une simple question de force, il s'agit de savoir lequel des deux pouvoirs est en état d'imposer au besoin sa volonté à l'autre, et de s'attacher à ses prescriptions.

Le droit consultatif se borne à proposer et à conseiller, en laissant la liberté de choix. Il s'agit, avec lui, de chercher ce qui est le meilleur. De plusieurs exemples qu'on me proposera, je devrai m'attacher à celui qui se rapproche le plus de l'espèce sur laquelle j'ai à prononcer. C'est ainsi que je me trouve appelé à donner à la règle spéciale la préférence sur la règle générale, à la coutume particulière la préférence sur la coutume de droit commun.

On voit combien il importe de distinguer les deux classes de droit. Et cependant, il est impossible de les séparer ; à chaque instant nous les voyons se combiner l'un avec l'autre. Ainsi les principes fondamentaux de l'interprétation des lois, du droit impératif par conséquent, sont posés par le droit consultatif. De même les lois, les lois criminelles surtout, réservent une certaine latitude à l'appréciation du juge et font ainsi la part du droit consultatif.

Il nous faudrait ici faire l'énumération des diverses espèces du droit consultatif et de l'impératif. Les espèces variant suivant les temps et les lieux, une telle énumération ne peut être qu'exemplaire et approximative.

Nous trouvons dans le droit consultatif, à côté des usages extrajudiciaires, la jurisprudence des arrêts et celle des auteurs, qu'il faut consulter, mais qui ne sont point obligatoires. Dans le droit impératif nous trouvons les lois, les règlements, tous les ordres émanant des pouvoirs, et même les traités et conventions entre particuliers. Ici toutefois, nous nous trouvons déjà sur un terrain vague. Les traités et conventions ne sont pas toujours soutenus par une force suffisante ; lors même qu'il est bon de les observer, cela n'est pas toujours nécessaire. On ne peut pas toujours compter sur leur exécu-

tion. Ensuite, il faut se rappeler que parfois le droit impératif se dérobe, se retire devant le droit consultatif. Les lois ne sont pas toujours mises à exécution.

La combinaison des deux systèmes est d'autant plus fréquente et plus importante que chacun d'eux a ses avantages qui lui sont propres.

IX

La distinction du droit consultatif et du droit impératif, ou comme on dit en termes plus courants que bien choisis, du droit non écrit et du droit écrit, n'est pas la seule qu'on puisse établir entre les sources du droit. Nous pouvons distinguer encore entre les faits et les théories. Je fais rentrer dans les faits, d'abord tout le droit impératif en tant qu'il est en vigueur, que la volonté souveraine se tient prête à l'appuyer de sa force. Les dispositions impératives tombées en désuétude ne font plus partie du droit.

Prennent encore place dans la catégorie des faits les arrêts des tribunaux, la coutume proprement dite, que j'appellerai la coutume extrajudiciaire, la manière dont les gens se conduisent d'eux-mêmes, sans que cette conduite leur soit imposée par les tribunaux.

Les lois (dans le sens large du mot), la coutume, les arrêts des tribunaux sont des éléments constitutifs et par conséquent des indices du droit, dont il faut tenir compte, de diverses manières peut-être. Ils ne présentent sans doute pas toujours le droit dans sa perfection à laquelle nous ne devons pas prétendre être arrivés. Mais ils le présentent dans sa réalité, dans sa possibilité, ce qui est déjà important. Ce qui s'est fait est possible ou tout au moins l'était au moment où cela s'est fait. Or, on sait que c'est la première condition du droit que d'être possible.

Notons, pour être parfaitement exact, qu'il peut se faire qu'une loi ou un arrêt soit inexécutable ; alors ils restent inexécutés et ne font pas plus partie du droit qu'une loi tombée en désuétude. Seulement, étant donnée une loi ou un arrêt,

jusqu'à preuve du contraire, on présume leur mise à exécution.

Il résulte de là que ce qui constitue et indique le droit, c'est le fait d'être mis en pratique. On doit au contraire user d'une sévérité impitoyable à l'endroit des théories, en raison de l'épouvantable abus qu'on en a fait. Chacun se croit qualifié pour en formuler, surtout en matière de droit public, depuis le pilier d'estaminet qui n'a jamais rien fait, ni rien appris, jusqu'au songe-creux le plus étranger aux exigences de la vie. Ces innombrables théories ne sont pas nécessairement de tous points fausses ; mais elles ne sont pas non plus, bien s'en faut, de tous points justes, et leur masse est telle qu'il faut renoncer à en faire la critique. Ces théories, du reste, sont toutes entachées du péché originel qui affecte toutes les théories, et dont elles ne s'affranchissent jamais d'une manière complète ; elles prennent leur idéal pour la perfection, et même pour la réalité. Leurs auteurs se représentent les choses telles qu'ils les désirent. Les théories en matière de droit présentent, non pas le droit tel qu'il est, ni le droit tel qu'il doit être, mais le droit tel que le désire l'auteur de la théorie, l'idéal particulier de cet esprit, idéal qui est tout autre chose que la perfection. Elles sont, il est vrai, quelquefois les symptômes précurseurs des changements qui se préparent dans le droit ; elles méritent l'attention à ce titre-là, d'autant plus que le droit se transforme toujours, et que celui d'aujourd'hui n'est qu'un compromis entre celui de hier et celui de demain. Il ne faut pas oublier d'autre part que les théories destinées à faire avec le temps partie du droit sont très rares.

Nous avons mentionné la jurisprudence des auteurs au nombre des sources du droit. Que peut-on entendre par là, sinon des théories ? Cela est vrai. Aussi y a-t-il une classe de théories qui échappe à la réprobation que je viens de prononcer. Ce sont celles qui renoncent d'emblée à formuler le droit, à dire ce qu'il doit être, qui le prennent comme il est et se bornent à l'expliquer, à en faciliter l'intelligence. Ces théories-là ne prétendent jouer, comme sources du droit, qu'un rôle tout à fait secondaire, et c'est leur modestie même qui les sauve.

Il semble au premier abord que, dans ces conditions-là, les auteurs ne soient pas des sources de droit. Ils le sont pourtant, et voici comment.

Les véritables sources du droit ont toujours été jusqu'ici très imparfaites. Sur bien des points elles se taisent et sur d'autres elles s'expriment obscurément; sur d'autres encore elles se contredisent. Il faut alors les compléter et les épurer. Ces deux opérations peuvent se faire de deux manières. On peut combler les lacunes au moyen de sa propre manière de voir; alors, il ne peut plus être question de droit; il n'y a plus que des opinions personnelles qui n'ont aucun moyen de se faire respecter. C'est la faute que commettent toujours ceux qui ne savent pas ce que c'est que le droit.

L'autre méthode consiste à imposer silence à sa propre manière de voir pour chercher à rétablir indirectement la manière de voir de cet être abstrait qu'on appelle le législateur, à déterminer comment il aurait réglé l'espèce en question s'il en avait eu connaissance, de combler la lacune, non pas d'après le bon plaisir de l'interprète, mais d'une manière qui soit en harmonie avec les autres données du droit.

On comprend que cette seconde méthode se propose une tâche infiniment plus délicate et plus compliquée que la première; mais elle résout le problème d'une manière bien plus satisfaisante. Au lieu de présenter sa propre volonté que rien n'appuie, le théoricien présente la volonté législatrice qui a les moyens de s'imposer, et il lui laisse le soin de le faire.

Le théoricien peut donc se proposer de découvrir la volonté latente du législateur existant, accepté ou subi. C'est ainsi que, sans créer lui-même le droit, il est pourtant un facteur du droit, puisqu'il y a certaine parties, souvent même des parties très importantes qu'on ne peut connaître que par son intermédiaire. Les auteurs sont une source de droit dans un certain sens, et dans un autre sens ils ne le sont pas. Cela même ne s'applique qu'à une certaine catégorie d'auteurs, à ceux qui cherchent à dégager la volonté du législateur, et non pas à y substituer la leur.

X

Cela dit revenons aux éléments pratiques du droit, en particulier à la coutume et à la loi. Chacune de ces formes a des avantages qui lui sont propres. Le droit coutumier est celui des peuples dans l'enfance; ses allures très lentes, sa vue très courte le rendent insuffisant dès que les circonstances se compliquent et que la rapidité devient nécessaire. On recourt alors à la loi, mais celle-ci donne souvent lieu à des erreurs et à des malentendus. Le législateur peut se tromper, substituer ces convenances à celles du pays. La précaution même de faire accepter les lois par le peuple ne pare pas toujours à ces inconvénients. Le plébiscite, lors même qu'il représente le sentiment populaire, ce qui n'est pas toujours le cas, peut ne représenter que le sentiment d'un jour. Il peut y avoir contradiction entre le pays légal et le pays moral. Un tel danger n'est guère à craindre avec la coutume, qui érige les mœurs mêmes en loi, et qui est le produit d'une élaboration très longue, le plus souvent séculaire. A supposer même que la contradiction n'existe pas, c'est toujours un mal, un mal souvent nécessaire, il est vrai, quand le droit est trop savant pour que le peuple puisse le comprendre.

Les deux systèmes ont leurs avantages. Il faut chercher à les concilier pour produire un droit qui suffise à toutes les exigences d'une civilisation avancée, tout en poussant de profondes racines dans la conscience des masses. On n'atteindra ce but qu'en faisant progresser à la fois la science juridique et l'éducation populaire.

H. BROCHER.
