

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 50 (1931)

Artikel: L'état et le droit

Autor: Burckhardt, Walther

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895958>

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: 21.02.2026

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

L'Etat et le droit.

Rapport présenté par M. WALTHER BURCKHARDT,
professeur à Berne¹⁾.

En proposant à la Société suisse des Juristes de discuter ce sujet, le Comité lui a imposé une tâche difficile; difficile non seulement en raison du sujet, mais surtout parce que dans la discussion théorique qui a été reprise depuis quelque trente ans, les interlocuteurs le plus souvent ne se comprennent pas, de sorte que l'un réfute une opinion que l'autre ne veut pas soutenir. Cela vient, me semble-t-il, de ce que les théoriciens du droit, tout théoriciens qu'ils sont, ne s'astreignent pas à formuler clairement la question à laquelle ils prétendent répondre. Or, bien poser la question est l'une des conditions essentielles d'une bonne solution, et la peine qu'un auteur prend de bien préciser le thème dont il parlera n'est point perdue. Au contraire: Quand on a bien posé la question, on l'a souvent déjà résolue aux trois quarts; mais quand on l'a mal posée, il est d'emblée impossible de la résoudre. Il est donc de la plus haute importance de se rendre exactement compte de l'objet qu'on veut discuter. Souvent un objet qui paraît simple comporte plusieurs questions et on ne s'en rend compte qu'après mûre réflexion. On parle p. ex. constamment de „la question“ de la souveraineté. Mais le problème ne consiste pas à expliquer le sens grammatical du mot „souveraineté“, c'est-à-dire le sens qu'on lui attribue dans le bon usage de la langue; on veut résoudre une difficulté qui se pose aux juristes dans n'importe quelle

¹⁾ Mon ami, le Dr. Ch. Jacot, traducteur des C. F. F., a bien voulu revoir mon français; je l'en remercie cordialement ici.

langue et il vaudrait bien la peine de dire laquelle. Veut-on parler de l'Etat comme telle ou d'une des attributions de l'Etat et, alors, de laquelle? De ce qui caractérise logiquement l'Etat ou de ce qui lui incombe pratiquement? On me dira peut-être que, précisément, on voudrait savoir, ce qu'il faut comprendre par „souveraineté“, si c'est l'Etat lui-même ou un attribut de l'Etat et lequel; que si on le savait, on n'aurait pas besoin de le demander. Ne disais-je pas que bien poser la question est presque la résoudre? Comme le mot de „souveraineté“, les mots d'„Etat“ et de „droit“ sont le point de rencontre de certaines controverses historiques. Mais pour discuter méthodiquement ces sujets, il faut avant tout savoir de quoi on veut parler, et pour cela il ne suffit pas de répéter ces mots énigmatiques; il faut formuler en d'autres termes la question qui demande à être résolue. C'est là, au fond, toute la méthode.

Gardons-nous donc de tomber dans la double erreur de la logomachie ou de la confusion et essayons de bien poser la question à laquelle nous cherchons une réponse. Qui bene distinguit, bene docet.

Je pense que ce n'est pas tant la définition de l'Etat ni celle du droit qu'on demande, mais le rapport qu'il y a ou qu'il doit y avoir entre l'Etat et le droit. Il est vrai que cela ne simplifie pas beaucoup la tâche; à mon avis, le droit est aussi essentiel à l'Etat que l'Etat au droit, au droit positif du moins; et définir la relation entre deux termes, c'est définir ces termes mêmes. Je ne saurais donc, pour ma part, me dispenser de parler de l'Etat et du droit comme tels, avant de parler de la relation qui doit exister entre eux. Tout cela se tient et ne se comprend que par la relation qui existe entre les différents termes.

Et il est clair, pour quiconque veut bien réfléchir, que les notions du droit et de l'Etat sont liées à tous les problèmes de la philosophie du droit et ne peuvent être scientifiquement discutées que dans ce cadre plus vaste. Ne pouvant le faire ici, je serai forcé d'affirmer souvent sans motiver, espérant que si toutes les parties du raisonne-

ment ne peuvent être étayées séparément, elles se soutiendront cependant par leur cohésion réciproque.

Je me permettrai d'énoncer en raccourci ma propre opinion²⁾ sur le droit et sur l'Etat d'abord, sur leurs rapports ensuite, et (sans exposer tout au long les doctrines anciennes et récentes) de rapprocher mon opinion d'opinions opposées sur les points qui sont aujourd'hui au premier plan de la discussion. Ce sera, je pense, le meilleur moyen de rester dans les limites d'un simple rapport sur une question qui a préoccupé tant de philosophes et de juristes.

I. Le droit. L'Etat.

A. Commençons par le droit.

Les règles de droit, que nous trouvons dans notre législation et que les tribunaux ou les administrations appliquent, sont des règles obligatoires pour le citoyen. Elles prétendent, c'est là leur sens, énoncer une norme à laquelle le citoyen doit se conformer. La loi juridique se distingue en cela de la loi naturelle, laquelle énonce des caractères communs à certains faits, à certains phénomènes. La loi naturelle rend compte de ce qui est; la loi juridique proclame ce qui doit être.

Il est vrai que la loi juridique peut être considérée aussi comme un fait; je veux dire la loi, promulguée à une certaine date, en certains termes, par une autorité donnée pour un pays donné. C'est un fait que, le 10 décembre 1907, le Code civil suisse a été voté par l'Assemblée fédérale et que, le premier janvier 1912, il est entré en vigueur. Mais le fait c'est la décision prise à certaine date par l'autorité compétente pour donner force obligatoire à une règle; le code civil est entré en vigueur, est devenu partie de notre droit positif en vertu de ce fait. C'est ensuite du fait que l'Assemblée fédérale l'a voté que le code civil

²⁾ Pour plus de détail, je dois renvoyer le lecteur à mon ouvrage „Organisation der Rechtsgemeinschaft“, Basel 1927.

est devenu obligatoire; mais une fois voté, il est bien obligatoire; il énonce ce qui doit être et non ce qui est.

Quelle que soit son origine historique, la règle de droit, loi ou coutume, est essentiellement différente de la loi naturelle. C'est une loi morale (au sens large)³⁾; elle ne parle pas à l'indicatif, mais à l'impératif⁴⁾. Et toute règle de droit aura cette signification et cette prétention: prescrire, ordonner, obliger. En disant: L'autorité, compétente en vertu de la constitution, établit la règle de droit, et la règle qu'elle établit, qu'elle pose, constitue notre droit positif, je ne prétends point résoudre toutes les difficultés; il reste à expliquer comment ce qui a été décidé en fait acquiert force obligatoire, acquiert droit à l'obéissance. Le fait que la constitution donne force obligatoire aux décisions de l'autorité législative n'est pas une explication suffisante. Mais c'est là une autre question. Pour le moment nous nous demandons seulement ce que la règle de droit est; sans nous préoccuper de savoir qui l'a établie, si elle est établie ou même simplement proposée; si elle est positive ou idéale. Nous nous demandons de quoi nous parlons quand nous parlons de la règle de droit. Et nous disons: elle énonce toujours une *norma agendi* et non pas une *causa essendi*. Nous ne parlons donc pas de l'origine du droit, ni, pour le moment, du fondement du droit positif, de son titre à l'obéissance. Nous parlons du concept même de ce droit; c'est par quoi il faut commencer: pour reconnaître l'origine ou le titre du droit il faut préalablement savoir ce que le droit est. Pour savoir

³⁾ J'appelle „morale au sens large“ tout ce qui est de nature éthique; la règle morale au sens large comprend donc la règle morale proprement dite et le droit; au sens propre j'oppose la morale au droit.

⁴⁾ L'Illicite, vol. I. L'impératif juridique, 1929, p. 1. La norme sociale de Duguit, Droit constitutionnel, 3e éd. 1929, I. p. 80, „qui ne commande pas une certaine attitude, mais est simplement l'expression de la loi qui régit cette attitude consciente“, ne peut être autre chose qu'une loi causale, quoi qu'en dise Duguit p. 70.

comment un météore a pu se former, il faut savoir de quoi il se compose.

Or, le droit, disons-nous, est une règle de la conduite des hommes en société. En cela la règle de droit est semblable à la règle morale. Toutes les deux s'adressent à la raison et la sollicitent⁵⁾. Mais la règle de morale sollicite l'obéissance libre et ne peut être obéie que librement et par conviction; la règle de droit, au contraire, doit être observée même par celui qui ne s'y soumet pas intérieurement.

Cela signifie deux choses:

1^o Qu'elle est la même pour tous et que, par conséquent, elle fait abstraction de la conviction individuelle des membres de la société; nécessairement. Elle contraint déjà par ce fait qu'elle exige l'obéissance non par conviction, mais par autorité. La conscience individuelle n'est pas souveraine dans le domaine du droit; si elle l'était, le droit qui est par essence une règle hétéronome, ne pourrait subsister. La règle de droit contraint donc d'abord „moralement“ en ce qu'elle ne laisse pas à l'individu le choix des règles qu'il estime bonnes, mais qu'il lui impose des règles; mais en outre

2^o elle contraint physiquement celui qui ne s'y conforme pas.

ad 1^o La contrainte est, en effet, ce qui distingue essentiellement la règle de droit⁶⁾ de la règle morale (au sens

⁵⁾ Elles se distinguent toutes deux des règles techniques ou d'utilité, en ce qu'elles expriment un postulat inconditionnel, catégorique, comme dit Kant, et non seulement conditionnel; elles ne disent pas: Tu ne dois pas tuer, calomnier, si tu ne veux pas être déconsidéré ou emprisonné; elles disent: tu ne dois pas; de même que la morale ne dit pas: ne fais pas cela si tu ne veux être déconsidéré. Les règles éthiques n'offrent pas seulement un moyen à celui qui est déterminé à poursuivre un but; elles lui prescrivent certains buts et lui interdisent les autres; v. p. ex. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 170, 174.

⁶⁾ V. p. ex. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 20.

propre). Nous sentons bien, qu'imposer la règle morale par contrainte, ce serait la détruire. Le devoir ne peut être accompli que librement. Celui-là seul s'en acquitte qui le reconnaît par ses propres moyens comme son devoir et qui s'y soumet librement. Mais le droit qui fait partie aussi de l'ordre moral (au sens large) contraint. Or, comment l'ordre moral, qui est le domaine de la liberté, a-t-il pu être avili par la contrainte? La règle de droit, tout en contraignant, prétend obliger; elle prétend avoir droit de cité dans le monde moral où règne, semble-t-il, la liberté. Comment cela s'explique-t-il? Comment justifier le droit?

Il ne se justifie à mon avis que relativement. Il ne peut pas se purger complètement de cette tare originelle qui est la contrainte. Mais il peut justifier cette imperfection par une autre imperfection, celle des hommes. Voici comment:

C'est que la société humaine, composée d'individus imparfaits et d'imperfections individuelles, ne peut pas subsister avec un régime purement moral; le droit, la règle morale doublée de contrainte, est nécessaire. Ce n'est pas l'idéal, ni pratiquement, ni logiquement. Pratiquement, le régime juridique est defectueux parce que la contrainte est toujours un mal et que le seul bien que les hommes réalisent, ils le réalisent librement⁷⁾. Logiquement il est defectueux parce qu'il est contradictoire de réaliser par la contrainte ce qui doit se faire, ou, en d'autres termes: d'en appeler à la raison et, en même temps, de menacer de la force. La raison ne se rend qu'au raisonnement.

Le régime juridique est donc un régime imparfait précisément parce que c'est un régime coercitif. Mais c'est un régime nécessaire; c'est le seul possible dans une société d'hommes, c'est-à-dire d'être bornés et, par conséquent, imparfaits. Qu'on se représente, en effet, une société sans

⁷⁾ Sous ce rapport Tolstoi n'a pas tort: Ce n'est pas par ordre de la loi ou du juge que l'homme tombé peut être relevé; c'est par l'initiative libre d'un autre homme qui s'adressé à la libre volonté.

règles de droit, et on verra que la loi morale, à elle seule, ne suffit pas; non seulement parce que tous ne s'y conforment pas et que les consciencieux seraient les victimes des égoïstes; non seulement parce que les individus, si consciencieux qu'ils fussent, ne reconnaîtraient pas tous les mêmes préceptes de morale et obéiraient à des convictions différentes; mais encore pour une autre raison qui a été moins souvent donnée:

Même si tous étaient parfaitement consciencieux et si tous avaient les mêmes convictions, il serait impossible aux individus dans une société obéissant seulement aux préceptes de la morale de prendre une détermination. Pour se déterminer en connaissance de cause pour ou contre une action projetée, il faut savoir quels en seront les effets; on ne donne pas l'aumône à un mendiant lorsqu'on sait qu'il est buveur, parce qu'il dépenserait cet argent à boire; on ne commence pas un travail sans savoir si on peut le terminer. Or, les effets ne peuvent se prévoir que si les hommes suivent certaines règles, des règles d'une certaine constance, qui décident par avance comment les individus auront à se comporter dans des circonstances données. Le droit consiste précisément en règles de cette sorte, comme nous le verrons. Mais la morale ne peut être ramenée, comme le droit, à des règles; le devoir moral ne se laisse pas codifier. Et ce n'est pas une difficulté technique seulement et fortuite; c'est une incompatibilité essentielle.

Si la morale ne peut pas être réduite à un certain nombre de règles, ce n'est pas seulement parce qu'il est difficile de dire quelle est la conduite à tenir dans toutes circonstances, présentes et futures. Même si les hommes pouvaient prévoir l'avenir et juger impeccablement de ce qui, dans chaque circonstance, est bon ou mauvais, ils ne pourraient pas, en s'imposant certaines règles, se lier d'avance dans leurs résolutions. Pour répondre au devoir moral, il faut qu'à chaque fois ils se demandent, si leur attitude est conforme non pas à une règle qu'ils se sont donnée, mais à l'idée du bien elle-même. Prenons le devoir

de charité: Quelqu'un, un consciencieux, las de se demander à chaque fois qu'on le sollicite, s'il donnera ou ne donnera pas l'aumône demandée, se fait „une règle“ et dit: à l'avenir je ne donnerai plus d'argent, à personne, mais seulement des dons en nature. Ce n'est pas déraisonnable et tout le monde se fait ainsi des „principes“. Mais si un nécessiteux qu'il connaît, un dévoyé sonne à sa porte et lui expose que, son enfant étant malade, il devrait acheter du lait et aller dîner quelque part, le consciencieux pourrait-il lui dire: „Je me suis fait une règle, c'est de ne pas donner d'argent; c'est pour moi un principe et il faut être fidèle aux principes; vous comprenez donc que je ne vous en donne pas.“ Le quémendeur pourra lui répondre avec beaucoup de raison: il ne s'agit pas de savoir si votre action est conforme à une règle, mais si elle est bonne; la règle que vous vous êtes faite, vous ne pouvez l'appliquer qu'à condition qu'à chaque fois elle se révèle juste et bonne. Et dans mon cas, la charité, l'amour du prochain ne vous commande-t-il pas de m'aider, alors que personne d'autre ne me connaît? En d'autres termes: La règle, si bonne fût-elle, ne dispense jamais du nouvel examen du fond de la question, à savoir si l'action proposée est bonne ou mauvaise; la décision est toujours individuelle, et les „règles“ qu'on peut formuler pour plus de commodité ne dispensent jamais de cet examen. Il ne suffit pas que les actions soient conformes à certaines règles; il faut qu'elles soient bonnes; ni plus, ni moins⁸⁾; il est immoral de se dispenser d'avance de cet examen. Voilà en quoi manquent les „moralistes“ qui veulent, pour ainsi dire, codifier la morale; non seulement ils se perdent dans des distinctions byzantines pour tenir compte de l'individualité des cas, qui, ils le sentent bien, ne peut pas être négligée; mais, ne pouvant jamais en tenir compte suffisamment, ils font violence à la conscience en l'obligeant de suivre une

⁸⁾ C'est ce que semble dire p. ex. Renouvier, *Science de la morale*, 1887, I, p. 91; la règle reviendrait „à rendre la conscience inutile, ce qui ne se peut point“, et p. 340.

règle, sans examiner si, dans chaque cas qui se présente, elle répond bien à l'idée du bien. Nous pouvons, il est vrai, réunir en une formule certains caractères communs des arrêts d'espèce de notre conscience dans les circonstances actuelles; il est même bon de le faire et utile de s'y tenir pour ne pas céder aux entraînements irréfléchis du sentiment; mais une action n'est jamais bonne parce qu'elle est conforme à une règle préétablie; c'est la règle qui est bonne parce qu'elle résume des actions jugées bonnes et elle l'est en tant seulement que les actions qu'elle recommande peuvent être jugées bonnes. C'est à l'idée du bien qu'il faut toujours rapporter directement l'action pour la justifier moralement; c'est la seule façon de la justifier; il faut que toute action soit „bonne“, tout bonnement. C'est nécessairement par décisions individuelles que la morale et l'homme moral procèdent⁹⁾.

Eh bien! l'effet de ces décisions individuelles, dont chacune dépendra de toutes les circonstances individuelles du moment et dont chacune sera, à son tour, une des circonstances déterminantes des décisions à prendre par d'autres, il est impossible de les prévoir. L'homme le plus consciencieux, précisément parce qu'il l'est, ne peut dire d'avance ce qu'il fera demain dans des circonstances qu'il ne connaît pas encore; encore moins peut-il dire ce que tous les autres feront et quelle situation résultera après-demain de l'action combinée de toutes ces résolutions individuelles. Il ne peut donc pas prendre, en connaissance de cause, une résolution pour après-demain ou pour l'an prochain.

⁹⁾ A. Naville, *Revue philosophique* 1906, p. 373, disait que tous les préceptes moraux étaient conditionnés par un „si“; sois charitable, si tu en as les moyens; sois poli, si tu n'as pas affaire à des insolents, etc. Je crains qu'on n'arrive jamais au bout des „si“ et, qu'en l'essayant, on ne se perde dans une casuistique déconcertante. Et tous ces préceptes ne me dispenseront jamais du devoir d'examiner si avec tous les „si“, le précepte mérite bien d'être suivi.

La loi juridique, au contraire, est composée de règles, de règles formulées, destinées à être appliquées, au moins pour un certain temps, telles qu'elles sont. Celui qui s'y conforme est en règle avec le droit, lors même qu'il appert clairement que dans le cas concret une autre règle aurait été plus juste. Le droit n'aurait aucun sens s'il ne procédait pas ainsi par règles arrêtées et soustraites à l'examen critique de ceux qu'elles obligent. Formuler une règle, c'est toujours ramener des cas individuels, c'est-à-dire infiniment variés, à un nombre limité de critères, en passant par-dessus toutes les autres différences individuelles des cas. Le droit est nécessairement schématique. Il l'est plus ou moins. Dans le premier cas, on l'appellera „formel“, dans le second on l'appellera équitable¹⁰⁾; mais schématique il l'est toujours en quelque mesure. C'est une imperfection, mais une imperfection nécessaire. Sans ce schématisme il serait impossible de prévoir l'attitude future des hommes et de se régler sur elle actuellement. Plus on schématise, plus on simplifie et plus on simplifie, plus on facilite la précision de l'avenir; mais plus on simplifie, plus on s'éloigne de l'individualité des cas, et par conséquent de la justice. Et la loi n'a pas seulement pour mission de fixer l'attitude future des hommes pour permettre à chacun de se déterminer dans le présent, elle a aussi pour mission d'être juste. Et plus elle schématise, moins elle est juste; et plus elle veut être juste, en individualisant, moins elle permet de prévoir l'avenir. Entre la sécurité qu'on attend du droit et l'équité il y a un antagonisme certain.

C'est donc pour permettre aux hommes de prévoir, dans certaines matières, la conduite les uns des autres¹¹⁾ que le législateur codifie, c'est-à-dire réduit à un système de règles abstraites et fixes, la justice, alors que le moraliste ne saurait codifier le bien sans faillir à son devoir.

¹⁰⁾ E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1921, p. 59.
G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia di diritto*, 1930, p. 184.

¹¹⁾ Par quoi je ne veux pas indiquer la raison d'être du droit, mais une condition à laquelle il doit nécessairement satisfaire.

Aussi dans nos déterminations morales, celles où la loi juridique nous laisse libres de nous déterminer, nous comptons toujours avec les lois juridiques et leur application; nous ne saurions nous déterminer moralement, sans leur appui. Soit que nous fondions un asile de buveurs, ou que nous nous associions pour l'avancement des sciences, ou que nous donnions notre appui à un orphelin, ou un simple conseil à une mère sur l'éducation d'un enfant (toutes choses où nous pouvons nous déterminer librement d'après la voix de notre conscience): nous ne saurions quel conseil ou quel appui donner, si nous n'étions sûrs que certaines professions, certaines institutions, certaines lois dureront; qu'une société scientifique une fois fondée, peut prélever des cotisations et conclure des conventions avec un éditeur, qu'un asile peut posséder des biens et en recevoir, engager des employés, vendre des produits; bref, si nous ne savions que certaines normes resteront ce qu'elles sont et que certains droits demeureront inattaquables s'ils sont conformes à quelques notions simples, malgré tous les changements de circonstances et d'opinions. Le droit est l'ossature nécessaire, indispensable de l'organisme social. La morale la plus élevée des hommes les plus éclairés n'y suppléerait jamais. Les hommes ne pourraient agir en commun et méthodiquement, sans cette infrastructure grossière mais résistante de l'ordre juridique.

ad 2^o Mais les règles à elles seules ne suffiraient pas à procurer à la vie sociale l'armature pratique dont elle a besoin; ce squelette de directives schématiques sans lesquelles l'individu ne trouverait pas à s'orienter. Il faut encore que chacun soit assuré de l'observation générale de ces règles. Dans une société d'hommes parfaitement éclairés et honnêtes avec une législation sans lacunes et sans obscurités, la règle, une fois posée et reconnue obligatoire, suffirait. Chacun, dans cette hypothèse, observerait cette règle et cette règle serait exactement la même pour tous. Nous aurions déjà des règles de droit parce que nous aurions

des règles fixes et construites sur le schéma de la règle juridique. Mais, dans notre hypothèse, nous pourrions nous dispenser de la contrainte, puisque chacun se conformerait de plein gré à ces règles. Seulement, comme la loi ne peut atteindre à cette perfection logique et que les hommes atteignent encore moins à la perfection spirituelle, il faut compter avec l'ignorance, avec l'insouciance et la malveillance des hommes; il faut compter aussi avec l'imperfection technique des lois; il faut donc compter avec le fait que les prescriptions légales seront interprétées différemment, et que, même si elles sont claires par elles-mêmes, tous les hommes ne voudront pas les suivre. Pour que, dans ces circonstances, chacun puisse tabler sur l'observation d'une règle, il faut une autorité qui l'applique (et l'interprète) autoritativement et lui assure le respect en contraignant ceux qui le lui refusent. Aussi la contrainte est-elle le complément nécessaire de la règle de droit¹²⁾.

Je sais bien qu'il y a des *leges imperfectae* et que la doctrine enseigne en général qu'une règle juridique peut être dépourvue de sanction. Que la législation contienne des dispositions de ce genre, personne ne le conteste, mais ce que je conteste c'est que ce soient des règles de droit. Si la contrainte n'était pas essentielle au droit, on pourrait concevoir, sans contradiction logique, un régime juridique sans aucune contrainte; sans qu'à ce régime rien d'essentiel manquât. Mais on s'aperçoit immédiatement qu'une législation, qui dans toutes ses prescriptions, s'en remettrait à la libre détermination des individus ne serait pas une législation juridique, mais morale, essentiellement différente de ce que nous entendons par règle de droit. Il est bien vrai que dans toutes les législations on trouve des prescrip-

¹²⁾ En parcourant les définitions du droit données par les auteurs et recueillies par Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générales à l'étude des sciences juridiques*, I. La définition du droit, 1917, on voit combien souvent revient cet élément de coercition. V. aussi Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 4—10 et l'étude incisive de del Vecchio, *op. cit.* p. 196.

tions dépourvues de sanction. Mais ce fait matériel n'est nullement décisif pour le concept du droit. Les prescriptions sans sanction restent toujours, juridiquement, imparfaites, c'est-à-dire incomplètes et défectueuses. Cette imperfection sera d'autant moins sensible que les hommes auxquels la *lex imperfecta* s'adresse seront plus éclairés et plus consciencieux: la règle qui enjoint au tribunal fédéral de juger d'après la loi, est dépourvue de sanction, mais elle est observée tout de même; celle qui prescrit au parlement de se conformer à la constitution l'est peut-être moins et souffre davantage de cette lacune; celle qui prescrit au commerçant de tenir des livres est encore plus exposée à être méconnue et celle qui prescrirait aux contribuables d'indiquer leurs revenus, mais qui n'attacherait pas de sanction, à cette prescription serait, hélas! une dérision. La loi peut se passer quelquefois de sanction, là où elle peut espérer être observée librement; mais elle ne peut systématiquement renoncer à la contrainte sans faillir à sa mission. Je dis plus: elle ne peut y renoncer sans se contredire; faire appel à la conscience des citoyens et, en même temps, leur prescrire d'autorité ce qu'ils doivent, par conscience, faire ou ne pas faire, c'est déjà une contradiction. On ne peut pas demander à quelqu'un de faire, par conscience, autre chose que ce que sa propre conscience lui prescrit¹³⁾. C'est uniquement parce qu'on est obligé de contraindre qu'il faut fixer autoritativement la règle d'après laquelle on contraindra.

La règle de droit est donc, en principe, une règle morale schématisée et pourvue de contrainte. C'est d'un côté une règle de l'ordre moral et non de l'ordre naturel; le droit

¹³⁾ Par quoi je ne veux nullement dire que ces *leges imperfectae* soient, pratiquement, toujours absurdes, et que le législateur ne puisse avoir de bonnes raisons pour les édicter; je dis seulement que, logiquement, elles ne répondent pas à la notion du droit, ou si l'on veut: qu'elles répondent à une notion foncièrement différente de celle des *leges perfectae*.

est frère de la morale. Ce qui distingue le droit de la morale n'est pas tant l'objet que la forme logique. Le droit peut défendre ce que la morale réproouve, ou ordonner ce que la morale prescrit; mais il défend et il ordonne autrement et dans un autre sens que la morale. D'abord parce qu'il fait suivre la désobéissance de la contrainte (ou, à titre subsidiaire, de la peine) et que cela seul est déjà une grave question pour le législateur de savoir s'il est bon, s'il est expédient de revêtir une obligation, jusque là morale, de la contrainte juridique. Mais il y a plus. Le législateur ne se contente pas de formuler une règle, c'est-à-dire de prescrire, lorsque certaines conditions sont réalisées, une conduite déterminée (toute règle schématise nécessairement) et d'ajouter la sanction à une règle morale, comme on le prétend souvent: pour pouvoir l'appliquer uniformément et l'imposer à ceux mêmes dont la conscience y répugne il faut qu'il traduise la pensée morale en notions techniques (amorales) dont l'application puisse être contrôlée, pour ainsi dire, mathématiquement. C'est ce caractère technique de la règle de droit qu'il nous faut encore examiner d'un peu plus près.

Si la règle de droit doit atteindre son but, qui est de décider une fois pour toutes (jusqu'à son abrogation) ce qui est juste (alors que le moraliste ne peut préjuger la décision individuelle à venir), il faut qu'elle décide sur la matière envisagée toutes les questions d'ordre moral, c'est-à-dire toutes les questions de valeur. La loi remplit d'autant mieux son rôle qu'elle évite, elle-même, plus rigoureusement les notions de valeur qui font toujours appel à des jugements de valeur de la part de l'autorité chargée d'appliquer la loi. Prescrire, par exemple, que les hommes dispensés du service militaire paient une taxe équitable, serait une loi techniquement fort imparfaite; dire qu'il paiera 3% de son revenu est plus conforme au caractère de la règle de droit, parce que cela décide par avance toute la question morale (au sens large), c'est-à-dire la question de valeur. Je ne dis pas que le législateur doive

toujours pousser la précision jusque là; il fera au contraire souvent mieux, de ne pas préciser ce qui ne lui est pas encore nettement reconnaissable pour ne pas poser des critères précis peut-être, mais faux; il fera mieux, dans ce cas, d'abandonner cette tâche à l'autorité judiciaire ou administrative, chargée d'appliquer la loi. C'est une question à examiner. Ce que je veux dire, c'est qu'en abandonnant au juge la détermination des notions de valeur il lui abandonne une partie de la tâche qui, logiquement, revient au législateur; que le juge, en interprétant la loi, en réalité la complètera et qu'il aura à achever l'opération intellectuelle que le législateur a laissée inachevée; il ne pourra appliquer la loi, sans préalablement se déterminer là-dessus et ramener la règle morale à des termes techniques¹⁴).

Un exemple illustrera ma pensée. L'ordonnance du 8 mai 1914 avait à déterminer les qualités requises des denrées alimentaires et elle déclara à l'art. 42 que la margarine ne doit pas avoir un degré trop élevé d'acidité. C'était, dès lors, à l'autorité sanitaire, administrative et judiciaire, à décider quelle acidité était excessive, c'est-à-dire à décider ce qui à ce point de vue était permis et ce qui était défendu comme nuisible à la santé; ou, plus exactement encore: ce qui méritait d'être permis ou d'être défendu. Lorsque un lot de margarine était saisi, l'autorité avait à décider si en ce cas la margarine avait trop d'acide et elle ne le pouvait faire autrement qu'en disant par exemple: cette margarine qui contient 7 degrés est trop acide, parce que, à partir de 5 degrés, la margarine commence à devenir nuisible. En d'autres termes: l'autorité ne peut décider le cas concret sans compléter la norme qu'elle applique et sans ramener les notions morales qui y sont restées à des notions techniques. Cette norme admise par la jurisprudence, le législateur l'a reprise dans l'ordonnance

¹⁴) G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd. 1927, p. 413, dit: „La précision technique fait perdre à la règle juridique son caractère moral.“

révisée du 23 février 1926, art. 59 en disant: la margarine qui contient plus de 5 degrés d'acidité est illicite. L'autorité chargée de l'application aurait pu, peut-être, s'arrêter aussi à une autre règle, et dire: l'acidité peut être de 5, 6 ou 7 degrés suivant la nature chimique de l'acide; mais cela aussi c'étaient des notions techniques qui, une fois admises, dispensent l'autorité qui les applique à recourir à des jugements de valeur. Définir la valeur juridique (c'est-à-dire son caractère licite ou illicite), c'est dire en d'autres termes qu'en termes de valeur ce qui est licite ou ce qui ne l'est pas. Si un père veut indiquer à ses enfants quelles pierres ils doivent ramasser dans un champ, il ne devra pas leur dire: vous enlèverez les pierres trop grandes; il s'en remettrait sans cela à leur décision. S'il veut en décider lui-même, il leur dira: ramassez les pierres plus grosses qu'une noix et laissez les plus petites; et dans le jardin vous ramasserez celles qui sont plus grosses qu'une noisette; ou mieux encore: il leur donnera un crible. Et de même le législateur ne suffit pas à sa tâche (logiquement parlant), lorsqu'il prescrit „le soin voulu“ (c. c. art. 849); qu'il défend au propriétaire „tout excès“ dans l'exécution de son droit (art. 684) ou qu'il ordonne de restituer „l'enrichissement illégitime“. Il aurait dû (logiquement, mais non pratiquement) définir ces caractères; et définir le caractère moral (au sens large) d'un acte, c'est le caractériser en termes non de morale (au sens large), mais d'autre sorte.

Ce n'est qu'à cette condition, et c'est là le côté pratique de la question, que la loi est une barrière suffisante à l'arbitraire administratif ou judiciaire. Je ne dis pas que la loi puisse ramener l'administration à une application quasi mécanique de la loi; elle ne le pourra jamais, pas plus la loi administrative que la loi civile; et elle aurait tort de s'y astreindre. Mais je dis qu'elle réussira à limiter l'arbitraire de l'administration dans la mesure précise où elle répondra, en termes techniques, aux questions de valeur que le problème législatif lui pose, et que si le législateur craint que l'autorité administrative n'abuse de sa

compétence — et c'était la tendance de la doctrine constitutionnelle —, il faut qu'il réponde lui-même à toutes les questions et ne laisse à l'administration aucun jugement de valeur à porter¹⁵⁾.

Si le législateur défendait ce qui est contraire à „l'intérêt public“ ou à „l'ordre public“ il s'en remettrait complètement à l'autorité appelée à appliquer la défense du soin de décider ce qui, en principe, doit être défendu; car „intérêt public“, „ordre public“ n'est pas autre chose que ce qui mérite d'être sauvegardé par l'Etat¹⁶⁾. Il limitera un peu plus la liberté des organes d'application en disant: je défends ce qui est contraire à la „santé publique“; c'est déjà un peu plus précis et un peu plus technique, et s'il ajoute que ce sont les denrées nuisibles à la santé qui sont défendues, c'est encore une limitation au pouvoir d'appréciation, au jugement de valeur à émettre par l'autorité exécutive. Si enfin il définit par des notions physiques, chimiques ou mathématiques les qualités nécessaires aux denrées mises dans le commerce, l'inspecteur des denrées et le juge de police n'auront plus, sur ce point, qu'à faire preuve de connaissances physiques, chimiques ou mathématiques; c'est encore assez difficile et cela peut malgré tout prêter à l'arbitraire. Mais dans ce cas ce n'est pas l'autorité d'exécution qui est appelée à dire ce qui, en principe, est défendu ou ne l'est pas; elle sera encore appelée à porter un jugement technique; mais le législateur se sera réservé ce qui lui revient proprement: le jugement de valeur.

Lorsque le législateur a accompli toute l'opération intellectuelle consistant à transcrire un postulat moral en

¹⁵⁾ Ripert, op. cit. 414. A. Affolter, *Das ethische Recht und der Staat*, Stuttgart 1928, p. 20, distingue le droit éthique et le droit positif, ce dernier contenant les éléments techniques qui en permettent l'application certaine. V. aussi G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924, p. 125, qui fait passer la „morale sociale“ dans le droit positif par l'adjonction de la sanction coercitive de l'appareillage technique.

¹⁶⁾ „Organisation“, p. 23.

formule technique et que cette formulée est promulguée, elle a pour l'individu, nous le répétons, une autre signification que la règle morale: les règles morales, nous l'avons vu, ne sont pas obligatoires comme telles, absolument parlant; elles sont un résumé de ce que l'expérience de la conscience a montré être souvent conforme au devoir; mais, à chaque nouveau cas qui se présente, l'individu doit se demander non seulement quelle décision est conforme à la „règle“, mais encore si cette règle elle-même est bonne, c'est-à-dire conforme à l'idée du bien. La règle lui sert de jalon dans cette recherche; mais l'objet de la recherche n'est pas de savoir si une action est conforme à une règle, c'est de savoir si cette action est bonne; ni plus, ni moins. La règle de droit, au contraire, une fois posée, est seule décisive. Elle prétend être la traduction en termes plus spéciaux de l'idée de justice; et la règle spéciale, une fois établie, est seule obligatoire pour l'individu. Ce n'est plus que dans une multitude de règles spéciales et précises que la justice luira; les lois en interceptent les rayons, et les humains ne voient plus la justice face à face; ils ne voient plus que les figures variées mais stylisées de l'écran. Le législateur qui pose la règle de droit doit donc se rendre compte qu'en faisant passer la pensée morale dans le bain électrique qui la galvanise, il transforme sa structure logique, transformation sans laquelle elle ne serait pas capable de résister à l'épreuve de l'application uniforme et forcée à laquelle la règle de droit est précisément destinée¹⁷⁾.

¹⁷⁾ J'insiste sur cette différence parce que trop souvent on présente la morale comme une sorte de droit idéal et le droit positif comme une morale sanctionnée. Le problème pour le législateur n'est pas seulement de savoir quelles règles morales il doit revêtir de sanction (contrainte ou peine), mais quelles règles morales il doit transformer en règles de droit. Même si les termes de la règle n'étaient pas changés, elle aurait comme règle de droit une toute autre signification que comme règle de morale. Dans le premier sens: p. ex. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4e éd. 1925, p. 28. Bonnecase, *Science juridique et romantisme*. Hölscher, *Die sittliche Rechtslehre* 1930. Demogue, *Les notions*

B. Nous avons parlé jusqu'à présent de la règle de droit. Nous avons cherché à montrer par quels caractères elle se distingue des autres règles de conduite et comment ces caractères sont les attributs nécessaires des préceptes qui prétendent donner à la société les règles uniformes et certaines dont a besoin une société d'êtres raisonnables mais imparfaits et diversement imparfaits comme la société humaine.

Mais ce corps de règles étant nécessaire à la société qui le lui donnera? qui l'appliquera et au besoin le modifiera?

C'est là le rôle de l'Etat. L'Etat est l'institution qui décide quelles règles doivent être règles de droit; l'institution qui, de plus, les fait exécuter in concreto, ce qui suppose qu'auparavant elle décide quelle règle abstraite est appli-

fondamentales du droit privé, 1911, p. 24. Deslandres, *Revue du droit public*, v. 15, p. 421. Par contre Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd. 1927, p. 11, 413, esquisse notre idée tout en voulant faire entrer la morale dans le droit. Gény, *Science et Technique*, III, 1921, p. 18, oppose ce qui est construit par le juriste à ce qui lui est donné par la conscience; il oppose donc la forme logique au fond moral de la règle juridique; en cela il a raison; mais il ne voit pas que la forme logique est inhérente à toute règle et que c'est un caractère propre du droit d'être traduit en règles. Avant lui Ihering, *Geist des römischen Rechts*, II, §§ 39—41; critiqué par lui-même: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1891, p. 3, avait distingué l'élément logique et l'élément éthique du droit. Stammler, *Rechtsphilosophie*, 3. A. 1928, p. 260. E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1923, 54; E. Schläpfer, *Die Lehre von der Gesetzestechnik*, B. Diss. 1930, p. 105. Mais si la forme logique de la règle de droit est souvent reconnue, on n'a pas, que je sache, reconnu le rôle beaucoup plus modeste des règles morales. On ne reconnaît le caractère spécifique du droit qu'en l'opposant à d'autres domaines et inversement. V. aussi: Giuseppe Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*; *Rivista internazionale della filosofia del diritto*, 1926, p. 376. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3e éd. 1925, p. 5. Green, *Lectures on the principle of political obligation*, 1924, p. 34.

cable au cas concret. L'Etat a donc une triple tâche: il pose comme législateur la règle abstraite, qui devient par là (dans un des sens du mot) droit „positif“; il applique cette règle au cas concret comme juge ou comme administrateur; et enfin il exécute, si besoin est, la décision ainsi prise, par la contrainte. Par ces trois fonctions il réalise (plus ou moins bien) le postulat de la justice¹⁸⁾.

Mais cette institution que nous nommons l'Etat, appelée à de si hautes fonctions, repose elle-même sur des règles de droit. — Tous ceux qui en ont le goût et l'aptitude, peuvent mettre sur pied un code civil, pénal ou fiscal. Tout juriste peut dire ou écrire comment une disposition du code en vigueur doit être appliquée à tel cas concret. Les particuliers peuvent donc aussi bien qu'une autorité rédiger des lois ou des jugements. Mais ce qu'ils proposent ou recommandent n'est point obligatoire et ne saurait recevoir exécution forcée; ne sont obligatoires pour tous que la règle promulguée par le législateur et les décisions prises par les autorités. Et c'est la constitution qui dit à qui revient cette qualité; qui sera législateur, administrateur ou juge et exécuteur.

Dans ce sens tout Etat a sa constitution, c'est-à-dire des règles écrites ou non écrites, d'après lesquelles les autorités sont constituées; il n'a pas seulement des autorités, des magistrats, des gouvernants; il a aussi, et par la même, des règles reconnues obligatoires d'organisation et de compétence. S'il n'avait là-dessus aucune règle, la société ne serait pas constituée et il n'y aurait pas d'Etat. Certains

¹⁸⁾ E. Huber a intitulé un de ses ouvrages „Recht und Rechtsverwirklichung“. — Notre division tripartite rappelle celle des trois pouvoirs: législatif, judiciaire et exécutif; mais elle n'est pas exactement la même. Les pouvoirs judiciaire et exécutif consistent tous deux à appliquer sous des formes différentes une règle abstraite à un cas concret; mais tous deux font encore autre chose: la décision prise, par le juge comme par l'administrateur, doit être exécutée, au besoin par la force. Ce sont ces trois stades de la réalisation du droit que je distingue.

individus, un fort, un malin, un mystique commanderaient peut-être et se feraient effectivement obéir; mais ils ne pourraient se parer du titre d'autorités, de représentants de l'Etat sans faire de leur supériorité psychologique un droit, une compétence, c'est-à-dire sans la ramener à un principe qu'ils reconnaîtraient par là même¹⁹⁾. Ces règles constitutionnelles ne sont pas toujours inscrites dans un code spécial, appelé constitution, et lorsque le code existe, il n'est pas toujours, il n'est même jamais complet, et souvent, en revanche, il contient autre chose encore que des règles de compétence. Mais il importe de la rendre compte que les pouvoirs des autorités publiques dont l'ensemble forme l'Etat, reposent sur des règles de droit, peu importe qu'elles soient inscrites dans la constitution ou dans de simples lois.

Et ces règles sont d'un genre spécial. Par opposition au droit matériel qui règle la conduite des individus, on peut appeler ces règles le droit „formel“ ou droit organique^{19a)}; elles concernent l'organisation de la société; elles instituent les autorités appelées à faire la loi, à l'appliquer et à exécuter les décisions. Nous ne disons pas que les règles organiques peuvent être fixées indépendamment de la loi de fond; l'organisation de l'Etat doit au contraire être conforme à la tâche que l'exécution du droit matériel représente pour lui: une législation policière exige plus de surveillance qu'une législation libérale; à la législation bourgeoise répond une autre organisation des pouvoirs qu'à une législation communiste.

Mais ce que je veux dire, c'est que quand on parle des rapports existant entre l'Etat et le droit, on oppose une institution basée elle-même sur des règles de droit, de droit organique, à d'autres règles, d'un autre genre, que cette institution est appelée à créer, à maintenir, à modifier

¹⁹⁾ V. Duguit, *Droit constitutionnel*, 3e éd. 1927, p. 108.

^{19a)} Ou droit „politique“ avec Roguin, *La science juridique pure*. III, 1903, p. 558.

et aussi à appliquer et à exécuter²⁰). Les premières de ces règles ont pour objet l'institution²¹) appelée à créer les secondes. Dans le temps, cette institution refait constamment (par la législation et sans toucher à la loi fondamentale) sa propre organisation (au sens large) en modifiant et améliorant les formes de son organisme administratif et judiciaire en même temps qu'elle perfectionne (par la législation aussi) sa législation matérielle. L'un ne précède pas nécessairement l'autre dans le temps; mais dans l'ordre logique on suppose l'Etat constitué quand on parle de sa fonction législative ou administrative. En modifiant sa propre organisation, il ne remplit pas cette fonction, il se reforme ou se réforme lui-même et quand on parle de „l'Etat“, on suppose ce travail achevé, l'Etat ne pouvant être séparé des règles organiques qui déterminent sa forme et sans lesquelles il n'est pas l'Etat²²).

Ce que je veux donc dire c'est que les normes de l'organisation doivent toujours être distinguées de celles du droit matériel; celles-ci indiquent ce que l'Etat a à faire; celles-là ce qu'est l'Etat qui le fait. En parlant de l'Etat on suppose toujours une institution déjà organisée d'après certaines règles. Les rapports entre l'Etat et „le droit“ ne sont donc pas les rapports de l'Etat avec le droit organique, en particulier la constitution qui fait de lui ce qu'il est, mais avec le droit matériel auquel il (l'Etat constitué d'après ces règles organiques) doit se vouer.

La distinction est importante pour comprendre que, quelle que soit l'organisation de l'Etat, quelle que soit sa forme, le

²⁰) Duguit, *Droit constitutionnel*, 3e éd. I 1927, p. 107, appelle „constructives“ les règles qui assurent l'application des règles „normatives“; il parle aussi de „droit public organique“, p. 704.

²¹) V. Hauriou, *La théorie de l'Institution et de la fondation; essai de vitalisme social*; dans *La Cité moderne et les transformations du droit*, 1925, p. 1—45.

²²) La relation entre le droit organique et le droit matériel est plus intime dans l'Etat socialiste que dans le régime du droit privé; v. „Organisation“, p. 133 suiv.

problème reste toujours de savoir quelle fonction incombe à l'Etat par rapport au droit matériel; cette question-ci suppose celle-là résolue. Si, au moment des élections législatives p. ex., les dispositions constitutionnelles n'étaient pas dores et déjà obligatoires, les hommes ainsi élus ne seraient pas les autorités du pays. Et, ces dispositions étant obligatoires, ils sont investis des pouvoirs législatif et exécutif.

L'Etat n'est donc pas une personne, une entité pré-existant à tout droit, qui se perpétue à travers l'histoire et survit aux constitutions. Pour l'historien oui; pour le juriste non. L'Etat suppose lui-même un ordre juridique existant (la constitution), qui en est la prémisse logique. Il y a cent ans, le peuple dans les cantons s'est substitué aux oligarchies, mais non sans proclamer le principe, désormais admis, que le peuple était souverain. Le fait précède historiquement le droit; mais logiquement c'est le principe juridique qui donne au fait sa portée juridique et sa force obligatoire. Admettre que celui qui impose sa volonté en fait, représente l'Etat, c'est admettre qu'il a, en vertu d'un principe correspondant, le droit de commander.

Cette proposition n'exclut nullement l'autre que les principes constitutionnels nouveaux n'acquiescent force de loi, n'entrent en vigueur que par le fait qu'une volonté humaine, que des hommes en chair et en os les mettent effectivement en pratique et leur prêtent la force de leurs bras. Aucune constitution n'entre en vigueur sans l'appui de la force physique; si cet appui lui fait défaut, elle demeure à l'état de projet; mais la force physique ne devient un pouvoir de l'Etat qu'à la condition de se mettre au service de principes. Les deux idées se conditionnent l'une l'autre. Tel est le rapport logique. En parlant de l'Etat comme d'une institution du droit existant, nous impliquons donc toujours outre l'élément de droit l'élément de fait.

Mais cela ne prouve nullement que l'Etat ne soit pas une institution du droit objectif. Ces droits, ces principes juridiques sur l'élection du parlement ou la création des organes gouvernementaux ou judiciaires ne seront

droit positif qu'à condition d'être réalisés; mais la réalisation trouvée, le parlement et les autres autorités mises sur pied, cet ensemble d'individus (ou cet individu unique) qui se fait obéir ne constitue un Etat que parce qu'il reconnaît que sa fonction est la réalisation de certains principes d'organisation. S'il manie la contrainte, de son autorité personnelle, il se fait peut-être obéir, mais il se prive lui-même du titre d'Etat. La constitution d'un Etat n'est en vigueur que grâce au fait qu'elle est mise en oeuvre; mais le fait ne constitue un Etat que parce qu'il est l'application d'un principe²³). L'Etat est toujours la réalisation de principes constitutionnels.

L'Etat est donc toujours ce qu'est la constitution qu'il réalise. Il ne peut pas invoquer contre sa propre constitution un droit de nécessité ou de légitime défense; comme une personne physique peut le faire vis-à-vis des droits d'une autre. Si la constitution change, l'Etat change et avec chaque constitution nouvelle naît un Etat nouveau. L'Etat ne fait donc pas la constitution, comme l'architecte fait la maison. Il est lui-même la maison, c'est-à-dire un fait physique représentatif d'une idée. Enlevez de l'habitation l'idée du plan il ne reste qu'une accumulation de matériaux; enlevez les matériaux et il ne reste qu'un plan²⁴).

²³) C'est ce que Duguit néglige en présentant toujours l'Etat comme un simple fait, le fait que des gouvernants commandent à des gouvernés.

²⁴) L'Etat changeant, juridiquement, avec sa constitution, aucun droit ancien ne peut prévaloir (dans l'Etat!) contre la constitution nouvelle; par quoi je ne veux pas dire que chaque constitution nouvelle doive anéantir tous les droits (privés) existants; il serait, en général, absurde de le faire; mais la constitution peut le faire et il dépend d'elle seule de maintenir le droit ancien ou de l'abroger; et souvent elle ne peut pas le maintenir intégralement. Dorénavant tout le droit non abrogé (et tous les droits concrets qui s'y réfèrent) repose directement ou indirectement sur la constitution nouvelle. Il n'y a pas de titre contre elle. C'est dans ce sens, en vue de cette question pratique, qu'on peut dire avec Aristote, que c'est la constitution qui fait l'identité de l'Etat. Mais ne faisons pas de l'ontologie.

La conception qui fait de l'Etat une institution juridique implique une autre conséquence digne de remarque; c'est que les pouvoirs exercés par les autorités publiques ne sont pas des droits comparables aux droits subjectifs de particuliers, mais des compétences²⁵). Assurément, dans le sens large du terme, le parlement a le „droit“ de faire des lois, et le gouvernement le „droit“ de les appliquer; en le faisant ils se conforment au droit, c'est-à-dire à la constitution. Mais les droits qu'ils exercent sont aussi bien des obligations: ce sont des fonctions qu'il ne leur appartient pas de ne pas exercer. Ce sont des compétences qui leur sont adjugées par le droit objectif, et dont, par conséquent, ils ne peuvent pas disposer²⁶). Et voilà la différence essentielle entre leurs droits et le droit des particuliers, droit de propriété ou de créance. Le titulaire d'un droit privé en est le maître; il peut l'exercer ou ne pas l'exercer; il peut, sinon le transmettre à autrui, du moins y renoncer. L'autorité, le fonctionnaire n'est pas le maître de sa fonction; il en est le serviteur, parce qu'il est le serviteur de la constitution. Toutes les compétences sont d'ordre public.

Enfin l'Etat est une institution, une seule. Il n'est pas un amalgame de pouvoirs, de droitures, dont chacune a une vie propre et repose sur un titre spécial. C'était la conception de l'ancien régime et elle a persisté jusque dans le 19ème siècle; le monarque avait certains droits

²⁵) S'il y est changé quelque chose, personne n'est atteint dans un droit acquis. Si le Conseil fédéral impose des transports militaires aux C. F. F., ceux-ci n'ont pas à réclamer des dommages-intérêts à la Confédération (cf. Feuille fédérale 1929, I, 309), ils y sont tenus ou non d'après la loi, mais c'est une affaire de comptabilité et non de droit. L'autorité dont la décision est annulée à tort par une instance supérieure n'est pas lésée dans son droit; c'est la loi qui est lésée.

²⁶) Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, 1892, p. 84—88, définit très nettement la différence entre une fonction de l'organe et un droit de l'individu. Duguit a parfaitement raison de dénier à la puissance de l'Etat le caractère d'un droit subjectif; *Droit constitutionnel*, 3e éd. 1927, I, p. 545.

souverains, mais les Etats en avaient d'autres et telle juridiction ou tel droit d'impôt appartenait à un Seigneur ou à une Communauté, investis chacun d'un titre différent. C'étaient, dans la conception du temps, des droits acquis. Aujourd'hui, et c'est la seule conception vraie²⁷⁾, les compétences, précisément parce que ce sont des fonctions, dérivent toutes, directement ou indirectement de la même constitution. C'est le seul titre, dont tous les pouvoirs dérivent et c'est leur titre commun. Il n'y a pas de droits au-dessus de la constitution, ni droits du monarque, ni droits du peuple²⁸⁾. Le peuple, lui aussi, est souverain, là où il l'est, de par la constitution et dans la mesure où la constitution le prescrit. Et toutes les autorités constitutionnelles sont, suivant l'image antique, les membres d'un même corps; ils sont dans la terminologie moderne les organes d'un seul organisme. Cela ne veut pas dire que l'Etat soit un être biologique ou psychologique ou mystique, existant en dehors des individus et vivant de sa vie propre. Le sens véritable de cette image et le seul admissible pour le juriste, c'est que les différentes autorités sont des parties d'un seul tout, appelées à collaborer suivant un plan commun, à une même tâche, comme les rouages d'une machine contribuent toutes au même résultat technique; ou les organes d'un être vivant, au maintien de la vie. Cela signifie tout d'abord que ce qu'une autorité décide dans son rayon doit être tenu pour décidé par les autres dans le leur. De même que les yeux regardent et que l'estomac digère pour

²⁷⁾ Et généralement admise; v. p. ex. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, v. I, 1920, p. 30; Duguit, *op. cit.* 595 suiv.

²⁸⁾ Dans la sphère du droit interne de l'Etat. Dans la sphère internationale, dans les relations d'un Etat avec d'autres, l'identité de l'Etat est indépendante de sa constitution, ce qui veut dire que les droits et les obligations d'une communauté étatique vis-à-vis d'autres communautés ne sont pas affectés par les changements constitutionnels de ces communautés. Ici encore l'identité n'est pas une question ontologique, mais une formule pour exprimer une vérité pratique. Elle n'a pas d'autre sens.

tout le corps, de même ce que le législateur a décidé est loi pour tout l'Etat et ce que le juge a arrêté est jugé pour tout l'Etat. C'est là le côté logique de notre thèse. Mais cela signifie aussi, et c'est le côté pratique, que chaque partie doit travailler en vue du tout; il faut qu'en jouant un rôle, elle maintienne le contact avec ses partenaires. Les compétences doivent être interprétées et appliquées de telle façon qu'elles s'harmonisent entre elles, sans produire de heurts et sans laisser de lacunes.

Les tribunaux p. ex. ne peuvent pas interpréter les traités sans tenir compte des obligations assumées par le gouvernement, qui est responsable de la politique extérieure; l'autorité administrative qui applique les lois de police doit tenir compte de la jurisprudence des tribunaux qui en manient la sanction, et, inversement, les tribunaux pénaux ne peuvent ignorer la tâche des autorités administratives²⁹⁾. Le parlement ne doit pas, pour faire pression sur le gouvernement, lui refuser des crédits nécessaires à l'exécution des lois.

Telle est la portée pratique et véritable de la conception organique de l'Etat. Dans ce sens elle est vraie, mais dans ce sens seulement.

Il est évident que les personnes au pouvoir peuvent abuser de leur situation et faire servir la puissance qu'ils détiennent à des buts étrangers à la constitution; à des buts personnels et non pas au seul but que la constitution peut avoir, et qui est le droit.

Cela est arrivé souvent, cela continue à arriver plus ou moins, dans les républiques comme dans les monarchies; dans les petites comme dans les grandes. Et c'est ce qui intéresse tout particulièrement les historiens qui sont curieux de l'anormal. Mais, dans la mesure où il sort de sa fonction constitutionnelle, le gouvernant se dépouille de ce caractère étatique; ce n'est plus véritablement l'Etat qui parle par sa bouche et qui agit, c'est un humain, un

²⁹⁾ P. ex. en introduisant des distinctions subtiles, réfractaires à l'application pratique.

particulier, un usurpateur; ce ne sont plus des principes qui se réalisent, ce sont des ambitions personnelles qui cherchent aventure. Mais si, inversement, les gouvernants n'écourent que la voix de leur devoir et ne connaissent pas d'autres sollicitations que celles de leur fonction officielle (et c'est précisément ce que la constitution leur demande), ils sont les représentants impersonnels de ces fonctions et les instruments dociles d'une idée; le caractère constitutionnel de l'Etat — institution apparaît pleinement et les historiens n'auront rien de sensationnel à raconter! Si les hommes d'Etat en charge faisaient toujours ce qu'ils doivent faire, l'historien n'aurait pas à enregistrer ces actes; il n'aurait à enregistrer que des principes; et l'histoire serait bien ennuyeuse. Mais de ce côté nous n'avons rien à craindre. L'Etat est toujours exposé à ces déviations parce qu'il s'incorpore dans des hommes; mais plus le gouvernement est personnel, moins l'idée de l'Etat se réalise³⁰).

³⁰) La thèse de Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1921, p. 75 suiv., qui identifie l'Etat avec le droit, me semble juste en ce qu'elle dénie à l'Etat la personnalité; l'Etat, en effet, n'est pas une personne qui, à côté des individus, aurait ses droits propres et ses obligations. Il n'a d'autres droits que de remplir les fonctions que la constitution lui confère, et ces droits ne sont nullement des droits subjectifs, c'est-à-dire des droits qu'on peut exercer à volonté; ce sont des compétences, c'est-à-dire des fonctions, des obligations. L'Etat ne peut jamais se trouver en opposition avec le droit; il est, par définition l'incarnation du droit. Il ne peut, légitimement, en sortir. Néanmoins il faut reconnaître que cette institution est de nature spéciale: 1° en ce qu'elle est le système des règles organiques de la société; par opposition aux règles du droit matériel; il faut à tout régime juridique une organisation; mais les principes qui règlent l'organisation des pouvoirs sont de nature spéciale; elles habilitent à ordonner plutôt qu'elles n'ordonnent; l'Etat n'est donc pas identique avec l'ordre juridique tout entier; 2° en ce que les principes organiques, et indirectement le droit matériel, n'acquièrent force de loi que par le fait qu'ils sont réalisés dans des personnes vivantes qui en assument les fonctions et les exercent effectivement.

Pour prévenir tout malentendu, une dernière observation : C'est dans ses fonctions proprement étatiques lorsqu'il légifère, qu'il juge ou administre et exécute, que l'Etat est une institution impersonnelle. Mais il apparaît comme personne, personne morale, lorsqu'il descend au niveau des particuliers et prend part au commerce des intérêts privés ou encore lorsqu'il entre en relation avec d'autres Etats. Dans ce dernier cas, il a affaire à des partenaires qui sont, sur ce terrain, ses égaux; il ne commande plus, il traite avec eux comme sujet de droit privé; en cette qualité il n'exerce pas des compétences, des fonctions; il acquiert des droits au sens subjectif du terme, c'est-à-dire des droits dont il peut disposer, et pour cette raison précisément il est sujet de droits. Il est propriétaire ou créancier. Il est aussi débiteur, sujet passif d'un droit subjectif, dont par conséquent un autre peut librement disposer. Ce n'est pas proprement la mission de l'Etat d'acquérir des biens, des créances, ou de contracter des dettes; l'Etat n'est pas là pour s'enrichir ni, d'ailleurs, pour s'endetter. Sa fortune privée n'est pour lui qu'un moyen pour d'autres fins.

Et de même, dans les relations internationales, chaque Etat est personne, c'est-à-dire titulaire de droits; tout ce qui constitue à l'intérieur sa souveraineté, sa fonction objective qui s'impose à lui, est, relativement aux autres Etats, un droit, dont il peut disposer par convention. Par les conventions internationales l'Etat s'impose vis-à-vis d'un autre quelque restriction dans l'usage de ses compétences étatiques et il obtient le droit d'exiger de l'autre Etat une restriction semblable. Les compétences, soustraites en droit interne à toute tractation et à tout marchandage, sont,

Dans le droit positif, c'est-à-dire le droit en vigueur, l'Etat n'a d'autre tâche que le droit; en cela je suis d'accord avec Kelsen; mais pour que des règles de droit entrent et restent en vigueur, il faut autre chose que des règles de droit; il faut plus qu'une hypothèse logique, il faut un fait; il leur faut le soutien effectif de la force, et les règles abstraites du droit ne peuvent se le donner à elles-mêmes.

sur le terrain international, in commercio; sont l'objet de négociations et de conventions, et cela sans limites: L'Etat peut, internationalement, disposer de tous ses droits. Aucune convention, valable en la forme, n'est contraire, par son objet, à l'ordre public. L'Etat peut disposer de son territoire, de son existence, et souvent il en dispose. Pacta sunt servanda. Si cet adage signifie quelque chose, ce n'est pas que les conventions valables doivent être observées; ce serait une tautologie. Il signifie, ce qui est beaucoup moins banal, que tout ce qui a été convenu librement constitue une obligation valable et doit être tenu; qu'en d'autres termes la liberté des conventions est, quant à l'objet, illimitée en droit international. Tel est bien le cas³¹⁾. — L'objet dont l'Etat dispose dans le commerce international, ce sont ses compétences étatiques, son intérêt public; l'objet dont on traite est donc bien différent de celui des tractations civiles entre particuliers; mais il en dispose dans les mêmes formes que les particuliers lorsqu'ils disposent de leur patrimoine, dans les formes de la convention, et il en dispose avec plus de liberté encore. Mais encore ici: ce ne sont pas ses fonctions internationales qui sont essentielles à l'Etat et qui déterminent son caractère juridique. Logiquement parlant, l'Etat n'est pas la création du droit des gens; il n'est pas ce qu'il est parce que le droit international en décide ainsi. La notion de l'Etat est préexistante (logiquement) au droit international; en d'autres termes: on peut fort bien définir l'Etat sans le droit des gens; mais on ne peut définir le droit des gens sans l'Etat. S'il n'existait p. ex. que le seul continent australien et s'il formait un seul Etat, l'Australie répondrait à toutes les exigences de notre notion; les Australiens sauraient ce que c'est qu'un Etat sans avoir jamais eu la notion du droit international. L'Etat peut donc se définir sans qu'on ait recours à la notion du droit inter-

³¹⁾ Le principe n'est point satisfaisant quand au fond; mais il est impossible de poser des limites à la liberté des conventions internationales; v. „Organisation“, p. 388 suiv.

national. Mais la réciproque n'est pas vraie. Si nous ne savons pas ce que c'est qu'un Etat, nous ne savons pas non plus ce qu'est le droit entre Etats. L'Etat est pour le droit international une notion donnée, à laquelle ce droit se réfère, et à laquelle il ne peut rien changer. La fonction internationale est pour l'Etat une fonction logiquement secondaire; il ne pourrait s'y vouer s'il n'était déjà, par ailleurs, Etat. Et le terrain sur lequel cette qualité d'Etat s'acquiert, c'est l'ordre juridique intérieur, qui règle la conduite des individus en société. L'Etat est l'organisme qui décide souverainement vis-à-vis de l'individu ce qui est droit, in abstracto et in concreto, et qui l'exécute. C'est parce qu'il y a plusieurs communautés ainsi organisées (ce qui n'est nullement nécessaire aux yeux de la raison) qu'il faut un droit international et c'est parce que chaque Etat a cette souveraineté intérieure qu'il est pleinement responsable au dehors, c'est-à-dire personne du droit international.

II. Les rapports entre le droit et l'Etat.

Avant d'aborder cette question, il est nécessaire d'en préciser le sens ou plutôt d'en rappeler les termes.

Nous avons examiné dans les deux paragraphes précédents d'abord la règle de droit et ensuite l'Etat, et, en parlant de l'Etat, nous avons dit qu'il reposait lui-même sur des principes de droit, à savoir sur les principes organiques qui font sa constitution et qui sont, le plus souvent aujourd'hui, inscrites dans sa „constitution“. Or, les règles organiques représentent toute une partie du droit positif; ce sont les très nombreuses prescriptions sur la formation des autorités, sur le partage des compétences et sur le mode de procéder des autorités. Ces règles ne sont pas toutes inscrites dans la constitution même; la constitution en abandonne le détail au législateur. Mais tout cela est du droit organique, c'est-à-dire du droit qui vise à mettre sur pied ce grand appareil qu'est aujourd'hui l'Etat. Ce sont

suivant ces règles que tous les organes doivent être formés; c'est d'après elles que les organes formés se répartissent le travail et que chacun accomplit le sien. Et la tâche de l'appareil ainsi monté est de créer, d'appliquer et d'exécuter l'autre partie du droit positif, le droit matériel, c'est-à-dire les règles de la conduite des particuliers³²). Quand on demande donc à connaître les rapports entre l'Etat et le droit, ce sont ses rapports avec le droit matériel qu'on demande à connaître; car l'Etat présuppose déjà le droit organique. Et ce qui nous intéresse ici, c'est la création du droit matériel, plutôt que son application. Nous aurons donc à parler surtout de la tâche de l'Etat législateur.

a) La mission de l'Etat est la réalisation du droit; et c'est à l'Etat seul qu'elle incombe.

Il n'y a pas de droit positif en dehors de l'Etat³³). S'il est vrai qu'un régime juridique est nécessaire à toute société; non pas de par une loi naturelle, comme l'air est nécessaire à l'homme pour vivre, mais de par un postulat de la raison, il faut se demander comment la société se procure ce régime. Si elle ne veut pas s'exposer à avoir deux ou plusieurs régimes différents et contradictoires, il faut qu'elle confie à une seule autorité la compétence d'en décider, d'en décider au moins en dernière instance. Cette autorité pourra déléguer à des instances inférieures le soin de légiférer dans un cadre qu'elle fixera, p. ex. aux communes, mais il faut que tout pouvoir législatif dérive d'une même source et soit placé sous une direction unique.

³²) Qu'on a aussi appelées règles du „comportement“ des individus.

³³) V. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, I, p. 209; c'est à l'autorité législative qu'il appartient de discerner et de formuler les règles qui, à raison de leur valeur intrinsèque, méritent d'être érigées en lois positives; v. p. 239. V. Ihering, Zweck im Recht, chap. VIII, § 10, trad. Meulenaere, I, p. 215. „L'Etat est l'unique source du droit“ (nous ajouterions: „positif“) et „L'Etat est le souverain détenteur de la contrainte“. Beaucoup d'auteurs ont suivi cet avis.

Il faut postuler, dans le sens indiqué, le monopole de la création du droit pour l'Etat.

Le postulat est certainement fondé. L'unité du droit matériel, c'est-à-dire l'harmonie de toutes ses parties n'est garantie que si une seule instance décide en dernier ressort sur ce qui doit faire droit dans la société. L'unité nécessaire du droit positif serait sacrifiée si plusieurs instances étaient habilitées à légiférer indépendamment l'une de l'autre. Et de même qu'il ne peut y avoir, dans une société organisée, plusieurs législateurs souverains, de même il ne peut y avoir d'autre droit positif que le droit promulgué par l'Etat. Il n'y a pas de droits logiquement antérieurs (et par conséquent indépendants) de l'Etat et de sa constitution; ni droits naturels de l'homme, ni droits historiques du monarque. Les droits naturels de l'homme sont des postulats que l'on demande à l'Etat de réaliser, mais qui sont réalisés précisément en ce qu'ils sont reconnus en droit positif, ce qui ne peut se faire que par l'Etat. Je ne dis donc pas que la sanction d'une règle par l'Etat comme règle du droit positif soit à elle seule, la raison suffisante de son caractère obligatoire (v. ci-dessous lettre c); je dis seulement que c'est une condition sine qua non³⁴).

A cette thèse on objectera et on a souvent objecté que la réalité procède beaucoup moins méthodiquement; que beaucoup de règles de droit se sont formées et se forment encore en dehors de l'Etat et que dans l'histoire le droit matériel a devancé de beaucoup l'appareil législatif.

A cela je réponds que le fait historique n'est pas exactement caractérisé de la sorte. Quand on dit que pendant longtemps et aujourd'hui encore le droit se forme

³⁴) V. Roguin, Recueil de la faculté de droit de Lausanne, 1896, p. 75. Green, Lectures on the principles of political obligation, 1925, p. 47. Georges Renard, Le droit, la justice et la volonté, 1924, p. 118. Schindler, Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre. Festgabe der Zürcher Fakultät für den Schweizer. Juristentag. 1928. S. 66.

en dehors de l'Etat, on fait allusion au droit coutumier. Le droit coutumier n'a pas été voté par une autorité législative (parlement ou souverain); c'est vrai; il s'est formé en marge de la loi et du législateur; mais pas en marge de l'Etat. Pour qu'une règle coutumière acquière droit de cité dans l'ordre juridique, il faut qu'une autorité y coopère; si ce n'est pas une autorité législative proprement dite, c'est une autorité judiciaire ou administrative qui représente tout de même l'Etat. Telle est ma thèse.

Pour s'en rendre compte, il faut distinguer deux éventualités dont l'une présente plus de difficultés que l'autre:

a) La première, c'est qu'il n'existe dans un Etat aucune autorité législative (ou que, pour un domaine du droit, elle ne légifère pas). Il appartiendra alors aux tribunaux ou aux autorités administratives de dire ce qui est droit. Ils le feront dans les décisions mêmes qu'ils rendent, explicitement dans les considérants, ou implicitement par le dispositif seulement. Pendant longtemps beaucoup de pays n'avaient pas d'autre source du droit, au moins du droit que nous appelons privé et du droit pénal; quelques-uns en sont encore là pour une partie de leur droit matériel. Je dis que, dans ce cas, c'est l'attitude des autorités, plus spécialement des tribunaux, qui est décisive, et que c'est leur jurisprudence qui fait qu'une règle nouvelle acquiert force de loi³⁵).

L'historien, encore une fois, le contestera et dira que très souvent la coutume a été le fait des particuliers, lequel fait s'est imposé, après coup, aux juges.

³⁵) V. dans le même sens: Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, 1903, p. 154, 802; en sens contraire: GénY, *Méthode d'interprétation et sources*, 2e éd. I, 1919, p. 345; Valette, *Du rôle de la coutume*, Thèse de Lyon, 1908, p. 154 et suiv. Je ne discuterai pas l'opinion de Duguit, *Droit constitutionnel*, 3e éd., p. 155, qui enseigne que la coutume ne crée que des règles constructives, assurant la sanction à d'autres règles „normatives“; p. ex. des règles pénales. N'est-ce pas précisément en sanctionnant (par une peine p. ex.) une norme qu'on lui assure sa validité? V. „Organisation“, p. 172 suiv.

Mais ce n'est pas une question d'histoire; c'est une question de principe. La question n'est pas de savoir si la pratique des individus a précédé dans le temps la jurisprudence des tribunaux, mais si c'est par la pratique des particuliers ou par la jurisprudence des tribunaux qu'un principe de droit a acquis droit de cité dans le droit positif. Supposons que les particuliers concluent des conventions qui jusqu'à présent ne s'étaient pas conclues ou introduisent dans un type connu de contrat, une clause nouvelle. De deux choses l'une: ou cette convention, cette clause nouvelle, sont conformes aux principes reconnus, se meuvent dans les limites tracées par ces principes à la liberté des conventions; alors elles sont sans doute nouvelles en fait; puisque, auparavant, on ne les avait pas pratiquées, mais nullement en droit puisqu'elles étaient licites déjà précédemment³⁶). Le droit objectif n'en est donc pas affecté. — Ou, au contraire (et cette alternative est exclusive), le règlement conventionnel touche à un principe jusqu'alors admis, un principe d'ordre public qui déclarait nulles de pareilles conventions; alors le fait seul des particuliers n'y pourra rien changer. Leur convention, nulle d'après le droit admis jusqu'alors, restera nulle, tant que l'autorité chargée de rendre les conventions exécutoires refusera son appui et la déclarera inopérante. En d'autres termes: les parties n'avaient pas, proprement, à teneur du droit ancien, conclu de convention, puisqu'une convention inopérante n'en est pas une. Et si le juge s'en tient au droit ancien, ce droit reste toujours en vigueur. Si le juge, au contraire, reconnaît force obligatoire à la convention en obligeant

³⁶) Un principe de droit privé peut être en vigueur sans être pratiqué; la société en commandite par actions ferait partie du droit positif, même s'il n'en existait aucune; le divorce serait de même une institution de notre droit, même si personne ne songeait à divorcer. Mais une norme du droit public n'est en vigueur que si elle est appliquée: les dispositions sur le Conseil National ne seraient plus en vigueur si le Conseil National n'était plus nommé; la limitation des prix ne vaut plus, si elle n'est plus appliquée.

la partie récalcitrante à l'exécuter, alors, et par cela même, mais par cela seulement, le droit objectif sera changé; le principe qui déclarait jusqu'à présent ces conventions sans force est abandonné et remplacé par son contraire. Les particuliers peuvent, nous l'avons dit, faisant usage de la liberté que leur donne la loi, conclure telle convention plutôt que telle autre, et, dans le cadre du droit impératif, créer, par la répétition de cet acte, une présomption en faveur des stipulations devenues usuelles; mais une présomption de fait seulement et non une règle obligatoire puisque tout est dispositif³⁷⁾. Et, s'agissant du droit public proprement dit, p. ex. du droit pénal, il en est encore ainsi: si un acte jusque-là défendu et punissable n'est plus poursuivi en justice, la norme qui le défendait cesse d'être en vigueur. Mais ce n'est pas parce que le particulier l'a transgressée; c'est parce que le juge n'a pas poursuivi le transgresseur. Ou si, un service jusque-là dû à une corporation publique, p. ex. des journées de travail dues par les propriétaires fonciers à la commune, n'est plus fourni, ce n'est encore pas cette attitude du particulier qui décide, mais celle de l'autorité communale: si elle n'exige plus

³⁷⁾ Cette présomption peut devenir une règle de droit, si la jurisprudence ou la loi l'admettent aussi; p. ex. la clause du droit de gage sur les *invecta et illata* en faveur du bailleur, devenant une règle de droit dispositif du contrat de bail. Mais pour que le juge soit obligé de s'en tenir à cette présomption il faut évidemment qu'il ait admis lui-même cette règle comme obligatoire en droit. Et si une règle d'abord inconnue acquiert force de droit supplétoire, comme le régime de l'union des biens, devenu régime légal, de régime conventionnel qu'il était, c'est bien du droit nouveau pour les époux qui n'ont pas conclu de convention et qui, dorénavant, sont soumis à ce régime parce qu'ils n'en ont pas adopté d'autre; mais ici encore: ce n'est pas l'habitude d'introduire par convention l'union des biens qui peut avoir donné à ce régime le caractère légal; ce n'est pas le fait des particuliers, mais le fait du juge. Le régime est devenu légal du jour où un arrêt judiciaire a déclaré que des époux, qui n'étaient pas convenus de ce régime, y étaient néanmoins soumis, parce qu'ils n'étaient pas convenus d'un autre.

le travail, le principe tombe et le droit, sur ce point, est changé. Mais c'est l'autorité qui l'a changé et non le particulier. Tant que l'autorité n'a pas eu l'occasion de se prononcer et de légaliser tacitement l'illégalité commise, rien n'est changé³⁸). Si les délinquants se dérobent à la justice, si les fraudeurs de la redevance cachent le fait, l'autorité, n'arrivant pas à se prononcer, ne peut, par sa passivité, compromettre le principe; et le principe reste valable.

La jurisprudence des autorités est donc la seule forme dans laquelle la coutume peut prendre corps.

b) La seconde éventualité, plus complexe, est celle où le législateur a parlé et où la jurisprudence déroge à la loi. Ici encore, et pour les mêmes raisons, ce n'est jamais le fait du particulier qui crée la règle coutumière, mais le fait de l'autorité, la jurisprudence. Mais ici surgit une difficulté nouvelle: que la règle coutumière, c'est-à-dire jurisprudentielle puisse être modifiée par la jurisprudence, rien de surprenant; mais que la loi puisse l'être par la jurisprudence, c'est moins compréhensible. Je ne dis pas que cela ne se produise pas en fait; je sais parfaitement que cela s'est produit très largement et continue à se produire; je ne dis pas même qu'il faille déplorer ce fait. Le juge a souvent réparé des omissions du législateur pour le plus grand bien du public. Mais je dis qu'en le faisant il introduit dans le système législatif un dualisme, une contradiction et que dans les Etats où la constitution charge le parlement de faire la loi et le juge de l'appliquer, il ne peut appartenir au juge de la modifier. Ce serait non seulement une contradiction logique; ce serait aussi une violation de la constitution. Je sais bien qu'en fait le juge (ou l'administrateur) ne procède pas par contradiction directe et ouverte; il procède souvent inconsciemment,

³⁸) Il est vrai que, si les transgressions se multiplient et si l'opinion publique se dresse contre la loi, le juge peut être, en fait, contraint de céder et de ne plus appliquer la loi; en fait c'est fort possible; mais la loi ne tombe en désuétude que parce que le juge ne l'applique plus, et les motifs qui le poussent à agir ainsi sont indifférents en droit.

par interprétation et pas à pas. Mais cette modalité ne décide pas du principe. La question n'est pas de savoir si le juge, en fait, inconsciemment ou consciemment, transforme les règles du droit existant, mais s'il a le droit de le faire; si, en le faisant, il reste fidèle aux principes constitutionnels qui déterminent sa mission, et si, par conséquent, il peut délibérément s'écarter du droit légal. Pour apercevoir le principe dans toute sa netteté, il faut supposer (ce qui se réalise rarement) que le législateur ait promulgué une règle parfaitement claire, non susceptible d'interprétation; le juge peut-il s'en écarter parce qu'elle ne répond plus aux exigences de la justice dans les circonstances données? Je ne le pense pas, d'abord parce que la constitution soumet le juge à la loi et laisse au pouvoir législatif l'entière responsabilité de la réforme législative; et ensuite, et surtout, parce qu'autoriser le juge à corriger l'oeuvre du législateur c'est admettre deux instances législatives concurrentes, et que dualisme, c'est toujours contradiction. Je reconnais que c'est, en définitive, une question de droit positif. Mais je dis que, si la constitution le permettait, elle permettrait une contradiction³⁹).

Aussi rencontre-t-on rarement l'affirmation que le juge a le droit de déroger à la loi. On dit plutôt qu'il peut et doit interpréter librement la loi et on insinue que si, sous couleur d'interprétation il sait adapter la règle démodée aux circonstances nouvelles, il aura bien mérité du peuple et recueillera les applaudissements de l'historien. Je ne discuterai pas les principes de l'interprétation; mais quels

³⁹) Il va sans dire que, positivement, la constitution peut faire fi de la logique et le permettre quand-même; la logique n'est pas le dernier mot de la législation; mais elle est tout de même préférable à la contradiction. Il semble que dans la Russie soviétique la loi n'a pas la même portée que chez nous; qu'elle est plutôt une instruction donnée au juge qu'un ordre. Dans ce cas, évidemment, la situation est différente; la constitution ne soumet pas le juge à une loi proprement dite. Mais lorsqu'elle le fait, comme dans les autres Etats, elle ne peut, sans contradiction, autoriser le juge à modifier ce qui doit le lier.

qu'ils soient je ne saurais reconnaître que l'interprétation puisse servir de prétexte pour modifier la loi.

Du reste, cette seconde difficulté nous intéresse moins; elle concerne les relations entre deux organes de l'Etat; ce que nous discutons avant tout c'était la question de savoir si le droit pouvait naître en dehors de l'Etat, c'est-à-dire sans le concours des organes de l'Etat. C'est cela que nous contestions et que nous avons cherché à réfuter.

Il me sera permis de remarquer en passant qu'il n'en est pas de même en droit international. Au-dessus des Etats, sujets de ce droit, il n'y a pas d'organisation étatique, superétatique donc, ni pour légiférer, ni même pour juger. Les tribunaux qui jugent les différents internationaux sont institués par conventions; ils exercent une juridiction convenue; ils n'ont d'autre autorité que celle que leur délèguent les Etats qui les instituent; leur arrêt a la valeur obligatoire d'une convention. Aucune autorité ne peut donc décider obligatoirement pour tous les Etats, quels principes de droit doivent être reconnus comme de droit positif. Les principes du droit international n'étant pas fixés autoritativement par une instance compétente pour le faire n'ont pas le caractère de droit positif^{39a}). Ce sont les principes justes qu'il faut suivre, ceux qu'un législateur éclairé déclarerait loi, s'il existait. Aucune autorité ne pouvant décider quels sont ces principes justes, la discussion reste toujours ouverte là-dessus et les Etats intéressés discutent effectivement toujours entr'eux devant les tribunaux arbitraux, quels principes, en dehors de ceux que les conventions peuvent avoir fixés, doivent être tenus pour obligatoires; et leur argumentation consiste à faire voir que tel principe mérite plutôt que tel autre d'être reconnu comme obligatoire. Ce sont les Etats individuellement (ou les tribunaux qui parlent en leur nom) qui ont à se décider là-dessus. Les Etats peuvent, il est vrai, arrêter les règles de leurs relations réciproques par convention,

³⁹) G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia di diritto*, 1930, p. 275.

et, la convention conclue, les règles sont arrêtées et soustraites à la discussion. Mais si l'interprétation de la convention ou son existence sont contestées, c'est de nouveau chaque Etat qui doit se déterminer (ou le tribunal international que les litigants autorisent à ce faire). C'est dans ce sens que les Etats sont souverains; c'est à eux que revient en dernière instance le droit de se déterminer sur leurs droits et leurs obligations. Ils ne peuvent pas décider là-dessus ce qu'ils veulent; ils sont liés par le droit; il est même faux de dire qu'ils peuvent décider quoi que soit. Ils ne peuvent pas décider puisqu'ils sont parties intéressées. Mais faute d'instance super-étatique, c'est à eux qu'incombe la tâche de se déterminer sur leurs obligations réciproques. Se déterminant eux-mêmes, ils sont aussi responsables de la détermination qu'ils prennent.

b) La réalisation du droit est la seule tâche de l'Etat.

Cette thèse répond à la question du but de l'Etat en disant: son but c'est le droit (la réalisation de l'idée de justice dans les formes du droit positif), et c'est son seul but. La doctrine d'aujourd'hui, qui ne s'embarasse pas volontiers de ce problème, enseigne en général que l'Etat moderne ne poursuit pas ce seul but; il aurait, dit-on, à côté du droit proprement dit, comme mission de faire avancer le bien-être matériel et moral de la société, et il serait non seulement, par l'activité négative de la loi, le régulateur, mais encore, par son activité positive, le gérant de la société, Etat-gendarme et Etat-providence⁴⁰). L'anti-thèse que l'on veut exprimer, semble être que dans sa première fonction l'Etat se contenterait de donner aux individus des règles de conduite et de veiller à leur observation, tandis que dans la seconde il agirait: il produirait et distribuerait lui-même, se faisant le gérant de la société au lieu d'en être simplement le législateur. En effet, aujourd'hui

⁴⁰) V. p. ex. Barthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9e éd. 1921, p. 2.

(et bien avant aujourd'hui), l'Etat ne se contente pas de régler l'activité matérielle et morale de la société; il produit lui-même certains biens économiques ou moraux; il fait marcher les moyens de communication, il met à la disposition du public des établissements de crédit, il procure l'eau, le gaz, l'électricité et chez nous, en quelque façon, le pain, il subventionne les jeux, il répand l'instruction générale et technique, il encourage l'art et la science par des institutions officielles. Et ces activités positives de l'Etat on les oppose à son attitude négative dans d'autres domaines où, sans agir lui-même, il laisse agir les particuliers et se contente de réfréner leur activité en la soumettant à certaines règles.

Cette antithèse existe; mais on l'exprime mal en disant qu'ici l'Etat se donne pour but le droit tandis que là il se propose autre chose. Le droit n'est étranger à aucune activité de l'Etat. Quand il agit lui-même comme quand il laisse agir les particuliers il procède par réglementation juridique (ou plus exactement: il doit le faire pour rester fidèle à sa mission), et c'est toujours le droit, expression de la justice, qui est pour lui l'essentiel.

Prenons un exemple que notre société a discuté il y a quelques années à Lugano: La production et la distribution de l'énergie électrique. L'Etat (Confédération, cantons et communes) peut se contenter de poser les règles suivant lesquelles les entrepreneurs privés peuvent produire l'énergie électrique et la distribuer aux consommateurs, comme la Confédération l'a fait, en partie, dans la loi du 24 juin 1902; mais s'il s'aperçoit que, dans les conditions de fait qui sont les nôtres, les entrepreneurs exploitent les consommateurs en les soumettant à des tarifs arbitrairement différents d'une région à l'autre, sans pouvoir leur garantir la livraison de l'énergie promise, le législateur se dira: ce régime répond mal à l'idée de justice qu'ici comme ailleurs je dois réaliser. Pour donner aux consommateurs l'énergie dont ils ont besoin à un prix raisonnable et égal pour tous, je prendrai en mains moi-même ce service

et je leur distribuerai, à des conditions équitables, égales pour tous et avec la régularité à laquelle ils ont droit, l'énergie électrique. Mais alors il ne se contentera pas de se procurer l'énergie ou de conclure des abonnements avec les consommateurs; il posera le principe que l'Etat (p. ex. le canton ou la commune) prend sur lui de livrer l'électricité à telles conditions et que chaque consommateur a le droit de l'obtenir à ces conditions. En d'autres termes: au lieu de poser des règles selon lesquelles l'entrepreneur privé peut conclure avec les particuliers des contrats de livraison, lesquelles seront la loi des parties, il s'engage légalement à fournir cette marchandise et donne aux particuliers un droit légal à l'obtenir. Il soumet donc cette opération économique, placée jusqu'alors sous le régime conventionnel, et par là même du bon plaisir des parties, au régime légal, c'est-à-dire à des règles qui le lient d'avance et qui le lient beaucoup plus étroitement que la loi ne liait les entrepreneurs et les consommateurs; dorénavant les consommateurs n'auront plus besoin de conventions; il n'y aura même plus place pour elles dans les rapports entre Etat fournisseur et particulier. En demandant un „abonnement“, le particulier fait appel à l'obligation légale, préexistante, que l'Etat a de fournir à tous du courant à certaines conditions, comme l'abonné du téléphone fait appel au devoir légal de l'administration, et comme celui qui expédie une lettre dûment affranchie ou qui confie un coli aux C. F. F. fait appel à l'obligation légale de ces administrations d'établir la communication téléphonique ou d'expédier la lettre ou le colis. A côté du régime légal⁴¹⁾ il n'y a pas place pour la convention; ce que l'Etat doit faire de par la loi il ne peut pas prendre l'obligation de le faire par convention; ce que la loi impose par principe

⁴¹⁾ Les théoriciens du droit public parlent d'une „situation“ individuelle, pour indiquer que les notions de droit subjectif et de sujet de droit ne sont ici d'aucun secours; Duguit, *Droit constitutionnel*, 3e éd. I, p. 307 suiv. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 3e éd. 1925, p. 22.

ne peut faire l'objet d'une transaction. Ce sont deux régimes essentiellement différents; mais ce sont deux régimes juridiques; et ils prétendent chacun (suivant les circonstances) réaliser un état social juste; c'est là leur seule raison d'être et la raison déterminante pour l'Etat de choisir l'un ou l'autre. Qu'il choisisse l'un ou qu'il choisisse l'autre, il sert, il veut servir le droit; par une technique juridique différente, il est vrai; mais toujours par une réglementation juridique. Et, dans les deux cas, l'Etat est responsable du résultat pratique de son régime. S'il admet le régime de l'entreprise privée et que ce régime aboutisse en fait à un état social injuste pour le consommateur, pour l'ouvrier ou pour certains entrepreneurs, l'Etat législateur ne peut pas se croiser les bras et dire: ce sont les effets inévitables des lois économiques, effets auxquels nul n'échappe et qu'on ne peut abolir par décret législatif.

Toute législation a son économie, ses effets sociaux; tout régime économique est le corollaire d'un régime juridique donné. Le régime de l'entreprise privée, de la concurrence et du capitalisme est le régime de la liberté des conventions et de la propriété privée. Si ce régime consacre des injustices, ce sont, entre autres, les effets des principes législatifs que l'Etat consacre et dont il répond. C'est, pour une part efficiente, son oeuvre. Et ce sont précisément les résultats, les fruits qu'il devra considérer pour savoir si sa législation est bonne. Aucun principe législatif n'est bon par lui-même; il est bon au regard des effets sociaux qu'il produit par son application dans des conditions données. Si ces effets sont mauvais, les principes, celui de la propriété ou de la liberté des conventions comme tout autre est mauvais, et le législateur devra se demander s'il ne peut pas les remplacer par de meilleurs, c'est-à-dire par des principes, qui, appliqués aux circonstances données, conduisent à un état social plus satisfaisant, p. ex. par la restriction de la liberté des conventions entre employeurs et employés ou producteurs et consommateurs, ou par l'extension de la liberté d'association ou par la socialisation.

En voulant ce régime du droit privé, l'Etat veut les conséquences qui y sont attachées et en nationalisant ou communalisant un service, il consacre d'autres règles de droit, celles du droit public au lieu de celles du droit privé et il en accepte les résultats. La nationalisation n'est pas seulement un changement de fait; c'est un changement de droit; ce n'est pas seulement, comme on le prétend souvent, un changement du régime économique; c'est par là même un changement du régime juridique.

Je sais bien que souvent l'Etat (ou la commune), qui nationalise ou communalise un service, ne procède pas ainsi en fait. Dans le domaine de l'électricité p. ex., une commune achète une usine et un réseau et se met à vendre sa marchandise comme un marchand, en faisant les prix de gré à gré, ou à peu près; les C.F.F. eux-mêmes se mettent sur ce pied et accordent, suivant leurs convenances, des prix différents à leurs clients. Cela se fait. Mais le fait ne prouve pas le droit. Je prétends que l'Etat qui écarte la production privée, laquelle procède par convention, pour produire lui-même, ne peut, sans faillir à sa mission, se dispenser d'établir un régime de règles légales les mêmes pour tous et que tous peuvent, sans autre, invoquer; permettre à l'Etat de fixer, dans chaque cas, les conditions ad libitum, comme un particulier peut le faire, c'est enlever toute raison d'être à l'étatisation (ou à la communalisation). Ce n'est pas pour livrer les particuliers à l'arbitraire de l'administration que l'Etat prend en mains un service; c'est pour remplacer l'arbitraire qui est inhérent à tout régime conventionnel, par le principe d'une règle légale. Cette règle assurément est gênante pour l'Etat entrepreneur surtout lorsqu'il a à lutter avec des concurrents qui ne lui sont pas soumis (et dans ce cas des exceptions peuvent se justifier). Mais c'est la règle précisément qui justifie son intervention; l'Etat ne peut revendiquer un monopole pour exercer l'arbitraire. Un service public est toujours l'exécution d'une loi impérative; d'une règle de droit. C'est comme représentant du droit que l'Etat se fait

gérant de la société; s'il renie le droit, il se prive du seul titre justificatif de son activité. Il faut à sa mission d'Etat⁴²⁾.

La conséquence pratique de cette vérité, c'est que quoi que l'Etat fasse en sa qualité propre, c'est-à-dire en invoquant son pouvoir de commander (par opposition à son administration purement fiscale où il est personne privée) il doit se soumettre à des règles de droit, c'est-à-dire à des règles qui l'obligent à des conditions déterminées. Permettre à une entité publique (Confédération, canton, commune), d'ouvrir un service public et de l'exploiter comme un particulier exploiterait une industrie, c'est une contradiction: si c'est l'Etat qui s'en occupe, c'est parce que l'intérêt public le demande, et si l'intérêt public exige l'intervention de l'Etat, ce ne peut être pour que l'Etat fasse ce qu'il veut. Il faut au contraire qu'une loi (ou un règlement ayant force de loi) constate et précise cet intérêt public; qu'elle autorise et oblige tout ensemble l'Etat à gérer ce service et à le gérer d'une certaine façon, d'après certaines règles dont tout le monde puisse se prévaloir pour se défendre contre les entreprises illégitimes du service public ou pour réclamer ses services⁴³⁾. Il importe peu que l'Etat revendique pour son service le monopole ou qu'il tolère la concurrence privée. Aucun service public ne doit être mis en oeuvre qu'en vertu d'un régime

⁴²⁾ Dans le même sens Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, Groningen, 1919, p. 242, 255. Del Vecchio, *Lezioni*, p. 283.

⁴³⁾ C'est un abus de la part d'une commune que de dire à un industriel: je ne vous fournis pas d'électricité si vous ne prenez pas un abonnement d'eau, alors que cet abonnement n'est pas obligatoire. C'est un abus intolérable de la part des C. F. F., de dire à un industriel: je vous fais un prix de faveur, si vous ne transportez pas par camion-automobile, ou, inversement, je donne la priorité de l'expédition aux „clients“ fidèles et votre colis attendra. Si, dans le premier exemple, la commune n'a pas l'obligation de livrer, elle abuse de l'autorité publique pour exploiter les facilités du régime privé; quant aux C. F. F., auxquels la loi impose des obligations certaines, ils violent la loi en substituant au régime légal l'arbitraire du convenu.

légal, c'est-à-dire d'un régime de droit public, qui détermine nettement l'étendue de son action et, dans ces limites, ses droits et ses obligations. L'Etat se dérobe souvent à ce principe; p. ex. sous le couvert d'une entreprise privée. Je ne suis pas adversaire „en principe“ de l'étatisation ou de la communalisation, parce qu'à mon avis, cette question ne peut être résolue a priori, par des principes, mais seulement a posteriori, c'est-à-dire après connaissance des conditions de fait concrètes et de l'expérience. Mais j'exige, et tout juriste doit exiger, que l'Etat, quoi qu'il entreprenne, fasse profession de principes de droit et se soumette ouvertement aux règles d'une claire légalité.

L'Etat ne doit donc pas assurer une base légale seulement aux services qu'il déclare obligatoires, comme l'école primaire et la désinfection du domicile. Toute activité, en principe, doit être „légalisée“, c'est-à-dire soutenue et régie par des principes ayant force légale⁴⁴). Le Tribunal fédéral semble admettre comme „allant de soi“ qu'une commune peut exploiter une usine électrique comme un particulier et que le droit d'abonnement n'étant pas un impôt, mais un émolument n'a pas besoin de base légale pourvu qu'il ne dépasse pas démesurément le prix de revient (v. arrêts du 31 mars 1926 Ernst Birch, 52, I, 52—53; 16 juillet 1921 Stutz, 47, I, 248; cf. 38, I, 61). Il suffirait à une commune, d'offrir par voie de contrat privé des services, peut-être indispensables en fait, pour qu'elle fût libre d'en fixer le prix et de forcer le consommateur réduit à s'adresser à elle, de passer sous le joug de son bon plaisir; alors qu'en principe, l'Etat (et ceci concerne aussi les communes) ne doit, au contraire, jamais se placer au niveau du particulier. Ce n'est pas seulement lorsqu'il prélève des impôts sans contre-prestation que l'Etat doit

⁴⁴) Ce n'est pas nouveau. „Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit, wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern...“ Stahl, Philosophie des Rechts, 2. Abt., 5. A., § 36, vol. III, p. 137. Mais, cette vérité, il faut aussi l'appliquer.

faire profession de principes; c'est toujours. Je ne suis pas obligé d'aller en chemin de fer, ni de téléphoner; mais si l'Etat se charge de la fonction sociale de transporter ou d'établir les communications téléphoniques, il ne peut le faire sans s'astreindre à des règles fermes qui puissent lui être opposées. Voilà la règle; c'est le contraire, l'exception, qui demande à être justifié.

Si, comme il le doit, il s'astreint à des règles, il réalise dans ce domaine de son activité propre, comme dans celui de l'activité privée, le droit; il reste fidèle à sa mission et il maintient l'unité du but qui seule permet de le justifier. La contrainte étatique, en effet, ne se justifie qu'à la condition d'être toujours et partout au service du droit. C'est là le but véritable et le seul but de l'Etat⁴⁵).

⁴⁵) Duguit, op. cit. I, p. 677: „La puissance politique a pour but de réaliser le droit“, p. 678. Il est donc erroné d'opposer l'un à l'autre, le bien-être (la prospérité commune, art. 3 de notre constitution fédérale) au droit, comme étant deux buts différents de l'Etat; Wohlfahrtsstaat et Rechtsstaat. Ce n'est pas une antithèse, c'est une façon différente de réaliser le seul but de l'Etat, qui est le droit. L'Etat ne peut pas poursuivre le bien-être par une activité positive sans proclamer des règles de droit; et il ne peut régler l'activité privée par des lois sans prendre en considération le bien-être général. Si je me mets demain à fabriquer des allumettes, aucun principe de droit n'est changé; mais si l'Etat le fait, le changement est considérable et il importe de savoir exactement en quoi ce changement consiste. Stahl disait déjà que le postulat du Rechtsstaat n'indiquait jamais le but et la matière de l'activité étatique; mais le mode d'après lequel l'Etat réalise sa tâche, Philosophie des Rechts, 5e éd., vol. III, p. 138. Il n'est pas exact de dire qu'en assumant une fonction économique l'Etat „intervient“ dans un domaine qui lui est étranger. — Le régime privé est un régime juridique, comme le régime étatique; il présuppose comme ce dernier un système de règles qu'il appartient à l'Etat de consacrer. Il est inexact de le présenter comme l'état, pour ainsi dire, naturel de la société, que l'Etat viendrait, par ses règles, limiter ou corriger. Il n'existe que par le fait que certains principes de droit bien déterminés, sont proclamés et appliqués par l'Etat. L'Etat en est responsable comme il est responsable de tout ce que

Abstraction faite d'ailleurs de la socialisation qui est nécessairement la proclamation de certains principes de droit, notre thèse a une portée plus générale; elle veut dire que toute l'activité de l'Etat doit être réglée par des principes de droit avoués. Or, la législation ne les contient pas toujours; les lois administratives surtout sont très incomplètes et ne précisent souvent pas, involontairement ou intentionnellement, la règle à suivre par l'administration. Mais l'administration doit toujours suivre des règles, et, si la loi ne les indique pas, elle doit en professer elle-même dans les motifs de ses décisions. Toute décision n'a de force obligatoire qu'en vertu du principe dont elle découle. Il n'y a pas (en droit interne) de domaine réservé à l'arbitraire, à l'opportunité, au bon plaisir. La loi ou les principes qui la complètent ne sont pas seulement un cadre à l'intérieur duquel l'autorité gouvernementale ou administrative peut se mouvoir avec une liberté relative, sans être gênée par des principes⁴⁶⁾.

Il y a, il est vrai, des matières que la loi ne règle pas; dans ce sens l'administration est libre: elle n'est pas liée par une règle donnée, posée par la loi. Mais elle ne doit jamais administrer sans principes avoués; les règles que la loi ne lui impose pas, elle doit se les imposer elle-même;

sa législation conditionne. Par quoi je ne veux préjuger en rien le fond de la décision; je veux seulement poser la question dans les termes où elle doit être posée. La question de fond: régime du droit privé ou régime du droit public, reste toujours ouverte.

⁴⁶⁾ V. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8. A. 1928, p. 142; W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 1927, p. 27 suiv.; Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, p. 140; Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, 1930, p. 58; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 243. Il est intéressant que l'auteur qui identifie l'Etat avec le droit admette que l'activité d'une autorité puisse n'être pas complètement déterminée par le droit. Cela provient de ce que cet auteur ne connaît pas d'autre droit que le droit positif; celui-ci venant à manquer qu'est-ce l'autorité exécutive peut avoir à exécuter? O. Mayer est peu clair sur ce point: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. A. 1924, I, p. 99. Cf. „Organisation“, p. 43 suiv.

elle doit les professer et les proclamer et se tenir pour obligée de les suivre dans un cas comme dans l'autre, de telle sorte que tout intéressé puisse s'en prévaloir. Les questions nombreuses que la loi laisse à l'appréciation des organes administratifs ne sont pas abandonnées à son appréciation subjective; elles doivent, au contraire, être résolues par elle d'après des principes objectifs qu'elle aura à trouver elle-même, objectivement, comme le législateur aurait à le faire. Quand la loi ne parle pas, il y a en fait danger que l'autorité administrative s'affranchisse de tout principe et décide arbitrairement⁴⁷⁾. Mais cela ne signifie nullement que l'autorité administrative puisse procéder ainsi. Elle ne doit pas le faire et ce sont les principes qui nous importent, non les faits⁴⁸⁾.

c) L'Etat, en réalisant le droit, doit s'inspirer de l'idée de justice.

Nous disions qu'il n'y a pas de droit positif en dehors de l'Etat. Une règle de droit ne fait pas partie du droit positif, c'est-à-dire du corps de règles dont on puisse exiger actuellement l'observation, si elle n'est pas reconnue explicitement ou implicitement par l'Etat. Explicitement, lorsqu'elle est inscrite dans une loi par le législateur en

⁴⁷⁾ C'est pourquoi Gneist réclamait avec tant d'insistance le règne de la loi dans le domaine administratif.

⁴⁸⁾ Il semble que dans les questions techniques l'autorité soit effectivement libre de choisir; mais cette liberté n'infirme aucunement notre thèse. L'autorité de police peut demander qu'un atelier soit suffisamment aéré; mais elle peut choisir entre plusieurs systèmes de ventilation et suivant les enseignements des sciences techniques elle choisira l'un ou l'autre. C'est une question de fait que la loi ne peut résoudre d'avance. Mais l'autorité de police ne peut, cette question technique étant éclaircie, exiger indifféremment un système efficace ou inefficace, bon marché ou coûteux, simple à manier ou compliqué. La question technique est une question de fait; elle laisse entière la question de droit, qui domine tout le débat. C'est d'elle seulement que nous parlons. — Inutile de rappeler que nous ne parlons ici que du droit interne et non des relations internationales.

titre; implicitement lorsqu'elle est reconnue et appliquée par l'autorité chargée d'appliquer le droit, c'est-à-dire l'administrateur ou le juge. Par là, la règle reçoit pour ainsi dire l'estampille officielle qui la fait entrer dans le droit positif. L'Etat a donc le monopole de cette opération; sans ce monopole l'unité du droit objectif serait compromise et avec elle l'ordre social.

On objectera sans doute à cette thèse que s'il en était ainsi il n'y aurait pas de droit en dehors de l'Etat, et, qu'en revanche, tout ce que l'Etat sanctionnerait serait droit, que, dès lors, l'Etat pourrait sanctionner tout ce qu'il voudrait et réclamer toujours l'obéissance des individus; c'est, dira-t-on, la consécration du positivisme, du relativisme et de la toute puissance de l'Etat⁴⁹).

Telle n'est nullement mon opinion et les objections que je viens d'indiquer, ne dérivent nullement de la prémisses que j'ai défendue.

Mais je reconnais que par ailleurs la thèse présente une difficulté. Je reconnais même qu'une réserve doit être faite à la thèse. Voyons cela d'un peu plus près. D'abord la difficulté, ensuite la réserve.

1^o S'il doit y avoir dans une société un régime juridique, un seul (et s'il y en avait plusieurs, ce serait l'anarchie) il faut nécessairement qu'une autorité en décide, une seule; et cette autorité est précisément l'Etat. L'Etat n'a pas d'autre mission et il ne peut, sans y faillir, admettre une autre autorité à côté de la sienne, compétente pour consacrer la loi du pays. C'est ce que je soutenais tout à l'heure. Mais tout autre est la question de savoir si l'Etat peut sanctionner comme règle de droit ce qu'il veut; s'il n'a pas d'autre directive et même d'autre limite que sa force.

Non seulement cette thèse n'est pas la conséquence nécessaire de celle que nous défendons; mais elle répond à une autre question que celle à laquelle notre thèse répon-

⁴⁹) Ainsi p. ex. Duguit, Droit constit., 3e éd. 1927, p. 100 suiv.

dait. Tout à l'heure nous demandions comment une règle (considérée comme juste) obtenait force légale et devenait partie du droit positif d'un pays; et nous répondions: par l'Etat. Ce que nous demandons en cet instant, c'est de savoir si l'Etat peut revêtir de la sanction légale quelque règle que ce soit, juste ou injuste, raisonnable ou déraisonnable; si celui qui détient la force (et l'Etat doit nécessairement la détenir) a l'obligation d'élever au rang de droit certaines règles plutôt que d'autres, ou s'il n'a aucune obligation à cet égard. Cette obligation ne peut être, évidemment, que morale (au sens large) et non juridique, c'est-à-dire sanctionnée par la force; celui qui détient le maximum de la force ne peut être lui-même contraint par un autre. Sa force, il est vrai, est limitée; mais même s'il pouvait l'être, la force ne serait pas le critère. Ce n'est pas parce que le législateur serait matériellement impuissant à réaliser un ordre qu'il doit pas le donner; évidemment l'Etat le plus puissant ne pourrait commander n'importe quoi; il se verrait désobéi, s'il commandait p. ex. de mettre à mort les individus à soixante ans⁵⁰). Mais ce n'est pas cette limite que nous voulons parler; le fait que l'Etat trouverait des limites dans l'exécution de sa volonté ne prouverait pas qu'il eût l'obligation de se limiter.

⁵⁰) En disant qu'il appartient à l'Etat seul de faire le droit positif, je ne dis et je ne soutiens pas: 1° que l'Etat puisse indifféremment revêtir de cette forme toute espèce de prescriptions; c'est ce que je vais examiner; mais je ne dis pas davantage: 2° que l'Etat soit tout puissant au sens physique, c'est-à-dire qu'il lui soit matériellement possible de se faire obéir quoi qu'il commande. Il n'est tout puissant ni moralement ni physiquement. Mais, si l'on veut aboutir à un régime harmonique et éviter les contradictions, il faut reconnaître à l'institution organique que nous appelons l'Etat la compétence exclusive de statuer sur ce qui est droit positif. C'est tout ce que j'affirme. Je n'affirme pas non plus qu'en fait, historiquement, l'Etat tel qu'il a été réalisé jusqu'à présent ait toujours eu cette compétence. Je ne parle pas d'un fait, je parle d'un postulat. Ce qui importe, ce n'est pas de contester à l'Etat le monopole de la confection du droit positif; de lui contester son légitime monopole, c'est de lui donner un idéal.

La force est un fait et non un principe, et c'est le principe que nous discutons. Nous nous demandons si l'Etat est libre moralement de décréter ce qu'il veut ou s'il a l'obligation de se conformer à un principe supérieur. Nous dire que sa force est limitée, c'est affirmer cette tautologie qu'il ne pourra pas forcer au delà de sa force, contraindre au delà de ses moyens de contrainte. Parbleu ! nous le savions bien, et il est heureux que l'Etat même ne soit pas tout puissant. Mais ce qui nous intéresserait, ce serait de savoir si, dans les limites de ses moyens de coercition, il peut ordonner ou défendre à son plaisir. Nous n'avions jamais craint qu'il dépassât ses limites ; mais ses limites sont assez vastes, et c'est ce qui nous inquiète.

Posons donc la question dans ses termes exacts : l'Etat est-il lié moralement (au sens large du mot) dans ses décisions législatives par quelque principe obligatoire, ou ne l'est-il pas ? Ce principe, s'il existe, ne peut évidemment lui être imposé de force⁵¹⁾ par quelque autre ; si cet autre imposait sa volonté à l'Etat, il le détruirait et se mettrait à sa place. Il deviendrait lui-même l'Etat. Et la même question se poserait de nouveau pour le nouvel Etat. Elle se pose pour tout Etat quel qu'il soit.

Nous nous inquiétons donc de savoir si pareil principe directeur existe ou s'il est impossible d'indiquer aux détenteurs, supposés consciencieux, de la puissance publique, une directive, à laquelle ils aient, conformément à la raison, l'obligation de se conformer. Si pareil principe existe, nous n'aurons pas, pour autant, la garantie matérielle qu'il sera suivi ; mais s'il n'existe pas, nous n'avons pas même le droit, la possibilité logique d'en réclamer l'observation ; et nous sommes obligés de reconnaître que la détermination du législateur sur ce qui, dans un pays, est droit est, au point de vue de la raison pratique, purement arbitraire ;

⁵¹⁾ A l'Etat tant qu'il reste Etat, c'est-à-dire détenteur de la force ; mais ce peut être un titre moral à lui prendre cette force, c'est-à-dire à renverser l'Etat tel qu'il est pour en faire un autre.

qu'une règle législative n'est pas plus fondée sur la raison que la règle contraire.

Quant à nous, nous affirmons le contraire; nous l'affirmons aussi nettement que nous affirmions tout à l'heure que l'Etat seul peut faire passer un postulat de la justice à l'état de droit positif.

Nous disions que l'Etat est une institution; que les personnes, chargées de ses fonctions sont elles-mêmes, depuis le chef de l'Etat jusqu'au plus modeste garde-champêtre, au service d'une institution. Et par là même nous voulions dire que l'Etat n'a pas (ne doit pas avoir) d'autre volonté que celle de réaliser le but de cette institution. Les personnes en charge peuvent, en fait, vouloir autre chose; poursuivre leurs buts subjectifs; mais en le faisant, elles renient leur qualité de fonctionnaires de l'Etat, c'est-à-dire de serviteurs d'une idée. Et c'est de cette idée de l'Etat, n'est-il pas vrai, que nous parlons; non pas des faits contingents qui se produisent dans la tentative toujours renouvelée de réaliser l'idée à l'aide d'hommes toujours imparfaits. Nous savons bien qu'il y a des défaillances; mais nous voudrions pouvoir dire à ceux qui défont qu'ils sont en défaut. Nous voudrions, plus précisément, pouvoir leur enseigner leur devoir. Si l'Etat est une institution, cette institution a un but et une raison d'être. Notre thèse est donc d'un côté que l'Etat seul peut conférer à une règle le caractère de droit positif, mais de l'autre que l'Etat n'est nullement libre de conférer ce caractère à n'importe quelle règle; qu'il peut, suivant ce qu'il décide, avoir raison ou avoir tort; faire bien ou faire mal, être dans la vérité ou dans l'erreur; se conformer à sa mission idéale ou y faillir. On peut fort bien affirmer l'un et nier l'autre⁵²).

⁵²) C'est ce que veut dire la formule souvent employée que l'Etat n'est limité par aucune barrière juridique. On veut dire qu'étant l'instance suprême compétente pour dire ce qui est droit dans une société, il ne peut y avoir, par définition, d'autre instance pour infirmer ses décisions. Ce qu'il décrètera fera loi. Mais cela ne veut pas dire que moralement l'Etat soit libre de décréter

Que l'Etat soit l'institution appelée à poser le droit positif, on l'admet assez facilement. Ce qui est beaucoup plus débattu, c'est la question de savoir à quels principes l'Etat législateur doit obéir. Voilà la question qui est aujourd'hui au centre de la discussion⁵³).

ce qu'il lui plait. On reproche souvent à la „doctrine allemande“ d'avoir proclamé cette omnipotence; mais, abstraction faite de ce qu'en Allemagne comme partout il n'y avait pas qu'une doctrine, mais plusieurs, et les auteurs les plus représentatifs du droit public allemand n'ont nullement enseigné cette doctrine. Ils ont, par une distinction peut-être trop absolue entre le droit et la politique, affirmé qu'il n'y a pas d'autorité juridique en dehors de l'Etat; et en cela ils avaient raison; mais ils n'ont point affirmé que l'Etat, c'est-à-dire les hommes revêtus de l'autorité étatique n'auraient pas d'obligations morales et qu'ils pouvaient décréter indifféremment des lois justes et injustes, raisonnables ou arbitraires. Ils renvoyaient cette question à la science politique. Les Anglais ne disent-ils pas que le parlement peut tout faire excepté d'un homme une femme? Dicey, Introduction au droit constitutionnel anglais, 1902, p. 38. Anson, The law and custom of the constitution, 3e ed. 1897, I, p. 36. Ce qui est vrai, c'est que les auteurs allemands ont trop négligé le problème politique, celui de savoir en quoi consiste le devoir de l'Etat, et se sont confinés dans le domaine du droit positif; beaucoup d'auteurs, en Allemagne comme ailleurs, c'est encore vrai, ont enseigné que le droit positif était le seul droit et qu'au dessus des législations il n'y avait que des opinions subjectives. Mais c'est là un phénomène dont la cause est bien plus profonde; elle réside dans l'hégémonie croissante des sciences naturelles au 19e siècle, hégémonie, dont la philosophie positive est une des manifestations des plus caractéristiques. On applique aux faits sociaux la méthode inductive. On ne connaît plus que les faits, vérifiés expérimentalement; les postulats de la raison ne comptent plus. Un des premiers qui aient nettement combattu cette philosophie dans le domaine du droit fut R. Stammler, dans sa monographie: Von der Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, 1888.

⁵³) La question n'est pas de savoir si l'Etat est lié par le droit qu'il a lui-même posé, c'est-à-dire par les lois. Il est évident que dans notre Etat constitutionnel, basé sur la séparation des pouvoirs, l'autorité exécutive et judiciaire est liée par la loi; tout comme le particulier. Mais le pouvoir législatif, en cette qualité, n'est pas lié par la loi; il peut au contraire, en légiférant, et, et c'est seulement alors qu'il est législateur, modifier la loi; il ne peut même

Les uns continuent à affirmer que le droit positif seul est le droit, et qu'antérieurement à l'acte législatif qui le crée il n'y a que des vœux, des ambitions subjectives, ou des „tendances“, des „forces sociales“. Ils accordent que le législateur fera bien de consulter ces dernières ou que même il les suivra nécessairement, mais ils déclarent qu'objectivement, il n'existe aucun principe obligatoire. Ce que les individus désirent, ils l'appelleront peut-être principes, droit naturel, droit idéal, obligation morale, mais ce sont, dit-on, en réalité des „phénomènes“ psychiques individuels⁵⁴).

D'autres, et leur nombre s'accroît chaque jour, prétendent qu'il existe au-dessus du législateur des principes immuables auxquels il doit se conformer sous peine de manquer à sa tâche; sous peine même, d'après quelques-uns, de faire oeuvre vaine et sans force morale.

Il faut, à mon avis, distinguer nettement le domaine de la méthode inductive et celui de la méthode déductive: la première considère les faits tels qu'ils sont et cherche à trouver entre eux une relation causale et nécessaire dans le temps; la seconde considère des postulats généraux (logiques, éthiques, esthétiques) et, les appliquant à des situations

jamais s'interdire de le faire. Et l'Etat, si on y comprend le pouvoir législatif, n'est donc pas non plus lié par son propre droit. La *lex lata* est obligatoire pour les éléments de l'Etat autres que le législateur lui-même. Cela ne présente pas de difficulté. Le problème véritable, et le seul, est de savoir si au-dessus du droit positif, il existe des principes obligatoires pour le législateur lui-même; principes qui, évidemment, ne peuvent être eux-mêmes de droit positif.

⁵⁴) „Il faut“ n'existe pas. Seul existe „je pense qu'il faut . . .“ „Une règle n'est jamais impérative en soi, mais seulement aux yeux de quelqu'un.“ — „Résolution intérieure d'obéir, volonté d'obéir, tout cela est synonyme d'impératif intérieur ordonnant l'obéissance.“ René Capitant, *L'Illicite*, I, *L'impératif juridique* (1929), p. 45—45. C'est le fait seul qui compte! Et pourtant cet auteur n'est pas positiviste. Nous avons cité plus haut un ouvrage de Hauriou qui porte en sous titre: „Essai de vitalisme social.“

concrètes, en déduit des postulats particuliers. La première explique les faits (qui lui sont donnés) par des „lois“, c'est-à-dire des rapports constants avec d'autres faits; elle ramène un fait, considéré comme effet, à un autre ou à d'autres considérés comme ses causes, et cette explication se borne à cette régression, infinie par définition et, dès lors, relative. La seconde ramène une règle à une raison et fait de cette règle un postulat non pas relatif, mais absolu. La première est liée par les faits dûment constatés; la seconde juge les règles qu'elle examine. Le défaut principal de la théorie actuelle du droit est, à mon avis, de ne pas distinguer entre ces deux méthodes et de ne pas voir que la matière qui leur est donnée à fin d'examen est un ensemble de règles éthiques, de postulats particuliers posés comme obligatoires par le législateur et dont la seule explication possible est l'explication rationnelle; que l'objet de leur science, ce ne sont pas des faits de la nature, sujets à l'explication causale des sciences naturelles. Les faits sont, pour le naturaliste, moralement indifférents et ne doivent pas être soumis à des jugements de valeur. Une règle de conduite, par contre, s'explique seulement si et dans la mesure où elle se laisse ramener au postulat général: ici, à l'idée de la justice; si, dans les circonstances données, elle se justifie⁵⁵).

⁵⁵) Si on veut expliquer p. ex. la règle qui oblige le fabricant à munir de dispositifs de sécurité ses machines, il faut montrer que, sans cette prescription légale, l'entrepreneur négligerait souvent de veiller à la sûreté de ses ouvriers et que, par là, un bien supérieur, la vie, serait sacrifié à un bien inférieur, le bénéfice pécuniaire. Mais ce n'est pas une explication de cette prescription que de dire: que les ouvriers s'étant coalisés et formés en parti ont réussi faire triompher leur programme sur celui des patrons, moins unis et dépourvus du soutien d'un parti politique. Ces faits, psychologiques, expliquent suivant la méthode génétique et causale d'autres faits: le fait de la votation favorable aux ouvriers dans le parlement et dans le peuple; mais ils n'expliquent pas le pourquoi de la règle ainsi votée. On confond constamment ces deux points de vue opposés. V. Bonnecase, op. cit. p. 666. Del Vecchio, Lezioni, p. 322.

L'explication que nous critiquons est particulièrement pratiquée par la sociologie et l'école sociologique du droit : le droit est un phénomène social, dit-on, c'est-à-dire un fait, et les phénomènes sociaux sont l'objet d'une science des faits également, la sociologie; prenant le droit comme un simple fait, elle ne peut lui appliquer d'autre méthode explicative que celle des sciences naturelles, laquelle consiste à rechercher comment un fait se relie, dans l'expérience du passé à d'autres faits suivant les lois du devenir ou de l'évolution naturelle. Les sciences sociales et avec elles le droit sont alors effectivement une „physique sociale“, comme les appelait Auguste Comte (Cours de philosophie positive, 2e éd. 1864, vol. I, p. 22, 73; vol. IV), ou même une application des lois physico-chimiques, comme le pensait Solvay⁵⁶). On pourrait citer H. Spencer⁵⁷),

⁵⁶) V. Barich, Essai de politique positive, basée sur l'énergétique de Solvay, Bruxelles, 1919.

⁵⁷) Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 1891, p. 226—227, le souligne spirituellement: „Herbert Spencer, rencontrant la propriété, a bien garde de se demander si le droit qu'on nomme ainsi ne serait pas un corollaire de la liberté humaine (c'est la théorie de Beudant!), cela ne prouverait rien; mais il fait observer que l'approbation est reconnue chez les Todas, les Santals, les Sepechas, les Chakwas, les Takuns, les Arassuras, les Weddahs des bois, etc., et, par induction, il conclut de la répétition et de la similitude du phénomène qu'il correspond à „un droit naturel“.“ Et p. 228: „L'homme et les autres animaux“ disent constamment les sociologistes (ils se sont un peu amendés depuis 1891!). On s'explique qu'ils ne voient dans le droit qu'un chapitre de l'histoire naturelle.“ — Mais l'essentiel n'est pas, comme Beudant semble l'admettre, de comprendre que l'homme est pour la science un objet différent des animaux, des plantes et des minéraux; mais que les postulats de l'esprit, en particulier les postulats éthiques, et ils sont essentiels à la notion de vie „sociale“, de „société“ ne peuvent être étudiés, ne peuvent même être saisis si on étudie l'homme sous l'angle de la causalité, comme les faits explicables par les lois causales du devenir. L'observateur qui examine la vie de l'esprit sous cet angle ne rencontre précisément pas ce qui dans „les faits“ est spirituel. Je ne saurais donc souscrire à la thèse de Duguit „que l'observation et le raisonnement sur les données de l'observation sont les seuls instruments d'investigation que

Tarde, *Les Transformations du droit*, 2^e éd. 1894, p. VI, et 3, et beaucoup d'autres. Le défaut de méthode est toujours le même, qu'on recherche des lois physiques ou chimiques ou des lois biologiques ou sociologiques; ce sont toujours des lois naturelles, des lois du devenir.

Si on admet avec nous (p. 140^a) que les propositions énoncées par la loi sont des règles pratiques, des *normae agendi*, qui s'adressent à la volonté d'êtres raisonnables, et les sollicitent de s'y conformer, il faut admettre aussi que ces règles sont sujettes à leur examen critique, qu'elles ne sont pas moralement (moral pris au sens large) indifférentes. Il faut admettre que toutes les lois positives ne sont pas (au regard des circonstances données) également bonnes et également mauvaises; car, dans ce cas, elles ne seraient ni bonnes ni mauvaises, mais moralement indifférentes. C'est ce qu'est forcée d'admettre la première des doctrines rappelées ci-dessus, celle du positivisme philosophique conséquent. Les jugements de valeur, dit-il, sont des jugements subjectifs (c'est-à-dire illusoires). Il n'y a donc pas de raison d'édicter telle règle plutôt que telle autre; et la règle ne devient „obligatoire“ que par l'ordre du législateur.

Mais il faut bien se rendre compte de tout ce que comporte pareille affirmation. Si le législateur, même lorsqu'il s'imagine suivre un principe, ne donne que la résultante nécessaire des forces qui ont agi sur lui (d'après une sorte de parallélogramme des forces), son ordre, sa loi n'est pas non plus un jugement de la raison, mais un simple fait, une volition qui n'est sujette à aucune autre explication que l'explication psychologique ou sociologique, bref l'explication causale. La loi promulguée par l'Etat serait un fait dont on pourrait expliquer la genèse par les lois de la causalité, mais ne serait pas une

l'homme possède . . .“ *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd. 1927, § 1, p. XVI. Le droit n'est nullement un fait d'observation. Il serait sans cela une loi de causalité ce que Duguit lui-même n'admet pas; p. 70.

règle dont on pût rechercher la raison. Le droit légal et l'Etat seraient des rouages dans le mécanisme de la nature, mais ne seraient pas des sollicitations d'ordre éthique; et la science du droit et de l'Etat serait une discipline des sciences naturelles, biologiques ou psychiques, et non une discipline des sciences morales. Le droit, en un mot, ne serait pas obligatoire, il serait simplement un fait, un ordre obéi ou non obéi, comme les sollicitations de la faim, de l'instinct, de la sociabilité ou de la mode sont suivies, si elles ne sont supplantées par d'autres sollicitations. La vie juridique serait une succession de faits, intéressants peut-être pour le biologiste ou le psychologue, mais de faits qu'il ne resterait qu'à constater et à enregistrer, comme le biologiste enregistre les variations de la stature humaine ou le psychologue les intensités des réactions du psychique.

La plupart des juristes, il est vrai, n'admettent pas cela; il disent presque tous: la loi positive est obligatoire; l'Etat et les autorités peuvent en obtenir l'observation, non seulement en fait; ils peuvent aussi, à bon droit, raisonnablement, la demander, et le citoyen raisonnable s'y conformera. S'il ne le fait pas, il peut être à bon droit contraint de le faire ou puni. Mais beaucoup de juristes hésitent à admettre que pour le législateur il existe un principe directeur, principe supérieur à la loi positive, et critère, par conséquent, de la valeur des décisions du dit législateur. Or, l'un ne va pas sans l'autre. La loi positive n'est obligatoire que si elle procède d'un principe dont elle est la réalisation. Une action individuelle n'est morale que s'il y a un principe objectif de moralité; un objet n'est beau que si l'idée de beauté existe objectivement. Si nous devons admettre qu'il en est autrement, que ce prétendu principe, cette idée n'est qu'une projection subjective de notre état d'esprit, ou une idéologie illusoire, que notre esprit crée en objectivant ses états d'âme subjectifs pour, ensuite, motiver ces vraies phénomènes par un „principe“ supposé objectif, il ne resterait à l'homme de science, au penseur méthodique, qu'à renverser ces illusions enfantines et à dire:

non seulement il n'existe pas d'idée directive pour le législateur; mais encore les lois promulguées par le législateur n'ont pas de raison d'être, c'est-à-dire d'être obéies, car si elles avaient une raison, cette raison ne pourrait qu'être logiquement antérieure et supérieure à ces lois, comme l'idée du juste est antérieure à sa réalisation, l'idée du beau antérieure à l'oeuvre d'art et l'idée du vrai antérieure à toute vérité empirique. L'ordre du législateur ne peut pas être une raison suffisante pour le citoyen d'obéir, si le législateur lui-même ne peut, par définition, invoquer aucune raison pour ordonner^{57a}).

Il faut donc choisir: si cette idée n'existe pas, les lois qui prétendent la réaliser et s'autorisent d'elle n'ont pas non plus la moindre autorité morale (c'est-à-dire éthique); ce sont des faits, des données de l'expérience, mais non des postulats de la raison. Mais si on revendique pour les lois positives cette autorité morale qu'on a en pratique toujours revendiquée pour elles, il faut admettre aussi une idée commune dont ces lois dérivent et au nom de laquelle elles parlent; il faut admettre qu'elles obligent parce qu'elles ont une raison d'obliger, et dans la mesure où elles l'ont. Il faut que toute chose ait sa raison suffisante; l'obligation juridique comme les autres obligations; les revendications morales comme les revendications esthétiques; les données de la raison comme celles de l'intelligence⁵⁸).

^{57a}) „Le droit ne peut être le droit qu'en se manifestant selon certains principes abstraits nécessaires, découverts par les hommes mais non créés par eux“, dit le professeur P. de T o u r t o u l o n dans l'Introduction d'un ouvrage qui va paraître sous le titre „Les trois justices“. Je suis heureux de me rencontrer avec mon vieil ami dans cette idée. Je souscrit aussi à la phrase qu'il écrit plus haut: „Le raisonnable n'est pas le logique“. Ce qu'il m'est plus difficile d'admettre, c'est que l'impératif ne serait jamais catégorique, mais toujours conditionnel. V. notes 5 et 68.

⁵⁸) Certains théoriciens admettent que la règle du droit positif est une règle de conduite, une norma agendi, et non une loi naturelle; mais ils ajoutent: la question de savoir pourquoi elle est obliga-

Faut-il donc revenir à l'ancienne doctrine du droit naturel qui enseignait qu'il existe des principes de morale et de droit supérieurs aux lois positives et dont le législateur ne peut pas se départir ?

C'est en effet ce que beaucoup d'auteurs récents enseignent. Arrivés à la conviction que le positivisme ne suffit pas, ils se jettent dans les bras de la tradition que représente la doctrine du droit naturel, prépondérante, avec des modalités variées, jusqu'il y a cent ans.

Mais cette doctrine ne suffit pas non plus dans sa forme traditionnelle. Elle veut que toute législation se conforme à certains principes fondamentaux comme celui du respect de la vie de l'homme, de la propriété, de la succession héréditaire et des conventions, de la sainteté du mariage monogamique, ou à des principes plus généraux encore, comme ceux du „cuique suum tribuere“^{58a)} et du „neminem laedere“; de la justice distributive et commu-

toire est une question métajuridique dont nous ne nous occupons pas; nous admettons, par hypothèse, qu'il existe une norme fondamentale dont toutes les autres tirent leur force obligatoire, mais nous ne l'affirmons pas. C'est, à peu près, l'attitude prise par Kelsen. Elle a le mérite d'avoir séparé nettement la règle obligatoire (donc la règle de droit) de la loi naturelle (ou sociologique) qui n'oblige pas, mais constate. Mais il est évident que le caractère obligatoire du droit positif demande à être expliqué, et le ramener à une hypothèse n'est pas l'expliquer; si cette hypothèse n'a pas de raison suffisante, elle n'explique rien et si elle a une raison suffisante, ce n'est plus une hypothèse. Un spécialiste peut naturellement dire: cette question ne m'intéresse pas, ou je voue mes efforts à d'autres questions; c'est son affaire. Mais la question n'en demeure pas moins ouverte pour la science et la science positive n'en réclame pas moins un fondement qui sera nécessairement métajuridique — ou ne sera pas. Que dirait-on d'un physicien qui déclarerait: je vais jusqu'à l'atome ou encore jusqu'à l'électron; mais quant à dire ce que c'est que cette unité je m'y refuse; je la suppose. C'était, semble-t-il, l'attitude d'Auguste Comte. V. Meyerson, *De l'explication dans les sciences*, 1921, I, p. 33, 86.

^{58a)} „Le suum cuique est infécond, parce que tautologique“, dit P. de Tournon au 2^{ème} chap. de l'ouvrage annoncé plus haut.

tative; principes dont les modalités, pensent-ils, pourraient être différentes suivant les temps et les lieux, mais dont la substance ne saurait être entamée sans injustice. Ce n'est pas la seule forme de cette doctrine, mais c'est celle qu'on lui donne le plus souvent aujourd'hui⁵⁹).

A cela j'objecte deux choses:

a) Que les prétendus principes fondamentaux du droit, les axiomes de notre science, ou bien donnent véritablement la mesure des préceptes du droit et alors ils doivent être suivis et appliqués, mais toujours de la même façon; ou bien peuvent être appliqués de façons différentes et alors ils ne sont pas les principes premiers des règles du droit.

Les mathématiques ont leurs axiomes, leurs principes premiers. Mais tous les théorèmes spéciaux en sont strictement dérivés et il n'y a pas plusieurs géométries comme il y a plusieurs législations particulières; les axiomes contiennent déjà toutes les vérités secondaires⁶⁰). Si, au contraire, on pouvait, tout en restant fidèle aux principes, choisir entre différents modes d'application, il faudrait admettre que les principes ne décident pas tout, mais laissent à celui qui les applique le soin de décider entre différentes applications; et alors comment choisir entre ces applications? au hasard, ou de nouveau d'après un principe, une directive rationnelle? Si on admet que le

⁵⁹) Gén y, Science et technique, II, p. 362 suiv. („donné rationnel“, „idées générales“); Méthode d'interprétation, 2e éd. 1919, II, 102—108; Gén y dit bien que la justice ne peut être qu'une direction donnée au juge (et au législateur); mais il parle aussi de „principes de justice“, „auxquels les éléments variés et mouvants de la vie sociale donnent, seuls, leur empreinte positive“ (p. 106). Georges Renard, Le Droit, la Justice et la Volonté, 1924, p. 95, 98. V. Cathrein, S. J., Die Grundlage des Völkerrechts, 1918, p. 545 suiv.

⁶⁰) Je sais bien qu'il y a la géométrie euclidienne et la géométrie non euclidienne qui ont chacune a un point de départ différent; mais ce point de départ choisi on n'en peut tirer qu'un système de propositions vraies et cohérentes. C'est cela que je veux dire. V. H. Poincaré, La science et l'hypothèse, p. 49.

législateur peut choisir au hasard, on soustrait une bonne partie de ses décisions à l'empire de la raison suffisante et on laisse le législateur, dans les déterminations qui sont, pratiquement, les plus fréquentes, sans directive. Et s'il ne peut pas choisir indifféremment un parti ou l'autre, il aura à se déterminer d'après quelque principe et les „principes fondamentaux“ ne sont donc pas les seuls. Or, le législateur ne peut se passer de boussole dans aucune partie de son voyage. On peut bien dire à un jardinier: aménagez-moi mon jardin; mais il faut qu'il tienne dans le carré qui est ma propriété. Le jardinier qui n'aura pas dépassé le carré aura observé la maxime du maître. Mais c'est une maxime tout empirique. Si, au contraire, le maître du jardin lui dit: faites de mon terrain carré un beau jardin, le jardinier ne pourra oublier un seul instant ce précepte et devra s'y conformer jusque dans les détails les plus concrets de sa tâche.

Je dis donc, que ces principes s'ils existent régissent le tout; la législation dans ses grandes lignes comme dans ses détails; alors ils sont de véritables axiomes⁶¹⁾. Mais alors l'oeuvre du législateur est une oeuvre purement logique et le droit positif ne peut être que le développement logique de ces principes; elle est indépendante donc de toutes les circonstances empiriques du temps ou des lieux. C'est ce que croyaient les rationalistes du 18 siècle; ils prétendaient déduire de la raison seule un code complet qui, pourvu qu'il fût correctement déduit, serait vrai en tous temps. Mais en cela ils se trompaient grandement; non pas parce qu'en fait les lois varient de pays à pays et de société à société, mais parce que la méthode rationnelle était fausse. Mais si ces principes ne sont pas virtuellement toute la législation, ils laissent le législateur sans directive

⁶¹⁾ C'est ce que dit Cathrein, op. cit. p. 46: „Der Grundsatz nun: du sollst das Gute tun und das Böse meiden, oder der andere: du sollst deiner Natur entsprechend geordnet leben, enthält implicite die ganze sittliche Ordnung, die sich durch Schlussfolgerungen aus ihm herleiten lässt“; cf. p. 48.

pour tout ce qui reste en dehors d'eux et qui est considérable.

Prenons le principe le plus généralement reconnu comme essentiel, celui du respect des conventions. Si le principe *pacta sunt servanda* contient in nuce tout le droit conventionnel, il ne reste au législateur qu'à en tirer les conséquences et à les proclamer dans la loi. Si, comme on l'admettra plus volontiers, il ne contient pas tout le détail, qu'est-ce donc qu'il prescrit? Que (en principe) les conventions doivent être observées, répondra-t-on. Mais lesquelles? Tout ce dont deux ou plusieurs personnes conviennent en fait ne peut être tenu pour une convention valable; le législateur aura à préciser. Mais si le principe ne dit pas ce qu'il faut entendre par convention valable, ou, en d'autres termes, quelles conventions méritent d'être reconnues comme valables dans le droit positif, il ne dit rien et il est impossible de savoir ce qu'il prescrit au législateur.

Un autre principe demande le respect de la propriété privée; mais est-ce la propriété individuelle ou la propriété commune? est-ce la liberté illimitée de transférer et de diviser ou une liberté limitée? est-ce le droit de disposer de la chose souverainement ou seulement dans les bornes de l'ordre public et quelles sont ces bornes? Si le propriétaire d'une forêt ne peut l'exploiter que d'après un plan agréé par l'autorité, s'il ne peut défricher et si, de plus, il est obligé d'exploiter positivement, est-ce encore la propriété privée que le principe réclame? Encore une fois: si la réponse est contenue déjà dans le principe du respect de la propriété, ce principe ne laisse rien à décider au législateur; et s'il n'y est pas contenu, d'après quel principe se dirigera-t-il pour décider ce qui lui reste à décider?

Ma première objection d'ordre logique consiste donc à dire: ou bien les „principes“ décident implicitement tout et alors le problème législatif est un problème de pure logique déductive, le même partout et toujours, ce qui

est évidemment faux; ou bien ils ne décident pas tout, alors ils laissent le législateur sans principe pour le reste et l'autorisent à décider arbitrairement. Les „principes“ donnent ou trop ou trop peu.

b) Ma seconde objection est celle-ci: si c'est le législateur qui doit décider, sous sa responsabilité, quelles règles le droit positif doit consacrer, et c'est effectivement sa mission, il ne peut être lié d'avance par des principes arrêtés, même incomplets, dont l'examen critique lui est interdit.

Tout imprécis qu'ils sont les principes comme ceux que j'ai cités prétendent décider par avance une partie du problème législatif que chaque génération a à résoudre. Le principe de la propriété privée s'il ne renferme pas la réglementation complète de la propriété indique en tout cas que le législateur aura à consacrer la propriété privée sous une de ses formes et ne devra pas socialiser les biens. Il pose donc une règle, imprécise peut-être, mais une règle à suivre par le législateur; et c'est déjà trop, c'est-à-dire plus qu'il n'est possible de justifier a priori.

Un législateur peut naturellement déclarer: Une autorité reconnue, p. ex. la tradition doctrinale ou pratique, ou l'Eglise catholique, me recommande ces règles et cela me suffit; je les suis parce que je fais confiance à cette autorité. L'autorité une fois admise, ce raisonnement est correct. Mais alors le législateur abandonne une partie de son pouvoir de décider à une autre instance qui devient par là, en dernière analyse, l'autorité législative. Or, nous voudrions savoir si, abstraction faite d'autorités, nous avons des raisons d'admettre comme directives des principes tels que ceux que nous avons mentionnés, et si le législateur a, de même, des raisons de les admettre. Si le législateur a des raisons d'admettre p. ex. le principe de propriété privée, ce sont, en définitive, ces raisons qui lui font admettre la propriété privée; ce n'est pas la propriété privée qui lui sert de raison dernière pour motiver sa législation. Et tel est en effet bien le cas.

Une règle même indéterminée, est toujours déjà une décision, et nous cherchons le principe de toute décision; le principe en vertu duquel toutes les décisions doivent être prises et doivent être jugées, in concreto, raisonnables ou non raisonnables, justes ou injustes.

Ce principe ne peut pas être lui-même une règle de conduite, même imprécise et générale, il ne peut être qu'une idée au sens philosophique du mot. L'idée ne contient pas toute la décision; ce n'est pas une proposition dont on peut tirer tout un système de conséquences. Elle indique seulement la direction⁶²⁾ dans laquelle la décision doit être prise, mais prise en considération d'autres éléments encore, qu'elle n'indique pas, que l'expérience aura encore à fournir. C'est donc un principe „formel“, c'est-à-dire un principe qui devra être suivi en toute décision, mais qui ne suffit cependant, à lui seul, à en donner aucune⁶³⁾. C'est à cette condition seulement que l'idée est le principe de décision de toute règle. Pareil principe est nécessaire, mais il ne peut être lui-même une règle de conduite; il indique seulement le critère constant d'après lequel une règle de conduite, une règle de droit, devra être considérée comme juste. Et pour en décider, il faudra connaître outre ce principe constant, les circonstances de fait, variables suivant le temps et le lieu, dans lesquelles la règle cherchée doit s'appliquer.

⁶²⁾ „Une direction! C'est bien là, en effet, tout ce que donne et peut donner le droit naturel . . .“ Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 36, 38.

⁶³⁾ V. l'intéressant résumé de la doctrine d'un disciple de Kant: Filippo Nasci, *La ragione ultima dell'diritto*; *Rivista internazionale della filosofia del diritto*; 1925, p. 167. La forme, dit-il avec beaucoup de raison, ne peut être réalisée sans la matière; mais elle peut être pensée sans elle. Dans le même esprit Giac. Perticone dit de l'idée du droit: „Non è un principio pratico; (è un) principio trascendente, che misura e giudica il reale. „Scienza e filosofia del diritto“; même *Revue*, 1929, p. 36. G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia di diritto*, 1930, p. 157. V. aussi Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 2e éd. 1892, p. 35; Bonnecase, op. cit. p. 472.

La règle est toujours la solution pratique donnée à une situation de fait concrète. On ne peut se déterminer sur la solution à donner sans connaître cette situation de fait. Mais la situation de fait connue on ne peut non plus se déterminer sans principe de décision, c'est-à-dire sans se guider d'après une idée⁶⁴).

Une comparaison fera comprendre mieux ma pensée: Un architecte est chargé de faire le projet d'une belle construction, p. ex. d'un musée. Ce qu'on lui demande, c'est de se conformer à l'idée du beau. Cette idée n'est pas encore une règle technique d'exécution; elle ne lui indique ni la forme, ni la disposition, ni les matériaux, ni le style de l'édifice. Pour se déterminer là-dessus, en connaissance de cause, il lui faudra connaître en outre les conditions de fait, dans lesquelles le musée doit être construit: dimensions, coût, terrain, alentours, climat, destination, etc. Et c'est pour la question ainsi posée en termes concrets qu'il pourra chercher la solution esthétique. Toutes les solutions qu'il proposera ne seront pas également bonnes parce qu'elles ne satisferont pas également l'idée du beau; c'est cette idée qui fournit le critère. Mais ce sont les conditions de fait qui fournissent les éléments du problème à résoudre d'après ce critère; le problème n'est donné que si les conditions de fait sont données. Discuter les solutions de problèmes dont les éléments de fait ne sont pas donnés, c'est une faute de méthode.

Il en est de même du législateur: il doit se diriger toujours d'après l'idée de justice; c'est à elle que la législation doit, dans tous les cas, répondre. Mais, pour savoir

⁶⁴) Ce serait une erreur semblable à celle que commettent beaucoup de praticiens qui, ayant à indiquer ce qu'il faut décider dans le silence de la loi répondent: c'est une question d'espèce; il faudra décider d'après les circonstances particulières de chaque cas. Bien sûr! que c'est une question d'espèce; mais lorsque vous avez votre espèce avec tous ses caractères individuels, comment déciderez-vous? Décider n'est pas simplement jouer à pile ou face; c'est motiver et motiver c'est ramener l'individuel au général, au principe.

quelle législation y répondra, il lui est indispensable de savoir pour quelle société et dans quelles conditions de fait il doit légiférer. Ce n'est qu'une fois les conditions de fait connues que les termes du problème sont posés. On ne peut pas légiférer en blanc, pour une société quelconque, pour toutes les sociétés; on ne peut légiférer que pour des sociétés concrètes et dans des conditions individuelles données. La même législation appliquée à des sociétés différentes pourra être juste et injuste et deux législations différentes destinées à des sociétés différentes peuvent être également justes. Rien ne peut être décidé là-dessus sans la connaissance des données empiriques, des éléments de fait; rien, pas même un commencement, une esquisse de législation. La propriété privée pas plus que le mariage⁶⁵). Pratiquement tout le monde le reconnaît. Mais ce qu'on ne reconnaît pas, c'est que ce postulat n'est conciliable avec le postulat que toute législation doit être juste, qu'à la condition de donner à ce dernier postulat le caractère d'une idée, et non d'une règle, si générale fût-elle.

En matière de propriété les expériences de la guerre nous donnent un exemple instructif. Nous avons jusqu'à la guerre en Suisse, comme ailleurs, le régime de la propriété privée: les biens meubles et immeubles étaient, pour la plupart, dans la propriété des particuliers, et le propriétaire, tout en étant limité dans l'usage de sa chose par les règles de police, pouvait transférer librement son droit. Pendant la guerre, par suite des restrictions apportées par nos voisins aux échanges internationaux, nous étions dans la situation d'un pays partiellement bloqué et nous avons passé à un régime intermédiaire entre la propriété privée et la nationalisation de la propriété, à un régime de propriété privée contrôlée par l'Etat; droit de propriété limité dans l'intérêt public. Si nous avions été complètement séparés du reste du monde et réduits à nos propres ressources, nous aurions probablement passé au régime de la ville

⁶⁵) V. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. A. 1928, p. 215.

assiégée dont l'autorité déclare: dorénavant je dispose dans l'intérêt général de toutes les propriétés; j'introduis le régime communiste. Et, dans ces circonstances extrêmes, l'autorité aurait raison. Tous ces régimes peuvent répondre, chacun dans les circonstances données, à l'idée de justice. Mais cette idée n'est pas elle-même une règle de droit et elle ne contient aucune règle déterminée, comme la prémisse contient la conséquence. Elle les contient toutes virtuellement; ou plutôt: elle n'en contient complètement aucune.

Prenons le principe du mariage monogamique. Je ne conteste pas que pour une société quelque peu cultivée ce ne soit la règle juste et bonne. Mais supposons qu'un gouvernement ait à légiférer pour une colonie, pour des populations comme celles décrites par Albert Schweitzer dans son ouvrage „A l'orée de la forêt vierge“, 1923. Si des hommes d'expérience et de jugement lui font observer qu'à ce degré de culture et dans ce milieu, une femme célibataire est vouée à l'abandon physique et moral; que l'idée du mariage monogamique ne peut être réalisée que par degrés, avec d'autres progrès, et qu'il faut y procéder progressivement, le législateur trouvera peut-être que, tout de même, la question n'est pas aussi simple et qu'ici la règle, incontestée chez nous, demande à être examinée. Comment décidera-t-il du bien-fondé de l'institution dans les circonstances qui lui sont données? Dira-t-il que ces circonstances lui importent peu; qu'il a son principe arrêté, bon par lui-même? Ce serait un dogmatisme aveugle, un parti pris; ce serait refuser de voir la question telle qu'elle se pose. Dira-t-il au contraire que la législation doit être appropriée aux circonstances et qu'à chaque fait il faut son droit; que chaque décision est un cas d'espèce qui ne peut être tranché qu'individuellement et pour lequel „les principes“ ne sont d'aucun secours? Ce serait enlever à sa décision toute valeur de principe, toute raison justificative et tomber dans un relativisme superficiel.

Le législateur ne devra faire ni l'un ni l'autre. Il devra consulter consciencieusement les faits, mais les faits cons-

tatés, il devra choisir, à la lumière de l'idée du bien et de la justice, la règle de droit. Cette règle, il ne peut jamais la déduire, par jugement analytique, d'un principe, c'est-à-dire d'une règle plus générale, qui, dans ce cas, la contiendrait nécessairement. Il devra toujours prendre en considération les deux éléments, dont aucun ne suffit à lui seul: l'élément idéal de la justice et l'élément empirique des faits donnés, et porter un jugement synthétique.

La doctrine que je viens d'exposer n'est pas nouvelle. C'est Stammler qui en a le principal mérite. On l'a appelée la doctrine du droit naturel à contenu variable. Cette appellation est commode, mais trop sommaire. Elle pourrait faire croire à ceux qui ne connaissent Stammler que de seconde main⁶⁶⁾ que Stammler aurait professé un corps de règles fondamentales, comme les adeptes du droit naturel traditionnel, mais de règles variables suivant les circonstances. Ce serait en effet retomber dans le relativisme que Stammler a combattu plus que tout autre⁶⁷⁾. La valeur pratique de cette doctrine c'est qu'elle donne un principe

⁶⁶⁾ Comme Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, p. 18.

⁶⁷⁾ Stammler n'a jamais admis qu'il existât un ensemble de règles fondamentales, à l'instar du droit naturel; mais s'il l'avait admis, il n'aurait certainement pas commis l'absurdité de dire que ces principes fondamentaux étaient variables. Les circonstances sont variables, l'idée reste invariable; mais appliquée à des circonstances différentes, elle donne un résultat différent, de même que le théorème de Pythagore, appliqué à des triangles différents, donne des résultats différents, sans pour cela varier lui-même. Il ne me paraît pas juste de l'accuser pour cela de formalisme; v. Schindler, *Festgabe für Jur.tag 1928*, p. 60; c.-à-d. de ne donner aucun critère de décision. St. renvoie à l'idée du juste, qui n'est pas vide de sens et qui donne tout ce qui peut être donné a priori. Gysin, *Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*. Zürich, 1927, p. 26 dit avec raison: qu'il serait contradictoire d'admettre qu'il y a un devoir mais un devoir qu'il est impossible de connaître. Cela est vrai aussi pour le devoir du législateur d'être juste. „Denn sinnlos wäre die Behauptung eines unbedingten Sollens, das dem Verpflichteten nicht erkennbar wäre.“

directeur à toutes les décisions que le législateur peut être appelé à prendre, sans en préjuger complètement aucune. Elle n'ignore pas la contingence des faits; mais elle n'y abandonne pas le législateur sans direction.

Cette doctrine s'oppose, comme nous venons de le voir, à celle du droit naturel traditionnel, qui prétend imposer au législateur un certain nombre de principes de droit et préjuger ainsi, pour une bonne part, la décision qu'il aura à prendre. L'idée du droit n'en préjuge, a priori, aucune. Mais cette doctrine s'oppose, et c'est là un mérite au moins égal au premier, à toutes les doctrines, non seulement naturalistes (causales), mais aussi relativistes; je veux dire aux doctrines qui font servir le droit à un but et le ravalent au niveau d'un simple moyen pour réaliser un but donné. Le droit, dans cette conception, est un moyen utile pour arriver à un but autre que le droit. Sa raison d'être n'est pas en lui, elle est en dehors de lui. En d'autres termes: la règle de droit devient une règle purement technique; elle est conditionnellement obligatoire: celui qui veut ce but doit, logiquement, vouloir le moyen. Mais celui-là seulement. Le droit est, par exemple, un moyen d'accroître le bien-être ou d'assurer le repos; celui qui aspire à ces biens (et on suppose que tout le monde y aspire) devra aussi se soumettre au droit⁶⁸).

⁶⁸) Cette justification, qui, on le sait, était chère au rationalisme du 18ème siècle, se rencontre encore fréquemment. V. p. ex. Mac Iver, *The modern state*, 1926, p. 154: „Political obligation is based on the general recognition of universal service of law and government, for the sake of which we accept specific enactments which in themselves we disapprove“; 474. Laski, *A grammar of Politics*, 1925 ed. 1930, p. 276: „Law, therefore, to be justice, must be the expression of relations found adequate in the experience of man“; experience? Laski approuve la formule, qu'il cite de Miss Follett: „The reciprocal fitting of needs one to the others“. „The law“, dit-il, „must be built on the right induction from human experience“, p. 277; pour servir cette expérience. Nous disons, au contraire, que la loi doit être conforme à l'idée et indiquer la voie à l'expérience.

La loi juridique ne serait donc obligatoire que pour celui qui veut le but qu'elle poursuit, et pour celui-là même elle ne serait obligatoire, qu'au titre logique et non éthique. Or, c'est là méconnaître la nature véritable de la loi. La loi n'indique pas seulement les moyens appropriés pour arriver à un but; elle indique les buts eux-mêmes en déclarant les uns licites, les autres illicites; elle n'ordonne pas seulement sub conditione; elle ordonne inconditionnellement, catégoriquement, et cela, elle ne peut le faire qu'au nom d'un principe absolu, c'est-à-dire d'une idée.

A la thèse que je défends, on a fait, je le sais, différentes objections. Il est impossible de les examiner en détail ici, sans pénétrer dans la question centrale de la philosophie du droit. Mais j'en relèverai cependant deux qui reviennent constamment.

La première consiste à dire que l'idée de justice, comme celle du bien dans la formule de Kant, ne peut être définie et est vide de sens; on demande au législateur de se conformer à l'idée de justice; mais cette idée, dit-on, est indéfinissable, et, par conséquent, il est impossible de dire au législateur à quoi il a à se conformer. C'est un mot dont on décore certaines revendications, mais qui ne peut servir à en justifier aucune. Voilà la première objection.

Je ne veux pas examiner si la définition (est-ce une définition?) donnée par Kant de la loi morale: „Agis d'après la maxime dont tu peux vouloir qu'elle devienne une loi générale“ (Metaphysik der Sitten, Reclam S. 55), pèche par ce défaut. Elle le ferait sans doute, si elle prétendait être une définition, c'est-à-dire si elle prétendait rendre en d'autres termes tout ce que contient la notion à définir. Mais le reproche qu'on pourrait faire à Kant ne serait pas d'avoir mal défini, ce serait d'avoir voulu définir. Une notion première comme l'idée du bien, ne peut pas être définie. Définir est analyser, c'est-à-dire ramener une notion à d'autres dont elle est déduite. Le triangle est défini par l'angle et la droite, et ces notions sont plus simples que celle du triangle, qui est composée. On peut ramener

les notions d'angle et de droite à des notions plus simples, plus élémentaires encore. Mais, évidemment, on ne peut continuer à l'infini cette analyse; sans cela on n'achèverait jamais et aucune notion ne pourrait être définie définitivement. S'il fallait définir toutes les notions, on en serait réduit ou bien à analyser, à décomposer à l'infini, les éléments de chaque concept devant être ramenés à leur tour à leurs éléments et ainsi de suite indéfiniment; ou bien on serait réduit à définir toutes les notions par un nombre limité d'éléments, ce qui conduirait à définir une notion par l'autre et vice versa; on tournerait dans des tautologies. Pour aboutir il faut logiquement pouvoir partir de notions premières par lesquelles les autres peuvent être définies sans qu'elles aient elles-mêmes besoin de définition, et dont on ne peut, sans remettre tout en question, demander qu'elles soient définies.

L'idée du bien est une de ces notions premières. Elle n'est pas composée d'autres notions dont elle se déduit; elle est, au contraire, la notion à laquelle toutes les notions morales se ramènent, comme toutes les notions géométriques se ramènent à celle de l'espace. Le bien ne peut pas plus se définir que le beau. Ce sont des notions simples⁶⁹).

Mais cela ne signifie nullement qu'elles soient vides de sens. C'est le contraire qui est vrai: c'est d'elles que toutes les notions morales et esthétiques spéciales tiennent leur sens. Ce sens, il est vrai, nous ne pouvons l'analyser par l'intelligence; nous ne pouvons le saisir, en prendre conscience que par une aperception immédiate de notre raison. Mais nous le saisissons parfaitement et nous savons parfaitement ce que nous voulons dire, quand nous disons:

⁶⁹) Le juste est, à mon avis, une notion dérivée de celle du bien. C'est le bien réduit à des règles abstraites (v. p. 143^a ci-dessus). Ce qui est juste, c'est toujours une règle (ou son application). C'est la règle conforme au bien. C'est une définition; mais une définition qui renvoie immédiatement à la notion indéfinissable du bien.

cet acte est mauvais, cette loi est injuste; tout comme nous nous comprenons parfaitement lorsque nous disons: cette maison est belle.

Mais, opposera-t-on encore, c'est la seconde objection, comment prouver que ce que moi je trouve juste, est réellement juste; l'expérience apprend qu'en morale et en droit, comme en esthétique, les opinions divergent grandement, à l'opposé des mathématiques (où d'ailleurs elles sont aujourd'hui assez divergentes aussi). Ce sont, dit-on constamment, des jugements subjectifs et la notion de justice est elle-même purement subjective.

A cela je réponds qu'effectivement le postulat de la justice pas plus que celui du bien ne peut être prouvé, pour la même raison qu'il ne peut être défini: ces postulats ne sont pas déduits d'autres postulats; ce sont des vérités premières. En demander la preuve, c'est demander une chose qui, par définition, est impossible.

Alors, dira-t-on, ce postulat est sans preuve, indémontrable? C'est une simple hypothèse⁷⁰). — Il est sans preuve, mais il n'est pas nécessaire qu'une proposition soit prouvée et démontrable pour qu'elle soit vraie. Démontrer une proposition, c'est la déduire d'une autre, admise comme vraie. Si pour qu'une proposition soit vraie, il fallait qu'elle fût prouvée, il faudrait la déduire d'une autre proposition prouvée aussi, c'est-à-dire déduite elle-même d'une autre déjà prouvée et ainsi de suite à l'infini. En d'autres termes: il serait, par définition, impossible de rien prouver et aucune proposition ne pourrait être admise comme vraie, pas même celle que je viens d'énoncer. On recourt donc nécessairement à des propositions indémontrables dans les sciences morales comme dans les autres.

Il est vrai que les opinions des individus sur ce qui, *in concreto*, est juste, varient beaucoup et se contredisent.

⁷⁰) V. p. ex. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 2e éd. 1927, p. 74.

Mais il est faux d'en déduire que l'idée du juste est pour cela subjective. En le faisant on joue sur le mot subjectif. Les opinions subjectives, c'est-à-dire les jugements portés par différents sujets sur la justice ou l'injustice d'une loi sont souvent contradictoires, c'est très vrai; mais il ne s'ensuit nullement qu'elles soient toutes également fondées, qu'en d'autres termes, tout jugement de cette matière ne puisse avoir qu'une valeur subjective. Cela signifierait qu'il porte sur une question sur laquelle aucune vérité objective ne peut être affirmée; sur une question donc qui, en bonne méthode, ne doit pas être posée. Et voilà la seule question intéressante; ce n'est pas celle de savoir si les hommes concordent en fait, mais s'il est, méthodiquement, possible de poser la question, et si, malgré toutes les chances d'erreur, il est raisonnable de chercher une solution. Si la question ne comporte pas de solution objectivement vraie, le sage ne la posera pas. Ce qui nous importe, ce n'est pas de savoir, si les individus qui ont émis une opinion ont bien pensé, mais s'il est possible de se faire une opinion. Les physiciens se sont fait pendant longtemps des notions erronées du monde physique; mais la physique n'est pas pour cela une notion „purement subjective“. Si l'opinion de tous les hommes sur le juste concordait, cela ne prouverait nullement que cette opinion fût vraie, pas plus que l'accord des astronomes antiques sur le système de Ptolémée ne prouvait la vérité de ce système. Et si on ne peut inférer de l'accord des opinions la vérité de ce qu'elles affirment ou la possibilité d'affirmer quelque chose, de quel droit infère-t-on du désaccord des opinions la fausseté de toutes les opinions ou plutôt l'impossibilité de toute opinion objective?

Ce sont deux questions entièrement différentes. La première constate le fait indéniable (mais explicable) que les hommes, dans leur imperfection, portent des jugements divers et erronés sur la valeur des lois de l'Etat; la seconde concerne la possibilité, en principe, de porter un jugement

de valeur sur les lois⁷¹⁾. La première suppose qu'un jugement objectif peut être porté; la seconde le nie.

Il est vrai qu'on nie aussi très souvent cette possibilité même; on dit que les jugements de valeur sont tous subjectifs. Mais on ne se rend, apparemment, pas compte de la contradiction de ces termes et de leur portée pratique. Si les jugements de valeur sont subjectifs, nécessairement et par principe, c'est que la notion de valeur est elle-même subjective, c'est-à-dire dépourvue de vérité pour celui qui procède méthodiquement, et qu'elle ne répond pas à une question qu'en bonne méthode on puisse poser parce qu'elle ne comporte pas, pas même pour l'homme parfait, de réponse objective. L'homme éclairé ne portera donc plus de jugements de cette sorte, auxquels ne peut répondre aucune vérité objective, comme le physicien ne demandera plus pourquoi la nature a horreur du vide, après avoir reconnu que la question est mal posée. Dans ce cas toute discussion sur la valeur des décrets du législateur est inutile et stérile; elle porte sur un objet fictif⁷²⁾. Toutes les lois ont, en réalité, la même valeur parce qu'elles n'en ont point, ni les unes ni les autres. Voilà la conséquence pratique de cette conception. Conception lamentablement bâtarde! On dit que

⁷¹⁾ Demogue, *op. cit.* p. 34, dit p. ex. que toute conception (sur le sens de la vie) est subjective par nature puisqu'elle doit nécessairement passer par un cerveau humain. Dans ce dernier sens, en effet, toutes les conceptions sont subjectives; si elles naissent, elles naissent dans un cerveau (disons: dans un esprit) humain; mais tout autre est la question de savoir si la pensée ainsi conçue est subjective dans l'autre sens, c'est-à-dire si, ce qu'elle énonce, n'est que représentation arbitraire, ou si cela répond à quelque vérité objective, indépendante du sujet qui la conçoit.

⁷²⁾ Quand les voyageurs d'un compartiment de chemin de fer „discutent“ pour savoir s'il y fait trop chaud, ou que la cuisinière „discute“ avec la maraîchère pour savoir si trois francs ne sont pas trop pour une botte d'asperges, le spectateur éclairé sourit parce qu'il sait que la justesse de ces „opinions“ ne peut être objectivement débattue; mais ceux qui disputent sur la justice ou l'injustice d'une loi, sont-ils logés à la même enseigne?

les règles du droit positif sont obligatoires; mais on concède que le législateur peut promulguer aussi bien, à aussi bon droit, le contraire de ce qu'il a promulgué. Quelle contradiction!

Les notions premières, p. ex. les idées morales, ne peuvent se démontrer. Mais elles se révèlent vraies ou fausses d'une autre manière. C'est par l'harmonie du tout. Nous avons le droit d'admettre comme fondée une hypothèse, indémontrable en elle-même, qui, admise, s'accorde avec d'autres propositions et forme avec elles un tout cohérent. Et tel est le cas de l'idée du bien et du juste. Si on les prend pour point de départ, dans le sens exprimé, plus haut, les difficultés ne disparaissent pas comme par enchantement, mais elles s'expliquent; si on fait abstraction de ces idées, on tombe dans les contradictions inextricables du relativisme, qui mène à la stérilité pratique.

Il y a des vérités indémontrables; et ce sont, précisément, les vérités essentielles; celles sur lesquelles toutes les autres reposent et sans lesquelles les autres ne seraient pas vraies.

Pour échapper à l'objection que l'idée de justice n'a pas de fond objectif parce qu'elle ne peut être démontrée, on soutient souvent que le législateur doit se guider non pas d'après ses idées à lui, mais d'après les idées des hommes de son temps; et on dit qu'il doit suivre l'idée de justice telle qu'elle se présente à l'esprit de sa génération; telle qu'elle a effectivement cours dans la vie. C'est là, pense-t-on, quelque chose d'objectif⁷³). Nombreux sont les auteurs qui se rapportent au sentiment de la justice (*Rechtsgefühl*) du

⁷³) Capitant, *L'Illicite*, p. 33, dit: „L'impératif est un état psychique“; il ne se rend pas compte qu'ainsi l'on tombe inévitablement dans le relativisme: non pas parce que les idées du public ne sont souvent ni claires ni concordantes, mais parce qu'on réduit le postulat de la justice à ce que certains hommes, à un certain moment, croient juste ou éprouvent comme tel. V. aussi Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, Groningen, 1919, p. 199; Kranenburg, *Positief recht en Rechtsbewustzijn*, Groningen, 1928, p. 56. Del Vecchio, *Rivista internazionale della filosofia del diritto*, 1929, p. 9, appelle l'Etat le „focus“ qui concentre les idées des particuliers. On pourrait multiplier les citations.

peuple. C'est effectivement par cet organe que tout homme percevra ce qui est juste; mais le législateur ne peut se contenter de constater le fait que d'autres ont tel ou tel sentiment. C'est à lui de juger; c'est lui qui est responsable de son oeuvre. — Même si tous les hommes d'une époque avaient sur le droit le même sentiment, la même opinion, faudrait-il les suivre parce que c'est l'opinion de tout le monde ou parce qu'elle est vraie? Certes, le législateur, ne négligera pas de peser avec soin ce que tout le monde ou beaucoup de ses contemporains estiment être juste. Mais, en soi, l'opinion de tout le monde ou du grand nombre n'est pas une raison suffisante. Si le postulat de la justice ne valait pas de sa propre autorité, il ne signifierait rien.

Voici maintenant la réserve.

Le législateur n'est pas, disons-nous, sans guide dans sa tâche difficile. Mais, ce guide n'est pas et ne peut pas être une règle de conduite arrêtée (sauf celle que la constitution peut lui imposer, cas dans lequel la même question se pose pour le constituant); c'est, comme nous l'avons vu, une idée, non une règle, qu'il appartient à l'Etat de réaliser. Il peut le faire plus ou moins bien; il peut trouver une solution législative équitable; il peut aussi se tromper. Il n'est pas moralement libre d'en décider comme il veut; mais c'est lui qui en décide, et ce qu'il ordonne est, constitutionnellement, obligatoire. Est-ce obligatoire, quoi qu'il décide?

C'est la difficulté la plus grande dans cette matière. Elle est, à mon avis, aussi insurmontable qu'inévitable. La science doit avoir la franchise de reconnaître la difficulté et la modestie de convenir de sa propre impuissance à la résoudre. Mais si elle ne peut résoudre la difficulté elle peut au moins en expliquer le pourquoi.

Ceux qui admettent avec Hobbes, que la volonté de l'Etat est la raison dernière du caractère obligatoire des lois, refusent au citoyen tout examen critique de ces lois; notre difficulté n'existe pas pour eux. Mais il en existe une

autre plus grande encore, c'est celle d'expliquer ce droit de l'Etat à l'obéissance illimitée de ses sujets. Pour nous qui avons admis que l'Etat est une institution destinée à réaliser sous forme de règles juridiques le postulat de la justice, et tous les partisans du droit naturel sont devant la même difficulté, nous ne pouvons interdire aux individus la faculté d'examiner si l'institution fonctionne normalement, si les hommes qui la desservent font un usage raisonnable de leurs compétences. Ce n'est que comme instrument de la justice que l'appareil coercitif que nous appelons l'Etat se justifie. Aussi invoque-t-il toujours ce titre pour solliciter l'obéissance à ses lois; il ne se borne pas à contraindre physiquement, il veut obliger l'être doué de raison qu'est l'homme, et c'est au nom de la justice qu'il exerce toujours la contrainte. La réalisation de la justice est sa raison d'être et son titre à l'existence. Aussi, le citoyen le plus dévoué, le plus correct attendra-t-il toujours de l'Etat qu'il se conforme au moins approximativement à la justice et il ne se tiendra jamais pour obligé de se soumettre à toutes les injonctions du législateur, quelles qu'elles puissent être, inconditionnellement, aveuglément. Il n'y a pas de raison suffisante de se soumettre à un pouvoir déraisonnable. Mais qui appréciera si les lois de l'Etat sont raisonnables?

Ce ne peut être que le citoyen lui-même. Le citoyen trouvera souvent les loies imparfaites. Mais, s'il a du bon sens, s'il a le sens des nécessités politiques, il se soumettra aux lois malgré leurs nombreuses imperfections; aussi longtemps que possible. Il se rendra compte que les lois étant les mêmes pour tous ne peuvent être du goût de tout le monde, et qu'il faut que chacun sacrifie une part de ses convictions. Mais si l'arbitraire du législateur dépassait certaines limites, ce citoyen s'insurgerait, il résisterait passivement ou activement. Et on ne pourrait raisonnablement lui donner tort.

Mais qui en jugera en définitive? C'est là la difficulté: on ne peut reconnaître à l'Etat institué pour servir la

justice, le droit de pratiquer l'injustice, et on ne peut instituer au-dessus de l'Etat un tribunal pour trancher cette question, si un citoyen la soulève. Ce tribunal serait de nouveau l'Etat et l'individu pourrait lui contester à nouveau son droit à l'obéissance. C'est, inévitablement, à l'individu à décider en dernière analyse.

Il est vrai qu'en reconnaissant au pouvoir législatif, parlement ou peuple, la compétence de légiférer, l'individu lui reconnaît précisément la compétence de décider ce qui doit être loi dans son pays; il ne saurait donc sans se contredire, refuser d'obéir à une loi ainsi promulguée, tant qu'il reconnaît la compétence constitutionnelle du législateur. Il n'a pas la liberté de reconnaître la constitution avec le pouvoir législatif qu'elle instaure, et de refuser les lois qu'il juge, lui, injustes. Mais le législateur, c'est-à-dire les hommes investis de cette fonction, ont-ils la compétence constitutionnelle de décréter autre chose que ce qui est juste? Et s'ils abusent de leur situation l'individu ne peut-il contester leur compétence ou, s'il le préfère, refuser obéissance à la constitution elle-même en raison des abus de ceux qui en sont les organes? A cela il n'y a pas d'objection.

On convaincra tout homme raisonnable qu'à côté de la règle morale, une règle de droit, un régime juridique et un Etat sont nécessaires; mais tout en convenant de cette nécessité en principe, chaque individu peut vouloir réaliser le droit et l'Etat d'une autre façon, et on ne pourra, raisonnablement, lui demander de se rallier à une autre solution que celle, précisément, qu'il reconnaîtra bonne et raisonnable. On peut le forcer à s'y rallier, mais force n'est pas raison, et l'Etat, pariant au nom de la raison, devrait bien avoir d'autres arguments que la force. Les autres citoyens, l'Etat lui-même, ne peuvent pas opposer leur conviction à celui qui la décline. Ils peuvent seulement lui imposer de force leur décision.

Chaque individu ne peut se rendre qu'aux raisons qui le convainquent lui. Nous touchons ici à une imperfection

congénitale du droit et de l'Etat; c'est l'alliance de la force et de la raison. L'Etat invoque la raison, mais il l'impose par la force. C'est une imperfection nécessaire puisque le droit est, par définition, la règle uniforme et exécutoire par contrainte, la règle (raisonnable) sur l'application de laquelle il faut pouvoir compter. Mais c'est bien une contradiction. Il est impossible de permettre à chaque individu de juger s'il entend reconnaître l'autorité de la constitution existante; ce serait, en principe, l'anarchie⁷⁴); il est tout aussi impossible d'invoquer vis-à-vis de l'individu la raison et de lui refuser le droit de raisonner.

Si, en général, la grande masse des individus d'un Etat se trouvent être d'accord pour maintenir une organisation et un régime que chacun, personnellement, désirerait cependant voir un peu différent, ce n'est pas parce qu'ils se seraient persuadés par un raisonnement méthodique que telle est leur obligation, mais par une espèce d'instinct politique qui leur dit qu'il faut savoir sacrifier une part de ses convictions pour échapper à l'anarchie. Il y a dans tout Etat un élément irrationnel. Comme chacun raisonne à sa façon, l'Etat ne peut pas tenir par la seule force du raisonnement; il faut que chacun consente à coopérer à un Etat que sa raison n'approuve pas; il le faut parce que n'en reconnaître aucun, serait la pire déraison⁷⁵).

* * *

⁷⁴) Jurieu, Lettres pastorales, cité par Duguit, Droit constitutionnel, I, p. 578, disait: „Il faut qu'il y ait dans les sociétés certaine autorité qui ne soit pas obligée d'avoir raison pour valider ses actes.“

⁷⁵) C'est, je pense, parce qu'ici le raisonnement ne suffit plus que les Etats constitués sont si susceptibles à l'endroit de leur constitution: qu'on demande aux autorités constituées de refaire toute leur législation, c'est admissible; mais qu'on mette en question leur compétence même, c'est-à-dire celle de la constitution, c'est dangereux; parce que c'est ouvrir la discussion sur une question, dont la méthode même est introuvable. Discussion dont peut sortir l'anarchie aussi bien que l'accord. Le droit est une forme imparfaite du bien et l'Etat est un instrument imparfait du droit.

Pour terminer, je résumerai ma pensée dans les **thèses** suivantes:

1^o L'Etat est l'institution appelée à réaliser dans la forme du droit positif l'idée de justice.

2^o C'est à l'Etat seul qu'il appartient de fixer les règles du droit positif et de les appliquer; c'est là sa seule fonction et sa seule raison d'être.

3^o Ces règles, l'Etat législateur ne peut pas les déduire logiquement de principes généraux; il ne doit pas non plus les fixer arbitrairement; il doit les trouver en s'inspirant de l'idée du juste.

4^o Dans toutes ses fonctions judiciaires et administratives l'Etat doit suivre des règles de droit; si la loi n'a pas édictées ces règles, c'est à l'autorité exécutive ou judiciaire de les trouver.
