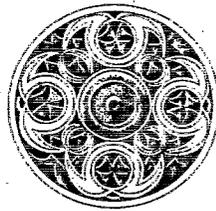


Bibliothèque de Philosophie politique et juridique  
Textes et Documents

---

MAURICE HAURIUO

AUX SOURCES DU DROIT  
LE POUVOIR, L'ORDRE ET LA LIBERTÉ



Centre de Philosophie politique et juridique

---

1986

---

Bibliothèque  
de  
philosophie politique  
et juridique

Textes et Documents



Centre de philosophie  
politique et juridique

Université de Caen

---

Directeur de la publication :  
Simone Goyard-Fabre

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code Pénal.

© Centre de Philosophie politique et juridique

ISEN 0758-0428

---

---

*CAHIERS DE LA NOUVELLE JOURNÉE*

---

23

Maurice HAURIOU

# AUX SOURCES DU DROIT

LE POUVOIR, L'ORDRE ET LA LIBERTÉ



1933

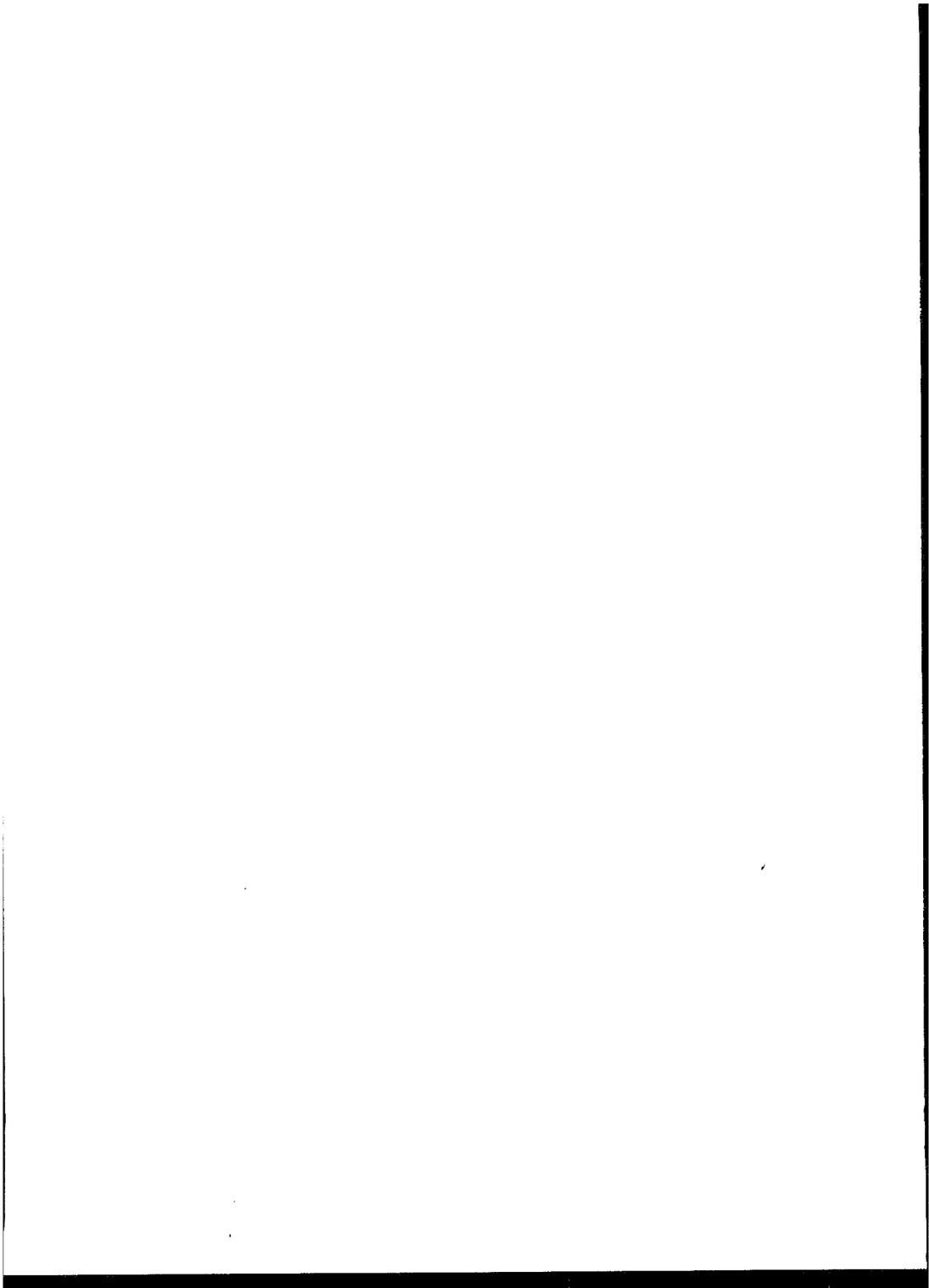
---

---

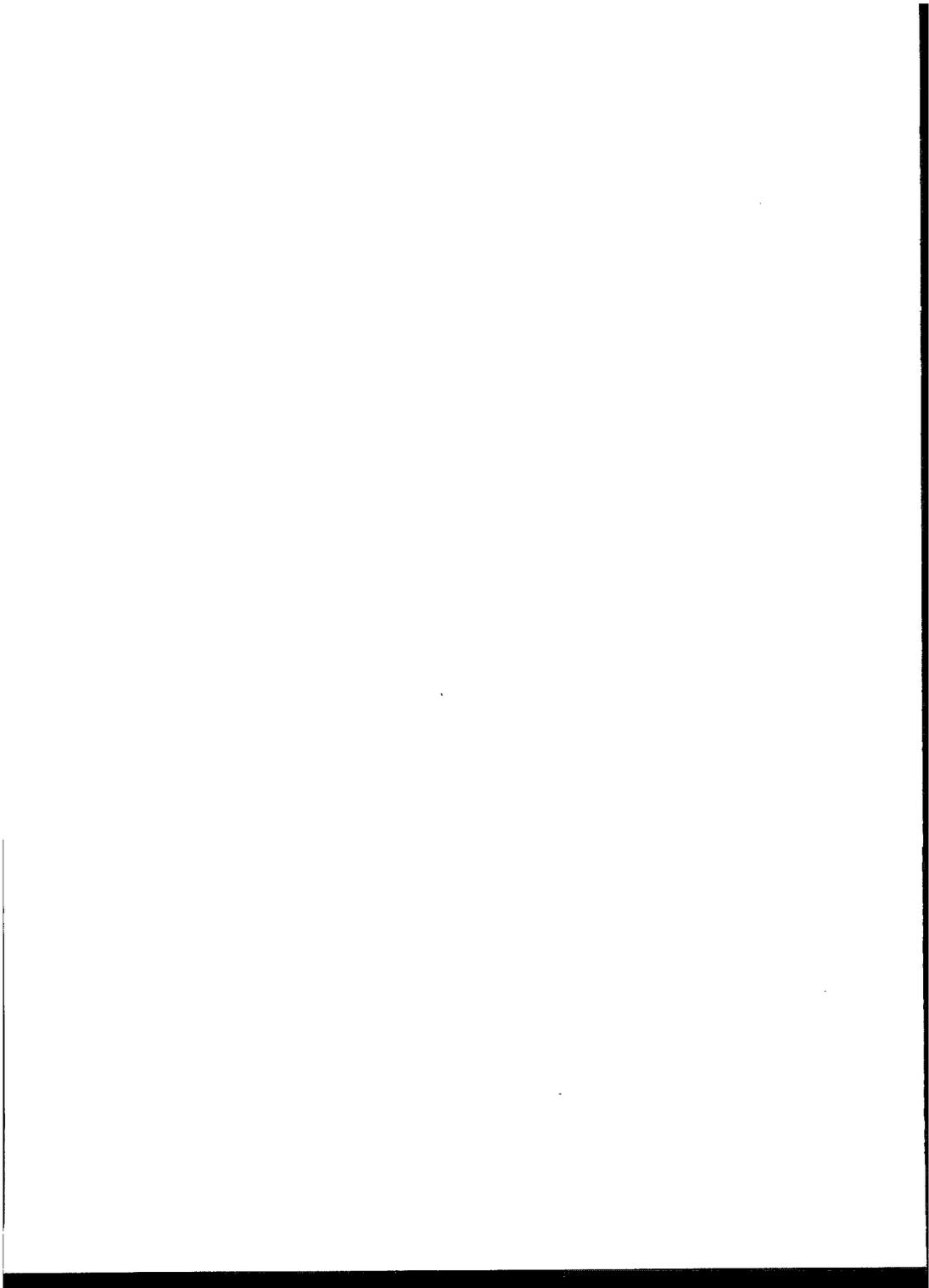
LIBRAIRIE BLOUD & GAY - PARIS

---

---



PREMIÈRE PARTIE  
LE FONDEMENT DU DROIT  
LES PRINCIPES DU DROIT NATUREL



## I

### LE DROIT NATUREL ET L'ALLEMAGNE (1)

Pendant plusieurs siècles les Allemands se sont posés en champions du droit naturel, ils l'ont cultivé, prôné, accaparé. En réalité, ils étaient ses pires ennemis. Ils viennent de jeter le masque et de le renier ouvertement. Mais dès le dix-septième siècle ils l'avaient trahi, ils l'avaient fait dévier de telle sorte qu'il devait lentement se vider de son contenu.

C'est une histoire qu'il importe d'écrire, parce que, nous, les Alliés, qui nous battons pour la justice et la liberté, il faut que nous sachions que c'est le drapeau du droit naturel immortel que nous relevons et que c'est ce droit que nous travaillons à faire rentrer dans ses voies.

I. — Les postulats essentiels du droit naturel, du moins ceux qui sont engagés dans le conflit mondial actuel, sont les suivants :

Il existe un idéal de justice universel et immuable ; grâce à cet idéal, le droit ne s'identifie pas avec la force, il utilise celle-ci pour ses sanctions, quelquefois il vient transformer des organisations créées par la force, mais il les transforme parce qu'il est distinct de la force.

L'idéal de la justice est à base de liberté, c'est-à-dire à base d'individualisme pessimiste. L'individu est au premier plan, la société au second, car elle n'est qu'un moyen de bonheur au service de l'individu. Mais elle est un moyen nécessaire, car l'individu est faillible, son

(1) Extrait du *Correspondant* du 25 septembre 1918. — [ Les éditeurs ne font pas difficulté de reconnaître que cette étude, dont on notera la date, manque de sérénité et qu'elle est, peut-être, scientifiquement moins incontestable que les autres. Il leur a semblé cependant qu'elle était trop importante, et d'une allure trop personnelle, pour pouvoir être omise. ]

action a besoin d'être contrebalancée par la réaction de l'autorité sociale, dans l'intérêt de sa propre liberté et surtout dans l'intérêt de la justice.

La garantie de la liberté individualiste et de la justice est que les organisations sociales, et spécialement les Etats, soient soumis aux mêmes principes de droit que les individus. Il n'y a pas deux justices ni deux morales, l'une pour les collectivités, l'autre pour les individus, il n'y a qu'une justice et une morale. C'est pour cela que, dans les relations internationales, l'idéal du droit est d'obtenir des Etats le même respect des contrats et des traités qui est obtenu des particuliers, de leur imposer des lois de la guerre, une conduite humaine et des responsabilités. C'est pour cela aussi que, dans les relations nationales, le droit s'efforce d'assujettir l'Etat comme les particuliers à la légalité et d'exiger de lui, en tout, la conduite d'un honnête homme.

C'est donc des principes du droit naturel qu'ont été déduites directement les règles classiques du droit international et les garanties constitutionnelles de la liberté politique.

Or, l'Allemagne actuelle se révèle comme une nation dont les conceptions juridiques, bien arrêtées et mises impitoyablement en pratique, sont la négation de ces principes classiques.

Selon les docteurs d'outre-Rhin, il n'y a point de droit naturel universel et immuable dont l'idéal doive être commun à tous les hommes, il n'y a que des droits nationaux particularistes et divers, changeants d'ailleurs et soumis à l'évolution universelle des choses. Il y a, spécialement, un droit national allemand qui, dans le moment présent, possède plus de valeur que tous les autres, parce que la collectivité allemande est supérieure à toutes les autres collectivités.

D'ailleurs, le droit s'identifie avec la force dont il n'est qu'un des aspects. Le droit public n'est qu'une expression de la force collective, parce que toute règle posée par l'Etat est justifiée par le but de puissance qui est le but suprême de l'Etat.

Il n'y a point d'individualisme et il n'y a point de liberté. Il n'y a pas d'individualisme, parce que la société et l'Etat ne sont pas de simples moyens au service de l'individu ; ils sont, au contraire, des superorganismes

ayant leur fin en soi, c'est l'individu qui est fait pour eux. Il n'y a pas de liberté au sens d'un droit propre de l'individu qui serait opposable à l'Etat ; l'individu participe à la puissance de l'Etat, il n'a point besoin d'autre bénéfice ni d'autre charte.

Ces trois propositions, que l'on pourrait qualifier respectivement de nationalisme juridique, de brigandage juridique et de collectivisme juridique, ne se sont pas constituées à la fois dans la conscience allemande sur les ruines des anciennes conceptions du droit naturel ; chacune a son histoire, mais chacune a pénétré profondément. Ce serait une erreur de se croire en présence d'une aberration passagère ou d'une folie pangermaniste qui n'aurait atteint que certaines classes de la société ; toute la nation a été intoxiquée, tous les cerveaux ont été névrosés ; c'est une véritable religion nouvelle qui s'est établie, la religion de l'empire allemand et de la race allemande, premier et sinistre exemplaire de la religion de l'humanité (1).

Le nationalisme juridique de l'Allemagne date de 1814, époque de la grande réaction contre les idées françaises. Jusque-là l'Allemagne avait cru au droit naturel universel ; elle avait même beaucoup contribué à la fondation et à la prospérité de l'école du droit de la nature et des gens, si célèbre au dix-septième et au dix-huitième siècles ; il est vrai que cette école avait fortement fait dévier le droit naturel, ainsi que nous le verrons, mais du moins elle lui avait conservé son caractère d'universalité. En 1814, Fichte dans le domaine de la philosophie, Arnolt et Stein dans celui de l'éducation, Savigny dans le domaine du droit, fondent le nationalisme allemand dont devait sortir le pangermanisme. L'école historique de Savigny fit échec au droit naturel, non pas en ce qu'elle appliqua la méthode historique aux études de droit positif, mais en ce que, dans sa théorie sur l'origine du droit, elle fit

(1) Sur ce qui va suivre, consulter Georges Ripert, *L'Idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle*, *Revue internationale de l'enseignement*, 1915 ; — Emile Boutroux, *Germanisme et humanité*, *ibid.* : — Jossierand, *La Force et le droit*, 1916 ; — E. Bouvier, *La Conception allemande de l'Etat*, 1917 ; — J. Declareuil, *Les Discours à la nation allemande de Gottlieb Fichte*, *Revue du droit public*, 1917 ; — Georges Dumesnil, *Réflexions pendant le combat, la perversité de la philosophie allemande*, 1917.

sortir de la conscience juridique de chaque peuple, et non pas de la conscience et de la raison universelles, les principes premiers du droit.

Si l'école de Savigny avait rompu avec l'idée de l'universalité du droit naturel et fondé le nationalisme juridique, elle n'aurait pas répudié la distinction classique du droit et de la force. Ce pas décisif vers le brigandage juridique devait être franchi au milieu du dix-neuvième siècle, pendant la période bismarckienne, par une école de jurisconsultes brutaux, dont les plus connus sont Ihering, Bluntschli, Mommsen, Laband, Jellinek, et dont le plus important est certainement Ihering. Cette génération fut imbue de la philosophie de Hegel et du principe de l'identité des contraires qui devait la conduire à l'identité de la force et du droit. Elle fut, d'ailleurs, attachée à la fortune grandissante de la Prusse, ardente à l'œuvre de centralisation politique qui devait aboutir à la fondation de l'empire allemand. C'est Ihering qui a donné du droit ces définitions matérialistes : « Le droit est la politique de la force ». « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés ». C'est lui qui a édifié toute la théorie de la suprématie de l'Etat sur le droit. Il a d'abord fait de la force la qualité essentielle de l'Etat : « L'absence de force est le péché mortel de l'Etat, celui que la société ni ne pardonne, ni ne supporte. » Il a créé ensuite la doctrine de la justification des droits par leurs buts pratiques, qui mettait à la disposition de l'Etat la maxime amoral : « La fin justifie les moyens » et qui devait engendrer l'abus du droit de nécessité ; il a trouvé la formule absolutiste par excellence, qui est que l'Etat n'est limité que par sa propre volonté ; enfin il a carrément avoué qu'il s'agissait de prendre le contrepied des doctrines du droit naturel d'après lesquelles l'Etat était soumis au droit : « Le droit est conditionné par l'Etat, *c'est là le grand progrès sur les doctrines du droit naturel.* » Ainsi affranchi du droit ordinaire, l'Etat va se créer son droit à lui, conforme à sa volonté de puissance et ainsi toutes les maximes que la politique de Machiavel mettait au service des Borgia du quinzième siècle, vont devenir des maximes de droit pour l'Empire allemand du vingtième siècle. Le brigandage va devenir juridique, les guerres préventives, les vio-

lations de neutralité, le mépris systématique des lois de la guerre et des conventions internationales, les torpillages « sans laisser de traces », les pratiques de la guerre atroce, tout cela va être l'exercice d'un droit, le droit de nécessité de l'Empire allemand, non pas dans le cas de légitime défense, mais, ce qui est odieux, dans la poursuite de ses buts de puissance.

Ce brigandage juridique devait aboutir à des doctrines absolutistes dans le régime intérieur de l'Allemagne et c'est ce qui n'a point manqué (1), mais il n'était pas forcé qu'il engendrât le collectivisme juridique ; celui-là fut le résultat d'un troisième développement.

Foyer de la doctrine du collectivisme marxiste, l'Allemagne est devenue en outre, dans une large mesure, une organisation collectiviste pratique. Le gouvernement allemand a fait du collectivisme préventif un collectivisme d'en haut destiné à canaliser le collectivisme d'en bas. Sans doute, il ne dirige pas les entreprises commerciales, industrielles, bancaires, minières, métallurgiques, maritimes, agricoles, mais il les contrôle ; toutes les forces patronales sont syndiquées et tous les syndicats sont en relation avec le gouvernement ; non seulement il met à leur disposition les services généraux de l'Etat, mais il les y associe, ils servent à sa propagande et à son espionnage ; il veille à leur crédit, il s'entremet pour régler leurs conflits, il se tient au courant de leurs affaires particulières. Herr Ballin ou Bertha Krupp ou Rathenau sont connus personnellement du kaiser : ils sont pour lui comme de grands fonctionnaires, régisseurs intéressés des grandes affaires. Toutes les forces patronales économiques sont ainsi coordonnées aux forces politiques de l'Empire. Il n'y a pas, comme chez nous, de séparation tranchée entre le service public et l'entreprise privée ; toute entreprise économique importante est un service d'intérêt public et, comme disait Ihering, un « poste de service de la société » utilisable et utilisé pour la force collective de l'Empire.

Le monde du travail n'a pas échappé, lui non plus, à

(1) Cf. J. Barthélemy, *Les Institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, 1915.

l'emprise ; les lois sur les retraites ouvrières et sur les assurances lui ont donné la sécurité matérielle. Les organisations syndicales ont accepté la collaboration avec un régime politique qui, réalisant une forte dose de collectivisme, leur paraît travailler pour elles. On s'est étonné de la domestication de la *Sozial democratie*, mais elle s'explique par un patriotisme qui est collectiviste autant qu'il est allemand. Pour les collectivistes marxistes du monde entier, l'Allemagne est une sorte de Mecque, mais pour les collectivistes allemands, elle est une patrie où le collectivisme est déjà réalisé ; pourquoi ces gens-là seraient-ils internationalistes ? Leur nation satisfait à leur idéal. C'est ainsi que les forces des organisations ouvrières se sont associées aux forces de l'empire, que les socialistes allemands ont travaillé à la Révolution russe, à l'aventure de la conférence de Stockholm et que Scheidemann et Lénine sont devenus des agents de Guillaume (1).

On ne peut pas dire que cette première expérience d'organisation collectiviste ou semi-collectiviste soit encourageante pour l'avenir du monde. La force collectiviste se révèle cruellement militariste. Il y a cette raison profonde qu'un embrigadement de toute la population, une mobilisation de toutes les richesses tels que les exige une organisation collectiviste, ne peuvent être supportés qu'en vue de la guerre et de l'industrie de la guerre. Ce n'est pas qu'une certaine centralisation économique n'apparaisse nécessaire même dans les pays de l'Entente, mais elle y sera contrebalancée par l'ensemble de l'organisation politique fondée sur la liberté.

En Allemagne, la théorie a elle-même tourné au collectivisme juridique et elle n'est pas réjouissante. Elle a été exposée par le professeur Ernst Troeltsch, dans un article de la *Neue Rundschau* de janvier 1916, dont voici l'analyse : « L'Etat allemand est une idée d'ordre supérieur qui se réalise, un super-Etat ; son avènement est comparable à celui d'un nouveau royaume de Dieu. Bien qu'il se manifeste dans la nation allemande, il est

(1) Sur l'assertion que le socialisme internationaliste est pour les socialistes allemands une entreprise nationale, v. Ch. Andler, *Les Socialistes allemands et le militarisme depuis août 1914*, Revue *L'Action nationale*, série nouvelle, 1917-18 ; — E. Laskine, *Le Socialisme national*, Renaissance du livre, 1918.

supérieur à cette nation ainsi qu'à toutes les nations, ainsi qu'aux individus ; il est transcendant par rapport à tout ce qu'il contient dans son sein et par rapport à tout ce qu'il domine. Cela supprime les droits des nationalités incorporées, ainsi que ceux des individus. Les nationaux ou assujettis de l'Etat allemand ont bien une liberté, mais ce n'est pas un droit propre, c'est la liberté de s'identifier totalement avec l'Etat allemand par le vœu d'obéissance ; d'ailleurs, s'ils ne fournissent pas spontanément cette adhésion totale, ils y seront contraints par la force. Il n'y a aucun enclos réservé, aucune déclaration des droits de l'homme ou des nations, aucune liste minima des droits propres des associés. La participation à la puissance collective et les jouissances de l'orgueil collectif doivent dédommager de ce sacrifice du droit propre. D'ailleurs, l'Etat allemand, qui est tout-puissant, qui se limite lui-même par sa propre volonté, qui établit au dedans de lui-même l'ordre juridique, se montrera bon prince : à titre de concession, il fera une situation sortable et juste à chacun, mais il faut tout attendre de sa souveraineté, il ne faut rien demander au droit propre individuel, ni à un prétendu ordre juridique qui serait supérieur à l'Etat allemand ; il n'y a pas d'ordre juridique qui soit supérieur ni même extérieur à l'Etat allemand, sa justice interne est la justice universelle. »

Ainsi la roue a tourné : à la doctrine de l'individualisme pessimiste qui, jusqu'ici, avait accompagné et sans doute fait la civilisation, voici substituée une doctrine de collectivisme juridique édiflée au bénéfice de la collectivité allemande.

II. — Qu'avons-nous à répondre à ces audacieuses théories ? Nous nous élevons contre elles de toute la force de notre instinct ; contre le nationalisme juridique, nous affirmons notre croyance en un droit humain universel ; contre le brigandage juridique, nous affirmons que l'idéal de la justice est distinct des réalisations de la force ; contre le collectivisme juridique, nous affirmons la liberté individuelle. Nous professons que sans ces croyances la vie ne vaut pas la peine d'être vécue et nous appuyons cette profession de foi du sacrifice de nos vies. L'un après l'autre, le Belge, le

Français, l'Anglais, le Serbe, l'Italien, le Roumain, l'Américain, le Japonais se sont armés avec résolution, se sont croisés et sont descendus dans l'arène. Cela est impressionnant, mais au point de vue de la froide raison, que prouvent les élans de notre instinct, la chaleur de nos affirmations et même le sacrifice de nos vies ? Ce ne sont pas des arguments pour réfuter des doctrines. A une doctrine, il en faut opposer une autre. Sur quelle doctrine asseyons-nous notre croyance en un droit naturel universel, en un idéal de justice distinct des réalisations de la force et en la liberté individualiste ? Si les doctrines juridiques allemandes sont des hérésies, au nom de quelle orthodoxie les condamnons-nous ?

Hélas ! nous ne savons plus. Nous avons conservé la foi instinctive, mais nous avons perdu la foi éclairée. Dans nos universités, les chaires sont muettes sur le droit naturel. Dans le livre récent que M. F. Gény a consacré à une intéressante revue des doctrines sur ce point, nous voyons que les tout derniers essais tendent à la renaissance d'un droit naturel évolutif à contenu variable (1). Quelle dérision et quel aveu d'impuissance ! Un idéal variable, et par conséquent, relatif, alors que, par définition, un idéal doit être absolu ! Il n'y a pas plus de doctrine socialiste que de doctrine universitaire. La tradition de notre grand idéaliste Proudhon a été abandonnée ; il croyait en un idéal de justice universel et absolu, qui se révélait progressivement au cours d'une certaine évolution de l'humanité, mais qui préexistait à celle-ci et n'était pas déterminé par elle ; aujourd'hui, nos collectivistes, intoxiqués par la doctrine marxiste du matérialisme de l'histoire, admettent que c'est l'évolution économique de l'humanité qui détermine *a posteriori* les formes de l'idéal, que, par conséquent, celui-ci est évolutif et à contenu variable.

En somme, dans l'école socialiste comme dans l'école officielle, l'état d'esprit évolutionniste a porté un coup mortel à la doctrine du droit naturel (2).

Cela ne fût pas arrivé si l'on eût réfléchi que l'évo-

(1) *Science et technique en droit privé positif*, 1914-15.

(2) V. l'appel de G. Platon, *Pour le droit naturel*, Marcel Rivière, 1911.

lution est compatible avec une certaine fixité des espèces et que le droit naturel humain et universel n'est pas autre chose que le droit de l'espèce humaine. Mais la perspective qui établissait les bases du droit naturel dans les caractères de l'espèce humaine, et qui en faisait une sorte de loi de l'espèce, fut perdue de vue dès le dix-septième siècle. Ce fut par la faute de l'Allemagne, qui s'y est reprise à deux fois pour consommer la ruine de son adversaire, au dix-septième siècle et au dix-neuvième. Il y a là une histoire de désorganisation de doctrine qui vaut la peine d'être contée, parce qu'elle nous mettra sur la voie des vérités réparatrices.

Pendant le moyen âge, le droit naturel avait été associé à la théologie, c'est dans la *Somme* de saint Thomas ou dans le *De legibus* de Suarez qu'il faut en chercher la doctrine.

La grande pensée du moyen âge était l'unité du savoir correspondant à l'unité de l'univers, et cette unité était réalisée sous l'hégémonie de la théologie. La Réforme brisa l'unité du savoir en même temps que l'unité religieuse ; c'est de ce moment que date la laïcisation des diverses disciplines : la philosophie, la science positive, les sciences morales vont en divergeant. Bientôt sonna l'heure de la laïcisation du droit naturel. Elle fut l'œuvre d'une école célèbre de jurisconsultes que l'on a appelée l'école du droit de la nature et des gens. Pendant longtemps, on en avait attribué la fondation au Hollandais Grotius, mais l'Allemand Otto Gierke a revendiqué cet honneur pour le jurisconsulte allemand Johannès Althusius, plus ancien de quelques années. Dans le livre magistral qu'il a consacré à la gloire de son héros, il orchestre, comme savent le faire ses compatriotes, le thème de la réforme allemande et de son idéal de diversité opposé à l'idéal d'unité de la pensée médiévale, de manière à bien démontrer que la laïcisation du droit naturel est l'œuvre de l'Allemagne. On peut d'autant mieux le lui concéder, que Pufendorf et Wolf, qui reprisent l'œuvre d'Althusius et de Grotius, sont encore deux Allemands.

Et c'est dans cette œuvre de laïcisation que nos réformateurs laissèrent tomber l'idée capitale que le droit naturel était le droit de l'espèce humaine. Cette idée était à la base de la doctrine théologique. Par

toutes les données de la révélation dans lesquelles les théologiens puisaient leurs principes, l'idée de l'espèce humaine était au premier plan.

Le récit créationniste de la genèse en est plein : les plantes et les animaux sont créés chacun selon son espèce, et il y a aussi une espèce humaine dont Adam est le prototype, puisque, par sa faute originelle, il entraînera toute l'espèce dans sa chute. Plus tard, la rédemption sera opérée au profit de l'espèce et, par là, au profit de l'humanité. Observons que la révélation religieuse ne met pas au premier plan la société humaine, mais l'espèce humaine ; la société apparaît bien çà et là dans le récit sacré, mais à l'arrière-plan et comme si elle était une forme dérivée de l'espèce.

Aujourd'hui, avertis que nous sommes par toutes les erreurs secondaires qui ont découlé de l'erreur initiale des réformateurs, nous comprenons l'importance capitale de cette position de la question. D'une part, tout ce qui sera relatif à l'espèce aura la même universalité et la même fixité que celle-ci et sera pratiquement immuable ; d'autre part, la société humaine n'étant qu'une modalité de l'espèce et les principes du droit, par delà les formes sociales, allant se rattacher aux idées morales de l'espèce, le fondement du droit ne sera pas dans la société, mais dans l'espèce, c'est-à-dire dans le type idéal de l'humanité. D'ailleurs, la société sera naturelle, puisqu'elle ne sera qu'une modification de l'espèce ; le pouvoir social sera naturel aussi, parce qu'il y a déjà du pouvoir dans l'espèce.

Ce n'est pas tout. La donnée de l'espèce, en même temps qu'elle garantit l'universalité et la fixité des principes du droit, détermine leur orientation vers ce que nous avons appelé l'individualisme pessimiste. Une espèce est infiniment moins collectiviste qu'une société, parce que ce n'est pas une collectivité organisée. Une espèce est au contraire fortement individualiste ; elle est une série historique d'individus reliés entre eux par la descendance et reproduisant le même type ; or, c'est l'individu qui est porteur du type et c'est encore lui qui est chargé d'assurer la descendance. Sans doute, l'espèce impose des servitudes à l'individu, mais il est la réalité vivante sans qui l'espèce ne serait qu'un type idéal ; ce caractère individualiste de l'espèce est admi-

blement mis en relief par la tradition sacrée ; par toutes les données de la révélation, l'espèce humaine est enfermée en des individus : Adam d'abord, Jésus ensuite. C'est en Adam, premier individu, que se fixe le type de l'espèce humaine en même temps que, virtuellement, il en contient toute la descendance ; c'est le même Adam qui, par sa faute individuelle, entraîne dans la chute toute l'espèce, c'est-à-dire détermine la fixation de l'espèce à un niveau plus bas qu'il n'aurait dû être. Dans l'histoire de la rédemption, c'est Jésus, autre « individu », qui rachète toute l'espèce et lui restitue son type idéal primitif. Cependant, le salut reste une affaire individuelle, sauf une certaine réversibilité des mérites. Les collectivités n'ont dans cette perspective aucune importance. Il n'est point question du salut des Etats, ils n'ont point une âme immortelle. L'organisation sociale n'a de valeur que par rapport à l'individu pour lequel elle est un milieu de vie, un moyen, un instrument et, en somme, un crible au travers duquel s'opère le triage du pur froment individuel.

L'individu humain est essentiellement libre en ce sens qu'il a conscience d'une loi morale qui s'impose à lui du dehors comme procédant de l'ordre divin des choses et qu'il a la faculté d'obéir volontairement à cette loi. Dieu respecte infiniment cette liberté, il n'adresse à Adam qu'un seul commandement et, sans doute, il se manifeste à lui, mais pas à toute heure du jour ; spontanément il se cantonne, il est déjà le Dieu caché. Ainsi est posé le primat de la liberté.

En même temps est posé l'état de justice, fondement premier du droit. Il est important de le caractériser, parce qu'en en laïcisant la notion, les théoriciens de l'école du droit de la nature et des gens en ont fait, sous le nom d'état de nature, une caricature qui a été la cause de lamentables erreurs. L'état de justice ou d'innocence était celui où se trouvait Adam dans l'Eden avant d'avoir désobéi à la loi imposée par Dieu. L'obéissance à cette loi était incluse dans le type de l'homme tel qu'Adam devait le réaliser, Adam devait être l'homme qui connaît la loi morale et qui lui obéit ; s'il avait persévéré dans l'obéissance, l'espèce humaine se serait fixée dans l'état de justice et nous n'en connaîtrions point d'autre. Mais Adam n'a pas persévéré dans

l'obéissance ; par sa faute, l'espèce humaine s'est fixée dans cette condition intermédiaire de voir l'idéal de la justice et de ne pas pouvoir le réaliser complètement.

De là, le thème de l'individualisme pessimiste : l'homme n'est pas ce qu'il aurait pu être, il se sent déchu. Sa raison et sa volonté sont dérégées ; quelquefois, il pèche par ignorance, mais souvent aussi il voit le bien et commet le mal. Spécialement l'homme abuse, au détriment de son prochain, des privilèges que lui confère l'organisation individualiste de la société et il provoque ainsi des désordres sociaux.

Ainsi, l'individualisme et la liberté ont besoin de correctifs, ils en trouvent de naturels, — car nous ne parlons pas ici des remèdes surnaturels, — dans l'organisation sociale. A l'action de la liberté individuelle s'oppose, pour la contenir et la régler, la réaction du pouvoir social. Sans doute, ce pouvoir n'est pas plus infallible que la liberté humaine ; cependant, par cela même qu'il édicte des lois positives, il y a des chances pour qu'il ait le sens de la loi idéale. Ces chances seront augmentées si, par une combinaison ingénieuse, le pouvoir social peut être amené à collaborer avec la liberté individuelle elle-même pour la détermination des lois.

A ces postulats fondamentaux s'en ajoutaient d'autres, d'un ordre plus technique, concernant la définition des droits. Les droits ne se confondent point avec les intérêts à satisfaire, ni avec les fonctions à remplir ; les droits sont des pouvoirs d'accomplir certaines actions licites et par conséquent des moyens définis au service de l'infinie variété des intérêts et des fonctions ; la liste des droits est apparentée au Décalogue, c'est-à-dire à l'énumération des actes licites ou illicites, parce que la distinction du juste et de l'injuste est parallèle à celle du bien et du mal ; tout le droit est d'origine pénale et vise des actions défendues, des délits ou des crimes : « Tu ne tueras point, tu ne déroberas point », etc...

Tel était l'édifice harmonieux du droit naturel construit par la pensée médiévale sur la donnée de l'espèce humaine envisagée comme espèce morale ; il a été conservé dans son intégrité par la théologie catholique, mais la science laïque l'a laissé tomber en ruines par la faute des premiers laïciseurs allemands de l'école du droit de la nature et des gens. Nous savons déjà que,

dans leur œuvre de transposition, ils ont omis la notion de l'espèce humaine envisagée comme espèce morale pour ne retenir que la donnée de l'individu et celle de la société. Ce n'a pas été de leur part méprise involontaire, mais parti-pris ; ils voulurent éliminer la théorie de l'état de justice édénique et celle du péché originel qui leur parurent purement théologiques, impossibles à transposer et, comme ces notions étaient étroitement liées à celle de l'espèce, ils supprimèrent la donnée de l'espèce. Toutefois, ils ne purent se défaire complètement du préjugé qui demandait une explication cosmogonique des choses, et c'est alors qu'à la thèse théologique de l'état édénique de justice, ils substituèrent gauchement la thèse laïque de l'état de nature.

L'état de nature était antérieur à la société politique, mais ce n'était pas l'état de l'espèce humaine, c'était exclusivement l'état de l'individu humain envisagé comme isolé et *sans maître*. D'après les légendes de l'âge d'or, c'était l'état heureux de l'homme, à ces époques de la préhistoire où la douceur du climat et l'abondance des fruits de la terre le dispensaient de tout travail, où il n'y avait ni les servitudes politiques ni les entraves résultant de la propriété privée des terres ; c'était l'âge d'avant Jupiter chanté par Virgile :

*Ante Jovem, nulli subigebant arva coloni, etc.*

Sur cet idéal rétrospectif se fonda un individualisme absolu, puisque l'individu était isolé et sans maître. Individualisme finalement optimiste, malgré la note dissonante apportée un moment par Hobbes et son école. L'optimisme déborda avec Jean-Jacques et la Révolution française ; l'individu était bon, c'étaient les institutions sociales primitives qui étaient mauvaises, parce qu'elles s'étaient constituées en dehors de la volonté de l'individu ; la société politique et les lois ne pouvaient être réformées que si la société était replacée sur la base de l'accord des volontés individuelles ou du contrat social qui aurait dû être sa base primitive. En effet, la société politique et la loi, n'étant plus appuyées sur la donnée d'une espèce humaine soumise d'avance à une loi morale, ne pouvaient plus être considérées comme naturelles ; elles devenaient artificielles et ne

subsistaient que par l'accord des volontés ; donc source contractuelle et, par conséquent, individuelle de la souveraineté politique et du droit.

Sur ces bases se constitua une théorie cohérente de droit naturel qui passa partiellement dans les faits. En matière constitutionnelle, elle engendra la doctrine des droits individuels, celle des constitutions écrites et celle de la souveraineté nationale envisagées comme une mise en œuvre du contrat social. En matière internationale, elle eut également une importance considérable. Son idée capitale fut que les sociétés politiques n'étant pas plus que les individus, le même droit qui était applicable aux relations entre individus l'était aussi aux relations entre Etats ; qu'il n'y avait point deux justices, mais une seule, que le droit n'était point sous la dépendance des Etats, mais au contraire les Etats sous la dépendance du droit. Elle fut aussi que les Etats souverains étant tous égaux et dans l'état de nature, c'est-à-dire *sans maîtres*, ne pouvaient être liés entre eux que par le contrat, en l'espèce par les traités.

Les théories de l'école du droit de la nature et des gens sont aujourd'hui tombées dans le discrédit, parce qu'elles fournissent une explication trop artificielle de l'origine de la société, du pouvoir et du droit. Les progrès de la méthode historique ont fait pénétrer dans tous les esprits la conviction que les institutions sociales ont une origine naturelle. Cependant, il ne faut pas exagérer le déficit de ces théories. Si leur individualisme est outrancier, du moins ont-elles le mérite de s'attacher fortement au primat de l'individualisme et de ne pas sacrifier à la chimère dangereuse du droit de supériorité des collectivités.

Il n'est pas jusqu'à la conception de l'état de nature, quelque inférieure qu'elle soit à celle de l'état de justice, qui ne soit susceptible de rendre encore des services. Elle avertit qu'il ne faut pas confondre la question du développement de la conscience humaine et celle des progrès matériels de la civilisation, elle prend le contrepied du faux dogme du matérialisme de l'histoire, elle pose le postulat que la conscience morale humaine a pu être très haute à des époques de civilisation matérielle très rudimentaire et nous verrons,

dans un instant, qu'au point de vue de la science positive ce postulat n'a rien d'in vraisemblable.

Mais, quand certaines fautes ont été commises, on n'échappe pas à leurs conséquences ; en laissant tomber la notion de l'espèce qui incorporait la fixité du droit naturel à celle de l'espèce humaine et qui fondait en même temps son caractère universel, l'école du droit de la nature et des gens se détachait du tronc de l'immuable, elle ouvrait la porte aux conceptions évolutives ; on avait renoncé à chercher le fondement du droit naturel dans l'humanité, c'est-à-dire dans l'homme déterminé par son espèce, on allait le chercher d'abord dans la conscience de chaque individu pris en particulier, puis, dégoûté de ce subjectivisme individualiste, on allait se rejeter vers la société. Alors, on allait dire : « Vous voyez bien que le droit naturel évolue et que son contenu est variable. On avait commencé par en faire un droit individualiste et subjectif, et voilà qu'il tourne au droit social et objectif. »

Ces conséquences extrêmes ont mis plus de deux siècles à se produire parce qu'il faut compter avec la longue survivance des états d'esprit, mais enfin elles se sont produites, et le résultat, c'est un désarroi des doctrines tel que le droit naturel semble avoir complètement sombré.

Il nous appartient de le restaurer dans son ancienne fixité. Il le faut, car l'Allemand, en qui il y a du Méphisto, après nous avoir séduits par ses sophismes, se rit de nous et nous demande si nous savons pourquoi nous nous battons. Pour un peu, il nous dirait : « Vous n'avez plus de doctrine à l'appui de votre thèse de la liberté, prenez donc ma doctrine de la culture organisatrice. » Il faut que nous puissions répondre à ce sarcasme.

III. — Puisque la doctrine du droit naturel se meurt d'avoir été séparée de la donnée de l'espèce humaine, il est indiqué de lui restituer ce support qui était sa vie. Bien entendu, nous n'entreprendrons pas cette restitution en théologien, mais en sociologue habitué aux exigences de la méthode positive. Rappelons d'abord brièvement en quoi et pourquoi la question du droit naturel doit rester indissolublement liée à celle de l'espèce humaine.

La loi naturelle dérive de la loi morale, la justice sociale n'est qu'une modalité du bien moral déterminé occasionnellement par l'existence des relations sociales ; cette parenté ne saurait être contestée. Or, pour notre recherche, il importe de substituer provisoirement la question de la loi morale à celle de la loi naturelle, afin de faire abstraction momentanément de l'élément de la société ; la loi morale n'implique pas nécessairement la société, le droit naturel l'implique et nous ne savons pas encore à quel titre.

Pour ce qui est de la loi morale, nous savons que nous ne devons en chercher le fondement ni dans la conscience de l'individu, ni dans la société, sous peine de tomber dans les pires erreurs. Si la loi morale est considérée comme gravée dans le cœur de chacun des hommes, c'est l'erreur de Jean-Jacques Rousseau, c'est la croyance optimiste en la bonté native de l'homme, c'est le subjectivisme de Kant, la maxime fameuse : « Agis toujours comme si ton principe personnel d'action devait être érigé en règle générale », raisonnement qui peut être fait par le pire scélérat tout comme par le plus grand homme de bien. Si la loi morale est considérée comme ayant son fondement dans la société, alors c'est l'erreur collectiviste du dix-neuvième siècle, celle de Karl Marx et de Wundt, introduite en France par Th. Ribot et Durkheim ; la loi morale devient une production sociale, ce sont les mœurs qui font la morale et ce sont les relations sociales, avant tout les relations économiques, qui font les mœurs ; la société est toute bonne, le bien est dans l'augmentation de la solidarité sociale ; la société est source du bien comme elle est source du droit ; la société est tout, l'individu n'est rien, les droits individuels eux-mêmes ne se justifient que par leur utilité sociale. D'un individualisme effréné, nous sommes rejetés vers un collectivisme sans bornes.

Si nous voulons échapper à ces deux erreurs, revenir à cette vérité d'expérience vulgaire, que tout n'est pas bon dans la société comme tout n'est pas bon dans l'individu, que les sociétés organisées ont besoin d'être soumises à la même loi morale que l'individu, il nous faut situer la loi morale hors de la société et hors de l'individu, il faut qu'elle soit une réalité extérieure à

laquelle l'espèce humaine se soit adaptée plus ou moins complètement.

Voilà la vraie position de la question : l'adaptation de l'espèce humaine à une force spirituelle faisant partie de l'ensemble des choses. Bien que, dans l'homme lui-même, il y ait une force spirituelle, s'il est vrai que les êtres se développent surtout par leur adaptation au milieu, alors c'est qu'il existe hors de l'homme, dans le milieu, une force spirituelle à laquelle il s'est adapté, force supérieure d'ailleurs, sans quoi il n'eût pas été attiré vers elle pour s'y adapter. Par ce magnétisme spirituel l'homme est aimanté vers le bien comme l'aiguille de la boussole vers le pôle.

Nous ne saurions trop souligner l'importance de cette idée de l'adaptation. Elle est de nature à répondre aux préoccupations de tous les esprits. Les lecteurs habituels de cette revue comprendront sans peine que l'hypothèse concorde avec le fait de la révélation auquel ils croient. Les philosophes se rendront compte que c'est l'ancienne position de l'Académie des sciences morales que nous reprenons ; nous parlons, comme Victor Cousin, de la réalité objective du bien, la seule différence est que nous n'en faisons pas un principe abstrait, mais une force spirituelle vivante. Si nous ne nous trompons, c'est la position que cherchait à prendre Proudhon, alors qu'il luttait péniblement contre le matérialisme historique de Karl Marx, qu'il sentait devoir submerger l'idéalisme français. Enfin, il faudra bien que les savants confessent qu'à une loi générale comme celle de l'adaptation on ne fait pas sa part. Si le développement physique de l'homme s'est produit par adaptation à des éléments physiques du milieu, le développement intellectuel et moral du même être a dû se produire par adaptation à des éléments intellectuels et moraux du milieu. Nous savons bien que les savants matérialistes s'efforcent de ramener les forces spirituelles aux forces physico-chimiques, mais c'est là une sorte de système philosophique qui n'a rien à voir avec la science proprement dite.

On nous objectera que cette force spirituelle extérieure à laquelle nous imaginons que l'homme s'efforce de s'adapter, c'est tout simplement Dieu. Nous répondons qu'en effet le bien moral objectif est un des

aspects de Dieu. Nous ajouterons qu'un Dieu, même transcendant, et d'ailleurs pur esprit, nous paraît pouvoir être qualifié de force spirituelle et que, par son universelle présence, il nous paraît faire partie du milieu. Rien n'impose que le milieu avec lequel l'homme est en relation soit exclusivement matériel.

Toute existence réelle fait partie du milieu et l'existence de la force spirituelle et morale sans laquelle il n'y aurait pas de moralité humaine et partant pas de civilisation, mérite, quelle qu'elle soit, d'être comptée comme un élément du milieu (1).

C'est, j'imagine, dans cet esprit vraiment positif, qui se refuse à résoudre les questions par le système des cloisons étanches, que M. Lavissee a écrit récemment, à propos de la morale à enseigner à l'école et du fondement à lui donner : « S'il le faut, ne craignons pas de prononcer le nom de Dieu (2). »

Dans l'esprit que nous venons de définir, examinons, d'abord, la véritable attitude de l'espèce humaine vis-à-vis de la loi morale, ensuite le fait même de la fixation de l'espèce dans cette attitude.

A. — C'est un lieu commun pour les moralistes qu'il y a dans l'homme quelque chose de dérégulé ou de mal équilibré ; il a des besoins illimités qu'il ne peut satisfaire (3), des ambitions insatiables qu'il ne peut assouvir, des aspirations idéales qu'il ne peut réaliser ; souvent, il ne voit pas le bien et il pèche par ignorance, mais souvent aussi il le voit et pèche par malice, ainsi que Platon l'objecte à Socrate dans le *Protagoras* ; ce qui est plus nouveau, c'est de voir des physiologistes emboîter le pas aux moralistes et des savants comme Dastre transposer en langage médical les propos de Montaigne ou les pensées de Pascal sur les contradictions de la nature humaine. Il est intéressant que la cause des désharmonies soit cherchée dans la disproportion entre le développement cérébral de l'homme et le reste de son organisation qui n'a pas marché du

(1) « Du moins, en tant qu'il s'agit de l'adaptation de la créature à Dieu, car la relation de la créature à Dieu est réelle » (Saint Thomas, *Somme Théol.*, Pars Ia, qu. xiii, art. 7).

(2) *Bulletin de la Ligue française*, juillet 1917.

(3) C'est un axiome de l'économie politique que les besoins de l'homme sont illimités.

même pas ; que l'espoir soit formulé de voir dans l'avenir une meilleure adaptation effacer les discordances ; que, surtout, la nécessité de la loi morale extérieure soit rattachée à ce défaut d'équilibre interne : « A cause de ces diverses désharmonies, la vie physique de l'homme est insuffisamment réglée par la nature ; de là, puisque le mobile intérieur n'a pas assez de puissance, la nécessité d'une règle de conduite exerçant son influence du dehors. Ce sont les philosophies, les religions et les législations qui y ont pourvu (1). »

En d'autres termes, par son développement cérébral exceptionnel, l'homme a été mis en relation avec une quantité de choses telle que son instinct interne n'a pas suffi à régler sa conduite en toutes ces relations, à la différence de ce qui se passe pour les animaux, qui ont des impulsions de l'instinct sensiblement corrélatives à ce qu'ils peuvent connaître. C'est alors que, pour compenser cette défaillance de l'instinct interne et pour rétablir l'équilibre, est apparue la loi morale extérieure à laquelle l'homme s'est efforcé de s'adapter.

D'ailleurs, il ne faut pas croire que ce soient les philosophies, les religions ou les législations qui aient fourni de leur côté la loi morale extérieure. Là, le physiologiste se trompe, il oublie le grand fait de l'adaptation. Il s'est produit un phénomène d'adaptation à la force spirituelle qui polarise le monde. Ce sont les individus qui se sont adaptés, tout au moins les mieux doués d'entre eux, aux époques où l'espèce se fixait, et l'espèce s'est fixée dans cet état d'adaptation à la moralité. Quant aux philosophies, aux législations, aux religions, — réserve faite des révélations qu'elles peuvent contenir, — ce sont des phénomènes sociaux postérieurs et secondaires qui ont mis au service de la moralité de l'espèce des moyens sociaux.

L'homme s'efforce de s'adapter à la loi morale, mais il n'y réussit pas complètement ; en somme, son intelligence s'adapte toujours plus vite aux réalités intelligibles du milieu, que sa volonté ne s'adapte aux réalités morales : l'écart subsiste. Il en résulte que l'homme est dans un état de moralité instable et que l'espèce s'est fixée dans cette condition que nous avons appelée l'individualisme pessimiste.

(1) A. Dastre, *La Vie et la Mort*, Flammarion, 1903, p. 341-343.

B. — On nous dira : « Ce que vous décrivez là, c'est la condition de l'humanité historique et classique. Il est véritable en effet que, depuis les débuts de l'histoire, dans une certaine humanité supérieure, qui est celle du courant de la civilisation classique, avec des apports chaldéens, égyptiens, judéo-chrétiens, nous constatons cet état de moralité instable avec des aspirations vers un idéal élevé de moralité et de justice ; mais de là à conclure que l'espèce humaine est fixée dans cet état, dès le début, pour toujours et tout entière, il y a loin. Nous ne connaissons pas les débuts de l'humanité, nous ne savons pas quelles transformations lui réserve l'avenir, l'humanité n'est pas tout entière dans les races supérieures et dans le courant des civilisations classiques, il faut tenir compte des êtres inférieurs ; nous ne savons pas si l'espèce humaine est fixée et si elle ne continue pas d'évoluer ; bien mieux, nous ne savons pas s'il y a une espèce humaine, parce que nous ne savons pas s'il y a des espèces. »

Nous ne pouvons nous dispenser de répondre brièvement à ces objections. Toute notre thèse sur la fixité du droit naturel est liée à celle de la fixité de l'espèce ; il ne nous suffit pas d'une civilisation classique qui pourrait disparaître, à moins que l'humanité classique ne soit elle-même considérée comme réalisant le type de l'espèce ; il nous faut la base de l'espèce humaine, afin que la loi naturelle et l'attitude de l'homme devant cette loi ne puissent être modifiées jusqu'à la disparition de l'espèce.

Le premier point à régler est la question générale de l'existence et de la fixité des espèces. Elle nous entraînerait loin si notre seule ambition n'était de marquer la direction où va la science contemporaine et si, par conséquent, nous ne pouvions nous abriter derrière l'autorité de savants qualifiés. C'est une matière où l'on est revenu de bien des exagérations, aussi bien du phénoméisme absolu d'un Le Dantec que du transformisme absolu d'un Lamarck ou d'un Haeckel. Il y a, en réalité, deux problèmes différents : celui de la fixation des espèces et celui de l'origine des caractères spécifiques.

Pour comprendre la question de la fixation des espèces, il faut de toute nécessité se placer au point de

vue de la descendance. Il y aurait lieu de distinguer, dans l'arbre de la descendance, des êtres de transition et des espèces fixées et peut-être aussi des crises de transformation et des périodes de fixation. Le tronc de l'arbre de la descendance serait constitué par la lignée des êtres de transition ou par celle des êtres saisis par une crise de transformation ; les rameaux qui se détachent du tronc seraient les espèces fixées qui, en principe, ne se transformeraient plus. D'une espèce fixée, il pourrait bien sortir des variétés, par modification des caractères non corrélatifs, mais les caractères spécifiques corrélatifs seraient invariables, à moins cependant que l'espèce ne reçût un choc assez violent pour la mettre en état de crise ; encore, pour une fois qu'un choc déterminerait, dans une espèce, la modification de quelqu'un des caractères spécifiques corrélatifs, des milliers de fois il déterminerait plutôt la dislocation et la disparition de l'espèce. Ainsi, l'espèce nous apparaît comme constituée par un équilibre interne de forces assez semblable à celui qui assure l'individualité de chacun des êtres vivants, assez semblable aussi à l'équilibre intra-atomique ; cet équilibre est stable puisqu'il réalise une forme typique, sa fixité est du même ordre que celle de l'individu et celle de l'atome ; il peut être rompu, mais la conséquence de la rupture sera souvent la mort.

Les chocs que reçoit une espèce ne proviennent pas toujours du dehors, ils peuvent quelquefois être attribués à l'action d'une force interne de variation qui subsiste, mais, lorsqu'ils se produisent après la fixation, leur issue n'en est pas moins généralement fatale à l'espèce. Telle est du moins l'induction que l'on peut tirer des observations relatives à la disparition des espèces par suite du gigantisme. Tout porte à croire que la vie a commencé petitement, les premiers êtres ont été de faibles dimensions, les premiers mammifères ont probablement été de petits rongeurs, mais progressivement la taille de beaucoup d'espèces s'est accrue, par une sorte d'ambition de la vie, et il en est résulté un défaut d'adaptation au milieu qui a entraîné leur disparition. Ainsi ont disparu les grands reptiles des époques antédiluviennes, les Plésiosaures, les Ichtyosaures, les Brontosaures, qui n'étaient que de gigan-

lesques exagérations du primitif lézard ; les grands félins comme le machérodus, les grands éléphants comme le mammoth, les grands cerfs, les grands aurochs ; ainsi sont condamnés à disparaître dans un avenir prochain, si la protection de l'homme ne s'étend pas sur eux, les baleines, les rhinocéros, les hippopotames. Ainsi, la meilleure preuve que les espèces se fixent, c'est qu'il vient un moment où les efforts qu'elles font pour continuer de varier tournent à leur perte (1).

On s'est assagi aussi pour ce qui est du problème de l'origine des espèces, c'est-à-dire de l'origine des caractères spécifiques. Après avoir été d'un transformisme absolu et avoir cru que, sous la seule influence du milieu extérieur, les germes provenant d'une certaine espèce pouvaient donner naissance à des êtres d'une autre espèce, on est revenu à l'idée moins radicale que les germes des êtres présentant des caractères nouveaux sont préformés et que les circonstances du milieu extérieur servent surtout à les véhiculer jusqu'au moment favorable à leur éclosion. Les transformistes disaient crument : l'homme descend du singe ; les évolutionnistes contemporains diraient plutôt : l'homme provient d'un germe qui a été véhiculé au travers de la série animale jusqu'au moment favorable à son éclosion, mais qui était préformé. La différence est capitale, car la nouvelle formule réserve, au point de vue philosophique et religieux, la possibilité d'une création spéciale, non seulement de l'homme, mais du type de toutes les espèces, et être tiré d'un germe roulé pendant des siècles au travers de la matière vivante équivaut bien à être formé du limon de la terre : *formavit hominem de limo terræ*.

Nous ne prétendons pas que ces idées modérées soient universellement admises. Il y a encore des néo-lamarckistes et des néo-darwinistes qui tiennent pour un transformisme accentué, mais les conclusions nouvelles sont assez fortement appuyées sur les faits de l'embryogénie pour que M. Caullery, professeur à la

(1) Pour l'exposé qui précède, on a mis à profit les faits de l'hérédité mendélienne, ceux des mutations brusques de de Vries et ceux de la paléontologie. Cf. Ch. Déprel, *Les Transformations du monde animal* ; — Leclerc du Sablon, *Les Lois de l'hérédité d'après Mendel* ; — *Les Lois de l'évolution*, br. ; — Y. Delage, *Les Théories de l'évolution*.

Sorbonne, soit allé les porter à l'Université Harvard, en qualité d'*exchange professor*, dans sa leçon inaugurale du 24 février 1916. On est autorisé à ajouter foi à ce témoignage solennel qui émane d'un évolutionniste qualifié : d'ailleurs, il s'agit simplement d'un retour à l'évolutionnisme modéré du dix-huitième siècle (1).

Ainsi il y a bien une fixité des espèces et, d'autre part, les caractères originaux des espèces ne sont pas nécessairement le résultat d'une transformation ; ils peuvent être spécifiquement nouveaux et provenir directement d'un fond inconnu. Appliquons maintenant ces conclusions à l'espèce humaine et ne nous laissons pas impressionner par l'accumulation incohérente des faits de la paléontologie ou de ceux de l'ethnographie, pas plus que par les théories tendancieuses sur l'évolution indéfinie de la civilisation. Il y a des points de repère très simples auxquels il suffira de nous attacher fermement.

Le premier de ces points de repère nous sera fourni par l'anthropologie ou l'histoire naturelle de l'homme, qui est une science positive dès maintenant vigoureusement constituée (2). L'objet de l'anthropologie, selon Quatrefages, est « l'étude de l'homme considéré comme espèce » (3) ; elle a donc eu pour première préoccupation de délimiter l'espèce humaine en déterminant ses caractères spécifiques essentiels. Or, la plupart des anthropologues se sont arrêtés à l'idée que l'objet de leur étude était l'espèce *homo sapiens*, selon le vocable proposé par Linné. Par là, ils ont adopté comme caractère spécifique essentiel la sagesse, ce qui vise la moralité humaine, c'est-à-dire l'adaptation à la loi morale, autant que la raison. Logiquement, cela devait les conduire à rejeter hors de l'espèce humaine proprement dite les êtres fossiles qui, malgré des ressemblances avec le squelette humain, paraissent marqués d'une

(1) V. *Revue scientifique*, 15-22 juillet 1916.

(2) Ici même, le docteur Grasset a exposé récemment l'idée qu'il faut organiser pour l'étude des faits humains une science spéciale qu'il propose d'appeler la *biologie humaine* (*Correspondant* du 25 octobre 1914 et du 25 août 1917 ; Cf. Chalmers-Mitchell, *Le Darwinisme et la guerre*, avec préface d'Emile Boutroux, Alcan). En attendant la constitution de cette science éminemment désirable, utilisons l'anthropologie qui a le mérite d'exister.

(3) *L'espèce humaine*, 1877, p. 18.

bestialité trop accusée pour avoir possédé la *sapientia*. Voici, d'ailleurs, quelles sont, à l'heure actuelle, les positions de ces savants : 1° On doit présumer l'existence d'un genre *hominien* contenant à la fois dans ses cadres des espèces anthropoïdes et l'espèce *homo sapiens* ; 2° l'espèce *homo sapiens*, dont nous sommes, ne descendrait pas des espèces anthropoïdes ; ces grands animaux seraient des collatéraux de l'homme, mais non pas ses ancêtres, leurs espèces auraient été des rameaux plus anciens de l'arbre de la vie, disparus aujourd'hui ; 3° l'espèce *homo sapiens* elle-même se serait subdivisée en plusieurs variétés ou races dont les unes sont encore vivantes, dont d'autres ont pu disparaître en nous laissant des fossiles et qui, peut-être, par des mélanges, auraient survécu partiellement en ce sens qu'accidentellement, chez certains individus, leur caractère de bestialité plus accusé réapparaîtrait (1). Ne pressons pas ces conclusions plus qu'il ne convient, ne nous hâtons pas de dire qu'elles excluent de l'espèce *homo sapiens* ce que l'on a appelé l'homme tertiaire ou même l'homme des débuts du quaternaire, celui du Moustérien ou du Chelléen ; ne prononçons pas l'exclusive contre la race de Néanderthal, ni contre celle de la Chapelle-aux-Saints. Attendons patiemment que le critérium se précise. Il nous suffit de savoir qu'un principe de discrimination est posé, qu'on ne se contente plus d'une mâchoire ou d'un crâne plus ou moins surbaissé pour affirmer l'existence d'un homme, qu'il y aura des anthropoïdes tenus à distance, ne fût-ce que la grande bête de Trinil en l'île de Java et qu'après tout, ce que l'on est disposé à rechercher maintenant, ce sont les preuves de la capacité intellectuelle et morale des êtres fossiles candidats au diplôme d'*homo sapiens*.

Cette élimination des espèces anthropoïdes — qui ont précédé l'espèce *homo sapiens*, mais dont des représentants ont pu, dans les premiers âges du monde, continuer d'exister pendant un certain temps à côté de l'homme, — remet en mémoire l'hypothèse des préa-

(1) Marcelin Boule, *L'Homme de la Chapelle aux-Saints* ; — Abbé H. Breuil, *Les plus anciennes races humaines connues*, Fribourg, 1910 ; — Abbés Breuil et Bouyssonie, *Dictionnaire apologetique de la foi catholique*, V. Homme, 1912. — Le professeur Emile Cartailhac à son cours en la Faculté des lettres de Toulouse.

damites qui fut soutenue après la découverte du nouveau monde à propos de la question de savoir si les sauvages de ce continent étaient ou non des hommes. Il y a cette différence que les préadamites auraient été des hommes d'une autre espèce qu'Adam, tandis que les anthropoïdes ne sont pas des hommes et qu'ainsi l'unité de l'espèce humaine chère à M. de Quatrefages se trouve respectée. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le système préadamite, soutenu par le Bordelais de la Peyrère, tour à tour huguenot et jésuite (1655), bien qu'il ait valu à son auteur des ennuis, n'a jamais été formellement condamné par Rome.

S'il n'y a pas eu d'espèce humaine avant l'apparition de la *sapientia*, c'est donc que l'espèce a été morale dès le commencement et qu'elle s'est fixée dans cet état imparfait d'adaptation à la loi morale que nous connaissons. Au fond nous n'aurions pas besoin d'autre démonstration. Avant d'être fixée, une espèce n'existe pas, une fois fixée, ses caractères essentiels ne changent pas. On admet que l'espèce humaine s'est fixée avec le caractère essentiel de la sagesse qui comprend la moralité, cela nous suffit ; l'attitude de l'homme vis-à-vis de la loi morale a dû être toujours la même et cette loi morale elle-même a dû présenter toujours la même orientation. Une espèce est ou elle n'est pas. Si elle est, elle reste identique à elle-même. Toutefois, nous devons prendre en considération les inquiétudes de ceux qu'émeuvent les jongleries de certains historiens et de certains sociologues ethnographes ; malgré tout, les hommes préhistoriques étaient des primitifs, ils ne pouvaient pas avoir, semble-t-il, le même développement moral que des civilisés, et puis il y a les fuégiens, les papous, les boschimans, etc., dont les mœurs sont, paraît-il, abominables ; comment accorder cette évolution et cette cacophonie avec l'unité morale de l'espèce humaine à laquelle nous prétendons ?

Ici encore, il faut un point de repère, une idée simple à laquelle nous puissions nous accrocher fortement pour ne pas nous laisser submerger par l'océan des faits contradictoires. Cette idée, la voici : c'est une vue d'histoire, de protohistoire et de préhistoire, qui va se confirmant de plus en plus. A toutes les époques, aussi haut que nous puissions remonter, l'humanité présente

le même phénomène singulier ; il y a des groupes humains d'une civilisation élevée et, à côté, il y a d'autres groupes qui croupissent dans la vie sauvage ; d'ailleurs, les groupes civilisés sont moins nombreux que les groupes sauvages ; en revanche, ils constituent, dans la suite des temps, une chaîne ininterrompue de coureurs qui, selon l'antique image du poète latin, se transmettent le flambeau de la civilisation. Des Romains et des Grecs, nous remontons aux Phéniciens, aux Egyptiens, aux Chaldéens et à ces mystérieux Minoens que les fouilles de Crète viennent de nous révéler ; au delà de ces sociétés protohistoriques dont le développement nous confond, la préhistoire nous révèle l'existence d'une civilisation néolithique caractérisée par les villages lacustres et, au delà encore, celle d'une civilisation paléolithique de l'époque magdalénienne ou aurignacienne, caractérisée par les extraordinaires cavernes peintes de la région des Pyrénées. Il faut avoir vu ces peintures ou encore ces modelages de bisons trouvés dans le Tuc d'Audubert pour bien se rendre compte de ce qu'il y a de congénital dans le génie artistique humain. Ces effigies datent de vingt mille ans peut-être, de seize mille ans au moins, et elles nous révèlent, chez ces vieux chasseurs, des artistes supérieurs à nos plus grands animaliers (1). Il convient d'ajouter que le néolithique et le paléolithique aurignacien sont encore séparés l'un de l'autre et séparés aussi du haut égyptien, du chaldéen et du minoen par des solutions de continuité ; mais, peu à peu, les anneaux de la chaîne se complètent, ceux que nous ne connaissons pas ont dû exister et seront retrouvés ; car, sans la continuité de la chaîne, les anneaux inférieurs ne s'expliqueraient pas. Seulement, le courant s'est fréquemment déplacé ; pour le suivre, il faut passer d'un pays à l'autre. Le paléolithique aurignacien s'est développé dans le Midi de la France, mais les anthropologues ont la conviction que cette civilisation a été apportée par une race nouvelle qui est survenue avec l'éléphant d'Asie et qui, donc, venait très probablement d'Asie ; puis, la civilisation aurignacienne décline et la néoli-

(1) W.-J. Sollas, *Ancient hunters*, 1911 ; — Fairfield Osburn, *Men of the old stone age*, 1915 ; — E. Cartailhac et H. Breuil, *La Caverne d'Audoubert*, 1906.

thique, qui lui succède après un intervalle, semble due à un nouvel arrivage d'immigrants. Il y a donc eu quelque part, du côté de l'Asie, un centre de civilisation que nous ne connaissons pas encore, mais que des fouilles heureuses révéleront plus tard et, comme le dit Sir Arthur Evans, dont le nom est attaché aux fouilles de Crète, « il doit y avoir un coureur au relai pour transmettre le flambeau » (1).

Or, à côté de ces civilisés, il y avait des sauvages, comme il y en a de nos jours ; il y avait des groupes humains misérables, sans aucun développement artistique. L'état sauvage semble avoir toujours été à peu près le même, parce que c'est un niveau au-dessous duquel le groupe humain ne peut pas tomber sans périr : dans les îles de la mer Egée, quand on fouille la dernière couche du sol, on trouve des ustensiles de Caraïbes ; dans la haute Chaldée, avant Our-Nina, un document nous fournit la « figure aux plumes », qui est une tête de sauvage.

Il s'agit maintenant d'expliquer ce fait : la coexistence constatée, aussi haut que nous puissions remonter, d'une humanité civilisée à côté d'une humanité sauvage. Les sauvages sont-ils des arriérés ou des dégradés ? Faut-il admettre un mouvement de progrès n'entraînant qu'une partie des hommes et laissant les autres dans leur immobilité primitive ; ou, au contraire, faut-il admettre que tous les hommes au début ont été animés du même mouvement, ont eu le même degré de développement intellectuel et moral, mais que, par la suite, la grande majorité s'est laissée choir à un niveau inférieur ? Qu'y a-t-il de vrai, le progrès des uns ou la régression des autres ? La question n'est pas nouvelle, mais ne cherchons pas à la trancher d'un point de vue historique, parce que les documents nous manquent ; il faut la résoudre du point de vue de l'espèce.

Or, du point d'une espèce qui s'est fixée dans un état d'adaptation imparfaite à une loi morale fournie par le milieu, il n'y a, au fait que nous signalons, qu'une seule explication, la différence inévitable entre la théo-

(1) *Données archéologiques nouvelles dans le berceau Egéen* (Revue scientifique, 1<sup>er</sup>-8 septembre 1917).

rie et la pratique, entre l'idéal entrevu et sa réalisation, entre la loi morale et les mœurs. L'histoire de l'humanité est le commentaire perpétuel du *meliora video proboque, deteriora sequor*. L'idéal moral auquel l'espèce humaine était en voie de s'adapter a toujours été le même dans ses lignes essentielles, mais les adaptations réalisées par les individus, par les groupes et par les races, ont été d'une incroyable variété, les unes très rapprochées, les autres très distantes. De là l'exclamation de Pascal sur les variétés et les contradictions des jurisprudences : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà. » Ces jugements sévères ne condamnent que les mœurs et les jurisprudences positives, ils n'atteignent pas la loi morale, ni la loi naturelle. L'un des sophismes les plus pernicieux des temps présents a été de vouloir tirer la loi morale d'une enquête sur les mœurs ; l'histoire des mœurs n'est que le long martyrologe de la loi morale, l'histoire des défaillances et des trahisons de la volonté humaine aux prises avec la loi, celle des désobéissances à la loi, car l'adaptation imparfaite de l'espèce à la loi ouvre le chapitre des désobéissances aussi bien que celui de l'obéissance. Les groupes civilisés sont ceux qui pratiquement sont restés plus fidèles à la loi, les groupes sauvages ceux qui lui sont restés moins fidèles et ce partage a dû se faire dès le commencement.

Que si, malgré tout, on hoche la tête en songeant que les vieux chasseurs aurignaciens des cavernes peintes, qui sans doute avaient eux aussi des plumes sur la tête comme les Delawares ou les Mohicans de Fenimore Cooper, ne devaient tout de même pas posséder la même adaptation à la loi morale que nos modernes chrétiens, nous demandons la permission de présenter encore quelques observations de simple bon sens.

La première est qu'il ne faut pas confondre la civilisation morale avec la civilisation matérielle, et que des états de haute moralité ne sont pas du tout incompatibles avec des conditions de vie très primitives et un outillage très grossier. M. Ferrero a dit là-dessus récemment des choses très sensées.

La seconde est que, même dans un groupe humain où est compris et cultivé un idéal moral élevé, il faut compter avec le désaccord partiel des mœurs. L'homme

est un être complexe et compartimenté, il est moral et civilisé en certains points, immoral et sauvage en d'autres points. Certes les Grecs de l'épopée homérique sont des exemplaires d'une noble humanité et cependant, lorsqu'Achille a abattu Hector, il lui fait des incisions aux talons pour dégager les tendons, comme un boucher au quartier de bœuf qu'il veut accrocher à son étal ; il l'attache ainsi à son char et lui fait faire le tour des murs d'Ilion. Chez les Gaulois nos ancêtres, les Druides avaient une doctrine élevée, mais les guerriers suspendaient autour de la porte de leur hutte les crânes des ennemis qu'ils avaient tués. Rien ne dit qu'ils ne les scalpaient pas. Voudrait-on juger de la pureté et de l'élévation de la doctrine chrétienne d'après les mœurs brutales des barons du dixième siècle, d'après les excès de l'inquisition espagnole ou d'après les mœurs licencieuses de beaucoup d'époques ? N'oublions pas que Jeanne d'Arc était contemporaine du Quattrocento italien et sainte Thérèse de Rabelais.

Dans tout homme civilisé, il y a un sauvage qui peut se réveiller et dans tout sauvage il y a un être idéal qui peut se révéler. Il n'avait pas fallu plus de temps aux Pères Jésuites pour transformer les Indiens Guaranis en ces extraordinaires citoyens de l'Etat du Paraguay, qu'il n'en a fallu aux docteurs du pangermanisme pour ravalier les guerriers germains au-dessous des Sioux et des Comanches.

Concluons que, du point de vue historique, la thèse de la persistance d'une même loi morale à toutes les époques de l'humanité est aussi soutenable que celle de l'évolution de cette loi morale et que, du point de vue de la fixité de l'espèce *homo sapiens*, la thèse de la fixité de la loi morale devient la plus vraisemblable. Écoutons cette voix sortie des tombeaux de la VI<sup>e</sup> dynastie égyptienne dans le quatrième millénaire avant Jésus-Christ et qu'on croirait contemporaine. Savourons cette extraordinaire confession négative : « Me voici, j'arrive à toi, je t'apporte la justice, j'ai écarté toute faute, je n'ai pas commis d'iniquité envers les hommes..., je n'ai pas dit le mensonge au lieu de la vérité, je n'ai conscience d'aucune trahison..., je n'ai fait souffrir personne de la faim, je n'ai pas fait verser

de larmes. » Reconnaissons dans ces accents de justice, de sympathie humaine et de pitié quelque chose d'éternel. Encore n'avons-nous point voulu faire appel à la tradition biblique.

Résumons-nous. Il y a une espèce humaine qui est fixée. Elle est caractérisée par l'anthropologie comme étant l'espèce *homo sapiens*, c'est-à-dire l'espèce de l'homme moral. Si l'homme est moral, c'est par adaptation à une loi morale fournie par le milieu, à laquelle l'homme est forcé de s'adapter parce que le défaut d'équilibre interne entre son intelligence et son instinct le contraint de chercher une règle de conduite extérieure. D'ailleurs, l'adaptation de l'homme est imparfaite parce que son intelligence s'adapte plus facilement aux réalités intelligibles que sa volonté aux réalités morales. L'espèce s'est fixée dans cet état d'adaptation imparfaite à la loi morale. Cela explique les contradictions des mœurs, mais en même temps la fixité de l'idéal moral et, par voie de conséquence, de l'idéal de la justice. Voilà donc ouverte une voie dans laquelle, par la méthode positive, on peut retrouver les bases du droit naturel. Ces bases sont présociales, par cela même qu'elles ne s'appuient que sur l'espèce et parce que, alors même que l'espèce humaine serait sociale, elle serait toujours une espèce inorganisée avant d'être une société organisée. Ce sera donc un droit naturel à base d'individualisme, mais d'un individualisme corrigé par la notion de l'espèce et par le pessimisme qui résulte de l'adaptation imparfaite de l'espèce à la loi morale. Ce n'est pas ici le lieu d'insister sur toutes les conséquences fécondes de l'introduction de la notion de l'espèce. Il est clair que toutes les grandes questions, celle de la famille, celle de la propriété, celle du pouvoir, devront être posées et examinées par rapport à l'espèce avant de l'être par rapport à la société organisée ; la plupart des droits de l'homme auront sans doute leur racine dans les instincts de l'espèce, la plupart des pouvoirs sociaux aussi.

Pour le moment, contentons-nous d'avoir retrouvé, dans la notion de l'espèce humaine, le fondement du droit naturel éternel avec son idéal de liberté et de justice, et de dire aux Allemands : « Vous aviez naufragé la barque d'Osiris, nous l'avons remise à flot. »

## II

### L'ORDRE SOCIAL, LA JUSTICE ET LE DROIT (1)

On sait avec quel succès notre collègue Georges Renard a professé à Nancy, pendant trois années, un cours d'*Introduction philosophique à l'étude du Droit*, dont les leçons ont été publiées en trois volumes (2).

Ces trois séries de conférences sont d'une grande richesse d'information, d'une fraîcheur d'intuition remarquable et d'une orientation très avisée. Très sagement, l'auteur s'est attaché à dégager les avenues du problème du Droit naturel, afin de le bien poser. Le Droit a été successivement confronté avec des puissances subjectives de l'esprit humain, telles que la volonté, la logique, le bon sens et la raison, puis avec des idées que l'on peut envisager comme contenant des éléments d'objectivité, telles que l'idée de l'ordre et l'idéal de la justice.

Au terme de ces travaux d'approche, l'auteur s'est rendu compte que le problème essentiel était celui des relations du Droit avec les idées objectives, donc avec l'idéal de la justice, cela va sans dire, mais aussi et surtout avec l'idée de l'ordre social.

Mes propres recherches, au cours d'un enseignement consacré aux relations de l'Etat et du Droit, m'ont conduit aux mêmes conclusions et, de plus, m'ont procuré quelques lumières sur l'idée de l'ordre social.

Cette rencontre n'est sans doute pas due au hasard. Elle m'encourage à détacher d'un ensemble plus vaste en préparation, je ne dirai pas ce chapitre, mais cette ébauche de plusieurs chapitres :

(1) Extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927.

(2) *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Paris, Sirey, 1923-24 ; *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1924-25 ; *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 1925-27. (V. sur ces volumes, *La Revue trimestrielle*, 1921, p. 615 ; 1925, p. 870, et 1927, p. 356.)

Nous développerons les rubriques suivantes :

- 1° La distinction, ainsi que les relations de l'ordre social et de la justice ;
- 2° La distinction fondamentale de l'ordre social des peuples sédentaires et civilisés et de celui des non-civilisés ;
- 3° Les éléments de l'ordre social individualiste des peuples sédentaires et civilisés ;
- 4° Les destinées de l'ordre social individualiste des peuples sédentaires et civilisés ;
- 5° Les relations du Droit avec l'ordre social et la justice ; le Droit naturel.

I. — *La distinction, ainsi que les relations de l'ordre social et de la justice.*

Nous prenons l'ordre social et la justice en leur qualité d'idées objectives, répondant à une réalité perçue par l'esprit humain et, par conséquent, pratiquement, nous les traitons comme des faits.

Bien qu'intimement liés, l'ordre social et la justice ne sont pas une seule et même chose. Bien souvent un ordre social déterminé, ou bien quelque institution de cet ordre social, sont jugés injustes ; à l'inverse, il arrive que des arrangements sociaux pénétrés de justice ne puissent subsister, parce qu'ils ne sont pas adaptés aux exigences élémentaires de l'ordre social. La justice provoque des révolutions sociales où sombre l'ordre établi ; en revanche, l'ordre social établi étouffe des Salentes et des Icaries.

I. — A envisager l'histoire de la civilisation par larges périodes, on constate que l'ordre social et la justice sont tantôt en conjonction, tantôt en opposition ; dans le premier cas il y a époque organique, dans le second, crise sociale plus ou moins prolongée, avec des intermèdes où des cotes mal taillées, des arrangements pratiques, procurent des moments de répit.

Les exemples de crise sociale sont les plus intéressants, par cela même que la disjonction des éléments permet de discerner leur nature. Voici, par exemple, la crise révolutionnaire du dix-huitième siècle qui aboutit en France, en 1789, à la destruction violente de l'an-

cien régime féodal, moyenâgeux et aristocratique, et qui enfante le nouveau régime étatique, démocratique et égalitaire. Sans doute, un nouvel ordre social est substitué à l'ancien, mais ce n'est pas le nouvel ordre qui a détruit l'autre, ce sont des idées de justice qui ont mis bas l'ordre ancien et l'ordre nouveau s'est établi pour des raisons de stabilité. C'est dans la période préparatoire et dans les premiers mois de la Révolution qu'il faut voir à l'œuvre les idées de justice, jetées et propagées dans l'opinion par les livres, les libelles et les cénacles, popularisées par les chansons : la liberté, l'égalité, l'abolition des droits féodaux, la terre aux tenanciers. Si ces idées de justice, thème des conversations de salon pendant un demi-siècle, n'avaient pas touché le cœur des privilégiés et ne les avaient pas fait douter de leurs droits au point de leur en conseiller l'abandon volontaire ; si ceux-ci s'étaient défendus résolument, avec les moyens que leur fournissait un ordre social encore plein de ressources, ils pouvaient faire tête à l'orage. Mais la nuit du 4 août a décidé leur perte et leur cœur a fait tomber leur tête. La justice leur a fait commettre une faute politique irrémédiable. Ce fut dans leur conscience un conflit tragique, où, martyrs méconnus, ils ont, pour la justice, sacrifié tout un ordre social.

Ces mêmes idées de justice, dites « Idées révolutionnaires », ont été promenées dans l'Europe centrale par les armées de la République et de l'Empire, et partout ont ébranlé l'ordre social féodal et aristocratique, si bien que, malgré l'effort de réaction de la Sainte Alliance, elles ont fini par triompher, ici, puis là, après 1830, après 1848, après 1860, après 1918 pour certains pays devenus des États à la suite de la grande guerre.

C'est peut-être au cours du dix-neuvième siècle, dans les pays de l'Europe centrale, que la lutte entre un vieil ordre social et des idées nouvelles de justice a été la plus facile à saisir parce qu'elle a été la plus longue.

Au reste, la révolution agraire n'est pas encore achevée partout et, en un sens, elle ne le sera jamais ; périodiquement la question agraire se pose dès que ce sont des tenanciers ou des salariés qui travaillent la terre et non pas les propriétaires selon le cadastre et les titres.

L'ordre social est pour le titulaire du droit, mais la

justice n'est-elle point du côté de celui qui travaille la terre, surtout si, par son labeur prolongé, il a créé la valeur productive de celle-ci ?

Ce conflit, pour ainsi dire éternel, est posé d'une façon saisissante dans une nouvelle slovène d'Ivan Cankar, *Le valet Barthélemy et son droit* (1).

Un vieux valet est demeuré quarante-deux ans dans la même famille, il a défriché le champ et bâti la maison ; peut-il être congédié par le fils du propriétaire sous le prétexte qu'il a reçu son salaire ? N'est-il pas au moins devenu copropriétaire ? Il ne demande pas la charité, mais la justice et ce qu'il considère comme son droit. Il le demande d'abord paisiblement à tous ceux qui représentent autour de lui l'ordre social, à son nouveau maître, au maire de la commune, au prêtre, au juge, à un jury populaire et jusqu'aux enfants dans les carrefours. Par tous ces représentants, l'ordre social le repousse en le bafouant. Alors, de colère, il met le feu à la maison et est lynché comme incendiaire.

Cette même question de la copropriété de l'entreprise productive est au fond des conflits actuels entre les ouvriers de l'usine et le patron. L'ordre social établi est pour la solution du salaire, la justice en marche est pour celle de la copropriété, et nous verrons plus loin qu'il y a déjà des réalisations par des modes individualistes.

D'ailleurs, dans tous les pays civilisés, sous des étiquettes politiques variées, il n'y a, en réalité, que deux partis dont les positions sont prises par rapport à l'ordre social établi et par rapport aux réformes demandées au nom de la justice. Le parti conservateur, ou modéré, ou réactionnaire, est pour le maintien de l'ordre social, le parti réformiste ou révolutionnaire est pour la justice et pour des changements. Ce n'est pas toujours le même parti qui a pratiquement raison, c'est tantôt l'un, tantôt l'autre, selon les circonstances.

Bien entendu, quand des réformes de justice ont été réalisées dans un pays, elles s'incorporent à l'ordre social et c'est une complication par laquelle il ne faut pas se laisser troubler. Ce nouvel ordre social, imprégné de justice, ne satisfera pas longtemps les réformistes ;

(1) *Les Œuvres libres*, n° 65, 1926, Arthème Fayard.

bientôt ils demanderont de nouvelles réformes au nom d'une nouvelle conception de la justice ou au nom d'une justice plus étendue. Le conflit va donc renaître. Il y a déjà longtemps que la démocratie bourgeoise, née de la Révolution, ne satisfait plus le peuple, du moins les couches populaires qui ne sont pas encore embourgeoisées, et leurs revendications socialistes ou communistes sonnent assez haut, toujours au nom de la justice. Cela revient à dire que le conflit entre l'ordre social et la justice se présente, dans la pratique, d'une façon beaucoup plus complexe et plus nuancée que nous ne l'avions d'abord envisagé. L'ordre social établi est déjà mêlé de quelque justice, de même que les réformes de justice apparaissent mêlées de systèmes d'organisation sociale.

Pour compléter le tableau, on ne doit pas, non plus, oublier que, dans l'histoire, se trouvent des exemples d'ordres sociaux bien différents, qui, cependant, ont duré en réalisant une dose de justice jugée suffisante. L'ancien régime moyenâgeux et aristocratique a couvert durant des siècles un ordre social reposant sur des principes opposés à ceux de 1789, il a eu sa période brillante, il avait fait une sorte d'unité de la chrétienté, il a rendu des services à la civilisation, il avait son droit propre qui réalisait une certaine dose de justice ; il représente aussi une période organique, bien que très différente du nouveau régime démocratique.

Pour dénouer ces complications, il suffit de quelques directives :

1° L'ordre social est changeant en ce sens qu'il existe plusieurs types d'ordre organique et une infinité de formes de transition ; l'idée de la justice est toujours la même, seulement, elle se combine à des doses variables avec les divers états sociaux et joue en de multiples cas d'espèces ;

2° Un ordre social établi contient toujours pratiquement une certaine dose de justice qui lui est incorporée, mais pratiquement aussi, il se trouve toujours en conflit avec une nouvelle dose de justice qui n'est pas encore incorporée ;

3° Incorporée ou non à l'état social, la justice reste toujours séparable de l'ordre parce qu'elle n'a pas le même but et même, par opposition à l'ordre, elle paraît révolutionnaire.

II. — La justice a pour but l'*æquum et bonum* du jurisconsulte Paul ; elle vise à établir entre les hommes, dans les relations sociales comme dans les prestations, le plus d'égalité possible en vue du Bien. L'ordre social, en tant qu'il est la réalisation d'une idée (car il dépend, en outre, de beaucoup de nécessités), a pour but la stabilité de l'état social. Ainsi, d'une part, la justice a des fins plus individualistes et l'ordre des fins plus sociales ; d'autre part, ces fins n'ont point le même objet.

Un exemple tiré des solutions proposées ou appliquées pour mettre fin à la crise monétaire, dans les divers pays affectés par la dépréciation de la monnaie, à la suite de la guerre mondiale, fera comprendre cette opposition des buts. La justice eût exigé la revalorisation de la devise nationale, seul moyen de ne pas créer d'inégalités entre les divers créanciers de l'Etat ; l'ordre social exige, dans la plupart des pays, la stabilisation de cette devise à son cours déprécié d'après guerre et ce, dans l'intérêt de la reprise des affaires, qui demande une prompte stabilité de la monnaie, base indispensable de la stabilité dans les transactions. Pour le moment, cette considération d'ordre social prime tout ; pour ce qui est de la réparation des injustices, on verra plus tard, c'est-à-dire jamais. Les habiles qui ont placé leurs disponibilités en valeurs de trésorerie souffriront moins que les Français moyens qui ont soutenu le crédit de l'Etat pendant la guerre en souscrivant aux emprunts publics de rentes, mais quel remède apporter ? On va au plus pressé, on stabilise pour éviter la catastrophe financière ; l'ordre social court sur ses deux jambes, la justice est boiteuse.

Faut-il rappeler, à cette occasion, la fameuse question de la péréquation de l'impôt foncier cadastral, qui est restée ouverte pendant tout le dix-neuvième siècle ? Elle n'a pas été résolue, mais pratiquement supprimée par l'établissement des nouveaux impôts cédulaires ; elle renaîtra sous une nouvelle forme avec la taxation administrative, forcément inégale elle aussi ; elle est insoluble parce que, quel que soit le procédé d'évaluation du revenu employé, l'ordre public exige qu'il soit appliqué dans tout le pays, en un temps limité, avec des moyens limités, par conséquent avec des erreurs que la stabilité nécessaire à l'impôt exige de maintenir.

Ici encore, par l'urgence de son but, l'ordre social prime la justice.

Cette différence dans l'urgence des buts conduit le sociologue à cette conclusion que l'ordre social est un élément des sociétés plus primordial que la justice. Il faut bien se résigner à cette constatation. L'ordre social établi est ce qui nous sépare de la catastrophe ; en majorité, les hommes, dans les pays civilisés, préfèrent supporter une certaine dose d'injustice plutôt que de risquer la catastrophe. L'ordre social représente le *minimum d'existence*, et la justice sociale est un luxe dont, dans une certaine mesure, on peut se passer. Ajoutons, qu'en fait, l'ordre social disposant du pouvoir et de la contrainte, ainsi que de tout l'appareil juridique, ne se prive point d'employer, pour se maintenir, ces autres atouts qu'il a dans son jeu.

Le plus souvent les réformes de justice ont contre elles à la fois les forces du pouvoir organisé et le conservatisme instinctif de la masse qui redoute le saut dans l'inconnu.

Ces aperçus trop pessimistes doivent cependant être corrigés par deux observations : la première est que les organisations d'un état social quelconque, même truffées d'injustice, ont intérêt à durer et qu'elles ne le peuvent qu'en réintroduisant, dans leur conduite quotidienne, une certaine dose de justice, afin d'obtenir autour d'elles un certain assentiment et parce qu'on ne peut pas employer la contrainte à jet continu ; c'est le phénomène historique de *l'institution* qui a bonifié et humanisé progressivement les organisations sociales, qui a rendu la seigneurie féodale plus humaine au douzième siècle qu'au dixième et le patronat industriel plus humain au vingtième siècle qu'au dix-neuvième. La seconde observation, que nous avons déjà rencontrée, est que les progrès de justice, introduits dans la conduite des organismes sociaux durant une génération, pénètrent, à la seconde ou à la troisième génération, dans l'ordre social lui-même comme chose établie, de telle sorte que cet ordre social se réincorpore de la justice.

III. — Nous sommes maintenant en mesure d'essayer des définitions. Nous connaissons celle de la justice par *l'æquum et bonum*, par l'égalité dans les rela-

tions et prestations en vue du bien ; elle demanderait des développements dans lesquels nous n'avons pas le temps d'entrer, surtout sur la notion du Bien, par laquelle le droit s'appuie sur la morale et qui est dans la direction de la liberté spirituelle. Mais nous nous bornons à planter des poteaux indicateurs.

Ajoutons, cependant, deux jalons supplémentaires : 1° La justice, toujours la même, dans son fond, se réalise peu à peu, goutte à goutte, mais une seule goutte de justice réalisée a, pour ainsi dire, une valeur infinie : le guerrier de l'Iliade, qui, dans la bataille, tombe à la merci de son adversaire, embrasse ses genoux et le supplie de lui accorder la vie à titre d'esclave, trouve sa captivité juste selon les lois de la guerre et cette goutte de justice lui fera supporter l'existence. C'est par ce côté que l'esclavage a paru juste à tant d'esprits de l'antiquité. Il l'était à titre de commutation de peine. Pour la même raison, la commutation du servage personnel en servage de la terre a rendu juste pendant longtemps la situation des serfs. La liberté politique ne s'est-elle pas réalisée goutte à goutte, comme la liberté civile, et la conquête du moindre privilège civique n'a-t-elle pas eu, pour les premiers bénéficiaires, une valeur infinie ? 2° La justice ne se réalise vraiment que par des décisions particulières, en des cas d'espèce ; peu de règles générales sont complètement justes, parce qu'elles traitent de même des espèces trop différentes ; pour les ramener à la solution juste, il faut la sentence d'un juge adaptant la règle à l'espèce. Les règles générales, et par conséquent les lois, sont instruments d'ordre social plutôt que de justice.

Quant à l'ordre social, nous le définirons comme étant une *entreprise de stabilisation de l'état social par une structure équilibrée*. Nous avons déjà signalé le but de stabilité ou de stabilisation ; le moyen de la structure équilibrée, et même rationnellement équilibrée, a été étudié dans nos *Principes de droit public* ; reste l'élément d'entreprise, lequel enveloppe à la fois une idée directrice et une œuvre de volonté. Nous reviendrons sur cet élément dans la suite de cet article.

Les relations de l'ordre social avec l'idéal de la justice ressemblent assez à celles que soutiennent entre

eux la maquette d'une statue et l'idéal de la beauté plastique. Il y a déjà de la beauté dans la maquette, bien qu'elle soit de premier jet, mais des retouches de l'artiste sont nécessaires pour lui infuser encore plus de beauté. Il y a déjà de la justice dans l'ordre social le plus brut, mais des retouches successives doivent lui en incorporer toujours davantage.

Et, cependant, il existe une limite : les retouches ne doivent pas compromettre l'équilibre statique de la construction. L'ordre social démocratique réalise plus de justice sociale que l'aristocratique, mais aussi l'expérience le dénonce plus fragile, parce que l'égalité dans la liberté compromet son équilibre statique, qui est à base de pouvoir et d'autorité.

## II. — *La distinction fondamentale de l'ordre social des peuples sédentaires et civilisés et des non-civilisés.*

L'entreprise de stabilisation de l'état social par une structure rationnelle et équilibrée, que nous qualifions d'ordre social, demande des développements complémentaires parce qu'elle est sous la dépendance de certaines nécessités naturelles et aussi de certaines idées. Cette dépendance apparaîtra tout de suite si nous prenons le soin de distinguer l'ordre social des peuples civilisés et celui des non-civilisés, dont l'opposition se ramène à celle des sédentaires et des nomades.

Il y a eu successivement deux variétés humaines, l'humanité nomade et l'humanité sédentaire, l'*homo vagus* et l'*homo manens*. C'est avec l'humanité sédentaire que commencent la civilisation et l'histoire, ainsi que la plupart des institutions qui nous sont familières, par exemple, au point de vue politique, le régime d'Etat, au point de vue social, la propriété privée de la terre et le commerce juridique individualiste.

L'humanité nomade, dont les derniers exemplaires disparaissent rapidement, à moins qu'ils ne s'adaptent, appartient, en réalité, à la préhistoire ; on ne saurait lui rattacher que les relations de la parenté et de la clientèle, dont les origines sont d'ailleurs obscures. Pour tout le reste de l'état social, il y a comme un fossé.

L'homme sédentaire n'est pas moins différent de l'homme nomade que le coquillage fixé sur son banc

ne l'est de la larve agile qui vogue dans la mer avant de sécréter sa coquille. L'humanité, qui est « comme un seul homme qui grandirait toujours », est, dans toute la force du terme, un animal à métamorphose et sa mue est accomplie. Elle s'est accomplie, pour les peuples les plus avancés, avant l'histoire et même avant la proto-histoire, très probablement au cours du néolithique. Comme toutes les évolutions vitales, elle est irréversible. Le coquillage fixé ne redevient pas larve mobile, pas plus que le papillon ne redevient chenille. Les sociétés sédentaires ne redeviendront pas nomades.

L'âge sédentaire marque l'apparition de cette nouveauté : la nécessité du travail régulier pour la subsistance qu'il faut désormais arracher à la terre par la culture et, bientôt, la nécessité de réserves accumulées pour parer à l'intermittence des récoltes, réserves qui seront l'origine du capital. En même temps, la vie sédentaire, pour des raisons de sécurité, entraîne la création de villes et la vie urbaine engendre la civilisation, mot dont la racine se trouve dans *civitas*.

Les populations nomades, vouées à la cueillette des fruits spontanés, à la chasse et à la pêche, ne connaissent point l'obligation du travail régulier ; elles vivent au jour le jour, sans réserves ni capital ; elle n'atteignent point à la vie urbaine et ne connaissent point de civilisation.

On ne saura probablement jamais en quel temps, en quel lieu, sous l'influence de quelles circonstances, ni par quelles transitions s'est produite la métamorphose. Les plus lointaines traditions que l'on possède sont relatives à la phase ultime de la transition, à la lutte de la vie agricole contre la vie pastorale, laquelle est déjà associée à un certain travail. Dans la Genèse, l'histoire liminaire du Paradis perdu, ainsi que celle de Caïn et Abel, en leur sens le moins surnaturel, visent le triomphe de la vie agricole sur la vie pastorale et sur le nomadisme. Ce triomphe prend la couleur d'un crime pour des fins morales et aussi parce que vie pastorale et nomadisme, surtout avec un certain recul, ont été considérés comme l'âge d'or de l'humanité ; mais cela n'empêche point que les Caïnites ne soient représentés comme des bâtisseurs de villes, comme des inventeurs de métaux et, en somme, comme des promoteurs de la

civilisation, tellement celle-ci est liée à l'âge sédentaire et agricole. Les légendes gréco-latines sur l'âge d'or, contemporain de Saturne, et sur l'âge d'airain ou de fer, contemporain de Jupiter, rappellent la même révolution avec le même sentiment de regret pour la vie pastorale et nomade.

Les débuts de la transformation durent, en effet, être extrêmement pénibles, le travail régulier est si peu naturel à l'homme, qu'à vrai dire il ne s'y est jamais habitué. De plus, les sentiments violents d'avarice et de convoitise qu'engendre la propriété privée ont dû former des générations dures et cruelles. Par un paradoxe remarquable, la civilisation sédentaire s'est développée malgré qu'elle reposât sur une base détestée.

Une détente se produisit heureusement, lors de la découverte de la vigne ; après Noé et Bacchus, les hommes cessèrent de maudire la terre ; la joie physique du vin remplaça et fit oublier les joies primitives de la vie sans soucis dans les libres parcours, elle fit supporter le travail et les bornes des champs. Après une période sombre de la civilisation naissante où l'on peut supposer des régimes de violence et des catastrophes, s'ouvrit une période plus heureuse, peut-être avec des races nouvelles et des climats nouveaux, et, cette fois, l'ordre social sédentaire et civilisé put s'organiser d'une façon durable.

Ce n'est pas par l'idéal de la justice que la civilisation sédentaire s'oppose à la société nomade, c'est uniquement par son ordre social dominé par la nécessité de la production. L'idéal de la justice, nous le savons, est le même sous tous les états sociaux, c'est toujours l'*æquum et bonum* plus ou moins réalisé. Mais on ne saurait comparer avec un ordre social dominé par la production économique, un autre ordre social qui ne comporte ni production ni travail.

Etablis sur des bases aussi opposées, ces deux ordres sociaux ne peuvent qu'avoir des institutions politiques et économiques dissemblables et qu'être animés de principes différents.

Le jeu des partis collectivistes et communistes, qui assiègent en ce moment la civilisation, est de présenter leurs systèmes comme exigés par la justice ; nous ne devons pas nous laisser leurrer par cette étiquette ; ce

sont bel et bien des systèmes d'ordre social, et ils sont incompatibles avec celui des pays civilisés parce qu'ils sont incapables d'assurer la production. Il est possible que des sociétés nomades, avec leur faible population et leurs habitudes de subsistance à base de produits spontanés, aient vécu sous des régimes communistes ; il n'y avait point d'obstacle majeur, puisqu'il n'y avait pas à assurer la production. Mais les sociétés civilisées, avec leurs nombreuses populations et leurs habitudes de subsistance à base de produits fabriqués, ne peuvent pas vivre sous un régime communiste, l'expérience en est faite. Elles ne peuvent vivre qu'avec le ressort puissant de l'individualisme qui assure le travail productif.

Et tout cela est irréversible. On ne voit point les populations civilisées réduire les besoins, désertent les villes et simplifier leur vie afin de rendre moins intensive la production. Au contraire, elles multiplient leurs besoins, se précipitent dans les villes, compliquent leur vie de façon à rendre la production toujours plus nécessaire. Ce qui est à prévoir, avec l'ère industrielle qui est venue se greffer sur l'ère agricole, c'est l'intensification du travail et, par conséquent, celle de l'individualisme, c'est l'accélération, à l'américaine, de l'allure de l'ordre social des peuples civilisés.

Si, par impossible, on rasait les villes et reconstituait la steppe, les civilisés ne redeviendraient pas des nomades, ils disparaîtraient purement et simplement devant la sauvagerie. On s'adapte à la civilisation, on ne s'adapte pas à la sauvagerie : tel est le sens de la vie.

### III. — *Les éléments de l'ordre social individualiste des peuples sédentaires et civilisés.*

Il y a eu, dans la métamorphose de l'humanité, des nécessités naturelles, mais aussi une entreprise volontaire et des idées directrices.

I. — Parmi les nécessités naturelles, nous avons déjà signalé celle de la production pour la subsistance, que les produits spontanés de la terre ne suffisaient plus à assurer. Cette nécessité de la production provenait, elle-même, d'un certain nombre de causes, de modifications fâcheuses dans les climats, de l'imprévoyance et du gaspillage des nomades et surtout, très probablement,

de l'augmentation de la population. L'accroissement continu de la population, coupé périodiquement par des calamités accidentelles, mais jamais arrêté, est un phénomène certain et qui s'est produit dès la préhistoire. L'histoire ne commence pour un peuple que lorsqu'il est établi à demeure sur un territoire, à l'état de nation. Auparavant, il a été à l'état de peuplade, puis de peuple proprement dit. La peuplade est entièrement nomade, puis elle devient, par accroissement de sa population, un peuple semi-nomade qui fait de longs établissements sur certains territoires et prend le chariot de l'émigrant pour transporter ailleurs son campement lorsqu'il est devenu trop nombreux. C'est à ce stade que se trouvaient les Barbares germains, slaves et mongols, lorsqu'ils ont envahi l'Empire romain, et déjà aussi les Hellènes, les Italiotes et les Celtes lorsque, dans une protohistoire encore inconnue, ils sont descendus vers l'Europe occidentale et méridionale. Le même phénomène de surpeuplement continue de se produire chez les nations ; seulement, comme elles sont devenues complètement sédentaires, elles ne se déplacent plus en masse, elles essaient en des colonies ou se décongestionnent par l'émigration individuelle.

II. — Quoi qu'il en soit des nécessités naturelles qui ont entraîné la formation de l'ordre social sédentaire et individualiste des sociétés civilisées, le plus intéressant pour nous est l'entreprise volontaire que suppose cette formation. S'il n'y avait eu que des nécessités matérielles, elles se seraient fait sentir à la longue à toutes les peuplades de toutes les races et il y a longtemps qu'il n'y aurait plus ni nomades, ni sauvages. Or, il en subsistait beaucoup il y a un siècle et il en subsiste encore. Il y a donc, dans l'affaire, un élément psychologique. Les sauvages attardés sont des peuplades auxquelles ont manqué la curiosité du nouveau et le courage nécessaire au travail de la culture, ou bien chez lesquelles ne s'est révélé aucun de ces grands intuitifs qui, aux tournants de l'histoire, trouvent les idées directrices salutaires. Ces populations ont préféré les solutions paresseuses, la loi du moindre effort les a fait croupir dans le fatalisme et dans la misère.

Par là-même, les civilisés sont des peuples qui, devant l'obstacle, ont réagi curieusement et courageusement en

acceptant la loi du travail et qui ont eu la chance d'enfanter, au moment voulu, des grands hommes. Ces chefs de peuples, ces législateurs, dont la légende fait des demi-dieux, ont conçu les idées directrices nécessaires pour l'organisation du nouvel ordre des choses et ont eu assez d'ascendant pour les imposer. Peut-être, ces peuples étaient-ils de race plus audacieuse que les autres ; il ne faut pas oublier l'*audax Iapeti genus* ; mais l'audace naturelle est encore un élément psychologique. Nous ne prétendons point que la civilisation soit une entreprise surnaturelle, il nous suffit qu'elle soit en partie volontaire.

Reste à dégager les moyens d'action dont disposait la civilisation sédentaire, considérée comme entreprise volontaire ; nous en discernons trois, dont l'agencement est le suivant :

Au premier plan, les énergies des consciences individuelles, débridées par l'appât d'une destinée individuelle pour l'homme et sa famille.

Au second plan, les énergies du groupe social, employées à une triple fonction, de protection, de services et de répression.

Au troisième plan, les grandes idées directrices ou croyances civilisatrices, destinées à fournir des bases spirituelles au système individualiste, à conforter les volontés individuelles et à réfréner leurs écarts.

A. — Des énergies des consciences individuelles, nous ne retenons que celles qui sont applicables à la vie économique et, accessoirement, à la vie politique, laissant délibérément de côté tout ce qui concerne la vie familiale.

Ces énergies sont le sentiment de l'intérêt personnel, l'appétit de la propriété, l'ambition du pouvoir, enfin la passion du jeu et de la spéculation. Des juristes sont professionnellement familiers avec les trois premières espèces, aussi ne développerons-nous que la quatrième, laquelle, d'ailleurs, se trouve être la plus importante pour notre démonstration.

L'homme est naturellement joueur. La passion du jeu balance celle de l'amour, elles deux constituent les plus forts ressorts de l'action.

C'est la passion du jeu qui, sous la forme spéculation,

engendre les entreprises. Les nomades primitifs en font déjà dans leurs petites chasses et dans leurs petites guerres. Mais l'entreprise humaine n'a pris de l'envergure qu'à l'époque des grandes chasses préhistoriques qui ont prélué à l'entreprise agricole et qui l'expliquent en partie. Ces grandes chasses remontent très haut dans le paléolithique et se sont poursuivies à travers le néolithique jusque dans la protohistoire. Dans la tradition biblique, Nemrod est qualifié de « grand chasseur devant l'Éternel », de bâtisseur de villes et de fondateur de dominations politiques *qui capit esse potens*.

Ce synchronisme nous transporte aux débuts de la civilisation. Les grandes chasses ont entraîné la formation de bandes d'hommes aventureux en marge des cadres sociaux traditionnels, prêts à adopter de nouveaux genres de vie. Après avoir chassé le bison et le renne, ces bandes ont chassé l'homme, pour le pillage, pour la capture d'esclaves, pour la domination ; elles ont construit des villes-repaires qui, sans doute, ont précédé et provoqué les villes-refuges.

Les premières tentatives agricoles ont dû être faites, dans des conditions analogues, par des bandes de pionniers en marge des cadres traditionnels, travaillant l'arc et la javeline à portée de la main. Peut-être ce furent des bandes de chasseurs, peut-être d'autres constituées à leur image, car la civilisation agricole débuta par l'aventure. Outre le péril des razzias, il y a le même aléa que dans la chasse ; comme le gibier, la récolte peut manquer. Aussi, de même que les grottes peintes du Magdalénien nous révèlent des rites magiques employés par les vieux chasseurs pour s'assurer bonne chasse, de même le folklore des âges agricoles primitifs nous révèle d'autres rites magiques pour s'assurer bonne récolte.

Et rien n'est changé depuis ces lointains débuts de la civilisation. Toujours le branle de la production est mené par des bandes d'hommes plus aventureux que les autres qui, d'une certaine façon, vivent en marge de la vie civile ordinaire, les commerçants, les industriels, les spéculateurs, et toujours c'est le jeu et la spéculation qui alimentent leur soif de l'aventure : la spéculation commerciale, la spéculation industrielle, la spéculation boursière. Depuis la spéculation agricole qui

reste à la base, l'édifice de la civilisation s'est haussé, mais la spéculation règne à tous les étages.

L'esprit de spéculation, associé au travail de la production, en masque le caractère pénible par une sorte d'hypnose. Cela n'est vrai, bien entendu, que pour l'individu qui travaille dans sa propre entreprise. Dans le salariat, la pénibilité du travail reste entière parce qu'aucune spéculation personnelle ne s'associe, dans l'esprit de l'ouvrier, à la main-d'œuvre qu'il fournit. Aussi, est-ce la tare du salariat. Mais toute entreprise personnelle, pour modeste qu'elle soit, berce de spéculations l'esprit du travailleur. Les déceptions elles-mêmes ne l'abattent pas. Pérette a vu s'enfuir « veau, vache, cochon, couvée », mais le lendemain elle est repartie d'un pied léger pour le marché, son pot au lait sur la tête et ses châteaux en Espagne devant les yeux. L'esprit spéculatif de l'Occident utilise pour l'action le rêve dans lequel s'engourdit l'Orient.

La spéculation possède, d'ailleurs, son instrument propre, qui est le capital épargné sur les excédents de la production et que l'on risque dans les entreprises. Dans les sociétés civilisées individualistes, le capital remplit une double fonction : d'une part, il alimente la spéculation, d'autre part, en tant que richesse possédée et objet de propriété réparti dans la masse de la population, il devient le grand élément de stabilité de l'ordre social, car c'est la peur de le perdre qui fait les conservateurs ; nous avons signalé plus haut cette peur des catastrophes sociales qui fait supporter des injustices : la catastrophe la plus redoutée est la perte ou la destruction du capital.

Ainsi, le ressort caché de l'organisme individualiste, ce n'est pas l'intérêt individuel tout seul, c'est l'intérêt individuel associé à l'esprit de spéculation et, en ce sens, à la passion du jeu. Une société individualiste qui ne risque plus, n'a plus l'esprit d'entreprise et est une société morte.

Le système juridique individualiste, dans ses notions les plus profondes, est orienté selon l'axe de la spéculation, du risque et de l'entreprise, et cela, même dans le droit civil qui est le reflet de la vie bourgeoise. Quand on a pénétré la conception centrale de ce système juridique, on est frappé de la force avec laquelle elle affirme

que l'homme ne vit pas dans le présent, mais uniquement dans l'avenir, qui est le lieu géométrique des spéculations. Les droits subjectifs sont des virtualités et des modes d'acquérir ; c'est en cette qualité qu'ils sont des biens ; la personnalité juridique n'est qu'une capacité d'acquérir ; la jouissance véritable est d'entreprendre pour acquérir. Tout est tourné vers l'acquisition et rien vers la jouissance immédiate, c'est-à-dire que tout est tourné vers la production et rien vers la consommation.

Cela est profondément spiritualiste, car la jouissance d'acquérir est d'ordre spirituel et non d'ordre matériel ; le code ne connaît pas plus la jouissance matérielle que la consommation des richesses. En même temps, cela sent toujours le risque, aussi le patrimoine de l'individu, qui est le budget de ses entreprises et qui assure son crédit, est-il le gage commun de ses créanciers et sera-t-il souvent liquidé.

B. — Nous ne jugeons point nécessaire, par pur esprit de symétrie, de développer maintenant, selon toutes les règles, la réaction du groupe social, en tant qu'elle fait équilibre à la poussée des énergies individuelles. Il est entendu que nous ne faisons que mettre en place des têtes de chapitre, en signalant ce qui nous paraît avoir été le moins aperçu et ce qui est le plus important. Tout le monde sait que le régime individualiste n'a point la prétention de supprimer les groupes sociaux et qu'il s'accommode de leurs énergies, moyennant quelques précautions. Il admet les droits de la famille, ceux de l'Etat et même ceux des organismes professionnels. Si la liste révolutionnaire des droits de l'homme ne contenait ni la liberté d'association ni celle de fondation, elle a été complétée depuis, au moins en ce qui concerne les associations et les corps qu'elles peuvent fonder. De plus, la législation individualiste consacre nombre d'obligations des individus motivées, soit par l'existence de la famille, soit par celle de l'Etat. La seule chose qui importe à l'ordre individualiste, c'est que l'entreprise individualiste pour la production économique demeure au premier plan et que les entreprises des groupes sociaux soient reléguées à l'arrière-plan, même celles de l'Etat. Cela est signifié très clairement, pour nous juristes, par ce simple fait que le

droit privé, qui est celui de la vie privée individualiste, est considéré comme constituant le droit commun, et que le droit public, quelle que soit son importance, s'articule au système en qualité d'exception au droit commun.

Dans une conception dynamique de la vie sociale, cela signifie que la poussée individualiste représente l'action, et celle des groupes la réaction destinée à équilibrer l'action.

Le régime d'Etat a organisé cet équilibre sur la base d'une séparation entre l'économique et le politique. A l'individu, l'entreprise économique, la production des richesses et la propriété des choses sous forme de capital. A l'Etat, l'entreprise politique, et l'exploitation du pouvoir sur les hommes.

C'est donc par le pouvoir politique, et par les moyens juridiques que le pouvoir engendre, que l'Etat va pouvoir réagir sur l'entreprise individualiste. Ce pouvoir de réaction est encore tellement formidable que l'entreprise individualiste est obligée de se protéger soigneusement contre lui. De là, toutes les précautions constitutionnelles qui affaiblissent et modèrent la Puissance publique, afin de sauvegarder ce qu'on appelle *la liberté*, qui est essentiellement la liberté économique des entreprises privées.

Cela posé, nous nous bornons à rappeler que l'Etat ainsi dompté et domestiqué, ainsi dressé au service de la société privée, aura à remplir trois fonctions essentielles :

1° Protéger la société individualiste par son gouvernement, lui assurer la paix et l'ordre au dedans et au dehors par sa force armée, par sa diplomatie, par sa police, par sa législation, par ses tribunaux ;

2° La contrôler et lui rendre des services par son administration ;

3° Réprimer les écarts de l'individualisme par une organisation répressive et aussi par une œuvre éducatrice.

C. — Mais tout n'est pas dit. L'ordre social des peuples sédentaires et civilisés est un équilibre à trois facteurs. En concurrence avec les énergies individuelles et celles du groupe, entrent en ligne les idées civilisatrices. A elles seules les énergies individuelles n'eussent pas

suffi à triompher du groupe et à instaurer l'individualisme, mais les principes idéaux des religions et des morales civilisatrices sont arrivés à la rescousse, et leur énergie propre, qui est un ascendant sur les esprits, a fait pencher la balance.

D'ailleurs, la civilisation sédentaire a fait progresser l'intellectualité de l'homme et l'a rendu plus conscient. Le sentiment de la propriété privée des choses a créé un non-moi intime, dont le frottement quotidien a creusé le moi. Les loisirs procurés à une élite par l'excédent des richesses produites a permis à cette élite une vie cérébrale plus intense et il en est résulté des trauailles d'idées.

Il faut s'habituer à considérer comme des forces positives et, par conséquent, comme des faits, les idées qui déterminent des courants sociaux et celles qui s'incarnent en des institutions sociales durables. De cette catégorie sont, au premier chef, les idées religieuses et morales. Fustel de Coulanges avait déjà remarqué que la fondation des cités antiques avait été préparée par des religions nouvelles ; ce n'est pas assez dire, c'est tout l'âge sédentaire de l'humanité dont l'avènement est préparé et accompagné par un renouveau religieux.

Or, les religions de l'âge sédentaire sont éminemment individualistes. Non seulement elles se préoccupent du salut individuel de leurs fidèles, mais leurs dieux, quelles que soient par ailleurs leurs insuffisances, présentent, du moins, ce trait commun d'être des personnages individualisés et agissants. Derrière eux, transparaît bien encore l'antique Destin impersonnel et fatal, auquel a cru l'humanité primitive ; mais ils entrent en lutte avec lui, ainsi que le montrent les cosmogonies, les mythologies, les poèmes et particulièrement les poèmes homériques. Un nouveau progrès devait être réalisé par la révélation judéo-chrétienne, dont le Dieu unique est plus agissant puisqu'il est créateur et que, par sa providence et sa grâce, il neutralise le Destin.

La civilisation occidentale devait doublement profiter de l'apport judéo-chrétien. Elle se débarrassait du destin et du fatalisme qui pesèrent si lourdement sur les populations asiatiques et, plus tard, sur les musulmans. D'autre part, le créationnisme lui évitait le péril pan-

théiste qui est un autre chemin pour glisser dans le Nirvana. Le panthéisme atténue les difficultés du divin en reculant sa réalisation dans un vague devenir. Le créationnisme aborde la difficulté de front et pose le divin au commencement comme la cause du monde. Il exige un plus grand effort de foi initiale, mais il a le grand avantage de porter au premier plan le principe de causalité qui est le ressort de toute entreprise, parce qu'il affirme qu'elle résulte d'un acte créateur.

Par ailleurs, l'espèce d'ascétisme que comporte la vie de spéculation et de travail exigée par l'entreprise individualiste, se trouve corroboré par l'ascétisme religieux et par la croyance en une vie éternelle où est reportée la solution du problème du bonheur individuel.

Ces croyances spiritualistes insufflent une ardente foi créatrice, aident à supporter bien des déconvenues et apaisent bien des colères. L'ordre social civilisé n'est pas établi uniquement sur elles, mais elles en complètent admirablement l'armature.

Le plus grand service qu'elles lui rendent, cependant, est de lier solidement par la loi morale les instincts individualistes déchaînés. Tout l'appareil social de répression est fondé sur la loi morale et celle-ci, à son tour, est liée aux croyances religieuses. Les croyances spiritualistes et civilisatrices ont eu fort à faire pour organiser le frein moral. Ce fut un prodigieux résultat d'éducation et de dressage. Il s'agissait d'habituer des hommes farouches à exercer sur eux-mêmes une contrainte morale continue, alors que, par ailleurs, on les poussait aux initiatives, aux entreprises, aux spéculations. On admire un cheval éperonné que son cavalier tient en mains ; sa force contenue et frémissante impressionne. Plus impressionnante encore est la force contenue de l'homme civilisé, car il s'éperonne et se tient en mains lui-même.

Les idées ont rendu à la civilisation occidentale un dernier service qui a été de lui fournir des cadres d'institutions durables. Ces cadres résistants ont imposé au mouvement social des procédures d'une lenteur relative, ont coupé par des paliers la coulée évolutive des événements et ont donné aux générations successives une impression de stabilité suffisante pour leur permettre les calculs des entreprises. Par là, les Occiden-

taux ont échappé à l'impression de fluence universelle et d'inconsistance qui obsède l'âme hindoue et la détourne de l'action.

IV. — *Les destinées de l'ordre social individualiste des peuples sédentaires et civilisés.*

La civilisation occidentale, par sa force, par son trafic, par ses idées, domine actuellement le monde, mais elle n'a pas réussi à l'assimiler complètement. Sans doute, presque toutes les populations sont parvenues à l'âge sédentaire, et même à l'économie individualiste, mais elles n'ont pas toutes le même ressort d'entreprise. Beaucoup gardent encore les traditions indolentes de l'âge pastoral. Elles ne possèdent pas, non plus, les mêmes croyances. Bref, elles n'ont pas la même mentalité. Après s'être mises à notre école et nous avoir emprunté nos techniques matérielles, ces populations se replient sur leur âme ancestrale et se retranchent dans un nationalisme jaloux.

En même temps, la civilisation occidentale subit une de ces crises internes qui sont périodiques dans les régimes de libre discussion. Au dix-neuvième siècle, l'esprit critique l'avait emporté sur l'esprit de foi créatrice. Il en est résulté que beaucoup d'Occidentaux se sont pris eux-mêmes à douter de la valeur de leurs directives. Cette défaillance passagère serait sans importance, si elle ne coïncidait pas avec l'esprit de résistance qui se marque chez les populations moins évoluées qui nous entourent. Sans évoquer encore le souvenir tragique de l'Empire romain encerclé par les Barbares, la situation actuelle de l'Europe provoque des appréhensions légitimes (1).

Ce n'est pas pour la civilisation qu'il y a lieu de craindre, mais pour les peuples civilisés de l'Europe. D'une part, la civilisation pourrait émigrer vers d'autres continents. D'autre part, en Europe même et si celle-ci était envahie par les Barbares, la civilisation survivrait comme elle a survécu aux invasions qui ont submergé l'empire d'Occident. Il arriverait aux nouveaux envahisseurs la même aventure qu'aux anciens,

(1) V. II. Massis, *La défense de l'Occident*.

ils seraient assimilés par le milieu. On reverrait peut-être un nouveau moyen âge ; c'est-à-dire que l'ordre social individualiste reprendrait pour un temps cette forme aristocratique et féodale qui semble alterner avec la forme démocratique, mais le principe individualiste serait sauvegardé. Et, quant aux grandes idées civilisatrices, religieuses et morales, elles franchiraient cette seconde période difficile comme elles ont franchi la première.

Mais la question change de face si on la pose pour les peuples civilisés actuels de l'Europe. Des peuples peuvent disparaître dans une tourmente, d'une façon pénible, après bien des souffrances. Aussi convient-il de se défendre et, avant tout, contre soi-même. Ce n'est pas l'ennemi extérieur, mais l'intérieur, qui est dangereux.

Nous n'avons pas à douter de notre civilisation occidentale. Elle n'est pas une réussite accidentelle ; elle est la révélation d'une vérité sociale définitive. La preuve en est que tout ce qui est sorti d'elle, en fait d'œuvres de beauté et de vérité intellectuelle, est devenu classique.

Nous devons insister sur cette preuve par le classique. Ce n'est pas une variété de pragmatisme, c'est un emploi de la méthode de l'évidence par une procédure lente, qui se déroule au cours des siècles, non pas devant quelques observateurs spécialisés, mais devant le public tout entier. Elle débute par la création d'œuvres artistiques, littéraires ou scientifiques par lesquelles l'intuition d'hommes de génie déroche à la nature quelques-uns de ses secrets ; elle se poursuit par le travail de critique que suscite, à peine produite en public, toute œuvre d'art, toute trouvaille littéraire, toute hypothèse scientifique ; enfin, après un très long temps et après plusieurs reprises du débat critique, elle s'achève dans l'assentiment admiratif de la postérité. Une pareille procédure, utilisant toutes les formes de la raison, l'intuition, le discours et le sens commun, et les utilisant chacune en sa place, l'intuition pour l'invention dans la création, le discours pour la discussion, le sens commun pour le jugement définitif, est incontestablement la plus propre à produire en nous cette évidence qui est marque de la vérité. Quel sceptique résiste à l'évidence d'un chef-d'œuvre classique ?

Or, la civilisation occidentale abonde en chefs-d'œuvre classiques. L'observation n'aurait pas une grande importance s'ils n'étaient classiques que pour les Occidentaux ; mais ils le sont pour tous les hommes de bonne foi du monde entier pourvus d'une culture suffisante. Et cela parce qu'ils sont *humains*. L'œuvre classique exprime les grands sentiments simples communs à toute l'humanité et conformes à la nature de l'espèce humaine telle qu'elle s'est développée complètement dans l'état sédentaire ; l'œuvre classique est humaine parce que l'humanité reconnaît en elle des éléments caractéristiques de son propre type. Rappelons-nous que la culture classique, la connaissance des langues et de la littérature classiques portent le nom significatif d'*Humanités*.

Parini les chefs-d'œuvre classiques de la civilisation occidentale se trouvent *les conquêtes de la science*. Elles en sont le fruit le moins discuté, mais peu de gens se rendent compte qu'elles ne sont, après tout, que des vérités acceptées comme classiques. Ce ne sont que des hypothèses intuitives, vérifiées par des expériences critiques et admises par le sens commun. Ce sont des vérités statistiques qui s'appuient sur des moyennes et auxquelles échappent toujours quelques faits rebelles (1). Mais leur précision est suffisante pour nous permettre de réagir sur la nature et c'est cette réaction, cette sorte de création du monde que l'homme continue comme un demiurge, qui devient, en réalité, l'œuvre classique de la science.

Cette œuvre, assurément formidable, s'appuie elle-même d'une façon directe sur l'œuvre morale qui est le chef-d'œuvre véritable de notre civilisation. Cette assise n'est généralement pas aperçue, parce qu'on oublie que la découverte du vrai est l'effet d'une vertu en même temps que d'une méthode. La méthode scientifique de l'évidence exige, chez le savant, la vertu de sincérité et d'humilité : sincérité dans l'observation, humilité devant les démentis que les faits infligent aux hypothèses préconçues. La méthode d'observation, déjà posée et utilisée par Aristote, n'a commencé que deux

(1) E. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature* ; H. Poincaré, *Science et hypothèse*.

mille ans plus tard à produire les effets massifs sans lesquels l'organisation coopérative de la science était impossible. Comment expliquer ce retard, sinon par le temps d'imprégnation de morale chrétienne nécessaire pour que les populations européennes pussent fournir la masse suffisante de savants sincères et humbles devant les faits ? Il a fallu épuiser le cycle des imaginations avant d'aborder celui de l'observation ; la chimie a commencé par l'alchimie, l'archéologie par la fantaisie et les sciences sociales par les partis-pris philosophiques.

Le bloc des chefs-d'œuvre classiques, depuis les vérités scientifiques jusqu'aux beautés et saintetés morales, sans compter les œuvres littéraires, plastiques et musicales, est d'une masse tellement éloquente qu'il devient difficile d'en répudier le témoignage.

Au reste, les jeunes générations, déshabituées du jeu stérile de l'analyse critique par les réalités de la vie et réhabituées par les sports à la discipline de l'action et de l'entreprise, redeviendront tout naturellement sensibles aux vérités révélées par la dramatique entreprise de la civilisation humaine.

V. — *Les relations du Droit avec l'ordre et la justice ;  
le Droit naturel.*

Le Droit est une sorte de conduite qui vise à réaliser à la fois de l'ordre social et de la justice. Ses règles tendent à redresser les relations politiques et économiques de façon à les ramener à ces deux coordonnées, dont, selon une observation déjà faite, l'ordre social est pratiquement la plus importante. Une autre observation est que l'influence de l'ordre social sur le droit se traduit par des prescriptions intellectuelles parfois arbitraires, tandis que l'influence de la justice agit toujours dans le même sens naturel, qui est celui de la conscience et du cœur.

L'examen du droit positif d'un peuple quelconque confirme la vérité de ces remarques. La matière des règles d'un code est faite de relations sociales ordonnées entre elles en vue d'une certaine structure. L'élément de structure, d'organisation et de coordination est beaucoup plus apparent que l'élément de justice. Il

est exact que, dans cet élément de structure sociale, se glisse assez fréquemment de l'arbitraire et de la fantaisie, par exemple, dans les opérations formalistes. L'ancien droit romain, dans ses actes obligatoires et dans ses procédures d'action légales, ne manquait pas de ces éléments arbitraires qui sont loin de se retrouver dans l'ancien droit de tous les peuples. Il y a place là pour des vues aristocratiques ou nationalistes.

Non seulement l'élément d'ordre social est celui qui donne sa physionomie particulière au droit positif de chaque peuple, mais il est aussi celui qui confère à n'importe quel droit positif sa physionomie de corps de droit, c'est-à-dire d'ensemble de règles organisées en des catégories qui s'appliquent à des catégories correspondantes de relations sociales. S'il n'y avait pas un ordre social dans les sociétés, s'il n'y avait que de la justice, il n'y aurait point besoin de catégories, car la justice est une et c'est l'ordre social qui est divers.

Cette dernière considération nous fournit le point par lequel il convient d'aborder le problème du Droit naturel, car il s'agit, avant tout, de savoir s'il sera un corps de droit fait à la fois d'ordre social et de justice, ou s'il ne sera absolument qu'une collection de préceptes de justice.

Si le Droit naturel ne devait être qu'une collection de préceptes de justice, la conception n'en serait point née, parce qu'elle ne se serait pas séparée de celle de la justice elle-même. D'ailleurs, les préceptes des Institutes de Justinien, que l'on pourrait, à bon droit, considérer comme de droit naturel, ne sont point uniquement des préceptes de justice : « *alterum non lædere ; suum cuique tribuere* », cela suppose déjà l'ordre social individualiste, le patrimoine individuel, la propriété individuelle. Aussi les Institutes les annoncent-elles comme préceptes de droit et non pas de justice : « *juris præcepta sunt hæc* ». Il est vrai que le Droit naturel est considéré comme plus près de la nature que les droits positifs, *naturam sequitur*, mais quelle est la véritable nature de l'homme et des sociétés, est-ce seulement l'équité dans les relations, n'est-ce point, en même temps, l'ordre dans la structure sociale ? L'homme est ζῶον πολιτικόν et les jurisconsultes romains, en confondant pratiquement le droit naturel avec le *jus*

*gentium*, visaient autant à corriger les singularités politiques de leur ancien droit civil qu'à le pénétrer d'équité.

Si le Droit naturel est un corps de droit comprenant un certain ordre social, quel est cet ordre ? Cette question, qui paraît, au premier abord, bien difficile à résoudre est, au contraire, très aisée, si l'on consent à traiter la croyance au Droit naturel comme un fait historique.

Il n'y a qu'à interroger l'histoire pour voir en quels moments cette croyance a exercé une action sur les esprits et, par conséquent, à quel ensemble d'idées et à quel ordre social elle est liée. Or, il apparaît tout de suite que l'ensemble d'idées dont elle fait partie appartient aux grandes périodes démocratiques.

La conception d'un Droit naturel est apparue, pour la première fois, dans la philosophie grecque, peu avant la conquête romaine ; elle est passée dans la jurisprudence romaine où elle a régné jusqu'à la fin du second siècle de notre ère. Durant ces quelques siècles, la civilisation antique a présenté un double caractère ; d'une part, toutes les nations du monde gréco-romain sont en démocratie ; d'autre part, les relations du commerce juridique ont rendu possible le synerétisme d'un droit commun des nations. C'est donc à la fois une époque de démocratie égalitaire et de *jus gentium*.

Les deux mêmes circonstances se sont trouvées réunies lorsque la conception du Droit naturel, après avoir sommeillé durant le moyen âge, est redevenue idée vivante au dix-septième et dix-huitième siècle, avec l'école du *Droit de la nature et des gens*, et a recommencé à agir sur les esprits. C'était à l'aube d'une nouvelle époque de démocratie égalitaire et de Droit commun des nations. Cette conception individualiste fut étendue aux relations de droit international par les Grotius, les Pufendorf et les Vattel, et, dans le droit public interne, elle devint la base des *déclarations des droits*.

Ainsi, le droit commun de l'ensemble des peuples civilisés d'une époque démocratique, voilà le fait historique qui provoque et évoque la vision d'un Droit naturel idéal. Sans doute, parce que le régime démocratique est celui qui intègre la plus grande somme de justice égalitaire et qui défend les ressorts de l'ordre social jusqu'à la limite extrême où ils peuvent être détendus

sans que l'édifice social s'écroule immédiatement. Nous ne croyons pas qu'aucune institution aristocratique puisse être envisagée comme figurant dans le corps du Droit naturel ; ni le droit des fiefs, ni le droit d'aînesse, ni les privilèges sociaux, quels qu'ils soient. Ces institutions ont leurs raisons d'être historiques ; elles succèdent généralement aux démocraties finissantes, elles ont pour mission de réintégrer dans les rouages sociaux l'énergie du pouvoir que les démocraties ont dissipée, mais elles contiennent trop d'ordre social et pas assez de justice pour figurer dans un tableau du Droit naturel.

Le Droit naturel ainsi conçu est, à la vérité, très particularisé, mais un idéal absolu peut, en même temps, être particulier. Dieu est conçu à la fois comme une existence absolue et comme un être personnel. D'ailleurs, l'idéal du Beau est aussi particulier que celui du Droit naturel. Les chefs-d'œuvre classiques expriment de la beauté humaine par le moyen de types de certaines beautés. La Vénus de Milo est le type de la belle femme grecque d'une certaine époque et, cependant, elle est devenue un type humain de beauté féminine.

Ainsi conçu, le Droit naturel est déjà, en partie, réalisé. Sa voie est connue et elle est jalonnée par deux ébauches très poussées, celle du droit classique romain, qui fut qualifié de « raison écrite », et celle du droit commun contemporain. Les institutions juridiques qui se retrouveront dans ces deux ébauches à deux mille ans de distance auront les plus grandes chances de contenir beaucoup de droit naturel. Certes, il y aura encore à chercher, mais ce sera le cas de répéter le « tu ne me chercherais pas si tu ne m'avais trouvé ».

Cette solution du problème du Droit naturel qui, déjà, le particularise, fait, en outre, apparaître comme intermittentes ses périodes d'action et de réalisation. La croyance au Droit naturel, étant liée aux époques démocratiques, ne redevient vivante qu'avec elles. Telle une comète, elle surgit à l'horizon à des intervalles millénaires pour nous illuminer pendant quelques siècles, puis elle disparaît et nous laisse retomber dans la nuit. Ce n'est pas la faute de la comète, elle existe toujours, mais le mouvement de l'état social nous emporte loin d'elle et ne nous ramène vers elle qu'après un long circuit.

Cette solution du problème présente, par ailleurs, des avantages certains :

1<sup>o</sup> Elle écarte l'imagination d'un droit naturel évolutif. En soi, le Droit naturel est immuable, aussi bien dans ses principes d'ordre social démocratique que dans ses principes de justice, mais, d'une part, il ne se réalise qu'en des chefs-d'œuvre classiques, qui, d'ailleurs, peuvent être en progrès les uns par rapport aux autres ; d'autre part, ces réalisations du Droit naturel sont intermittentes ou périodiques pour les raisons indiquées ci-dessus ;

2<sup>o</sup> Cette solution individualiste nous débarrasse également des socialismes et des communismes. Sans doute, ces systèmes sont animés d'un sentiment de justice, mais qui est associé à des vues radicalement fausses sur les possibilités d'évolution de l'ordre social. Il faudrait que l'humanité retournât vers un tel état de raréfaction de la production qu'il équivaudrait à la sauvagerie du nomadisme primitif. Or, l'évolution de l'humanité vers l'état sédentaire et la civilisation est irréversible.

D'ailleurs, par des procédés à lui, l'ordre social individualiste est capable d'assurer toujours plus de justice égalitaire. Aux Etats-Unis d'Amérique, à raison des hauts salaires, les ouvriers ont commencé d'acheter en Bourse des actions de l'entreprise dans laquelle ils travaillent et, par conséquent, à acquérir les droits de l'actionnaire ;

3<sup>o</sup> Par sa conception d'un idéal de Droit naturel réalisé progressivement en des chefs-d'œuvre classiques, cette solution nous ramène à la traditionnelle définition artistique du Droit. Il y a une science du Droit et il y a aussi des sciences auxiliaires du Droit, mais, en tant que créateur d'ordre social et de justice, le Droit est un art. C'est à la fois *Pars boni et aequi* et *Pars stabilis et securi*. Toute théorie juridique est une œuvre d'art et le système juridique pris dans son ensemble en est une très imposante et très noble.

C'est ravalier le Droit que de le réduire à une technique. Le vocable de technique doit être réservé à certains procédés de métier ; mais le jurisconsulte, pas plus que le sculpteur ou l'architecte, ne doit être confondu avec le praticien, et le Droit n'est pas une pure pratique.

Ulpien, Papinien ou Cujas, pas plus qu'Homère, Virgile ou Dante, pas plus que Phidias, Praxitèle ou Michel-Ange, ne sauraient être qualifiés de techniciens. Tout vocable impropre a des inconvénients parce qu'il masque quelque élément du réel. En tant qu'art, le Droit et la jurisprudence sont des trouveurs de vérité sociale, des créateurs d'ordre social et de justice. Qui s'en doutera si on les affuble en une technique ? Leurs constructions exigent plus que de la technique, elles réclament de l'intuition artistique, et *le construit* est une œuvre d'art, — non pas une œuvre de technique.

### III

#### LE POUVOIR, L'ORDRE, LA LIBERTÉ ET LES ERREURS DES SYSTÈMES OBJECTIVISTES (1)

Chaque discipline a ses postulats nécessaires. La science a besoin d'un déterminisme, non pas à la vérité d'un déterminisme absolu que la critique des Lachelier, des Boutroux, des H. Poincaré a démontré être inutile, mais d'un déterminisme relatif. Le Droit a besoin du libre arbitre, non pas du libre arbitre absolu, mais d'un libre arbitre relatif. La formule philosophique n'en a pas été donnée ; je vais m'efforcer de fournir quelques éléments pour son élaboration.

Ces éléments seront puisés dans les relations du pouvoir, de l'ordre et de la liberté individuelle examinées au point de vue du droit positif, tel qu'il se développe dans le plan historique. Dans cette perspective, l'ordre, représenté par les institutions, par les mœurs, par la réglementation positive, joue le rôle d'une limite à la fois pour le pouvoir et pour les libertés. Il ne faut pas confondre limitation avec subordination. Le droit positif n'admet point que le pouvoir et les libertés soient subordonnés à l'ordre : à l'intérieur des limites qui leur sont imposées, ils jouissent d'une certaine autonomie.

Il est vrai que cette autonomie elle-même n'est pas dépourvue d'une tendance vers l'ordre qui provient de ce que le pouvoir et la liberté contiennent de l'ordre en puissance, mais cette tendance spontanée est justement un aspect de leur autonomie.

Lorsque cette tendance se réalise, l'ordre établi est créé par le pouvoir et par les libertés, mais cela ne

(1) Extrait de la *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1928.

signifie point que l'ordre, en puissance dans l'esprit des hommes, se soit transformé de lui-même en ordre établi. Cela signifie, au contraire, que l'opération s'est faite par certains actes libres des hommes et avec les modalités que ces actes ont imposées. De là, d'ailleurs, selon les temps et les lieux, tant de variété dans les jurisprudences, tant de fantaisie et souvent tant d'arbitraire.

Historiquement, les sociétés débutent dans un grand désordre, l'ordre n'est créé que par une pénible conquête et pour remédier aux souffrances engendrées par les désordres prolongés ; alors que les clans primitifs éprouvaient l'impérieux besoin de se confédérer en des cités nationales, combien n'a-t-il pas fallu de siècles pour extirper la plaie des vendettas de clan à clan et de famille à famille, qui s'opposait à la soudure définitive des populations ?

Voilà avec quel degré d'autonomie et sous la pression de quelles nécessités s'établissent les relations positives entre le pouvoir, l'ordre et la liberté. Si ce degré d'autonomie est relatif, en revanche, il est nécessaire :

1° D'abord, une autonomie relative de la volonté individuelle dans la création du Droit est nécessaire pour la marche des entreprises économiques que l'ordre individualiste met à la charge des individus. Il faut à ceux-ci des initiatives juridiques et des responsabilités. Sans doute, dans la création du Droit par les actes juridiques, leur volonté n'a plus d'action que sur le contenu des actes, la puissance publique s'est emparée de la force exécutoire ; mais le contenu des actes c'est la matière consensuelle des décisions et des obligations, et cette matière, leur volonté la domine. Les clauses d'un testament seront interprétées par le juge d'après la volonté du testateur et celles d'un contrat d'après la volonté des parties ; la matière du Droit, en tant que consensuelle, est donc créée par la volonté individuelle et, malgré que la Puissance publique intervienne dans les formes et dans les sanctions, cela reste important.

Si nous entrons faire un tir chez Gastine-Renette, nous lui empruntons son stand, ses armes et l'authenticité du carton, mais notre œuvre personnelle restera quand même la plus importante si nous plaçons bien nos balles et l'effet, c'est-à-dire l'honneur, en sera pour

nous. Notre acte aura été encadré et authentiqué ; mais, dans ces limites, il n'aura pas été subordonné.

Sans doute, le domaine dans lequel joue l'autonomie juridique individuelle, très élargi pendant la période de libéralisme économique, commence à se rétrécir ; il y a la théorie de l'abus des droits, la renaissance des institutions, la substitution de la théorie du risque à celle de la faute dans la matière des accidents du travail, etc. Mais ce sont là des fluctuations historiques comme celle du libéralisme et de l'interventionnisme et qui affectent de faibles étendues. Le colmatage de la baie du mont Saint-Michel ne doit pas être confondu avec le dessèchement de la Manche. L'autonomie de la volonté individuelle et le principe de sa responsabilité subjective constituent l'armature du droit privé et du droit criminel, c'est-à-dire des quatre cinquièmes du Droit. Historiquement, ce principe juridique s'est organisé par un lent progrès lié à celui de la civilisation sédentaire ; il n'y a aucune raison pour qu'il disparaisse tant que durera cette civilisation (1).

2° La création du Droit par un pouvoir politique doué d'une certaine autonomie n'est pas moins nécessaire au droit positif ; il peut renoncer à la souveraineté absolue de la Puissance publique, mais non à sa souveraineté relative. Le gouvernement des groupes humains, qui ne s'exerce que par la création continue de l'ordre et du droit, exige que ceux qui gouvernent puissent eux-mêmes créer du droit.

Cette création autonome du Droit par le pouvoir politique est combattue par les systèmes objectivistes avec plus d'acharnement encore que l'autonomie juridique de la volonté individuelle. Ils partent de ce postulat qu'il n'existe pas de bonne justification du droit de commander et qu'il est impossible d'en trouver une, en quoi ils font preuve d'une bien mauvaise mémoire.

Il existe une très vieille et très bonne justification juridique du droit de commander ; elle se trouve dans le consentement des gouvernés. Cette vérité tradition-

(1) Sur la civilisation sédentaire, voir mon article sur *L'Ordre social, la Justice et le Droit*, dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1927, p. 795 : « La subsistance des nations sédentaires postule la production individualiste, l'entreprise individualiste et une certaine création subjective du droit. »

nelle avait été chargée dans la cale du *Mayflower* par les *pilgrims* puritains d'Angleterre, lorsqu'ils partirent pour coloniser l'Amérique, et ils la retrouvèrent dans leurs archives au jour de l'indépendance, pour la clouer en tête de leur déclaration : « La base de l'autorité se trouve dans le consentement des gouvernés ».

Cette affirmation juridique a toutefois besoin de quelques commentaires qui déterminent son caractère à la fois relatif, suffisant et nécessaire.

Ce ne sont pas les commandements du pouvoir, au moment où ils sont produits comme des actes, qui sont acceptés par le peuple. Ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande. Selon les temps, les lieux et les circonstances, ce sera l'institution de la Couronne ou celle de l'État ou n'importe quelle autre. L'essentiel est qu'il existe dans le groupe une institution politique acceptée des sujets par un large consentement coutumier ; le consentement coutumier s'applique aux institutions comme aux règles de droit, et c'est même par les institutions qu'il commence. Un pouvoir crée une institution qui devient coutumière et sur laquelle il s'appuie ensuite pour créer du droit au nom de l'institution ; ainsi s'établit la filière.

Cette explication ne fournit pas une théorie exhaustive du pouvoir ; elle est purement pratique. *Jhering* l'eût appelée une *protection avancée du pouvoir*, de même que la possession est une protection avancée de la propriété. En fait, cette construction juridique suffit à tous les besoins : outre la justification du droit de commander, elle assure la continuité du pouvoir en l'associant à celle de l'institution politique ; elle fournit une base pour la dévolution du pouvoir ; elle crée l'opposition des gouvernements de droit et des gouvernements de fait ; elle s'adapte aux événements qui transforment les gouvernements de fait en gouvernements de droit ; elle contient même en germe la théorie du gouvernement représentatif, puisque les chefs n'ont jamais eu de pouvoir de droit que lorsqu'ils ont commandé *au nom d'une institution politique* acceptée des sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils ont agi en qualité de représentants, non pas encore du peuple, mais d'une institution voulue par le peuple.

3° Une certaine autonomie de l'Ordre est elle-même nécessaire à la vie du droit positif, non pour tout conformer, mais pour tout limiter. Nous avons rencontré plus haut l'une des formes sous lesquelles se manifeste l'autonomie de l'ordre ; il s'agit de l'ordre en puissance qui chemine à l'intérieur du pouvoir et de la liberté, qui, sans doute, ne se réalise que par l'intermédiaire d'un acte libre, qui n'a point nécessité cet acte, mais qui, tout de même, l'a sollicité.

Il y a une autre forme plus objective de la vie propre et autonome de l'ordre, ce sont les institutions et, surtout, les institutions corporatives. Tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions. Les institutions constitutionnelles limitent le pouvoir, s'équilibrent les unes les autres et évoluent selon les besoins. Il faut avoir des œillères pour déclarer qu'il n'y a pas d'auto-limitation du pouvoir. Il n'y en a pas sous forme de résolution prise *in petto*, mais il y en a sous forme de création d'institutions parce que là, le pouvoir appelle à son secours la force vive de l'ordre lui-même, et c'est pour mieux se lier les mains. Depuis un siècle les gouvernements successifs de la France avaient périodiquement pris la résolution de consacrer des disponibilités du budget à l'amortissement de la dette publique, mais il ne s'était jamais trouvé de disponibilités. Au mois d'août 1926, un amendement constitutionnel a organisé une caisse autonome d'amortissement et lui a constitué une dotation. Depuis, l'amortissement fonctionne et l'autorité budgétaire lui délivre annuellement sa dotation.

Avec l'ordre, ce qu'il faut craindre, ce n'est pas qu'il n'ait pas assez d'autonomie, c'est, au contraire, qu'il en ait trop et qu'il ne devienne trop envahissant. L'histoire nous avertit qu'il y a des précautions à prendre contre le développement excessif des institutions. Une saine philosophie doit se garder de son côté d'exagérer le rôle de l'ordre en puissance qui hante l'esprit de l'homme, parce qu'il étoufferait dans son germe le degré de liberté dont le droit positif a besoin. C'est l'erreur qu'ont commise les systèmes objectivistes ; ils

ont exagéré le rôle de l'ordre ; ils ont réduit à rien l'autonomie du pouvoir et celle des libertés individuelles et ont ainsi détruit l'équilibre vivant du droit positif.

\* \* \*

On pouvait depuis longtemps déjà diagnostiquer l'erreur des systèmes objectivistes, mais le difficile était de la rendre saisissante. Nous devons être reconnaissants au professeur viennois Hans Kelsen de nous en avoir fourni le moyen. Dans le très hardi et très élégant système que nous analysons plus loin, il assimile l'ordre objectif à l'ordre statique et subordonne étroitement le dynamique au statique. Cela aboutit pratiquement à l'arrêt du mouvement du Droit ; or, le droit positif, qui se déroule dans le plan historique, est essentiellement un droit en mouvement. La contradiction et l'erreur sautent aux yeux.

Il paraîtrait même invraisemblable qu'un juriste et un philosophe de la valeur de Kelsen n'eût pas aperçu cette conséquence inacceptable de son système, si l'on ne savait : 1<sup>o</sup> que l'ordre social est couramment assimilé à la stabilité sociale ; 2<sup>o</sup> que la stabilité sociale est généralement prise pour une forme du statique, alors qu'au contraire elle est une certaine forme du mouvement.

*La stabilité sociale résulte du mouvement lent et uniforme des transformations d'un système social ordonné.* — Cette conception se déduit directement de l'expérience historique, mais on la retrouve en mécanique et en thermodynamique ; nombreuses sont les hypothèses où la stabilité d'un système physique se ramène à la même formule. La stabilité d'un organisme vivant est également du même ordre, car il n'y a pas d'organisme qui ne change constamment dans toutes ses parties, mais les changements sont lents et uniformes et l'équilibre général n'en est pas affecté.

Ce que les hommes appellent stabilité, ce n'est pas l'immobilité absolue, c'est le mouvement lent et uniforme qui laisse subsister une certaine forme générale des choses à laquelle ils sont habitués. Tous font dans le « temps » le voyage long ou bref de la vie, et, quand le paysage social familier ne se modifie pas trop rapi-

dement autour d'eux, ils ont l'impression de n'avoir pas bougé. Leur soif de bonheur se contente de cette relativité et même leur soif de spéculation et d'entreprise, car sur cette stabilité relative s'édifient leurs calculs qui, à la vérité, sont des calculs de probabilité.

Ce qu'ils appellent « temps troublés » et considèrent comme le contraire de la stabilité et de l'ordre, ce sont les périodes où l'évolution sociale s'accélère ou se précipite en révolution ; celles aussi où il se produit des dislocations dans l'ensemble des situations et institutions sociales, les unes se maintenant, les autres s'écroulant.

Ainsi, les hommes ont intégré le temps dans leur géométrie de la stabilité sociale et ont fait de la relativité sans le savoir.

Ces développements se greffent admirablement sur la conception bergsonienne de la durée et de la vie telle qu'elle est exposée dans *l'Evolution créatrice*. D'après l'éminent philosophe, il y aurait dans la nature un élan vital qui se caractériserait par la création continuelle du nouveau et qui, par là, créerait en quelque manière la durée dans son mouvement irréversible. Cela est vrai, et il est génial d'avoir ramené la création de la durée à la création du nouveau par le moyen de la vie. Mais il est permis d'ajouter que, peut-être, la création du nouveau ne produit une durée que par l'intervention d'un rythme de ralentissement. C'est ainsi que l'évolution des formes vivantes est coupée par les paliers des espèces et celle des formes sociales par ceux des institutions ; à l'intérieur des espèces et des institutions le mouvement des transformations est à la fois ralenti et uniformisé. Sans ce rythme modérateur, l'arbre de la vie eût jailli avec la soudaineté des bouquets de feu d'artifice qui sont flambés en un moment.

Les frottements et les résistances que l'élan vital rencontre dans sa course sont la cause naturelle des ralentissements, mais en matière sociale, et spécialement dans l'organisation de l'Etat, il est remarquable que l'industrie de l'homme soit venue en aide à la nature en créant des équilibres de pouvoirs qui scandent les échappements de l'aiguille du temps avec la régularité d'un balancier (1).

(1) Je ne me serais pas permis de proposer cette légère addition à la

Le mouvement lent et uniforme d'un système social est le résultat d'un conflit entre des forces de stabilisation et des forces de mouvement, et, de ce conflit, on peut affirmer deux choses :

1<sup>o</sup> Les forces de mouvement l'emporteront sur les forces de stabilisation ; elles l'emporteront de peu, et c'est pourquoi le mouvement social sera lent et uniforme ; mais elles l'emporteront tout de même, sans quoi il n'y aurait plus de mouvement du tout et donc, plus de vie, car la vie est un mouvement ;

2<sup>o</sup> Les forces de mouvement et de changement ne sont pas nécessairement des forces de désordre, car il y a des changements qui sont pour organiser un ordre meilleur. Les forces de stabilisation, de leur côté, ne sont pas toujours pour la conservation de l'ordre le meilleur. Cela prouve que, dans l'équilibre mobile d'où résulte le mouvement social ordonné, s'affrontent des forces matérielles et des forces morales. Mais nous n'avons pas ici à entrer dans une discrimination des deux, car les forces morales, aussi bien que les matérielles, doivent s'accommoder de cette relativité du mouvement lent et uniforme qui, seule, nous intéresse ici.

C'est bien là le plan historique où se déroule la vie du Droit positif. Il y avait hier un certain état de l'ordre social et du Droit ; il y en a un autre aujourd'hui ; il y en aura un troisième demain ; ce passé, ce présent et cet avenir sont les étapes de l'évolution d'un même système social et d'un même corps de Droit ; des rapports de séquence rattachent l'une à l'autre ces étapes, en même temps que des rapports de coexistence relient les diverses parties du système. Le passé de cet ensemble d'institutions explique leur état présent et projette de la lumière sur leur avenir. A toutes les belles époques, le Droit a été étudié dans cette perspective historique qui est la plus proche du réel.

doctrine bergsonienne si elle m'avait été suggérée par la lecture de *l'Évolution créatrice* ; mais mes idées sur le mouvement social lent et uniforme et sur les équilibres qui, d'ailleurs, sont tirées de la mécanique et de la thermodynamique, apparaissent déjà dans ma *Science sociale traditionnelle* de 1898 et dans mon *Mouvement social* de 1899. C'est une simple rencontre et je reconnais que l'idée de la création du nouveau était plus difficile à trouver que celle du mouvement ralenti, beaucoup plus.

\*  
\* \*

*Examen des systèmes statiques et objectivistes.* — Ces systèmes se présentent volontiers comme objectifs, et ils le sont, en effet, puisqu'ils éliminent le fait volontaire de l'homme, qui est la source du subjectif; mais ils sont surtout statiques par leur conception erronée de l'ordre social, et c'est sous cet aspect statique que nous les examinerons, parce qu'il fait apparaître leur incompatibilité avec la vie.

Nous en analyserons deux qui, avec des points de départ différents, arrivent sensiblement aux mêmes résultats: celui de Kelsen et celui de Duguit.

1° *Le système du Droit transcendant et statique du professeur Hans Kelsen* (1). Nous commençons par cette doctrine, bien qu'elle soit la dernière en date, d'abord parce qu'elle est transcendantale, ensuite parce qu'elle est plus logique et plus nette dans ses conclusions.

Nous n'avons, d'ailleurs, nul besoin de l'analyser dans sa structure interne, mais seulement dans ses postulats. Le système s'expose en deux plans dont l'un, consacré à l'ordre juridique et étatique, est statique, et dont l'autre, consacré à la création de l'ordre, est dynamique. Cette dichotomie aurait pu conduire l'auteur à des résultats heureux; mais, ce qui gâte les choses, c'est la façon dont le plan dynamique est subordonné au statique.

*Plan statique.* — Dans ce plan, l'ordre juridique et étatique est envisagé comme l'expression d'un impératif catégorique de la raison pratique; il devient une insertion directe du transcendantal dans la société. Il représente un *Sollen* (ce qui doit être) s'insérant dans le *Sein* (ce qui est), afin de le conformer à l'ordre. Cet impératif catégorique, tiré de la philosophie kantienne, se traduit en un ordonnancement d'idées objectives supérieures aux consciences humaines, nécessitantes

(1) *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, article de KELSEN, *Revue du Droit public*, 1926, p. 561 et suiv.; ouvrages allemands de KELSEN: *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, 1911, *Allgemeine Staatslehre*, 1925; t. XXIII de l'*Encyclopédie de la Science du Droit et de l'Etat* de KOHLRAUSCH. Cf. une analyse faite par DUGUIT dans son *Traité de Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édit., 1927, et J.-L. KUNZ, *La primauté du droit des gens*, *Revue de Droit international de Gand*, 1925, p. 564 et suiv.

pour elles et dont celles-ci peuvent seulement se former des concepts subjectifs qui aideront à leur réalisation pratique (Art. de la *Revue du Droit public*, p. 565-570).

Mais notre auteur n'est pas seulement kantiste, il est aussi, il le déclare lui-même, panthéiste idéaliste et, par conséquent, moniste. Son monisme va se traduire immédiatement par un second postulat, à savoir que, dans le plan statique, l'Etat et le Droit se confondent. Il y a identité entre eux, parce que l'Etat n'est qu'un ordonnancement juridique de normes en qui se résument les organes et les fonctions et en ce que le pouvoir de l'Etat n'est lui-même que la validité du système juridique aboutissant à l'emploi de la contrainte [car l'Etat est une organisation essentiellement coercitive] (P. 572, 574).

Les individus, envisagés en tant que personnes juridiques, ne sont eux-mêmes que des ordonnancements de normes, mais qui restent distincts de l'ordonnement juridique-étatique et, d'ailleurs, distincts les uns des autres.

Dans ce système exclusivement idéaliste, les êtres réels disparaissent, n'étant tous représentés que par des ordonnancements de règles. Cependant, les individus sont soumis à l'obligation d'obéir à l'Etat ou, du moins, ils subissent, sous forme d'obligation, la nécessité qui émane de la validité du système juridique étatique.

Mais, par contre, ils n'ont pas nécessairement de droits individuels qui soient opposables à l'Etat, parce que, de leur propre système juridique, n'émane aucune validité qui soit obligatoire pour celui-ci. Cette grave conséquence est la négation non seulement de la liberté politique, mais même des libertés civiles.

*Plan dynamique.* — La création de l'ordre juridico-étatique nous fait entrer dans le plan dynamique et historique. Nous y voyons un certain nombre de choses intéressantes ; par exemple, que, si du point de vue statique, l'unité et l'indivisibilité du pouvoir d'Etat s'impose (ce pouvoir n'étant que la validité d'un système juridique), du point de vue dynamique de la création de l'ordre, il peut y avoir intérêt à admettre une séparation des pouvoirs (p. 620).

En ce qui concerne les sources du Droit, nous y

voyons que du droit peut être créé par le pouvoir législatif, par le pouvoir réglementaire, etc. ; mais gardons-nous de croire que, même dans cette perspective dynamique, l'auteur rejoigne la doctrine classique sur la libre création du Droit par le pouvoir de droit. N'oublions pas que, pour lui, le plan dynamique reste dominé par le plan statique et que, par suite, les sources du droit positif resteront dominées par le droit transcendant. D'abord, les sources du droit positif sont rigoureusement hiérarchisées l'une à l'autre. On remonte ainsi, en dernier ressort, à la constitution positive de l'État. L'auteur souhaiterait que l'on pût remonter à un statut international ; mais, en tout cas, au-dessus du plus haut statut positif, il y aura une constitution hypothétique transcendante. Il ne s'agit pas d'une hiérarchie qui, à chaque degré, laisse jouer une certaine liberté : non, le Droit a pour caractéristique de régler sa propre création : « Toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure ». Et ce ne sont pas des règles de procédure, qui sont ainsi posées d'avance pour la création du Droit ; les normes sont des règles de fond.

Ce n'est pas non plus un système répressif pour le droit mal créé analogue à celui qui fonctionne dans les pays qui admettent le contrôle juridique de la constitutionnalité des lois, c'est un système préventif, en ce sens que l'invalidité de la disposition non conforme à la constitution hypothétique est immédiate. C'est une nullité de plein droit. Le pouvoir d'État n'est-il pas un système de validité et, *par conséquent, d'invalidité juridique* ? Notons encore, ce qui est parfaitement logique, la préférence de l'auteur pour l'administrateur et son dédain pour le juge. Dans un système aussi bien réglé, le juge ne serait qu'une cause de désordre ; le juge a un pouvoir incoercible d'arbitrage et de création spontanée du Droit ; il ne serait fidèle ni à la norme, ni à la constitution hypothétique ; bien plus avantageux serait un administrateur bien stylé et devant lequel il n'y aurait point de débat. Napoléon n'avait-il pas ainsi tremblé pour son code civil en le livrant aux juges ?

*Observations sur le système de Kelsen.* — 1° Ce système, que nous n'apprécions pas dans sa structure interne, mais dans ses postulats, n'est pas une nou-

veauté complète en Allemagne ; il ne fait que pousser à ses conséquences logiques extrêmes, avec une force et une élégance auxquelles on doit rendre hommage, des idées plus ou moins exprimées déjà dans un courant de pensée qui dérive de Kant par l'intermédiaire de Fichte et Hegel. Notre collègue Carré de Malberg, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, parue en 1920, mais conçue et rédigée avant 1914, s'est inspiré de certaines de ces idées ; il admet pratiquement la confusion du Droit et de l'Etat : la grande source du Droit est la Constitution de l'Etat ; enfin, on doit restreindre le plus possible le rôle du pouvoir dans l'Etat.

Il semble qu'on se soit rejeté vers ce courant de la philosophie allemande pour échapper aux dangers de la doctrine de la *Herrschaft*, du moins tel paraît être le cas de M. Carré de Malberg ; mais, alors, on n'a évité un écueil que pour tomber sur un autre qui, pour être plus caché, n'en est pas moins dangereux.

2° En effet, si cette philosophie du Droit évite la théorie du pouvoir de domination de l'Etat, elle n'évite pas la domination d'un impératif catégorique qui équivaut à un ordre social essentiellement nécessitant. Le primat d'une liberté relative est remplacé par celui de l'ordre et de l'autorité. La maxime fondamentale n'est plus : « Tout ce qui n'est pas défendu est permis jusqu'à la limite » ; elle est : « Tout ce qui n'est pas conforme à la constitution hypothétique est sans valeur juridique ». D'ailleurs, on nous le dit expressément : « Il n'y a pas nécessairement de droits individuels des sujets opposables à l'Etat ; par conséquent, il n'y a pas nécessairement de liberté ». Et puis, dans un système statique, que ferait-on de la liberté ?

Le joug d'une pareille philosophie serait pour le Droit pire que celui de la théologie : la théologie catholique pose le primat de la liberté humaine ; l'ordre divin se propose à l'homme par la grâce, il ne s'impose pas comme une nécessité contraignante, tandis que l'ordre du panthéisme idéaliste tel que le conçoivent les juristes post-kantiens s'impose à l'homme sous cette forme. M. Redslob se fait illusion (*Revue du Droit public*, 1926, p. 147). Cette philosophie du Droit post-kantienne n'aura aucun succès en France, non pas qu'elle soit obscure, car elle n'est que trop claire, non pas qu'on la prenne pour un

jeu de l'esprit, car elle n'est que trop sérieuse, mais parce que ses tendances sont inconciliables avec celles du Droit. Seule une philosophie de la liberté est compatible avec le Droit.

2<sup>o</sup> *Le système statique de Droit objectif de Léon Duguit.* — Antérieur de plus de vingt ans, ce système n'a pas du tout le même point de départ que celui de Kelsen. Duguit a horreur de la métaphysique ; il émet la prétention d'être réaliste, c'est-à-dire de n'admettre que ce qui tombe sous l'observation des sens. Il serait plutôt apparenté à Durkheim et à Auguste Comte. Sa grande préoccupation a été de supprimer le pouvoir comme source du Droit. D'une part, il trouve inadmissible qu'une volonté humaine, quelle qu'elle soit, puisse imposer une obligation à une autre volonté humaine ; il a perdu la notion du pouvoir de droit qui s'exerce au nom d'une institution acceptée de tous et tel que nous l'avons rappelé. D'autre part, très préoccupé par la doctrine allemande de la *Herrschaft* alors régnante, il pense qu'il faut à tout prix soumettre l'Etat au Droit et ne voit pas de meilleur moyen que de l'empêcher de créer du Droit par son propre pouvoir, car, dit-il, tant que l'Etat créera du Droit, il n'y aura pas moyen de le soumettre ; il ne faut pas compter sur l'auto-limitation subjective de l'Etat, ce n'est pas une garantie, une résolution interne peut être détruite par une autre résolution interne. Il ne paraît pas qu'il ait songé qu'il exige une auto-limitation objective et proprement constitutionnelle, résultat de la création d'institutions destinées à faire obstacle à certaines tentatives de l'Etat.

Quoi qu'il en soit du bien ou du mal fondé de ses griefs contre le pouvoir de Droit, voilà notre collègue conduit à séparer radicalement le Droit et l'Etat, position inverse de celle de Kelsen. Il va donc, maintenant, construire le système du Droit sans le secours de l'Etat, sans celui du pouvoir et sans celui de la métaphysique.

Il prend pour point de départ la notion positiviste d'un ordre des choses sociales conçu comme le prolongement de l'ordre des choses physiques. De cet ordre des choses découlent des normes. Dans un premier état de la doctrine, les normes n'avaient pas de source précise ; dans un second état, elles ont la source que l'école de Savigny assignait à la coutume, le sentiment de la

masse des consciences ; ce sont de grandes règles de conduite senties comme devant être sanctionnées par une réaction sociale contre ceux qui les violeraient.

En ces normes, qui sont peu nombreuses, réside toute la validité du système juridique. Sans doute, il sera fait par le pouvoir politique des règles constructives, mais ces règles n'auront pas de valeur juridique par elles-mêmes, elles en auront seulement par leur conformité à l'une ou à l'autre des normes. Les individus, dans leurs transactions, feront des déclarations de volonté qui n'auront également de valeur juridique que par la conformité à la norme..., etc.

Quant à la sanction, elle se trouve directement dans la contrainte sociale ou étatique. Les normes ne sont pas obligatoires, elles sont seulement exécutoires. On se demande pour quelle raison Duguit a tenu à supprimer ici l'*obligatio juris* ; on peut même se demander s'il y a règle de droit véritable sans *obligatio juris* ; si la définition du Droit par la seule idée de précepte sanctionné par la contrainte est suffisante ; si l'on ne glisse pas par là dans la répression disciplinaire où la contrainte accompagne immédiatement l'ordre donné ; si, notamment, le droit pénal ne va pas se confondre avec la coercition, l'*obligatio juris* étant ce qui permet l'intervention d'un juge.

Quoi qu'il en soit de cette objection, attachons-nous à dégager le caractère statique du système.

D'abord, par la négation du pouvoir subjectif de création du Droit, le mouvement juridique, qui résulte surtout des forces subjectives, est arrêté, à moins qu'on ne se trouve sous l'empire d'une norme qui, par exception, pose le principe d'une liberté, comme, par exemple, celle qui établit la liberté des conventions.

Dans tous les autres cas, le Droit ne peut se développer que dans la mesure des normes établies ou par l'établissement de nouvelles normes, mais c'est là une formation coutumière d'une extrême lenteur. Le système tend donc vers l'immobilité coutumière, avec cette particularité qu'il s'agit de coutumes à établir dans un grand pays et prenant forme de préceptes très généraux, ce qui n'est guère le genre habituel des coutumes.

Pour l'auteur lui-même, il n'est pas douteux que

L'objectif doit l'emporter sur le subjectif et le statique sur le dynamique ; là-dessus il s'est expliqué maintes fois et il a écrit deux livres pour se persuader que les transformations du Droit évoluaient infailliblement vers l'objectif.

Que la logique de son système substitue le primat de l'ordre à celui de la liberté, il le voit peut-être moins nettement, mais c'est le postulat d'Auguste Comte (1) et, d'ailleurs, l'objectif ne saurait assujettir le subjectif sans que l'ordre s'assujettisse la liberté.

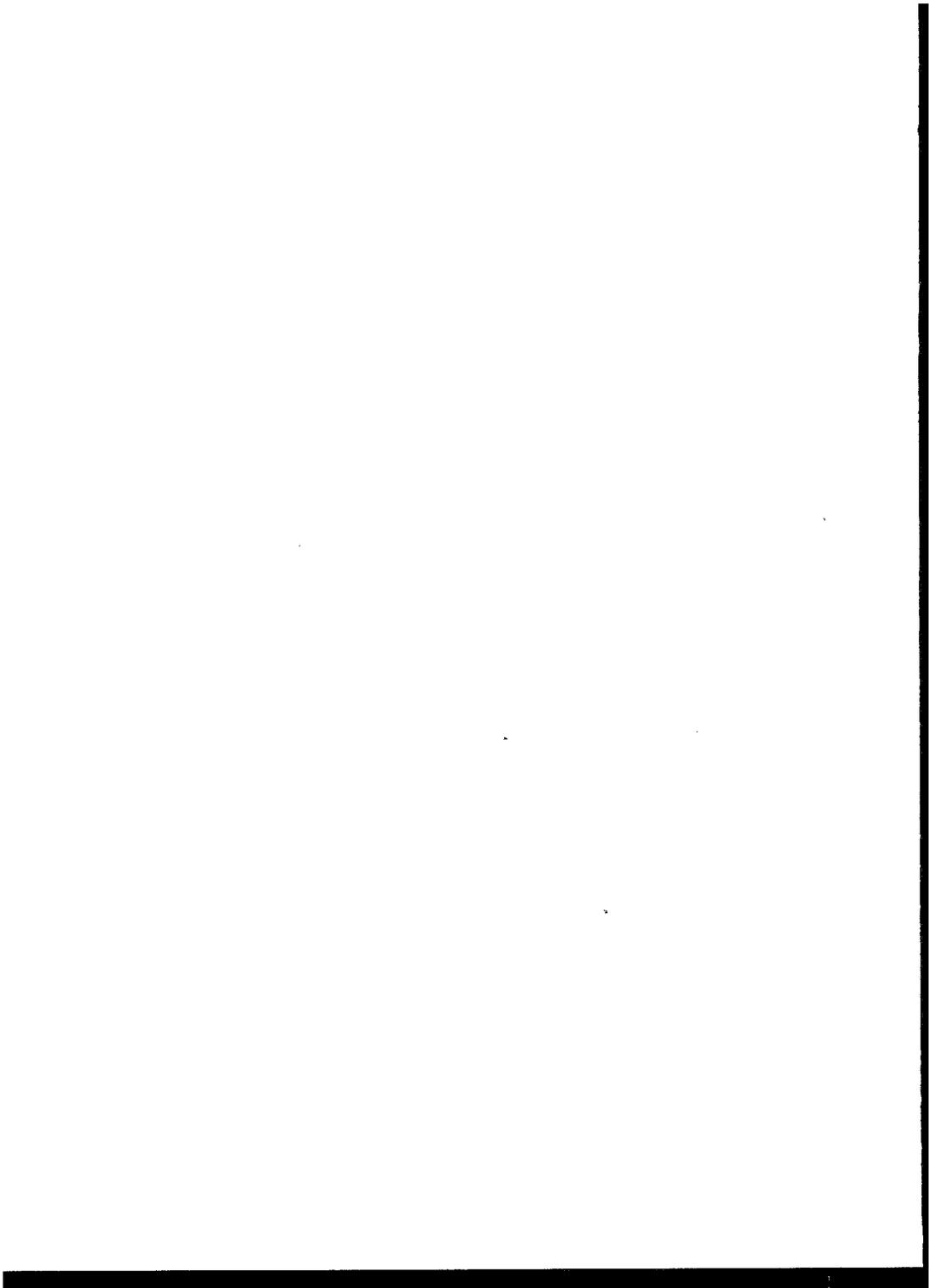
Malgré certaines apparences dues au tempérament vigoureusement individualiste de l'auteur, ce système est donc en contradiction avec les postulats du Droit positif autant que celui de Kelsen et, autant que lui, il est impropre à la vie.

(1) *Catéchisme positiviste* (huitième entretien). L'erreur d'Auguste Comte est de dire : « La liberté est la conformité à l'ordre », au lieu de : « La liberté est la faculté de se conformer à l'ordre ».

Pour la subordination du dynamique au statique, autre erreur. Voir *codem loco* (sixième entretien).

DEUXIÈME PARTIE

LA VIE DU DROIT  
LES FORMES DU DROIT POSITIF



I

LA THÉORIE DE L'INSTITUTION  
ET DE LA FONDATION (1)

(ESSAI DE VITALISME SOCIAL)

Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel ; l'opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l'État.

La théorie juridique de l'institution, qui serre de près la réalité historique, a été lente à s'organiser. Elle n'a trouvé sa véritable assiette que lorsque le terrain a été déblayé par la querelle du contrat social et par celle de l'objectif et du subjectif.

La querelle du contrat social et de l'institution est maintenant jugée. Rousseau avait imaginé que les institutions sociales existantes étaient viciées parce que fondées sur la force pure et qu'il fallait les renouveler par le contrat social instrument d'un libre consentement. Il avait confondu la force avec le pouvoir. Les institutions sont fondées grâce au pouvoir, mais celui-ci laisse place à une forme du consentement ; si la pression qu'il exerce ne va pas jusqu'à la violence, l'assentiment donné par le sujet est valable juridiquement : *coactus voluit, sed voluit*. Tout le monde est d'accord aujourd'hui que le lien social étant naturel et nécessaire, ne saurait être analysé qu'en un *coactus voluit*.

L'institution est donc sortie triomphante de cette première épreuve, mais une autre l'attendait : la querelle de l'objectif et du subjectif. Le premier débat avait servi à préciser le degré de consentement qui subsiste dans les institutions, le second allait servir à déterminer

(1) Extrait du quatrième cahier de *la Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit)*, 1925.

le degré d'objectivité, c'est-à-dire d'existence propre, qu'il y a en elles.

Autant il nous serait inutile de revenir sur la querelle du contrat social, autant il sera utile, au contraire, d'exposer celle de l'objectif, qui n'est pas complètement vidée, et à laquelle la théorie de l'institution, qui s'est achevée pendant le débat, vient peut-être apporter une solution. Cet exposé nous tiendra lieu d'introduction.

Des définitions préalables sont nécessaires.

Les juristes entendent par droit subjectif tout ce qui, dans le droit, se maintient par la volonté consciente de sujets déterminés, par exemple, les situations contractuelles, les dispositions testamentaires dites de dernière volonté : ils entendent, au contraire, par droit objectif tout ce qui, dans le droit, se maintient sans le secours de la volonté consciente de sujets déterminés et qui, ainsi, semble se maintenir par soi-même, par exemple une règle de droit coutumière.

Si l'on va au fond des choses, les situations juridiques qui semblent se maintenir par elles-mêmes sont, en réalité, liées à des idées qui persistent d'une façon subconsciente dans les esprits d'un nombre indéterminé d'individus. Les idées subconscientes sont celles qui vivent dans les cadres de notre mémoire sans être actuellement, pour nous, des volontés conscientes ; ce sont des idées que nous avons perçues, que nous avons emmagasinées, puis que nous avons perdues de vue ; elles vivent cependant en nous et même elles influent à notre insu sur nos jugements et sur nos actes, de la même façon que peut agir l'ambiance des objets familiers. Ce sont des objets qui habitent en nous.

Ainsi, le subjectif se maintient par nos volontés conscientes et l'objectif par nos idées subconscientes. Cela dit, abordons l'exposé de la querelle du droit subjectif et du droit objectif.

Depuis toujours, et instinctivement, les juristes avaient admis, dans le système juridique, la coexistence d'éléments subjectifs et d'éléments objectifs : la personnalité juridique, les droits subjectifs, les actes juridiques constituaient le premier groupe ; l'ordre public et ce qu'on appelait la « réglementation », c'est-à-dire, la masse des lois, des règlements et des coutumes, constituaient le second. Ce dualisme, correspondant à celui

de la volonté consciente et de l'idée subconsciente, constituait un sage compromis.

Vers le milieu du dix-neuvième siècle, ce compromis fut dénoncé par l'organisation d'un système ultra-subjectiviste qui, cinquante ans plus tard, provoqua la formation d'un système ultra-objectiviste et c'est ainsi que s'engagea la querelle.

Le système subjectiviste s'édifia sur la base de la personnalité juridique, en annexant aux personnes individuelles les personnes morales corporatives et, la plus notable de toutes, la personne Etat. On eut la prétention de faire de ces personnes et de leurs volontés subjectives le support de toutes les situations juridiques durables et même des normes des règles du Droit. Des auteurs allemands, Gerber, Laband, Jellinek, pour faire entrer de force la « réglementation » dans le système du droit subjectif, imaginèrent de ramener les règles du droit à des volontés subjectives de la personne Etat.

En ce qui concernait les règles légales, la conception n'était pas nouvelle : Rousseau avait déjà défini la loi comme étant l'expression de la volonté générale, laquelle paraît bien, dans sa pensée, avoir signifié la volonté de la personne Etat. Mais cette conception était restée dans le domaine de la philosophie politique et c'était une imprudence à des juristes de la transporter dans le domaine du droit en la généralisant. Si les lois et les règlements élaborés par des organes de l'Etat pouvaient, à la rigueur, être considérés comme des volontés conscientes de celui-ci, ou, tout au moins, comme des volontés du législateur ou du gouvernement, en revanche, il était bien impossible de rattacher à la volonté de l'Etat les règles coutumières, qui ne sont l'œuvre d'aucun organe étatique, et dont beaucoup sont antérieures à l'âge de l'Etat moderne. Sans doute, au milieu du dix-neuvième siècle, l'âge de la coutume pouvait sembler révolu ; en France, elle avait été abolie comme source du droit par le code civil, en Allemagne, elle paraissait condamnée, mais c'était une illusion, en Allemagne même elle allait faire un retour offensif lors de la rédaction du nouveau code civil et, dans tous les pays Anglo-Saxons, sous le nom de *common-law*, la coutume générale demeurait extrêmement vivante. La ten-

tative d'accaparement de toute la réglementation par le droit subjectif devait donc échouer.

Il y avait un autre écueil. L'Etat n'a pas toujours existé, c'est une formation politique de fin de civilisation ; les sociétés humaines ont vécu bien plus longtemps sous le régime des clans, des tribus, des seigneuries féodales que sous le régime d'Etat. Avec ces formations primaires, ou bien le droit était coutumier, ou bien il émanait du pouvoir du chef, en aucun cas, il n'était l'expression de la volonté de personnes morales qui n'existaient pas. Fallait-il aller jusqu'à dire que le droit du clan ou le droit tribal ou le droit seigneurial n'étaient pas du droit véritable ou, plus simplement, qu'avant l'avènement de l'Etat la règle de droit n'existait sous aucune forme ?

C'est même jusqu'à l'avènement de la personnalité morale de l'Etat que la règle de droit n'eût pas existé, puisqu'elle devait être une volonté subjective de celle-ci. Or, les Etats passent généralement par une longue période de formation politique avant que n'apparaisse leur personnalité juridique ; pendant cette longue période, le droit de l'Etat lui-même n'eût pas existé. Cette conséquence ne fit pas reculer Jellinek qui déclara : « la naissance, la vie et la mort des Etats ne relèvent que de l'histoire », c'est-à-dire, tout ce qui n'est pas manifestation de volonté de la personne morale Etat ne relève pas du Droit.

L'offensive dirigée contre la réglementation devait d'autant plus se retourner contre le système subjectiviste que celui-ci cachait plus d'une faiblesse. Il prétendait assurer la continuité des situations juridiques en les faisant soutenir par les personnes juridiques, or il n'avait pas une bonne théorie de la personnalité. Il faisait un effort pour échapper à la doctrine de la fiction en ce qui concernait les personnes corporatives, mais, en donnant à toute personnalité le *substratum* de la puissance de volonté (*Willensmacht*), d'abord, il n'en expliquait pas d'une façon convaincante la continuité, car la puissance de volonté peut être entendue comme discontinue, ensuite, il tombait dans le piège d'une objection dirimante ; il ne pouvait justifier la personnalité reconnue à *l'infans* et au fou, qui n'ont pas de volonté raisonnable.

La critique avait beau jeu et une réaction était inévitable qui allait être la revanche de l'objectif. Par une sorte de logique des choses, le nouveau système allait prendre pied dans cette « réglementation » si maladroitement annexée au droit subjectif. Ce fut le système de la règle de droit objective de Léon Duguit.

La thèse nouvelle fut aussi absolue que celle à laquelle elle s'opposait. Ce fut le tout à l'objectif dressé contre le tout au subjectif. La règle de droit, considérée comme chose existant en soi, devint le support de toute existence juridique, à la place de la personne juridique niée et rejetée comme un concept sans valeur, non seulement en ce qui concerne les institutions corporatives, mais même en ce qui concerne les individus ; il n'y eut plus de centre subjectif de droits subjectifs, toute vertu juridique fut concentrée en la règle de droit ; les actes des hommes ne purent produire d'effet de droit que par leur conformité à la règle ; l'application de la règle de droit ne produit, d'ailleurs, en principe, que des situations juridiques objectives, sauf lorsqu'elle-même admet l'intervention d'actes individuels qui, avec sa permission, engendrent de brèves situations subjectives ; la masse des situations objectives, par leur nombre et par leur durée, l'emporte de beaucoup en importance sur celle des situations subjectives et des droits subjectifs qui en naissent.

Ce système du droit objectif n'était pas venu seul, il avait suivi le flot propice du système sociologique de Durkheim qui, lui aussi, plaçait l'objectif au-dessus de tout en établissant le milieu social au-dessus des consciences individuelles ; la parenté est évidente ; la règle de droit n'était elle-même qu'un produit du milieu social, une règle acceptée comme obligatoire par « la masse des consciences », la masse des consciences assumait la direction du droit à la place de la conscience individuelle.

Le système est, d'ailleurs, inacceptable parce qu'il dépasse le but. Il ne se borne pas à faire de la règle de droit un élément de continuité pour les institutions sociales, il prétend en faire l'élément formateur ; or, s'il est vrai que les règles de droit sont, pour les institutions, un élément de conservation et de durée, on ne saurait en conclure qu'elles soient l'agent de leur création. C'est

là tout le problème : il s'agit de savoir où se trouve, dans la société, le pouvoir créateur ; si ce sont les règles du droit qui créent les institutions ou si ce ne sont pas plutôt les institutions qui engendrent les règles du droit, grâce au pouvoir de gouvernement qu'elles contiennent. C'est sur cette question de l'initiative et de la création que le système de la règle de droit objective vient échouer ; admettre la création des institutions sociales par la règle de droit serait admettre leur création par le milieu social, qui est censé créer la règle de droit elle-même. C'est là une contre-vérité par trop évidente ; le milieu social n'a qu'une force d'inertie qui se traduit par un pouvoir de renforcement des initiatives individuelles quand il les adopte ou, au contraire, d'inhibition et de réaction quand il les réproouve, mais il n'a par lui-même aucune initiative ni aucun pouvoir de création ; il est impossible qu'il sorte de lui une règle de droit créatrice qui, par hypothèse, serait antérieure à ce qu'il s'agirait de créer.

Ajoutons, d'ailleurs, que le milieu social fût-il doué d'un pouvoir créateur, la règle de droit serait un déplorable instrument de création, parce que c'est un principe de limitation qu'il y a en elle. Les règles du droit sont des limites transactionnelles imposées aux prétentions des pouvoirs individuels et à celles des pouvoirs des institutions ; ce sont des règlements anticipés de conflits. Les définitions révolutionnaires font nettement apparaître ce caractère : « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits, ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » (Déclaration des droits, article 4). Ainsi le rôle du législateur est celui d'un *agrimensor* qui pose des bornes entre des champs d'activité ; les lois organiques des libertés individuelles, la loi sur la presse, la loi sur les associations, les lois sur la liberté de l'enseignement, toutes les lois civiles sur la liberté des contrats ou sur le libre usage de la propriété individuelle, même dans celles de leurs dispositions qui paraissent constructives, ne sont en réalité que des bornes et des limites. De là, la maxime traditionnelle de l'ordre individualiste que « tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis », ou mieux, que « tout ce qui n'est pas

défini par la loi, et qui est œuvre de volonté individuelle, est valable juridiquement » (Déclaration des droits, articles 4 et 5).

Nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur ces idées fondamentales, nous en avons assez dit pour le moment. On saisit tout ce que le système de la règle de droit contient de dangereuses contre-vérités : il faudrait désormais poser le principe inverse de celui sur lequel a toujours reposé l'ordre individualiste et dire : « tout ce qui n'est pas permis par la règle de droit ou tout ce qui n'est pas conforme à une règle de droit préexistante est inefficace juridiquement ». Outre le caractère nettement anti-individualiste d'un pareil principe, il convient de remarquer son infécondité ; toutes les créations nouvelles de la pratique sociale resteraient en dehors du droit pendant un nombre indéterminé d'années parce que, n'étant plus conformes à la règle de droit ancienne, et n'étant pas davantage conformes à une règle de droit nouvelle qui ne naîtra que lorsque le milieu social se sera ému, elles resteraient entre deux selles.

On touche du doigt l'erreur fondamentale de toute cette construction : elle consiste à prendre la réaction pour l'action et la durée pour la création ; ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action ; les éléments objectifs, la règle de droit, le milieu social, l'ordre public, ne sont que des éléments de réaction, de durée et de continuité ; attribuer aux uns le rôle des autres, c'est mettre la maison à l'envers.

Il faut renvoyer dos à dos le système du tout au subjectif et celui du tout à l'objectif, l'un a pris l'action pour la durée et l'autre la durée pour l'action. D'ailleurs, par une aventure assez plaisante, tous les deux ont été conduits à reléguer dans l'histoire des éléments importants qu'ils ne savaient comment faire entrer dans leur construction juridique. Le système subjectiviste a déclaré que la naissance des États n'appartient qu'à l'histoire, ce qui est retrancher du Droit l'opération de leur fondation ; le système objectiviste, de son côté, est conduit à admettre que la formation des règles du Droit n'appartient qu'à l'histoire, puisque la règle n'a rien de juridique jusqu'à ce qu'elle soit acceptée comme obligatoire par la masse des consciences, ce qui demande du temps.

Des deux côtés, l'opération de fondation est laissée pour compte, aussi bien celle de la fondation des Etats que celle de la fondation des règles de droit ; on relègue ainsi hors du droit les fondements du Droit, car, d'une part, nous l'avons déjà observé, les fondements ne sont que des fondations continuées, et d'autre part, on admettra bien que le fondement de l'Etat et celui de la règle de Droit sont des fondements du Droit.

En vertu de la logique qui gouverne les mouvements d'idées, il était naturel que la théorie de l'institution et de la fondation, qui succède historiquement aux systèmes subjectiviste et objectiviste, prît pied dans la matière de la fondation des institutions, que les deux systèmes antagonistes avaient également sacrifiée ; son objet essentiel est de démontrer que la fondation des institutions présente un caractère juridique et qu'à ce point de vue les fondements de la durée juridique sont eux-mêmes juridiques. Elle a, d'ailleurs, profité de la querelle du subjectif et de l'objectif : elle admet le dualisme de ces états, car elle voit, dans cette opposition, moins des éléments tranchés que des états différents, par lesquels peuvent passer, suivant les moments, soit une institution corporative, soit une règle de droit.

\*  
\* \*

Les grandes lignes de cette nouvelle théorie sont les suivantes : une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures.

Il y a deux types d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Dans les premières, qui forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués (Etats, associations, syndicats, etc.), le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée de l'œuvre : après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le

sujet de la personne morale qui se dégage dans le corps constitué.

Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut appeler des institutions-choses, l'élément du pouvoir organisé et des manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée ; la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type ; elle est une institution parce qu'en tant qu'idée elle se propage et vit dans le milieu social, mais, visiblement, elle n'engendre pas une corporation qui lui soit propre ; elle vit dans le corps social, par exemple dans l'État, en empruntant à celui-ci son pouvoir de sanction et en profitant des manifestations de communion qui se produisent en lui. Elle ne peut pas engendrer de corporation parce qu'elle n'est pas un principe d'action ou d'entreprise, mais, au contraire, un principe de limitation.

Les institutions naissent, vivent et meurent juridiquement ; elles naissent par des opérations de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique en se continuant ; elles vivent d'une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d'administration répétées, et, d'ailleurs, liées par des procédures ; enfin, elles meurent par des opérations juridiques de dissolution ou d'abrogation. Ainsi, elles occupent juridiquement la durée et leur chaîne solide se croise avec la trame plus légère des relations juridiques passagères.

Nous étudierons, seulement, les institutions-personnes ou institutions corporatives, nous analyserons leurs éléments et observerons leur vie. On pourrait faire la même étude pour les institutions-choses, particulièrement pour les règles de droit. L'espace nous manquerait pour ce second exposé ; nous nous bornerons à signaler, chemin faisant, les différences essentielles qui les séparent des institutions corporatives.

## I

Les éléments de toute institution corporative sont, nous le savons, au nombre de trois : 1<sup>o</sup> l'idée de l'œuvre

à réaliser dans un groupe social ; 2° le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation ; 3° les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée et de sa réalisation.

Rappelons aussi que, pour nos institutions, il se produit un phénomène d'incorporation, c'est-à-dire d'intériorisation de l'élément pouvoir organisé et de l'élément manifestations de communion des membres du groupe, dans le cadre de l'idée de l'œuvre à réaliser, et que cette incorporation conduit à la personnification. Elle y conduit d'autant plus aisément qu'en réalité le *corpus*, qui résulte de l'incorporation, est lui-même déjà un corps très spiritualisé ; le groupe des membres y est absorbé dans l'idée de l'œuvre, les organes y sont absorbés dans un pouvoir de réalisation, les manifestations de communion sont des manifestations psychiques. Sous cet aspect, tous ces éléments sont plus spirituels que matériels, et ce corps est de nature psycho-physique.

I. L'élément le plus important de toute institution corporative est celui de l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupement social ou au profit de ce groupement. Tout corps constitué est pour la réalisation d'une œuvre ou d'une entreprise. Une société anonyme est la mise en action d'une affaire, c'est-à-dire d'une entreprise de spéculation ; un hôpital est un établissement constitué pour la réalisation d'une idée charitable ; un Etat est un corps constitué pour la réalisation d'un certain nombre d'idées, dont les plus accessibles sont ramassées dans la formule suivante : « protectorat d'une société civile nationale, par une puissance publique à ressort territorial, mais séparée de la propriété des terres, et laissant ainsi une grande marge de liberté pour les sujets ».

Il ne faut pas confondre l'idée de l'œuvre à réaliser qui mérite le nom « d'idée directrice de l'entreprise » avec la notion du but, ni avec celle de la fonction. L'idée de l'Etat, par exemple, est bien autre chose que le but de l'Etat ou la fonction de l'Etat.

Une première différence entre le but d'une entreprise et l'idée directrice de celle-ci, c'est que le but peut être considéré comme extérieur à l'entreprise, tandis que

l'idée directrice est intérieure à celle-ci. Une seconde différence, liée à la première, est que, dans l'idée directrice, il y a un élément de plan d'action et d'organisation en vue de l'action qui dépasse singulièrement la notion du but. Quand on dit de l'idée de l'Etat qu'elle est celle du protectorat de la société civile nationale, l'idée du protectorat éveille celle d'une certaine organisation et d'un certain programme d'action ; si l'on parlait du but de l'Etat, on dirait qu'il est la protection de la société civile nationale, ce qui n'éveillerait plus que l'idée d'un résultat ; la différence entre le programme d'action et le résultat traduit bien celle qui existe entre l'idée directrice et le but. Il ne serait même pas exact d'assimiler l'idée directrice avec l'idée du « but à atteindre », car la première exprime à la fois le but et les moyens à employer pour l'atteindre, tandis que la seule idée du but ne vise pas les moyens.

Il ne faut pas non plus confondre l'idée de l'œuvre à réaliser par une institution avec la fonction de cette institution. L'idée de l'Etat dépasse singulièrement la notion des fonctions de l'Etat. La fonction n'est que la part déjà réalisée ou, du moins, déjà déterminée de l'entreprise ; il subsiste dans l'idée directrice de celle-ci une part d'indéterminé et de virtuel qui porte au delà de la fonction. La séparation des deux domaines est frappante dans l'Etat ; il y a le domaine de la fonction qui est celui de l'administration et du train déterminé des services, il y a aussi le domaine de l'idée directrice qui est celui du gouvernement politique, lequel travaille dans l'indéterminé. Et c'est un fait que le gouvernement politique passionne les citoyens bien plus que la marche de l'administration, de telle sorte que ce qu'il y a d'indéterminé dans l'idée directrice a plus d'action sur les esprits que ce qui est déterminé sous forme de fonction.

L'idée directrice des institutions corporatives autres que l'Etat ne saurait non plus être ramenée à celle de fonction déterminée. Notre droit positif a eu, pendant longtemps, l'illusion de croire possible cette réduction ; le droit administratif a essayé de parquer dans une spécialité officielle les établissements religieux et charitables en ce qui concerne l'acceptation des libéralités avec charges ; on refusait à une fabrique d'église l'au-

torisation d'accepter une libéralité à charge d'aumônes, à un hôpital l'autorisation d'en accepter une à charge d'ouverture d'école, etc... Le droit commercial, de son côté, professait une sorte de spécialité des sociétés de commerce déterminée par leurs statuts et l'immutabilité de ces statuts ; lorsque les compagnies des grands réseaux créèrent des hôtels Terminus dans les gares, on se demanda si elles ne sortaient pas de leur spécialité.

Des idées plus larges ont prévalu, les hôtels Terminus sont restés ouverts ; la modification des statuts des sociétés a été largement admise ; la spécialité des établissements publics a été considérée comme une pure règle de police administrative, d'ailleurs discutable. Là encore, le caractère indéterminé de l'idée directrice l'a emporté sur la spécialité de la fonction déterminée. Les Anglais, quant à eux, ont complètement écarté la spécialité fonctionnelle pour leurs sociétés de commerce, toute société a vocation pour entreprendre n'importe quelle espèce de spéculation commerciale, parce que son idée directrice est la spéculation.

L'idée directrice de l'œuvre, qui dépasse ainsi les notions de but et de fonction, serait plus justement identifiée avec la notion d'objet. L'idée de l'entreprise est l'objet de l'entreprise, car l'entreprise a pour objet de réaliser l'idée. Elle est si bien l'objet de l'entreprise que c'est par elle et en elle que l'entreprise va s'objectiver et acquérir une individualité sociale. C'est l'idée de l'entreprise, en effet, qui, en se propageant dans les mémoires d'un nombre indéterminé d'individus, va vivre dans leur subconscient d'une vie objective, la *Banque de France*, la *Ville de Paris*, l'*Etat* lui-même.

L'idée se créera des adhérents plus proches dans le groupe des gens intéressés à la réalisation de l'entreprise parce qu'ils seront actionnaires ou sujets ; même dans ce groupe plus immédiat des intéressés, elle sera encore d'ordinaire à l'état objectif dans le subconscient. Sans doute, elle passera par intervalles à l'état subjectif dans des manifestations de volonté conscientes, mais ce sera, en apparence du moins, d'une façon discontinue, tandis que la hantise de l'idée objective, dans le subconscient de la mémoire, sera continue.

Il n'est pas douteux que l'idée objective ne sera pas classée dans toutes les mémoires avec la même inter-

prétation. Il faut distinguer soigneusement l'idée, envisagée en elle-même, et les concepts subjectifs par l'intermédiaire desquels elle est perçue par les esprits. Chaque esprit réagit sur l'idée et s'en fait un concept. Les thèmes éternels de la passion aux prises avec le devoir ou la raison ne sont pas traités par Racine comme ils l'avaient été par Sophocle ou Euripide ; une tragédie de Racine n'est ni jouée ni comprise au vingtième siècle de la même façon qu'au dix-septième siècle. Il en est de même de l'idéal de la justice, il a été conçu de bien des façons successives. On ne peut pas dire, cependant, qu'il n'y ait rien de persistant, de réel et d'objectif dans l'idée de la justice, pas plus que dans celle du devoir ou dans celle de l'amour.

Malgré la glose subjective dont l'enveloppent les concepts de chacun des adhérents, une idée d'œuvre qui se propage dans le milieu social possède une existence objective et c'est, d'ailleurs, cette réalité-là qui lui permet de passer d'un esprit à un autre et de se réfracter différemment dans chacun sans cependant se dissoudre et s'évanouir.

On doit se demander si cette nature objective de l'idée est originaire et foncière. Si l'idée était la création subjective de l'esprit d'un individu déterminé, on ne concevrait guère comment elle pourrait acquérir le caractère objectif qui lui permettrait de passer dans un autre esprit. Du moment que les idées passent d'un esprit à un autre, elles doivent avoir, dès le début, une nature objective. En réalité, il n'y a pas des créateurs d'idées, il y a seulement des trouveurs. Un trouveur, un poète inspiré rencontre une idée à la façon dont un mineur rencontre un diamant : les idées objectives existent d'avance dans le vaste monde, incorporées aux choses qui nous entourent ; dans des moments d'inspiration, nous les trouvons et les débarrassons de leur gangue.

Ces aperçus sur l'objectivité originaire et foncière des idées, sur lesquels nous n'insistons pas, ne doivent pas nous faire oublier l'étude du groupe humain qui, dans une institution corporative, est intéressé à la réussite de l'idée directrice de l'entreprise. Il n'y a pas d'institution corporative sans un groupe d'intéressés, dans l'Etat le groupe des sujets et des citoyens, dans le syn-

dicat le groupe des syndiqués, dans la société anonyme le groupe des actionnaires. Ce groupement peut être déterminé en partie par la contrainte d'un pouvoir, mais l'ascendant de l'idée de l'œuvre et l'intérêt que les membres ont à sa réalisation jouent un grand rôle en ce qu'ils expliquent ce que les adhésions ont de volontaire. Il s'agit ici d'adhérents qui courent un risque personnel dans la réalisation ou la non réalisation de l'entreprise.

Ce groupe des intéressés est, avec les organes du gouvernement, le porteur de l'idée de l'entreprise. En ce sens, on doit reconnaître que le groupe des membres de l'Etat est, en même temps, celui des sujets de l'idée de l'Etat et cette observation donne au mot « sujet » une grande profondeur de signification ; cela veut dire que chaque ressortissant porte en lui l'idée de l'Etat et qu'il est le sujet de cette idée, parce qu'il a les risques et la responsabilité de sa réussite. Le sujet d'un Etat est, en somme, comme un actionnaire de l'entreprise de l'Etat. Et c'est cette situation du sujet qui engendre à la longue sa qualité de citoyen, parce qu'étant exposé aux risques de l'entreprise, il est juste qu'il acquière, en retour, un droit de contrôle et de participation au gouvernement de celle-ci.

Par cette analyse des caractères du groupe des intéressés, nous rejoignons les idées qu'avait exposées Michoud dans sa *Théorie de la personnalité morale*, dès 1906, avec cette différence essentielle, cependant, que le groupe des intéressés n'est pas pour nous le seul porteur de l'idée de l'Etat, ou de l'idée de l'entreprise corporative, quelle qu'elle soit, qu'il y a aussi les organes de gouvernement avec leur pouvoir, ce qui, d'ailleurs, explique que l'idée de l'Etat ait à son service un pouvoir de gouvernement autonome qui s'impose aux citoyens eux-mêmes et auquel ils ne font que participer.

II. Le second élément de toute institution corporative est, en effet, un *pouvoir de gouvernement organisé* qui est pour la réalisation de l'idée de l'entreprise et à son service. C'est ce qu'on appelle couramment l'organisation de l'institution, mais il est essentiel d'interpréter l'organisation en un pouvoir organisé, parce que le pouvoir étant lui-même une forme de la volonté, les

organes n'étant plus envisagés que comme des pouvoirs de volonté, cela spiritualise l'élément humain de l'organisation.

Les bases de l'organisation du pouvoir de gouvernement sont elles-mêmes toutes spirituelles, elles se ramènent à deux principes, celui de la séparation des pouvoirs et celui du régime représentatif.

Toute séparation des pouvoirs est une séparation des compétences, choses spirituelles ; dans la séparation de l'Etat moderne, le pouvoir exécutif a la compétence intuitive de la décision exécutoire, le pouvoir délibérant la compétence discursive de la délibération et le pouvoir de suffrage celle de l'assentiment. Sans doute, ces compétences sont confiées à des organes humains, mais la meilleure preuve que les organes sont subordonnés aux compétences, c'est la pluralité des organes qui doivent se concerter entre eux pour exercer le même pouvoir ; pour l'exercice du pouvoir exécutif, le Président de la République et les ministres, pour l'exercice du pouvoir délibérant, les deux Chambres, pour celui du pouvoir de suffrage, les électeurs d'une circonscription.

C'est à cette séparation des pouvoirs, qui entraîne une séparation plus grande encore des organes, que le pouvoir doit de n'être pas une simple force, d'être, au contraire, un pouvoir de droit susceptible de créer du droit ; les séparations assurent la suprématie des compétences sur le pouvoir de domination vers lequel, sans cette précaution, les organes seraient portés.

Le principe du régime représentatif répond à un autre besoin. Il faut que le pouvoir de gouvernement d'une institution corporative agisse au nom du corps, que ses décisions puissent être considérées comme celles du corps lui-même ; un corps n'est rien sans ses organes et il ne veut que par eux, mais il faut que ceux-ci veuillent pour lui et non pas pour eux-mêmes. Ce difficile problème est résolu par le principe représentatif, qui, lui-même, repose tout entier sur l'idée de l'œuvre à réaliser. Cette idée directrice est supposée commune aux organes du gouvernement et aux membres du groupe. Toute la technique de l'organisation représentative consistera à assurer dans les faits la réalité de cette vision commune, d'une façon continue si c'est possible, tout au moins d'une façon périodique.

La subordination de la volonté dirigeante à l'idée de l'œuvre à réaliser peut se produire spontanément dans la conscience hautaine d'un prince absolu, comme dans la conscience assouplie d'un ministre soumis à l'élection populaire; l'élection n'est pas de l'essence du régime représentatif, mais elle est un élément naturel de sa technique, parce qu'elle paraît une garantie de la communauté de vue entre les gouvernants et les membres du corps.

Le pouvoir de gouvernement d'une institution n'observe pas toujours l'attitude de docilité et de conformisme que nous venons d'esquisser; l'histoire des Etats et même de quelques institutions privées enseigne que trop souvent les pouvoirs dirigeants se détournent de la préoccupation du bien commun pour obéir à des mobiles égoïstes; mais, à l'envisager de haut, cette histoire prouve deux choses: d'abord, que le pouvoir de gouvernement est une force d'action spontanée et non pas seulement l'appel d'une fonction à remplir, puisque trop souvent cette force d'action s'insurge contre sa fonction; ensuite, cette histoire révèle la puissance d'ascendant de l'idée de l'œuvre à réaliser, puisque lentement, mais sûrement et progressivement, même dans l'Etat, les passions fougueuses des gouvernants ont fini par s'assujettir à son service; sans doute, les mécanismes constitutionnels y ont aidé, mais ces mécanismes eux-mêmes, ou bien n'auraient pas été créés, ou bien n'auraient servi de rien, s'ils n'avaient pas été soutenus par un esprit public pénétré de l'idée de l'Etat.

La soumission volontaire à certaines idées directrices de la part des gouvernants ne saurait être mieux illustrée que par l'exemple de la soumission des chefs militaires au pouvoir civil dans les Etats modernes. Cette subordination de la force armée, si contraire à la nature des choses, n'aurait jamais pu être obtenue par de simples mécanismes constitutionnels. Elle est le résultat d'une mentalité créée par l'ascendant d'une idée, celle du régime civil liée à celle de la paix, considérée comme constituant l'état normal. Déjà en 1896, dans un chapitre de notre *Science Sociale Traditionnelle*, nous signalions cet ascendant pris par l'idée directrice sur le pouvoir, nous l'appelions le *phénomène de l'institution* et

nous insistions sur le caractère de bonification morale des organisations fondées sur le pouvoir, que cette notion présente.

III. Il nous reste à mettre en ligne un dernier élément de l'institution corporative qui est *la manifestation de communion* des membres du groupe et aussi des organes de gouvernement, soit en l'idée de l'œuvre à réaliser, soit en celle des moyens à employer. Ce phénomène de communion, auquel nous avons fait allusion déjà et grâce auquel l'idée directrice de l'œuvre passe momentanément à l'état subjectif, doit être étudié dans sa réalité phénoménale.

Là où il est le plus saisissable, c'est dans les grands mouvements populaires, qui accompagnent la fondation d'institutions politiques et sociales nouvelles ; la fondation des communes au moyen âge a été accompagnée de grandes crises morales qui soulevaient les populations au cri de « communion, communion » ; la formation des syndicats, à la fin du dix-neuvième siècle, a provoqué dans la classe ouvrière le même mouvement d'union ; il n'est pas douteux que la formation des Etats, à l'époque où elle a pris le caractère d'une contagion, par exemple, vers l'an mille avant Jésus-Christ, n'ait provoqué un mouvement analogue ; nous en avons un écho dans le livre de Samuel, au passage où les Israélites « demandent un roi ».

Avec moins d'envergure, les mouvements de communion se manifestent au moment de la fondation des institutions particulières ; reproduisant un type connu, presque toujours la fondation est précédée de réunions dans lesquelles, d'une façon plus ou moins chaleureuse, elle est acclamée en principe.

Le fonctionnement des institutions entraîne des communions de même espèce, surtout avec le régime des assemblées. Sans doute, toutes les séances d'assemblées ne présentent pas des scènes aussi émouvantes que le serment du jeu de paume ou la nuit du 4 août, toutes ne voient pas non plus se réaliser l'union sacrée, mais, d'une façon plus froide, la formation d'une majorité dans un vote demande toujours un état d'union des volontés.

Ces mouvements de communion ne s'analysent pas

du tout en des manifestations d'une conscience collective ; ce sont les consciences individuelles qui s'émeuvent au contact d'une idée commune et qui, par un phénomène d'interpsychologie, ont le sentiment de leur émotion commune. Le centre de ce mouvement c'est l'idée qui se réfracte en des concepts similaires en des milliers de consciences et y provoque des tendances à l'action. L'idée passe momentanément à l'état subjectif en des milliers de consciences individuelles qui s'unissent en elle ; les consciences individuelles invoquent son nom et elle descend au milieu d'elles, appropriée par elles à l'état subjectif. Voilà l'exacte réalité.

Analyser le phénomène en l'apparition d'une conscience collective, ainsi que le fait l'école de Durkheim, c'est rabaisser cette réalité, car la conscience collective serait liée à la formation d'une opinion moyenne dans le milieu social, c'est-à-dire dans la masse des esprits. Au contraire, la réfraction d'une même idée directrice dans une pluralité de consciences individuelles réserve le rôle dirigeant des consciences les plus hautes dans les conséquences à tirer pour l'action. Entre les deux analyses, il y a la différence qui sépare l'explication des progrès de la civilisation par l'action des élites et l'explication par la seule évolution du milieu. La communion en l'idée, c'est Ariel, la conscience collective, c'est Caliban.

La communion en l'idée entraîne l'entente des volontés sous la direction d'un chef ; elle ne comporte pas seulement l'assentiment intellectuel, mais la volonté d'agir et le commencement de geste qui, par un risque couru, engage tout l'être dans la cause commune ; en un mot, c'est une communion d'action.

Ces ententes prennent l'importance d'une opération juridique spéciale que nous étudierons au paragraphe suivant et qui est l'opération de fondation.

IV. Les institutions corporatives subissent le phénomène de l'incorporation, qui les conduit à celui de la personification. Ces deux phénomènes sont, eux-mêmes, sous la dépendance d'un mouvement d'intériorisation qui fait passer dans le cadre de l'idée directive de l'entreprise, d'abord, les organes de gouvernement avec leur pouvoir de volonté, ensuite, les manifestations de

communauté des membres du groupe. Ce *triple mouvement d'intériorisation, d'incorporation et de personnification* est d'une importance capitale pour la théorie de la personnalité. Si sa réalité est constatée, elle entraînera la réalité de la personnalité morale, base de la personnalité juridique, car il sera établi que la tendance à la personnification est naturelle. Cela sera établi aussi bien pour les personnes individuelles que pour les personnes corporatives, car, il ne faut pas se le dissimuler, actuellement, la personnalité morale individuelle est aussi contestée que la corporative.

Cet état de la question nous autorisera à user d'une méthode comparative nouvelle, c'est-à-dire à confronter la psychologie corporative et la psychologie individuelle, à tirer argument de ce que nous révèle l'introspection dans la psychologie individuelle pour aider notre analyse de la psychologie corporative, et, inversement, à utiliser les constatations de la psychologie corporative pour éclairer les résultats de l'introspection individuelle.

La justification de cette méthode comparative repose sur le postulat que la société est œuvre psychologique, que dans cette œuvre psychologique il y a action et réaction réciproques de l'esprit humain et de certaines idées objectives, bases des institutions ; que la personnalité corporative est une création sociale faite, dans une large mesure, à l'image de la personnalité humaine, mais que, comme elle s'est faite d'une façon subconsciente, elle peut révéler des ressorts de la personnalité humaine que l'introspection consciente ne révèle pas ; que, d'ailleurs, dans la personnalité corporative, les détails d'organisation étant fortement agrandis et comme projetés sur un écran, l'observation en est rendue plus aisée.

A. Nous établirons, d'abord, à l'aide de notre méthode comparative, la réalité du triple mouvement de l'intériorisation, de l'incorporation et de la personnification, par conséquent, la réalité de la personnalité morale au point de vue de sa formation naturelle. Puis nous aborderons un autre aspect de la question, à savoir jusqu'à quel point et de quelle façon l'institution incorporée et personnifiée assure sa propre durée et sa propre continuité : car, sans doute, l'incorporation et la personnification sont pour obtenir ces résultats.

Mais une observation préalable s'impose : la psychologie comparée de la personnalité corporative et de la personnalité humaine ne peut être établie que si la personnalité humaine peut elle-même, dans une certaine mesure, être assimilée à une institution corporative. Cette condition préalable, pour surprenante qu'elle paraisse au premier abord, répond à des réalités assez nombreuses et assez importantes pour être admise après réflexion.

Il se peut que l'être humain consiste essentiellement en « une idée d'œuvre à réaliser, servie par un pouvoir de gouvernement et provoquant des manifestations de communion dans un groupement d'êtres élémentaires ».

Que l'être humain, comme d'ailleurs tout être créé, soit essentiellement une idée d'œuvre à réaliser, cela est en correspondance directe avec le problème de la destinée, et, si ce problème se trouve actuellement dans le plan religieux et moral plutôt que dans le plan philosophique ou scientifique, cela n'enlève rien à son importance pour l'homme. Dans le même ordre de considérations, si c'est l'âme humaine que l'idée de l'œuvre à réaliser doit signifier, cette traduction exprime bien le principe formateur qu'il y a dans l'âme, ainsi que le caractère éthique de ce principe. Enfin, l'âme humaine apparaît ainsi comme une réalité objective, ayant la même existence positive qu'a l'idée de l'œuvre à réaliser dans une institution corporative.

Que l'âme humaine, interprétée en une idée d'œuvre à réaliser, possède à son service un pouvoir de volonté qui soit pour elle un organe de gouvernement pour la réalisation de sa destinée, c'est ce que la psychologie positive et la psycho-physique seraient mal venues à contester, elles pour qui le corps humain, avec son appareil nerveux et cérébral, constitue un organisme psycho-physique.

Sans doute, la psychologie positive n'en est pas encore à placer les manifestations psychiques du cerveau sous la dépendance d'une idée directrice qui serait une âme objective ; elle s'attarde à la conception purement verbale d'une synthèse mentale d'états de conscience élémentaires ; mais, d'une part, cette conception d'une synthèse mentale qui ne serait constituée autour d'aucun axe permanent est bien incapable d'expliquer

la continuité de la personnalité humaine, d'autre part, c'est ici le lieu d'invoquer l'analogie tirée de la personnalité corporative dans laquelle se retrouve une idée directrice objective et réelle.

Sans doute, c'est interpréter en un sens vitaliste la célèbre « idée directrice » de Claude Bernard, et cela retentit jusque sur la biologie, mais, justement, le vitalisme a encore en biologie des partisans et puis le fait est là : projetée dans le plan social, dans la réalité du phénomène corporatif, l'idée directrice apparaît objective, c'est elle qui agit sur les adhérents, c'est sa mystique qui entraîne les foules.

Le plus difficile à admettre sera, sans doute, le troisième point, à savoir que l'être humain, étant une institution corporative et par conséquent contenant un groupe d'individualités élémentaires, des manifestations de communion se produiront en lui, dans le cadre de l'idée directrice, et que ces manifestations de communion correspondront à ce que nous appelons les états de conscience.

Observons, d'abord, le fait du groupement des psychismes élémentaires dans l'être humain, nous verrons ensuite si les états de conscience peuvent s'analyser en des crises de communion de ces psychismes élémentaires en une idée directrice.

Si nous limitons l'âme humaine, en tant que distincte du corps, à l'élément de l'idée directrice, si nous concédons que le corps est une organisation psycho-physique et, par conséquent, que les manifestations psychiques phénoménales relèvent de lui, rien n'empêche d'admettre que le système de ces manifestations psychiques soit de la nature des groupements. Cela est d'accord avec la donnée biologique de l'association des cellules nerveuses, qui, remarquons-le, dans l'être vivant sont toutes filles de la même mère ; cela est d'accord aussi avec la donnée psycho-physique de la pluralité des états de conscience et de leur synthèse, réserve faite du principe vitaliste de l'idée directrice. Comme la conduite des groupements ne va pas sans des tiraillements, et sans des manifestations contradictoires, l'hypothèse concorde aussi avec les constatations de l'introspection psychologique en ce qui concerne les conflits de la conscience, les luttes intérieures contre les instincts et

les passions, les délibérations internes dans lesquelles il semble se dessiner une majorité et une minorité opposante, les revirements de la conscience, les conversions, etc... La psychologie avait d'abord situé ces mouvements contradictoires dans une âme qui, par ailleurs, semblait dénuée de complexité ; il paraît certes plus naturel de les situer dans les organes psycho-physiques de cette même âme.

Sans doute, l'âme, idée directrice, n'y reste pas étrangère, elle en subit les contre-coups, c'est au milieu de ces rumeurs qu'elle passe à l'état subjectif et réalise sa destinée, mais il n'est pas indifférent de savoir que son champ d'épreuve est psycho-physique et sous la dépendance du corps auquel elle est liée.

Ce corps étant essentiellement un groupement de psychismes élémentaires organisé autour d'une idée directrice, nous admettons que le fait de conscience consiste en une crise de communion entre tous les psychismes élémentaires du corps, au cours de laquelle l'idée directrice elle-même passe à l'état subjectif.

Cette hypothèse présente à la vérité un danger, elle semblerait lier l'existence du moi à celle de la communion des psychismes élémentaires du corps ; mais le danger n'est qu'apparent, ce lien n'est pas rigoureux puisque le sommeil interrompt des états de conscience sans interrompre la continuité du moi.

Nous retrouverons, d'ailleurs, plus loin le problème de la continuité subjective (lettre B).

Ainsi, la personnalité individuelle peut être équipée en personnalité corporative et il nous est loisible de suivre, dans les deux à la fois, grâce à notre méthode comparative, les progrès du phénomène de l'intériorisation dans ses deux stades de l'incorporation et de la personnification.

Comme type de personnalité corporative nous prendrons celle de l'État.

L'État est incorporé lorsqu'il est parvenu au stade du gouvernement représentatif ; alors, un premier travail d'intériorisation est accompli en ce sens que les organes du gouvernement, avec leurs pouvoirs de volonté, agissent pour le bien commun dans le cadre de l'idée directrice de l'État. A ce stade, l'État possède une individualité objective, il devient pour le droit

international une Puissance d'autant plus caractérisée que la nation fait corps avec son gouvernement ; non pas qu'elle manifeste de communion active avec lui, mais elle se laisse passivement conduire par lui. Un gouvernement représentatif de cette espèce peut ne comporter aucune liberté politique, c'est-à-dire aucune participation des citoyens au gouvernement par le mode électoral ou autrement, il peut être aristocratique, il sera représentatif, pourvu qu'il se tienne dans les directives de l'idée de l'Etat.

L'Etat est personnifié lorsqu'il est parvenu au stade de la liberté politique avec participation des citoyens au gouvernement ; alors, un second travail d'intériorisation s'est accompli en ce sens que, dans le cadre de l'idée directrice, se produisent maintenant des manifestations de communion des membres du groupe qui se mêlent aux décisions des organes du gouvernement représentatif (élections, délibérations d'assemblées, référendums, etc.). La personnification se produit parce que les manifestations de communion des membres du groupe sont des crises subjectives dans lesquelles l'idée directrice de l'Etat passe elle-même à l'état subjectif dans les consciences des sujets (cf. mon travail *Liberté politique et personnalité morale de l'Etat. Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> appendice, 1923).

Il convient de noter que le stade de la personnification ne détruit pas les résultats de celui de l'incorporation ; la personnalité morale se surajoute à l'individualité objective du corps, mais celle-ci ne disparaît pas. Par exemple, le pouvoir de gouvernement au stade de l'incorporation est minoritaire, celui du stade de la personnification est majoritaire, le premier est fortement exécutif, le second est fortement délibérant ; mais, en réalité, le pouvoir majoritaire et délibérant, qui marque à la fois l'avènement de la liberté politique et de la personnalité morale, se combinera avec le pouvoir minoritaire et exécutif qui reste l'apanage de l'individualité corporative.

Transportée dans la psychologie individuelle, la distinction des deux stades, des deux états et des deux modes de gouvernement que nous venons d'analyser n'est pas sans projeter quelque lumière sur notre vie intérieure. Il y a, de toute évidence, en nous, un gou-

vernement *de conscience discursive* et un gouvernement *de conscience intuitive* ; le gouvernement discursif nous dirige avec tout le fracas de la publicité dans l'état de veille, le gouvernement intuitif nous dirige sans bruit pendant notre sommeil et, d'une façon souterraine, dans l'état de veille lui-même.

Notre gouvernement discursif est celui de la personne morale, il est délibérant et majoritaire, il admet de la liberté politique interne, c'est-à-dire la participation des psychismes élémentaires au gouvernement. Cela sans doute dans une pensée d'équilibre et de contrôle d'un autre pouvoir de gouvernement. Quel est donc cet autre pouvoir de gouvernement ayant besoin d'être contrôlé ?

C'est ici que l'analogie corporative va devenir précieuse. Ce pouvoir intuitif qu'il s'agit de contrôler n'est pas d'ordre inférieur, ce n'est pas celui de l'instinct ; c'est, au contraire, un pouvoir supérieur et très noble, d'une très grande compétence et d'une très haute raison ; c'est le pouvoir minoritaire des meilleurs éléments psychiques de l'organisme, seulement ce conseil des Dix doit être contrôlé par la grande publicité de la conscience délibérante, parce que la raison elle-même a besoin d'être contrôlée, l'exécutif a besoin d'être empêché par un parlement, parfois les parlementaires ont besoin d'être empêchés par les huissiers de la Chambre.

C'est ce contrôle de la raison de l'élite par les psychismes élémentaires de la masse qui apporte la dernière touche à la responsabilité morale, suprême caractéristique de la personnalité.

B. La réalité du développement historique de l'Etat dans son mouvement d'incorporation et de personnification, avec les analogies que cette évolution révèle dans la structure des personnalités individuelles et des corporatives, suffiront sans doute à persuader que la personnification des groupements est un phénomène naturel et spontané ; mais le problème de la réalité des personnes morales n'est pas l'objet direct de nos préoccupations, cet objet direct est l'explication de la durée et de la continuité réalisées dans les institutions par les phénomènes d'incorporation et de groupement ; il est par là même l'explication de la formation des insti-

tutions elles-mêmes, car, en somme, pourquoi une idée d'œuvre ou d'entreprise, pour mieux se réaliser et se perpétuer, a-t-elle besoin de s'incarner dans une institution corporative plutôt que de rester à l'état libre dans un milieu social donné ?

La solution de ce problème fondamental ne peut être dégagée qu'en distinguant le stade de l'incorporation et celui de la personnification et en observant, dans chacun d'eux, la façon dont la continuité de l'action de l'idée directrice est obtenue.

1° Dans le *stade de l'incorporation*, il ne peut s'agir que d'une continuité purement objective de l'idée et de son action parce que, par hypothèse, nous admettons qu'il ne se produit encore aucune manifestation de communion intéressant tous les membres du groupe. De l'histoire si instructive de la formation coutumière de l'Etat, où nous voyons la période de l'incorporation se prolonger pendant des siècles avant que n'apparaisse une personnalité morale, il résulte que la continuité qui s'établit d'abord est celle d'un pouvoir minoritaire et qu'elle est très précaire.

En France, le pouvoir des premiers Capétiens était viager, les privilèges que le roi régnant avait consentis, c'est-à-dire les situations juridiques qu'il avait créées autour de son trône et qui ne demandaient qu'à durer, pouvaient être révoqués par son successeur et avaient besoin d'être confirmés par lui ; la pratique de l'association au trône, suivie pendant deux siècles, avait apporté un premier palliatif en ce que le prince associé du vivant de son père était obligé de confirmer les privilèges, tout au moins au profit des bénéficiaires qui avaient approuvé son association ; lorsque le principe de l'hérédité fut acquis et assura la transmission régulière du pouvoir, la continuité juridique des situations établies sur ce pouvoir ne fut pas pour cela assurée ; des confirmations restèrent nécessaires, aux changements de règne, et ne furent pas toujours accordées parce que le prince héritier se considérait comme absolument maître.

C'est alors que les légistes imaginèrent le principe de la légitimité, c'est-à-dire accréditèrent l'idée que la dévolution du pouvoir à la mort du roi ne s'opérait pas *jure successionis*, mais en vertu d'une loi fondamen-

tale du royaume ; ainsi le prince accédant au trône recevait son pouvoir de la loi avec toutes les charges dont il était régulièrement grevé et il ne pouvait se conduire envers les situations établies avec la même liberté que s'il avait été une sorte d'héritier propriétaire. Cette *lex regia* n'est ici qu'une forme prise par l'idée directrice de l'Etat, qui sert ainsi d'appui extérieur au pouvoir, mais inversement, ce long et persévérant travail des légistes pour obtenir la continuité du pouvoir et de l'action du pouvoir, à l'intérieur de l'institution du royaume, révèle assez l'importance de cette action du pouvoir organisé pour la réalisation de l'idée directrice de l'Etat et pour la continuité dans cette réalisation. C'est le pouvoir organisé seul qui peut créer des situations juridiques et lui seul peut les maintenir ; or, la réalisation sociale d'une idée d'œuvre ou d'entreprise ne peut être obtenue sans que soient créées et maintenues des situations juridiques en elle et autour d'elle. L'incorporation de l'idée directrice dans une institution lui assure donc, grâce à la continuité d'action du pouvoir organisé qui en découle, l'établissement et le maintien d'un ensemble de situations juridiques au milieu desquelles il lui est extrêmement avantageux de se mouvoir.

2° Le stade de la *personnification* ouvre de nouvelles perspectives en ce qui concerne la continuité de l'action de l'idée directrice, parce que cette idée passe à l'état subjectif à l'intérieur de l'institution. D'abord on peut se demander comment s'établit la continuité d'une action subjective de l'idée directrice, ensuite, quels sont les résultats de cette activité.

La continuité d'une action subjective de l'idée directrice à l'intérieur de l'institution corporative ne saurait être établie qu'en partant de la donnée des manifestations de communion des membres du groupe, que nous avons reconnu être des crises dans lesquelles l'idée directrice passait à l'état subjectif dans les volontés conscientes des membres ; mais, tout de suite, se dresse une objection qui paraît dirimante, les manifestations de communion des membres d'un groupement corporatif s'affirment très discontinues.

C'est un chapelet de manifestations sporadiques, périodiques tout au plus, une succession de consulta-

tions électorales, de délibérations d'assemblées, de réunions publiques. Ces moments, très brefs, sont séparés par de longs intervalles, éclairs rapides qui s'éteignent dans la nuit.

Il faudrait, cependant, pour que l'idée directrice devînt le sujet de la corporation personne morale, qu'elle pût être considérée comme étant à l'état subjectif d'une façon continue. Le sujet moral nous apparaît comme continu dans la personne individuelle, malgré que la psychologie positive analyse les états de conscience en unités discontinues, malgré aussi les interruptions de la conscience occasionnées par le sommeil et les syncopes. Il y a à trouver une explication qui permette de passer du phénoménisme discontinu des états de conscience à une continuité du sujet affirmée par notre sens intime.

Cette explication ne peut pas être tirée du fait que la série mobiliforme des états de conscience serait liée par l'idée directrice en tant qu'objective, car ce ne serait pas une continuité dans le subjectif. Mais elle peut être tirée de l'action du pouvoir inclus dans tous les actes de volonté consciente où l'idée directrice est passée à l'état subjectif; rétroagissant dans le passé comme il anticipe sur l'avenir, le pouvoir jette des ponts entre chacun des états de conscience, à la façon de ces soufflets qui, jetés entre les voitures, rétablissent la continuité trépidante d'un rapide.

Dans tout acte de volonté consciente, il y a un pouvoir inclus. En tout cas, il y en a dans les manifestations de communion des membres d'un groupement corporatif, soit que le pouvoir exécutif y intervienne, soit qu'un pouvoir délibérant majoritaire s'y dégage. L'action de ce pouvoir peut rétroagir en ce sens qu'elle peut régler les conséquences actuelles de situations créées dans le passé, elle peut anticiper sur l'avenir en ce sens qu'elle peut régler des situations qui se créeront dans le futur. La loi, œuvre subjective d'un pouvoir délibérant majoritaire, se définit une règle générale, en ce sens qu'elle règle l'avenir à perpétuité jusqu'à ce qu'elle soit abrogée ou modifiée.

À envisager cette élasticité du pouvoir qui prolonge l'effet d'une manifestation subjective de volonté jusqu'à ce qu'il rejoigne la manifestation suivante et qui,

par là, réalise une continuité subjective, on conçoit que les Allemands aient tenté de faire de la Puissance de volonté (*Willensmacht*) le sujet de la personne morale. Cependant leur thèse est erronée par ce que la Puissance de volonté malgré son élasticité n'assurerait pas la soudure des manifestations de volonté si elle n'était au service d'une idée directrice, car dans quelle direction assurerait-elle la continuité ? Il s'agit de la continuité d'une trajectoire et l'idée directrice seule peut, en se déterminant elle-même comme subjective, afin de s'insérer dans les actes de volonté, déterminer, par son propre dynamisme, la courbe de cette trajectoire. Le véritable sujet de la personne morale reste donc bien l'idée directrice de l'œuvre, dont le passage à l'état subjectif dans les consciences des membres du groupe est assuré, tant par les manifestations de communion, que par les projections des tentacules du pouvoir qui relie ces-elles entre elles, pouvoir dont une part est dans la volonté des organes, mais dont une part aussi est dans l'idée directrice elle-même (1-2).

Ainsi, au stade de la personnification, l'institution corporative surajoute à la continuité de l'idée à l'état objectif, déjà réalisée au stade de l'incorporation, la continuité de la même idée à l'état subjectif. Quel bénéfice l'idée directrice va-t-elle retirer de cette nouvelle forme de continuité ? Elle en retire, ce nous semble, un triple bénéfice : celui de pouvoir s'exprimer, celui de pouvoir s'obliger, celui de pouvoir être responsable.

a) L'idée directrice de toute entreprise tend à s'exprimer subjectivement ; elle s'exprime d'abord dans toute institution par des règles de droit disciplinaire ou statutaire que, pour ainsi dire, elle sécrète. Sans doute, ces règles de droit s'objectivent rapidement, mais, au moment de leur émission, elles sont bien réellement des

(1) Cette analyse de la continuité subjective de la personnalité corporative m'a été suggérée par un travail remarquable de M. Jacques Chevalier, professeur de philosophie à l'université de Grenoble, sur *le continu et le discontinu*, que je lui suis très reconnaissant de m'avoir communiqué et qui se trouve reproduit dans les mémoires de l'*Aristotelian Society*, supplementary volume IV, Londres, 1924, p. 170-190.

(2) Il me paraît maintenant qu'il y a un autre élément de continuité dans la conscience intuitive des membres de l'élite, conscience qui ne se produit pas par crises périodiques, mais qui est réellement continue (note de 1928).

volontés subjectives du législateur qui parle au nom de l'institution. Sans doute, aussi, et cela est plus grave, les règles de droit n'ont point pour objet direct d'exprimer le contenu positif de l'idée directrice de l'institution. Quelles sont les lois de l'Etat qui expriment de façon directe le contenu positif de l'idée de l'Etat ? Ainsi que nous l'avons déjà observé, les règles de droit sont essentiellement des limites, elles ne dessinent que les contours des choses, mais il arrive qu'indirectement, par le dessin des contours, le contenu positif soit cependant, dans une certaine mesure, déterminé. Cette conséquence se produit surtout en ce qui concerne les règles statutaires et constitutionnelles.

Mais les formes les plus hautes selon lesquelles l'idée directrice d'une institution tend à s'exprimer subjectivement en celle-ci ne sont pas proprement juridiques ; elles sont morales ou intellectuelles, ou, si elles deviennent juridiques, c'est en qualité de principes supérieurs du droit.

C'est ainsi, par exemple, que dans la crise révolutionnaire de la fin du dix-huitième siècle ont jailli en Amérique, puis en France, les *déclarations des droits* qui expriment le tréfond de l'idée de l'Etat moderne en ce qui concerne l'ordre individualiste que l'Etat a mission de protéger dans la société, et qui sont restées « les principes du droit public des Français ». Ainsi se définit progressivement l'essence en grande partie indéterminée de l'idée directrice de l'Etat.

Un exemple plus significatif encore peut être tiré de l'histoire de l'Eglise. L'idée chrétienne, lancée dans le monde pour le renouveler par la rédemption, contenait, même après le message du Christ, une grande part d'indétermination. Il est fort instructif d'examiner, dans l'œuvre de détermination progressive du contenu de l'idée et surtout dans le maintien de la continuité de l'idée au travers des déterminations successives, la part qui revient au fait que l'idée chrétienne s'est incorporée dans l'institution de l'Eglise chrétienne. C'est l'histoire de l'Eglise et du dogme ; ici, l'idée religieuse se détermine et s'exprime en des symboles, parce que le fond de toute idée religieuse est la foi. En quoi la continuité corporative de l'Eglise a-t-elle pu faciliter la continuité du développement du dogme dans le sens véritable de l'idée directrice ?

L'idée chrétienne, une fois lancée dans le monde, ne pouvait-elle pas y cheminer seule en liberté et à l'état de vérité objective ? Le malheur est que les idées objectives ne sont perçues par les hommes qu'au travers de concepts subjectifs, si bien que la Révélation, abandonnée à elle-même, menaçait de sombrer dans l'océan des interprétations subjectives et des hérésies. L'institution de l'Eglise, et les manifestations de communion qui se produisent de mille manières dans le sein de l'institution et qui sont réglées par le gouvernement de celle-ci, ont permis la détermination d'une interprétation subjective commune et officielle de la vérité révélée. C'est cette interprétation subjective officielle qui constitue le dogme et le symbole, elle n'épuise pas le contenu de l'idée objective puisqu'il subsiste des mystères, mais elle renferme la plus forte garantie de l'exacte approximation de ce contenu en même temps que de la continuité de son action.

Cela revient à dire qu'une action gouvernementale équilibrée par une communion de fidèles est une garantie de continuité, dans l'interprétation subjective de l'idée directrice, très supérieure à ce que serait celle de la libre interprétation individuelle.

b) En second lieu, la continuité subjective de l'idée permet à l'institution de s'obliger. Il serait hors de propos d'entrer ici dans des développements juridiques sur les conséquences de la capacité de s'obliger. Bornons-nous à constater que la personnalité subjective de l'Etat s'est affirmée à l'occasion de la dette publique et que la continuité de cette dette a pu ainsi être étendue jusqu'à la perpétuité, permettant d'établir, entre les générations successives, une impressionnante solidarité. Constatons aussi qu'à cette capacité de s'obliger a correspondu la faculté, pour l'Etat, d'utiliser les ressources énormes du crédit. Les mêmes bienfaits de la capacité de s'obliger se font sentir pour toutes les institutions corporatives personnifiées.

c) Enfin, la continuité subjective de l'idée et la personnalité morale font entrer l'institution corporative dans le domaine de la responsabilité subjective, qui est la contrepartie de la liberté. Il y aurait, là aussi, des développements juridiques à fournir, particulièrement sur l'application à l'Etat et aux institutions corpora-

tives des principes de la responsabilité pour faute. Malgré l'intérêt de ces développements, nous nous bornons à marquer le point, c'est-à-dire à constater que cette application existe.

Au total, la continuité subjective de la personnalité morale complète et enrichit singulièrement les effets de la continuité objective du corps constitué; la personification parachève l'incorporation; l'une et l'autre assurent d'une façon puissante la réalisation de l'idée objective dans le milieu social.

## II

Après l'anatomie des institutions corporatives, abordons leur physiologie, voyons-les vivre, observons leur naissance, leur existence et leur mort, et mettons en évidence leur réalité juridique en tous les moments.

I. La naissance des institutions corporatives se produit dans une opération de fondation.

Il y a lieu de distinguer les fondations par opération formelle et celles par opération coutumière; comme les éléments des opérations formelles sont plus apparents, mieux vaut s'attacher à celles-ci. Il y en a deux modalités, celle par volonté isolée d'un seul individu et celle par volonté commune de plusieurs individus; la première engendre des institutions de la catégorie des *établissements* (hôpitaux, hospices, etc.), dans lesquelles il n'y a point de groupe permanent de membres qui puissent perpétuer la fondation, et où cet élément est remplacé par celui d'un patrimoine affecté; la seconde engendre, d'ordinaire, des institutions de la catégorie des *corporations* ou *universités*, dans lesquelles subsiste un groupe permanent de membres perpétuant la fondation.

Nous n'aurons à nous occuper que des fondations par volonté commune, engendrant des institutions corporatives.

Le champ d'action des opérations de fondation est plus étendu qu'on ne le croit généralement, parce qu'il y a beaucoup de fondations masquées par d'autres opérations auxquelles elles sont mêlées. C'est ainsi que,

toutes les fois que d'un contrat, d'un pacte, d'un traité, résulte la création d'un corps constitué quelconque, il convient d'admettre qu'une opération de fondation s'est mêlée à l'opération contractuelle. Si la société de commerce par actions donne naissance à un corps constitué, c'est que ses statuts, malgré leur apparence contractuelle, contiennent une fondation, car le contrat par lui-même ne saurait engendrer que des obligations entre les associés, ainsi qu'il en est dans la société civile. Lorsque Waldeck-Rousseau déposa son projet de loi sur les associations, celles-ci devaient être de pures sociétés contractuelles sans aucun caractère corporatif, mais ce projet, en devenant la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, fut transformé en ce qu'il se glissa dans le contrat une opération de fondation. En matière internationale, des Etats sont créés par des traités, bien que ceux-ci soient des contrats, pour la même raison, parce qu'il se glisse dans le contrat une opération fondative de la part des Etats fondateurs. (Etats créés par les traités de paix de 1919 et 1920 par la volonté fondative des grandes puissances alliées.)

L'opération de fondation par volonté commune se compose des éléments suivants : 1<sup>o</sup> la manifestation de volonté commune avec intention de fonder ; 2<sup>o</sup> la rédaction des statuts ; 3<sup>o</sup> l'organisation de fait de l'institution corporative ; 4<sup>o</sup> la reconnaissance de sa personnalité juridique.

La manifestation de volonté commune avec intention de fonder constitue, de beaucoup, l'élément le plus important, elle est le facteur consensuel et, par conséquent, le fondement juridique, non seulement de l'opération de fondation, mais de l'existence même du corps constitué, puisque celle-ci s'explique par la fondation continuée. Comme nous ne prétendons point ici à des explications juridiques complètes, nous ne traiterons que de cet élément.

La manifestation de volonté commune, avec intention de fonder, suppose des déclarations de volonté multiples émanant de chacun des membres du groupe fondateur ; elles peuvent être émises simultanément, comme aussi elles peuvent l'être séparément, par intervalles ; elles contiennent une volonté commune, qui est celle de fonder une certaine œuvre ou entreprise dont

l'idée directrice est connue des fondateurs. Ces manifestations de volonté, ainsi faites en communion, forment un faisceau consensuel qui produit l'effet juridique voulu, c'est-à-dire qui opère juridiquement la fondation. Il y a deux choses à expliquer : l'effet juridique de fondation et la formation du faisceau consensuel.

L'effet juridique de fondation demande explication, aussi bien dans la fondation par volonté isolée que dans celle par volonté commune : comment des volontés individuelles peuvent-elles engendrer un corps social ? Il y a ici une disproportion entre la cause et l'effet qui surprend : la durée de l'institution dépassera de beaucoup la longévité des fondateurs et de leurs volontés. Il faut réfléchir que l'organisation en un corps social et la durée de l'institution ne sont pas uniquement imputables à la volonté des fondateurs primitifs, ils le sont aussi à la vertu propre de l'idée directrice de l'institution fondée ; elle ne cessera d'attirer à soi de nouveaux adhérents qui seront de nouveaux fondateurs en ce qu'ils continueront la fondation, à mesure qu'elle s'objectivera dans le milieu social. Les fondateurs primitifs semblent avoir fait plus qu'ils ne pouvaient parce qu'ils ont planté dans le milieu social une idée vivante qui, une fois plantée, s'y développe par elle-même. Ils n'ont pas fait autre chose que ce que font tous les jours les propriétaires planteurs de vignes ou de forêts qui certainement leur survivront et dont la valeur, grâce à la collaboration de la terre, deviendra singulièrement disproportionnée à leur effort. La justification de la liberté individuelle de fondation est du même ordre que celle du droit de propriété : on a le droit d'utiliser la collaboration spontanée du milieu social comme on a celui d'utiliser la collaboration de la terre. C'est pour des raisons politiques que l'État se montre trop souvent hostile à la liberté de fondation, il redoute la concurrence des corps spontanés ; nous n'avons pas le loisir d'entrer dans cet ordre de considérations.

La formation du faisceau des consentements dans la fondation par volonté commune, qui assure l'unité consensuelle de l'opération, demandera de plus longs développements. Trois facteurs concourent à la formation de ce faisceau : 1° l'unité dans l'objet des consente-

ments ; 2° l'action d'un pouvoir ; 3° le lien d'une procédure.

L'unité dans l'objet des consentements est réalisée par l'idée de l'œuvre, puisque c'est elle qui est l'objet et qu'elle est une ; nous avons assez insisté sur la force d'attraction de cet objet. Il ne faudrait pas croire, cependant, que cette attraction soit suffisante et qu'ainsi les manifestations de volonté, avec intention de fonder, soient entièrement volontaires. C'est l'erreur dans laquelle tombent les auteurs allemands quand ils analysent la *Vereinbarung*, qui n'est pas autre chose que ce que nous appellerons volontiers la *communio fondative*, en un faisceau de consentements parallèles déterminés par la seule identité d'objet.

C'est toujours l'erreur du contrat social et, en ce sens, le contrat social de Rousseau était déjà une *Vereinbarung*, car les contractants n'échangeaient point des consentements différents, mais émettaient des consentements parallèles ayant tous le même objet.

La vérité est que la formation du faisceau des consentements parallèles est pour partie l'œuvre d'un pouvoir et que le *liber volui* y est fortement nuancé de *coactus volui*.

Dans la fondation de l'Etat, qui se répète sous nos yeux à chaque révision de la constitution, l'action du pouvoir politique est évidente : d'abord, ce sont, de plus en plus, des organes gouvernementaux qui procèdent à la révision, de plus, ils y obéissent à une majorité politique. Dans la fondation des corporations particulières, associations, syndicats, sociétés anonymes, interviennent des délibérations d'assemblée générale des membres qui sont prises à une majorité déterminée et non pas à l'unanimité ; sans doute, les dissidents peuvent se retirer de l'entreprise, mais mille considérations les en empêchent en fait, et ces considérations signifient qu'une contrainte morale pèse sur eux. D'ailleurs, c'est un fait que, lors de la fondation d'une institution particulière, l'initiative est prise par un ou plusieurs meneurs qui s'emploient à faire jouer toutes sortes d'influences et qu'il est beaucoup de personnes qui, pour une raison ou pour une autre, ne peuvent pas refuser leur adhésion. L'intervention de l'élément pouvoir produit ici un double effet.

D'abord, il unifie les consentements ; même lorsque le pouvoir se manifeste par un vote majoritaire d'assemblée, on voit la minorité opposante accepter, contrainte et forcée, la décision de la majorité par le seul fait que ses membres ne se retirent pas de l'institution ; ensuite, les décisions prises présentent ce caractère de valoir par elles-mêmes juridiquement, ce qui est la marque des actes du pouvoir. Il en faut tirer cette conclusion que la « communion fondative » est une opération du pouvoir autant qu'une opération consensuelle, et que les fondateurs exercent un pouvoir. D'ailleurs, la fondation par volonté isolée est très nettement l'opération d'un pouvoir individuel analogue à celui du testateur, la liberté de fondation est un pouvoir privé, ce qui explique un peu les hésitations avec lesquelles l'Etat en admet l'existence.

A l'unité d'objet, à l'action d'un pouvoir, vient s'ajouter le lien d'une procédure. Ceci est l'élément formel extérieur nécessaire pour que l'opération fondative, malgré sa complexité et la succession de ses moments, obtienne l'unité d'un acte juridique. Les éléments internes de l'unité d'objet et de l'action du pouvoir n'y suffiraient pas. Du moment que les adhésions peuvent être successives, que des formalités variées peuvent s'échelonner, comme, par exemple, le versement du quart du capital souscrit, comme la vérification des apports, dans les sociétés anonymes, comme les réunions répétées d'assemblées, il faut que ces événements multipliés soient reliés par une procédure. Pour la période fondative des sociétés anonymes, cette procédure est prévue par la loi. Dans une brochure de 1906 intitulée « *L'institution et le droit statutaire* », d'ailleurs fort imparfaite, j'avais insisté sur le caractère « d'opération à procédure » que présente la fondation des institutions. Je n'insisterai pas davantage ici sur cet aspect du sujet.

De nouvelles précisions sollicitent maintenant notre attention. La fondation est une opération subjective ; les institutions corporatives naissent dans une crise de communion des volontés fondatives, au cours de laquelle l'idée de l'œuvre passe à l'état subjectif dans les consciences des adhérents ; aux développements que nous avons déjà fournis sur ce point nous avons à ajouter

ceci : on peut conclure de cette crise subjective que la personnalité morale de l'institution naît en même temps que son organisation corporative, mais il serait excessif d'en conclure qu'elle précède et explique celle-ci. C'est l'erreur que commettent les partisans du système ultra subjectiviste quand ils expliquent la constitution de l'Etat par la volonté de la personne morale, et c'est aussi celle des commercialistes qui expliquent toute la procédure de fondation des sociétés anonymes par la volonté de personne morale de la société naissante.

Ces erreurs cachent une vérité, à savoir que l'idée de l'œuvre ou de l'entreprise existe dès le début et que c'est bien son levain qui fait lever la pâte, mais, dans ces débuts, elle ne peut encore être équipée en personne morale parce qu'elle n'a pas d'organes. En d'autres termes, il y a pétition de principe à croire que les organes d'une personne morale soient créés par la volonté de celle-ci, attendu que, jusqu'à ce qu'une personne morale ait des organes, elle n'a point de volonté.

La vérité est que l'organisation de la personne morale est créée du dehors par des fondateurs ; la crise de la fondation est subjective *a parte condentium* seulement ; lorsque la personne morale sera créée et qu'il s'agira de son gouvernement, alors les crises de communion auxquelles donnera lieu ce gouvernement seront subjectives *a parte personæ conditæ*.

S'il en était autrement, il n'y aurait point de différence entre le pouvoir constituant et le pouvoir gouvernemental.

II. En tout cas, la naissance des institutions corporatives résulte d'une opération juridique ; leur vie quotidienne va-t-elle donner lieu à des opérations du même ordre ?

La réponse ne fait pas doute, tous les actes par lesquels une institution corporative assure sa vie, délibérations d'assemblée, décisions de conseil d'administration, décisions du directeur, présentent un caractère juridique ; dans les institutions privées, ce caractère juridique est tiré des statuts ou du contrat d'association, et l'action en nullité de ces actes, s'il y a lieu, est statutaire ou contractuelle ; dans les institutions publiques et, notamment, dans l'Etat, le caractère juridique

des décisions par lesquelles sont assurées la marche du gouvernement et celle de l'administration est tiré du pouvoir ; elles valent par le pouvoir qui les a prises et, en France, leur nullité est poursuivie par une action parfaitement adéquate, qui est le recours pour excès de pouvoir. L'analyse du droit public est ici plus exacte que celle du droit privé. Partout, même dans les corporations du droit privé, les décisions sont dues à un pouvoir ; elles mériteraient d'être isolées comme manifestations d'un pouvoir de décision et d'être soumises à la possibilité d'une sorte de recours pour excès de pouvoir.

III. Bien que les institutions corporatives soient faites pour durer longtemps, elles sont périssables comme toutes les existences ; quelquefois leur mort est causée par des raisons internes de mauvaise organisation ou d'usure de l'idée, souvent aussi elle l'est par des accidents extérieurs, désaffection ou hostilité du milieu social. Cette mort se présente, en principe, sous forme d'acte juridique :

ou bien les institutions sont supprimées par un pouvoir extérieur, tel le partage de l'État polonais au dix-huitième siècle, en vertu d'ententes entre la Prusse, l'Autriche et la Russie, telle encore la suppression, par des lois révolutionnaires, des corps et communautés de la France de l'ancien régime, ou la suppression et la liquidation des congrégations religieuses non autorisées en vertu de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ;

ou bien les institutions se dissolvent d'elles-mêmes par une délibération de l'assemblée générale de leurs membres.

Ces suppressions ou dissolutions entraînent des conséquences juridiques en ce qui concerne la liquidation des biens. L'idée corporative a fait de grands progrès dans ce domaine depuis un siècle ; au début du dix-neuvième siècle, on n'hésitait pas à décider que les biens d'une institution corporative supprimée appartenaient à l'État et ce, en vertu des articles 539 et 713 du Code civil, sur l'attribution des biens sans maître ; actuellement, on admet que les statuts de l'institution puissent régler eux-mêmes le sort des biens, en cas de dissolution ou de suppression, ou qu'ils puissent confier

à une assemblée générale des membres le soin de régler cette destination. Ainsi l'institution est admise à faire une sorte de testament juridique.

Ces brèves indications suffisent à notre dessein, qui est simplement de faire toucher du doigt le caractère profondément juridique de la naissance, de la vie et de la mort des institutions et non point d'aligner des détails complets sur chacun des actes du drame.

### III

Des développements assez complexes qui précèdent, on pourrait tirer des conclusions nombreuses.

Nous nous bornerons à trois, dont l'une concernera le fondement de la continuité dans la société, dans l'Etat et dans le droit, dont la seconde concernera la réalité de la personnalité morale et de la personnalité juridique, et dont la troisième concernera le rôle secondaire de la règle de droit.

I. C'est bien du côté des institutions corporatives, dont fait partie l'Etat, et du côté de l'opération de fondation de ces institutions, que doit être cherché le fondement de la continuité dans les choses sociales. Les institutions corporatives, tant qu'elles vivent, et qu'elles assurent en elles et autour d'elles la continuité de leur idée directrice et de son action, tant d'une façon objective que d'une façon subjective, soutiennent et maintiennent autour d'elles, par leur pouvoir, toutes les situations juridiques qui doivent durer. Comme elles-mêmes doivent l'existence à une opération de fondation qui se répète et se continue, c'est à l'amalgame des trois éléments de l'opération de fondation : l'idée directrice, le pouvoir, les manifestations de communion consensuelles, éléments qui se retrouvent dans l'institution elle-même, que sont dues la durée et la continuité. On peut établir les équations suivantes : 1° continuité égale institution et fondation ; 2° institution et fondation égalent : idée directrice, pouvoir, communion consensuelle.

II. Chemin faisant, nous avons constaté la réalité des

personnes morales en observant le caractère naturel des phénomènes d'incorporation et de personnification des institutions ; la portée de cette première observation a été renforcée par cette seconde, à savoir que, si l'incorporation réalisait pour l'idée directrice de l'institution une continuité objective, la personnification réalisait à son tour une continuité subjective de cette même idée, dont les effets venaient s'ajouter. Il paraît impossible de pousser plus loin la démonstration de la réalité de la personnalité morale et, quant à celle de la personnalité juridique, elle en découle, car elle n'est qu'une retouche et une stylisation de la personnalité morale et, par conséquent, elle repose sur le même fond de réalité.

III. Enfin le rôle secondaire de la règle de droit dans l'ensemble du système juridique me paraît résulter de ces développements. Le fait significatif que nous avons signalé plus haut, à savoir que les règles de droit, en tant qu'idées directrices, n'ont pas assez de vie pour organiser autour d'elles une corporation qui leur soit propre et en laquelle elles s'expriment, prouve assez qu'elles sont inférieures aux idées directrices qui ont eu assez de vie pour s'incorporer.

Cette comparaison saisissante ramène notre attention vers cette vérité, vieille comme le monde, que les éléments importants, dans le système juridique, ce sont les acteurs juridiques, les individus d'une part, les institutions corporatives de l'autre, parce qu'ils sont les personnages vivants et créateurs, tant par les idées d'entreprises qu'ils représentent, que par leur pouvoir de réalisation ; quant aux règles de droit, elles ne représentent que des idées de limite au lieu d'incarner des idées d'entreprise et de création.

Dans un monde qui veut vivre et agir, tout en conciliant l'action avec la continuité et la durée, les institutions corporatives, de même que les individus, sont au premier plan, parce qu'ils représentent à la fois l'action et la continuité ; les règles de droit au second, parce que, si elles représentent de la continuité, en revanche, elles ne représentent pas de l'action.

L'erreur de Léon Duguit, quand il a édifié son système de droit objectif, a été de miser sur le droit objectif, a été de miser sur la règle de droit. Le véritable

élément objectif du système juridique c'est l'institution ; il est vrai qu'elle contient un germe subjectif qui se développe par le phénomène de la personnification ; mais l'élément objectif subsiste dans le *corpus* de l'institution et ce seul *corpus*, avec son idée directrice et son pouvoir organisé, est très supérieur en vertu juridique à la règle de droit. Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions.

\* \* \*

Réduisons aux plus justes proportions la portée de ce mémoire. Il est intitulé « essai de vitalisme social » et c'est là toute sa prétention. Les idées directrices, d'une objectivité saisissable puisqu'elles passent d'un esprit à un autre sans perdre leur identité et par leur propre attraction, sont le principe vital des institutions sociales, elles leur communiquent une vie propre séparable de celle des individus, dans la mesure où les idées elles-mêmes sont séparables de nos esprits et réagissent sur eux.

Nous n'allons pas au delà de la constatation de ce phénomène ; nous nous interdisons de rechercher si, à l'objectivité phénoménale des idées, correspond une réalité spirituelle substantielle ; il serait, certes, important de le savoir, car certaines idées pourraient avoir plus de réalité que les autres et être aussi plus proches de la vérité. Cette recherche du réel substantiel est du ressort des philosophes. Depuis Georges Dumesnil, dont la thèse sur le *Rôle des concepts* remonte à plus de trente ans, il en est qui travaillent le problème du réalisme des idées sur de nouvelles données. Nous attendons d'eux la construction métaphysique de cette physique qu'est le vitalisme des institutions sociales (V. Jacques Chevalier, *L'idéalisme français au dix-septième siècle*, Annales de l'Université de Grenoble, 1923).

## II

### L'IMPRÉVISION ET LES CONTRATS DOMINÉS PAR DES INSTITUTIONS SOCIALES (1)

Peut-être n'a-t-on pas suivi la meilleure voie en cherchant à fonder la théorie de l'imprévision sur des principes généraux appelés à jouer dans tous les contrats, tels que l'erreur substantielle, ou le défaut de cause, ou l'enrichissement sans cause, ou la lésion, ou la clause *rebus sic stantibus*, ou l'abus du droit. Il semble qu'aucune de ces investigations n'ait abouti à un résultat entraînant la conviction (2).

Il reste à essayer d'une méthode opposée qui serait de supposer que la théorie en question n'est susceptible de s'appliquer que dans certains contrats et à raison de certaines circonstances et de rechercher ces contrats et ces circonstances.

C'est cette autre méthode de recherches dont nous allons tenter la chance. A l'aide de la jurisprudence administrative, nous allons nous efforcer de déterminer les éléments qui, dans certains contrats administratifs, ont provoqué l'application de la théorie de l'imprévision ; ensuite, nous aurons à voir si les mêmes éléments ne se retrouvent pas dans certains contrats du droit privé et si le juge civil ne devrait pas en tirer les mêmes conséquences qu'en a tirées le juge administratif.

L'observation la plus superficielle révèle que les contrats à propos desquels le Conseil d'Etat français a élaboré la théorie de l'imprévision à la suite de la guerre

(1) Extrait de la *Revista de Derecho Privado*, 15 janvier 1926.

(2) Cf. Radouant, *Du cas fortuit ou de la force majeure*, 1920 ; — Lévy-Ulmann, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais*, *Annales de droit commercial*, 1921 ; — Voirin, *De l'imprévision dans les rapports du droit privé*, Thèse Nancy, 1922 ; — G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 133 et suiv.

de 1914 sont dominés par l'institution d'un service public. Ou bien cette institution est incorporée au contrat lui-même, comme dans les concessions de services publics que nous appelons en France *concessions de travaux publics* ; ou bien, sans être incorporée au contrat, elle pèse néanmoins sur lui parce que le fonctionnement d'un service public est le but final de l'opération, comme dans les *marchés de travaux publics*, ou même dans les *marchés de fournitures*.

L'élément spécial ayant provoqué l'apparition de la théorie serait donc l'institution du service public liée au contrat et dominant le contrat, et c'est à savoir si la proposition ne devrait pas être généralisée et si toute institution sociale dominant un contrat ne devrait pas produire le même effet.

En ce qui nous concerne, nous croyons cette proposition générale fondée et c'est pourquoi nous avons pu écrire en tête de cet article la rubrique qu'on y a lu. Mais la démonstration juridique reste à faire.

I. La première constatation qui s'impose et qui doit nous servir de point de départ est que le résultat de la théorie de l'imprévision est d'introduire dans un contrat commutatif un principe de justice distributive. En effet, le risque imprévisible est distingué du risque prévisible, et tandis que celui-ci reste soumis aux principes de la justice commutative qui sont « à chacun ses risques », le risque imprévisible est déclaré commun aux deux parties et réparti entre elles. Le fait de la répartition apparaît dès la première décision de guerre du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, *gaz de Bordeaux*, dont on peut bien dire que, comme Minerve, elle est sortie tout armée du cerveau de Jupiter et qu'elle surprend autant par la plénitude de sa doctrine que par sa hardiesse : « Considérant que la Compagnie du gaz doit « supporter seulement, au cours de la période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation « de force majeure que l'interprétation raisonnable du « contrat permet de laisser à sa charge. »

D'ailleurs, des arrêts ultérieurs ont développé la pensée du juge et, maintenant, il est entendu que le Conseil de préfecture, auquel l'affaire est renvoyée, après avoir déclaré le contrat maintenu afin que le

service public ne soit pas interrompu, a deux opérations à accomplir : 1° déterminer objectivement le montant de l'indemnité qui devrait être allouée au concessionnaire, en tant qu'elle serait représentative de toutes les pertes à lui occasionnées par le risque imprévisible de la hausse des matières premières ; 2° répartir, dans une mesure raisonnable, le montant de cette indemnité entre le concessionnaire lui-même et l'administration concédante. Sans doute, l'indemnité n'est pas répartie par moitié ; en fait, il n'est guère laissé qu'au dixième à la charge du concessionnaire (Alibert, *L'imprévision dans les concessions de Services publics*, 1924), mais c'est assez pour qu'on puisse dire qu'il y a un *coefficient de répartition*.

Ce même coefficient se retrouve dans la loi Faillot du 21 janvier 1918, car, dans son article 2, au cas de résiliation du contrat, cette loi attribue au juge le pouvoir d'arbitrer des dommages-intérêts à la charge de la partie qui demande la résiliation du marché, ce qui est bien une façon de répartir le risque.

D'où provient ce risque commun à répartir et comment, entre des contractants, peut-il y avoir un risque commun ? Assurément, dans la thèse du contrat pur on ne l'aperçoit pas. L'analyse du contrat synallagmatique ne fait apparaître aucune communauté ni d'intérêt, ni de risque entre les parties, chacune d'elles poursuit son avantage personnel et, dans l'échange des consentements, ce sont des obligations différentes qui sont la cause l'une de l'autre. Mais, à côté de la thèse du contrat pur, il y a l'hypothèse singulièrement pratique du contrat compliqué d'institution, qui contient soit une fondation, soit une association masquée. Alors, dans cet élément de l'institution, l'intérêt et le risque commun se dévoilent. Dans tout ce qui est fondation, l'échange des consentements à objets divergents est remplacé par le concours des consentements à objets convergents, il y a faisceau de volontés parallèles, communion d'idées, communauté d'intérêts, et au contrat ordinaire se joint ce que les Allemands appellent une *Vereinbarung* et ce qu'en français nous devons appeler une « communion fondative ».

Dans tout ce qui est institution fondée agissante et vivante, cette communion d'idées, correspondant à une

communauté d'intérêt, subsiste ; il se crée un *esprit de communion* qui, dans l'Etat, s'appellera l'*esprit public*, dans les associations l'*esprit corporatif*, dans les relations du droit privé l'*esprit de famille*, etc.

Dans les contrats dominés par une institution, cet esprit de communion pénètre et entraîne le sentiment du risque commun et de la justice distributive.

Dès lors, la chaîne des effets et des causes s'établit de la façon suivante : 1° contrat compliqué d'institution ou dominé par une institution ; 2° situation contractuelle compliquée d'une communauté d'intérêt et d'un esprit de communion naissant de l'institution ; 3° le cas échéant, opération de justice distributive en ce qui concerne les risques considérés comme communs.

Ce n'est pas immédiatement que l'élément d'institution impliqué dans le contrat frappe les esprits et ce n'est pas tout d'un coup que les effets se révèlent. Il n'y a pas bien longtemps que l'attention des juristes est appelée sur ces combinaisons. Beaucoup ne se doutent même pas encore de leur fréquence. Toutes les théories juridiques sont encore construites uniquement en vue de la thèse du contrat pur dont, en réalité, le champ d'application se rétrécit constamment.

L'histoire de l'évolution de la jurisprudence administrative, au sujet des concessions de travaux publics, est bien instructive à cet égard. Avant 1880, le Conseil d'Etat n'avait vu dans cette opération que les stipulations contractuelles du cahier des charges ; il admettait entièrement la thèse de l'autonomie des volontés contractantes, d'autant que, dans l'espèce, il s'agissait de donner son plein effet à la volonté prépondérante de l'administration concédante ; il appliquait inflexiblement les clauses du cahier des charges, même si les conséquences en devaient compromettre le fonctionnement du service public. C'était l'époque des sanctions draconiennes ; pour le moindre manquement aux obligations des cahiers des charges, le concessionnaire était exposé au séquestre ou à la déchéance, mesures prononcées par simple décision exécutoire d'autorités municipales souvent peu pondérées. Le concessionnaire pouvait être ruiné et le service public, soumis à une régie municipale improvisée, pouvait être compromis, mais les conséquences ne frappaient pas encore les esprits ;

on était tout à la satisfaction de voir triompher la logique de la conception contractuelle et l'on élaborait la formule de la *rigidité du cahier des charges*.

C'est aux environs de 1886 que l'on commença à suspecter l'excellence de cette logique et à soupçonner l'importance de l'élément du service public jouant le rôle d'une nécessité sociale, d'un *fatum* pesant sur le contrat. On commença de réfléchir qu'un service public institué, sur la régularité duquel le public s'était habitué à compter et qui était devenu l'un des ressorts de la vie sociale, ne devait pas être interrompu à la légère. D'abord, le Conseil d'Etat condamna des villes à des indemnités envers le concessionnaire pour des déchéances prononcées à tort ; puis il annula des décisions de séquestre ou de déchéance ; enfin il décida que les manquements du concessionnaire aux obligations du cahier des charges devaient, en principe, être réprimés par de simples condamnations à des dommages-intérêts qui avaient le mérite de ne pas interrompre le service et, cela, même si le cahier des charges ne prévoyait pas la sanction des dommages-intérêts (Cons. d'Etat, 8 février 1878, *Pasquet* ; 6 avril 1895, *Desboyes* ; 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, conclus. Romieu ; 21 mai 1907, *Desplanques*, conclus. Romieu, S. 1907.3.113 et la note). C'était substituer progressivement au principe de la rigidité du cahier des charges et, par conséquent, de la primauté du contrat, le principe inverse de la souplesse du cahier des charges devant la primauté du service public. Mais qu'on le remarque bien, cette évolution était le résultat d'une analyse plus poussée de la situation, révélant, dans le contrat lui-même, un élément d'institution plus ou moins masqué jusque-là.

A la même époque, dans les affaires provoquées par la concurrence entre les entreprises de distribution de lumière électrique et les compagnies concessionnaires de l'éclairage au gaz, par les arrêts du 20 mai 1881, *Ville de Crest*, du 20 décembre 1891, *Villes de Saint-Etienne et Montluçon* (S. 1894.3.1 et la note), le Conseil d'Etat inaugura sa politique jurisprudentielle favorable au monopole des compagnies d'éclairage au gaz, interprétant l'engagement pris par les villes de ne pas favoriser d'entreprise concurrente comme s'il s'appliquait au ser-

vice de toute espèce de lumière ; c'était encore l'élément du service public institué qui pesait sur l'interprétation du contrat. Pour que l'institution de ce service ne fût pas ébranlée, il fallait que le monopole fût étendu à toute lumière, à charge pour le concessionnaire de fournir, en effet, lui-même la lumière électrique si la ville le lui demandait dans de certaines conditions (Cons. d'Etat, 10 janvier 1902, *Déville-les-Rouen*, S. 1902.3.13 et la note).

Dès lors, il fut évident que le Conseil d'Etat s'attachait à dégager dans le contrat de concession entre les deux parties les éléments d'une communauté d'intérêt nouée autour de l'exécution du service public. N'allait-on pas jusqu'à dire que l'administration et le concessionnaire étaient comme deux associés ou comme deux conjoints en état de mariage pendant la durée de la concession ?

De fait, la concession de service public prévoit l'institution du service et les conditions détaillées de son fonctionnement ; le service est à la fois à l'administration et au concessionnaire ; à l'administration, puisqu'il est un service public, au concessionnaire, puisque celui-ci le gère. Les installations créées par le concessionnaire reviendront à l'administration en fin de concession ; les tarifs à imposer aux usagers doivent être convenus entre les deux parties ; souvent, des conventions financières sont nécessaires ; en réalité, des relations continuelles se poursuivent pendant le long délai de la concession, autour du service public.

En somme, lorsque la guerre de 1914 a posé la question de l'imprévision dans les contrats de concession de services publics, le Conseil d'Etat était préparé à comprendre qu'elle se posait entre des partenaires associés ou, tout au moins, solidarisés par l'institution du service public.

D'ailleurs, il y avait le précédent des concessions de chemins de fer, dans lesquelles la solidarité financière de l'Etat et des compagnies des grands réseaux était formellement stipulée et avait été resserrée par des conventions successives. Pendant la guerre de 1914, il ne fut naturellement pas question de l'interruption d'un service de transports aussi vital pour le pays et, d'ailleurs, réquisitionné par le ministre de la guerre. Mais

n'y eût-il pas eu de réquisition militaire, les conséquences de la surcharge imprévisible résultant de la hausse des prix des charbons ne pouvaient donner lieu à aucune difficulté ; le mécanisme du compte d'exploitation et des garanties d'intérêts, qui est un véritable rouage d'associations, garantissait par lui-même une équitable répartition des risques jusqu'à de nouvelles conventions qui seraient négociées après la paix.

Mais pour que l'institution du service public domine le contrat, il n'est pas nécessaire qu'elle soit incorporée au contrat lui-même comme elle l'est dans les concessions de service public ; il suffit qu'elle soit le but final du contrat.

Tel est, d'abord, le cas des marchés de travaux publics relatifs à la construction d'ouvrages publics qui sont destinés au fonctionnement d'un service public ; l'entrepreneur ne se charge point d'assurer l'exploitation de l'ouvrage et, par conséquent, ne participe pas au fonctionnement du service ; cependant, le Conseil d'Etat, dès avant la guerre, avait admis la répartition du risque imprévisible dans ces marchés, et c'est à leur occasion que sa théorie s'était ébauchée (Cons. d'Etat, 2 mai 1884, *Maquenne* ; 28 mai 1886, *Perrichout*, concl. Gauvain ; nappes d'eau souterraines, couches de terrain d'une dureté exceptionnelle rencontrées dans des travaux). C'est donc que l'institution du service public étend jusque-là son influence et crée même là une solidarité d'intérêts entre l'administration et des entrepreneurs qui, d'ailleurs, constituent un personnel spécial, habitué des adjudications publiques, par conséquent, auxiliaire et suppôt de l'administration.

Le même fait s'est produit pour les marchés de fournitures. Sans doute, les fournisseurs ne contribuent pas directement au fonctionnement des services publics, du moins pas généralement, mais, par les fournitures qu'ils rassemblent, ils rendent possible ce fonctionnement. Eux aussi constituent un personnel spécialisé et, par conséquent, auxiliaire de l'administration.

L'ombre dominatrice du service public, but final de ces marchés, s'est également étendue sur eux. En ce qui concerne l'imprévision, le Conseil d'Etat leur a appliqué la même jurisprudence qu'aux concessionnaires de services publics (Cons. d'Etat, 8 février 1918, *Société*

*d'éclairage de Poissy*, concl. Corneille) et le législateur, dans la loi Faillot du 21 janvier 1918, a autorisé la résiliation des marchés de fournitures des départements, des communes et des établissements publics, en les assimilant dans son article 7 aux marchés à livrer.

II. Que l'institution du service public soit incorporée dans le contrat ou qu'elle en soit seulement le but final, c'est toujours à l'intérieur de la situation contractuelle que l'institution exerce sa domination et que s'opère, sous son influence, la répartition distributive des conséquences du risque imprévisible. Il est bon d'examiner, à ce point de vue, la jurisprudence du Conseil d'État, parce que certaines expressions employées d'une façon trop absolue dans les premiers arrêts pourraient induire en erreur.

Cette haute juridiction a qualifié de *charges extra-contractuelles* les charges résultant du risque imprévisible et même a déclaré que ce risque ouvrait une *situation extra-contractuelle*. Qu'est-ce à dire ? Serions-nous donc complètement en dehors du contrat ?

Il y aurait eu, à cette interprétation des faits, des inconvénients sérieux.

D'abord, en établissant une cloison étanche entre la situation extra-contractuelle née du risque imprévisible et les stipulations du contrat, on courait le danger de ne pas tenir compte des ressources que le contrat fournissait au concessionnaire et qui raisonnablement devaient venir en compensation des pertes contractuelles. Par exemple, dans le cas où un même concessionnaire de l'éclairage a subi de grosses pertes sur l'éclairage au gaz à raison de la hausse des charbons, mais a fait, pendant la même période, de gros bénéfices sur l'éclairage à l'électricité parce que celui-ci est produit par la force d'une chute d'eau, il serait contraire à la justice que ce gain ne pût pas venir en déduction de cette perte.

Sur ce point, la jurisprudence fut contrainte d'évoluer.

Mais il y avait un autre inconvénient plus théorique et moins aperçu, bien qu'il fût grave. Si la situation née du risque imprévisible était tant que cela extra-contractuelle, l'obligation qu'avait l'administration d'in-

denniser le concessionnaire ne naissait donc pas du contrat. Alors, quel était son fondement ? On pouvait dire que le juge ayant obligé le concessionnaire à continuer le service malgré le déficit de son exploitation, il y aurait eu enrichissement sans cause de l'administration si elle n'avait pas indemnisé son concessionnaire et qu'ainsi le fondement de l'indemnité était le principe de l'enrichissement sans cause. Mais c'était reculer pour mieux sauter. D'où le juge avait-il donc tiré cette obligation du concessionnaire d'assurer le service envers et contre tous, et cette obligation de la ville de ne pas prononcer la déchéance du concessionnaire ? Ce n'est pas de la loi, il n'y a eu aucun texte là-dessus. Ce n'est pas non plus des pleins pouvoirs que l'état de guerre lui aurait conférés, à lui, juge. On parle des pleins pouvoirs de l'exécutif, mais jamais on n'a parlé des pleins pouvoirs du juge et, d'ailleurs, ils auraient dû lui être conférés par une loi.

La vérité, c'est que le juge n'a pu dégager l'obligation du concessionnaire de continuer le service et l'obligation cumulative de la ville de l'indemniser que par une interprétation du contrat lui-même et, par conséquent, n'a pu tirer ces obligations que du contrat.

Sans doute, le risque imprévisible était en dehors des prévisions contractuelles des parties, ce qui est l'évidence même, mais, dans les contrats de service public, il y avait autre chose que les prévisions des parties, il y avait aussi l'acceptation par celles-ci de l'institution du service public qui, elle, est génératrice de risques illimités, avec cette seule restriction que les risques, au delà de la limite des prévisions, doivent être répartis.

Par ce détour de l'acceptation implicite de l'institution incorporée au contrat, avec ses nécessités naturelles, on peut dire que l'imprévisible lui-même se trouve prévu et réglé par le contrat. Et, dès lors, nous possédons le cycle juridique complet. Il y a, dans la théorie de l'imprévision, pour employer le langage à la mode, à la fois un donné social et une technique juridique ; le donné social est l'institution liée au contrat avec la communauté de risques et les sentiments de justice distributive qu'elle entraîne ; la technique juridique est l'acceptation consensuelle de l'élément d'ins-

titution lié au contrat avec toutes ses conséquences juridiques propres.

Le Conseil d'Etat n'a pas, du premier coup, vu clairement cet enchaînement et c'est pourquoi il a trop appuyé, au début, sur le caractère extra-contractuel de la situation créée ; mais, depuis, il a réfléchi ; graduellement sa conception rigide s'est détendue et, peu à peu, la prétendue situation extra-contractuelle s'est résorbée dans le contrat.

\*  
\* \*

Ce qui justifie la théorie de l'imprévision dans les relations du droit administratif doit la justifier aussi dans celles du droit privé. Cela seul et rien d'autre, car il y a unité des principes du droit.

Il y aura place pour l'imprévision en droit privé s'il existe des contrats privés qui soient dominés par des institutions sociales privées, au même degré que les contrats relatifs au service public que nous venons de passer en revue, sont dominés par l'institution sociale du service public. Alors, dans ces contrats du droit privé, serfs de l'institution, se dégagera entre les parties cet élément de solidarité auquel le juge accrochera son pouvoir de répartir les risques communs selon les principes de la justice distributive, qui sont fonction de l'institution. Des institutions sociales exerçant leur domination sur des contrats, il y en a certainement en droit privé. Sans doute, dans les Etats modernes, la prépondérance excessive d'un régime à la fois trop individualiste et trop administratif les avait reléguées au second plan ; l'institution sociale avait comme disparu derrière l'institution publique ; mais elle reprend de l'importance depuis que la question sociale par son ampleur déborde à nouveau l'Etat. La renaissance du mouvement associationiste et corporatif a peuplé la vie privée de sociétés, d'associations et de syndicats ; autour d'elles les compagnies ont établi des réseaux de relations contractuelles dominées par leur volonté supérieure, contrats conformes à des types soigneusement étudiés par leurs services du contentieux et que leurs contractants sont souvent obligés d'accepter ; d'autre

part, les exigences du crédit ont enfanté des institutions telles que le patrimoine gage commun des créanciers ou comme la faillite dont la perspective menaçante domine toutes les relations commerciales.

Bien entendu, les deux souches primordiales de la famille et de la propriété privée sont restées sources d'institutions appropriées à la société moderne ; du côté de la famille, qui s'est rétrécie mais qui subsiste, nous apercevons comme vivantes les institutions du *ménage* et des *successions* ; du côté de la propriété privée, celle du *domaine aménagé en exploitation* ou de l'*hacienda*. C'est du côté de ces institutions fondamentales que nous allons nous diriger.

I. Conduisons d'abord notre enquête vers l'institution du domaine. L'idée que les domaines organisés en exploitations pourvues de toutes les ressources convenables sont des unités économiques nécessaires à la production nationale, est courante. Le Code civil, malgré ses tendances individualistes favorables au morcellement des terres, admettait la notion de l'exploitation rurale, puisqu'il faisait une place aux immeubles par destination et aux servitudes constitutives par la destination du père de famille, puisque d'ailleurs, dans les partages, l'article 832 recommande autant que possible d'éviter de diviser les exploitations. De son côté, la jurisprudence a travaillé à permettre dans les partages la formation de lots constituant des domaines. La législation récente du bien de famille impartageable est une autre mesure de protection. Dans le même ordre d'idées des remaniements de nos principes successoraux, des extensions de la quotité disponible sont envisagés, afin qu'il soit plus facile aux parents de transmettre le domaine entier à l'un des enfants en satisfaisant les autres par des parts moins importantes de leur fortune. Dans les Etats nés de la guerre et du traité de Versailles, il est remarquable que la formation constitutionnelle de l'Etat s'est accompagnée de réformes agraires dans lesquelles il a été tenu le plus grand compte des dimensions que doivent avoir les nouveaux domaines pour constituer des exploitations convenables (Pologne, Esthonie, Lithuanie, Tchécoslovaquie, etc...).

Les institutions sociales reposent essentiellement sur

des idées, cependant il est nécessaire que les idées s'incorporent soit dans un groupe d'hommes, soit dans une chose. Dans l'institution du domaine l'idée s'incorpore à un certain périmètre de terres, elle s'y attache par des liens coutumiers et par cette continuelle opération de fondation que le Code lui-même appelle la destination du père de famille.

L'institution du domaine peut dominer certains contrats.

Ce ne seront pas des contrats du type de la vente. Sans doute, certaines opérations de morcellement des domaines mériteraient d'être interdites, mais elles ne pourraient l'être que par le législateur. Ce que nous cherchons, ce sont des contrats sur qui le domaine pèse par la seule nature des choses et pèse d'ailleurs d'un poids assez lourd pour que la question de l'imprévision puisse se poser.

Les contrats du type du louage nous fourniront quelques exemples. Encore faut-il cependant qu'ils ne se rapprochent pas par eux-mêmes du type de la vente. Il est certain, par exemple, que soit les baux des maisons, soit les baux à ferme des domaines ruraux dans lesquels le fermier fournit son cheptel, ne doit que des fermages en argent et prend l'entière direction de l'exploitation avec ses risques, ressemblent beaucoup à des aliénations temporaires de jouissance : le propriétaire et le locataire ou fermier ne sont en rien associés dans l'exploitation de la maison ou du domaine. Aussi les contrats de ce type n'ont-ils pu être modifiés pendant et depuis la guerre que par des interventions politiques du législateur et le juge n'a-t-il eu, en fait de pouvoirs de répartition des risques imprévisibles, que ceux que lui a formellement conférés la législation des loyers.

Mais il existe des espèces de locations des domaines ruraux qui s'éloignent du type de la vente et dans lesquelles apparaît une association ou une solidarité d'intérêts entre le propriétaire bailleur et le preneur, dans l'exploitation du domaine. Il s'agit de la famille multiforme des baux à colonage partiaire ou à métayage, dans lesquels la location n'est pas à prix d'argent mais à part de fruits et où, traditionnellement, le propriétaire conserve une part de la direction de l'exploitation.

On peut même dire que dans le type le plus parfait du métayage, où l'association est la plus étroite parce que la durée du bail n'est pas préfixe et parce qu'il n'y a pas estimation du cheptel fourni par le propriétaire, pratiquement, la question de l'imprévision ne peut pas se poser à force d'être résolue d'avance et parce que la répartition des risques y fonctionne automatiquement.

En effet, d'une part, le bail est résiliable tous les ans et, d'autre part, le risque du cheptel est supporté par moitié et réglé par des comptes fréquents, après chaque opération d'achat ou de vente. En somme, on pourrait dire que dans ce métayage, il y a, non seulement un cahier des charges réglé par les usages du pays, mais un compte d'exploitation perpétuellement ouvert entre le propriétaire et le métayer qui rappelle le compte de nos concessions de chemins de fer. Il y a beaucoup moins d'association dans le métayage quand le bail est fait pour une durée préfixe de plusieurs années et qu'il y a eu estimation du cheptel de telle sorte que le colon est libre de trafiquer de son bétail à ses risques et périls pendant la durée du bail, à la condition de restituer à sa sortie la valeur estimée au moment de son entrée. Dans cette opération dite du *cheptel de fer*, la question de l'imprévision s'est posée, car, pour les baux faits avant la guerre, les parties n'avaient pas pu prévoir que les prix des bestiaux quadruplèrent rapidement. Il est arrivé qu'un métayer ayant reçu à son entrée vingt vaches estimées ensemble 20.000 francs se libérait à la sortie en restituant cinq vaches estimées à elles cinq 20.000 francs. Il est clair que le cheptel nécessaire à l'exploitation du domaine n'était pas reconstitué et devait l'être aux frais du propriétaire; car cinq vaches ne peuvent pas faire le travail de vingt; certains propriétaires n'ont pas eu assez de capitaux disponibles pour reconstituer leurs cheptels immédiatement, d'où crise de la propriété en de certaines régions. Si les juges avaient eu le sens de l'institution sociale, c'est-à-dire la préoccupation du domaine et de l'intérêt social qu'il y a à assurer son exploitation régulière, au lieu d'avoir la préoccupation exclusive du contrat, ils auraient pu faire un partage distributif des risques qui n'eût ruiné ni le propriétaire, ni le fermier.

Les Cours d'appel ont bien tenté de sauver le cheptel en soutenant que l'estimation prévue au contrat sous-entendait la *valeur culturale* à régler en un certain nombre de têtes de bétail et non pas une valeur à régler en argent, mais la Cour de cassation n'a pas admis cette interprétation qui était le salut du domaine et les propriétaires ont été sacrifiés. Me Voirin, dans sa thèse précitée : *L'imprévision dans les rapports de droit privé* (Nancy, 1922), s'en console un peu bien rapidement (p. 284), en remarquant que, si le propriétaire a été ruiné, le colon a été enrichi et aura pu racheter le domaine qui, ainsi, n'en aura pas souffert. En transposant ce genre de raisonnement, on aurait pu dire aussi, à propos des concessions d'éclairage au gaz, qu'après tout, si la hausse des prix du charbon avait ruiné les compagnies concessionnaires, le service n'en aurait pas souffert puisque les villes l'eussent assuré en régie. Le Conseil d'Etat y a regardé de plus près, il a pensé non seulement que le service public serait mieux assuré par le concessionnaire que par une régie, mais encore qu'il serait fâcheux de ruiner les compagnies et leurs actionnaires, parce qu'il est révolutionnaire de ruiner quelqu'un.

Le louage d'ouvrage des ouvriers dans les usines ou contrat de travail mérite lui aussi de nous arrêter. Sans doute, on ne peut pas dire que l'institution de l'usine soit incorporée au contrat, jusqu'à présent, du moins, même s'il y a contrat collectif de travail, tant que subsiste l'esprit de lutte des classes et la pratique des grèves, tant que la solidarité d'intérêts entre le patron et les ouvriers ne se traduit pour ceux-ci par aucune participation à l'entreprise. Il est néanmoins évident que l'institution de l'usine pèse sur la situation et qu'à mesure que le régime industriel s'organisera, la solidarité d'intérêts entre patrons et ouvriers, qui est latente, apparaîtra. N'appartiendrait-il pas au juge de dégager dès maintenant, le cas échéant, cet élément latent ? Si les litiges nés des fluctuations des salaires lui étaient soumis au lieu d'être tranchés par la force brutale de l'action directe, ne serait-il pas autorisé dès maintenant, au lieu de sanctionner purement et simplement la loi de l'offre et de la demande, à répartir entre le patron et les ouvriers les risques imprévisibles d'où résultent les

sautes dans l'échelle des salaires ? Et cette répartition équitable n'est-elle pas en somme celle qui résulte des arbitrages dans les cas où ceux-ci réussissent ?

II. Du côté de la famille, les institutions sociales modernes sont, avons-nous dit, le ménage et la succession : elles sont dominées par l'esprit de famille qui est un esprit de justice distributive.

Le ménage est l'institution incluse dans le mariage ; subvenir à l'entretien et aux frais du ménage est fonction des contrats de mariage et des régimes matrimoniaux ; la règle de notre article 1395 du Code civil sur l'immutabilité des conventions matrimoniales pendant la durée du mariage est la marque de la subordination du contrat à l'institution.

Les hypothèses dans lesquelles cette subordination peut entraîner la répartition du risque imprévisible ne sont peut-être pas très fréquentes, mais on en peut imaginer. Voici, par exemple, un ménage établi sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. La femme avait en propre des rentes sur l'Etat français ; avant la guerre de 1914, le mari administrateur des biens de sa femme aliène ces rentes au prix fort et sans emploi, l'argent tombe dans la communauté qui devient débitrice du prix ; le mari, toujours avant la guerre, achète en remplacement, mais sans remplir les formalités du emploi, de nouvelles valeurs mobilières ; à la dissolution de la communauté qui se produit après la guerre, les valeurs ont baissé de 50 %. Cependant le mari doit rembourser à la femme tout le prix dont s'est enrichie la communauté par la première vente. Ce résultat si contraire à l'esprit de famille eût été si criant que le législateur est intervenu par la loi du 15 mars 1919, *modifiant pendant la durée de la guerre le régime des reprises de dot*, et a décidé que les valeurs mobilières aliénées seraient estimées au cours du jour de la liquidation. Mais cette législation tutélaire ne devait s'appliquer qu'aux liquidations qui seraient établies au plus tard dans les deux ans qui suivront la cessation des hostilités. Le législateur de 1919 se faisait évidemment des illusions sur la durée du bouleversement monétaire consécutif à la guerre. Mais n'appartiendrait-il pas à une jurisprudence pénétrée de l'importance des insti-

tutions sociales de déclarer que la loi n'avait fait qu'interpréter exactement la nature des opérations de famille et que cette nature des choses continue d'imposer la répartition du risque imprévisible, non pas sans doute par une modification de l'estimation, mais par le procédé direct d'une interprétation raisonnable du contrat de mariage (1).

L'institution des successions pèse sur des contrats tels que les donations en avancement d'hoirie ou que les donations-partages d'ascendant ; elle pèse par les règles sur le rapport des donations à l'ouverture de la succession et aussi par celles sur la réserve et sur la réduction des libéralités qui dépassent la quotité disponible. Pour plus de simplicité nous ne ferons état que de l'obligation du rapport, pour y faire jouer des hypothèses d'imprévision.

D'après l'article 868 du Code civil, le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation. Soit des donations d'hoirie faites avant la guerre par un père de famille à ses trois filles pour des sommes égales, mais l'une en valeurs russes, l'autre en rentes françaises, l'autre en valeurs anglaises : la succession s'ouvrant après la guerre, si les trois filles doivent rapporter la somme en francs d'après guerre, la première subira une perte considérable, la seconde fera une perte moindre mais cependant encore sensible, la troisième au contraire réalisera un bénéfice scandaleux. Nous supposons, bien entendu, que la loi du 15 mars 1919 n'est pas applicable parce que la succession s'est ouverte plus de deux ans après la cessation des hostilités et nous reproduisons notre question de tout à l'heure : n'appartiendrait-il pas à un juge pénétré de l'importance de l'institution de la famille et pénétré aussi de l'esprit de justice distributive du père de famille, d'imposer ici encore la répartition du risque imprévisible entre tous les héritiers par le procédé direct de l'interprétation raisonnable des contrats de donation en avancement d'hoirie ?

(1) Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, t. III, p. 554 et suiv., 4<sup>e</sup> éd., 1925.

La situation la plus intéressante sera celle résultant d'un partage d'ascendants, lorsque, pour ne pas morceler le domaine, l'un des enfants aura racheté par des soultes les parts de ses cohéritiers, comptant sur les revenus habituels du domaine pour lui permettre d'amortir ses dettes dans un délai raisonnable et lorsque, dans l'intervalle, sera survenue une de ces pertes imprévisibles qui détruisent tantôt la vigne, tantôt l'olivier, tantôt le châtaignier. Cet héritier chargé de dettes et devenu insolvable ne peut pas demander la rescision du partage pour lésion de plus du quart (art. 1079), parce que la jurisprudence décide que l'appréciation de la lésion dans les partages entre vifs doit se faire en prenant l'état des biens au moment des partages (Cass., 15 mai 1876, S. 76.1.420 : arrêt rendu en pleine crise du vignoble ruiné par le phylloxéra) ; mais alors ne peut-il pas demander au juge de modérer l'effet des contrats qu'il a passés avec ses cohéritiers ? Est-ce que l'institution de la famille n'autorise pas le juge à appliquer la théorie de l'imprévision ? Nous sommes en présence d'une opération de famille du type le plus pur, opération que l'ascendant donateur avait conçue et exécutée sous l'empire de préoccupations de justice distributive ; il serait inadmissible que l'influence de l'institution ne pesât pas sur l'opération jusqu'à son règlement définitif, c'est-à-dire jusqu'au règlement des soultes dues par l'héritier.

Notons que, dans cette hypothèse, nous sortons des risques imprévisibles résultant de la guerre pour entrer dans ceux résultant des cataclysmes naturels lorsque, par leur amplitude, ceux-ci dépassent les prévisions habituelles.

Nous n'avons pas certainement passé en revue toutes les hypothèses d'imprévision que les contrats dominés par des institutions sociales peuvent manifester en droit privé ; mais nous n'avons voulu indiquer qu'une direction de recherches. Sans doute, ceux que cette chasse aux hypothèses intéresserait trouveront-ils que le territoire est bien restreint et ne paraît pas giboyeux. Nous les prions de réfléchir à ceci que le domaine juridique, que l'on était habitué à considérer comme un marché plainier propice aux échanges contractuels, devient, depuis quelque temps, le théâtre de soulève-

ments, comme si une poussée puissante d'institutions montagneuses le travaillait.

Oui, vraiment, le pays juridique se transforme, les chaînes d'institutions se multiplient et ce n'est pas, après tout, une mauvaise idée que d'aller explorer les contrats suspendus à leurs pentes.

### III

#### POLICE JURIDIQUE ET FOND DU DROIT (1)

A PROPOS DU LIVRE D'AL SANHOURY :  
LES RESTRICTIONS CONTRACTUELLES A LA LIBERTÉ  
INDIVIDUELLE DU TRAVAIL  
DANS LA JURISPRUDENCE ANGLAISE  
ET A PROPOS DES TRAVAUX  
DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE LYON

Les idées jetées dans la circulation par l'Institut de droit comparé de Lyon, dès ses débuts, sont d'une telle importance qu'elles obligent à reviser certaines notions fondamentales de la technique du droit. Nous croyons ces idées favorables au vieux dualisme de la police juridique et du fond du droit, mais leur nouveauté consiste en ce qu'elles apportent à cette distinction traditionnelle un éclaircissement essentiel. S'il existe réellement une police juridique qu'il y ait intérêt à mettre à part, elle doit avoir des procédés techniques à elle qui ne se ramènent pas à la règle de droit.

Les travaux de l'Institut de Lyon projettent une vive lumière sur ces procédés techniques, propres à la police juridique, qui sont le *standard* et la *directive*.

Cette révélation est le résultat de la confrontation de la jurisprudence anglo-saxonne et de la jurisprudence romano-latine, les deux plus puissants systèmes juridiques du monde, dont les divergences, en matière de police juridique et d'administration du droit, devaient nécessairement mettre en relief des choses insoupçonnées. Edouard Lambert, qui a eu le courage d'entreprendre cette formidable confrontation, a heureusement dirigé les premières recherches de son Institut vers la

(1) Extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926.

matière nouvelle des *restraints of trade*, où il allait saisir sur le vif et pour ainsi dire, expérimentalement, les procédés de travail de la police juridique.

Lambert a le vrai don du chercheur scientifique, c'est-à-dire, dans l'esprit des directives sûres, souples et fécondes. Le pouvoir d'attraction de ces directives scientifiques a groupé et retenu autour de lui l'équipe remarquable des René Hoffher, Halfred Brown, et Araby, Favre-Gilly, Wassermann, et Sanhoury, auteurs des premiers volumes de la bibliothèque de son Institut.

L'idée du *standard* et de la directive comme procédés du droit faisant concurrence à la règle de droit, idée qu'al Sanhoury a saisie corps à corps, avait certainement flotté, dès le début, dans l'atmosphère du Séminaire de Lyon. Lambert, lui-même, à diverses reprises, y a fait de brèves allusions (préface aux espèces choisies de Capitant, préface au droit privé de Georges Cornil, à la traduction française des codes soviétiques). Les ouvrages d'el Araby, de Favre-Gilly, de Wassermann, qui ne sont pas tous de la même date, la supposent.

C'est à cette idée centrale, épanouie complètement dans le maître livre d'al Sanhoury, que nous allons nous attacher afin d'en signaler les prolongements, et cela avec une véritable joie, car nous en sentons la profonde vérité.

Nous prévoyons les divisions suivantes de notre étude :

1° Le dualisme de l'élément standard-directive et de l'élément règle de droit, d'après al Sanhoury ;

2° Ce dualisme dans ses rapports avec l'opposition du droit administratif et du droit commun ;

3° La portée de ce dualisme en ce qui concerne le système général du droit positif.

#### § 1.

*Le dualisme de l'élément standard-directive et de l'élément règle de droit, d'après al Sanhoury.*

Al Sanhoury étudie les *restraints of trade*, c'est-à-dire les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail, et cela dans deux hypothèses : les ventes de fonds de commerce et les contrats de louage

d'employés de commerce. Dans les deux cas, il s'agit de protéger une entreprise ou la propriété de cette entreprise contre des dangers de la concurrence. L'acquéreur d'un fonds de commerce, qui a acheté la clientèle, a intérêt à ce que le vendeur s'interdise par le contrat d'ouvrir un nouveau magasin de même espèce dans la même ville ou dans le même quartier, du moins pendant un certain délai. Le patron qui loue un employé peut redouter que celui-ci, après avoir été initié aux secrets de commerce ou d'industrie de la maison (connaissance objective), n'ouvre, lui aussi, une maison concurrente. Les contrats de vente de fonds de commerce et ceux de louage d'employés contiennent donc des clauses restrictives de la liberté du travail, et tantôt c'est la liberté d'un ancien patron, tantôt celle d'un employé qui est restreinte. Dans les deux cas, les restrictions sont dans l'intérêt d'une entreprise qui, généralement, sera capitaliste, mais il n'y a conflit entre le capital et le travail que dans l'hypothèse où c'est un employé de commerce dont la liberté est liée par le contrat.

Ces restrictions contractuelles à la liberté du travail ont pris une grande importance dans le droit anglo-saxon contemporain, d'abord, à cause de l'extraordinaire développement commercial et industriel de l'Angleterre et de l'Amérique, ensuite, à cause du caractère de l'ancien *common law* consacrant, d'une façon absolue, aussi bien la liberté du travail que la liberté des contrats. La constitution des entreprises capitalistes, telles que les fonds de commerce et les usines, ne pouvait se produire, sans enfoncer une sorte de coin entre les deux libertés antagonistes du travail et du contrat. Il s'agissait, pour assurer la durée de l'entreprise, de déterminer, dans chaque hypothèse, le juste point d'équilibre entre les deux vieilles règles absolues qui se révélaient contradictoires.

I. — C'est dans ce conflit entre règles de droit où devait se glisser la réalité nouvelle des entreprises qui veulent devenir des institutions durables, conflit qui ne pouvait lui-même être tranché par aucune règle de droit du *common law*, qu'est apparu au travail dans la jurisprudence anglaise, et cela d'une façon très nette, le

procédé du *standard*, lequel à son tour engendre la *directive*. Voici comment al Sanhoury, p. 38 et s., établit le parallèle entre la règle de droit et l'élément standard-directive.

La règle de droit est une disposition précise, visant des hypothèses, et liant strictement le juge en vertu d'un pouvoir supérieur à celui du juge (il en serait de même de la règle de droit liant le pouvoir d'un administrateur). Sans doute, le système des règles juridiques est susceptible de s'étendre d'une hypothèse à une autre par analogie et par déduction logique, mais toujours avec une certaine rigidité. En outre, la règle de droit, à raison de sa grande généralité, aboutit à une justice abstraite, très peu individualisée, se pliant difficilement aux cas particuliers. Tel quel, le système des règles de droit, surtout quand elles sont reliées entre elles par les principes généraux qui en sont déduits, et encore quand elles sont codifiées, représente l'élément de stabilité du droit.

Au contraire, le *standard* est destiné à guider le juge ou l'administrateur, dans l'administration du droit, en lui laissant un certain pouvoir discrétionnaire ; le plus souvent, le juge ou l'administrateur, armé de son pouvoir discrétionnaire, se fait à lui-même ses standards ou ses directives. Le standard, en effet, n'est pas une règle précise pour une hypothèse, mais un pouvoir général d'arbitrer une catégorie de conflits en employant certaines méthodes que l'on s'impose à soi-même. C'est ainsi qu'en France, sous l'empire de la loi du 31 mars 1922 sur les prorogations des loyers avec majoration, chaque juge s'est fait un standard, c'est-à-dire une méthode propre pour le calcul de la majoration. On peut dire aussi du standard qu'il est une sorte de principe posé d'emblée par intuition avant toute application, et, par conséquent, tout le contraire des principes généraux déduits d'un ensemble de règles de droit préexistantes. Le standard est, d'ailleurs, empirique et construit à l'occasion de cas particuliers ; le juge ou l'administrateur changent facilement de standards, ils en essayent plusieurs avant de s'arrêter à celui qui leur paraît le meilleur. Ce caractère individualisé du standard fait qu'il convient mieux au pouvoir administratif qu'au pouvoir judiciaire. Il en résulte aussi que le stan-

dard, souple et changeant, représente dans le droit l'élément de mobilité.

Il sera temps de définir, d'une façon un peu précise, le *standard* et la *directive*. Sanhoury les confond dans une certaine mesure, il est tenté de traduire le mot anglo-saxon *standard* par le mot français *directive*, tout en faisant observer que l'idée de *directive* n'épuise pas tout le sens du mot *standard*. Mes propres réflexions sur l'ensemble des matériaux que son livre met à notre disposition, ainsi qu'une très intéressante hypothèse de *directive* que j'ai eu à étudier pour une note au Sirey (Cons. d'Et., 17 juillet 1925, *Association du personnel de la Banque de France*, S. 1925.3.33), me portent à penser qu'il vaut mieux distinguer le *standard* et la *directive*, bien que les deux éléments soient liés. C'est le *standard* qui permet de trouver la *directive*, mais il ne se confond pas avec elle.

Le *standard* est un élément de méthode, il est comparable à cet instrument qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude. Après quoi se déduira la route à suivre. La route à suivre, c'est la *directive*, mais pour la dégager, il faut faire le point, savoir où l'on est, quelles sont les données de la situation.

Un procédé de préparation et d'organisation juridique pour mettre sûrement en leur place toutes les données du problème que l'on a à résoudre, voilà ce qu'est le *standard*. Les mathématiciens, pour être sûrs de mettre en équations toutes les données d'un problème de calcul, doivent avoir des *standards*, c'est-à-dire des méthodes. Ainsi en est-il des juges et des administrateurs qui ont à arbitrer des problèmes de droit ; pour être sûrs de faire entrer en ligne de compte tous les facteurs du problème et d'établir entre eux un juste équilibre, ils ont besoin de posséder certaines méthodes ou *standards*.

Nous rencontrerons plus loin l'un des plus importants *standards* de la jurisprudence anglo-saxonne, le *standard de rationalité*, et nous verrons que c'est, en somme, une méthode qui consiste, dans une affaire contractuelle où il semble d'abord n'y avoir à établir qu'un équilibre entre deux intérêts, à évoquer un troisième intérêt, celui d'une entreprise utile à la société qui se trouve fondée en fait, comme, par exemple, un fonds de

commerce qu'il ne faut pas ruiner, et à établir ainsi un équilibre entre trois facteurs.

La directive, c'est la solution du problème de conduite trouvée ensuite par le même pouvoir discrétionnaire qui avait commencé par mettre le problème en équation par un *standard*.

Dans l'affaire *Association du personnel de la Banque de France*, le gouvernement de la Banque s'était trouvé en présence d'un syndicat englobant une partie des employés et menaçant d'envahir les cadres de la hiérarchie. Dans cette occurrence, il avait eu d'abord à établir soigneusement les données du problème ; il y avait à respecter la liberté syndicale, les employés de la Banque n'étant point des fonctionnaires ; il y avait à respecter les droits de la hiérarchie ; il y avait enfin à sauvegarder l'existence même de l'institution de la Banque qui se serait trouvée en danger si l'action du syndicat avait pu se faire sentir dans la hiérarchie de l'entreprise. Ces trois facteurs étant dégagés par l'emploi du *standard de rationalité*, voici maintenant la *directive* qui en est résultée, c'est-à-dire la ligne de conduite arrêtée par le gouvernement de la Banque : « établir une incompatibilité entre l'affiliation au syndicat et la nomination aux grades supérieurs de la hiérarchie ». Ainsi, tous les droits sont réservés, la liberté syndicale reste entière, il est à remarquer que la nomination aux grades supérieurs est entièrement au choix, les employés n'y ont aucun droit, d'ailleurs, on leur ménage une option : s'ils veulent entrer dans la hiérarchie, ils n'ont qu'à renoncer au syndicat ; bien entendu, les droits de la hiérarchie et les intérêts de l'entreprise sont également sauvegardés.

Cette directive est bien un embryon de règle de droit, car elle règle le fond du problème de conduite par la solution qui consiste à créer une incompatibilité.

Mais elle n'est qu'un embryon de règle de droit et non pas une règle de droit complète, car la situation juridique qu'elle tend à créer ne présente point les mêmes garanties de stabilité que celles créées sur la base de véritables règles de droit. La règle de droit est, de sa nature, immuable et les situations établies sur elle participent de cette immutabilité ; le principe de la non-rétroactivité des lois, malgré que les lois puis-

sent être renouvelées, est un hommage rendu à cette nature des choses. Au contraire, la plupart des directives reposent sur la jurisprudence d'un pouvoir, elles peuvent changer avec cette jurisprudence et les situations juridiques établies sur elles sont, de ce chef, entachées de précarité.

Parmi les standards de méthode, celui de rationalité et celui d'opportunité sont les plus généraux. La jurisprudence anglaise les a employés dans la matière des restrictions contractuelles à la liberté du travail, pour distinguer les restrictions valables de celles qui ne le sont pas.

Le standard de rationalité signifie que le juge doit établir la balance économique des intérêts en présence, et la combiner avec l'intérêt de l'ordre public ou *public policy*. Cet équilibre à trois facteurs, mi-économique et mi-politique, exige du juge une compétence d'expert, car il doit être établi dans des cas concrets (c'est une mesure moyenne de conduite sociale correcte qui repose sur des notions de moralité civile ou commerciale courante et qui ne peut pas être définie par des méthodes de logique légale) (Doyen Roseoë Pound, p. 30).

Le standard d'opportunité (*expediency*) vise la conduite prudente de la partie qui a imposé la restriction, le caractère plus ou moins relatif de celle-ci quant au temps et quant au lieu.

Au fond de cette matière, il y a beaucoup d'autolimitation du pouvoir. La rationalité est la limitation du pouvoir du juge par les équilibres de la raison et l'opportunité est le sentiment de la modération dans l'exercice du pouvoir. Dans un contrat, le stipulant doit ne pas abuser du pouvoir que les circonstances lui confèrent de dicter la *lex contractus*. Le stipulant, lui-même, doit avoir son *standard* de conduite comme le juge a le sien. Et, en effet, nous le verrons plus loin, on trouve des standards et des directives non seulement dans la jurisprudence des juges, mais aussi dans la pratique, car ce sont là des procédés d'autolimitation du pouvoir dans toute espèce de conduite.

II. — Bien qu'ils soient le produit de l'autolimitation d'un pouvoir discrétionnaire, le standard et la directive sont néanmoins du droit. Al Sanhoury examine cette

question capitale (p. 150 et s.) sous cette rubrique : *Nature de la question de rationalité, question de droit ou question de fait*. La jurisprudence anglaise a de tout temps opté pour la question de droit. C'est le juge, et non pas les jurés, qui prononce sur la rationalité de la restriction. Il assure ainsi, par des applications répétées, une certaine stabilité à ce standard de méthode ; il en dégage des sous-directives. Aussi, la jurisprudence anglaise, en mettant cette question sous le contrôle ferme du juge, est-elle parvenue à édifier une doctrine harmonieuse, souple et vivante. Dans le cas *Mason*, de 1913, le lord chancelier Haldane s'est exprimé dans les termes suivants : « Les questions de restrictions ont toujours été regardées par les Cours comme étant une question de droit qui doit être décidée conformément à un *criterium* juridique défini. »

En France, la distinction du droit et du fait se pose à propos de la compétence de la Cour de cassation. Il n'est pas douteux que les cours d'appel juges du droit et du fait n'emploient en bien des cas des standards ou des directives. Si la Cour de cassation avait la large compétence d'une Cour suprême anglo-saxonne, elle pourrait contrôler et unifier ces standards et directives en les faisant rentrer dans la question de droit, mais sa compétence est restreinte à la violation de la loi, par conséquent au contrôle de l'application de la règle de droit proprement dite, et elle est contrainte d'abandonner aux cours d'appel le maniement des standards et directives, à moins qu'artificiellement ils ne puissent être rattachés à des règles de droit véritables, et ainsi, au regard de la cassation, ces éléments deviennent des questions de fait au mépris de toute vérité.

En droit administratif il n'en est pas de même. Le Conseil d'Etat étant une Cour suprême a pu élargir la notion de la question de droit et y faire rentrer les standards ; c'est ainsi que dans la matière de l'imprévision, il contrôle les instructions de méthode données par le conseil de préfecture aux experts pour l'évaluation de l'indemnité (Cons. d'Etat, 23 juin 1922, *Gaz de Morlaix*). Nous reviendrons sur ce point au paragraphe suivant, car le droit administratif est en grande partie un droit de standards et directives.

III. — Il y a, en effet, un domaine de la règle de droit et un domaine de l'élément standard-directive.

Sont dans le domaine de la règle de droit, d'après Sanhoury, tous les chapitres du Droit qui, soit pour la sécurité des relations juridiques, soit pour la garantie de libertés primordiales, sont dominés par le besoin de stabilité et, par conséquent, exigent que le pouvoir soit lié par des règles qui lui soient extérieures : « Droit pénal, quant à la définition des délits, non pas nécessairement quant à l'appréciation de la peine ; droit de la procédure, droit commercial, dans la lettre de change, le billet à ordre, etc. ; droit civil, dans le régime de la propriété, les droits réels, les sûretés réelles, dans le statut familial, mariage, filiation, successions et régime matrimoniaux. » Il est à remarquer que ces éléments statiques composent ce qu'on peut appeler la *constitution sociale d'un pays*.

Sont dans le domaine de l'élément *standard-directive* toutes les parties du droit qui, congénitalement ou accidentellement, se trouvent avoir besoin de mobilité, de souplesse, d'adaptabilité de la jurisprudence, et pour lesquelles on est obligé de sacrifier, dans une certaine mesure, la stabilité, pour laisser au juge ou à l'administrateur la liberté d'allures nécessaire, s'en remettant aux standards et directives intérieurs à son propre pouvoir.

Dans le droit privé, actuellement, toutes les matières qui sont en crise et en évolution, par suite de l'avènement de l'ère industrielle, les relations entre le capital et le travail, les associations de personnes et de capitaux, sociétés, trusts et cartels, le contrat de louage d'ouvrage, les diverses matières de la législation industrielle. Le retour offensif des institutions sociales et les statuts qui s'en dégagent provoquent aussi l'application de la directive tant que des règles législatives ou coutumières n'ont pas été posées ; nous venons d'en voir des exemples avec les fonds de commerce. Quant au droit public, il abonde en standards-directives, particulièrement le droit administratif, ainsi que nous le verrons au paragraphe suivant.

IV. — Al Sanhoury, dans les pages 63 et 65, examine et réfute une série d'objections que l'on peut faire au

système des standards et directives. Nous ne le suivrons pas dans cette discussion. Il a cru devoir s'y arrêter parce qu'il a vu dans ce procédé un phénomène relativement exceptionnel, ne se produisant qu'à des époques d'extrême civilisation, procédé, d'ailleurs, qu'il estime supérieur à celui de la règle de droit. Nous reviendrons sur cette question d'histoire et sur ce jugement de valeur, mais nous pouvons dire tout de suite, d'accord avec Lambert dans sa préface, que les procédés du standard et de la directive nous paraissent être de tous les temps, qu'à toutes les époques, plus ou moins, ils occupent une bonne partie des provinces du droit, que d'ailleurs ils constituent des procédés du droit inférieurs à celui de la règle de droit, que, pour cette raison, ils reculent souvent devant elle, comme aussi les crises politiques et sociales, les mutations plus ou moins brusques qu'entraîne le mouvement incessant de la civilisation, les font reparaître dans des matières précédemment régies par des règles de droit, parce que des nouveautés s'y sont produites qui réclament, provisoirement au moins, leur secours, ce qui fut, par exemple, le cas pour les *restraints of trade*. Ainsi le standard et la directive, aussi nécessaires dans leur genre à la technique du droit que la règle du droit elle-même, secondant celle-ci, la précédant et souvent la préparant, n'ont pas besoin d'être justifiés. Quelles que soient leurs imperfections, ils sont nécessaires et cette nécessité est proclamée par toute l'histoire du droit.

V. — Très intéressant et très instructif sera un bref exposé des tâtonnements de la jurisprudence anglaise dans le maniement des standards en la matière des *restraints of trade*. Al Sanhoury, qui étudie soigneusement cette évolution, l'a divisée en quatre phases :

1° Jusqu'au dix-huitième siècle, prohibition absolue de toute restriction contractuelle à la liberté du travail, application rigoureuse de la règle du Common law ;

2° Depuis le début du dix-huitième siècle (cas *Mitchel c. Reynold*), distinction entre les restrictions générales nécessairement nulles et les restrictions partielles qui peuvent être valables sous de certaines conditions : si elles sont *limitées* quant au temps et quant au lieu ; si elles renferment une *considération appréciable*, c'est-

à-dire une compensation pécuniaire pour celui qui subit la restriction ; enfin si elles sont rationnelles, c'est-à-dire à la fois dans l'intérêt du promettant, du stipulant et de la *public policy*. A cette époque, le standard de la restriction partielle, qui était en soi un standard d'*expediency*, s'accompagnait donc de deux sous-directives, celle de la considération appréciable et celle de la rationalité ;

3° A partir de 1893 et à propos du cas *Nordenfjell*, changement de standard, la sous-directive de *rationalité* devient le standard de *rationalité* ; l'ajustement équilibré des intérêts économiques du promettant et du stipulant avec l'intérêt de la *public-policy* devient la grande affaire et, en somme, la conception de la *public-policy*, qui se confond ici avec la protection des entreprises existantes, devient prédominante. Il ne s'agit plus de protéger des libertés particulières, mais bien plutôt de protéger une entreprise déterminée, tant qu'on ne risque pas de lui assurer un monopole nuisible au public.

Dans cette limite, on peut laisser l'entreprise se garantir par des stipulations contractuelles restreignant la liberté de la concurrence. La crainte du monopole n'a pas complètement disparu, mais elle est contrebalancée par la pensée que le public lui-même est intéressé à ce que chacun conserve la liberté du contrat pour pouvoir tirer le plus haut profit de ses entreprises. Il y a donc lieu à une conciliation ;

4° Avec les années 1913 et 1916 les cas *Mason* et *Saxelby* ouvrent une dernière phase. La prédominance de l'intérêt de l'entreprise n'est plus reconnue qu'en ce qui concerne les cessions de fonds de commerce. Dans le domaine du louage de services, l'intérêt de l'entreprise fléchit devant le droit de l'employé à assurer sa subsistance et devant l'intérêt qu'a la collectivité à s'opposer à ce que l'employeur abuse de sa supériorité dans le marchandage des conditions du travail. Deux faisceaux de sous-directives se dégagent pour guider le juge dans l'application du standard de rationalité aux clauses de restrictions des ventes de fonds de commerce, d'une part, et des engagements d'employés, d'autre part ; admission jusqu'à preuve contraire de la rationalité des premières et de l'irrationalité des secondes ;

présomption en faveur de l'existence dans les unes et de l'absence dans les autres d'une considération suffisante ; subordination de la validité de ces dernières à la conformité à l'usage ; application à leur encontre d'une notion plus rigoureuse de l'indivisibilité et d'une distinction entre la « connaissance objective » et la « connaissance subjective » des secrets du commerce.

§ 2.

*Le dualisme de la police juridique et du fond du droit dans ses rapports avec l'opposition du droit administratif et du droit commun.*

Le droit public est infiniment plus riche que le droit privé en police juridique, en standards et en directives, du moins en droit français où la juridiction du juge civil a été tellement diminuée et resserrée.

Nous ne suivons pas les indications qu'on pourrait trouver en ce sens dans le droit international public et dans le droit constitutionnel, l'espace nous étant beaucoup trop mesuré ; nous nous bornerons au droit administratif et à ses rapports avec le droit commun. Nous dépassons ici le livre de Sanhoury, qui est limité à une jurisprudence anglaise très déterminée, mais nous ne dépassons pas ses idées, dont il aura sans doute plaisir à mesurer la puissance d'expansion.

Le droit administratif contient une matière considérable, il est à la fois voisin du droit commun et cependant très différent de lui, il renferme beaucoup de directives, mais aussi des règles de droit. Son étude est d'autant plus intéressante que le parallélisme entre la police juridique et le fond du droit peut y être suivi, non seulement dans les comparaisons avec le droit civil, mais encore dans la comparaison des chapitres administratifs entre eux.

Dans les pays à régime administratif fortement constitué comme la France, le droit administratif semble s'être séparé du droit civil pour absorber en lui tout ce que ce droit contenait antérieurement de police juridique et de directives, et ne laisser à ce droit civil épuré que le fond du droit dans un ensemble cohérent de règles de droit. Le sens de cette évolution a été fortement marqué par Edouard Lambert et ses collabora-

teurs (cfr. Sanhoury, p. 59 et s. ; Wassermann, *L'œuvre de la Federal Trade Commission aux Etats-Unis*, préface de Lambert et corps de l'ouvrage ; el Araby, *La Conscription des neutres*, p. 217) ; à la suite, d'ailleurs, du doyen de l'École de droit d'Harvard, Roscoe Pound, dans ses travaux sur l'application administrative du Droit.

Le sens de l'évolution peut être établi tant par l'examen de l'état actuel du droit administratif que par l'histoire de sa formation.

I. — L'état actuel du droit administratif français, au point de vue de l'importance de l'emploi des standards et directives, peut être envisagé : 1° dans la procédure par décision exécutoire usitée pour toute opération administrative ; 2° dans le contentieux suscité par cette procédure, particulièrement dans celui de l'excès de pouvoir ; 3° enfin, dans les matières administratives elles-mêmes, soit dans les polices, soit dans les diverses opérations de réquisition consentie que l'on peut qualifier de moyens de gestion des services publics :

1° Le propre du pouvoir administratif étant d'agir d'office, à la différence du pouvoir judiciaire qui n'agit que saisi d'une demande en justice, l'administration jouit pour ses initiatives d'une procédure par décision exécutoire.

Le trait caractéristique de cette procédure est une séparation entre le point de droit et le point de fait, c'est-à-dire que l'autorité administrative commence par déterminer, au moyen d'une décision exécutoire, son droit à procéder à une certaine opération et que toute exécution d'opération doit, en principe, être précédée d'une décision exécutoire. D'ailleurs, des autorités administratives relativement rares ont le pouvoir de prendre ces décisions, tandis que les agents d'exécution sont légion. La décision exécutoire est elle-même l'exercice d'une prérogative de procédure, car, en affirmant le droit de l'administration, elle le rend exécutoire comme s'il avait été vérifié par un juge ; en ce sens elle est source de droit, mais surtout source de directives, car presque toujours elle impliquera l'affirmation que l'exécution de telle ou telle opération est d'utilité publique ou est pour le bien du service et, bien entendu,

cette affirmation supposera des directives sur l'utilité publique ou sur le bien du service.

C'est ainsi que la décision exécutoire qui ouvre la procédure de l'expropriation contient une déclaration de l'utilité publique de celle-ci et, implicitement, l'affirmation que cette utilité publique est suffisante pour justifier l'expropriation des terrains. La notion d'utilité publique elle-même peut évoluer vers l'utilité sociale, si l'administration admet cette directive nouvelle dans sa déclaration d'utilité publique et si le Conseil d'Etat n'y voit pas d'excès de pouvoir.

Dans la police des manifestations extérieures des cultes, les autorités municipales peuvent obéir plus ou moins à des directives de laïcité et interpréter en ce sens la préoccupation de l'ordre public. La directive de laïcité est, d'ailleurs, *saisissable* dans un grand nombre de décisions administratives, jusque dans les refus d'approbation des statuts de sociétés de secours mutuels. Des directives socialistes se révèlent aussi dans les délibérations de certains conseils municipaux. Ce ne sont là que des exemples choisis parmi les plus frappants. La directive est tellement naturelle à la décision exécutoire que le recours pour excès de pouvoir, dans son ouverture du détournement de pouvoir, ne vise que les directives de l'administration, ainsi que nous allons le constater.

Notons, avant d'aborder l'examen des recours contentieux, que la décision exécutoire crée par elle-même une situation juridique opposable à tous et que, si, dans cette situation juridique, se trouvent impliquées des directives, très reconnaissables en ce qu'elles sont inspirées par des circulaires administratives, elles en font partie à titre d'éléments juridiques, si bien que leur effet ne peut être détruit que par l'annulation de l'acte. Sans doute, ces situations juridiques sont de celles que les juristes romains eussent qualifiées d'*imperio continentia* ; elles ne sont soutenues que par le pouvoir administratif et sont entachées de précarité. Néanmoins, des entreprises d'une grande importance et investissant des capitaux considérables se risquent dans ces situations juridiques spéciales et y vivent fort bien, d'autant que le Conseil d'Etat, par sa jurisprudence, s'attache à consolider leur situation, telles, par exemple, avant la loi du 27 février 1925, les compagnies possé-

dant des réseaux de distribution électrique établis par simple permission de voirie ;

2° Dans la matière des recours contentieux provoqués par la procédure de la décision exécutoire, nous allons voir apparaître les directives du juge administratif en conflit avec celles de l'administration. Il s'en trouve dans le contentieux de la pleine juridiction aussi bien que dans celui de l'annulation et de l'excès de pouvoir, mais surtout dans ce dernier.

Il convient, pour passer en revue les directives du juge dans le recours pour excès de pouvoir, de faire la distinction classique entre les conditions de recevabilité du recours et les ouvertures au fond :

A. — Les conditions de recevabilité ou fins de non-recevoir sont relatives à la nature de l'acte, aux formes et délais, à la qualité du réclamant, à l'existence d'un recours parallèle ; nous sommes obligés de nous borner aux directives contenues dans les deux dernières fins de non-recevoir, bien qu'il y en ait aussi de bien intéressantes dans les deux premières, quand ce ne serait que la distinction de l'acte de gouvernement et de l'acte d'administration ou encore la directive du Conseil d'Etat qui a éliminé la catégorie des actes discrétionnaires.

La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité du réclamant a permis au Conseil d'Etat de dégager deux directives extrêmement importantes : la première est que l'intérêt nécessaire pour que le réclamant puisse saisir le juge n'est pas nécessairement tiré d'un droit acquis, mais qu'il suffit d'un de ces intérêts légitimes nés des situations juridiques créées par l'administration elle-même, bien que précaires ; la seconde directive est que la possibilité d'une action politique ou électorale n'enlève pas au réclamant l'intérêt qu'il a à user du recours contentieux (hypothèse du recours du contribuable). Par ces deux directives, la jurisprudence du Conseil d'Etat a situé le champ d'action du recours pour excès de pouvoir dans un plan qui n'est ni celui de la vie civile, ni celui de la vie politique, mais, proprement, celui de la vie administrative, elle en a fait non pas une *actio popularis*, mais une action largement ouverte à tous les intérêts administratifs.

La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un

recours parallèle a tellement tourné à la directive que, depuis longtemps déjà, j'ai pu parler à son occasion d'une « politique jurisprudentielle » du Conseil d'Etat. Il s'agissait tout simplement de frayer au recours pour excès de pouvoir sa route propre au milieu de toutes les voies d'action ou d'exception déjà existantes sans faire accuser le Conseil d'Etat de se livrer à des évocations.

Il y a bien des hypothèses où le réclamant pourrait obtenir une certaine satisfaction par des voies de droit ordinaires. Bien loin d'admettre que le recours pour excès de pouvoir fût *subsidaire*, c'est-à-dire, ne pût être employé qu'à défaut de toute autre voie de droit, le Conseil d'Etat est arrivé à cette directive qu'il pourrait être employé toutes les fois que le réclamant n'aurait pas à sa disposition une voie d'action lui permettant d'obtenir immédiatement le même résultat que le recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire, l'annulation de la décision exécutoire qui lui fait grief.

C'est placer le recours pour excès de pouvoir exactement dans le plan de la police juridique, l'interpréter dans le sens d'un référé permettant de trancher une question urgente et de faire tomber la menace de la procédure exécutive, tout en laissant intact le fond du droit. Il est seulement fâcheux que des mesures de procédure n'aient jamais été prises pour assurer, dans un bref délai, le jugement du recours, car il serait conforme à son type qu'il fût jugé dans le délai de trois mois, ce qui permettrait presque toujours à l'administration de surseoir à l'exécution de son opération jusqu'à la solution de ce litige préalable.

B. — Les ouvertures à recours pour excès de pouvoir sont également au nombre de quatre : l'incompétence, la violation des formes, la violation de la loi et le détournement de pouvoir. Non seulement ces ouvertures sont fécondes en directives, surtout la dernière, dont seule nous nous occuperons, mais encore, elles se font une sorte de concurrence, dont le véritable sens est la lutte de la règle de droit contre la directive.

a) L'ouverture du détournement de pouvoir est particulièrement riche en directives. On en peut rapprocher, à ce point de vue, l'incompétence *ratione materiae* qui soulève la question de savoir jusqu'où l'action

administrative peut entreprendre sur la vie privée (question de l'étatisme ou de la municipalisation des services). Le Conseil d'Etat a suivi jusqu'ici une ligne de conduite très prudente, n'autorisant les empiétements de l'administration que pour des besoins urgents de police et lorsque l'initiative privée est visiblement défailante. C'est ainsi qu'il a autorisé certaines communes à établir un service de médecine gratuite pour tous les habitants dans des régions où aucun médecin ne s'établissait spontanément pour faire de la clientèle. Les bains-douches à prix réduit ont également bénéficié de sa faveur.

La jurisprudence sur le détournement de pouvoir n'est qu'un jaillissement de directives. On ne saurait en être surpris quand on réfléchit qu'ici le juge scrute les motifs de la décision exécutoire, que ces motifs révèlent forcément les directives de l'autorité administrative qui a pris la décision et que le juge est naturellement amené à opposer ses directives à celles de l'administrateur. La formule du Conseil d'Etat, lorsqu'il annule une décision pour détournement de pouvoir, est que *l'auteur de l'acte a usé de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré*. Il n'y a ni incompétence, ni violation des formes, ni violation de la loi, il y a fausse directive.

C'est surtout dans les matières de police que le Conseil d'Etat a été amené à redresser les directives de l'administration. Par exemple, il a formulé les principes suivants : la police municipale ne doit pas être employée dans le but d'assurer des ressources pécuniaires à la commune, ni dans le but d'élever des barrières douanières entre communes ; ni dans un but de laïcité qui porterait atteinte à la liberté des cultes, lorsque l'ordre public dans la rue n'est pas sérieusement menacé (affaires des manifestations extérieures du culte et des processions).

Dans ces dernières affaires on retrouve un principe d'équilibre et de balance des pouvoirs et des libertés qui rappelle celui de la balance des intérêts caractérisant le standard de rationalité : « Considérant que, s'il appartient au maire de régler la circulation dans l'intérêt de l'ordre public, il est tenu de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la liberté des cultes

garantie par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 décembre 1905, etc. » De plus, étant donné qu'il s'agit de restrictions à la liberté des cultes considérée comme fondamentale, le Conseil d'Etat a été conduit à la même distinction entre la restriction générale et la restriction partielle que nous avons vue pratiquée par la jurisprudence anglaise en matière de *restraints of trade*; il annule impitoyablement les arrêtés municipaux interdisant toute manifestation extérieure du culte, parce qu'il n'est pas raisonnable de penser que l'ordre public puisse être troublé par des cérémonies telles que les cortèges funèbres; pour ce qui est des interdictions partielles, telles que celles des processions, il les examine dans chaque cas particulier et il admet encore la sous-direc-tive du caractère traditionnel de ces cérémonies dans la commune.

En vertu de la même idée de la balance des pouvoirs et des libertés, dans la police de la salubrité, le Conseil d'Etat admet que les injonctions de la police doivent se borner à prescrire aux propriétaires des terrains et des maisons d'obtenir un certain résultat d'assainisse-ment, *en leur laissant le libre choix des moyens* (à moins qu'un texte de loi ne l'autorise à prescrire des moyens déterminés).

La police ne doit pas non plus favoriser certaines entreprises au détriment des autres; autrement dit, des monopoles ne doivent pas être créés par mesure de police. Ici, nous rencontrons l'idée de la *considération* qui a joué un rôle dans l'élaboration de la jurisprudence anglaise sur les *restraints of trade* (V. paragraphe précé-dent). En effet, si des monopoles ne peuvent pas être créés par décision de police, en revanche, il en peut être créé par contrat administratif, par exemple, par un contrat de concession de l'éclairage municipal. La raison de cette différence est que dans le contrat, où des avan-tages sont stipulés au profit de la ville, l'intérêt public trouve une compensation. Le public paiera le gaz plus cher, mais il paiera peut-être moins d'impôts. En somme, c'est une affaire, tandis que dans le cas du monopole créé par mesure de police, il n'y a aucune affaire profitable pour le public.

b) Nous avons déjà annoncé qu'entre certaines des ouvertures à recours pour excès de pouvoir, il s'est

établi une concurrence qui n'est qu'un épisode de la lutte entre la règle de droit et l'élément standard-directive. Elle a été provoquée par une généreuse imprudence du Conseil d'Etat du second Empire qui, désirant faire bénéficier des facilités de procédure dont jouit le recours pour excès de pouvoir un très ancien recours contentieux en violation de la loi et des droits acquis, a tout simplement annexé ce recours à celui de l'excès de pouvoir en faisant de la violation de la loi et des droits acquis une quatrième ouverture de l'excès de pouvoir.

Cette annexion devait occasionner un ébranlement de l'institution du recours pour excès de pouvoir tellement profond que l'équilibre n'est pas encore retrouvé après plus d'un demi-siècle. Je passe sur des difficultés de procédure qui se produisirent au début et qui provenaient de ce que les conditions de recevabilité du recours n'étaient pas les mêmes dans la quatrième ouverture que dans les trois ouvertures primitives. Ces difficultés sont aplanies depuis 1906, la condition du droit acquis a été éliminée par le Conseil d'Etat et l'ouverture de la violation de la loi fonctionne maintenant au bénéfice des simples intérêts froissés, même s'ils ne proviennent pas d'un droit acquis, tout comme fonctionnent les ouvertures de l'incompétence, de la violation des formes et du détournement de pouvoir.

Mais cette unification des règles de procédure s'est traduite par un élargissement du champ d'action de l'ouverture de la violation de la loi, la condition de la violation du droit acquis ayant disparu et la violation de la loi s'entendant de la violation de toute règle générale obligatoire pour l'administration, même réglementaire. La masse des lois et des règlements est telle qu'il a paru invraisemblable qu'un excès de pouvoir quelconque ne se heurtât pas à un texte et ne pût pas être considéré comme une violation de ce texte. De cette constatation à la conclusion simpliste que l'ouverture de la violation de la loi devait absorber les trois autres ouvertures et que l'excès de pouvoir devait se confondre avec l'illégalité, il n'y avait qu'un pas qui fut vite franchi, surtout par l'école de la règle de droit objective, qui vit tout de suite, dans cette évolution, une bonne occasion pour tirer la matière de l'excès de

pouvoir vers le fond du droit et en faire une simple catégorie des nullités juridiques de l'acte administratif pour violation de la règle de droit.

Cependant, l'ouverture du détournement de pouvoir a pratiquement résisté à l'assimilation, il était difficile de la confondre avec la violation de la loi puisque, par définition, c'est une ouverture qui fonctionne quand aucune des trois autres n'est invocable dans l'espèce. Il y a donc maintenant, dans les ouvertures à recours, deux pôles d'attraction : d'une part, la violation de la loi, qui représente la suprématie de la règle de droit, la limitation du pouvoir administratif par un pouvoir extérieur, ce qu'on peut appeler l'*hétéro-limitation* ; d'autre part, le détournement de pouvoir, qui représente la survivance du vieux principe de l'*auto-limitation* du pouvoir administratif et qui suppose la violation, non pas de règles de droit établies, mais de simples directives de la bonne administration. Entre ces deux pôles d'attraction, c'est bien la concurrence et la lutte du fond du droit et de la police juridique. Le fond du droit a marqué une avance considérable dans le bond qu'a fait l'ouverture de la violation de la loi. Cette avance est dans le sens de l'évolution qui veut que le fond du droit se nourrisse au détriment de la police juridique à mesure que se stabilisent les directives de celle-ci. Mais il est également conforme à l'évolution que la couche de la police juridique se reconstitue dans de nouvelles matières, avec ses directives souples et mobiles, et c'est pourquoi l'ouverture du détournement de pouvoir se maintiendra avec son caractère traditionnel, car elle fait pénétrer le contrôle du juge dans une région mouvante, celle des motifs des décisions administratives, où l'application des règles de droit préétablies et rigides paraît bien impossible ;

3° Il ne faudrait pas croire que dans le droit administratif le domaine de la directive soit limité à la procédure par décision exécutoire ou au contentieux de l'annulation ; il y en a dans toutes les matières et même dans le contentieux de la pleine juridiction, mais nous sommes obligé de nous borner ; nous ne rappellerons que quelques exemples très connus et en même temps très significatifs :

a) D'abord, la règle de la spécialité en matière de

dons et legs aux établissements publics ; on sait qu'aux termes des articles 910 et 937 du Code civil, ces libéralités n'auront leur effet qu'autant que l'acceptation en aura été autorisée par le gouvernement.

Les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas prévoir que le Conseil d'Etat (*statuant en qualité de corps consultatif*), appelé à préparer les décrets d'autorisation, adopterait la directive très discutable, dite de la spécialité, c'est-à-dire, n'admettrait l'autorisation d'accepter que pour les libéralités dont les charges ne tendraient pas à faire sortir l'établissement de sa spécialité fonctionnelle très strictement entendue ; ils ne pouvaient surtout pas prévoir qu'il en arriverait à faire accepter par des bureaux de bienfaisance, établissements non institués, des libéralités à charge d'aumônes adressées à des fabriques d'Eglise auxquelles il avait refusé l'autorisation d'accepter.

Cette directive arbitraire n'est jamais devenue une règle de droit en ce sens que les juridictions civiles, lorsqu'elles ont été saisies de la question, se sont généralement refusées à transformer cette sorte de règle de police administrative en une incapacité civile empêchant l'établissement institué de recevoir la libéralité ; à plus forte raison, se sont-elles refusées à admettre que la libéralité pût être valablement acceptée par un établissement non institué. Mais cette directive s'est parfaitement appliquée dans la pratique, parce que l'administration avait le pouvoir d'en assurer l'exécution par ses propres moyens. La fabrique ne pouvait point prendre possession du montant de la libéralité sans l'autorisation de l'administration, le bureau de bienfaisance, lui, prenait possession avec l'autorisation ; sans doute, l'auteur de la libéralité ou ses héritiers pouvaient réclamer et obtenir la révocation pour inexécution des conditions, mais souvent l'administration disposait de moyens de pression suffisants pour les engager à se taire, ou bien elle obtenait leur consentement à la substitution de bénéficiaire, ou bien il n'y avait qu'à attendre l'accomplissement de la prescription. La règle de la spécialité a fonctionné pendant tout le dix-neuvième siècle ; elle a soutenu des situations juridiques fondées uniquement sur le pouvoir administratif, elle présente un certain caractère d'arme

de guerre contre la propriété ecclésiastique, mais n'en constitue pas moins un exemple très net de ce que peut une directive, encore que celle-ci ne fût qu'une directive de la pratique et non pas de la juridiction administrative (cfr. Michoud et Trotabas, *La théorie de la personnalité morale*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 182 et s.);

b) La théorie jurisprudentielle édictée par le tribunal des conflits et par le Conseil d'Etat en matière de responsabilité des administrations publiques pour faits de service et de responsabilité des fonctionnaires pour faits personnels est un autre exemple très net de directive. Elle contient en réalité un groupe complexe de directives dont les unes ont eu pour but immédiat de réserver, autant que possible, les responsabilités administratives à la compétence de la juridiction administrative et se sont dans ce but fortement établies sur le principe de la séparation des pouvoirs, dont les autres, qui ont joué le rôle de sous-directives, ont défini peu à peu la distinction si intéressante et si neuve du fait de service et du fait personnel.

Nous ne nous arrêterons pas aux directives relatives à la compétence, qui sont les plus connues. Chacun sait que le tribunal des conflits, dans son arrêt *Pelletier* du 26 juillet 1873, a refusé d'appliquer le décret-loi du 19 septembre 1870 en tant que celui-ci paraissait attribuer à l'autorité judiciaire la compétence pour apprécier la responsabilité des fonctionnaires encadrés dans un service administratif. Il a fait là une interprétation hardiment constructive d'un texte qui, en un sens contraire, avait paru clair à la Cour de cassation (3 juin 1872, *Méyère*) et même au Conseil d'Etat (7 mai 1871, *de Cumont et Stofflet*), et cette interprétation implique la directive constitutionnelle de la supériorité du principe de la séparation des pouvoirs en tant qu'elle s'imposerait au législateur ordinaire. Toujours est-il que le tribunal des conflits a fait triompher ainsi un système d'après lequel tout tribunal judiciaire, saisi d'une poursuite contre un fonctionnaire, peut être dessaisi par un arrêté de conflit basé sur le caractère administratif de l'acte accompli.

Les tribunaux judiciaires ne se considèrent pas comme liés par cette directive et ils jugent toujours lorsqu'ils sont saisis, à moins qu'ils ne soient arrêtés

par le conflit ; mais la directive triomphe quand l'autorité administrative élève le conflit.

Ce qui est moins connu, c'est le sens véritable de la sous-directive à l'aide de laquelle le Conseil d'Etat a établi la distinction du fait de service et du fait personnel. Le but principal de cette distinction a été de réserver à la compétence administrative les responsabilités encourues du fait d'un fonctionnaire lorsque le fait est resté dans les cadres du service et, au contraire, d'abandonner cette compétence aux tribunaux judiciaires, lorsque le fait a été commis complètement en dehors des cadres du service. La sous-directive a donc commencé par être relative à la compétence, mais, par la force des choses, elle a évolué vers le fond.

En effet, lorsque l'administration couvrait son fonctionnaire, sous le prétexte qu'il n'avait commis qu'un fait de service et le soustrayait aux poursuites personnelles, elle commettait, en somme, un déni de justice, en ce sens que la victime du préjudice ne trouvait plus devant elle aucun responsable et n'était plus indemnisée. Bientôt se fit jour l'idée de la responsabilité directe de l'administration publique pour fait de service et de la compétence au fond du Conseil d'Etat pour juger ces cas de responsabilité. Alors, le fait de service devint un fait obligatoire et l'évolution de la directive fut très intéressante.

La responsabilité pour faute, en droit commun, trouve son principe dans un quasi-délit, mais il ne pouvait plus être question d'un quasi-délit du fonctionnaire, puisque celui-ci était mis hors de cause ; ce sera donc le quasi-délit du *service* auquel appartient le fonctionnaire, service envisagé dans les cadres de son personnel, dans son organisation réglementaire, dans les instructions hiérarchiques dont il est pourvu et aussi dans ses pratiques habituelles, c'est-à-dire dans ses mœurs. Tant que le fait commis reste dans ces cadres matériels et moraux du service, il n'est qu'un fait du service ; mais qu'est, en réalité, un service administratif ainsi compris, et comment son acte engage-t-il la responsabilité de la personne morale administrative ? Réponse : le service est ce que, dans la théorie des personnes morales corporatives, on appelle un « organe », et les personnes morales sont, en effet,

engagées par leurs organes qui sont en même temps leurs gouvernants. Et, comme la personne morale et ses organes ne font qu'un, toutes les fois que ceux-ci sont dans la ligne de leurs fonctions, la responsabilité de l'administration, qui est celle du service, et la responsabilité personnelle du fonctionnaire ne se cumulent point à raison d'un même fait.

Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il construit, dans la matière du fait de service, par une directive très sûre, une très exacte doctrine organique, tout simplement parce qu'il a écarté le principe civiliste de la responsabilité du commettant et qu'alors la logique organique, pour laquelle l'organe de la personne morale n'est pas un préposé, mais un gouvernant, a jailli spontanément avec ses conséquences. Tel est le sens des célèbres arrêts *Blanco* et *Branciel*, *Conflits*, 1<sup>er</sup> février 1873 (conf. ma note sous *Cons. d'Et.*, 24 mai 1924, *Limetti*, S. 1924.3.49) ;

c) La théorie de l'imprévision organisée par le Conseil d'Etat, au cours de la guerre de 1914, à l'occasion des bouleversements apportés à la situation des concessionnaires de services publics par la hausse exceptionnelle des prix des charbons, nous fournira notre troisième exemple de directive, déjà célèbre, bien qu'elle ne date réellement que de l'arrêt *Gaz de Bordeaux* du 30 mars 1916. Cette matière serait beaucoup trop riche si nous devons l'examiner dans tous ses détails et des sous-directives pourraient être critiquées. Nous voulons borner notre examen à la directive principale et à ce que l'on peut appeler le fondement de la doctrine de l'imprévision, parce que cela intéresse l'extension possible de la théorie à des contrats du droit civil.

La directive du Conseil d'Etat n'est pas douteuse ; il s'est trouvé en présence de contrats dominés par des institutions dont il était d'intérêt public de ne pas interrompre le fonctionnement ; ces institutions étaient soit des services publics d'éclairage, soit des services de transport. Il a imposé, d'une part, au concessionnaire l'obligation de continuer son service, d'autre part, à l'administration concédante, l'obligation d'indemniser le concessionnaire pour les pertes dépassant les prévisions contractuelles avec, cependant, une certaine répartition de la perte entre les deux contractants. Il

a, d'ailleurs, agi avec un véritable pouvoir discrétionnaire, délivrant au conseil de préfecture, devant lequel il renvoyait les parties, une véritable formule pour lui tracer la marche à suivre, formule qui, au moyen d'un standard, évoque tous les éléments d'indemnité à faire entrer en ligne de compte (Cons. d'Et., 23 juin 1922, *Gaz de Morlaix*), invitant les parties à faire un nouveau contrat, etc.

Sa directive est donc que les contrats dominés par une institution ne sont pas des contrats ordinaires, qu'ils sont pour assurer le fonctionnement de l'institution et que la volonté des parties doit être pliée aux nécessités de ce fonctionnement. Nous ne rechercherons pas ici si ce fondement permet d'étendre la théorie à des contrats de droit civil dominés par des institutions sociales. Nous nous bornons à constater que tout autre fondement serait en dehors des directives du Conseil d'Etat et qu'alors ce ne serait plus l'extension de sa théorie (cf. mon article, dans *Revista de Derecho privado*, 15 janvier 1926).

II. — Après avoir passé en revue les catégories de *standards* et *directives* que possède le droit administratif, nous devons expliquer l'extraordinaire richesse de ce droit, à ce point de vue, par l'histoire de sa formation ; la séparation du droit administratif et du droit civil n'ayant été, en somme, que celle de la police juridique et du fond du droit, lesquels, mêlés dans la jurisprudence judiciaire de l'ancien régime, s'étaient séparés dans le régime nouveau qui date beaucoup plus de la monarchie administrative que de la Révolution de 1789. Nous ne nous dissimulons pas l'impossibilité qu'il y aurait à faire, en quelques pages, l'histoire de la formation du droit administratif français à ce point de vue spécial, mais il s'agit bien moins de suivre une histoire que de comprendre la position d'une question historique.

Or, il est évident, pour tout esprit averti, que l'établissement du régime administratif, en France, n'a pas été une construction superposée à celle d'un régime judiciaire préexistant qui aurait été respecté, mais au contraire un envahissement progressif d'une partie de l'édifice judiciaire par l'action administrative des intendants et du Conseil du roi ; envahissement ayant pro-

voqué de véhémentes protestations des parlements judiciaires et finalement leurs rébellions politiques du dix-huitième siècle ; à la Révolution ces régions envahies du domaine judiciaire ont été l'objet d'un arrachement définitif que le principe de la séparation des pouvoirs a constitutionnellement consacré. Or, ces régions séparées étaient bien celles où dominait la police juridique des parlements ; il suffit de rappeler l'interdiction fulminée par les lois révolutionnaires, à l'adresse des tribunaux judiciaires, de s'immiscer dans aucune affaire administrative ou de citer à leur barre des administrateurs ou de leur signifier aucune injonction, toutes démarches qui étaient celles de la police juridique. Et le complément naturel de cette police est visé, à son tour, par l'article 5 du Code civil qui interdit aux tribunaux de procéder désormais « par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises », c'est-à-dire d'établir à l'avance leurs directives jurisprudentielles. D'ailleurs, on sait bien que le pouvoir judiciaire a été décapité à la Révolution, relégué dans la juridiction contentieuse pure et simple et que, ce qu'il a perdu, c'est son ancienne juridiction gracieuse ou juridiction d'office correspondant à la police juridique.

Cela posé, il est intéressant de se demander pourquoi la séparation du pouvoir administratif et de l'autorité judiciaire, qui s'est opérée ainsi en France sur la base de la séparation de la police juridique et du fond du droit, ne s'est pas produite dans les pays anglo-saxons. Outre les raisons politiques qui peuvent être alléguées et que nous ne retiendrons pas, il y a, croyons-nous, de cette différence de destinée entre les deux peuples, deux raisons techniques sérieuses :

1° En Angleterre, l'unité dans l'application du droit avait été obtenue de bonne heure par le système des Cours suprêmes étendant leur ressort à tout le royaume. Ce procédé judiciaire ayant donné satisfaction au besoin d'unification, on ne fut pas tenté d'en chercher un autre. Au contraire, en France, à raison de la politique imposée par les événements aux rois dans leur œuvre de reconstitution du royaume, le système de la Cour suprême unique ne put pas être réalisé ; il y eut quinze ou seize parlements judiciaires régionaux dont les juris-

prudences devinrent particularistes. On conçoit que, n'ayant pu réussir à unifier l'application du droit par le procédé judiciaire, la monarchie française se soit emparée du procédé administratif lorsque le développement du Conseil du roi et les chevauchées de ses maîtres des requêtes lui en eurent fourni le moyen. Cette évolution, pleine de conséquences, fut le germe de la conception du pouvoir administratif comme pouvoir de police civile chargé d'assurer l'application des lois, conception qui devait entraîner l'indépendance du pouvoir administratif vis-à-vis du judiciaire et la primauté de la police par rapport à la justice ;

2<sup>o</sup> Si, d'autre part, les matières progressivement enlevées à la compétence des tribunaux judiciaires pour passer dans celle des intendants furent les matières de police juridique, ce fut pour deux raisons. D'abord, la nécessité de l'action d'office ; sans doute, il y en avait une des tribunaux d'ancien régime, mais irrégulière et chaotique, tandis qu'il eût fallu une police préventive à l'action vigilante et suivie. Ensuite, la nécessité d'une compétence technique d'expert qui dépassât la compétence purement juridique des magistrats de formation judiciaire.

A un moment donné, par suite du développement économique et des relations nouvelles qu'il entraîna et qu'il fallut organiser au plus vite par la police juridique, il se produisit un écart entre la tâche à accomplir et la compétence du personnel judiciaire. Ce fut donc une crise de compétence qui amena la formation du personnel administratif, tant dans ses éléments actifs que dans les bureaucratiques. Cela signifie que le personnel judiciaire est incapable de s'adapter à de nouvelles compétences au delà de certaines limites et qu'à un moment donné l'évolution s'arrête, pour faire place à une mutation brusque qui donne naissance à un nouveau type.

Ce qui s'est passé en France au dix-septième siècle, se produit aux États-Unis d'Amérique au vingtième, et c'est la leçon du très intéressant travail de Wassermann sur l'œuvre de la *federal trade commission* (vol. XIII de la bibliothèque de l'Institut de Lyon). Pour l'application de la loi *Sherman* contre les trusts, c'est-à-dire pour la distinction des bons et des mauvais trusts,

l'action de la Cour supérieure de justice ne fut pas suffisante. Il fallut, par l'act du 26 septembre 1914, créer une police publique du commerce au moyen d'une commission administrative qui fut destinée à servir : 1<sup>o</sup> d'organe d'information et de publicité ; 2<sup>o</sup> d'organe de jugement pour les causes qui, par leur caractère économique, échappent à la compétence des cours de justice ordinaires. Cette commission, dont les cinq membres sont nommés dans les mêmes conditions que ceux de la Cour suprême, est à la fois police et juridiction ; elle possède des bureaux, elle associe des économistes aux juristes, elle fait des enquêtes dont quelques-unes avec des pouvoirs quasi judiciaires. Malgré son allure juridictionnelle, elle agit d'office, elle porte plainte devant elle-même, en même temps que tout particulier peut porter plainte. Elle rend souvent des ordonnances qui se présentent comme des arrêts de règlement, et le ressort principal de son efficacité est la grande publicité donnée à ses décisions. Cependant, ses décisions ne sont exécutoires que lorsqu'elles ont été validées par une cour de circuit, à la différence de celles de l'*interstate commerce commission*, qui sont exécutoires par elles-mêmes, mais dont il peut être fait appel devant une cour de justice.

Ces deux commissions des Etats-Unis, créées pour la police juridique, soit des trusts, soit des relations commerciales qui s'étendent sur le territoire de plusieurs Etats, constituent donc des organismes administratifs qui demeurent sous le contrôle de l'autorité judiciaire, parce que le pouvoir administratif n'est pas reconnu comme autorité indépendante dans les pays anglo-saxons, mais qui ont été créés pour des raisons de compétence technique.

Cette même question de la compétence technique, en ce qui concerne l'éducation des magistrats de l'ordre judiciaire, à propos de la crise que subit actuellement le droit privé, a été agitée récemment dans une très intéressante discussion de la *Société française de philosophie* (Bulletin de décembre 1924) que notre collègue Gaston Morin a amorcée en philosophe averti et dans laquelle le doyen Georges Davy, philosophe, est intervenu en juriste consommé. J'imagine que tous ceux qui assistaient à cette séance seront heureux de connaître les

éléments décisifs que les travaux de l'Institut de Lyon versent dans ce débat ; ils y verront que la crise que subit en ce moment le droit privé n'a rien d'inédit, qu'il se produit ainsi des crises périodiques, qu'il ne s'agit point d'un bouleversement des fondements du droit, mais de changements de catégories pour certaines matières, dont les unes vont à la règle de droit, les autres au standard et à la police juridique. Quant à la question de compétence technique d'expert qui se pose pour le juge, en ce qui concerne les matières qui vont vers la police juridique, ils verront qu'elle se complique du fait qu'au delà d'un certain point le magistrat de l'ordre judiciaire, même nourri d'économie politique, ne peut plus évoluer, et qu'il faut lui substituer un administrateur.

Quant à savoir si le partage de l'administration du droit entre des juges et des administrateurs constitue, ou non, un progrès d'ensemble pour un système juridique, c'est une question que nous examinerons au paragraphe suivant, avec un certain nombre d'autres.

### § 3.

#### *Portée du dualisme standard-directive et règle de droit en ce qui concerne le système général du droit positif.*

L'importance de ce dualisme sera peut-être mieux comprise si, à l'opposition *police juridique* et *fond du droit* que nous avons visée jusqu'ici, nous substituons celle-ci : système des *moyens d'administration du droit* et système des *règles de droit*. Si l'on pouvait ramener tout le droit aux règles de droit, on devrait dire : moyens d'administration des règles de droit et règles de droit. Mais nous ne croyons pas que tout le droit se ramène aux règles de droit ; historiquement même, on doit se demander si le système des règles de droit a toujours existé et si, aux époques primitives de l'humanité, il n'y avait pas uniquement des moyens rudimentaires d'administrer le droit analogues aux standards et directives. Aujourd'hui, comme le système des règles de droit existe, les moyens d'administration du droit sont devenus, dans une large mesure, des moyens d'application des règles de droit, mais il ne faut pas oublier que ces moyens d'administration du droit ont pu se

suffire à eux-mêmes et constituer tout le droit pendant de longs millénaires de l'histoire de l'humanité. C'est pourquoi il est préférable d'opposer *système des moyens d'administration du droit* et *système des règles de droit*.

Il est bon d'ajouter encore que ces moyens d'administration du droit que sont les standards et directives sont tout simplement les moyens employés par toutes les jurisprudences et toutes les pratiques juridiques, de telle sorte que par *administration du droit*, il faut comprendre les jurisprudences et les pratiques. Mais il faut comprendre surtout que, lorsque les jurisprudences et les pratiques administrent le droit contenu dans un système de règles de droit, elles ne le font pas seulement à l'aide des dispositions de ces règles, mais aussi à l'aide des *standards* et *directives* que les juges, les administrateurs et les praticiens tirent de leur propre pouvoir discrétionnaire. Enfin, il faut comprendre et savoir que les règles de droit ne peuvent être appliquées le plus souvent que par le ministère des praticiens, juges ou administrateurs, qui usent des moyens d'administration du droit, ce qui revient à dire qu'elles ne s'appliquent qu'avec le secours des standards et directives et des pouvoirs discrétionnaires qu'ils supposent. Sans doute, il faut faire la part de l'application volontaire des lois par les citoyens qui arbitrent eux-mêmes la mesure dans laquelle ils se les appliquent, mais dès qu'il y a difficulté, conflit ou service public à exécuter ou formalités à observer, il faut avoir recours aux juges, aux administrateurs, aux hommes d'affaires, etc., — et chacun de ces personnages a son pouvoir et sa jurisprudence, c'est-à-dire ses standards et ses directives.

En somme, l'analyse des standards et directives, moyen d'action des jurisprudences et des pratiques, permet de reprendre avec plus de sûreté le problème des rapports de la jurisprudence avec la loi ou de la pratique avec la théorie. Ce problème capital se précise, car il ne s'agit plus seulement des pouvoirs de la jurisprudence et de la pratique ; il s'agit des moyens d'action dont disposent ces pouvoirs et, si ces moyens d'action consistent eux-mêmes en une espèce de droit, on pourra mieux juger des caractères de cette espèce de droit. On saura mieux ce qu'est une jurisprudence en

présence d'une loi, car ce sera un standard ou une directive en présence d'une règle de droit.

Pour se rendre compte de l'importance relative des deux espèces de droit, il n'est pas de plus sûr moyen que d'interroger l'histoire du droit. Et point n'est besoin d'une histoire suivie ni complète, quelques épisodes bien choisis seront suffisamment démonstratifs.

I. — Le système des moyens d'administration du droit par les standards et directives d'autorités politiques ou sociales armées de pouvoirs discrétionnaires a pour lui l'antériorité. Il est infiniment probable que le système des règles de droit qui, pratiquement, se confond avec celui des lois écrites, n'est pas très ancien. Sans doute, il remonte généralement aussi haut que l'histoire des peuples, mais en même temps, il semble bien que chaque peuple entre dans l'histoire très peu de temps après que le système des règles de droit s'est établi chez lui, et même on en connaît qui y sont entrés avant. En tout cas, les origines des peuples plongent dans une longue période de préhistoire, pendant laquelle il semble bien qu'ils aient vécu sous des jurisprudences discrétionnaires à caractère semi-religieux et semi-juridique, sous des coutumes acceptées théoriquement de tout le groupe, mais dont pratiquement la connaissance était le monopole jalousement gardé de collèges de pontifes ou de confréries laïques et se révélaient, non point sous la forme de règles de droit générales et obligatoires, mais sous celle de *Thémistes* ou consultations particulières délivrées aux parties, à propos de chaque affaire, par les *discurs de droit*.

Contentons-nous de rappeler les origines du droit romain, qui sont proches de nous, puisque Rome entre dans les franges de l'histoire au huitième siècle avant Jésus-Christ, et qui, cependant, sont celles d'un droit presque primitif.

Nous sommes renseignés surtout par le fragment connu de Pomponius (l. 2 au D., Livre I, titre II, *de origine juris*). Sans doute, ce texte ne doit pas être pris au pied de la lettre, mais il en ressort des renseignements précieux qui ne sont contestés par personne ; nous y voyons que l'administration du droit était primitivement aux mains du collège des pontifes, dont des

membres *disaient le droit* dans la procédure du *Sacramentum*. Les pontifes étaient patriciens et le droit était secret pour le reste du peuple ; la cité naissante était sans loi certaine et sans droit certain. Après la chute des rois, sous la pression de la plèbe et de ses tribuns, il y eut successivement deux divulgations : d'abord, celle des coutumes (rédaction des lois des XII Tables), ensuite, celle des actions de la loi dont le secret fut ravi au collège des pontifes par Cneius Flavius, fils d'affranchi et scribe d'Appius Claudius Caecus, vers 450 U. C., en même temps que le secret du calendrier et, par conséquent, des jours où les procédures étaient permises. Enfin cette double divulgation du droit fut complétée par le geste du premier grand pontife plébéien T. Corunconius qui, consul en 474, fut le premier à *publicè respondere* et inaugura la lignée de ces Prudents qui, par leur interprétation du droit civil, organisèrent l'admirable système de règles de droit que nous appelons aujourd'hui le droit romain (cfr. Girard, *Manuel de droit romain*, 6<sup>e</sup> éd., p. 44-45 ; E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> éd., *passim* ; J. Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, 1924).

Ce bref résumé d'histoire appelle plusieurs réflexions.

D'abord, il est remarquable que la divulgation du droit privé, car il s'agit surtout de celui-là, soit bien postérieure à la fondation de la cité ou de l'Etat. Si l'on admet que la cité romaine date du huitième siècle avant Jésus-Christ, ce qui n'est peut-être pas remonter assez haut, on voit que la divulgation du droit et de la procédure n'est complète que cinq siècles après la fondation de l'Etat. Ce retard est dû au caractère aristocratique et patricien que présente à ses débuts la cité romaine, et ce n'est qu'à l'avènement de la démocratie que la divulgation du droit se produit, sans doute, ainsi que l'a conjecturé E. Cuq, dans le but d'assurer à la plèbe l'égalité devant la loi. Comme l'histoire se répète, les Etats modernes, aristocratiques eux aussi à leurs débuts, n'ont eu leur grande crise de divulgation du droit privé, de rédaction des coutumes, de législation et de codification qu'à l'avènement de la démocratie dont la Révolution française de 1789, avec sa législation formidable, a donné le signal. Ces constatations

reportent à une très basse époque, aussi bien pour les temps modernes que pour les temps antiques, la constitution du système des règles de droit. A Rome, c'est au bout de cinq ou six siècles. En France, c'est au bout de huit, si l'on prend comme point de départ les origines de la dynastie capétienne. Cette computation prolonge singulièrement le règne des pouvoirs qui administrent arbitrairement le droit, par leurs jurisprudences, en l'absence du contrôle d'un système de règles de droit certain et bien établi.

Une seconde série de réflexions est provoquée par l'ordre dans lequel se sont produites à Rome les divulgations successives du droit. Si l'on admet l'opinion classique qui place aux alentours de l'an 300 U. C. la rédaction des coutumes connue sous le nom de loi des XII Tables, et si l'on admet la date de 450 U. C. pour la divulgation du *jus flavianum* concernant les procédures des actions en justice, on constate que, pendant 150 ans, les citoyens de Rome et particulièrement les plébéiens ont supporté d'ignorer le secret des procédures, alors qu'ils connaissaient le texte des règles du droit.

On s'est demandé la raison de cette anomalie. On a généralement conclu qu'il y avait là le résultat d'une habile tactique politique des pontifes et des patriciens qui, ne pouvant pas conserver tout leur monopole juridique, s'étaient du moins attachés à ne le sacrifier que par morceaux. — Mais cette tactique n'explique pas tout et, par exemple, elle n'explique pas pourquoi les patriciens auraient cédé d'abord sur la question de la rédaction des coutumes, ni pourquoi la plèbe l'aurait demandée d'abord, elle aussi. D'autres considérations à chercher ont vraisemblablement joué.

Indépendamment du désir d'obtenir l'égalité devant la loi civile, il était naturel que la plèbe demandât d'abord la rédaction des coutumes, qui devait entraîner la certitude des règles du droit, c'était le besoin le plus pressant. — La règle de droit est plus indispensable à connaître que la procédure des actions de justice, car sa connaissance exacte évite les procès, en même temps que sa certitude permet de faire des opérations à longue échéance. La divulgation de la règle de droit assure la sécurité des affaires, ce qui est une condition essentielle

de la vie normale. Plus tard on s'occuperait de la vie anormale, c'est-à-dire des litiges et des procès. La conduite de la plèbe aurait donc été dictée ici par un sentiment très juste des bienfaits essentiels résultant de la certitude des règles du droit obtenue par leur divulgation.

Peut-être les plébéiens ont-ils été incités à respecter provisoirement le caractère secret du choix des actions en justice, par la difficulté technique de la qualification juridique des prétentions de fait, qu'il s'agissait de transformer en prétentions de droit selon le formalisme étroit des XII Tables, par le caractère religieux des plus anciennes procédures et spécialement de celle *per sacramentum*. Et, au fond, c'étaient les standards et directives de l'époque, surtout les standards formalistes, qui se défendaient par leur technicité même.

La conclusion de ce premier aperçu historique est donc, non seulement que le système des jurisprudences discrétionnaires a été le premier appliqué durant les longs millénaires de la préhistoire, mais qu'il a duré encore longtemps durant la période historique et qu'il a été très difficile de lui superposer un système de règles de droit par la divulgation du droit et des procédures.

On sera peut-être tenté de nous objecter ici qu'avant la divulgation, à l'intérieur de ces collèges fermés qui administraient le droit, il s'était déjà formé des règles de droit et que, par exemple, le système des règles du droit romain développé par les Prudents laïques avait dû être fortement ébauché par les pontifes, mais nous ferons observer qu'il ne faut point oublier les définitions des choses. Ce qu'on appelle système de règles de droit, c'est un ensemble de règles générales proclamées, promulguées et publiées par un pouvoir social et qui, par là, deviennent certaines et stables, en même temps qu'elles s'imposent du dehors aux magistrats, aux juges, aux administrateurs, c'est-à-dire à tous les administrateurs du droit, comme une limite extérieure à leur pouvoir discrétionnaire. — Or, il est clair que, tant qu'un système de règles reste secret entre les mains d'une corporation d'hommes, ce système de règles, bien loin de constituer une limitation extérieure au pouvoir discrétionnaire de ces hommes, ne peut, tout au plus, constituer qu'une limitation interne. Ce n'est pas de

l'hétérolimitation, mais de l'autolimitation et c'est, par conséquent, un simple système de standards et directives.

Dans le fond, il est infiniment probable que beaucoup des règles élaborées par les pontifes sont demeurées telles quelles après la divulgation, mais, en la forme, elles n'étaient avant la divulgation que les *directives* d'un pouvoir discrétionnaire et ce n'est qu'après la divulgation qu'elles sont devenues des *règles de droit* placées au-dessus de ce même pouvoir.

Bien des peuples ont pu vivre de longues périodes sous d'excellentes jurisprudences discrétionnaires, et il faut bien le croire, puisque l'humanité a subsisté si longtemps sous ce régime. Mais ce qu'on doit dire, c'est qu'en la forme, les garanties contre les pouvoirs discrétionnaires des administrateurs du droit n'existant pas, le système n'était pas rationnellement organisé.

II. — Si donc l'humanité n'avait jamais connu que ce premier régime, elle n'eût pas fait preuve d'un génie juridique bien transcendant. C'est à ce système des jurisprudences discrétionnaires incontrôlées que s'adressent les célèbres boutades de Pascal : « On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat ; trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence ; un méridien décide de la vérité... le droit a ses époques... plaisante justice qu'une rivière borne, vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà ! » (*Pensées*, éd. Jacques Chevalier, 1925, t. I, p. 126).

Il fallait un contrôle de ces jurisprudences et il ne put être organisé qu'après l'invention et la vulgarisation de l'écriture, par le système des lois écrites. Sans doute, il avait toujours existé des coutumes et il semble que les règles coutumières aient dû de tout temps imposer des limites aux fantaisies arbitraires des administrateurs du droit. Il ne faut point nier que cela ait pu se produire, malgré le caractère oral des coutumes, à certaines époques et à la faveur de certaines circonstances. A ce point de vue, il convient de distinguer l'âge du nomadisme pastoral et celui de l'agriculture sédentaire. A l'âge pastoral où les tribus, par la force des choses, conservaient une grande cohésion et où les

hommes jouissaient de beaucoup de loisirs, les traditions orales étaient conservées avec fidélité et les coutumes étaient réellement connues de tous les hommes du groupe après leur initiation ; alors les coutumes devaient refréner l'arbitraire des juges et des administrateurs. L'âge pastoral, dont la mémoire embellie a enfanté le mythe de l'âge d'or, paraît bien avoir fourni l'un des premiers types équilibrés d'organisation sociale.

Mais, avec l'âge agricole, les destinées de la coutume orale allaient changer, le groupe de la tribu, du clan ou de la gens allait se disloquer, les hommes allaient s'éparpiller sur les cultures et, pris par le travail absorbant de la terre, ils allaient négliger la gymnastique de la mémoire. Le souvenir de la coutume orale allait se cantonner dans le groupe restreint des chefs qui avaient conservé des loisirs, tomber sous les prises de ceux qui administraient le droit, et, bien loin de servir à les contrôler, devenir entre leurs mains un nouvel instrument de domination. C'est alors que les coutumes deviennent incertaines et secrètes et que les peuples, dès qu'ils ont conquis de la liberté politique, en demandent la rédaction par écrit et la divulgation.

Il ne faut pas se laisser abuser par la définition romano-canonique de la coutume et par l'élément de l'*usus communis* qu'elle contient. Si l'*usus communis* avait toujours signifié l'application de la coutume par la pratique de tous les membres du groupe, cela serait très bien. Mais trop souvent, il signifiait l'application de la coutume par des juges qui étaient censés la connaître, qui quelquefois étaient obligés de faire des enquêtes pour s'assurer de sa teneur exacte, et ces enquêtes se faisaient dans un groupe restreint de praticiens et d'hommes d'affaires ou, tout au plus, de notables. La vérité est que, dans les temps antiques, à la veille de l'apparition des lois écrites, les coutumes étaient faites par le juge, comme au sortir de notre Moyen âge les coutumes de nos pays de langue d'oïl étaient faites par le juge, comme le *common law* anglo-saxon a été fait par le juge et est resté sous le pouvoir discrétionnaire du juge.

C'est donc bien seulement la loi écrite promulguée et rendue obligatoire par un nouveau pouvoir social, un pouvoir législatif étranger aux autorités qui adminis-

trent le droit et placé au-dessus d'elles ; c'est seulement cette loi écrite qui va établir un système de règles de droit supérieur aux jurisprudences discrétionnaires et que ces jurisprudences seront obligées d'appliquer. La loi écrite apparaît d'abord comme un commandement religieux édicté par un pouvoir divin ou dicté par un Dieu à un prophète, à un sage, à un prince. Puis la loi se laïcise, elle devient simplement la volonté du prince ou la volonté du peuple assemblé en ses comices. L'essentiel est, d'une part, qu'elle soit rédigée par écrit, promulguée et affichée sur des tables qui restent à la vue du public (stèle d'Hammou Rabi ; tables de Moïse ; tables des XII Tables, etc.) ; d'autre part, qu'elle soit l'expression de la volonté d'un pouvoir très au-dessus des juges et autres administrateurs du droit ; enfin qu'elle soit une règle générale, abstraite et d'allure rationnelle.

L'avènement de la loi écrite accompagne, en effet, celui du régime d'Etat. Quelquefois la loi devance l'organisation politique de l'Etat, plus souvent, elle lui est postérieure, mais toujours les deux mouvements se rejoignent. L'Etat est un régime d'organisation politique et sociale rationnelle qui succède aux organisations primitives plus proches de l'instinct que de la raison. Mais l'organisation rationnelle de l'Etat ne se réalise pas par la destruction violente des organisations antérieures, elle s'édifie, au contraire, par la superposition d'un pouvoir de contrôle au-dessus des pouvoirs primitifs et par celle d'un organisme juridique de contrôle au-dessus des jurisprudences primitives. Au sortir du Moyen âge, l'Etat s'est reconstitué par le rétablissement du contrôle politique du roi au-dessus des pouvoirs politiques des barons féodaux et par l'établissement du contrôle des justices royales au-dessus des justices seigneuriales. L'idée-mère de l'Etat est celle d'un contrôle rationnel politique et juridique de tous les pouvoirs sociaux primaires d'une nation.

Après l'établissement de l'Etat et de la loi écrite, le système juridique est devenu complexe ; il y a l'élément primaire des moyens discrétionnaires d'administration du droit et il y a l'élément secondaire du contrôle par la loi écrite. Cette complexité se complique encore du fait que la loi écrite elle-même, pour s'appliquer, a

besoin du ministère des autorités qui administrent le droit et, tout particulièrement, du ministère du juge. Il se constitue entre la loi écrite et le juge un équilibre extrêmement délicat qui, finalement, fait la qualité du droit de l'Etat. La loi écrite domine, contrôle et limite le juge ; par conséquent, elle restreint les anciennes jurisprudences discrétionnaires de celui-ci ; mais, en retour, pour s'appliquer elle-même, la loi a besoin de la jurisprudence du juge, qui ne manquera pas d'être encore plus ou moins discrétionnaire ; elle sera donc elle-même dans une certaine mesure sous la domination du juge. Ainsi, se limitant et se contrôlant l'un l'autre, la loi écrite et le juge trouveront l'exact ajustement du rationnel et du réel.

Le perfectionnement essentiel apporté au droit par le régime d'Etat, grâce à la superposition du système des règles de droit écrites au système des moyens discrétionnaires d'administration du droit, a suscité des enthousiasmes qui, généralement, ont dépassé la mesure. Pour bien des gens, il n'y a plus eu dans le droit que le système des règles de droit ; les jurisprudences discrétionnaires ont été sacrifiées. A la prosopopée des lois placée par Platon dans le *Phédon* en la bouche de Socrate, ont fait écho, à travers les siècles, les discours enflammés des hommes de la Révolution française sur les « justes lois ». La loi a été placée sur un piédestal et une théorie juridique a été élaborée pour ramener tout le droit à la règle de droit et pour subordonner à celle-ci tout pouvoir, en refusant au pouvoir discrétionnaire toute vertu juridique.

Pour répondre à ces exagérations, il suffira de rappeler qu'en France même, depuis la Révolution, la suprématie de la loi écrite a lentement décliné et que, par un mouvement inverse, le pouvoir des jurisprudences discrétionnaires s'est lentement restauré jusqu'à ce que soit rétabli, entre les deux puissances, un nouvel équilibre.

Et, cependant, à la Révolution française, toutes les précautions semblaient avoir été prises pour assurer et perpétuer la suprématie de la loi et pour ligoter le juge. Jamais système plus cohérent ne fut combiné.

La conception révolutionnaire de la loi et la construction imaginée pour perpétuer la suprématie de celle-ci reposaient sur les bases suivantes :

1<sup>o</sup> La coutume est supprimée comme source du droit ; ainsi est enlevé au juge son principal moyen d'action, puisque la coutume était *judge made* ;

2<sup>o</sup> La loi écrite a son fondement dans la volonté générale de la nation, dont le corps législatif n'est que l'interprète ; ce fondement est large, profond, auguste, il donne par lui-même une valeur spéciale à la loi et comme un caractère sacré ;

3<sup>o</sup> Ce n'est pas le pouvoir judiciaire qui est chargé de faire les règlements généraux destinés à faciliter l'application des lois ; ils lui sont, au contraire, interdits ; ce sont, d'abord, jusqu'en l'an III, les assemblées elles-mêmes qui rédigent les instructions pour l'exécution de leurs propres lois ; à partir de l'an III, c'est le pouvoir exécutif qui est chargé d'assurer l'application des lois par des règlements ; le pouvoir exécutif est un pouvoir commis, subordonné étroitement au pouvoir législatif qui est le seul véritable représentant de la nation ; on est politiquement assuré de la docilité du pouvoir exécutif et, d'ailleurs, par des moyens juridiques, on obtiendra l'annulation des règlements qui seraient contraires aux lois ;

4<sup>o</sup> Quant à l'application contentieuse des lois, elle est confiée aux tribunaux judiciaires, mais ces tribunaux étant hiérarchisés par l'appel et la cassation, toute leur jurisprudence sera réglée et disciplinée par la Cour de cassation, qui aura mission de la ramener à l'observation de la loi et de casser impitoyablement les jugements et arrêts pour violation de la loi.

Et cette Cour de cassation, tribunal suprême, devra elle-même appliquer avec rigueur le texte de la loi, cassant tout ce qui ne sera pas conforme au sens obvie, elle n'aura pas le pouvoir d'interpréter la loi ; si l'interprétation d'un texte devient nécessaire, elle devra être demandée au législateur par la procédure d'un référé législatif.

Un siècle à peine s'était écoulé et déjà les fortifications protectrices de la loi étaient démantelées. Nous ne referons pas, dans le détail, l'histoire de l'émancipation du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, qui a été faite, de mains de maître, tant par François Geny dans sa *Méthode d'interprétation en droit privé*, que par Joseph Barthélémy (*De l'interprétation des lois par le*

*législateur, Rev. droit public, 1908 ; De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application, eod., 1907).*

Nous marquerons seulement les points d'arrivée après achèvement de l'évolution :

1° Pour ce qui est de l'émancipation du pouvoir judiciaire vis-à-vis de la loi, c'est depuis la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 que toute trace du référé législatif, transformé à un moment donné en un référé gouvernemental, a disparu ; cette loi décide, en cas de conflit entre la Cour de cassation et les cours d'appel, que la troisième cour saisie après cassation devra se conformer à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi s'est trouvée fondée la liberté de la jurisprudence de cette Cour dans l'interprétation de la loi, ce qui implique forcément un certain pouvoir discrétionnaire. Depuis 1837, ce pouvoir discrétionnaire s'est développé, bien que la Cour de cassation soit gênée dans son essor par sa mauvaise organisation, d'abord, et ensuite par le fait qu'elle ne possède pas la pleine juridiction. Le résultat est qu'actuellement les lois civiles sont recouvertes d'une épaisse couche de jurisprudence dont les praticiens se préoccupent beaucoup plus que des lois elles-mêmes ;

2° Le même sort est échu aux lois du côté de la réglementation exécutive. Elles sont de plus en plus accompagnées de règlements d'administration publique qui les complètent et quelquefois les corrigent, sans compter les instructions ministérielles qui les accompagnent d'une glose administrative et dont les intéressés tiennent compte beaucoup plus que du texte de la loi ; là aussi le pouvoir discrétionnaire s'est réveillé avec les standards et les directives qui recouvrent le texte de la loi ;

3° Pour comble, au point de vue politique et constitutionnel, le dogme de la loi expression de la volonté générale est ébranlé. Des iconoclastes sont venus, qui ont brisé les fictions et prétendu que la loi était simplement l'expression de la volonté majoritaire d'un certain nombre de gouvernants réunis en des assemblées, et qu'ainsi elle ne tenait de ses origines aucun caractère sacré ;

4° Enfin, il s'est rétabli une coutume *judge made* qui est la coutume jurisprudentielle ; sans doute, elle est

instable puisque le juge peut la changer, mais se figure-t-on que les anciennes coutumes n'étaient pas, elles aussi, souvent modifiées par le juge ?

Telle est la situation actuelle ; encore n'en faisons-nous qu'une peinture très modérée, les couleurs pourraient en être assombries, et c'est pourquoi on a pu parler d'une *crise de la loi*. A la vérité, cette crise ne présente de gravité que pour ceux qui avaient placé la loi trop haut ; elle la remet simplement à sa place, elle lui restitue sa fonction qui est de contrôler et équilibrer, par des règles de droit certaines et générales, les jurisprudences discrétionnaires qui sont, par elles-mêmes, incertaines et particulières ; elle n'est pas le tout du droit, elle n'est que l'un des facteurs de l'un des équilibres du droit. L'équilibre, rompu par une poussée trop violente de la loi, s'est rétabli par une lente remontée des jurisprudences discrétionnaires.

III. — A envisager, comme nous le faisons, le système juridique comme constitué essentiellement par l'équilibre des règles de droit légales et des jurisprudences discrétionnaires, ce système serait incomplet s'il n'existait pas un magistrat chargé de surveiller et de régler l'équilibre fondamental. Faut-il que la balance soit tenue égale entre les lois et les jurisprudences, et alors qui tiendra égale la balance ? Faut-il que la loi soit considérée comme dominant les jurisprudences discrétionnaires, tout en restant équilibrée par elles, ce qui est la conception française ? Faut-il, au contraire, que la jurisprudence domine la loi selon la conception anglo-saxonne ? Ici encore, quel est le magistrat qui réglera ces graves questions et par quelles raisons les réglera-t-il ?

Ces ultimes problèmes nous amènent à envisager le rôle des juristes, et des principes juridiques qui sont leurs directives.

A. — Parlons d'abord des principes juridiques. Nous entendons par là les grands principes d'équité dominant le fond du droit, et non pas les simples maximes s'appliquant à des matières déterminées ou bien les brocards de procédure (Sur cette matière, cfr. la très intéressante étude faite par Etienne Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, t. I, p. 148 et s.,

*les maximes traditionnelles*). Alors que les maximes et brocards se rattachent à la tradition, et sont sujets à évoluer, les grands principes d'équité, développés plus tardivement, se rattacheraient plutôt à la raison et, une fois dégagés, seraient susceptibles de s'appliquer aussi longtemps que durera l'organisation rationnelle de l'État ; sans compter qu'appliqués ou non, ils paraissent être en relation directe avec les préceptes du droit naturel et participer du caractère absolu de ceux-ci.

Les deux exemples les plus remarquables de ce genre de principes sont, d'une part, celui de l'*enrichissement sans cause*, qui a apparu d'abord sous l'aspect de la maxime *Nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui* et dont la consécration jurisprudentielle, en qualité de principe général dominant tout le fond du droit, est due aux efforts persévérants de Labbé (Cass. req., 11 juillet 1889, S. 90.1.97, note Labbé, et Cass. req., 15 juin 1892, S. 93.1.281) ; d'autre part, le principe de l'*abus du droit*, dont l'une des origines est la maxime *Malitiis non est indulgendum*, dont une autre est peut-être la maxime *Pas d'intérêt pas d'action*, transformée en celle-ci : *Pas d'intérêt pas d'exercice légitime du droit* (note Jean Brethe dans S. 1925.1.127, sous Cass., 7 mai et 24 novembre 1924), dont une troisième origine est peut-être bien la notion rationnelle du *normal* et de l'*anormal* en toutes choses. Ces deux principes sont appliqués par la jurisprudence et sont devenus motifs de cassation, toute la doctrine les adopte, ils ont donné lieu à une bibliographie abondante où l'on retrouve les noms de tous les civilistes marquants de notre génération.

A quel titre ces principes d'équité font-ils partie de la légalité et motivent-ils la cassation pour violation de la loi ? A mon avis, ils font partie d'une superlégalité ; ils pourraient et ils devraient être insérés dans la constitution écrite, de même que le principe de la non-rétroactivité des lois. Ce sont des principes, non pas de la constitution politique, mais de la constitution sociale, au même titre que ceux des libertés individuelles, de la famille et de la propriété. Ce sont les principes constitutionnels du commerce juridique dont ils visent deux conditions essentielles, savoir : l'équivalence des prestations et l'usage normal des droits.

B. — Les principes sont l'arme préférée des juristes.

C'est grâce à eux que ces Prudents exercent leur magistère, tantôt en faveur de la jurisprudence, tantôt en faveur de la loi. A l'époque actuelle, ils sont, par la force des choses, poussés vers la jurisprudence plutôt que vers la loi. Au début du dix-neuvième siècle, les juristes étaient entièrement tournés vers la loi, dont ils s'attachaient à faire le commentaire. C'est maintenant les décisions de la jurisprudence qu'ils commentent dans des notes d'arrêt. Ce changement de front n'est pas dû seulement à ce que la masse de la jurisprudence s'est augmentée avec le temps ; il est dû aussi et surtout à ce que les pouvoirs créateurs de la jurisprudence se sont accrus et à ce que les juristes, ayant plus d'action sur la jurisprudence que sur la législation, ont senti que de ce côté ils participeraient davantage au pouvoir créateur du droit. La législation est devenue affaire purement politique, le Conseil d'Etat n'est même plus consulté sur les projets gouvernementaux, *a fortiori* les propositions de loi d'initiative parlementaire s'improvisent-elles en dehors de toute collaboration des juristes. D'ailleurs, les lois de plus en plus mal faites, c'est-à-dire faites le plus souvent en vue d'une seule hypothèse, laissent de plus en plus carrière au pouvoir discrétionnaire du juge, qui est obligé de les adapter aux mille hypothèses non prévues ; tout conspire à donner à la fois du travail et de l'importance à la jurisprudence et aux arrêtistes. Les œuvres doctrinales qui se publient, traités de droit civil ou autres, sont elles-mêmes de plus en plus nourries de jurisprudence.

L'alliance entre la jurisprudence et la doctrine est, il faut le croire, dans la nature des choses. L'*interpretatio* des Prudents romains était à base de jurisprudence, toute la doctrine du puissant système juridique anglo-saxon est à base de jurisprudence. Et il faut reconnaître que si la libre recherche scientifique des juristes doit s'exercer dans l'analyse des rapports sociaux, elle a tout intérêt, pour ne pas s'égarer, à travailler sur les analyses déjà faites par les juges d'après les espèces fournies par la pratique, ainsi elle ne battra pas inutilement les buissons.

Le magistère de la doctrine s'exerce donc sur la jurisprudence et par celle-ci sur l'interprétation de la loi. Est-ce à dire que la loi soit sacrifiée et que, dans l'équi-

libre entre loi et jurisprudence, la doctrine fasse délibérément pencher la balance du côté de cette dernière ? Non, car, au contraire, par le moyen des principes, la doctrine maintient les pouvoirs discrétionnaires du juge dans les limites de la couche supérieure de la légalité.

Les conclusions auxquelles nous sommes ainsi conduits se rapprochent, dans l'ensemble, de celles de François Geny et de son école. Cela prouve quelle date importante a été, dans l'histoire de la doctrine française, la publication de la *Méthode d'interprétation en droit privé*.

Les suggestions que m'a fournies l'étude des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon tendent simplement à renforcer la croyance en ce qu'on appelle le pouvoir prétorien du juge et qui n'est autre que son pouvoir discrétionnaire, en définissant mieux les procédés grâce auxquels ce pouvoir crée du droit, savoir le *standard* et la *directive*.

Cette étude réhabilite la théorie de l'autolimitation du pouvoir comme fondement d'une certaine espèce de droit, car nous voyons les *standards* et *directives* naître d'une autolimitation du pouvoir et en même temps contribuer à consolider cette autolimitation par leur propre tendance à durer.

Sans doute, l'autorité de la chose jugée est limitée à l'espèce et c'est là du droit *in concreto* ; mais quand ce droit créé pour une espèce est une *directive*, c'est-à-dire, un embryon de règle de droit, cette directive possède une virtualité d'extension à tous les cas similaires sur laquelle les praticiens ne se trompent pas ; une directive bien venue, susceptible de généralisation, fait du premier coup jurisprudence.

De plus, cette étude nous permet peut-être de mieux comprendre l'architecture du système juridique :

1° En bas, la couche des *standards* et *directives*, création primaire de l'autolimitation du pouvoir des autorités sociales diverses qui administrent le droit dans les opérations de la pratique et dans le règlement des litiges ;

2° Au-dessus, la couche des règles de droit écrites ou des lois qui sont pour contrôler et limiter le pouvoir discrétionnaire des jurisprudences avec leurs standards et directives et aussi pour procurer aux sociétés des

règles plus générales mieux connues et plus stables ; comme les lois elles-mêmes ont besoin des jurisprudences pour leur application, il s'établit un équilibre pratique entre les jurisprudences et les lois, qui laisse aux deux une part de pouvoir discrétionnaire ;

3° Au-dessus encore de ces deux couches essentielles du droit, et pour en régler l'équilibre, le double magistère des principes juridiques et de la doctrine.

Jusqu'à cette hauteur où règnent les principes, les divers éléments du système juridique reposent sur le pouvoir, car les lois sont l'œuvre d'un pouvoir discrétionnaire aussi bien que les jurisprudences. Dans la zone supérieure des principes nous ne trouvons, au contraire, que des idées pures qui cherchent à se réaliser en des institutions juridiques par l'action persuasive de la doctrine et par l'organisation des coutumes jurisprudentielles.

Ainsi va le mouvement des choses sociales, du pôle du pouvoir à celui de l'Institution, par l'action combinée des sentiments d'autolimitation et de l'ascendant des idées.

Ces perspectives dépassent les travaux de l'Institut de Lyon, mais elles leur sont dues, grâce à la constatation par Sanhoury de ce petit fait en apparence insignifiant : le pouvoir discrétionnaire des juges et des administrateurs se résout en des standards et directives qui sont les éléments caractérisés d'une espèce de droit, différent du droit légal, mais qui est tout de même du droit. Cela confirme l'énergique affirmation de Geny : « Tout le droit n'est pas enfermé dans la légalité » ; il y a des violations du droit qui ne sont pas des violations de la loi et, par exemple, le détournement de pouvoir du juge ou celui de l'administrateur sont dans ce cas, parce qu'ils s'apprécient, non par rapport à la loi, mais par rapport aux directives qu'engendre l'autolimitation du pouvoir : agir d'une façon normale, agir dans le sens de l'intérêt général, agir avec modération et mesure, agir selon le *quod decet*, *Honeste vivere*, ce qui est, d'après les *Institutes* de Justinien, le premier des préceptes du droit naturel.

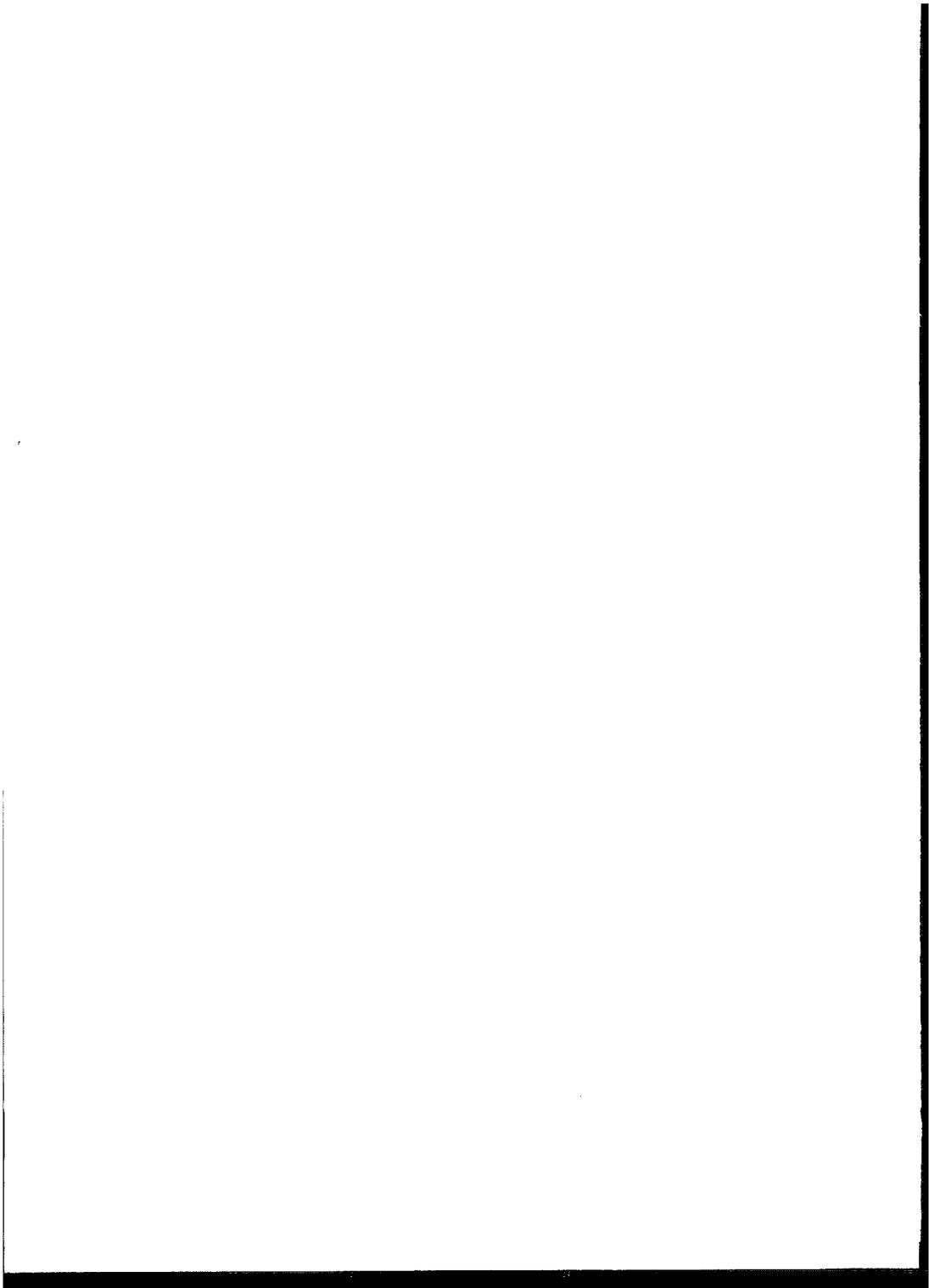


... ..

## TABLE DES MATIÈRES

---

<i>Préface.</i> . . . . .	5
<b>I<sup>re</sup> PARTIE. — LE FONDEMENT DU DROIT. LES PRINCIPES DU DROIT NATUREL.</b> . . . . .	11
1 <sup>o</sup> <i>Le droit naturel et l'Allemagne.</i> . . . . .	13
2 <sup>o</sup> <i>L'ordre social, la justice et le Droit.</i> . . . . .	43
3 <sup>o</sup> <i>Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des sys- tèmes objectivistes.</i> . . . . .	72
<b>II<sup>e</sup> PARTIE. — LA VIE DU DROIT. LES FORMES DU DROIT POSITIF.</b> . . . . .	87
1 <sup>o</sup> <i>La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social.</i> . . . . .	89
2 <sup>o</sup> <i>L'imprévision et les contrats dominés par des insti- tutions sociales.</i> . . . . .	129
3 <sup>o</sup> <i>Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise.</i> . . . . .	147



<p><b>PUBLICATIONS DU CENTRE DE PHILOSOPHIE POLITIQUE ET JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE CAËN</b></p>
--

**Cahiers de philosophie politique et juridique**

N° I : <i>Démocratie, qui es-tu ?</i> (1982)	<i>épuisé</i>
N° II : <i>Démocratie et philosophie</i> (1982)	<i>épuisé</i>
N° III : <i>Hobbes, philosophie politique</i> (1983)	<i>épuisé</i>
N° IV : <i>Souveraineté et citoyenneté</i> (1983)	100 F
N° V : <i>La pensée libérale de John Locke</i> (1984)	66 F
N° VI : <i>La tyrannie</i> (1984)	100 F
N° VII : <i>La pensée politique de Montesquieu</i> (1985)	78 F
N° VIII : <i>L'égalité</i> (1985)	100 F
N° IX : <i>La philosophie du droit de Kelsen</i> (1986)	78 F
N° X : <i>La guerre</i> (1986)	100 F
N° XI : <i>Des théories du droit naturel</i>	90 F
N° XII : <i>La loi civile</i>	120 F
N° XIII : <i>Le positivisme juridique</i>	<i>en préparation</i>

**Bibliothèque de philosophie politique et juridique**

BURLAMAQUI : <i>Les principes du droit politique</i> (2 tomes)	180 F
PUFENDORF : <i>Les devoirs de l'homme et du citoyen</i> (2 tomes)	180 F
GROTIUS : <i>Le droit de la guerre et de la paix</i> - tome I	240 F
(Traduction Barbeyrac)	
tome II	260 F
RICHELIEU : <i>Testament politique</i>	150 F
LOCKE : <i>Le magistrat civil</i> (traduction inédite)	39 F
VOLTAIRE : <i>L'ABC : dialogues politiques</i>	75 F

MABLY : <i>Les entretiens de Phocion sur la morale et la politique</i>	75 F
HAURIOU : <i>Aux sources du droit</i>	100 F
LOCKE : <i>Essais sur la loi de nature</i> (traduction inédite)	125 F
HOBBS : <i>Bibliographie internationale de 1620 à 1986</i> (établie par A. Garcia)	125 F
HUME : <i>Quatre discours politiques</i> (Introduction et texte)	130 F
PUFENDORF : <i>Le droit de la nature et des gens</i> (traduction Barbeyrac)	tome I 290 F
	tome II 290 F
WOLFF : <i>Principes du droit de la nature et des gens</i> (traduction Formey)	tome I 160 F
	" II 160 F
	" III 160 F

COMMANDE à retourner à :

UNIVERSITE DE CAEN  
Centre de Publications  
14032 CAEN CEDEX

accompagnée de votre règlement par chèque  
libellé à l'ordre de :

Agent comptable de l'Université de Caen  
(CCP ROUEN n° 0840835 E 035)

Tous ces prix s'entendent franco de port