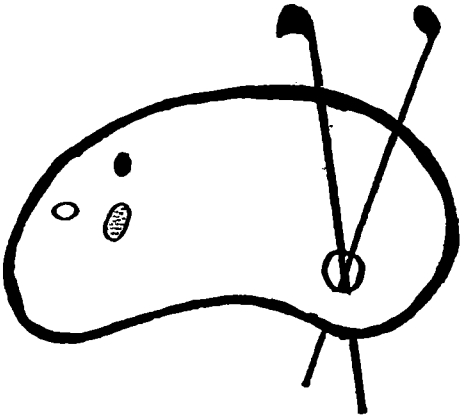


DEBUT D'UNE SERIE DE DOCUMENTS
EN COULEUR

FACULTÉ DE DROIT DD L'UNIVERSITÉ DE PARIS

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DE L'ILLICITE

L'IMPÉRATIF JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 14 mars 1928, à 2 heures.

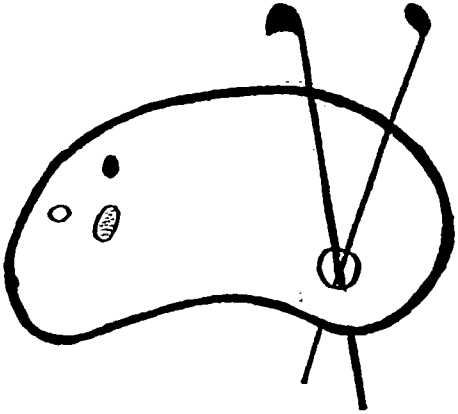
PAR

René CAPITANT
Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. BASDEVANT, *professeur.*
Suffragants : MM. MESTRE, *professeur.*
LE FUR, *professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1928



FIN D'UNE SERIE DE DOCUMENTS
EN COULEUR

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DE L'ILLICITE

L'IMPÉRATIF JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 14 mars 1928, à 2 heures.

PAR

René CAPITANT
Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. BASDEVANT, *professeur.*
Suffragants : MM. MESTRE, *professeur.*
LE FUR, *professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1928

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

Un de nos maîtres s'étonnait, récemment, que des recherches sur la *fraude à la loi* nous eussent conduit ici. Qu'il veuille bien considérer, pour notre excuse, l'enchaînement que nous avons dû subir. La fraude à la loi est une théorie intéressante, à condition qu'on l'étudie par comparaison avec la notion de *violation de la loi*, ou plus largement de *violation de la règle de droit*, c'est-à-dire avec la notion d'*illicite*. Quant à la violation de la règle de droit, l'étude en suppose nécessairement celle de la règle de droit elle-même. La règle de droit est-elle un impératif ? et quel impératif ? conditionnel ou catégorique ? La règle de droit est-elle, catégoriquement : « ne tue pas » ou bien, conditionnellement : « ne tue pas, si tu veux éviter la sanction » ? Dans le premier cas, le meurtre est un acte illicite ; dans le second, il est seulement la condition d'application de la contrainte. C'est seulement si la règle de droit est catégorique que l'on peut parler d'actes illicites ; si elle est conditionnelle, la notion d'acte illicite s'évanouit pour ne laisser subsister que celle d'acte-condition. M. Kelsen, partisan de la seconde opinion, écrit : « Le fait qualifié illicite (Unrecht) est la condition de la sanction » (1). On voit par là comment l'étude de l'impératif juridique est le préliminaire nécessaire de l'étude de l'illicite.

1. *Allgemeine Staatslehre*, p. 52.

LISTE DES OUVRAGES COURAMMENT CITÉS

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2e édit.

CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat.*

LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition (exceptionnellement, et en le mentionnant, nous avons cité la 3e édition).

EMILE DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 7e édition.

JULES DE GAULTIER, *De Kant à Nietzsche.*

FRANÇOIS GENY, *Science et Technique en droit privé positif.*

MAURICE HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1re édition.

GASTON JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3e édition.

EMMANUEL KANT, *Critique de la Raison pratique*, trad. François Picavet, 5e éd.

— *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Barni.

HANS KELSEN, *Allgemeine Staatslehre.*

— *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, dans *Revue du Droit public*, 1926, p. 561.

LE FUR, *Le Fondement du Droit*, extrait de la Revue *Les Lettres* (nov.-déc. 1925, janvier 1926).

— *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique*, extrait de la *Revue de droit international*, 1927, n° 3.

LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, 1re édition.

GEORGES RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté.*

GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1re éd.

— *Droit naturel et positivisme juridique*, dans *Annales de la Faculté d'Aix* 1918, n° 30.

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DE L'ILLICITE

L'IMPÉRATIF JURIDIQUE

CHAPITRE PREMIER

L'IMPÉRATIF

I

L'opposition de l'impératif et de l'indicatif.

L'*impératif* et l'*indicatif* sont deux modes de la conjugaison des verbes. Ces deux modes traduisent deux notions distinctes que l'on peut dénommer également *impératif* et *indicatif*. Il est difficile de les définir, mais on peut prendre conscience de leur opposition, en montrant les différents aspects de celle-ci.

L'opposition entre indicatif et impératif est l'opposition entre *ce qui est* et *ce qui doit être*. Plus exactement elle est l'opposition entre *constatation* et *volonté*, entre *conscience* et *action*, entre *théorie* et *pratique*. Elle traduit aussi l'opposition entre *loi naturelle* et *norme*.

Il est nécessaire d'insister sur ce dernier aspect de l'opposition, et d'approfondir les deux notions de *loi naturelle* et de *norme*.

Le mot *loi naturelle* éveille en général l'idée de *nécessité*, de *contrainte*. La loi naturelle semble contraindre les faits, elle semble s'imposer à eux, leur imposer une direction, un ordre, comme si elle leur était antérieure, et comme si elle était une force s'appliquant à eux. Mais en réalité la loi naturelle est postérieure aux faits ; elle n'est qu'une hypothèse humaine, un classement opéré par l'homme du donné brut de l'observation ; elle ne contraint que dans la mesure où elle est exacte, dans la mesure où elle est le compte rendu fidèle des faits qu'elle est sensée régir. La notion de nécessité, comme celle de force n'a aucune existence objective, ni d'ailleurs celles de *cause déterminante* et de *déterminisme*, qui sont très voisines de la précédente. Ces mots n'ont pas de place dans la terminologie positiviste, ou du moins, s'ils survivent, ce ne doit être que vidés de leur substance. Une loi naturelle n'est rien autre chose que la constatation de certains faits se reproduisant suivant un certain ordre. Ce n'est donc pas la désignation de causes et d'effets, mais seulement l'observation de phénomènes antécédents et conséquents. Il n'y a pas d'autre nécessité dans la loi naturelle que la suivante : Ce qui a été a été ; ce qui est est ; ce qui sera sera. Mais quoi sera ? cela n'est pas déterminé. Cela est écrit, au sens fataliste, aux yeux de qui verrait le futur comme on peut voir le présent ou le passé. Mais cela n'est pas déterminé au sens métaphysique où on l'entend habituellement ; il n'y a pas un futur déterminé qui sera produit irrésistiblement par le jeu nécessaire des lois naturelles qui gouvernent le monde. Le futur est prévisible dans la mesure où nos hypothèses se réaliseront. Prévoir, c'est toujours supposer. Les lois naturelles, constatation de ce qui a été,

ne permettent de prévoir que dans la mesure où ce qui a été continuera d'être. La prévision que nous tirons de leur connaissance n'a aucun caractère de nécessité. Ce qu'on appelle la nécessité de la loi n'est que l'hypothèse que la constance observée se prolongera dans le futur (1).

En résumé la notion de loi naturelle se ramène à celle d'indicatif et non à celle de nécessité, à celle de *sein* non de *müssen*.

La même idée de *nécessité*, de *müssen* est à éliminer de la définition de la *norme*, de l'*impératif*. Dans l'état actuel des définitions, on se trouve en présence de la contradiction suivante. D'une part, la norme ou règle s'oppose à la loi naturelle, en ce que l'une supprime la liberté de ce qu'elle régit, tandis que l'autre laisse subsister, et même suppose par définition, la liberté du sujet. La loi naturelle contraint, la règle se propose au libre-arbitre (2). Mais, d'autre part, la norme est aussi contrainte. Elle est *obligatoire*, elle fait naître un *devoir*, elle s'*impose* à la volonté du sujet. Alors naît le problème de savoir comment peuvent coexister cette contrainte et cette liberté du sujet. Si l'on pose le problème ouvertement, on répond par des distinctions pure-

1. M. KELSEN a admirablement opéré cette réduction de la notion de *müssen der Kausalität* à celle de *sein*. Que l'on se reporte notamment à ces quelques lignes extraites de son article de la *Revue du Droit public*, 1926, p. 562 : « Si, dans telle hypothèse, un corps se comporte autrement que ne le voudrait une prétendue loi naturelle, cela prouve que la science en a donné une formule inexacte. qu'il faut alors, bien entendu, rectifier de telle façon que le fait nouveau apparaisse comme régulier ». P. 572. l'opposition entre loi naturelle et norme est assimilée à l'opposition entre *sein* et *sollen*. P. 563 : « ce sont les lois de la nature qui doivent se conformer aux faits » et non les faits qui doivent se conformer aux lois naturelles.

2. Voir par ex. Gény, *Science et technique*, I, p. 45.

rement verbales ; la contrainte de l'impératif, dit-on, est la contrainte morale, par opposition à la contrainte physique ; le propre de la contrainte morale serait de s'imposer tout en laissant subsister la liberté du sujet. Mais cette réponse est évidemment insuffisante. On entend par contrainte deux choses différentes, suivant qu'on parle de contrainte physique ou de contrainte morale. Il faut creuser précisément ces deux notions. Or, de même que nous venons de voir la notion de contrainte physique s'évanouir au profit de la notion d'indicatif, de même, l'idée de contrainte morale doit se fondre en celle d'impératif.

L'impératif doit être défini indépendamment des notions de *nécessité* ou de *liberté*. A vrai dire, ni l'une ni l'autre de ces deux notions n'ont de contenu intelligible. La notion de liberté n'a de sens que par opposition à la notion de déterminisme. Par conséquent, en rejetant l'une, nous avons rejeté l'autre. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'homme agit, au moins pour partie de son action, consciemment. Cela veut dire qu'il y a simultanéité ou succession régulière entre certains états de conscience et certaines actions. Mais la question classique de savoir si ce sont les états de conscience qui déterminent l'action (hypothèse de la liberté — et pourquoi, d'ailleurs, de la liberté ? encore faudrait-il démontrer que les états de conscience sont libres) ou si c'est l'action qui détermine les états de conscience (théorie de la conscience épi-phénomène), cette question n'a aucun sens intelligible. Elle est, en tous cas, contraire à la théorie positiviste, et pourtant combien de positivistes ne pourrait-on citer qui nient la liberté à seule fin d'affirmer le déterminisme humain ! Mais ceux-là usurpent le nom de positivistes.

Loi naturelle et norme ne sont pas des forces ordonnant le monde extérieur (et telle est en définitive la conception que l'on s'en fait généralement) ; indicatif et impératif sont deux faits psychiques (1) : conscience de ce qui est, a été ou sera ; conscience de ce qui doit être, a dû être ou devra être. Un état de conscience ne modifie pas le monde extérieur ; d'ailleurs la notion de modification du *fatum* n'a point de sens. La norme pas plus que la loi naturelle, l'impératif pas plus que l'indicatif ne pèsent sur le cours des choses.

II

Le lien entre l'impératif et l'indicatif.

L'impératif dirige l'action, mais il n'est pas tout ce qui dirige l'action. *L'impératif est une règle d'action formulée par une conscience, c'est-à-dire en fonction de données indicatives.*

Il s'oppose en cela à l'instinct et aux mobiles d'action ayant leur source dans l'inconscient ou le subconscient. Nous agissons, en effet, tantôt consciemment, tantôt inconsciemment. Dans le premier cas seulement notre action est dirigée par un impératif.

1. Nous n'acceptons donc pas entièrement les vues de M. KELSEN sur cette question. V. KELSEN, *Revue du droit public*, 1926, p. 572 : « L'opposition entre être (*sein*) et devoir être (*sollen*), entre loi naturelle et règle, réalité et valeur coïncide aussi pour l'essentiel avec l'opposition entre nature et esprit ». Nous nous séparons de M. Kelsen sur le dernier point, l'opposition entre nature et esprit. La distinction de l'impératif et de l'indicatif (qui est bien celle du *sollen* et du *sein*) s'opère *dans* l'esprit entre deux faits psychiques : le fait de conscience et le fait de volonté, non entre l'esprit et la nature. Nous aurons l'occasion de montrer plus amplement ce qui distingue la position de M. Kelsen et a nôtre. Sa théorie est objectiviste. La nôtre est subjectiviste.

Ainsi apparaît le lien entre l'impératif et l'indicatif. L'homme est conscient et agissant. Toute donnée de la conscience est utilisable en vue de l'action. De tout état de conscience se dégage un impératif. Toute proposition indicative donne naissance immédiatement à une proposition impérative correspondante. Par exemple : « l'eau bout lorsqu'on la chauffe à cent degrés », et « si tu veux faire bouillir de l'eau, chauffe-là à cent degrés », ou encore : « il est bien d'aimer son prochain » et « aime ton prochain ». Toute proposition peut être énoncée sous forme indicative ou sous forme impérative, sous forme théorique ou sous forme pratique, parce que la conscience n'est qu'un moyen de la vie, c'est-à-dire de l'action.

La langue, avec une concision merveilleuse, exprime parfaitement cette unité qui est au fond de la dualité de l'indicatif et de l'impératif. Les philosophes ont depuis longtemps remarqué que le mot « conscience » a une double signification. Si, par exemple, on se reporte au traité de MALAPERT (1) on lit : « Le mot « conscience » ... se prend en deux sens qui se sont de plus en plus différenciés, conscience morale et conscience psychologique. » Or, la conscience psychologique se confond avec l'indicatif ; la conscience morale, d'autre part, avec l'impératif. Cette dernière est une voix intérieure qui proclame ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire ; elle a été chantée par J.-J. ROUSSEAU, dans la Profession de foi du vicaire savoyard : « Conscience ! conscience ! instinct divin, immortelle et céleste voix, guide assuré d'un être ignorant et borné, mais intelligent et libre ; juge infaillible du

1. Paulin Malapert, *Leçons de philosophie*, I, p. 16.

bien et du mal, qui rends l'homme semblable à Dieu ! C'est toi qui fais l'excellence de sa nature et la moralité de ses actions ; sans toi, je ne sens rien en moi qui m'élève au-dessus des bêtes que le triste privilège de m'égarer d'erreurs en erreurs à l'aide d'un entendement sans règles et d'une raison sans principes. » Mais qu'est-ce que cette voix intérieure, cette voix de la conscience, sinon l'impératif se dégageant de l'indicatif, sinon la règle formulée par la conscience à l'action ? Ainsi le mot « conscience » désigne à la fois la conscience proprement dite, et la voix de la conscience. Autrement dit, il désigne à la fois l'indicatif et l'impératif. Les deux notions emprisonnées sous un seul mot, voilà bien le symbole parfait de l'unité qui est au fond de la dualité de l'impératif et de l'indicatif.

III

L'impératif peut être objet de science.

On demande souvent : *le droit, la morale sont-ils des sciences ?* Le droit et la morale sont un ensemble, un système d'impératifs. Ils sont donc impératifs eux-mêmes. Dès lors il est absurde de se demander s'ils sont des sciences. Car la science, ou indicatif est précisément l'opposé de l'impératif. La sociologie est une science parce qu'elle est observation de la société. Le droit n'est pas une science parce qu'il est ordonnance de la société.

Mais le droit (et au même titre la morale ou tout autre impératif) peut être objet de science, c'est-à-dire de connaissance, et, en ce sens, on peut parler de la science du droit.

Impératif et indicatif sont les deux états psychiques élémentaires, irréductibles l'un à l'autre, connaissance et volonté. Mais un indicatif ou un impératif énoncés par autrui peuvent être considérés comme des faits. Or, ce fait peut être objet de connaissance, donc de science. L'objet de la science, en d'autres termes, n'est pas seulement les faits matériels, mais aussi les faits psychiques (1) ; la science observe d'un peuple non seulement ses actes purement extérieurs, son habit,ses repas, ses usines, ses caractéristiques physiques, etc., mais aussi ses pensées, l'état de ses connaissances et de ses impératifs.

La science des faits sociaux, au sens positiviste du mot science, s'appelle la *sociologie*. On appelle science, dans la terminologie positiviste, non pas toute espèce de connaissance, mais seulement la connaissance des lois naturelles, c'est-à-dire des phénomènes se reproduisant suivant un ordre de succession constant. La sociologie, ou science des mœurs (le mot « mœurs » étant synonyme de « faits sociaux »), englobe la statistique, la géographie humaine, l'économie politique, l'histoire des sociétés, etc. Elle comprend aussi l'étude des lois gouvernant l'apparition et les transformations des divers impératifs dans les consciences du groupe social. Les lois d'évolution de la morale ou du droit rentrent ainsi dans le cadre de la sociologie.

Nous venons de voir dans quelle mesure le droit est objet de science positive. Il peut être encore objet de science, au sens large du mot.

1. Un fait n'a pas d'autre définition ni d'autre existence que celles de contenu d'un indicatif. Un fait existe si on en a conscience. Il n'y a pas d'être sans conscience de cet être. Et toute conscience d'être est être.

La science, au sens large du mot, par opposition à la science positive, est toute connaissance. Le mot science, dans cette acception, est synonyme d'indicatif. La science du droit que l'on enseigne dans les facultés de droit est de cette seconde sorte. La science, au sens positiviste, est uniquement la connaissance du général ; la science *lato sensu* englobe, au contraire, la connaissance du concret. La connaissance de la législation française, ou de telle législation étrangère, ou encore l'histoire de la législation menée sans le souci de dégager des lois générales d'évolution, mais avec le seul désir de retracer exactement les diverses règles qui se sont succédé, tout cela constitue de la science au sens large, par opposition à la science au sens strictement positiviste.

En résumé, avoir connaissance d'un impératif, cela est un indicatif ; mais l'impératif, en lui-même, n'est pas indicatif ; il est ordonnance des faits, non connaissance des faits.

IV

Impératif intérieur et impératif extérieur.

L'impératif est la règle d'action formulée par la conscience. Cette règle peut être adressée par l'individu à lui-même ou à autrui. Dans le premier cas elle est *impératif intérieur*, dans le second cas *impératif extérieur*.

Dans l'un et l'autre cas, l'impératif est la désignation de l'acte qui sera conforme aux données de la conscience de celui qui le formule. L'impératif extérieur peut être de même contenu que l'impératif intérieur, si la conscience de celui qui parle lui indique les mêmes actes également bons pour

autrui et pour lui, mais les données de sa conscience peuvent aussi amener celui-ci à formuler à l'adresse d'autrui des règles différentes de celles qu'il formule à son adresse propre.

L'impératif extérieur est un simple état psychologique, tout comme l'impératif intérieur. Il faut, en effet, distinguer soigneusement l'impératif extérieur de la publication de celui-ci. La publication de l'impératif est l'acte matériel quelconque par lequel celui-ci est porté à la connaissance du sujet. Cet acte matériel est postérieur à l'impératif, il n'est nullement un élément de sa définition. Ainsi une loi non publiée n'en est pas moins un impératif. Peut-être cette circonstance l'empêchera-t-elle de devenir un impératif positif, c'est-à-dire obéi, mais elle n'en est pas moins un impératif. De même, toute religion se disant universelle est un impératif adressé même à ceux qui ignorent son existence. Le sauvage qui ignore le christianisme est néanmoins, en tant qu'homme, sujet du christianisme ; il démérite en n'étant pas catholique. Tel est le principe qui explique l'évangélisation et, d'une façon générale, le prosélytisme. Toute règle de conduite simplement pensée par quiconque à l'adresse d'autrui est un impératif extérieur.

Il résulte de ce que nous venons de dire que, à l'encontre d'une opinion cependant couramment énoncée et par des auteurs de toutes opinions, un impératif ne suppose nullement qu'il soit adressé par un *supérieur* à un *inférieur*. Nous relevons l'expression de cette idée erronnée au hasard chez les trois auteurs suivants : Duguit, I, p. 409 : « Si l'on réfléchit, on s'aperçoit que pour qu'il y ait un commandement il faut nécessairement que la *volonté* qui commande ait une *supériorité* de nature sur les volontés auxquelles s'adresse

le commandement. » LE FUR (*Le fondement du droit*, p. 11) : « Par là même qu'(une loi) pose un ordre, elle suppose une *volonté supérieure* à celui qui est l'objet de cet ordre, par exemple l'Etat au-dessus de l'individu pour le droit positif interne, — plus tard peut-être la Société des Nations au-dessus de l'Etat, s'il se constitue un véritable droit international positif, — une *volonté supérieure* à celle de l'homme, individuel ou collectif, pour le droit naturel et la morale. » R. P. DE PASCAL, *Philosophie morale et sociale*, I, p. 146 : « Le commandement et l'obligation impliquent un rapport de *supériorité*, attendu que l'égalité, considérée en elle-même et sans l'addition d'aucun autre élément, exclut toute idée de commandement et d'obligation... On peut définir (la loi) : une direction vers la fin donnée par le *supérieur* à l'*inférieur*. « Lex, si stricte sumatur, dit Suarez, est coordinatio superioris ad inferiorem, per imperium proprium. » La loi, ainsi entendue, n'est pas une pure abstraction, une pure idée ; elle est un acte, un acte souverain qui dirige, commande et s'impose avec autorité. Elle est l'expression de la supériorité d'un être sur un autre, supériorité qui suppose, d'une part, le commandement et l'autorité, d'autre part la dépendance et l'obligation d'obéir. »

Il semble, à lire ces auteurs, qu'ils énoncent une évidence. Néanmoins on comprendra, après nos développements précédents, que leur affirmation nous semble dénuée de tout fondement et même de toute signification. Si l'on essaye de rechercher l'origine de cette erreur, on la trouve dans une assimilation ou tout au moins un rapprochement, d'ailleurs inconscient et dont est responsable le peu de rigueur de la terminologie, entre les notions de force, de déterminisme,

d'une part, et d'impératif, d'autre part. Si la règle est une force dirigeant et contraignant le sujet, dans ce cas celui dont elle émane est plus fort que celui qui la subit ; celui qui énonce l'impératif est le supérieur du sujet. Mais cette conception, qui est plus ou moins impliquée par la terminologie et qui par là inspire inconsciemment l'écrivain, ne saurait être soutenue ouvertement.

V

Impératif et volonté.

Impératif et *volonté* sont synonymes. La volonté n'est autre chose que la tendance pratique de l'idée dominant dans la conscience. Or, cette définition est également celle de l'impératif. On nous permettra de citer un passage de WILLIAM JAMES (1) : « Le vouloir s'achève dans la conquête de la conscience par l'idée ; que l'idée se réalise ou non, cela ne le regarde point. Je veux écrire : j'écris ; je veux éternuer : je n'éternue point. Je veux que cette table vienne du coin de ma chambre vers moi : elle ne vient point. Dans ces trois cas mon vouloir est également parfait ; seulement les trois représentations sont inégalement efficaces. La première agit sur les centres de l'écriture, la seconde n'agit pas sur les centres de l'éternuement, la troisième ne meut pas la table. Mais qu'importe ? Les mouvements consécutifs à cette représentation ne sont ici que des épi-phénomènes tout à fait accessoires, qui relèvent de ganglions nerveux fonctionnant

1. William James, *Précis de psychologie*, traduit par E. Baudin et G. Bertier, 4e édition, p. 597.

hors de la conscience. Si les ganglions font exactement leur travail, le mouvement s'accomplit en perfection. S'ils ne le font qu'imparfaitement, on a la danse de Saint-Guy, l'ataxie locomotrice, l'aphasie motrice, ou des maladresses de moindre conséquence. S'ils ne le font pas du tout, aucun mouvement ne s'ensuit et on parle de paralysie : le sujet peut faire des efforts très énergiques, contracter même les autres muscles de son corps, sans que le membre paralysé se meuve, Mais, dans tous ces cas d'inégale obéissance du corps à l'esprit la volition est toujours intacte et parfaite comme processus psychique. » La volonté n'est, comme l'impératif, qu'un processus psychique. Elle est l'aspect pratique, moteur dit William James, de la prédominance d'une idée dans la conscience. Elle est une indication d'action conforme à cet état de conscience. Que l'action se réalise ou non, cela est postérieur et sans influence sur l'existence de la volition, non plus que de l'impératif. Nous considérerons comme synonymes ces deux mots. Mais nous parlerons de préférence d'impératif.

VI

Impératif conditionnel et impératif catégorique.

On appelle *impératif conditionnel* celui qui prescrit un moyen sans prescrire la recherche du but auquel conduit ce moyen ; le but est laissé facultatif pour le sujet ; l'impératif est donc conditionnel pour le sujet, en ce sens que celui-ci n'en est à proprement parler sujet que s'il se propose effectivement le but auquel conduit le moyen prescrit. Exemple :

« Si tu veux faire bouillir de l'eau, porte-là à la température de cent degrés. » La proposition « fais chauffer l'eau » n'est un impératif pour toi, que si tu veux faire bouillir l'eau ; c'est en ce sens qu'elle est un impératif simplement conditionnel.

A l'impératif conditionnel s'oppose l'*impératif catégorique*. L'impératif catégorique prescrit non seulement un moyen, mais également le but en vue duquel est prescrit le moyen. L'impératif est alors inconditionnel ; c'est ce que traduit l'expression impératif catégorique.

Ces deux sortes d'impératif peuvent encore être distingués d'après la nature de l'indicatif qu'ils traduisent. L'un et l'autre se dégagent de la conscience, mais de données différentes de la conscience. L'impératif conditionnel est la traduction d'une loi naturelle formulée par la conscience. L'impératif catégorique traduit un jugement *a priori* de la conscience.

1° L'impératif conditionnel.

Le type de l'impératif conditionnel est fourni par la *règle de technique*. Les règles de technique ne prescrivent jamais que des moyens et laissent toujours de côté la question du but à poursuivre. « Pour construire une maison solide, fais la reposer sur des fondations ». Si un architecte, obéissant à un mobile de vengeance, par exemple, désire, au contraire, construire une maison fragile, cet impératif ne sera pas valable pour lui ; il ne lui est pas adressé ; c'est l'impératif inverse qu'il doit respecter. Or, toutes les règles de technique sont sur ce modèle. Et, de même, les règles de prudence, d'hygiène, etc., qui sont

valables à supposer que l'on veuille sauvegarder sa sécurité ou sa santé.

S'il en est ainsi, c'est que ces règles traduisent sous forme pratique l'énoncé de lois naturelles. Une loi naturelle est en effet l'indication de causes et d'effets. Elle ne peut donc donner naissance qu'à un impératif conditionnel. D'autre part, elle donne nécessairement naissance à un tel impératif. La loi naturelle et la règle de technique sont une seule et même chose vue sous l'aspect théorique et sous l'aspect pratique, énoncée en forme indicative ou en forme impérative.

Il est très important de voir cette correspondance entre données scientifiques de la conscience, d'une part, et impératif conditionnel, de l'autre. « Science, d'où prévoyance ; prévoyance, d'où action », a écrit Auguste Comte en tête de son cours de philosophie positive. Science, c'est-à-dire connaissance des lois naturelles, observation des rapports constants de succession entre les phénomènes ; Prévoyance, c'est-à-dire hypothèse que la constance observée dans le passé continuera dans l'avenir ; Action, c'est-à-dire utilisation de ces connaissances en vue de notre action, règles d'action. Mais non pas règles catégoriques, règles simplement conditionnelles. La science nous guide dans le choix des moyens ; elle ne nous est d'aucun secours dans le choix des fins à donner à notre activité. Elle nous dit ce qui crée la richesse, la santé, la solidité,... mais elle ne nous dit pas si notre idéal doit être la richesse ou la pauvreté, le plaisir ou la douleur.

Cette vérité a été méconnue par DURKHEIM et par ses disciples et cela constitue, à nos yeux, le reproche fondamental

à adresser à l'école sociologique. Cette école cherche, en effet, à fonder une règle d'action catégorique sur des données purement scientifiques. Or cette tentative est contradictoire en soi. Si l'on se reporte aux *Règles de la méthode sociologique*, il est facile de voir à quel moment Durkheim cesse, sans s'en apercevoir, de se fonder sur des données purement scientifiques. Durkheim définit la *maladie* et la *santé* comme étant l'*anormal* et le *normal*, c'est-à-dire le général et l'exceptionnel. Ce faisant, il fait bien de la maladie et de la santé des concepts scientifiques, car le général et l'exceptionnel sont choses observables. Mais à supposer que la science sociale arrive à déterminer pour tous les types de société ce qui est normal et ce qui est anormal, en résulterait-il autre chose pour l'homme qu'une règle d'action purement conditionnelle ? Evidemment non. La science sociale indiquerait à l'homme ce qui est normal, ce qui est anormal ; elle lui indiquerait en même temps les moyens qui favorisent le normal ou qui entraînent l'anormal, mais elle ne lui dirait toujours rien en ce qui concerne le choix entre le normal et l'anormal. Or, p. 61, Durkheim écrit : « Pour les sociétés comme pour les individus, la santé est bonne et désirable, la maladie au contraire est la chose mauvaise et qui doit être évitée. » Cette règle repose-t-elle encore sur un fondement purement scientifique, c'est-à-dire observé ? C'est ce que semble croire Durkheim, mais là est son erreur. Cette règle est catégorique et repose sur un postulat. Une fois cette règle posée, Durkheim peut, il est vrai, poser toutes les autres en s'appuyant sur les données de la science sociale. Mais ces dernières ne sont catégoriques que parce qu'il les appuie sur cette première règle qui, elle, n'est pas scientifique. Le général et l'exceptionnel

sont des données scientifiques, non pas le bon et le mauvais. Les données scientifiques sont incapables à elles seules d'engendrer un impératif catégorique (1).

2° L'impératif catégorique.

L'impératif catégorique est à base de postulat. C'est par un acte entièrement arationnel qu'on peut déterminer la primauté d'une fin sur les autres fins possibles. *To be or*

1. Il faut bien voir que l'architecte qui construit une maison n'applique pas ses seules règles de technique. Pour passer à l'action il lui faut nécessairement une règle catégorique, partant extra-scientifique. Il n'applique les règles de technique qu'une fois la construction décidée. Mais pour décider la construction il a nécessairement fixé une fin à son activité.

M. LEVY-BRUHL, dans son livre *La morale et la science des mœurs*, a fait une analyse incomplète des notions de théorie et de pratique, de science et de technique. P. 8 il déclare :

« Partout ailleurs que dans le domaine de la morale, nous séparons sans trop de peine, au moins par la pensée, notre science, qui s'efforce de connaître les phénomènes naturels, et les *procédés de notre art pour les modifier*. Nous concevons l'une sans l'autre. Le constructeur de machines se sert de formules que l'analyse nous a établies, l'anatomiste, le physiologiste ne cherchent qu'à connaître les faits et les lois, laissant à d'autres les applications thérapeutiques possibles. Mais, dès qu'il s'agit de morale, la subordination de la pratique à une théorie distincte d'elle semble s'effacer tout d'un coup. La pratique n'est plus comprise comme la modification, par l'intervention rationnelle de l'homme, d'une réalité objective donnée... La conscience paraît témoigner qu'elle tient ses principes d'elle-même... Mais c'est cette pratique (ce qui nous apparaît subjectivement dans la conscience comme obligatoire., etc.) qui, considérée objectivement, constitue la réalité à étudier par une méthode scientifique.

« Il y a donc en réalité deux sens nettement distincts du mot « *pratique* ». En un premier sens, la « pratique » désigne les règles de la conduite individuelle et collective, le système des devoirs et des droits, en un mot, les rapports moraux des hommes entre eux. En un deuxième sens, qui n'est plus particulier à la morale, la « pratique » s'oppose d'une manière générale à la théorie. Par exemple, la physique pure est une recherche théorique, et la physique appliquée se rapporte à la

not to be ? demande le héros de Shakespeare. Cette question se pose également à chacun, à chaque instant de vie consciente. Et avec elle : comment vivre et comment mourir ? vivre pour soi, vivre pour autrui ? Se construire une attitude purement individuelle ? Travailler à l'établissement d'un ordre social ? Et quelle attitude ? Et quel ordre ? Telles sont les questions que pose l'action. Dans la mesure où nous agissons inconsciemment, nous les évitons. Mais dans la

pratique. Ce deuxième sens peut et doit s'étendre aux faits moraux.

Il suffit que l'ensemble de ces faits, à savoir la « pratique » au premier sens du mot, devienne lui-même l'objet d'une étude vraiment spéculative. Et lorsque cette « pratique » sera suffisamment connue, c'est-à-dire que, lorsqu'on sera en possession d'un certain nombre de lois régissant ces faits, on pourra espérer la modifier, par une application rationnelle du savoir scientifique. Alors, mais alors seulement, les rapports de la théorie et de la pratique, en morale, seront normalement organisés. »

Ce qui manque à cette analyse c'est de reconnaître deux sortes de théorie, c'est-à-dire de connaissance, de science, d'indicatif. Il y a, d'une part, la science positive, qui est observation du monde extérieur, connaissance des causes. Il y a, d'autre part, la connaissance *a priori* dont le type est constitué par les propositions suivantes : Cela est beau, cela est bon, cela est juste. Or de tout indicatif se dégage un impératif, de toute théorie une pratique. De la connaissance des causes dérivent les règles de technique, de la connaissance des fins dérivent les impératif catégoriques Or l'action consciente suppose l'application nécessaire de ces deux sortes de règles L'ingénieur ne peut se contenter des règles de technique, il lui faut aussi une règle catégorique de vie. De même les règles de technique se dégageant de la sociologie (science positive) doivent successivement être doublées pour le législateur ou pour tout homme, animées par des règles catégoriques (règles de droit, de morale, d'esthétique).

On voit donc qu'il n'y a pas deux sens distincts, contrairement à ce que pense M Lévy-Bruhl, du mot pratique. Pratique est synonyme d'impératif. Toute pratique découle d'une théorie. Il y a seulement deux sortes de pratique, la pratique conditionnelle ou technique, d'une part, la pratique catégorique de l'autre, parce qu'il y a deux sortes de théorie, la théorie des causes (qui peut être scientifique au sens positiviste) et la théorie des fins (qui est purement *a priori*, donnée dans la conscience de chaque homme).

mesure où nous agissons consciemment, nous les rencontrons, et nous les résolvons. Mais notre choix, il faut le constater, est purement *a priori*. Ni la raison, ni l'expérience ne nous donnent la moindre réponse. Quelle est la fin première ? quel est le bien ? quel est l'idéal à servir ? La réponse est en nous, mais elle constitue un postulat, quelque chose qui n'est ni vrai, ni faux, qui est au delà de l'erreur ou de la vérité.

Le rêve de Durkheim est irréalisable qui consiste à vouloir régler l'action scientifiquement. Ecoutons-le (1) : « Notre méthode a l'avantage de régler l'action en même temps que la pensée. Si le désirable n'est pas objet d'observation, mais peut et doit être déterminé par une sorte de calcul mental, aucune borne, pour ainsi dire, ne peut être assignée aux libres inventions de l'imagination à la recherche du mieux. Car comment assigner à la perfection un terme qu'elle ne puisse dépasser ? Elle échappe, par définition, à toute limitation. Le but de l'humanité recule donc à l'infini, décourageant les uns par son éloignement même, excitant, au contraire, et enfiévrant les autres, qui, pour s'en rapprocher un peu, pressent le pas et se précipitent dans les révolutions. On échappe à ce dilemme pratique si le désirable c'est la santé et si la santé est quelque chose de défini et de donné dans les choses, car le terme de l'effort est donné et défini du même coup. Il ne s'agit plus de poursuivre désespérément une fin qui fuit à mesure qu'on avance, mais de travailler avec une régulière persévérance à maintenir l'état normal, à le rétablir s'il est troublé, à en retrouver les conditions si

1. *Règles de la méthode sociologique*, 7e éd., p. 97.

elles viennent à changer. Le devoir de l'homme d'Etat n'est plus de pousser violemment les sociétés vers un idéal qui lui paraît séduisant, mais son rôle est celui du médecin : il prévient l'éclosion des maladies par une bonne hygiène, et, quand elles sont déclarées, il cherche à les guérir. » La règle d'action proposée par Durkheim paraîtra acceptable à beaucoup, mais ce qu'il faut voir, c'est qu'elle n'est pas à fondement scientifique. A la question posée il ne peut pas y avoir de réponse scientifique ou rationnelle. Mais Durkheim a peur de ce dilemme qu'il voit s'ouvrir devant lui, comme le premier homme rencontré par Zarathoustra à la descente de sa montagne eut peur de la révélation qu'apportait celui-ci.

Avant Durkheim, KANT a suivi la même voie. Il a voulu donner un fondement rationnel à l'impératif catégorique. L'impératif catégorique, dans la construction kantienne, est un commandement de la raison pure pratique. Kant croit pouvoir formuler un impératif catégorique qui réponde à cette définition. Mais son raisonnement, on va le voir, est fragile et montre trop son défaut. Si un tel impératif existe, dit-il, il est universel, car la raison pure est universelle. D'autre part, s'il existe, il ne peut être qu'un principe déterminant la volonté non par la matière, mais simplement par la forme (1). Car si c'est la matière d'un principe qui détermine la volonté, cela veut dire que la volonté est déterminée par le désir d'un objet, et non par la raison pure ; or, ce que cherche Kant est un impératif dicté par la raison pure. Dès lors, cet impératif n'est pas pour la volonté un principe de

1. Voir *Raison pratique*, p. 43.

détermination d'après le contenu de l'impératif. Il ne reste donc à proposer à la volonté qu'un principe de détermination d'après la forme de la maxime (1) qui la sollicite. « Si d'une

1. Il sera utile de donner ici quelques indications sur la terminologie kantienne.

KANT définit l'opposition entre l'impératif catégorique et l'impératif conditionnel de façon sensiblement analogue à celle que nous avons employée. Notamment dans l'*Introduction à la métaphysique des mœurs* (p 31), il s'exprime de la façon suivante : « L'*impératif catégorique* est celui qui prescrit une action, non pas en quelque sorte médiatement, comme un moyen d'atteindre un certain but, mais immédiatement comme étant par elle-même objectivement nécessaire. La seule science pratique qui puisse donner un exemple de ce genre d'impératifs est celle qui impose l'obligation (la science des mœurs). Tous les autres impératifs sont techniques et *conditionnels*. » L'impératif catégorique est celui qui est édicté inconditionnellement, absolument ; l'impératif conditionnel est au contraire celui qui est édicté conditionnellement, pour le cas où un certain but sera effectivement visé par le sujet

Mais la définition de l'impératif est très différente chez Kant de celle que nous avons donnée. L'impératif est par définition, dans la terminologie kantienne, une règle formulée par la raison. Kant distingue, parmi les données de la conscience, celles qui sont subjectives et celles qui sont objectives ; celles qui sont spéciales à l'individu considéré et au contraire celles qui sont générales à tout être raisonnable. Les données subjectives de la conscience, ce sont les sentiments, de source pathologique ; c'est notamment le désir d'un objet, fondé sur le plaisir. Les données objectives de la conscience sont celles qui sont purement rationnelles ; la raison pure est objective ; ses enseignements sont universels.

Cette analyse explique la construction et la terminologie suivante que l'on trouve en tête de la *Raison pratique*. Ce que nous avons appelé l'impératif, c'est-à-dire les règles d'action se dégageant de la conscience en général, Kant l'appelle les *principes pratiques*. Ce sont les règles de la conduite humaine en général. Parmi ces principes pratiques il en distingue de deux sortes : les principes subjectifs, les principes objectifs ; ceux qui ont leur source dans un sentiment, ceux qui ont leur source dans la raison ; il les désigne sous le nom de *maximes*, d'une part, et de *lois pratiques*, de l'autre.

Les lois pratiques sont donc l'enseignement de la raison. Un être qui ne se déterminerait que d'après sa raison obéirait nécessairement aux lois pratiques. Celles-ci seraient véritablement des lois. Mais la volonté de l'homme n'est pas « sainte ». Elle ne se détermine

loi on enlève par abstraction toute matière, c'est-à-dire tout objet de la volonté (comme principe déterminant), il ne

pas exclusivement selon sa raison ; la loi pratique, c'est-à-dire l'enseignement de la raison, ne détermine donc pas nécessairement l'obéissance ; il se propose à son obéissance ; c'est pourquoi la loi pratique est pour l'homme, non une loi proprement dite, mais un *impératif*.

Ainsi, sous réserve de cette nuance, « impératif » est synonyme de « loi pratique » ; à ce titre, il s'oppose donc à la « maxime » : « Les impératifs ont une valeur objective et sont totalement différents des maximes, qui sont des principes subjectifs. » (*Raison pratique*, p. 29).

La distinction de l'impératif conditionnel et de l'impératif catégorique est donc, chez Kant, une subdivision des « lois pratiques ». « L'impératif exprime la nécessité objective de l'action et signifie que, si la raison déterminait complètement la volonté, l'action se produirait infailliblement d'après cette règle. Mais les impératifs déterminent ou bien les conditions de la causalité de l'être raisonnable en tant que cause efficiente et simplement par rapport aux effets et aux moyens suffisants pour l'atteindre, ou ils déterminent seulement la volonté, qu'elle soit ou non suffisante pour l'effet. Les premiers sont des impératifs hypothétiques et contiennent de simples préceptes de savoir-faire ; les seconds sont au contraire catégoriques et forment seuls des lois pratiques » (*Raison pratique*, p. 29). En résumé, nous pouvons dire que les « lois pratiques » (par opposition aux « maximes ») se subdivisent en « préceptes pratiques » et en « lois pratiques proprement dites ». (Nous disons, dans ce cas, « lois pratiques proprement dites » car Kant emploie le mot « lois pratiques » dans deux sens différents, un plus large, l'autre plus étroit ; le premier par opposition à « maximes », le deuxième par opposition à « préceptes pratiques »).

Cette division rejoint d'ailleurs celle de l'impératif conditionnel et de l'impératif catégorique. « Les impératifs, s'ils sont conditionnels, c'est-à-dire s'ils ne déterminent pas la volonté uniquement en tant que volonté, mais seulement en vue d'un effet désiré, c'est-à-dire s'ils sont des impératifs hypothétiques (conditionnels), forment des préceptes pratiques, mais non des lois » (*Raison pratique*, p. 29).

L'impératif conditionnel, suivant Kant, émane de la raison, « parce qu'il prescrit l'action comme moyen d'arriver à l'effet (p. 28) » ; mais à lui-même, il n'est pas un principe de détermination de la volonté ; il ne détermine la volonté que si l'effet est désiré. Il la détermine donc seulement par l'intermédiaire d'un sentiment de plaisir ou de déplaisir venant s'interposer entre les deux. Dans l'impératif conditionnel la

reste rien que la simple forme d'une législation universelle (1).» Le caractère catégorique découle donc pour un impératif de sa forme universelle (2). L'impératif catégorique peut être formulé de la façon suivante : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle. »

Mais, pour combattre la théorie de Kant, il suffit de remarquer que cet impératif n'est en réalité pas exclusivement formel, comme le proclame l'auteur. Dès lors il cesse d'être un dictamen de la raison pure, en vertu de la théorie de Kant lui-même.

Comment imaginer une règle « déterminant *a priori* la volonté, simplement par rapport à la forme de ses maximes ». Cela suppose qu'une maxime, suivant sa forme, est ou non susceptible d'être intégrée dans une législation universelle. Or cette hypothèse est manifestement fausse. Toute maxime, quelle qu'elle soit, et quelle que soit sa forme, peut être intégrée dans une législation générale, car une législation générale, un ordre social, si l'on fait abstraction de son contenu, est quelque chose d'absolument indéterminé. C'est seulement si l'on considère un ordre social déterminé qu'on peut juger si une maxime est susceptible d'en faire partie. Kant se trahit lui-même, d'ailleurs. Lorsqu'il prend des exemples pour montrer qu'il est toujours possible de distinguer si une

raison pure est donc pratique, mais non pratique à elle seule. Elle l'est en collaboration avec la faculté de désirer.

L'impératif catégorique, au contraire, est celui qui, à lui seul, est un principe de détermination pour la volonté, dans lequel la raison pure est « pratique à elle seule (p. 38) », « détermine par elle-même la volonté sans être au service des penchants (p. 38) ».

1. Voir *Raison pratique*, p. 43.
2. Voir *Raison pratique*, p. 44.

maxime est par sa forme capable de s'adapter à une législation universelle, il ne considère pas une législation quelconque, mais une législation qu'il lui arrive de déterminer, notamment comme engendrant un ordre « durable ». Citons (p. 73) : « La maxime que j'adopte en vue de la libre disposition de ma vie est déterminée aussitôt que je me demande comment elle devrait être pour qu'une nature, dont elle serait la loi, pût *subsister*. Il est clair que personne ne pourrait, dans une telle nature, mettre arbitrairement fin à sa vie, car un tel arrangement ne serait pas un *ordre de choses durable*. »

Plus souvent il envisage un ordre social *égalitaire*, ce qui est encore un ordre déterminé. Comment entend-il, en effet, « l'adaptation à une législation universelle » de la maxime considérée ? Entend-il son introduction dans un ensemble de règles différenciées mais coordonnées ? Entend-il la possibilité de la conserver comme règle gouvernant l'activité d'un particulier donné dans le corps des règles gouvernant l'activité de la société en général ? Nullement. Kant entend, et il laisse flotter sur ce point quelque équivoque, la possibilité de la transformer elle-même en législation universelle par simple généralisation. Or, ce mode de généralisation aboutit à la création d'un ordre social égalitaire, où la règle de chacun est la règle de tous. Ainsi entendu, le criterium de Kant est utilisable, car il est manifeste que toute maxime n'est pas susceptible de se transformer en loi générale constitutive d'un ordre égalitaire ; mais en même temps, elle lui retire toute sa valeur kantienne ; il ne décèle plus les maximes nécessaires, s'imposant à tout être raisonnable, mais seulement elles qui s'imposent aux individus admettant le postulat égalitaire.

Ecoutons raisonner Kant (p. 43) : « l'entendement le plus ordinaire peut distinguer, sans instruction préalable, quelle forme est ou n'est pas, dans la maxime, capable de s'adapter à une législation universelle. Je me suis fait, par exemple, une maxime d'augmenter mes ressources par tous les moyens sûrs : j'ai maintenant entre les mains un dépôt dont le propriétaire est mort et n'a à ce sujet laissé aucun écrit. C'est naturellement le cas de mettre en pratique ma maxime. A présent, je veux seulement savoir si cette maxime peut avoir aussi la valeur d'une loi pratique universelle. Je l'applique donc au cas présent et je me demande si elle peut prendre la forme d'une loi, partant si je pourrais, par ma maxime, donner cette loi que chacun est autorisé à nier un dépôt, quand personne ne peut prouver qu'il lui a été confié. Aussitôt je m'aperçois qu'un tel principe se détruirait lui-même comme loi, parce qu'il aurait pour résultat de supprimer tout dépôt. » Ce passage soulève les observations suivantes : D'une part, il n'est pas certain que la maxime considérée entraînerait la suppression de tout dépôt et d'autre part, ce résultat même étant admis, l'argument consiste à rejeter une maxime comme incompatible avec un ordre social où soit pratiqué le dépôt, non avec un ordre social quelconque. Enfin et surtout, ce passage montre clairement que par « adaptation d'une maxime à une législation universelle », Kant entend « la généralisation de cette maxime en loi universelle », ce qui, nous le répétons, suppose l'idéal d'un ordre social égalitaire.

De même que Kant croit envisager cette notion de « législation générale » d'un point de vue purement formel, mais en réalité lui donne un contenu, de même on peut se demander

comment il est possible de juger, ainsi qu'il prétend le faire, une « maxime » sur sa seule forme. Il suffit, sur ce point, de reprendre les critiques qui lui ont été souvent adressées et de citer notamment M. PICAVET, traducteur et annotateur de la *Critique de la Raison pratique*, p. 34 : « Hegel, Schopenhauer et Kirchmann ont soutenu que si ce qui est moral tire son origine de la simple forme où de l'universalité du commandement, Kant ne devait pas se demander quelle forme est ou n'est pas capable de s'adapter à une législation universelle, car, dans la forme, il n'y a aucune distinction, et lorsque Kant veut distinguer les maximes d'après leur forme, il est obligé de revenir au contenu du commandement et par conséquent de se contredire. »

On peut donc constater l'échec de Kant lorsqu'il a essayé d'établir un impératif catégorique à fondement purement rationnel. Seul l'impératif conditionnel se dégage de données scientifiques et rationnelles ; l'impératif catégorique ne peut se dégager que d'un postulat, c'est-à-dire d'une donnée arationnelle.

Si nous considérons le mouvement de la pensée avant Kant, nous sommes amenés à distinguer deux attitudes principales à l'égard du fondement de l'impératif catégorique. D'une part, le faire reposer sur le *dogme*, le considérer comme *révélé* ; d'autre part, le fonder sur la *raison*. La première attitude constitue ce qu'on a appelé le *judaïsme*. On la trouve intimement mêlée avec la seconde dans la doctrine des Pères de l'Eglise et de SAINT THOMAS D'AQUIN. L'impératif catégorique, le droit naturel notamment, est, dans cette conception, à la fois révélé à l'homme par Dieu et découvert par la raison humaine. Cette pensée est celle qui inspire

aujourd'hui les héritiers de la pensée thomiste, et particulièrement, dans le domaine juridique, MM. Le Fur et Georges Renard. Enfin, avec Grotius, on assiste à ce qu'on a appelé la laïcisation du droit naturel ; on s'achemine vers une conception purement rationnelle de celui-ci, dont l'expression la plus nette sera la critique de la Raison pratique. Aujourd'hui encore, c'est une conception rationaliste de l'impératif catégorique qui domine. Nous avons vu notamment qu'elle est celle de l'école sociologique.

S'il faut choisir entre ces deux attitudes, nous nous rattacherons à la conception dogmatique. L'expression de postulat, ou de donnée *a priori* que nous avons employée, est, en effet, dans la terminologie moderne et positiviste, l'équivalent du dogme et de la révélation.

Une dernière remarque doit être faite sur le fondement de l'impératif catégorique. On pourrait se demander si ce n'est pas l'impératif catégorique lui-même qui est donnée *a priori* de la conscience. Est-il vrai de dire, comme nous l'avons fait, qu'il se dégage d'un indicatif postulé ? La distinction et le lien que nous avons aperçus entre indicatif et impératif lorsqu'il s'agissait d'impératif conditionnel, subsistent-ils encore maintenant qu'il s'agit d'impératif catégorique ? La question a été tranchée contre l'opinion que nous avons avancée par Kant, à la page 113 de la *Raison pratique* : « Le principe *a priori* de détermination de la volonté n'est pas le bien et le mal. C'est la loi morale. » Le bien est-il un indicatif distinct de la loi morale et que celle-ci tend à réaliser ? ou le bien est-il la loi morale elle-même ? Qu'il nous suffise de rappeler que l'impératif est nécessairement issu de la conscience. On ne peut parler d'impératif intérieur notamment

que lorsque l'action est consciente. Sinon il y a instinct, influence du subconscient, mais non pas impératif. Or les données de la conscience ne sont autre chose que l'indicatif. C'est pourquoi nous disons de l'impératif catégorique qu'il n'est pas lui-même donnée *a priori* de la conscience; mais c'est l'indicatif dont il se dégage qui possède ce caractère. C'est de la conscience d'un bien que se dégage la loi morale. Mais il ne faut pas oublier qu'impératif et indicatif ne sont au fond que deux aspects d'une même chose. Le bien est donc l'aspect indicatif de la loi morale, et inversement.

VII

Existence purement subjective de l'impératif.

Tout impératif, après ce que nous avons dit, n'a qu'une existence subjective. Il se dégage d'une conscience individuelle. Il n'existe qu'en fonction d'elle. Il est la traduction pratique d'un indicatif. Or l'indicatif est ce dont on a conscience.

Cela est vrai de toutes les règles, règles de technique, de droit ou de morale. Mais cette affirmation heurtera, car on admet au contraire, généralement, l'existence de règles objectives. Ainsi en est-il notamment des *règles positives* et des *règles naturelles*. C'est pourquoi il faut nous arrêter un instant, afin d'examiner la nature de ces deux sortes de règles.

L'impératif naturel.

Quand on parle d'*impératif naturel*, on entend désigner un impératif idéal, par opposition à l'impératif positif, mais qui ait néanmoins une existence *objective*.

C'est ainsi que M. GENY définit le droit naturel (1) : « un droit idéal » « doué d'une existence objective ». C'est également la définition de M. LE FUR (2) : « un ensemble de règles objectives, antérieures à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatées et non créées par la raison. » « Droit naturel ou objectif », dira un peu plus loin le même auteur (3).

Le droit naturel apparaît comme objectif en ce sens qu'il est absolument indépendant des lois écrites et du droit positif en général. Il est un droit non écrit, un droit immanent, existant en soi, indépendant du législateur, indépendant aussi des consciences individuelles et de la conscience collective si elle existe. Comme dit M. HAURIOU, il est « hors de la société et hors de l'individu » (4). Comme dit KANT (5), « il existe par lui-même, tout à fait *a priori*, et indépendamment de principes empiriques ». Il est quelque chose d'extérieur à l'homme, dont l'homme acquiert la connaissance comme il l'acquiert du monde extérieur. Il est objectif parce qu'il fait partie du monde extérieur. C'est cette idée qui amène M. LE FUR à parler de « sens spirituels » dévolus à l'homme et par l'intermédiaire desquels celui-ci percevrait le bien et le juste, comme il perçoit le monde extérieur par l'intermédiaire des sens corporels (6). Ce qui caractérise le droit naturel, c'est bien son objectivité.

1. Voir *Science et technique*, IV, p. 216 et p. 265.
2. Le Fur, *Droit naturel et droit rationnel ou scientifique*, p. 6. Dans *Revue de droit international*, 1927, n° 3.
3. *Ibid.*, p. 19.
4. Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne*, dans le *Correspondant*, 1918, pp. 913 et sqq.
5. V. *Raison pratique*, p. 77.
6. Voir *Le fondement du droit*, p. 19. V. aussi *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique*, p. 36.

A quels grands courants philosophiques se rattache donc cette conception du droit naturel ? à deux courants principalement, au courant *théologique* et au courant *platonicien*.

On peut considérer, tout d'abord, l'impératif catégorique, droit ou morale, comme étant le commandement de Dieu. Alors il est bien objectif, en ce sens qu'il est indépendant de l'homme et de la société.

Mais cette conception même n'est pas pleinement objectiviste. L'impératif catégorique est-il en effet le commandement *arbitraire* de Dieu ? Dieu est-il absolument *libre* de créer le bien et le mal ? L'arbitraire de Dieu est une part faite au subjectivisme. Or la doctrine de l'Eglise est purement objectiviste ; c'est pourquoi elle a condamné les averroïstes, les oekamistes et Descartes qui plaçaient dans la libre volonté de Dieu le principe de la loi éternelle (1). Elle ne va pas jusqu'à placer la loi au-dessus de Dieu, mais elle fait de la loi l'essence divine elle-même.

Sous ce dernier aspect, la conception théologique se confond presque avec la conception platonicienne. (Le nominalisme de Roscelin condamné par l'Eglise, était la négation du platonisme ou conceptualisme). Le platonisme consiste à objectiver les idées elles-mêmes, à reconnaître aux idées, et à ce titre à la loi, une existence en soi, objective. Le platonisme est essentiellement « une réalisation d'abstraits » (2). Le réel cesse d'être le concret. Il n'y a de réel que ce qui est pensé. C'est la pensée, ce sont les genres, les espèces, les

1. V. R. P. de Pascal, *Philosophie morale et sociale*, I, p. 156.
2. Voir, sur tout ce passage, J. de Gaultier, *De Kant à Nietzsche*, pp. 31 à 41.

idées qui sont réels et les individus ne sont que les reflets de ces types qui seuls existent vraiment. Il suffit de transposer le platonisme en matière d'impératif et l'on obtient la théorie du droit naturel. Les règles que se donnent les hommes, les règles qu'ils trouvent en leur conscience, ne sont que le reflet de règles plus hautes. Au-dessus des systèmes de droit positif, au-dessus des systèmes de droit qui peuvent être proposés ou prêchés, il y a un système supérieur dont ceux-ci dérivent. Seul ce droit supérieur est véritablement objectif, parce qu'il n'est pas le produit des consciences humaines mais leur inspirateur. Ainsi se construit la théorie du droit naturel, droit objectif.

Mais elle repose sur le postulat platonicien, lequel est certainement contraire à la théorie positiviste. Nous nous posons au contraire en subjectiviste. Un impératif est un jugement porté par une conscience. Je juge mon action et celle d'autrui d'après les données de ma conscience. Si ces données se modifient, mon jugement sera autre. Aujourd'hui, voici ce que je considère comme bien et juste. Si demain ma conscience s'est modifiée, cela même qui me semblait juste pourra me sembler injuste. Qui engagera son jugement pour toute sa vie ? Qui s'engagera à ne pas brûler ce qu'il aura adoré ? Qui niera les conversions ? Qui niera la prédication ? « Une pensée vient quand elle veut, et non quand moi je veux » ainsi que l'a dit Nietzsche. Or, c'est de nos pensées que dépendent nos actions et nos jugements. Si, un jour, je suis seul à penser contre tous mes semblables, si je suis seul à aimer ce qu'ils détestent, cela sera mon bien, quoique je sois seul à le considérer ainsi. Peut-être leur unanimité me convertira-t-elle. Mais seule ma conversion pourra

me faire reconnaître leur bien comme étant aussi le mien. Voilà en quoi consiste la subjectivité de l'impératif.

Il est vrai que l'objectivisme peut répondre : Sans doute, tout impératif traduit les données d'une conscience ; mais il est, au fond des consciences individuelles, des éléments permanents et généraux donnant naissance à des impératifs également constants et universels ; ces impératifs constituent le droit et la morale naturels. — Mais ces données générales et constantes existent-elles ? Les guerres de religion, les persécutions, les condamnations, les martyrs volontaires ne traduisent-ils pas des oppositions irréductibles entre les consciences humaines ? D'autre part, en admettant même un résidu commun au fond de toutes les consciences, en résulte-t-il la preuve d'un irréductible droit naturel *objectif* ? Nullement. Cette concordance de fait entre les consciences ne modifie pas le problème. Chaque conscience formule ses règles, et une règle n'apparaît obligatoire à un individu qu'autant qu'il lui reconnaît ce caractère. Or, c'est en ce sens que nous attribuons à l'impératif une existence simplement subjective. Le vrai problème reste donc bien celui de la théorie platonicienne de la réalité des idées. C'est pour ou contre Platon qu'il faut se prononcer.

L'impératif positif.

L'objectivité est revendiquée non seulement en faveur de l'impératif naturel, mais encore de l'impératif positif. Qu'un système de droit idéal, élaboré par quelque philosophe, par quelque constructeur de royaume d'utopie n'ait qu'une existence subjective, on en conviendra aisément. Mais qu'il faille

en dire autant du droit positif, du droit en vigueur, du droit appliqué par les tribunaux et sanctionné par les agents de la force publique, c'est ce qu'on admettra plus difficilement. C'est pourtant ce que nous soutiendrons. Le droit positif (et aussi bien la morale positive, ou tout ordre de règles positives) est un ensemble de règles *pensées, reconnues par des individus*. Il n'y a pas de différence de nature entre le droit idéal et le droit positif. Le droit positif est, en réalité, lui aussi idéal, c'est-à-dire subjectif. Nous montrerons au chapitre IV qu'il est le droit reconnu obligatoire par la majorité des membres du groupe social. Un droit reconnu obligatoire par une minorité seulement du groupe social auquel il s'adresse n'est pas positif. Mais le caractère obligatoire, impératif de l'un comme de l'autre existe dans des consciences individuelles et n'existe que là. L'impératif est un état psychique.

Cela étant posé, nous pouvons d'abord écarter certains adversaires apparents, parmi lesquels figureront la majorité des juristes, et notamment M. Duguit (1). M. Duguit professe, en effet, de l'impératif positif une conception qui s'accorde avec ce que nous venons de dire ; la « norme sociale » selon lui, c'est-à-dire l'impératif positif dans un groupe social donné, est celui qui est considéré comme obligatoire par les membres de ce groupe social. Si M. Duguit, néanmoins, qualifie cette norme sociale d'objective, si « droit objectif », dans sa terminologie, est synoynme de « droit positif » [rappelons que dans la terminologie de M. Le Fur « droit objectif » est synonyme de « droit naturel »] il suffit de s'entendre

1. Le même raisonnement permet de ranger parmi les subjectivistes les auteurs qui définissent le droit positif comme étant la volonté du législateur, ou des gouvernants.

sur les mots. Le droit positif, conçu comme un droit posé par certains individus, est bien objectif, en un sens. Autrui est, pour moi, quelque chose d'extérieur, donc d'objectif. Et, au même titre, les pensées, les impératifs énoncés par autrui. Quel est l'impératif énoncé par tel ou tels individus ? Cela est une question d'observation et la réponse ne dépend pas de moi. En ce sens, cet impératif est objectif pour moi, et ainsi s'explique la terminologie de M. Duguit. Mais la réponse, si elle ne dépend pas de moi, dépend du moins de l'individu considéré, et, en ce sens, on peut dire, et nous disons, que l'impératif positif est subjectif. Ainsi, malgré la différence de terminologie, notre subjectivisme ne s'oppose pas à la conception de M. Duguit.

Il trouve ses véritables adversaires en la personne de MM. DURKHEIM et KELSEN.

En parlant d'Auguste Comte et de Herbert Spencer, DURKHEIM écrit : « ils énoncent comme une chose ce qui n'est qu'une vue de l'esprit. » (1). Mais il fait, en réalité, la propre critique de son système. La pensée de Durkheim est, en effet, imprégnée de conceptualisme.

Durkheim est objectiviste. Son principe fondamental, est « la réalité objective des faits sociaux » (2). « Les faits sociaux, dit-il, doivent être traités comme des choses » (3). Or, parmi les faits sociaux il range l'impératif positif, les règles de droit ou de morale en vigueur. Mais l'objectivisme de Durkheim dépasse celui de M. Duguit et devient un objectivisme authentique lorsque Durkheim affirme que « les

1. *Règles de la méthode sociologique*, p. 28.
2. *Ibid.*, p. XXIII.
3. *Ibid.*, p. X.

phénomènes sociaux sont extérieurs aux individus » (1). Il nie que la « matière de la vie sociale puisse s'expliquer par des facteurs purement psychologiques, c'est-à-dire par des états de la conscience individuelle » (2). C'est en cette affirmation d'une réalité sociale distincte de la réalité individuelle que réside l'objectivisme sociologique.

Lorsque l'on recherche les raisons de cette affirmation, on trouve Platon et le conceptualisme. Cela apparaît dans les deux arguments qui sont les deux piliers où s'appuie l'œuvre de Durkheim.

L'un de ces deux arguments consiste à proclamer la réalité objective des classifications humaines. Les différentes catégories de faits étudiés par les différentes sciences naturelles forment des groupes qui sont des données de la nature. Ainsi il faut distinguer comme des « choses », comme des réalités, le groupe des faits physiques, celui des faits chimiques, celui des faits biologiques, etc., et, au même titre, il faut séparer les faits individuels des faits sociaux. Ces prémisses permettent à Durkheim d'écrire : « La cause déterminante d'un fait social doit être recherchée parmi les faits sociaux antécédents et non parmi les états de la conscience individuelle. » (3) « Il y a entre la psychologie et la sociologie la même solution de continuité qu'entre la biologie et les sciences physico-chimiques. Par conséquent, toutes les fois qu'un phénomène social est directement expliqué par un phénomène psychique, on peut être assuré que l'explication est fausse. » (4) Durkheim a incontestablement la

1. *Ibid.*, p. XIV.
2. *Ibid.*, p. XVI.
3. *Ibid.*, p. 135.
4. *Ibid.*, p. 128.

réputation d'un positiviste. Néanmoins quelles propositions sont plus directement contraires au positivisme que celles que nous venons de citer ? Les classifications humaines ne sont que des vues de l'esprit, et Durkheim les prend pour des choses (1). Il transporte le compartimentage des mots et des définitions dans la nature et il prétend même les imposer aux lois de la nature. Il interdit aux phénomènes physico-chimiques de produire des effets biologiques, aux phénomènes individuels d'avoir des répercussions sociales (2).

C'est, secondement, la même attitude philosophique qui conduit Durkheim à distinguer le collectif du général. Un phénomène social est, selon lui, autre chose que la somme des phénomènes individuels qui le composent. C'est ce que Durkheim exprime en disant qu'il est collectif, non général. Ainsi la norme sociale est une réalité collective distincte de la somme des impératifs se dégageant des consciences individuelles. On peut dire en ce sens qu'elle se dégage de la conscience collective, distincte de la somme des consciences individuelles.

On a beaucoup discuté pour savoir ce qu'était exactement la « conscience collective » dont parle Durkheim. Est-elle la conscience de l'être collectif, de la société considérée comme

1. On peut encore dénoncer le conceptualisme inclus dans la proposition suivante : « Copernic a,depuis plusieurs siècles, dissipé les illusions de nos sens touchant les astres »(*Règles de la méthode sociologique*,p.21). La loi de Copernic, pas plus que celle de Ptolémée ne sont dans la nature. Elles sont des formules de classification du donné naturel. L'une et l'autre sont exactes. L'une est seulement plus simple, partant plus commode que l'autre. Il faut opposer Henri Poincaré à Durkheim.

2. La doctrine sociologique directement opposée à celle de Durkheim est celle de Gabriel Tarde. Nous prenons nettement parti pour Tarde contre Durkheim.

organisme ? Il faut avouer que la réponse de Durkheim est évasive. La voici (1) : « En s'agrégeant, en se pénétrant, en se fusionnant, les âmes individuelles donnent naissance à un être, psychique si l'on veut, mais qui constitue une individualité psychique d'un genre nouveau. Voilà dans quel sens et pour quelles raisons on peut et on doit parler d'une conscience collective distincte des consciences individuelles. Pour justifier cette distinction, il n'est pas nécessaire d'hypostasier la première ; elle est quelque chose de spécial et doit être désignée par un terme spécial, simplement parce que les états qui la constituent diffèrent spécifiquement de ceux qui constituent les consciences particulières. » Mais du contexte se dégage nettement la pensée de Durkheim ; et cette pensée n'est autre que la pensée platonicienne de la réalité des idées. Qu'on en juge (2) : « Ce n'est pas leur généralité qui peut servir à caractériser les phénomènes sociologiques. Une pensée qui se retrouve dans toutes les consciences particulières, un mouvement que répètent tous les individus ne sont pas pour cela des faits sociaux. Si l'on s'est contenté de ce caractère pour les définir, c'est qu'on les a confondus, à tort, avec ce qu'on pourrait appeler leurs incarnations individuelles. Ce qui les constitue, ce sont les croyances, les tendances, les pratiques du groupe pris collectivement ; quant aux formes que revêtent les états collectifs en se réfractant chez les individus, ce sont des choses d'une autre espèce... L'habitude collective n'existe pas seulement à l'état d'immanence dans les actes successifs qu'elle détermine, mais, par un privilège dont nous ne trouvons pas

1. *Règles de la méthode sociologique*, p. 127.
2. *Ibid.*, p. 11.

d'exemple dans le règne biologique, elle s'exprime une fois pour toutes dans une formule qui se répète de bouche en bouche, qui se transmet par l'éducation, qui se fixe même par écrit. Telle est l'origine et la nature des règles juridiques, morales, des aphorismes et des dictons populaires, des articles de foi où les sectes religieuses ou politiques conduisent leurs croyances, des codes de goût que dressent les écoles littéraires, etc. Aucune d'elles ne se retrouve tout entière dans les applications qui en sont faites par les particuliers, puisqu'elles peuvent même être sans être actuellement appliquées. » Ou encore (1) : « Le fait social est distinct de ses répercussions individuelles... S'il est général, c'est parce qu'il est collectif... bien loin qu'il soit collectif parce qu'il est général... Il est dans chaque partie parce qu'il est dans le tout, loin qu'il soit dans le tout parce qu'il est dans les parties. » Notons cet aphorisme : « Le tout n'est pas identique à la somme de ses parties » (2). Enfin reproduisons ce passage, écrit en réponse aux doctrines subjectivistes de Tarde : « Sans doute, tout fait social est imité, il a une tendance à se généraliser, mais c'est parce qu'il est social... Sa puissance d'expansion est non la cause mais la conséquence de son caractère sociologique. » (3)

On conviendra que ces citations sont intéressantes. Le monde extérieur et ses objets concrets, disait Platon, n'est que le reflet du monde idéal mais seul réel, composé par les types, par les idées des choses que nous voyons. Le concret est le reflet de l'abstrait. Nous sommes comme les

1. *Ibid.*, pp. 13-14.
2. *Ibid.*, p. 125.
3. *Ibid.*, p. 16, en note.

esclaves enchaînés dans leur caverne, tournant le dos à la lumière et ne connaissant du monde que les ombres qui passent sur la paroi où se heurte leurs regards. De même Durkheim proclame la réalité des faits sociaux qui « s'incarnent » dans les faits individuels. La réalité n'est pas dans les incarnations individuelles ; on ne la voit pas si on se contente de considérer sa « réfraction » dans les individus ; il ne suffit pas pour la composer d'assembler les images réfractées ; il faut remonter jusqu'à l'objet même, au delà du prisme qui le multiplie, jusqu'au type collectif. Les images viennent de l'objet, non l'objet des images. « Le fait social est distinct de ses répercussions individuelles. S'il est général, c'est parce qu'il est collectif, bien loin qu'il soit collectif parce qu'il est général. Il est dans chaque partie parce qu'il est dans le tout, loin qu'il soit dans le tout parce qu'il est dans les parties. »

L'objectivisme sociologique se rattache au conceptualisme.

Ce conceptualisme est d'ailleurs inconscient. Pour cette raison il est mêlé d'éléments étrangers. Notamment Durkheim dépasse le conceptualisme lorsqu'il se représente le fait social non seulement s'incarnant, se réflétant dans les faits individuels, mais se réalisant en eux en les créant, en les produisant. Le fait social, type originel des faits individuels, est à ce point réalisé, objectivé par Durkheim que celui-ci le conçoit tel une force douée d'expansion. V. *Règles de la méthode sociologique*, p. 15 : « Un fait social se reconnaît au *pouvoir de coercition externe* qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus »; p. 16 : « Si une manière de se conduire, qui existe extérieurement aux consciences indi-

viduelles, se généralise, ce ne peut être qu'en s'*imposant* » ; p. 37 : « Bien loin que les faits sociaux soient un produit de notre volonté, ils la *déterminent* du dehors ; ils consistent comme en des moules en lesquels nous sommes *nécessités* à couler nos actions » ; p. 125 : « La caractéristique essentielle des phénomènes sociaux consiste dans le pouvoir qu'ils ont d'exercer, du dehors, une *pression sur les consciences individuelles* ». Ainsi l'objectivisme de Durkheim aboutit à l'erreur que nous avons plusieurs fois signalée et qui consiste à définir l'impératif comme une force, comme un déterminisme. P. 150 : « L'individu se trouve devant une *force* qui le domine et devant laquelle il s'incline ». V. aussi p. 128 : l'impératif est une *pression*.

L'objectivisme de M. Kelsen est beaucoup plus difficile à définir.

D'abord il faut observer que M. Kelsen est subjectiviste à l'égard du droit idéal. A vrai dire, la notion de droit idéal tient fort peu de place dans son œuvre; néanmoins, M. Kelsen rejette la notion de droit naturel, c'est-à-dire de droit idéal objectif. Par conséquent, sur ce point, il est subjectiviste.

M. Kelsen est, au contraire, objectiviste en ce qui concerne le droit positif. Mais en quoi consiste son objectivisme ? c'est ce que nous allons essayer de dégager.

M. Kelsen définit le droit positif par les deux critères suivants : l'*efficacité* et la *validité*.

Premièrement, un système juridique ne peut être appelé positif que s'il possède une *efficacité* suffisante, c'est-à-dire s'il obtient en général obéissance, si la violation de ses règles reste en définitive exceptionnelle. Par ce premier caractère le droit positif est conçu comme étant du domaine du *sein*. La

notion d'efficacité, c'est-à-dire de causalité, se rattache, en effet, à la notion de *sein* et non de *sollen*. Kelsen semble ainsi s'acheminer sur les mêmes voies que Durkheim. On pourrait croire qu'il va, comme ce dernier, conclure à la réalité de la norme positive considérée comme une force contraignant les individus. Mais cela n'est qu'une apparence vite dissipée. Kelsen ne tombe nullement dans l'erreur de Durkheim. Reprenant, en effet, immédiatement après l'avoir posée, cette notion d'efficacité, il la précise et la corrige. « A proprement parler, dit-il, ce n'est pas une règle (ou l'ordre normatif) qui est efficace ; les individus pensent la règle, et c'est cette pensée, cette idée qui « agit » en les incitant à régler leur conduite sur la norme. Quelqu'un est tenté de voler ; il se souvient du commandement de l'Etat : tu ne voleras pas ; cette idée le détourne de son projet. La règle est en elle-même un fait extra-psychologique ; elle exprime ce qui doit être (*ein Sollen*). Il n'y a rien de commun entre sa « validité » et la « réalité » d'un objet soumis au déterminisme de la nature. L'idée de la règle, au contraire, est un fait purement psychologique, un phénomène, et peut donc être cause ou effet. C'est elle qui « agit », qui a pour effet que l'homme conforme sa conduite à la règle. Il faut donc nettement distinguer entre la règle, qui « vaut », c'est-à-dire doit être observée, et la représentation de la règle, qui « agit », c'est-à-dire fait qu'elle est observée (1) ». La conclusion de cette mise au point est que *réellement, objectivement* ce n'est pas la règle qui est cause de l'obéissance, mais la représentation de la règle. Néanmoins, ajoute Kelsen, on pourrait

1. *Revue du Droit public*, 1928, p. 565.

maintenir l'affirmation que la règle a elle-même efficacité. Mais alors cette proposition ne serait plus vraie *objectivement*, mais *subjectivement* seulement. Aux yeux de l'individu qui s'est « représenté » la règle, et qui pour cette raison lui a obéi, la règle a vraiment entraîné son obéissance. La règle est donc une force, pourvu qu'on ajoute : douée d'une existence simplement subjective. « Il en est d'elle comme de Dieu ; elle n'existe qu'autant qu'on croit en elle (1) ». Ainsi on voit très nettement ce qui sépare Kelsen de Durkheim. Il n'est pas conceptualiste. A ses yeux la croyance ne crée pas l'objectivité. C'est pourquoi la règle, en tant que *sein*, a une existence purement subjective. Mais où est donc l'objectivisme de Kelsen ? Nous ne rencontrons jusqu'à présent que des affirmations de subjectivisme. C'est maintenant qu'on va le voir apparaître.

L'efficacité ne suffit pas pour caractériser le droit positif. Ce critère le définit seulement en tant que *sein*. Or le droit positif est un *sollen*. Il faut donc un second critère qui fasse apparaître l'aspect du *sollen*. Ce critère est la *validité*. Or la validité du droit positif est *objective*. La règle n'*existe* qu'autant qu'on la reconnaît, et que par conséquent on lui obéit ; mais elle *vaut*, au contraire, même si elle est violée.

La violation ne fait pas disparaître la règle en tant que « valable », en tant que « sollen », tandis que la violation (signe de la méconnaissance) la faisait disparaître en tant que cause « agissante », en tant que *sein*. En ce sens la règle est valable *objectivement*. La règle a une existence *subjective* en tant que *sein*, mais une existence *objective* en tant que *sollen*.

1. *Ibid.*, p. 567.

Nous aurons plusieurs occasions au cours de cet ouvrage d'examiner à nouveau le système de M. Kelsen. Nous ferons cet examen de façon plus détaillée notamment au chapitre IV. Nous indiquerons quelles conséquences M. Kelsen a fait découler de ses prémisses, notamment sa théorie de la « norme fondamentale » ou « constitution hypothétique » sur laquelle repose la validité de l'ordre juridique positif tout entier. Nous combattrons ces théories, comme nous allons maintenant combattre leurs prémisses.

Le point de départ est, on vient de le voir, un certain objectivisme, d'aspect très original, différent à la fois de celui des tenants du droit naturel et de celui des sociologues. Nous nous sommes efforcés de le dégager et de le définir le plus nettement possible. Cela nous permettra de l'attaquer plus vigoureusement.

Nous commencerons par relever la contradiction existant entre l'attitude de M. Kelsen en face du droit idéal et son attitude en face du droit positif. Cette contradiction n'apparaît pas à la lecture de l'œuvre parce que la notion de droit idéal est presque toujours absente. Mais nous estimons qu'en cette matière le parallèle entre les deux notions de droit idéal et de droit positif est essentiel (1). Et il suffit, croyons-nous, de rappeler ici la première de ces notions pour ébranler la position de M. Kelsen. En effet, le droit idéal est aussi un *sollen*, au même titre que le droit positif. Toutes les remarques faites sur la validité du *sollen* positif, peuvent se répéter en ce qui concerne la validité du *sollen* idéal. Si moi, personnellement, seul dans mon opinion, je pense que

1. Voir notre chapitre IV.

vous devez faire tel acte, la règle que je pense à votre adresse n'en reste pas moins valable à mes yeux si vous la violez. Or si, malgré cela, nous accordons au droit idéal une existence purement subjective (c'est-à-dire si nous rejetons la notion de droit naturel), nous nous mettons en contradiction avec nous-mêmes lorsque nous proclamons l'objectivité du droit positif.

Mais reprenons, en le serrant de près, le raisonnement de M. Kelsen. Le *sollen*, dit-il, reste valable quoiqu'il soit parfois violé. La validité du *sollen* ne dépend donc pas de sa reconnaissance par ses sujets ; il survit à la méconnaissance de la règle par ceux-ci. Cette validité est donc objective, non subjective. Mais nous nous écrions alors : la validité en soi, c'est-à-dire l'impératif en soi n'a aucune signification. « Il faut » n'existe pas. Seul existe « je pense qu'il faut, ou « tu penses qu'il faut », ou « ils pensent qu'il faut ; » « à mes yeux, à tes yeux, à leurs yeux il faut ». « La règle reste valable », dites-vous. Mais je demande « valable aux yeux de qui ? » Valable aux yeux du sujet qui la méconnaît ? Nullement. Pour l'anarchiste qui a commis un attentat, il ne « fallait » pas s'abstenir, il « fallait » au contraire commettre l'attentat, qui, à ses yeux, était un acte noble. Mais valable aux yeux des juges, aux yeux du public ? Oui, assurément.

Ainsi je fais apparaître le subjectif qui est inclus dans tout *sollen*. L'impératif positif est subjectif au même titre que l'impératif idéal. Une règle n'est jamais impérative en soi, mais seulement aux yeux de quelqu'un. La seule différence qu'il y ait entre droit idéal et droit positif, c'est que le premier est obligatoire aux yeux d'un individu isolé ou

d'une minorité d'individus, tandis que le second est obligatoire aux yeux de la majorité (1).

Ce critérium de distinction équivaut d'ailleurs au critère de l'efficacité proposé par M. Kelsen, et c'est à tort que l'auteur a cru celui-ci insuffisant. Cette notion d'efficacité a besoin d'être creusée. Or, M. Kelsen a fort bien commencé ce travail d'approfondissement. Il a très clairement montré comment l'efficacité dont on parle n'appartient pas à la règle elle-même, mais à la représentation de la règle dans l'esprit des sujets. Modifiant très légèrement ces formules, nous dirons : une règle de droit positif est une règle généralement obéie. Cette obéissance, la règle n'en est pas la cause physique car une règle n'est pas une force qui impose l'obéissance. Si la règle est obéie, c'est que les sujets ont accepté de lui obéir (quel que soit d'ailleurs le motif de cette obéissance, reconnaissance de la règle comme juste en soi, désir d'obéir à l'autorité établie, crainte de la sanction, etc., etc.). La cause de l'obéissance est donc cet état psychologique, cette résolution d'obéissance dans l'esprit des sujets. Mais cette résolution intérieure des sujets est-elle exclusivement *cause* de l'obéissance ? M. Kelsen le croit, et c'est pour cette raison qu'il ne trouve pas en elle une explication suffisante du *sollen* positif. Il est évident, en effet, qu'une cause n'est pas un *sollen*. M. Kelsen se rejette alors vers un second critérium, ce qui le conduit à l'erreur de la validité objective du droit positif. Mais pourtant il était, peut-on dire, à un centimètre de la solution. Cet état d'esprit des sujets, cette résolution intérieure d'agir était, en effet, non seulement cause,

1. Nous développerons cette théorie au chapitre IV.

mais encore *impératif*. Résolution intérieure d'obéir, volonté d'obéir, tout cela est synonyme d'*impératif* intérieur ordonnant l'obéissance (1).

Il n'est pas besoin de chercher ailleurs la validité du droit positif. Elle réside en cet impératif intérieur des sujets, en cette reconnaissance par la généralité des sujets. M. Kelsen est donc passé à un centimètre du subjectivisme. Mais ce centimètre a suffi pour le diriger vers l'objectivisme, comme une ligne suffit pour partager les eaux. Mais la pente est si faible qui les entraîne d'un côté qu'un travail insignifiant permet de les capter au profit de l'autre versant. De même on pourra se rendre compte, en lisant la suite de cet ouvrage, que nous utilisons au profit d'une conception subjectiviste l'édifice magnifique construit par M. Kelsen sous le signe de l'objectivisme. Le seul changement important que nous devrons opérer touchera la « norme fondamentale ». Au lieu de la considérer comme « hypothétique », nous la considérerons comme positive. Nous opérerons ainsi le rattachement du droit positif à la société (ce qui constitue le subjectivisme). La norme fondamentale du droit positif n'est autre que cet impératif intérieur dont nous venons de signaler la présence chez la généralité des sujets. Règle non écrite certes, mais règle posée par un législateur (la généralité des sujets); à ce titre règle positive, la première des règles du droit positif (2).

1. L'impératif intérieur actuel (c'est-à-dire concomitant à l'action) est à la fois *cause* et *sollen*. Il est efficace et valable à la fois. De plus, *seul* l'impératif intérieur actuel possède ce double caractère. Voilà la raison profonde pourquoi on le trouve au fondement du droit positif, défini par M. Kelsen efficace et valable.

2. Sur tous ces points voir chap. IV.

VIII

Le sujet de l'impératif.

Qui peut être sujet d'impératif ? A cette question on est d'abord tenté de répondre : seul un être doué de libre arbitre. Mais les développements antérieurs nous permettent de préciser davantage la réponse.

Peut être sujet d'impératif quiconque dont l'action est susceptible d'être jugée bonne ou mauvaise par celui qui formule l'impératif.

Cette réponse est évidemment empreinte de subjectivisme, mais on ne s'en étonnera pas. Elle rend compte de ce fait que l'enfant adresse des impératifs aux choses, le sauvage à l'idole, le fidèle à Dieu, tandis que le médecin aliéniste en adresse à un cercle d'individus de plus en plus limité. C'est qu'à ces différents individus si on pose la question : qui est responsable ? qui agit bien ou mal ? les réponses seront aussi différentes.

IX

L'obéissance à l'impératif.

Quelles sont les lois de l'obéissance à l'impératif ? Quand, dans quelles conditions un impératif est-il obéi ? Telle est la question que nous avons maintenant à résoudre.

La réponse est la suivante : quand un homme agit consciemment, et c'est seulement dans cette hypothèse qu'on peut parler d'impératif intérieur, il obéit à son impératif inté-

rieur actuel, c'est-à-dire à l'impératif intérieur ayant pour objet sa conduite actuelle. Cela est vrai par définition. D'où on peut conclure : tout autre impératif, intérieur inactuel ou extérieur, ne sera obéi que dans la mesure où il sera conforme à l'impératif intérieur actuel. (Il faut entendre le mot *conforme* en ce sens que la conformité entre les deux impératifs est réalisée lorsque le même acte est obéissance à l'un et à l'autre impératif à la fois.)

Cela permet de distinguer les hypothèses suivantes :

1° L'impératif intérieur conforme peut tout d'abord se trouver chez ce sujet par coïncidence, sans y avoir été provoqué. Cela se produira lorsque coexisteront dans la conscience du sujet et dans celle de celui qui énonce l'impératif la même donnée dont est issu celui-ci. Or il existe manifestement de très nombreuses connaissances ou croyances communes à l'ensemble des individus d'une société. Tout le monde sait que l'eau bout lorsqu'on la fait chauffer à cent degrés (1). Si donc, en traduction de cet indicatif, je pense à l'adresse d'autrui l'impératif : « fais chauffer l'eau que tu veux faire bouillir » cet impératif sera manifestement obéi.

2° Mais la présence chez le sujet de l'impératif intérieur conforme peut avoir été provoquée. Comment ? en introduisant dans la conscience du sujet l'indicatif lui donnant naissance. Connaissances et croyances sont en effet transmissibles d'individu à individu ; s'il s'agit de connaissances scientifiques ou rationnelles, par enseignement ; s'il s'agit de pures croyances, de postulats, par conversion. C'est l'im-

1. A la pression atmosphérique.

pératif conditionnel qui agit par enseignement, l'impératif catégorique par conversion.

3° Dans les deux hypothèses précédentes l'efficacité de l'impératif extérieur était tout à fait indépendante de sa publication. Mais l'impératif extérieur peut encore obtenir l'obéissance par sa publication lorsqu'il est corroboré chez le sujet, non pas, cette fois, par un impératif intérieur à contenu rigoureusement identique, mais par un impératif intérieur renvoyant à l'impératif extérieur, lui accordant un blanc-seing, ordonnant l'obéissance à ce dernier. Ainsi en sera-t-il lorsque le sujet ressent pour celui qui lui adresse un commandement un respect, une confiance, un sentiment de supériorité tels que son devoir lui apparaît comme étant d'obéir, ou encore lorsque, ayant conscience de la nécessité d'uncertain ordre social, il le conçoit comme devant être réalisé par l'obéissance aux règles posées par un ou certains organes de gouvernement déterminés.

X

Impératif et sanction.

Nous avons défini l'impératif en faisant totalement abstraction de la notion de sanction.

Pourtant la tendance est très répandue qui consiste à lier ces deux notions, à confondre l'impératif et sa sanction. Ainsi, on lit assez souvent que les règles de la morale ne sont pas des impératifs proprement dits parce qu'elles ne sont pas sanctionnées. La morale n'enjoint pas, dit-on, elle « conseille » seulement, elle « persuade » (1).

1. Nous relevons une trace de cette tendance sous la plume de M. Gény lui-même, dans *Science et technique*, II, p. 360 : « la règle

Tout ce que nous avons dit permet de nous dégager franchement de ce préjugé. L'impératif peut être sanctionné ou non sanctionné. Il n'en est pas moins impératif dans un cas que dans l'autre.

Mais qu'est-ce donc exactement que la sanction ? Lorsqu'un impératif est sanctionné quel est le lien unissant impératif et sanction ? Et quel est le rôle de la sanction ?

On appelle sanction d'un impératif un événement déterminé par la violation de cet impératif.

Sanction d'un impératif conditionnel.

L'impératif conditionnel porte en lui-même sa sanction, s'il est fondé sur une donnée exacte. Il est en effet l'indication d'un moyen pour atteindre un but. Si le moyen indiqué est vraiment la cause de l'effet désiré, la sanction de l'impératif sera la non réalisation de l'effet désiré. Cette non réalisation sera la sanction de l'impératif.

Sanction d'un impératif catégorique.

Un impératif catégorique, au contraire, n'est pas naturellement sanctionné puisqu'il ne repose pas sur une donnée

morale, émanée de Dieu... prend parfois le caractère de règle juridique, grâce à une injonction plus catégorique et à une sanction extérieure. » L'injonction du législateur est-elle vraiment plus catégorique que l'injonction de Dieu ? Non. La règle juridique est matériellement sanctionnée, mais cela ne la rend pas plus impérative, plus catégorique Mais, inconsciemment, M. Gény cède à la tendance générale consistant à rapprocher « impératif » et « sanctionné ».

Nous relevons un passage plus significatif chez le R. P. de Pascal (*Philosophie morale et sociale*, I, p. 165) : « Si la loi positive se trouvait tout à coup destituée de toute sanction, elle serait une loi *indicative* bien plus qu'une loi *préceptive*. »

scientifique ou rationnelle, mais sur un postulat qui est au delà de la vérité ou de l'erreur.

La sanction d'un impératif catégorique ne peut donc venir que du fait de l'homme. Elle consistera notamment dans l'intervention des organes publics en vue de l'application d'une peine au cas de violation de la règle.

Quel est le rôle de la sanction de l'impératif catégorique, c'est-à-dire de cette intervention humaine ? C'est d'accroître l'efficacité de l'impératif. Elle rentre dans les mesures destinées à provoquer l'obéissance à la règle.

Par quel processus la sanction accroît-elle l'efficacité de l'impératif catégorique ? C'est ce que nous allons maintenant exposer.

Si la sanction se produit normalement elle est un phénomène observable, elle est une loi naturelle. Elle fera donc naître chez tout individu qui en aura conscience un impératif conditionnel : si tu n'observes pas l'impératif catégorique, tu subiras l'application de la sanction. Ainsi l'impératif catégorique se double d'un impératif conditionnel. Pour prendre un exemple, l'impératif catégorique : « ne tue pas » est corroboré par « si tu tues, tu subiras la peine de mort ».

Cet impératif conditionnel existe aux yeux de quiconque a conscience de la sanction. Il existe notamment dans l'esprit du sujet de l'impératif catégorique, sous forme d'impératif intérieur, dès que le sujet à conscience de la sanction. En quoi consiste exactement cette conscience ? Elle peut consister tout d'abord dans l'observation du jeu régulier de la sanction ; ainsi une loi pénale non publiée, mais régulièrement appliquée, ferait naître, au bout d'une certaine période d'application, la conscience chez les sujets d'un lien de causalité

entre la violation de l'impératif catégorique et l'application de la sanction ; du moment où ils acquerraient cette conscience ils seraient sujets de l'impératif conditionnel intérieur. Mais la conscience de la sanction peut naître autrement encore dans l'esprit des sujets ; elle peut résulter de la simple publication par le souverain de son intention d'intervenir,de la publication par le souverain de son programme d'intervention (menace de sanction). Si les sujets ont la croyance que ce programme sera réalisé, que les interventions annoncées se produiront effectivement, de ce moment ils seront sujets d'un impératif conditionnel intérieur leur indiquant de respecter l'impératif catégorique s'ils veulent éviter l'application de la sanction.

Cet impératif conditionnel, corroborant l'impératif catégorique, va renforcer l'efficacité de ce dernier, en mettant à son service son efficacité propre. Or quelle est cette efficacité propre ? Elle est absolue puisque l'impératif conditionnel est intérieur. S'il existe donc au moment de l'action il sera obéi nécessairement (ou plutôt par définition).

Mais en résulte-t-il qu'il entraînera nécessairement l'obéissance à l'impératif catégorique ? Nullement, car leurs domaines ne coïncident pas exactement. L'impératif conditionnel ne commande en effet le respect de l'impératif catégorique que si le sujet a le désir d'éviter la sanction. Si, au contraire, il a le désir de subir cette sanction, l'impératif conditionnel lui commande de violer l'impératif catégorique.

Néanmoins l'efficacité de l'impératif catégorique en sera considérablement accrue. Car la sanction sera choisie de telle façon que le désir de l'éviter soit une donnée très générale-

ment répandue dans les consciences humaines. La sanction sera une peine ordinairement redoutée des hommes : mort, souffrance, appauvrissement, déconsidération. Mais il peut toujours se présenter, et il se présente effectivement des cas où la sanction n'entraîne pas l'obéissance. Soit que la sanction soit faible : amende de peu d'importance s'opposant seule à une fraude très rémunératrice, soit qu'un individu exceptionnel, animé d'un idéal purement spirituel, méprise la douleur : martyrs des religions ou des doctrines sociales (1).

1. La sanction est toujours l'intervention des agents publics à la suite d'un acte illicite. Elle peut avoir pour but de punir l'auteur de l'acte illicite (et d'inciter au respect de la règle par la crainte de la peine), soit de réparer les conséquences mauvaises de l'acte illicite (ex. : démolition d'une maison empiétant sur le domaine public). Dans l'un et l'autre cas la sanction est source d'impératif conditionnel pour les sujets ; elle dirige leur conduite dans la mesure où ceux-ci désirent éviter son application.

La définition purement mécanique proposée par les sociologues : la sanction est « la réaction sociale rétablissant l'équilibre social rompu par la violation de la norme » (Voir G. CORNIL, *Le Droit privé*, p. 8 ; DUGUIT, I, p. 20) est sans aucune utilité pour le juriste.

CHAPITRE II

LE DROIT EST IMPÉRATIF

Nous montrerons dans ce chapitre que le droit est composé exclusivement d'impératifs.

I

La règle de droit est un impératif.

Nous avons dit que le mot règle est synonyme d'impératif. C'est donc par définition même que la règle de droit est impérative. La réponse est moins évidente lorsqu'au lieu de l'expression « règle de droit » on emploie celle de « loi juridique ». Le mot « loi », en effet, signifie à la fois les deux notions opposées de loi naturelle et de norme, d'indicatif et d'impératif. Mais la confusion doit être purement verbale et ne pas cacher que la loi juridique est un impératif. Le droit est ordonnance des faits sociaux, non connaissance des faits sociaux (Nous rappelons qu'il faut distinguer le droit, ensemble des normes juridiques et la science du droit. Commander et voir quelqu'un commander sont deux choses différentes. De même la norme, qui est commandement, et la connaissance de la norme. Voir chapitre Ier, section III).

Cette proposition est fondamentale. Il est difficile de concevoir même qu'elle ait pu être niée. Nous indiquerons cependant que certains auteurs allemands ont essayé de définir la règle de droit comme un simple indicatif.

Mais auparavant nous devons dire que M. KELSEN n'est pas de ces auteurs. On pourrait s'y laisser tromper à la lecture de certains passages de ses ouvrages, dans lesquels il nie que la règle de droit soit un impératif (Voir notamment *Allgemeine Staatslehre*, p. 54). Mais il faudra alors se rappeler que M. Kelsen définit la règle de droit comme un *sollen*. Or, dans notre terminologie, *sollen* est rigoureusement synonyme d'*impératif*.

Dans la terminologie kelsénienne il y a au contraire une différence entre ces deux termes. L'« impératif » est l'impératif subjectif, c'est-à-dire édicté par un individu. Au contraire, pour M. Kelsen, le *sollen* du droit positif a un caractère objectif. Quand donc M. Kelsen nie que la norme du droit positif soit un « impératif », il nie seulement le caractère subjectif du droit positif. Cette négation est la conséquence de son objectivisme, que nous avons discuté dans le chapitre précédent et sur lequel nous n'avons pas à revenir. Cette observation étant faite, nous pouvons donc ranger M. Kelsen parmi les auteurs reconnaissant le caractère impératif de la règle de droit (impératif étant pris au sens où nous l'employons, c'est-à-dire au sens de *sollen*).

Au contraire ZITELMANN, que nous citerons parmi les auteurs allemands visés ci-dessus, a réellement nié l'impératif juridique. Il est intéressant, à cet égard, de comparer le schéma de la règle juridique d'après Kelsen et d'après Zitelmann. Suivant Kelsen, il est le suivant : « Si X fait telle ou

telle chose, Y *devra* prendre une sanction contre lui (1) ». Le verbe *devoir* y figure et cela est la preuve qu'il contient un impératif. Le schéma proposé par Zitelmann peut, au contraire, se résumer comme suit : « Si X fait telle ou telle chose, Y *prendra* une sanction contre lui. » Le verbe est au futur de l'indicatif, non à l'impératif. La proposition est un indicatif non un impératif. Le passage entier est le suivant (2) : « La loi positive ne contient jamais d'ordre. Elle est seulement un jugement hypothétique général ; elle affirme que tel effet se produira, si telle cause intervient... La loi, la loi naturelle comme la loi juridique, n'est jamais une cause d'un effet naturel ou juridique, car elle survit à la cause comme à l'effet, et n'est autre chose que le rapport de causalité entre deux effets, ou, si on la conçoit personnifiée, que la puissance qui fait, de deux effets, l'un la cause de l'autre, qui établit le rapport causal entre deux effets. »

On le voit, Zitelmann assimile complètement loi naturelle et règle de droit. La règle de droit est un futur non un impératif, une prévision des faits, non une ordonnance de ceux-ci. Mais cette opinion est insoutenable. L'agent chargé d'exercer la contrainte *interviendra* en cas de crime, *s'il remplit son devoir*. Autre chose est la prévision du fait d'obéissance à l'impératif et l'obligation d'obéir à l'impératif (3).

1. *Revue du Droit public*, 1926, p. 591.

2. ZITELMANN, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, p. 202 et suiv. (cité par Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 546-547).

3. Les formules employées par certains sociologues, sans qu'elles nient à proprement parler l'impératif juridique, sont parfois quelque peu équivoques. V. p. ex., CORNIL, *Le Droit privé, Essai de Sociologie juridique simplifiée*, p. 9 : « La vie en société nous procure la sensation d'un rythme ou d'une juste ordonnance des activités particulières; de cette sensation notre pensée dégage l'idée de droit. Il en va ainsi exactement

II

Impératifs généraux et impératifs individuels.

Un impératif peut être général ou individuel. Il peut avoir pour sujets toute une catégorie d'individus, tous les individus se trouvant dans certaines conditions déterminées ; il peut, au contraire, avoir pour sujet un individu spécialement dési-

comme lorsque notre pensée, s'emparant de la sensation d'étendue, que nous procure la multiplicité des objets existant hors de nous, dégage de cette sensation l'idée abstraite de l'espace. » Cette définition est évidemment ambiguë. Veut-elle dire que le droit est le rythme, l'ordonnance observée des activités particulières ? Ce serait définir le droit comme une loi naturelle, comme un indicatif. Or, l'exemple cité est bien fait pour créer la confusion, car l'espace est une notion de l'ordre indicatif. En réalité, ce passage, très vague d'ailleurs, témoigne seulement d'une certaine indécision de l'auteur quant à ces notions fondamentales. Il ne faut pas les prendre à la lettre car, quelques lignes plus haut, dans le même ouvrage, on peut lire que « le droit est une force *normative* des activités sociales ».

La même ambiguité se retrouve assez souvent dans les définitions du droit positif, c'est-à-dire, nous le verrons plus loin, du droit normalement appliqué, normalement obéi. Dans ce cas, la conduite observable, résultant de l'obéissance à la règle, est prise parfois pour la règle de droit elle-même. La conduite habituellement suivie constitue une loi naturelle. Or, loi naturelle et loi juridique ont, dans cette hypothèse, le même contenu (les hommes ne doivent pas tuer ; en général, ils ne tuent pas) ; d'où la confusion (dont, au fond, a été victime Zitelmann).

Citons, comme exemple témoignant de cette tendance : *Giner de los Rios, A propos de la fonction de la loi, Rev. intern. de Sociologie*, 1908, p. 561 : « Peut-être a-t-on, sous la pression de l'idéalisme éthique, poussé un peu trop loin la distinction entre les lois de la nature et celles de l'esprit : entre la *causalité* irrésistible du *müssen* et l'*impératif* de la liberté et du *sollen*. Au fond l'idée d'une loi est toujours la même : celle d'une action constante dans la mobilité enchevêtrée des phénomènes. Or, tant que ceux-ci ne sont pas ordonnés eux-mêmes d'après cette direction, la loi partout n'est qu'idée, ou si l'on veut un précepte *pour* la volonté. Elle ne devient une loi positive, que lorsqu'on la trouve réalisée *dans* la volonté, comme une propriété de l'expérience. »

gné. Il y a donc des règles de droit générales, impersonnelles et des règles de droit spéciales, individuelles. Employant les mots objectif et subjectif dans un sens nettement déterminé, qui n'est pas leur sens philosophique, on dit souvent règles de droit objectives (= générales, impersonnelles) et règles de droit subjectives (= spéciales, individuelles).

Comme exemple des premières on peut citer la plupart des lois et des règlements, impératifs adressés à des catégories abstraites d'individus, à tous les citoyens, à tous les étrangers, à tous les riverains de cours d'eau navigables, à tous les usagers des services publics, à tous les commerçants, à telle catégorie de commerçants, etc., etc.

Des règles de droit individuelles, à l'inverse, sont l'injonction d'un administrateur à un administré de prendre dans sa propriété certaines mesures de salubrité, l'ordre militaire donné par un officier à son subordonné, les dispositions d'un contrat, le dispositif d'un jugement.

Il ne faut pas que nous laissions se créer un malentendu sur le sens précis de ces expressions. Pour cela, il sera utile de faire remarquer que l'impératif général s'individualise nécessairement au moment de son application. L'impératif général est celui qui est fait à l'avance, pour tous les individus qui se trouveront dans une situation déterminée. Il est comme un moule dans lequel viendront se couler autant d'impératifs individuels qu'il y aura d'individus dans la situation prévue. L'impératif général : « tous les citoyens doivent le service militaire lorsqu'ils atteignent l'âge de 20 ans » est en même temps un impératif individuel pour chaque citoyen considéré en particulier atteignant l'âge de 20 ans : « Tu dois le service militaire. » Mais ce dernier n'est, en vérité, qu'un

exemplaire de l'impératif général. *Il n'est pas ce que nous appelons la règle de droit individuelle.*

Il n'y a impératif individuel que si l'original même est individuel, formulé à l'adresse d'un ou de quelques sujets spécialement visés. L'impératif individuel est le vêtement sur mesure, par opposition au vêtement de confection qui est l'impératif général. Par exemple un bailleur de fonds introduit dans son contrat des dispositions spécialement modelées en fonction de son emprunteur, tenant compte de la personnalité économique, juridique et familiale de celui-ci. Dans ce cas, l'emprunteur, tenu de rembourser, sera sujet d'une règle de droit individuelle, subjective.

Par conséquent, la terminologie étant ainsi précisée, il faut, parmi les impératifs juridiques, distinguer les *impératifs généraux* et les *impératifs individuels*, que l'on peut encore appeler *règles de droit générales* et *règles de droit individuelles* (1).

Quelle est la terminologie de la doctrine française ?

Examinons tout d'abord les auteurs qui emploient l'ex-

1. En effet, le mot règle ne contient pas l'idée de généralité. Au contraire, certains mots de la langue juridique enferment en eux-mêmes, l'idée de généralité. Ainsi en est-il de la « norme » et de la « loi *matérielle* ».

Le mot *norme* se distingue du mot « règle » en ce qu'il lui ajoute l'idée de généralité. « Norme » est synonyme de « règle générale ». On ne doit donc pas parler de normes individuelles.

Le mot *loi* est employé dans plusieurs sens. Il l'est d'abord dans le sens d'indicatif : les lois scientifiques ; ce sens n'est pas en jeu ici. Mais il est aussi employé dans le sens d'impératif (la loi morale, la loi juridique, la loi de prudence, la loi d'amour, etc.) Dans ce second sens il possède encore trois significations, qui sont les suivantes : dans la plus générale, il semble synonyme de norme ; on dit ainsi la « loi morale », pour la « norme morale » ; Les deux autres acceptions sont plus spécialement juridiques ; on les a distinguées l'une de l'autre en créant les deux expressions de « loi formelle » et de « loi matérielle ». La « loi formelle » est tout impératif émané du pouvoir législatif, organe légis-

pression « règle de droit ». Ce sont en général les publicistes par opposition aux privéistes.

Parmi ceux-là nous avons trouvé deux auteurs parlant de règles de droit individuelles. L'un et l'autre sont qualifiés pour traduire l'opinion en honneur au Conseil d'Etat. Ce sont MM. RAPHAEL ALIBERT (1) et GEORGES CAHEN (2).

M. Raphaël Alibert écrit notamment, p. 254 : « La règle de droit, ce n'est pas seulement la loi générale, impersonnelle ; c'est toute situation juridique de nature à produire des effets de droit, c'est-à-dire : un texte, un jugement, un contrat, une décision administrative antérieure, ou une faculté reconnue aux citoyens par la législation ou par le droit public ». Et plus loin, p. 302 : « L'acte juridictionnel et la chose jugée engendrent une règle de droit dont la méconnaissance est un excès de pouvoir. » P. 308 : « Les dispositions contractuelles produisent des effets de droit et constituent au premier chef des règles de droit. » P. 316 : « Tout acte juridique du droit public légalement accompli contient une règle de droit dont la méconnaissance est un excès de pouvoir. Ce principe s'applique aux décisions individuelles comme aux autres. »

De M. GEORGES CAHEN nous pouvons citer ce passage

lateur *stricto sensu*, que cet impératif soit général ou individuel. La « loi matérielle » est au contraire la règle de droit *générale*, quelle que soit sa source (pouvoir législatif, pouvoir exécutif ou pouvoir judiciaire). On ne doit donc pas parler des lois matérielles individuelles.

Il est de bonne méthode d'avoir un mot comme « loi matérielle » pour désigner les règles de droit générales, mais l'existence de ce vocable ne signifie nullement qu'il n'y ait de règles de droit que générales. Nous estimons au contraire qu'il faut reconnaître l'existence de règles de droit individuelles.

1. Raphael Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration.*
2. Georges Cahen, *La loi et le règlement.*

également significatif, p. 122 : « Le principe de droit peut régler une situation particulière, spéciale, individuelle ; il peut ne s'appliquer qu'à une seule personnalité et dans une circonstance unique (1) ».

Les autres publicistes, au contraire, tels MM. HAURIOU, DUGUIT et JÈZE considèrent la règle de droit comme essentiellement générale, comme synonyme, par conséquent, de « loi matérielle ». Nous citerons, par exemple, le passage suivant de M. JÈZE (2) : « L'acte législatif ou réglementaire se reconnaît à ce qu'il organise, il crée une situation générale, impersonnelle, objective ; il crée, organise un pouvoir juridique impersonnel, objectif ; il contient essentiellement une *règle de droit*, une *norme juridique.* »

Mais cette définition répond-elle vraiment à la pensée profonde de l'auteur ? Nullement. Elle prouve simplement que sa terminologie est telle qu'il emploie l'expression « règle de droit » pour synonyme de « règle de droit générale ». Ter-

1. Il faut noter toutefois que M. Georges Cahen ne fait pas la distinction que nous avons posée un peu plus haut entre l'aspect individuel d'une règle générale et la règle individuelle proprement dite. Sa terminologie diffère donc en cela de la nôtre. Le passage suivant le prouve (*op. cit.*, p. 94) : « Une loi, même générale, peut créer des *situations juridiques subjectives.* Ne doit-on pas considérer que celle sur le recrutement de l'armée établit pour chaque individu dans le présent et dans l'avenir des obligations individuelles, et que les actes administratifs postérieurs, successivement et périodiquement répétés, ne font que les constater, les rappeler sans les créer ? Les dispositions législatives qui règlent l'héritage *ab intestat* ont bien le caractère de principe de droit ; elles sont générales, permanentes, absolues, et cependant on ne peut nier que sans aucun autre acte administratif, sans l'intervention d'aucune autorité, sans même le secours d'aucun élément contractant, elles fondent pour tout descendant légitime direct un droit d'héritage particulier, subjectif, et créent ainsi une multitude de situations juridiques individuelles. »

2. Jèze, *Princ. gén. de Droit administratif*, I, p. 28.

minologie défectueuse, avons-nous dit, car le mot règle n'implique pas en lui-même l'idée de généralité. Mais il ne faut pas ouvrir des querelles de mot. Ce qui est intéressant, c'est de rechercher si, quoique le mot leur manque, ces derniers auteurs reconnaissent la notion d'impératifs juridiques individuels. Or, comment ne la reconnaîtraient-ils pas ? Elle est seulement exprimée par un autre mot.

Cherchons donc de quels noms sont appelés dans la doctrine française les impératifs juridiques individuels. Nous allons d'ailleurs faire cette recherche non seulement dans les œuvres des publicistes que nous venons de citer, et qui emploient l'expression « règles de droit » dans une acception défectueuse, mais aussi chez les civilistes qui bannissent cette expression de leur terminologie.

L'obligation.

Or, nous rencontrons d'abord le mot *obligation*. Qu'est-ce donc que l'obligation ? En réfléchissant on trouve que ce mot possède trois sens différents :

Tout d'abord il peut être pris comme synonyme d'impératif en général. C'est ainsi qu'on parle d'obligations morales ou d'obligations juridiques, c'est-à-dire d'impératifs moraux ou d'impératifs juridiques. Nous avons déjà relevé cette synonymie. Rappelons simplement qu'il existe plusieurs formes grammaticales de l'impératif, consistant soit dans l'emploi d'une désinence (mode impératif) soit dans l'emploi d'un auxiliaire. Ainsi on peut dire « fais » ou « tu dois faire » ou « tu es obligé de faire ». « Tu es obligé » veut dire « tu es sujet d'impératif ». Obligation = impératif.

L'obligation peut en second lieu signifier plus spécialement l'impératif juridique. Or,on constate que dans ce second sens elle signifie aussi bien l'impératif juridique individuel que l'impératif juridique général. On peut parler, en effet, des obligations des propriétaires, des nationaux, des majeurs, des tuteurs, etc., et alors on a en vue les impératifs juridiques ayant pour sujets ces catégories d'individus que sont les propriétaires, les nationaux, etc., c'est-à-dire des impératifs généraux. Mais on peut dire aussi que l'inscription au rôle d'un contribuable fait naître à la charge de celui-ci l'obligation d'acquitter l'impôt à concurrence du chiffre auquel il a été taxé ; que d'un contrat naissent des obligations pour les parties ; que le plaideur condamné est dans l'obligation d'exécuter le jugement qui le vise. Or, dans chacun de ces exemples, l'individu obligé est sujet d'un impératif juridique individuel.

Enfin le mot « obligation » a un troisième sens, plus spécial encore. Il signifie une catégorie d'impératifs juridiques individuels. Il en est ainsi lorsqu'il répond à la vieille définition romaine des Institutes : « obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura. » Cette définition est devenue, dans les traités de droit civil,la suivante : l'obligation est un « lien de droit » entre deux personnes, par lequel l'une est astreinte envers l'autre à faire ou à ne pas faire quelque chose. D'après cette définition, on voit que l'obligation est une espèce du genre de l'impératif juridique individuel. C'est, en effet, un « lien de droit entre deux personnes ». Traduisons dans notre terminologie, autant qu'il est possible de le faire, et nous constatons que l'obligation, d'une part, lie une

personne, c'est-à-dire est un impératif individuel, et, d'autre part, profite directement à une autre personne, limitation nouvelle qui la réduit à n'être qu'une catégorie spéciale parmi les impératifs juridiques individuels.

Ce double caractère de l'obligation, dans ce troisième sens, spéciale quant au sujet, et spéciale quant au bénéficiaire, ressort très nettement de l'usage des mots « dette » et « créance ». La dette est l'obligation (en ce troisième sens) vue par le sujet (débiteur). La créance est l'obligation (en ce troisième sens) vue par le bénéficiaire (créancier).

Il ressort de cette analyse que le mot « obligation » sert dans la langue juridique courante à désigner l'impératif juridique individuel.

Il n'est pas d'ailleurs le seul.

Le devoir.

Outre le mot « obligation » ont peut citer le mot « *devoir* » comme synonyme de « règle de droit ». Nous avons déjà dit, en effet, que l'emploi de l'auxiliaire « devoir » est une forme du mode impératif.

Ce mot ne fait pas, en général, partie de la langue technique du droit. De préférence à lui, les auteurs emploient le mot « obligation ».

Mais il faut signaler que, par exception, il figure dans le langage technique de M. Jèze. Cet auteur, et cela pourra paraître étonnant, n'utilise pas le mot « règle de droit » pour définir le Droit. Ce n'est qu'incidemment que ce mot se trouve sous sa plume, dans le cours de ses ouvrages. Mais,

sinon celui-ci, nécessairement un équivalent s'y trouve. C'est notamment le mot « devoir » (1).

Le pouvoir.

Le même auteur emploie couramment le mot « *pouvoir* ». Or, ce mot est synonyme de « règle permissive » (Toute règle permissive, prend, en effet, la forme suivante : « tu *peux* faire telle chose »). Or, nous verrons que la notion de règle permissive est complémentaire de celle de règle impérative et peut donc en tenir lieu. « Pouvoir » est donc, lui aussi, un de ces mots qui peuvent servir d'équivalent à la notion de « règle de droit ». Lorsque M. Jèze (t. I, p. 10) déclare : « Les pouvoirs dont sont investis les individus sont de deux sortes : 1° généraux ou impersonnels ; 2° individuels », il exprime en un langage différent ce que nous avons dit plus haut, à savoir que les règles de droit sont générales ou individuelles (2).

Le droit.

Synonyme de « pouvoir » est, pris en un certain sens (3), le mot *droit*. On peut employer indifféremment l'une pour l'autre les deux expressions : « j'ai le droit de faire telle chose » et « je peux juridiquement faire telle chose ». Le mot « droit », dans ce sens, est donc synonyme de « règle permissive »,

1. V. p. ex. I, p. 12 : « Les *situations juridiques* sont des *pouvoirs* ou des *devoirs* juridiques ». Nous montrerons, dans la suite du texte, que les mots « situations juridiques », et « pouvoirs » sont eux-mêmes, tout comme le mot « devoir » des substituts de « règle de droit ».

2. L'expression « être investi d'un pouvoir » signifie : « être le sujet d'une règle permissive ».

3. Que nous étudierons plus longuement au chapitre VI.

et, par conséquent, équivaut encore indirectement à « règle de droit ». Notamment la célèbre distinction du droit objectif et du droit subjectif traduit la distinction des règles de droit objectives (= générales) et des règles de droit subjectives (= individuelles) (1).

La situation juridique.

Enfin, une expression employée très couramment par certains auteurs, principalement par MM. DUGUIT et JÈZE, est encore un équivalent de « règle de droit » » ; c'est l'expression : « situation juridique ». Lorsqu'on se demande quelle est la situation juridique d'un individu, cela veut dire : « de quelles règles de droit (impératives ou permissives) cet individu est-il le sujet ? » « Situation juridique » n'est donc pas exactement synonyme de « règle de droit ». C'est plutôt la sujétion à une règle de droit, la qualité de sujet d'une règle de droit (2). Mais cela suffit pour montrer que lorsqu'on distingue les situations juridiques subjectives et les situations juridiques objectives on admet bien, en vérité, l'existence de règles de droit objectives et de règles de droit subjectives (1).

1. M. DUGUIT ne définit pas la situation juridique. Il discute directement la question de savoir quelle est la nature de la situation faite aux individus par la règle de droit (I, p. 112 et p. 122).

M. JÈZE donne la définition suivante (I, p. 12) : « Les *situations juridiques* sont des *pouvoirs* ou des *devoirs juridiques*. Tout pouvoir, tout devoir juridique forme une situation juridique. » C'est identifier complètement « règle de droit » et « situation juridique ». En réalité, il y a entre ces deux notions une nuance que nous indiquons au texte. Mais il n'en reste pas moins que ces deux notions sont tout voisines et s'impliquent l'une l'autre.

2. Voir chapitre VI

Voilà où en est actuellement la doctrine française sur la question des règles de droit individuelles. Elle s'en tient à des solutions implicites. Mais on peut penser qu'elle va être obligée de se prononcer ouvertement après l'article de M. Kelsen paru dans la *Revue du Droit public*. M. Kelsen pose la question, en effet, ce qui n'avait jamais été fait en langue française. Et c'est pour dénoncer « le préjugé que le droit est tout entier contenu dans les règles générales »... « l'identification erronée du droit avec la loi ». Nous pensons que les remarques que nous avons apportées montreront aux auteurs français qu'ils n'ont qu'à prendre conscience d'eux-mêmes pour se trouver d'accord avec M. Kelsen.

En terminant, nous ferons observer que la notion de règle de droit individuelle se trouve dans le Code civil lui-même. L'article 1134 déclare : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Cette formule a intrigué plus d'un juriste. Elle est claire pourtant. Il ne faut pas y prendre le mot « loi » dans le sens de « loi matérielle », ni de « loi formelle », mais dans le sens de « règle de droit ». « Les conventions légalement formées sont règles de droit pour les parties ». La « loi contractuelle » est un exemple important de règle de droit individuelle, et le Code civil en reconnaît l'existence.

III

Règles de droit auxquelles manque en apparence le caractère impératif.

Nous nous sommes proposé au début de ce chapitre de montrer que toutes les règles de droit sont impératives. Il

nous reste encore, pour achever notre démonstration, à présenter quelques remarques de terminologie. Il est, en effet, de nombreuses règles dont le nom semble à première vue, exclure le caractère impératif. Ce n'est là qu'une apparence. Encore faut-il la dissiper.

M. Duguit, au tome II de son traité, p. 156, a déjà entrepris de montrer que toute règle de droit, quel que soit le nom dont on la désigne dans la terminologie courante, est toujours en réalité une règle impérative. Cet impératif, dit-il, apparaît plus ou moins clairement. Les lois pénales, par exemple, sont de toute évidence prohibitives et par conséquent impératives. « Mais, à côté de ces lois certainement impératives, il y a beaucoup de lois où l'ordre, à première vue, n'apparaît pas. » Ainsi les lois déclaratives, les lois organiques, les lois de compétence, les lois supplétives. Mais une analyse un peu approfondie de ces diverses catégories de lois montre qu'elles aussi sont, en réalité, des règles impératives. »

C'est cette démonstration que nous voudrions reprendre, en allongeant quelque peu, d'une part, la liste des règles dont on pourrait douter à première vue qu'elles fussent impératives, et, d'autre part, en nous appuyant sur une analyse plus approfondie de la notion d'impératif, telle que nous l'avons présentée dans le chapitre précédent.

1° Lois supplétives.

On objectera immédiatement, presque automatiquement, à notre prétention la division bien connue des lois en *lois impératives* et en *lois supplétives*. La distinction de ces deux catégories de lois est fondamentale en droit civil ; elle

est d'ailleurs claire et il ne saurait être question de la nier ou de la combattre. Dès lors, au moins *a priori*, surgit une grosse difficulté. S'il y a des lois supplétives, facultatives, s'opposant aux lois impératives, c'est que toutes les lois, et par conséquent toutes les règles de droit, ne sont pas impératives (1).

En réalité, la difficulté est facile à résoudre (2). Il faut distinguer les lois impératives *stricto sensu* qui s'opposent aux lois supplétives et les lois impératives *lato sensu* qui englobent les lois supplétives.

Les lois supplétives ne sont obligatoires qu'à défaut de

1. C'est la difficulté à laquelle se heurte M. PILLET, dans le passage suivant : « Les lois sur lesquelles nous avons spéculé jusqu'ici sont les lois véritables, celles qui lient les personnes qui leur sont soumises, qui ordonnent ou qui défendent, qui font acte d'autorité et constituent par suite l'expression bien pure et bien nette de la souveraineté dont elles ont l'émanation.

Mais à côté de ces lois il en est d'autres d'une nature bien différente et qui ressemblent à un conseil plutôt qu'à un commandement. L'individu est libre de les suivre en tout ou en partie, voire même de ne pas les suivre du tout et de se placer sous une règle qu'il a lui-même façonnée, à charge seulement d'exprimer sa volonté dans les formes voulues. Ce n'est qu'en l'absence de toute indication d'une volonté contraire chez les intéressés que ces lois exercent leur empire. On les appelle, à bon droit, lois interprétatives ou supplétives. » (PILLET, *Princ. de Droit, int. prive*).

2. Cf. HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4e éd., p. 61, note 4 : « Les lois supplétives ne sont pas, semble-t-il, de véritables lois puisqu'il est permis d'y déroger. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence car les règles supplétives établies par le législateur doivent être respectées et obéies, lorsqu'on n'en a pas expressément écarté l'application. Que si les parties profitent de la liberté qui leur est accordée et règlent elles-mêmes leur rapport de droit dans toutes ses conséquences elles font une loi spéciale, concrète qui, elle aussi, présente au même titre que la première ce caractère obligatoire, mais n'est applicable que dans ce cas particulier. C'est ainsi que l'article 1134 du Code civil décide que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

convention contraire; mais, à défaut de convention contraire elles sont obligatoires, c'est-à-dire impératives *lato sensu*. Il est facile de prendre quelques exemples. Les dispositions qui règlent le régime matrimonial des époux sont supplétives parce que les futurs époux sont libres de rédiger un contrat de mariage et de régler ainsi eux-mêmes leur régime matrimonial. Or, si deux époux n'ont pas fait de contrat de mariage, ils sont soumis au régime de la communauté légale ; ils doivent obligatoirement respecter les règles constitutives de ce régime. Si les époux ont fait un contrat de mariage, mais se sont référés simplement à un régime prévu par le Code civil, par exemple au régime de séparation de biens, ce régime constituera encore pour eux un ensemble d'impératifs juridiques, quoique étant composé de règles supplétives. Une loi supplétive, en effet, supplée la volonté des parties ; elle est comme une clause contractuelle qui vient s'insérer dans le contrat pour combler une lacune qu'y ont laissé les parties ; elle a donc la même valeur qu'une clause contractuelle ; or une telle clause, légalement conclue, est une règle de droit ; voilà la raison pourquoi la règle supplétive est, comme toute règle de droit, impérative.

Pour prendre conscience de ce qu'est exactement la distinction des lois dites impératives (*stricto sensu*) et des lois dites supplétives il faut anticiper sur ce que nous dirons au chapitre IV. Les règles de droit sont posées par une série d'organes hiérarchisés. La compétence de chaque organe est déterminée par l'organe supérieur. En général elle est telle que l'organe inférieur ne peut poser de règles contraires aux règles posées par l'organe supérieur. Les règles de l'organe inférieur ne sont valables qu'en l'absence de règles contraires

de l'organe supérieur. En présence de telles règles, au contraire, elles sont sans valeur. Mais il peut arriver que la situation soit renversée. Il se peut que ce soient les règles posées par l'organe supérieur qui cèdent devant celles qui sont posées par l'organe inférieur. En d'autres termes, il se peut que l'organe inférieur conserve sa compétence même sur des matières déjà réglementées par le législateur supérieur. En cas de conflit entre les deux sortes de règles c'est alors la règle posée par l'organe inférieur qui prévaut.

On voit donc qu'à côté de l'échelle hiérarchique des organes on peut dresser une échelle hiérarchique des règles, et que ces deux échelles peuvent n'être pas absolument semblables.

Or la distinction des « lois impératives *stricto sensu* » et des « *lois* supplétives » n'est qu'un cas particulier de la distinction générale des règles supérieures et des règles inférieures. Elle est l'application de cette distinction générale à la comparaison de deux sortes particulières de règles de droit : les « lois formelles » et les règles contractuelles. Une « loi impérative » est une loi formelle *supérieure* aux règles contractuelles. Une « loi supplétive » est une loi formelle *inférieure* aux règles contractuelles (1). En cas de conflit entre une loi for-

1. Il y aurait grand intérêt à substituer cette nouvelle terminologie à celle des lois impératives ou supplétives. La terminologie actuelle compare, en effet, la loi formelle avec le contractant. (Une loi es impérative ou supplétive pour les parties contractantes). Elle compare donc une règle et un organe. Or, cela amène à une difficulté insoluble. Lorsqu'on dit d'une loi qu'elle est impérative ou supplétive cela veut dire qu'elle est supérieure ou inférieure à *toutes* les règles contractuelles posées sur la même matière (puisque cela traduit une supériorité sur l'organe posant les règles contractuelles). Or, il est des situations intermédiaires. Considérons par exemple l'art. 1382 du Code civil. Est-t-il impératif ou supplétif ? On ne peutpas répondre car. d'une part,

melle et une règle contractuelle, la loi formelle prévaudra si elle est « impérative », elle s'effacera si elle est « supplétive ». La loi supplétive ne s'applique donc qu'*en l'absence* de règle contractuelle contraire. La loi impérative s'applique au contraire *nonobstant* une règle contractuelle contraire.

Cette analyse précise à la fois la distinction et la nature des choses distinguées. Nous voyons clairement, en effet, désormais, qu'une loi supplétive est impérative *lato sensu*. L'adjectif supplétif n'a trait en effet qu'à sa place dans l'échelle hiérarchique des règles de droit. Or, que la loi formelle soit inférieure à la constitution, cela ne fait pas douter de son caractère impératif. De même, qu'une loi formelle soit inférieure à une règle contractuelle, cela ne lui enlève pas son caractère impératif. Ou bien, en effet, il y a une règle contractuelle contraire et alors elle n'est pas valable, elle n'existe pas. Ou bien il n'y a pas de règle contractuelle contraire et alors

il est supérieur aux règles contractuelles réglant la responsabilité si celles-ci sont posées avant l'accident mais il est inférieur aux mêmes règles contractuelles si elles sont posées après l'accident (les stipulations d'exonération de la responsabilité délictuelle sont nulles si elles sont *antérieures* à l'accident ; mais elles sont valables sous forme de transaction survenue *après* l'accident). On ne peut donc pas dire que l'art. 1382 soit une règle impérative ou supplétive à l'égard des parties. Il est l'une et l'autre. Pour rendre compte exactement de la réalité, il faut employer notre terminologie et dire : l'article 1382 prévaut sur les règles contractuelles antérieures à l'accident ; il s'efface, au contraire, devant les règles contractuelles postérieures. C'est d'ailleurs ce que fait la jurisprudence lorsqu'elle proclame : on ne peut à l'avance se décharger de sa responsabilité ; mais les parties peuvent transiger après l'accident. (En réalité la situation est plus complexe encore, mais peu importe au point de vue de notre démonstration. Pour traduire exactement la jurisprudence, il faut dire : 1° on ne peut à l'avance se décharger de sa faute lourde ; 2° on peut à l'avance se décharger de sa faute légère ; 3° on peut, après l'accident, transiger sur les conséquences d'une faute lourde ou d'une faute légère).

elle est valable, elle existe, en tant qu'impératif. Autrement dit encore, elle est impérative, mais elle a seulement pour sujets les individus qui ne se sont pas soumis à une règle contractuelle contraire (1) (2).

2° Lois dispositives.

Certains auteurs admettent, à côté des lois impératives *stricto sensu* et des lois supplétives, une troisième catégorie de lois, celle des *lois dispositives*. M. GOUNOT, par exemple, que nous venons de citer en note, écrit, p. 92 du même ouvrage : « Il y a, dans nos codes, une foule de disposi-

1. Nous ne suivons pas M. GOUNOT lorsqu'il déclare dans son livre : *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*, p. 89 : « Sur la foi du malencontreux article 6 du Code civil, on a cru que toutes les lois du droit privé devaient nécessairement être classées en deux groupes : les unes impératives, supérieures aux volontés privées, les autres simplement interprétatives de ces volontés et susceptibles d'être écartées par elles ». P. 95 : « Si l'on veut que cette définition offre un sens précis et qu'elle cesse de constituer un « vrai supplice pour l'intelligence », il faut ne pas l'étendre au delà du domaine où il y a des volontés juridiques à limiter ou à interpréter ; il faut la restreindre aux lois régissant les actes juridiques. C'est donc dans la théorie des actes juridiques qu'elle doit trouver place, et non dans la théorie générale des lois. »

Mais ne serait-ce pas la théorie de l'auteur qui transformerait la distinction « en un vrai supplice pour l'intelligence » ? La distinction des lois impératives et des lois supplétives, telle que nous l'avons expliquée, nous paraît au contraire parfaitement claire. Et il est manifeste qu'elle vise toutes les lois du droit privé. De toutes, en effet, on peut se demander : est-elle supérieure ou inférieure à la règle contractuelle ? en cas de conflit doit-elle ou non prévaloir ?

2. M. DUGUIT se rallie, comme nous l'avons fait, à l'opinion que les lois supplétives contiennent en réalité un impératif. Mais nous ne pensons pas qu'il ait mené sa démonstration absolument jusqu'au bout. Sa conclusion est qu'elles ne contiennent d'impératif qu'adressé au juge. Il faut aller plus loin et dire que cet impératif est adressé également aux particuliers. Nous reproduisons ci-après les développements de M. Duguit (II. p. 165) : « J'appelle lois supplétives toutes les lois qui ne s'ap-

tions qui ni ne commandent ni n'interprètent des volontés, pour l'excellente raison que, dans un bon nombre de situations juridiques, l'intervention de volontés individuelles ne se conçoit pas. Toute loi ne s'adresse donc pas aux volonté privées ? Non. La loi s'adresse d'abord au juge, et dans bien des cas elle ne s'adresse qu'à lui. Elle a très souvent pour objet non de restreindre ou d'interpréter des volontés, mais de délimiter et de régler des intérêts, sans que derrière ces intérêts il y ait des volontés s'exerçant en fait ou même simplement susceptibles de s'exercer. Lorsqu'un fou ou un

pliquent qu'à la condition que les parties intéressées n'aient pas voulu en écarter l'application. Comment concevoir que ces dispositions soient des lois quand les individus peuvent à leur gré les appliquer ou non?.

... « La question est très embarrassante ; car, d'une part, il paraît difficile de reconnaître à ces actes le caractère de loi, et, d'autre part, il serait étrange qu'une partie aussi importante des législations modernes n'eût pas en réalité le caractère législatif. Cependant, sauf quelques rares exceptions, les civilistes français ne paraissaient pas soupçonner la difficulté.

... « Pour comprendre le vrai caractère des lois supplétives, il faut se rappeler comment elles se sont formées. Elles ont apparu certainement les dernières dans l'évolution de la fonction législative. Elles ont été la reconnaissance par le législateur des règles établies par la coutume. Les conventions intervenant habituellement entre les parties ont été le principal élément de la formation coutumière. Les tribunaux prennent naturellement l'habitude, pour statuer sur une question litigieuse entre parties privées, de s'en référer à l'usage, et leurs décisions deviennent ainsi le mode d'expression principal de la coutume Ce point est essentiel : à l'époque coutumière du droit privé, les tribunaux, à défaut de conventions expresses entre les parties, réglaient la question suivant les usages communément suivis ; ils décidaient que les parties n'ayant rien dit avaient voulu s'en référer à la coutume. Les parties pouvaient ainsi ou bien suivre la coutume, ou bien faire des conventions y dérogeant ; et si elles n'en avaient pas fait, les tribunaux appliquaient la coutume. Puis les règles coutumières sont codifiées. Cette intervention du législateur ne vient point diminuer l'autonomie de la volonté des particuliers. Les parties pouvaient faire des conventions contraires à la coutume ; de même elles peuvent faire des conventions contraires à la loi, qui n'est que la constatation de cette coutume. Pour les parties

petit enfant meurt, le législateur organise la dévolution de son patrimoine. Dans quelle catégorie faut-il classer la loi qu'il édicte ? Est-elle impérative ? interprétative ? Est-elle « d'ordre public » au sens courant de ce mot ? ne l'est-elle pas ? La question n'a aucun sens : cette loi ne commande pas, elle n'interprète pas, elle *dispose.* » L'exemple est frappant d'un auteur aux prises avec toute une série de questions dont il n'a pas la clef. Il les rencontre en chemin. Mais ce n'est pas quelques lignes qui peuvent lui permettre de les résoudre.

Commençons par dégager la pensée qui est au fond de cette terminologie. Quelle est la distinction véritablement visée par les auteurs qui opposent les lois impératives aux lois dispositives ? Il s'agit en réalité de lois impératives dans un nouveau sens (lois impératives *strictissimo sensu,* dirons-nous), qui doivent, semble-t-il, être définies de la façon suivante. La compétence d'un organe quelconque de créa-

rien de changé. Mais l'intervention du législateur a produit un effet très important. Elle a déterminé, d'une manière précise, le devoir du juge à défaut de convention entre les parties et au cas de doute sur le sens ou la portée d'une convention. Le juge doit alors statuer conformément à la disposition de la loi ; il ne peut pas se soustraire à cette obligation.

« Ainsi on voit apparaître le commandement que contient la loi supplétive. Il ne s'adresse pas aux particuliers qui restent libres, en principe, de régler conventionnellement leurs rapports prévus ; mais il s'adresse aux agents juridictionnels de l'Etat chargés de statuer sur les litiges s'élevant entre parties. La loi supplétive contient en réalité un double commandement : elle commande aux juges de régler en principe les rapports privés suivant les conventions intervenues entre les parties, et secondement, elle commande aux juges, au cas d'absence de convention ou d'obscurité de la convention intervenue, de statuer suivant les dispositions qu'elle édicte. La loi supplétive contient donc bien réellement un commandement adressé, non pas aux particuliers, mais aux agents de juridiction. »

Notre critique ressortira de la comparaison avec notre propre dé-

tion du droit et, notamment, d'un particulier (autonomie de la volonté), est limitée de plusieurs façons. On peut classer dans un premier cadre l'ensemble des conditions qui lui sont imposées relatives à lui-même (âge, etc.) ou à l'acte juridique (formes, cause licite, objet licite, etc.), en réservant pour un second cadre la seule condition suivante : il ne peut valablement (sans incompétence de sa part) poser de règles qui soient contraires aux règles hiérarchiquement supérieures à celles qui émanent de lui. Cela posé, nous dirons : Considérons une loi formelle quelconque, puis supposons une règle contradictoire émanée d'un particulier. Si c'est la règle du particulier qui doit prévaloir, la loi formelle est supplétive. Si c'est la loi formelle qui doit prévaloir, elle est soit impérative (dans ce nouveau sens), soit dispositive. Quand l'une ? Quand l'autre ? Elle est dispositive si l'incompétence du particulier résulte d'une des

monstration au texte, et en outre des deux observations suivantes :

1° La question reste identique, que le droit soit coutumier ou codifié. Il y a des coutumes impératives et des coutumes supplétives, comme des lois impératives et des lois supplétives. Ce n'est donc pas la codification qui donne à la règle supplétive le caractère impératif.

2° Mais surtout l'impératif de la loi supplétive n'est pas adressé particulièrement au juge. Sans doute le juge est tenu d'appliquer la loi supplétive ; mais il est tenu d'appliquer toutes les lois ; toutes les lois, de ce point de vue, contiennent un impératif adressé au juge. Ce n'est donc pas là un caractère distinctif de la loi supplétive. D'autre part, la loi supplétive s'adresse aussi aux particuliers, aux parties contractantes. Les règles du régime de communauté légale s'adressent aux époux. Les règles de la vente, du louage sont des règles de conduite pour les parties contractantes. Les règles supplétives sont des dispositions contractuelles sous-entendues. Elles sont obligatoires pour les parties comme les dispositions expressément insérées dans le contrat. Or, les clauses contractuelles obligent manifestement les parties et ne sont pas seulement un impératif adressé au juge. Il en est donc de même des règles légales supplétives.

conditions énumérées dans le premier cadre ; elle est impérative (dans ce nouveau sens) si elle résulte de la condition inscrite dans le second cadre (1).

On voit que les lois impératives dans ce sens (*strictissimo sensu*) ne sont qu'une catégorie des lois impératives *stricto sensu* (= lois impératives *strictissimo sensu* + lois dispositives), lesquelles ne sont à leur tour qu'une catégorie des lois impératives *lato sensu*, qui englobent toutes les lois, y compris les lois supplétives.

3° Règles prohibitives.

La prohibition est une forme d'impératif. Plutôt c'est l'impératif lui-même accompagné de la négation. La règle prohibitive est donc une règle impérative, car le négatif n'est pas le contraire du positif mais son prolongement. Pour bien le mettre en évidence il suffit de recourir à l'artifice bien connu, utilisé notamment par M. Duguit, consistant à faire passer la négation dans le complément. Dès lors la prohibition peut être définie « un impératif de s'abstenir ».

4° Règles permissives.

Le Droit est souvent défini « un ensemble de règles de conduite impératives et permissives ». Qu'est-ce donc que les règles permissives ?

1. On voit que strictement on ne peut parler de « loi dispositive en elle-même » mais seulement de loi dispositive à l'égard de tel particulier lorsqu'il veut poser telle règle Une fois de plus on voit les avantages que présenterait notre terminologie. De deux règles quelconques (la théorie serait absolument générale) quelle est celle qui doit

La définition du « permis » ressort de l'adage : « Tout ce qui n'est pas défendu est permis ». « Permettre » c'est donc « ne pas défendre ».

L'obligatoire peut ainsi apparaître comme un cas particulier du permis, car l'obligatoire, lui non plus, n'est pas défendu. L'un et l'autre ont ceci de commun qu'ils émergent du défendu. Mais ce qui distingue l'obligatoire du permis, c'est qu'il est immédiatement entouré par le défendu, tandis que le permis en est serré de moins près. Ainsi il est « obligatoire » pour un véhicule de tenir sa droite *parce qu'il* lui est défendu de ne pas tenir sa droite. Au contraire, il n'est pas obligatoire, mais « permis » à un piéton de tenir sa droite, *parce qu'il* lui est également permis de tenir sa gauche.

Si l'on définit le permis par opposition à la fois au défendu et à l'obligatoire, on peut dire qu'il est tout ce qui n'est pas objet d'impératif. Permettre un acte, c'est ne pas édicter d'impératif (positif ou négatif) relativement à cet acte.

La règle permissive est donc l'absence de règle impérative. Le permissif n'est donc pas une notion essentiellement distincte de l'impératif, car la notion d'une chose est aussi la notion de l'absence de cette chose.

5° Lois de capacité et de compétence.

Les lois de capacité et de compétence donnent à un organe le pouvoir d'édicter une règle de droit. Elles con-

prévaloir ? Les distinctions d'infériorité et de supériorité s'établiraient de règle à règle et non de règle à organe.

tiennent l'impératif suivant : « Telles personnes (à l'adresse de qui l'organe est compétent pour édicter une règle de droit) *devront* obéir à la règle édictée par l'organe compétent (1).

6° Lois déclaratives.

Nous appelons lois déclaratives les lois qui sont rédigées à l'indicatif.

Remarque préliminaire : il ne faut pas oublier que l'impératif s'exprime non seulement par l'emploi du mode impératif mais encore par l'emploi des auxiliaires *devoir, être obligé, falloir, pouvoir, avoir droit, être libre de,* etc., qui tous donnent à une proposition le sens impératif (ou permissif). Par conséquent on peut dire que la Déclaration des droits, qui est en général donnée comme un exemple de loi déclarative, est en réalité ouvertement une loi impérative, puisqu'elle est composée de propositions sur le type des suivantes : l'homme a *le droit,* l'homme est *libre de,* etc. (2).

Mais, cette remarque étant faite, il n'en reste pas moins qu'il y a des lois qui sont rédigées à l'indicatif. Contiennent-elles donc un impératif ? Oui, mais cela donne à résoudre une contradiction apparente.

On trouve d'abord des lois rédigées à l'*indicatif futur.* Ainsi les lois pénales sont en général énoncées sous la forme

1. Voir chapitre IV.

2. Il est donc inutile de recourir au raisonnement employé par M. Duguit (II, p. 160) pour démontrer que la Déclaration des droits de l'homme contient un impératif.

Cette démonstration conduit du reste l'auteur à une conclusion inexacte. La Déclaration des droits, dit-il au terme de sa démonstration

suivante : « le meurtrier sera puni ». Souvent aussi les lois organiques ; par exemple, une loi créant un ministère énoncera : « le nouveau ministère comprendra les services suivants ». Ces formules constituent des façons détournées d'énoncer l'impératif juridique ; il ne faut pas s'y tromper, la véritable règle de droit est l'impératif sous-jacent, dissimulé sous ces formules. Qu'est-ce exactement que l'indicatif énoncé ? C'est l'indicatif qui sera si la loi est obéie. Mais la loi qui est en réalité promulguée, quoique non formellement, c'est l'obligation d'agir de sorte que cet indicatif se réalise ; c'est donc, dans le premier exemple cité, « ne tue pas » adressé aux sujets, « punis le meurtrier » adressé aux agents.

Il y a d'autres lois qui sont rédigées à l'*indicatif présent*. Ce sont, par exemple, des adages : *nemo censetur ignorare legem*, *infans conceptus pro nato habetur*, *fraus omnia corrumpit*, etc. Sommes-nous en présence de véritables impératifs ?

En réalité, ces adages ne sont pas, à eux seuls, des règles de droit ; ce sont des additions, des corrections apportées après coup à des règles de droit précédemment énoncées ; il faut donc, pour en comprendre le sens, les incorporer à ces règles,

contient des dispositions impératives « s'adressant à l'Etat et non aux sujets ». Cette restriction ne nous semble pas fondée. Lorsque le constituant déclare : « l'homme est libre », il pose une règle de droit visant les membres du groupe social en général. Il faut ajouter, il est vrai, que, de cette règle de droit (règle de police, voir chap. IV) posée par le constituant, résulte une limitation de la compétence du législateur. La règle constitutionnelle est en effet supérieure à la loi formelle, si bien que cette dernière ne peut y déroger. Mais cette limitation de compétence, qui est d'ailleurs un impératif simplement conditionnel à l'égard du législateur (voir chap. III), n'est pas le contenu de la règle constitutionnelle « de police » constituant la déclaration des droits, mais le contenu d'une autre règle constitutionnelle, la règle de compétence habilitant le législateur comme organe (de création du droit) inférieur à l'organe constituant.

dont ils sont un élément. Considérons, par exemple, l'adage *nemo censetur ignorare legem* ; il n'est autre chose qu'un élément sous-entendu de toute loi. Chaque fois que le législateur énonce un impératif à l'adresse d'un sujet, il faut sous-entendre : « même si tu ignores l'impératif que je t'adresse ». « Ne tues pas, même si tu ignores qu'il ne faut pas tuer ». Ton ignorance de l'impératif que je t'adresse ne t'empêche pas d'être sujet de cet impératif. J'estime que tu ne dois pas tuer, et mon opinion est la même au cas où tu n'aurais pas conscience de cette règle, ni même conscience que je te l'adresse. L'adage *nemo censetur* est ce que les mathématiciens appellent un *facteur commun*. Quand, dans une somme de produits, un facteur est commun à tous les termes, on ne l'écrit qu'une fois, en indiquant par un signe spécial, une parenthèse, qu'il faut le répéter dans chaque terme : $ab + ac + ad = a(b + c + d)$. De même *nemo censetur* est un facteur commun à tous les impératifs juridiques et qui, par simplification, a été *extrait* pour n'être cité qu'une fois pour toutes.

Jouent exactement le même rôle les *définitions légales* : « le parricide est celui qui... » etc. Le mot défini est en somme une abréviation de la locution qui le définit, et il est employé par simplification à la place de la locution.

7° Standards et directives.

Deux mots nouveaux viennent de pénétrer dans la langue juridique française et viennent de donner lieu, dans un court espace de temps, à d'importantes études (1) : ce sont les

1. Voir A. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du Travail dans la jurisprudence anglaise, contribution à l'étude*

mots de *standard* et de *directive*. Or ces mots sont employés par opposition à la règle de droit. Que faut-il penser de cette nouvelle opposition ? Va-t-elle se résoudre à son tour ?

Rapportons-nous à l'étude de M. HAURIOU. L'idée dominante de son article est résumée par cette phrase de la page 35 : « Nous ne croyons pas que tout le droit se ramène aux règles de droit. » M. Hauriou remet en honneur « le vieux dualisme de la *police juridique* et du *fond du droit* ». Or, les règles de droit, suivant lui, ne composent que le fond du droit. Réduire le droit aux règles de droit, ce serait donc négliger la police juridique. La police juridique, c'est-à-dire l'administration du droit, se composerait non pas de règles de droit, mais de *standards* et de *directives*. Ainsi le vieux dualisme se rajeunit et apparaît sous la forme du « dualisme de l'élément standard-directive et de l'élément règle de droit. » (p. 7).

Cette opposition heurte évidemment notre thèse, au moins en apparence. Puisque nous avons défini la règle de droit comme un impératif, M. Hauriou semble dire que le droit n'est pas entièrement composé d'impératifs. Une fois de plus, nous nous trouvons en présence d'un élément du droit qui ne semble pas devoir se plier à la définition de la règle impérative que nous avons donnée. Mais, ici encore, il est facile de réduire la notion de standard-directive à celle d'impératif.

comparative de la règle de droit et du standard juridique. Paris, 1925, Giard.

MAURICE HAURIOU, *Police juridique et fond du droit, Revue Trimestrielle de droit civil*, 1926, p. 265.

ANDRÉ SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques. Contribution à l'étude du standard juridique*. Thèse Nancy, 1927.

MARCEL O. STATI, *Le Standard Juridique*. Thèse Paris, 1927.

La méthode est toujours la même : sous la forme, chercher le fond ; sous les mots, leur substance. Or, qu'entend exactement M. Hauriou par « règle de droit », dans l'article cité ?

Notons tout d'abord qu'il envisage la question du point de vue du juge ou de l'administrateur chargés d'appliquer le droit. C'est surtout à leurs yeux que doit apparaître la dualité énoncée.

P. 8 : « *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). »

P. 8 : « 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 des standards et des 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. »

A ces définitions, joignons ce passage de la page 25 :

« Il y a donc maintenant, dans les ouvertures à recours (pour excès de pouvoir), 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. »

De ces différents passages résulte très clairement ce que M. Hauriou entend par les deux expressions opposées de « règle de droit » et de « standard » ou « directive ». Il en ressort très nettement que ces deux notions rentrent parfaitement, l'une et l'autre, dans le cadre de ce qu'on entend généralement et de ce que nous entendons par « règle de droit. »

La règle de droit, dans la terminologie de M. Hauriou, est la règle de droit supérieure au juge et à l'administrateur, tout au moins la règle de droit posée par une autorité supérieure à eux ou indépendante d'eux, que le juge reçoit donc de l'extérieur, qui constitue pour lui une hétérolimitation.

Le standard ou la directive sont au contraire la règle de droit émanée du juge lui-même, dégagée par le juge, ressortant de sa jurisprudence, et qui constitue, pour cette raison, une autolimitation de celui-ci.

Dans notre système juridique actuel l'opposition se réduit pratiquement à celle du droit écrit et du droit jurisprudentiel. C'est ce dont convient M. Hauriou à la fin de son étude :

P. 35 : « L'importance de ce dualisme sera peut-être mieux comprise si, à l'opposition police juridique et fond du droit, nous substituons celle-ci : système des moyens d'administration du droit et système des règles de droit.

« ... Par administration du droit, il faut entendre les jurisprudences et les pratiques.

« ...Le système des règles de droit pratiquement se confond avec celui des lois écrites. »

Si le standard est une règle de droit jurisprudentielle, la question ne se pose même plus de savoir si elle est ou non un impératif. La règle de droit, impérative, telle que nous l'avons définie, et telle qu'elle est d'ailleurs généralement définie, ne se réduit pas, en effet, à la loi écrite. Elle est, au contraire, le terme générique et elle englobe au premier chef la règle de droit jurisprudentielle.

8° L' « ita jus esto » de Binding (1).

Jugeant la prétention des auteurs qui, comme nous, veulent réduire tous les *Rechtssätze* à des impératifs, BINDING s'est écrié : « Der Fanatismus der gleichmacherei vertilgt alles, was sich vor ihm nicht als Imperativ legitimiert » (2). S'opposant en cela à BIERLING et à THON, BINDING soutient que tous les *Rechtssätze* ne sont pas des impératifs. (Il faut noter que le mot *Rechtssatz*, que l'on traduit en général par « règle de droit », doit se traduire littéralement par « proposition juridique ». Il ne contient pas l'idée d'impératif ; on peut donc logiquement se poser la question à laquelle répond Binding, tandis qu'on ne peut pas logiquement demander si toutes les règles de droit sont impératives, car une règle est impérative par définition). Voici, d'après Binding, des exemples de propositions juridiques indicatives (3) :

« La simple révocation de la défense est sans aucun doute une proposition de droit (Rechtssatz) et pourtant elle n'est

1. Binding, *die Normen und ihre übertretung*.
2. *Op. cit.*, p. 102.
3. *Op. cit.*, p. 103.

pas une norme. Et bien plus ! un grand nombre de propositions de droit opposent à cette tentative de transformation forcée une résistance victorieuse. On ne peut pas réussir à dépouiller de leur contenu permissif, à transformer en pures normes les pouvoirs de l'empereur de représentation de l'Empire, de déclaration de la guerre, de conclusion de la paix, ni ceux des princes de porter l'aigle ou de faire grâce, ni ceux des parties de conclure des pactes, ni ceux de la victime de demander la punition, ni les lois accordant les droits de vote, de chasse, de mines, ou des droits de toutes sortes. »

Il est bien inutile de reprendre chacun de ces exemples et de montrer, à propos de chacun d'eux, l'erreur de Binding. Pour beaucoup d'entre eux les pages qui précèdent contiennent cette réponse, et pour les autres elle se présente immédiatement à l'esprit.

Nous nous contenterons de citer l'idée générale qui conduit Binding dans son affirmation (1) : « Das *ita jus esto* ist gerade kein Befehl, sonder nur die feierliche Form des Rechtswillenserklärung, also der Rechtsschöpfung. »

L'*ita jus esto* n'est pas autre chose que la théorie des actes juridiques déterminant à quelles conditions se formera un acte juridique valable, en d'autres termes, quand il y aura règle de droit, et quand il n'y aura pas règle de droit. Or cette détermination est-elle un impératif ? Binding répond négativement. Mais nous avons déjà réfuté cette opinion. Il suffit, en effet, de remarquer que la théorie des actes juridiques est composée de règles de compétence et de capacité. C'est la théorie des actes juridiques qui règle la compétence

1. *Op. cit.*, p. 104.

et la capacité des parties. Or nous avons montré *supra* que ces règles sont impératives. Elles ne sont pas un impératif adressé à la personne qui reçoit compétence, mais aux personnes qui seront les sujets de l'impératif que l'organe est habilité à poser. Celles-ci reçoivent l'injonction d'obéir à la règle posée par l'organe dans les conditions de la compétence à lui accordée. La théorie de la formation des contrats, par exemple, contient l'impératif *pacta sunt servanda.* Lorsque le législateur énonce : *lex contracti jus est,* cela veut dire : *lex contracti servanda est.* Par conséquent, quoi qu'en dise *Binding,* l'*ita jus esto* est bien un impératif.

CHAPITRE III

LA RÈGLE DE DROIT EST CATÉGORIQUE

Nous avons montré dans le chapitre précédent que la règle de droit est un impératif. Nous devons maintenant nous demander quelle sorte d'impératif elle constitue. Est-elle un impératif catégorique ou un impératif conditionnel ? Nous montrerons qu'elle est catégorique. Mais auparavant nous allons parler des impératifs conditionnels que l'on rencontre en marge du droit, et avec lesquels elle ne doit pas être confondue.

I

Les impératifs conditionnels en marge du droit.

De toute prévision naît un impératif conditionnel. Ce qui est connu comme cause est prescrit comme moyen. Toute science engendre une technique. Nous avons développé ces idées dans le chapitre I.

Ici, nous n'avons qu'à en tirer une application. Toute prévision d'un fait social entraîne aux yeux de celui qui le prévoit un impératif conditionnel. Or, cet impératif condi-

tionnel peut avoir parfois quelque ressemblance avec l'impératif juridique, mais il ne doit pas être confondu avec lui. Examinons quelques exemples de cet impératif conditionnel.

1° Norme économique ou sociologique.

Le plus important est la norme économique ou, plus largement, sociologique. Qu'est-ce que cette norme ? C'est la règle de technique se dégageant de la science économique ou, plus largement, sociale. Toute science a sa technique, et, à ce titre, la sociologie a la sienne. Si je sais que les prix montent lorsque la marchandise se raréfie, je sais par là même qu'il faut raréfier la marchandise pour faire monter son prix. La norme économique est un impératif conditionnel, comme toute règle de technique (1).

1. Il faut distinguer la loi sociologique (indicatif) et la norme sociologique (impératif). M. DUGUIT nous semble avoir méconnu cette distinction (I, p. 27). « La norme économique, déclare-t-il. régit tous les actes de l'homme touchant la production, la circulation et la consommation des richesses, en employant ce mot dans un sens général, pour désigner toute chose susceptible d'assurer la satisfaction d'un besoin humain. Les faits économiques sont ceux que l'on a le plus tendance à assimiler aux faits du monde physique et du monde vivant ; beaucoup d'économistes ont même voulu apporter à leur étude l'instrument de la mathématique comme on fait pour la physique. A y regarder de près on voit que c'est là une erreur certaine. Tous les faits qu'on est convenu d'appeler économiques dérivent d'actes individuels, volontaires et conscients et ne sont que les réations sociales produites par ces actes. La raréfaction d'un produit, la surproduction, la hausse des prix, les crises industrielles, l'élévation des salaires, tous les autres phénomènes économiques sont la conséquence d'actes individuels humains plus ou moins conscients, accomplis conformément ou contrairement à la norme sociale touchant la production, la circulation, la consommation des choses nécessaires aux besoins des hommes vivant en société. La violation de la règle économique, quand elle n'est qu'économique, produit une réaction sociale qui ne touche que la richesse, sa production et son

Or la règle de technique économique ne doit pas être confondue avec la règle de droit. L'exemple suivant le montrera clairement. Nous assistions, il y a peu de temps, aux séances d'une commission de juristes réunie en vue d'étudier les

emploi. » Ce passage, nous le craignons, témoigne une certaine confusion entre les notions de loi naturelle et de norme, de science et de technique.

1° Il y a la science des faits sociaux, c'est-à-dire l'observation des phénomènes sociaux afin d'en acquérir la connaissance. La science dégage les lois naturelles de la société, c'est-à-dire les séries régulières de phénomènes observés dans la société. Ces lois régulières existent, quoique les faits sociaux soient des faits de l'homme, c'est-à-dire des faits volontaires et libres. La contradiction apparente entre la détermination du social et l'indétermination de l'individuel, entre la détermination du général et l'indétermination du particulier a longtemps fait nier la possibilité des lois naturelles sociales. M. Duguit semble être resté partisan de cette attitude. Mais la pensée et la science modernes ont montré le caractère illusoire de cette contradiction. La notion de loi statistique, c'est-à-dire de loi régissant des ensembles de phénomènes individuellement indéterminés, est une des notions les plus fécondes de la science moderne. Le résultat d'un tour, à la roulette, est absolument indéterminé. Pourtant sur un grand nombre de tours le rouge sort un nombre de fois sensiblement égal à celui des tours où sort le noir. Ainsi la liberté des actes humains individuels s'accompagne souvent de la constance de leurs moyennes.

D'ailleurs, qu'on se rappelle notre analyse du déterminisme au chapitre I et l'on verra que la science sociale est possible, pour cette simple raison que les faits sociaux sont observables.

Quant à la condamnation de l'usage des mathématiques par les économistes, elle semblera sommaire. Il est difficile de croire qu'un usage soit impossible alors qu'il existe. D'ailleurs les mathématiques ne sont qu'une langue, c'est-à-dire un moyen d'exprimer l'observable. M. Duguit veut-il donc condamner les économistes au mutisme ?

2° A côté de la science sociale, il y a la technique sociale. La science est un ensemble de lois naturelles ; la technique est un ensemble de normes. Lois naturelles et normes « régissent » les faits, dit-on. Mais l'emploi d'un seul mot pour désigner deux notions entièrement différentes ne doit pas induire en erreur. Tout notre effort, dans cet ouvrage, consiste à distinguer et à définir ces deux notions : l'indicatif et l'impératif (connaissance et action, loi naturelle et norme).

règles du droit international public en matière de navigation fluviale internationale. Or, un des juristes présents soutenait que l'Etat riverain, en droit positif actuel, était souverain quant à la réglementation de la navigation sur ce fleuve. Ainsi un Etat tenant l'embouchure d'un fleuve avait le droit, suivant l'orateur, de suspendre complètement la navigation et d'étouffer ainsi les Etats riverains du cours supérieur. « Aucune règle de droit, disait-il, ne lui interdit cette mesure ». Mais il ajoutait : « en temps normal, les avantages de la collaboration internationale et de la libre navigation l'inciteront à ouvrir le passage. » Cet exemple montre de façon frappante la règle de droit et la règle économique en présence. Pas de règle de droit, d'une part, c'est-à-dire pas d'impératif catégorique interdisant à l'Etat de fermer le passage. Mais, d'autre part, une règle économique, un impératif conditionnel valable à supposer qu'on veuille profiter des avantages de la collaboration internationale.

2° La règle à suivre en vue d'éviter la sanction.

De la connaissance : « tel acte entraîne l'application d'une sanction », comme de la connaissance de tout lien de cause à effet, naît un impératif conditionnel. « Si tu veux éviter d'être toi même mis à mort, ne tue pas ton semblable. »

Cet impératif conditionnel se rapproche plus que le précédent de l'impératif juridique, mais il n'est pas, lui non plus, l'impératif juridique. Pourtant beaucoup de juristes s'y sont trompés. Pour prouver leur erreur, nous raisonnerons de la façon suivante :

Si la règle de droit n'était pas autre chose que cet impératif conditionnel, on ne pourrait plus parler d'actes illicites mais seulement d'actes entraînant l'application de la sanction. La notion de *sanction* elle-même se fondrait en celle d'*effet*. La sanction serait simplement un acte suivant un autre acte. Les notions d'acte illicite et de sanction supposent un impératif catégorique antérieur interdisant l'acte, car c'est l'idée de violation de cette règle qui est incluse dans les mots d'acte illicite et de sanction. Si l'on nie l'existence de cette règle, les notions d'acte illicite et de sanction disparaissent. On reste en présence des seules notions de cause et d'effet. Toutes les causes et tous les effets sont assimilables. On ne peut plus distinguer parmi les causes celles qui sont « actes illicites » et parmi les effets ceux qui sont sanction. Le meurtre est la cause de la mort du meurtrier, de même que l'imprudence du piéton est la cause des blessures qui lui ont été occasionnées par un accident de la circulation. Par conséquent, si on a été tenté de définir la règle de droit comme « la règle à suivre en vue d'éviter la sanction », on est obligé de rectifier sa formule et de définir la règle de droit comme « la règle à suivre en vue d'éviter un certain effet ». Or, cette nouvelle définition peut-elle être acceptée ? C'est ce que nous allons voir.

3° La règle à suivre en vue d'éviter un certain effet.

Cette règle n'est pas autre chose que la règle économique que nous avons envisagée tout à l'heure. Ou plutôt la règle économique est un cas particulier de celle-ci. L'impératif

conditionnel que nous envisageons maintenant est celui qui découle, non plus seulement de la connaissance d'une loi économique, ni même d'une loi scientifique en général, mais d'une connaissance quelconque de cause à effet, même non scientifique, par conséquent d'une croyance quelconque de cause à effet.

Quelques exemples montreront que cet impératif conditionnel n'est pas l'impératif juridique.

L'autorité militaire publie en général des horaires de tir sur ses champs de tir. Ces derniers ne sont pas toujours interdits au public. On tolère que les paysans voisins viennent y couper du menu bois ou y mènent paître des bestiaux. Mais il y viennent à leurs risques et périls. C'est pour atténuer ceux-ci que l'autorité militaire publie son horaire de tir. De la connaissance de cet horaire naît pour le paysan considéré un impératif conditionnel. S'il veut ne pas s'exposer aux risques d'un bombardement, il ne doit pas pénétrer sur le champ pendant les heures de tir. Cet impératif n'est certainement pas une règle de droit. Il n'y a règle de droit que si un arrêté de police ou toute autre décision réglementaire interdit l'accès du champ de tir. Alors l'interdiction est catégorique, elle est adressée aussi bien aux imprudents qu'aux prudents. Nous sommes en présence d'une règle de droit.

De même, l'avertissement adressé aux passants que la propriété contient des chiens dangereux ou des pièges à feu n'est pas une règle de droit. La « défense d'entrer sous peine d'amende » est au contraire un impératif juridique.

Le signal avertisseur, le coup de klaxon lancé par l'automobiliste n'est pas une règle de droit. Il est un simple aver-

tissement, afin que les autres usagers en fassent leur profit ; il est impératif simplement conditionnel. Au contraire, le coup de sifflet de l'agent de police est un impératif catégorique et, par là même, juridique.

Le poteau indicateur fait naître chez son lecteur un impératif conditionnel quant à la direction à suivre. L'arrêté du maire prescrivant une vitesse maxima affiché à l'entrée du village a le caractère d'une règle juridique.

La question de confiance posée par le gouvernement au Parlement est un nouvel exemple d'impératif conditionnel. « Si vous votez blanc, le gouvernement démissionnera ; si vous votez noir, il restera à son banc. » Il n'est pas une règle de droit comme l'est, au contraire, le décret de dissolution.

Enfin nous choisirons dans la jurisprudence un dernier exemple. Nous examinerons la solution donnée par le *Conseil d'Etat*, dans son arrêt du 17 juillet 1925, Association amicale du personnel de la Banque de France c. Banque de France (D. 1926.3.9, note de M. Henri Capitant ; S. 1925. 3.33, note de M. M. Hauriou). Le gouverneur de la Banque de France avait adressé deux lettres à l'Association amicale du personnel. Dans ces lettres, il annonçait qu'à l'avenir il ne nommerait aux emplois supérieurs que des agents qui renonceraient à faire partie de l'association. L'association vit dans ces deux lettres une violation du droit syndical. Elle s'adressa au Conseil d'Etat aux fins d'annulation de la décision du gouverneur.

Le Conseil, sans aborder le fond, rejeta la demande en considérant que les lettres attaquées ne constituaient pas une décision susceptible d'être annulée. Il semble bien que cette réponse ait surpris les parties et même le Commis-

saire du gouvernement, car elle s'appuie sur un motif qui n'avait pas été envisagé dans les débats ayant précédé l'arrêt. Les considérations que nous avons présentées plus haut serviront peut-être à la commenter utilement.

Qu'est-ce qu'une décision ? C'est une règle de droit, c'est un impératif juridique. La question se ramenait ainsi à celle de savoir si les deux lettres du gouverneur constituaient un impératif juridique.

Or, ces lettres sont, de la part du gouverneur, la publication de sa politique à venir, elles sont son programme d'action en ce qui concerne les nominations à venir. De cette publication, quels impératifs résulte-t-il ? Pour analyser complètement la situation, il faut distinguer deux impératifs, l'un adressé au gouverneur, l'autre à l'Amicale.

Tout d'abord, les lettres décèlent un impératif intérieur du gouverneur, une résolution prise par le gouverneur de ne plus nommer à l'avenir aux grades supérieurs de membres non démissionnaires de l'Amicale (la politique du gouverneur, son programme d'action). Cet impératif était-il une règle de droit ? Certainement oui. Dans la mesure où les requérants attaquaient cet impératif, leur demande était recevable, et le Conseil d'Etat aurait dû l'apprécier au fond. (En effet, d'autre part, la règle « faisait grief » aux requérants, puisque ceux-ci avaient intérêt à son annulation. C'est donc bien au fond qu'il fallait la juger : constituait-elle ou non un excès de pouvoir du gouverneur ?)

Mais de la lettre résultait un second impératif, ayant pour sujets les membres de l'Amicale. Ce second impératif était simplement conditionnel. Les agents de la Banque de France « savaient » désormais que leur fidélité à l'Amicale les écar-

terait des grades supérieurs. Cela leur dictait donc leur conduite, suivant qu'ils plaçaient au premier rang leur sentiment syndical ou leur ambition de carrière. Mais cet impératif conditionnel n'était pas juridique. Les lettres du gouverneur ne contenaient donc pas de règle de droit à l'adresse des membres de l'Amicale. Dans la mesure, par conséquent, où les requérants attaquaient une telle règle, leur demande était irrecevable.

II

L'impératif juridique est catégorique.

Seul l'impératif catégorique est vraiment règle d'action. L'impératif conditionnel est une règle d'action simplement éventuelle. Seul l'impératif catégorique est une règle d'action immédiate. Agir, c'est, en effet, non seulement choisir un moyen, mais encore choisir un but. Le choix d'un moyen est une préparation d'action. Mais l'action n'est possible qu'après le choix d'un but. Or, l'impératif conditionnel prescrit seulement un moyen, au lieu que l'impératif catégorique prescrit également un but.

Or le droit est règle d'action. Il ordonne la société. Il est un plan d'action pour les individus. Les individus doivent agir conformément au droit. C'est pourquoi la règle de droit est catégorique.

Si, d'ailleurs, l'on se reporte aux doctrines énoncées en réponse à cette question, on constate que le débat se limite au point de savoir à qui est adressé l'impératif catégorique du droit. Tous les auteurs admettent qu'en tant qu'elle

s'adresse aux agents publics, la règle de droit est catégorique. C'est seulement en tant qu'elle s'adresse aux simples particuliers que certains auteurs nient son caractère catégorique.

Le droit se compose, en effet, de deux sortes de règles que nous allons distinguer : 1° Il comprend des règles adressées aux agents publics, c'est-à-dire des règles ordonnant à certains individus (agents publics) d'intervenir pour appliquer la contrainte dans certaines hypothèses; 2° Il comprend des règles dirigeant la conduite des simples particuliers, après la violation desquelles doit précisément être appliquée la contrainte.

1° Règles adressées aux agents publics.

Tous les auteurs (tous ceux du moins qui admettent le caractère impératif du droit) reconnaissent à ces règles le caractère catégorique. Les détenteurs de la force publique doivent intervenir dans certains cas. Du moment que leur intervention est consciente, ils sont sujets d'un impératif catégorique au moins intérieur au moment de leur intervention. Impératif simplement intérieur, règle que l'organe se pose à lui-même, on est alors en présence de la formule de Ihering : « le droit est la politique de la force » ou plus généralement de la formule allemande : « le droit est l'autolimitation de l'Etat. » Impératif extérieur, on est alors en présence de la théorie de M. Duguit, par exemple. De toutes façons les gouvernants doivent intervenir en vertu d'un impératif catégorique.

Il sera intéressant, notamment, de montrer comment M. Kelsen admet le caractère catégorique de cette sorte de

règles de droit. Il les appelle *normes primaires*, et voici la définition qu'il en donne : elles « instituent la confrainte », elles « prononcent que, dans certaines conditions, un individu *devra* prendre contre un autre une mesure de contrainte ». En voici le schéma : « Si un individu se comporte d'une certaine manière c'est-à-dire fait ou s'abstient de faire telle ou telle chose, un autre individu, — l'organe de l'Etat, — devra procéder contre lui à un acte de contrainte » (*Rev. du Droit public*, 1926, p. 577). On voit donc que les normes primaires sont bien celles dont nous traitons en ce moment.

D'autre part, M. Kelsen dit de la norme primaire qu'elle a une « validité objective ». On se rappelle que c'est en cette affirmation que se résume l'objectivisme de M. Kelsen et nous avons montré au chapitre I, section VI, les faiblesses que cette doctrine présente à nos yeux. Nous apportons maintenant un nouvel argument à l'appui de notre critique. Quel est donc le sens du mot « objectif » lorsque M. Kelsen déclare que la règle de droit a une validité « objective » ? Nous le voyons clairement maintenant : « objectif » est employé ici pour « catégorique ». Si la règle vaut « objectivement », dans la pensée de M. Kelsen, c'est quelle reste valable même si elle est violée, que sa validité ne dépend pas de sa reconnaissance par le sujet. Au chapitre I nous avons rectifié en disant qu'il s'agit non pas de sa validité absolument, mais de sa validité aux yeux de celui qui l'édicte. Ainsi, avons-nous dit, cette validité est en réalité subjective. Ce qui reste, après cette rectification, de l'idée de M. Kelsen, c'est que la règle primaire est « catégorique ». La règle conditionnelle, en effet, n'est valable que si le sujet

accepte le but que poursuit la règle ; c'est la règle catégorique qui est valable quelle que soit l'opinion du sujet.

Par conséquent, de ce que M. Kelsen dit que les normes primaires ont une validité « objective », nous concluons qu'il admet en réalité la validité « catégorique » de ces règles.

2° Règles adressées aux simples particuliers

Mais les seules règles catégoriques sont-elles celles qui visent les agents publics afin de les guider dans l'exercice de la contrainte ? C'est ce qu'ont soutenu certains auteurs.

C'est notamment l'opinion de Binder, suivant lequel le droit ne comporte d'impératifs qu'adressés aux agents publics. (Voir analyse de cette doctrine dans Duguit, I, p. 261.)

C'est surtout l'opinion de M. Kelsen. Pour cet auteur, comme pour Binder, le droit n'est composé que des règles « instituant la contrainte », c'est-à-dire adressées aux agents publics, celles qu'il appelle, nous avons vu, les « normes primaires ». Seules les normes primaires, catégoriques, constituent véritablement le droit. Mais, poussant plus loin l'analyse, M. Kelsen montre que la seule existence de ces règles entraîne à l'adresse des particuliers un impératif conditionnel, valable à supposer qu'ils veuillent éviter la contrainte (nous l'avons appelé plus haut : la règle à suivre en vue d'éviter la contrainte). Cet impératif conditionnel, il l'appelle « obligation » ou « droit subjectif » ou « norme secondaire ». *Revue du Dr. public*, 1926, p. 574 : « Par « droit subjectif », il faut entendre avant tout la règle de droit [norme primaire] dans son application à tel ou tel individu, c'est-à-dire l'obligation juridique qui pèse sur lui d'adopter une

conduite contraire à celle que sanctionne la contrainte instituée par la règle. L'obligation juridique a donc pour objet la conduite que, — nous l'avons établi —, l'ordre étatique vise à provoquer. En présentant cela sous forme de règle, — valable seulement si l'on suppose que la contrainte doit être évitée —, on obtient la règle de droit secondaire, qui énonce un impératif. La règle primaire,celle qui institue la contrainte, pose donc comme condition de l'exercice de cette contrainte la conduite contraire à celle que prescrit impérativement la règle secondaire. On peut donc, en bref, ce représenter la règle de droit totale, qui contient la norme primaire et la norme secondaire, comme une sorte de règle double : *a*) Dans telles ou telles conditions un individu doit se comporter de telle et telle manière ; *b*) s'il ne le fait pas, un autre individu, — l'organe de l'Etat —, doit, selon une certaine procédure, exercer contre lui une certaine contrainte. Rigoureusement parlant la règle secondaire, — celle que nous avons énoncée la première — est superflue ; elle ne fait qu'exprimer pour plus de clarté le rapport qui résulte déjà de la règle primaire, et que nous avons qualifié d'obligation juridique. » En résumé, d'après la théorie de M. Kelsen, le droit se compose de règles primaires catégoriques, adressées aux agents publics, et de règles secondaires conditionnelles, adressées aux particuliers. Seules les premières à proprement parler constituent des règles de droit, et les secondes découlent de l'existence même des premières.

Cette théorie est juste mais incomplète. Il y a des règles adressées aux agents publics et ordonnant leur intervention dans certaines hypothèses. De ces règles (ou plutôt de la croyance en leur obéissance) naît pour les particuliers un

impératif conditionnel leur dictant la conduite à suivre pour éviter l'application de la contrainte (règle secondaire de M. Kelsen). Mais ce n'est pas tout. Il faut aussi reconnaître l'existence d'une règle imposant directement et catégoriquement une certaine conduite aux particuliers. Si l'on prend, comme le fait BINDING, l'exemple du droit pénal, il faut distinguer « la règle de droit en vertu de laquelle le délinquant est puni et la règle de droit à laquelle il contrevient. » (1) L'analyse des règles en présence est donc la suivante :

1° Le particulier est sujet d'un impératif catégorique « ne tue pas ».

2° Les agents publics sont sujets d'un impératif catégorique « si le particulier tue, punissez-le ».

3° De l'application éventuelle de la peine par les agents publics naît à l'adresse du particulier un impératif conditionnel : « Si tu veux éviter la peine, ne tue pas ».

M. Kelsen a le tort de ne signaler que les deux dernières de ces règles et de négliger la première. Or, du moment qu'il admet le caractère catégorique des règles de droit, pourquoi dire qu'elle ne peuvent être adressées qu'aux agents publics et non aux particuliers. Cette affirmation est posée au début de son œuvre sans fondement. Le lecteur doit l'accepter sans justification, comme une chose évidente. Mais il nous semble évident, au contraire, qu'elle est une erreur. Nous verrons que le droit peut exister même non sanctionné (impératif n'est pas sanction). Le droit international public en est un exemple. M. Kelsen admet lui-même

1. BINDING, *op. cit.*, p. 3.

que c'est l'idée d'efficacité et non de sanction qui caractérise le droit positif. Dès lors, le droit n'est pas composé uniquement d'impératifs ordonnant la sanction. L'objet premier du droit est de prescrire une certaine conduite aux particuliers ; ce n'est qu'ensuite qu'on peut renforcer ce premier impératif en le doublant d'un impératif adressé aux agents publics et ordonnant à ceux-ci d'intervenir en cas de violation du premier.

La théorie de M. Kelsen aboutit à dire que seuls les agents publics peuvent commetre des actes illicites puisque seuls ils sont sujets de règles de droit (impératifs catégoriques). La notion d'acte illicite commis par un particulier n'aurait aucun sens. On pourrait seulement parler d'actes entraînant l'application de la contrainte. Or, qu'une telle conséquence soit incluse dans la théorie de M. Kelsen, cela nous semble être un argument décisif en faveur de notre manière de voir, qui est d'ailleurs également celle de la grande majorité des juristes.

III

Fondement de l'impératif juridique

Tout impératif se dégage d'un indicatif, nous l'avons répété maintes fois. Quelle est donc la donnée indicative de l'impératif juridique ? Puisque celui-ci est catégorique, nous savons déjà que cette donnée n'est pas la connaissance d'une cause, mais la croyance en la primauté d'une fin.

Cette fin est un certain ordre social. L'impératif juridiquea pour but d'ordonner les actions humaines suivant un certain ordre social idéal. A tout ordre social idéal correspond un système juridique. Ordre individualiste ou socialiste, natio-

naliste ou internationaliste, spiritualiste ou matérialiste, etc. Inversement tout impératif juridique a en vue un certain ordre social.

Le choix d'un ordre social idéal est purement arationnel ; il est entièrement postulé ; il est donné dans la conscience. La science et la raison n'y ont aucune part. La science peut indiquer que l'un procure plus de richesse, ou plus de paix que les autres. Mais elle ne dit pas s'il faut vivre pour l'esprit ou pour le corps, s'il faut aimer la lutte ou la résignation. Cela est objet de simple croyance, d'instinct conscient pourrait-on dire. La science et la raison ne sont jamais qu'enchaînement. Le royaume des fins n'est pas le royaume des causes.

Cette théorie mérite le nom de spiritualisme subjectiviste. Nous revendiquons pour elle le droit de se dire aussi entièrement spiritualiste que le spiritualisme objectiviste classique. Nous revendiquons également le titre de positiviste à l'encontre de beaucoup de positivistes apparents.

Et d'abord pourquoi objectiver notre idéal ? Le bien, le juste, Dieu sont exclusivement données de notre conscience. Si nous les objectivons, c'est par un acte de nous-mêmes. Une réalisation qui est l'œuvre de notre pensée, reste pensée, subjectivisme. Cet objectivisme n'est qu'une ruse, un mensonge à l'égard de nous-mêmes. Il n'y a pas plus de réalité dans cet objectif que dans le subjectif. Or les ressorts de notre action dépendent-ils vraiment de cet artifice ? La valeur de l'idée à nos yeux n'est pas diminuée parce qu'elle n'a d'existence que subjective. De même que le scalpel de la raison ne peut nous livrer le secret de la vie et de la conscience, de même il ne peut blesser la vie. Il est au service de la vie. La vie n'est pas sous sa portée. Il n'est pas

dangereux pour la vie d'user de la raison, surtout lorsque c'est pour reconnaître les limites de la raison.

Il faut, en effet, d'autre part, affirmer, à l'encontre des faux positivistes, la dualité des domaines de la foi et de la raison. Beaucoup de positivistes voudraient réduire le domaine de la vie et de l'action à celui de la raison. Ils sont aveugles et insensés. La vie est à base de postulats et d'apriorisme. Le vrai positivisme fixe les limites de la connaissance scientifique ; il ne confond pas ces limites avec celles de la connaissance tout court.

C'est pourquoi il faut dénoncer comme antiscientifique la prétention des juristes qui veulent fonder le droit sur des données purement scientifiques, sur les faits et rien que les faits. D'ailleurs ils tournent eux-mêmes leur prétention en dérision, car toujours, à un moment ou à l'autre de leur raisonnement, ils réintroduisent le postulat, qui, seul, peut fonder un impératif catégorique.

Nous avons déjà signalé qu'après avoir soigneusement préparé les données scientifiques qui doivent lui permettre de fonder le droit, DURKHEIM leur ajoute finalement le postulat de la primauté du normal.

M. LEVY-BRUHL (1) n'échappe pas à cette contradiction. Après avoir déclaré que le droit et la morale doivent devenir l'art moral et l'art social rationnels, règles pratiques fondées sur les seules connaissances de la sociologie positive, il arrive, à la fin de son volume, à la conclusion suivante (p. 272) : « Si l'art moral rationnel ne nous apporte pas « une morale », s'il ne nous enseigne pas où est « le souverain bien », s'il

1. Levy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs.*

ne résoud pas le « problème moral », il n'en permet pas moins d'avoir des conséquences importantes, puisque, grâce à lui, la réalité morale pourra être améliorée, entre des limites qu'il est impossible de fixer d'avance. » Ainsi M. Levy-Bruhl croit pouvoir donner à l'homme une règle d'action fondée sur des données purement scientifiques. Mais action est synonyme de postulat. Sous son apparente confiance, M. Levy-Bruhl ressent, d'ailleurs, quelque inquiétude, et il relève lui-même un des mots qu'il vient d'écrire : « améliorée ? » se demande-t-il. Et en effet, s'il y a un mieux social, ce mieux social ressemble singulièrement au « souverain bien » que l'on vient d'éliminer. Cette simple question, en réalité, détruit l'édifice et c'est l'auteur même qui l'a posée. Il essaye d'y répondre, mais il est trop tard. Qu'on en juge : « On conçoit très bien que la réalité donnée puisse être « améliorée » sans qu'il soit nécessaire d'invoquer un idéal absolu. Helmholtz a pu dire que l'œil était un médiocre instrument d'optique sans faire appel au principe des causes finales, en montrant simplement qu'une disposition plus avantageuse de l'appareil visuel est concevable. » Mais pour celui qui ferme les yeux devant la vie, quel est l'œil le meilleur ? L'art social rationnel indique les moyens de rendre la société plus riche, plus urbaine, plus rurale, plus industrielle, plus commerçante, plus soumise, plus effervescente, etc... mais quel est le bien ? elle ignore cette question. Qu'on prenne l'exemple même que cite Levy-Bruhl quelques pages plus loin, le problème de la prostitution. Il est bien facile de le retourner contre lui. La science indique les effets sociaux de la prostitution et l'efficacité des mesures de réglementation de celle-ci. Mais, la science ayant parlé, il reste une question posée au

législateur. Faut-il avant tout rechercher le bien de l'espèce ? ou faut-il aussi respecter l'individu humain ? L'individu est-il la chose de la société, ou le mieux social doit-il céder devant certain contrôle individuel ? Du point de vue de l'espèce, il faudrait diriger la reproduction humaine comme celle de la race chevaline. Certain « eugénisme » anglo-saxon revendique presque cet idéal. Si, dans le débat, vous ne laissez pas la parole aux seuls médecins ou sociologues, c'est que vous donnez leur poids à des sentiments qui ne sont pas d'ordre scientifique. L'individu est-il supérieur à l'espèce ou l'espèce à l'individu ? et de même la masse à l'élite ou l'élite à la masse ? La science est muette. Et puisque M. Levy-Bruhl parle d'un mieux social, c'est qu'il se laisse guider, quoique inconsciemment, par les postulats de la vie.

M. Duguit a commis la même erreur que les deux sociologues que nous venons de citer. Dans la préface de la troisième édition de son *Traité de Droit constitutionnel* il trace ce programme : « constater les faits, n'affirmer comme vrai que ce que l'on constate par l'observation directe et bannir du domaine juridique tous les concepts *a priori*, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prêtent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique. » « Je persiste à penser que dans le domaine du droit on ne peut arriver à des solutions à la fois pratiques et justes qu'en écartant tous les concepts *a priori* et toute la vaine dialectique que l'on prétend y rattacher. » « En affirmant l'existence d'une règle sociale, d'une norme juridique, je ne fais pas autre chose que constater le fait social qui implique une loi d'interdépendance, loi qu'on peut appeler une règle

parce qu'elle s'applique à des volontés conscientes. » Il faut noter que ces prémisses n'empêchent pas M. Duguit de considérer en définitive la règle de droit comme un impératif catégorique. Elles présentent donc avec la conclusion la même contradiction que nous venons de relever chez Durkheim et Levy-Bruhl. Suivons, pour la déceler, le cours du raisonnement.

Tout d'abord, on peut relever, à plus d'une reprise, que la distinction entre la notion de loi naturelle et celle de norme (c'est-à-dire entre l'indicatif et l'impératif) n'est pas très nettement faite. Nous l'avons déjà relevé, mais nous citerons encore le passage suivant (I, p. 18) : « Les cellules composantes d'un organisme sont soumises à la loi de cet organisme. Tout le monde le reconnaît ,et la loi de cet organisme est celle qui préside à sa formation et à son développement. De même, les individus composant un groupement social sont soumis à la loi de ce groupement, loi qui préside à la formation de son développement. L'une et l'autre de ces lois sont des lois de coordination. La loi de l'organisme, nous ne l'appelons pas norme, parce que nous ne pouvons pas affirmer que les cellules composantes soient conscientes ; la loi d'un groupement social nous l'appelons norme, parce que les individus qui en sont membres agissent consciemment, veulent une chose qu'ils ont en vue et en vertu d'un motif dont ils ont conscience. Mais, à part cette différence, il n'y en a aucune entre la loi d'un organisme vivant et la loi d'une société humaine ; et si l'on admet que la loi biologique est fondée sur le fait que constitue cet organisme, on ne voit pas pourquoi la norme sociale ne serait pas elle aussi fondée sur le fait qu'est la société. »

Pour montrer la confusion qui est au fond de tout ce développement, il suffit de répondre que les hommes, êtres conscients, malgré leur conscience, peuvent être sujets et de lois naturelles et de normes. La loi naturelle est l'observation de ce que font les hommes. L'impératif est la prescription de ce qu'ils doivent faire. M. Duguit pense que des êtres conscients ne peuvent être sujets que de normes. C'est dire, si on le prend à la lettre, qu'ils ne sont pas observables. Mais, en réalité, quand M. Duguit parle de « loi de la société » on ne sait pas s'il parle de la loi au sens indicatif (seule comparable avec la loi de l'organisme) ou de la loi au sens impératif (qui s'oppose à la loi de l'organisme, laquelle est indicatif).

Ce qu'il faut simplement retenir de cette première critique, c'est que M. Duguit n'a pas nettement aperçu en quoi consiste l'opposition de l'indicatif et de l'impératif. Néanmoins on peut admettre, en gros, qu'il considère la règle de droit comme un impératif. Mais alors quelle sorte d'impératif ?

M. Duguit précise, avant tout, que cet impératif n'est pas un *devoir* « au sens métaphysique du mot ». Cette affirmation est pour étonner, car *impératif* et *devoir* sont rigoureusement synonymes, et le mot devoir n'a pas un sens métaphysique par opposition à un sens positiviste. Il n'a qu'un seul sens, qui est celui d'impératif. Si l'on examine le contexte, on voit alors que M.Duguit veut dire en réalité que cet impératif n'est pas cause déterminante de la volonté du sujet. I, p. 18 : « J'écarte la notion de devoir conçu comme créant un caractère propre à certaines volontés, une sorte de pouvoir négatif qui ferait de ces volontés des volontés subordonnées. » Ailleurs il définit le devoir comme créant chez la volonté

sujette un « non pouvoir de vouloir ». En réalité, ce n'est pas la notion de devoir que rejette M. Duguit, c'est l'idée de l'impératif considéré comme une force s'imposant aux sujets. Ce n'est donc pas à M. Geny qu'il s'oppose, ainsi qu'il le croit, mais à Durkheim, et M. Geny a eu parfaitement raison de protester qu'il ne se reconnaissait nullement dans l'adversaire ainsi pris à partie par M. Duguit.

Ce en quoi ce dernier s'oppose, au contraire,véritablement, à M. Geny, c'est qu'il veut fonder l'impératif juridique sur un simple fait, qui est, suivant les passages, soit le fait de la réaction sociale, soit le fait de la solidarité (voir I, pp. 21, 23, 24, 28). Or, sur un tel fait, on ne peut fonder qu'un impératif conditionnel, indiquant à l'individu les moyens d'éviter la réaction sociale ou de profiter des avantages de la division du Travail. Mais la division du Travail elle-même est-elle obligatoire ?

C'est alors que, tout à coup, et par le même saut brusque et inavoué que nous avons déjà vu faire à Durkheim et Levy-Bruhl, M. Duguit passe sur le plan de l'impératif catégorique. P. 24, par exemple, on lira : la règle sociale est « une règle dont la violation entraîne une réaction sociale et pas autre chose, *une règle, qui ne doit pas être violée, parce que si elle l'est la vie sociale dont les individus sont à la fois les agents et les bénéficiaires est troublée.* » Donc l'homme *doit* agir en vue de la prospérité sociale, qui correspond d'ailleurs avec sa prospérité individuelle.

En conclusion, on voit que MM. Durkheim, Levy-Bruhlet Duguit ont été infidèles à leur entreprise : fonder le droit sur des données scientifiques. Malgré eux, ils ont, à un moment

de leur raisonnement, réintroduit le postulat de la primauté d'une fin, qui est nécessaire au fondement d'un impératif catégorique (1).

1. Le défaut de conscience de ce postulat conduit d'ailleurs les mêmes auteurs à une fausse conception de l'impératif catégorique du droit L'impératif catégorique se dégage, en effet, du postulat de la primauté d'une fin, *cette fin étant absolument quelconque*. Les auteurs que nous critiquons ont, au contraire, assigné au droit une fin déterminée : la réalisation d'un ordre social *normal* (Durkheim) ou d'un ordre *solidariste* (Duguit). Ce qu'il faut dire c'est que le droit a pour fin la réalisation d'un ordre social. Mais on peut concevoir autant de systèmes juridiques que d'ordres sociaux. V. chapitre V.

CHAPITRE IV

LE DROIT POSITIF

I

Définition du droit positif

Par « droit positif » on entend le droit *effectivement en vigueur* dans une société donnée. On peut reprendre, à condition de l'élargir, la formule proposée par M. Jèze (I, p. 34) : « le droit positif, le droit en vigueur dans un pays, à un moment donné, est l'ensemble des règles appliquées par les tribunaux. » L'idée qui semble inspirer M. Jèze est que, pour déterminer quel est le droit positif sur un point donné, il ne faut pas se référer seulement à une source déterminée de droit, par exemple au droit écrit, mais à l'ensemble des sources du droit, de façon à voir quelle est la règle résultante arrivant vraiment à application. S'il faut tenir un compte particulier de la jurisprudence des tribunaux, c'est que ceux-ci sont un organe important d'application du droit et qu'à ce titre ce sont eux, avant tout, qui effectuent cette synthèse des règles en présence après laquelle se précise le droit positif. Mais, en poussant dans le sens même de cette idée, on est conduit à élargir la définition proposée par M. Jèze. Les tribu-

naux ne sont pas, en effet, le seul organe d'application du droit ; l'administration notamment, en tant qu'elle poursuit la répression des délits, ou encore en tant qu'elle exécute les jugements, prend, elle aussi, une part très active dans l'application du droit. Or le droit positif nous apparaît comme étant le droit effectivement appliqué. Si, le plus souvent, cette formule concorde avec celle de M. Jèze, néanmoins elle peut parfois mener à des conclusions différentes. Par exemple, considère-t-on un acte déclaré délictuel par les tribunaux, tel le stationnement d'une voiture sur la voie publique dès qu'il n'est pas excusé par cas fortuit ou force majeure (1), mais qui, d'autre part, n'est pas, dans la très grande majorité des hypothèses, poursuivi par les agents de la police, tel le fait de stationnement indiqué, dira-t-on que ce fait est contraire au droit positif ? Alors que, journellement, des milliers d'automobilistes arrêtent, pendant le temps d'une visite, leur véhicule à la porte du magasin, du client, ou de la maison où les conduisent leurs affaires, et cela avec le sentiment d'agir régulièrement, et avec l'approbation des agents de la police, il nous semble impossible de dire que ce stationnement normal, et conforme à la destination de la voie publique, constitue un délit au point de vue du droit positif. Sans doute, il est puni lorsque, tout à fait exceptionnellement, il est poursuivi par un fonctionnaire de mauvaise humeur ; mais cette exception ne prévaut pas contre la règle. Nous sommes seulement en présence, dans cette hypothèse, d'une règle de droit appliquée par la Cour de cassation, mais qui, malgré cela, n'est pas une règle de droit positif. Ce

1. V. Cass. crim., 31 octobre 1925. S. 27.3.153 ; D. P. 1927.1.178.

ce sont, en l'espèce, les mœurs du public et la pratique de l'administration qui décèlent le droit positif. Pour prendre un autre exemple, si, à la suite d'instructions ministérielles en ce sens, les organes de contrainte refusent d'appliquer certaines décisions des tribunaux, les jugements d'expulsion de locataires, par exemple, nous dirons que la règle de droit positif est le maintien en jouissance des locataires et non l'expulsion de ceux-ci.

Ainsi le droit positif est le droit effectivement appliqué. Faire le tableau du droit positif à un moment donné, c'est faire une synthèse du droit édicté par les différentes sources, législation écrite, coutume, jurisprudence, pratique administrative, où ne figurent que les règles arrivant effectivement à application, et où figurent toutes ces règles.

II

Le droit positif est le droit généralement obéi (1).

Il faut creuser la première définition du droit positif que nous venons de donner. Qu'est-ce que le droit « en vigueur » ou « effectivement appliqué » ? Qu'y a-t-il au fond de cette notion de « vigueur » ou « d'application » du droit ?

1. Ce critérium est exactement le même que celui de l'*efficacité* dans la terminologie de M. Kelsen. Une règle de droit *efficace*, au sens où M. Kelsen emploie ce mot, est non pas une règle qui soit la cause de l'obéissance (ce qui ramènerait à la théorie de Durkheim), mais une règle qui soit obéie en fait, quelque motif d'ailleurs entraîne l'obéissance du sujet. C'est ce motif qui est la cause de l'obéissance, mais il n'a pas à être pris en considération dans la définition de la règle positive.

M. Kelsen a le tort de ne pas s'en tenir à cette notion d'efficacité. Voir la section III du présent chapitre. Voir aussi chapitre I, section VI.

On sera tenté de recourir au critère de la *sanction*. Le droit positif serait ainsi le droit effectivement sanctionné. Mais nous nous proposons de montrer que le fait caractéristique du droit positif est non le fait de sanction, mais le fait *d'obéissance* à ses prescriptions de la part de la généralité des sujets.

Tout d'abord, il y a de nombreux exemples de règles de droit dites positives quoiqu'elles ne soient pas sanctionnées. L'exemple le plus illustre est celui du droit international public. Pour masquer l'absence de sanction en droit international public, on a souvent présenté les réactions de la victime (depuis la protestation diplomatique jusqu'à la guerre défensive) comme étant la sanction du droit des gens. Mais une sanction doit, par définition, apparaître comme un effet habituel, sinon nécessaire, de la violation du droit, et, d'autre part, comme un effet n'ayant habituellement pas d'autre cause que la violation du droit. Or l'action internationale de l'Etat ne présente pas ce caractère. Elle est l'instrument aussi bien de la violation du droit que de la défense de celui-ci. A supposer même que tout Etat victime réagît matériellement contre la violation de son droit (et cela est loin de se produire de la part des Etats faibles en présence d'Etats forts) l'action de l'Etat n'apparaîtrait sanction du droit que dans un nombre de cas égal à celui de ceux où elle apparaîtrait violation du droit. C'est pourquoi le droit international public n'est pas un droit sanctionné. Or, cela n'empêche pas tous les juristes de distinguer le droit international *positif* du droit international simplement désirable.

Un autre exemple est celui du droit constitutionnel. Le contrôle de la constitutionnalité est loin d'être organisé dans tous les pays. Et là-même où il est organisé, il ne constitue

pas, en général, une véritable sanction des règles constitutionnelles. Cela n'est nullement un obstacle à la reconnaissance d'un droit constitutionnel positif.

Il faut bien voir ensuite que l'idée même de sanction conduit à l'idée d'obéissance. Lorsqu'on définit le droit positif comme étant le droit sanctionné on veut dire, en réalité, que c'est le droit généralement obéi. Un droit qui donnerait lieu à chaque instant à l'application effective de la sanction serait un droit à chaque instant violé. Mais une sanction ne peut s'appliquer que si elle reste exceptionnelle. Les membres du groupe social ne peuvent pas être jetés tous en prison, ni *a fortiori* être tous décapités. Par conséquent, un droit sanctionné est nécessairement un droit exceptionnellement violé et, par conséquent, généralement obéi (pour quelque motif, d'ailleurs, que soit accordée, cette obéissance, par crainte de la sanction, ou autre mobile).

On doit ajouter que le fait de la sanction est lui-même un fait d'obéissance au droit. Lorsque l'agent public intervient pour réprimer une violation du droit, son intervention se produit conformément à une règle de droit. L'application de la sanction est donc bien obéissance au droit.

En temps normal, les règles que suivent les agents publics dans l'application de la contrainte et celles que suivent les particuliers dans leur conduite sont d'accord entre elles. Alors existe vraiment dans le groupe social considéré un droit positif. Il se produit, au contraire, à certaines périodes de transition, de révolution, que l'accord cesse entre ces deux sortes de règles. Les agents publics peuvent rester fidèles à l'ancien ordre juridique (ils lui sont, en effet, plus étroitement attachés par les liens de leur traitement, de leur subordina-

tion hiérarchique, de leur serment de fidélité, etc.) tandis que la masse des particuliers se rallie au contraire à un ordre juridique nouveau. Alors on voit l'armée tirer sur la foule. Dans une telle hypothèse, il n'y a plus un seul droit positif. Dans cette hypothèse, comme dans toutes celles de guerre civile, il y a, en réalité, dans le groupe social, deux systèmes de droit qui s'affrontent, qui prétendent tous deux à régir le groupe entier, qui sont tous deux candidats au titre de droit positif. C'est seulement lorsqu'un de ces deux ordres aura triomphé, aura obtenu la soumission du groupe à ses prescriptions qu'il constituera réellement un droit positif. Mais au moment même de la lutte, quel est l'ordre juridique positif, la légitimité ou la révolution ? La question n'a pas de sens.

Une dernière considération est particulièrement suggestive, et doit être méditée. De même qu'on distingue le droit idéal et le droit positif, on distingue aussi la morale idéale et la morale positive. Or la morale n'est pas, en général, sanctionnée et l'absence de sanction est plutôt considérée comme le critérium permettant de distinguer la morale du droit. Or la notion de positivité est la même à quelque règle qu'on l'applique. Si la positivité n'est pas l'adjonction d'une sanction dans l'hypothèse de la règle morale, elle n'est pas cela non plus dans l'hypothèse de la règle juridique. Peut-être la sanction est-elle le critère de distinction entre la règle de droit et la règle de morale, c'est une question que nous examinerons dans le chapitre suivant, mais à coup sûr elle n'est pas le critère de distinction entre la règle idéale et la règle positive. La règle positive est la règle habituellement suivie, obéie par ses sujets.

Nous disons : « habituellement », « généralement » obéie. Cette restriction est valable en ce qui concerne les règles de droit générales, ayant pour sujets toute une catégorie d'individus, telles les lois matérielles. Pour les règles de droit individuelles, tels un jugement, une injonction, une stipulation contractuelle, cette restriction est inutile. La règle de droit s'adresse alors à un seul individu et n'est valable que pour une action déterminée. Dans ce cas, il n'y a que deux hypothèses possibles : l'obéissance ou la violation. Au contraire, si nous considérons une règle générale visant plusieurs individus et leur prescrivant une attitude de façon constante chaque fois que se réalisent certaines circonstances, alors, entre le respect absolu et la violation absolue de la règle, il existe toute une série de situations intermédiaires suivant que la règle est obéie ou violée par un plus ou moins grand nombre des sujets et en des occasions plus ou moins fréquentes. Il suffit alors que la règle de droit soit habituellement obéie pour qu'elle mérite la qualification de positive.

III

Droit positif et mœurs

On peut exprimer la même idée en disant que le droit positif est nécessairement en harmonie avec les mœurs d'une société. Est-ce le droit positif qui détermine les mœurs ou les mœurs qui déterminent le droit positif ? La question n'a pas de sens. Ce qu'il faut dire c'est qu'il y a nécessairement conformité entre le droit positif et les mœurs. Cette nécessité traduit la définition du droit positif, droit obéi par la géné-

ralité du groupe social, droit en conformité duquel sont les mœurs du groupe social.

Le droit positif est donc caractérisé par le fait d'obéissance à ses prescriptions, c'est-à-dire par la conformité des mœurs à ses règles. Mais le droit positif n'est pas ce fait d'obéissance. Il ne faut pas confondre le droit positif et les mœurs (1). Ce serait méconnaître la distinction de l'impératif et de l'indicatif. Le droit positif est un impératif tel que les mœurs observées dans la société sont l'objet de cet impératif. « Ne tue pas » est une règle de droit positif parce que, en majorité, « les hommes ne tuent pas ». Mais il ne faut pas confondre l'indicatif « les hommes ne tuent pas » avec l'impératif « les hommes ne doivent pas tuer ». En résumé, distinction du droit positif et des mœurs, mais conformité du droit positif et des mœurs.

M. Kelsen fait précisément cette distinction lorsqu'il déclare que la norme juridique positive est *caractérisée par son efficacité*, mais qu'elle *ne consiste pas en cette efficacité*. En effet, l'efficacité est du domaine du *sein* (indicatif) tandis que la norme est un *sollen* (impératif). L'essence de la norme est, non pas son efficacité, mais sa *validité*. Mais ensuite, voulant rechercher en quoi consiste cette validité, M. Kelsen fait fausse route. Il s'engage sur les voies de l'objectivisme et pense pouvoir définir la validité d'une norme par sa conformité avec une norme supérieure. Le moindre défaut de ce raisonnement est de couper le lien qui doit unir les deux éléments de la définition : efficacité et validité. Si l'efficacité est vraiment un critère du droit positif, cette

1. Cette distinction est notamment celle de la *coutume* (règle de droit, impératif) et de l'*usage* (indicatif).

notion doit réapparaître au moment que l'on définit la validité du droit positif. Mais seul le subjectivisme peut donner la réponse. La notion de validité en soi n'a pas de sens. Un impératif est valable aux yeux d'un individu ou de certains individus et le droit positif est le droit valable aux yeux de la généralité des individus dans le groupe social. Nous allons montrer comment cette définition concorde avec celle que nous avons précédemment donnée : le droit positif est le droit généralement obéi (efficace dans la terminologie de M. Kelsen).

IV

Le droit positif est le droit reconnu valable par la généralité des individus dans le groupe social

Les actions d'un homme (en tant qu'il s'agit d'action consciente) sont nécessairement en conformité avec l'impératif intérieur dont il est sujet. Tout individu, à chaque instant de sa vie consciente, obéit à son impératif intérieur actuel. L'obéissance au droit positif suppose donc un impératif intérieur d'obéissance chez l'individu considéré. Puisque le droit positif est le droit généralement obéi, il en résulte que l'impératif intérieur de la généralité des individus est conforme au droit positif, et inversement que le droit positif est conforme à l'impératif intérieur de la généralité des individus, dans le groupe social considéré. C'est cette conformité qui constitue la validité du droit positif. L'efficacité et la validité du droit positif sont concomitantes, comme l'action et la conscience en chaque individu.

Le droit positif, disons-nous, est nécessairement corroboré par un impératif intérieur *conforme* chez la généralité des

sujets. Mais en quoi consiste cette conformité ? C'est ce qu'il faut préciser.

Or cette conformité peut être *identité*, c'est-à-dire que la règle même est pensée obligatoire par les sujets. La règle est alors une de celles que M. Duguit appelle les règles normatives. La règle elle-même, dans son contenu, est formulée par les consciences individuelles de la masse sociale.

Mais il suffit, pour qu'il y ait conformité, que l'impératif intérieur prescrive l'obéissance à la règle ; il n'est pas nécessaire qu'il soit la règle elle-même. Ainsi il peut être la crainte d'une sanction ou encore la résolution d'obéir à certains organes, une sorte de blanc-seing donné au législateur et à l'administration de telle sorte que le seul fait pour une règle d'être édictée par ces organes entraîne obligation d'obéissance (1).

C'est ce que nous résumons en disant : le droit positif est le droit *reconnu valable* par la généralité de ses sujets. On peut dire aussi qu'il est le droit *en vigueur* aux yeux de la généralité des sujets, car « vigueur » et « validité » sont en l'espèce exactement synonymes.

V

La notion de droit positif implique la notion de droit idéal.

(Critique du positivisme juridique).

Le droit positif est le droit obéi ; le droit non obéi est le droit idéal. Le droit positif implique donc le droit

1. V. chap. I, sect. IX.

idéal, comme toute notion implique la notion contraire.

Toute une école juridique, néanmoins, l'école du positivisme juridique écarte la notion de droit idéal, enseigne qu'il n'y a de droit que positif.

Cette doctrine est notamment celle de JHERING lorsqu'il déclare : « ne sont règles de droit que celles que l'Etat investit de ce caractère. » (1).

C'est elle encore qui constitue la pensée maîtresse de M. CARRÉ DE MALBERG, ainsi qu'il ressort des passages suivants de sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* :

« Il faut distinguer deux domaines, qui sont, l'un, celui de la conscience individuelle et de la libre soumission, l'autre celui de l'activité extérieure des hommes et de l'obéissance forcée ; deux domaines d'activité humaine qui sont régis respectivement par deux sortes de règles, la règle idéale,... et, d'autre part, la règle positive... Il n'est pas vrai que ces deux sortes de règles correspondent à deux sortes de droits. Précisément parce qu'elles ont une origine et une nature différentes, elles ne sauraient être qualifiées l'une et l'autre de règles « juridiques ». Il ne suffit pas d'affirmer qu'il y a là « deux séries juridiques différentes », mais la vérité est que, de ces deux séries, l'une est juridique, l'autre ne l'est pas... Il n'est pas concevable qu'il puisse se produire des conflits du droit contre le droit. Ce qui est possible, c'est que le droit et la loi positive se mettent en contradiction avec les règles de la morale, avec la justice immuable, avec l'intérêt social sainement entendu ; mais, en cela, le conflit ne s'élève pas entre deux systèmes juridiques, entre

1. Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, p. 311.

deux règles qui, tout en étant d'espèces différentes, seraient cependant chacune des règles juridiques. » I, p. 240 : « Seule la règle admise et édictée par l'Etat constitue une règle de droit proprement dit ».I, p. 57 : « L'essence même de la règle de droit est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate, c'est-à-dire des moyens humains. Le droit suppose donc nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle a elle-même édictés. Par là-même, il est manifeste qu'il ne peut se concevoir, en fait de droit, que du droit positif. La notion de droit naturel n'est pas une notion juridique. »

M. Carré de Malberg, on le voit, ne nie pas l'existence de règles supérieures à l'Etat et, par conséquent, au droit positif, à la lumière desquelles on puisse juger de la valeur de l'Etat et du droit posé par lui, mais, à ses yeux, ces règles ne peuvent pas être juridiques. En dehors du droit positif, il y a les règles de morale, mais il n'y a pas de règles juridiques.

M. Ripert professe la même théorie, qu'il déclare expressément être le « positivisme juridique » (1). Voici comment lui-même la résume en deux phrases (sommaire du paragraphe III de l'Introduction, dans *La règle morale*) : « Nécessité de fonder l'autorité sur une conception purement positive du droit. Mais nécessité aussi de faire appel à la morale dans l'élaboration de l'ordre juridique positif. » La pensée est bien toujours la même : seul le droit

1. V. Georges Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, dans *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918 et *La règle morale dans les obligations*, Introduction.

positif constitue le droit. Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait d'autres règles que celles du droit positif ; mais ces règles ne sont pas juridiques, elles sont morales.La *lex ferenda*, celle qui aspire à devenir droit positif, celle qui n'est encore que l'idéal d'un homme ou d'une minorité, cette loi est une règle morale, mais non une règle juridique.

« Un juriste éminent m'affirmait, récemment encore, dit M. Le Fur (1), être complètement d'accord au fond avec les partisans du droit naturel, mais rejeter seulement cette expression ; si l'on consentait à parler de morale au lieu de droit, il n'y aurait plus aucune opposition. » L'éminent interlocuteur de M. Le Fur dépassait vraisemblablement sa pensée ; ce n'est certainement pas la notion de droit naturel qu'il était prêt à admettre, mais seulement de droit idéal (le droit naturel est conçu comme ayant une existence objective, le droit idéal comme ayant une existence simplement subjective) ; mais, cette réserve étant faite, il définissait admirablement l'attitude du positivisme juridique. Avant d'être *lata* la *lex* est *ferenda* ; le positiviste traduit : avant d'être juridique la règle est morale. Nous disons au contraire : avant d'être positive la règle de droit est idéale; la *lex ferenda* a le caractère juridique aussi bien que la *lex lata*. Il semblera peut-être que la querelle soit de pure terminologie. En réalité la question est lourde de conséquences.

Le positivisme juridique, si on en dégage la signification profonde, est la confusion de la notion du « juridique » et de celle du « positif ». Le caractère « juridique » d'une règle consisterait en sa positivité.

1. *Le Droit naturel et le droit rationnel ou scientifique*, p. 25.

Une telle attitude suppose la méconnaissance complète de la distinction du droit et de la morale. A ce titre nous la critiquerons dans le chapitre suivant. Qu'il nous suffise de dire ici que la morale peut être idéale ou positive, comme le droit lui-même peut être idéal ou positif. Tout ce qui est positif n'est donc pas droit, et tout ce qui est idéal n'est pas morale.

Elle suppose encore une analyse tout à fait insuffisante de la notion de positivité. Dire que le droit positif est le droit posé par l'Etat, comme le font en général les positivistes, cela est insuffisant, car l'Etat est une notion juridique, une création du droit.

Le droit positif doit être défini, comme nous l'avons fait, le droit généralement obéi, et par conséquent généralement reconnu dans le groupe social considéré. Cette définition montre alors comment la notion de droit positif implique la notion de droit idéal. Un impératif peut être obéi ou non ; c'est ce que nous traduisons en disant qu'il peut être positif ou simplement idéal. Les règles de droit promulguées actuellement par le gouvernement des Soviets sur le territoire des Républiques socialistes soviétiques sont du droit positif parce qu'elles sont appliquées ; au contraire, les règles édictées par le même gouvernement à l'adresse du monde entier, dans la mesure où celui-ci tend à provoquer une révolution mondiale et considère comme seul ordre valable l'ordre communiste, dans cette mesure ces règles sont idéales. Le droit de l'empire tzariste avant la révolution communiste était droit positif ; dans la mesure où il est aujourd'hui encore proclamé légitime par certains émigrés, il est droit idéal. Le fait de l'obéissance ou de la reconnaissance des sujets est un fait postérieur à l'impératif.

S'il se produit ou non cela justifie l'adjonction de tel ou tel adjectif à l'impératif, mais cela ne modifie pas la nature de l'impératif. Or le droit est un impératif et il se distingue de la morale en tant qu'impératif. L'impératif juridique est donc soit positif, soit idéal, et, dans l'un et l'autre cas, il reste impératif juridique.

VI

Les sources du droit positif.

Il est indispensable d'avoir approfondi, comme nous venons de le faire, la notion de droit positif avant d'aborder le problème des sources du droit positif. Nous voyons, en effet, maintenant, que le problème de la naissance du droit positif est en réalité celui du passage d'une règle de droit de l'état idéal à l'état positif.

L'inventeur d'une règle est toujours un individu. (Nous renvoyons sur ce point à l'œuvre si pénétrant de GABRIEL TARDE) (1). C'est un individu qui formule pour la première

1. M. HAURIOU, dans son *Précis de droit constitutionnel*, se réfère également aux idées de Gabriel Tarde, ou plus généralement à ce qu'il appelle la *théorie des grands hommes*. Nous citerons le développement suivant (p. 55, en note) : « Les lentes réalisations positives de l'idéal ont été l'œuvre de l'élite des grandes consciences. Il convient, en effet, de distinguer, dans les groupes humains, une élite des grandes consciences et une masse de consciences moyennes se rapprochant davantage de l'inconscient. L'élite des grandes consciences *trouve le droit*, comme elle trouve les inventions littéraires et les inventions pratiques ou scientifiques ; cette élite trouve le droit souvent avec des tâtonnements, quelquefois par des intuitions géniales et dans des moments d'inspiration ; quant à la masse des consciences moyennes, elle donne son assentiment à ces trouvailles, elle les adopte et les consacre. Elle les adopte lorsqu'elle les sent en harmonie avec les prédispositions de son instinct. Dans cette explication, qui est la *théorie des grands hommes*, le

fois une règle nouvelle. C'est le journaliste qui en lance l'idée, ou l'auteur d'une proposition de loi, ou l'écrivain qui se fait l'apôtre d'une réforme, ou le théoricien qui construit tout un ordre juridique idéal, Rousseau, Karl Marx. Cet individu est législateur de droit idéal. Ainsi la source du droit est toujours individuelle. Le droit, comme toutes les institutions sociales, prend naissance dans le cerveau des inventeurs.

Mais le créateur de la positivité, au contraire, est la masse

conscient et l'inconscient jouent chacun leur rôle, le conscient trouve et l'inconscient approuve. Ces règles passent par deux états très différents : dans leur premier état, avant d'avoir obtenu l'assentiment de la masse, elles sont de simples volontés subjectives gouvernementales ; ce n'est qu'après avoir obtenu l'assentiment de la masse qu'elles se détachent de la volonté gouvernementale pour devenir des règles objectives Une loi est d'abord un acte du Parlement qui doit s'interpréter par la volonté du législateur. Puis, après un laps de temps, si la loi est passée dans les mœurs et devenue coutumière, elle se détache du législateur et ne doit plus s'interpréter que par l'ensemble de la situation. »

On se rappelle que, dans le chapitre I, nous avons opposé Tarde à Durkheim, parce que Tarde explique les phénomènes sociaux par l'individuel, tandis que Durkheim considère inversement le social comme produisant l'individuel. On se rappelle aussi que nous avons caractérisé cette attitude de Durkheim comme une attitude platonicienne : le concret n'est que le reflet de l'abstrait ; seul l'abstrait est réel.

Dans ces conditions, il est curieux de noter que M. Hauriou, tout en se rattachant à l'école de Tarde, fait, d'autre part, des professions de foi vigoureuses de Platonisme. Cela caractérise, croyons-nous, assez exactement la position générale de M. Hauriou, qui est un alliage de subjectivisme et d'objectivisme. En tant que disciple de Tarde, M Hauriou est subjectiviste. Mais, d'autre part, il est partisan du droit naturel, c'est-à-dire d'un droit idéal à existence objective. Il est alors disciple de Platon. Voici les passages très nets où s'affirme cette seconde tendance :

P. 43 : « La société est un tissu dont la trame est formée par des *volontés subjectives* des hommes, filles de sa liberté, et la chaîne par des *idées objectives*. Elle dépasse la psychologie humaine pour plonger en partie dans *le monde des idées* qu'il faut considérer comme étant *extérieur à la personne humaine*, bien que celle-ci soit en communication avec lui par les catégories de la raison. »

P. 46 : « Si les idées sont dans l'esprit de l'individu humain, il ne

sociale, par définition, faut-il dire, puisque le droit positif est le droit généralement obéi et reconnu. Ce qui crée la positivité d'une règle de droit idéal, c'est la reconnaissance de cette règle par la masse, c'est le *consensus* de la généralité des individus. Ou plutôt la positivité *est* ce *consensus* même.

Tel est le processus général de création du droit positif. Il faut nécessairement en reconnaître l'exactitude si l'on accepte les définitions que nous avons préalablement posées, car nous n'avons fait que les appliquer strictement.

Mais dans ce cadre général et nécessaire, peuvent trouver

faut pas croire qu'elles n'y aient qu'une existence subjective qui ne correspondrait à aucune réalité objective. Cela est rendu tout à fait invraisemblable par le postulat d'après lequel les êtres vivants se développent par adaptation. Ce postulat doit s'appliquer au développement de l'esprit comme à celui du corps; l'intelligence humaine a dû se développer en s'adaptant à des réalités intelligibles du monde extérieur, *à des idées au sens platonicien*, à des *idées-forces messagères de Dieu*. Nous voyons, dans le milieu social, les idées se propager d'un esprit à un autre, nous les voyons devenir l'âme des institutions sociales, pourquoi ne s'irradieraient-elles pas dans le monde de l'intelligible qui pénètre le monde sensible et ne viendraient-elles pas illuminer nos esprits ? *En ces idées et en Dieu qui est leur centre, l'ordre moral et les principes du droit naturel ont une existence objective* »

P. 74 : « *L'idée est objective*, bien qu'elle s'introduise dans la société par l'intermédiaire de consciences humaines, parce qu'elle a pénétré dans ces consciences comme venant du dehors, parce que, d'ailleurs, elle les dépasse et qu'elle a son existence propre dans le monde de l'intelligible. »

L'objectivisme de M. Hauriou, qui vient d'apparaître sous la forme de l'idéalisme objectiviste (conduisant à la notion du droit naturel), apparaît aussi parfois sous l'aspect de l'objectivisme sociologique, notamment dans la théorie de l'institution. Tandis que le droit naturel est un droit idéal à existence objective, l'institution est du droit positif à existence objective. Le mot « institution » est d'ailleurs synonyme de « droit objectif », dans la terminologie de M. Hauriou (V. première citation au début de cette note). L'institution est la règle de droit existant indépendamment du pouvoir qui l'a posée. Si l'on fait abstraction de cette conception objectiviste, elle devient la règle formulée par la masse sociale. Voir au texte, *infra*.

place diverses modalités qui répondent à ce qu'on appelle habituellement les diverses sources du droit : coutume, loi écrite, jurisprudence, etc. et qui sont en réalité les diverses catégories de règles de droit positif distinguées d'après les modalités de leur naissance. Comment se produit, en effet, l'adhésion de la masse à la règle de droit idéal ? C'est en réponse à cette question qu'il est possible de distinguer.

1° Tout d'abord, les sujets peuvent adhérer à la règle pour elle-même, eu égard à son contenu. La règle leur semble valable parce qu'elle leur semble juste intrinsèquement. Sans doute ils ne l'ont pas inventée ; ils l'ont reçue d'autrui; elle leur a été transmise comme la plupart des connaissances, mais leur adhésion est comme une création à nouveau ; la règle est plus qu'obéie, elle est formulée, édictée par les membres du groupe social. (Cette hypothèse est celle que nous avons précédemment envisagée en disant que l'impératif intérieur des sujets est alors non seulement conforme, mais *identique* à la règle positive).

On peut dire de telles règles qu'elles émanent directement de la masse sociale, et que celle-ci est, à leur égard, législatrice de droit positif. Ces règles existent à titre de droit positif indépendamment de l'intervention de tout autre organe ; si un de ces organes intervient d'ailleurs, soit p. ex., l'organe du pouvoir législatif, ce ne peut être que pour la confirmer ; sa promulgation comme loi écrite vaudra seulement constatation et rédaction ; quant à la promulgation d'une loi contraire elle ne peut donner naissance à une loi positive, puisque, par hypothèse, l'obéissance de la masse est acquise à la règle considérée.

Ces règles sont évidemment assez peu nombreuses ; elles se réduisent surtout à des principes, abstraction faite de la mise en œuvre. Néanmoins, surtout dans un pays démocratique, il ne faut pas en sous-estimer l'importance. On est en présence d'une telle règle chaque fois que l'intervention du législateur apparaît comme devant être vaine, chaque fois qu'une loi modificatrice apparaît comme devant être désobéie par la masse. Or si le nombre des lois qui sont inappliquées et inapplicables par suite de la résistance du public est en définitive assez faible, il faut songer que, le plus souvent, le législateur agit en harmonie suffisante avec l'état d'esprit populaire. Mais,pour en faire le compte,il faut songer à toutes les directions où ne s'engage pas le législateur, mais où s'engageant il soulèverait la résistance de la nation. On verra alors qu'il existe notamment et incontestablement un ensemble de principes très importants que l'on désigne en langage politique par le nom de « conquêtes démocratiques » et qui sont véritablement intangibles. Pourrait-on rétablir en France la propriété féodale, le droit d'aînesse ? Pourrait-on abolir la forme républicaine de l'Etat ? etc., etc.

Ce sont ces règles que M. Duguit désigne du nom de *règles normatives*. Elles méritent, en effet, la description qu'il en donne, telles, dit-il (I, p. 56), « que la masse des hommes composant le groupe social comprend que leur respect est indispensable au maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'elles soient sanctionnées ».

Ce sont elles encore qui portent, dans la terminologie toute spéciale de M. Hauriou, le nom de *droit objectif* ou d'*institution*. L'institution est la règle qui s'est détachée du législateur pour être appropriée par la masse des sujets ;

l'adhésion des sujets est telle qu'elle est une appropriation ; le législateur n'est plus libre dès lors de la retirer. « En 1830, dit M. Hauriou (1), illustrant sa pensée d'un exemple suggestif, Charles X a fait l'expérience que la Charte de 1814 octroyée par Louis XVIII ne pouvait plus être retirée ; les quatre ordonnances du ministre Polignac appuyées sur l'article 14, mais modifiant en réalité la charte, amenèrent la Révolution de Juillet. » La charte était devenue une institution. Elle n'émanait plus du roi, mais de la masse même. (D'ailleurs, il faut noter qu'en 1814, la charte n'était octroyée que de nom. Elle était en réalité exigée, par conséquent institution, dès ce moment).

2° Mais tout le droit positif n'est pas sur ce modèle. Aux règles normatives M. Duguit oppose les règles constructives. Au droit objectif ou institutionnel M. Hauriou oppose le droit subjectif ou individuel.

Le droit positif est, par définition, reconnu, obéi de la masse sociale. Mais cette reconnaissance n'est pas nécessairement adhésion eu égard au contenu même de la règle. Elle peut être eu égard à des qualités simplement extrinsèques de la règle. (L'impératif intérieur du sujet n'est pas identique, alors, il est simplement conforme ; il n'est pas la règle elle-même, il prescrit simplement l'obéissance à la règle).

Quelles sont donc ces qualités extrinsèques qui peuvent rallier à la règle le consentement de ses sujets ? Il y en a deux principalement.

Ce peut être, premièrement, son *ancienneté*, l'exemple

1. *Précis de droit constitutionnel*, p. 13.

d'obéissance des générations antérieures. La règle porte alors le nom de *tradition*. Elle est la règle léguée par les ancêtres, et, si elle est obéie, c'est par respect des ancêtres, par compétence reconnue aux ancêtres. Cette première qualité n'est ainsi qu'un aspect de la seconde, dont nous allons parler.

Celle-ci est la *compétence* de l'organe qui a posé la règle. Si la règle est obéie ce n'est pas eu égard à son contenu, c'est eu égard à l'organe dont elle émane. Ainsi d'une loi obéie parce qu'elle a été régulièrement promulguée après avoir été votée par les chambres désignées à cet effet.

Dans cette hypothèse, celui qui mérite le nom de législateur n'est plus la masse sociale, mais l'organe compétent. Il est exact, en ce sens, de dire que cet organe crée du droit positif, mais il faut bien comprendre en quel sens. Ce n'est pas la volonté de l'organe en elle-même qui donne à la règle posée le caractère positif. Un individu, par lui-même, n'a d'autre pouvoir que de créer du droit idéal. Seul le consentement des sujets, par définition, peut donner à ce droit idéal le caractère de droit positif. Si un organe légifère du droit positif, c'est donc que les règles qu'il pose sont reconnues valables par la masse sociale. Sa volonté est du droit idéal, seule sa compétence en fait du droit positif. Or sa compétence est une qualité qu'il tient non de lui-même, mais de la masse sociale. Car la compétence d'un organe n'est pas autre chose que la résolution de la masse des individus d'obéir aux règles posées par cet organe. Elle est la soumission à l'organe.

Dans la terminologie de M. Hauriou, ces règles constituent le droit « subjectif » ; elles « appartiennent » à l'organe légis-

lateur, au « pouvoir » qui les a posés, en ce sens que celui-ci n'est pas libre de les retirer, puisque, par hypothèse, c'est à lui et non à la règle que se soumet la masse sociale. Entendons bien qu'il peut retirer la règle tant qu'il reste compétent, mais que sa compétence peut lui être retirée ; or il sera souvent jugé d'après les résultats de son activité législatrice.

Sous la plume de M. Duguit elles reçoivent le nom de « règles constructives », mettant en œuvre les règles normatives, émanées, comme ces dernières, des consciences de la masse sociale, mais indirectement seulement, par l'intermédiaire de la volonté des gouvernants.

On peut résumer tout ce que nous venons de dire relativement aux sources du droit positif par la formule suivante : *Une règle de droit positif est nécessairement posée par un organe compétent.* Il nous faut maintenant creuser la notion de compétence.

VII

La notion de compétence.

La compétence est le pouvoir de poser des règles de droit positif. C'est le pouvoir de poser des règles de droit qui soient obéies de la masse sociale. *Un organe est compétent lorsque les règles émanant de lui sont obéies par la masse eu égard à l'organe qui les a posées.*

On a tendance à considérer ce pouvoir comme une force de l'organe, imposant l'obéissance aux sujets. « Les gouvernants sont les plus forts, dit M. Jèze ». En réalité ces pro-

blèmes de cause et d'effet n'ont jamais de signification. Il y a concomitance entre compétence et obéissance. Est-ce la compétence qui crée l'obéissance, ou l'obéissance qui crée la compétence ? Ces deux phénomènes n'en forment qu'un. La compétence d'un organe *est* la reconnaissance de la règle posée par lui pour le motif qu'elle émane de lui. La compétence est la cause de l'obéissance, mais seulement dans l'esprit du sujet, en tant que motif de l'obéissance. Si on la considère comme une force, ce ne peut être que d'un point de vue subjectif. Le souverain, le chef est puissant tant que les sujets le croient puissant ; sa puissance est son prestige ; or le prestige n'est pas une qualité objective de lui, mais seulement un état d'esprit des sujets ; cet état d'esprit vient-il à se modifier, sa puissance disparaît (1).

On ne peut mieux définir la notion de compétence qu'en la comparant à la *confiance* qu'une assemblée parlementaire accorde au chef du gouvernement. Un président du Conseil est président du Conseil tant qu'il jouit de la confiance du parlement. Sa compétence n'est pas autre chose que la confiance qui lui est accordée. Lui retirer sa confiance, c'est, de la part du parlement, lui retirer compétence.

Toute compétence est relative. Comme la validité des règles, elle n'a pas d'existence en soi, mais seulement aux yeux d'individus déterminés. Lorsqu'elle n'existe que dans

1. C'est ce qui explique, à l'inverse, que le pouvoir d'un législateur puisse survivre à sa mort. Le marxisme doit sa force plus au nom de Karl Marx qu'à son contenu même. Une pensée a plus d'action si elle est présentée en citation, parce qu'elle profite alors de l'autorité de l'auteur. La compétence, le pouvoir, l'autorité sont des créations des sujets. Ils durent tant qu'il y a des sujets pour les créer, non pas tant qu'il y a un individu pour les posséder.

l'esprit d'individus isolés elle est compétence de législation idéale ; lorsqu'elle existe chez la généralité des individus elle est compétence de législation positive.

Toute compétence positive émane donc de la masse sociale puisqu'elle est un état d'esprit de la masse des individus composant le groupe social. *En ce sens on peut dire que toute compétence est déléguée par la masse sociale.*

VIII

Processus de délégation des compétences

La masse sociale peut reconnaître compétence à un organe soit pour ses qualités intrinsèques (Ex. : l'acclamation d'un peuple devant un Bonaparte ou un Mussolini à leurs débuts), soit pour des qualités extrinsèques ; parmi ces dernières figure notamment sa désignation par une certaine règle de droit. Ainsi « Le Roi est mort, vive le Roi ! » Au décès du monarque, le fils aîné se trouve roi, du consentement général, non pas eu égard à la personnalité de celui qui n'est souvent encore qu'un enfant, mais parce que telle est la loi dynastique. Ainsi, encore, c'est rarement sa personne même qui impose un président de la République à l'assentiment populaire, mais bien plutôt le fait de son élection par le congrès, conformément à la règle que le chef de l'Etat doit être élu par le Congrès. Ainsi, enfin, un officier peut être jugé par ses subordonnés techniquement inférieur à sa tâche, et, néanmoins, il sera obéi, reconnu juridiquement compétent, parce qu'il porte régulièrement son grade.

Dans toutes ces hypothèses, il est vrai (par définition même, nous le répétons), de dire que la compétence résulte du *consensus* des sujets ; que, par conséquent, la compétence est déléguée par ces sujets (par la masse sociale, d'une façon générale). Mais, ce qu'il faut ajouter, c'est que cette délégation est soit directe, soit indirecte. Lorsqu'un organe est reconnu compétent non pour lui-même, mais parce qu'il a été désigné conformément à une règle de droit, cette dernière règle est une subdélégation de compétence d'un organe à un autre organe.

Pour apercevoir le véritable processus de la création du droit positif, il faut voir que les différents organes compétents pour poser des règles de droit positif forment une hiérarchie, au sommet de laquelle se trouve la masse sociale. Toute compétence est déléguée par la masse sociale, directement à l'organe immédiatement inférieur, indirectement aux autres organes, par subdélégation des organes intermédiaires. La compétence émane de la masse sociale et se répartit de proche en proche tout au long de l'échelle.

L'organe suprême de création du droit positif est la masse sociale. La masse sociale tient d'elle-même le pouvoir de créer du droit positif. Cela est évident lorsqu'on se rappelle la définition du droit positif, car cela traduit cette simple constatation que chaque individu est autonome, c'est-à-dire se dresse à lui-même les règles de sa conduite. Agir consciemment, c'est agir suivant son impératif intérieur. (La question étant éliminée de savoir si l'impératif intérieur « détermine » la conduite, ou inversement.) Par conséquent, les règles qui sont intérieures à la généralité des individus sont du droit positif. C'est en ce sens que la masse sociale est

compétente, par nature et par définition, pour créer du droit positif (1). La masse sociale est l'organe suprême de la création du droit positif. Ceci constitue une réhabilitation de l'ancienne formule de la *souveraineté nationale*. La nation est souveraine, tout pouvoir émane d'elle. Nous venons de restituer leur sens à ces affirmations. Elles sont vraies en tant qu'elles résument l'analyse que nous avons faite.

Comment la masse sociale exerce-t-elle sa compétence ? De deux façons : d'une part, en posant elle-même certaines règles de droit, celles que M. Duguit appelle « règles normatives » et dont nous avons parlé plus haut ; d'autre part, en délégant sa compétence (2). « La nation, de qui seule émane tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation », dit la constitution du 3 septembre 1791 (titre III, art. 2).

1. On peut encore présenter la démonstration de la façon suivante : chaque individu est compétent, à ses propres yeux, pour légiférer quant à sa propre conduite. Si cette compétence est exercée de façon concordante par la généralité des individus, elle donne naissance à du droit positif.

2. Le législateur souverain est toujours la masse sociale, *en régime autocratique comme en régime démocratique*. Mais, on vient de le voir au texte, la masse sociale peut exercer sa compétence de deux façons différentes, soit en légiférant directement, soit en légiférant indirectement par délégation de sa compétence à d'autres organes.

Il y a régime démocratique si la masse légifère directement en abondance. Plus cette législation directe est abondante et plus le régime mérite le nom de démocratique. Le régime électif est une forme du régime démocratique. Il consiste en ceci que la masse délègue le pouvoir législatif à un organe dont elle est un élément constitutif. Ainsi dans le régime parlementaire le « pouvoir législatif » est non pas le seul Parlement, mais un organe complexe formé du corps électoral et du Parlement. Or le corps électoral est la masse sociale, ou du moins est quelque chose d'assez proche de la masse sociale.

Il y a régime autocratique, au contraire, lorsque la masse légifère peu directement, légiférant plutôt indirectement, par attribution de compétence à un organe appelé souverain improprement.

La formule est trop large, mais elle n'en reste pas moins vraie en grande partie.

La masse sociale délègue donc sa compétence à un organe, qui est, par suite, directement placé au-dessous de l'organe souverain. Cet organe est le premier des organes constituants. Le mécanisme apparaît de façon particulièrement claire au moment d'une Révolution, lorsqu'un ordre juridique vient de disparaître et qu'un ordre nouveau est à construire. La masse sociale désigne alors soit un homme, soit une assemblée, qui forment le premier des organes délégués de création du droit positif.

Cet organe lui-même va exercer sa compétence de deux façons ; en posant, d'abord, un certain nombre de règles de droit, puis en délégant, pour le surplus, sa compétence à un autre organe ; cet organe pourra porter encore le nom de constituant ; il y aura alors plusieurs organes constitutionnels subordonnés les uns par rapport aux autres (non pas en général coexistant réellement, mais virtuellement ; pendant longtemps en France, et peut être même aujourd'hui encore, bien après que les assemblées révolutionnaires fussent dissoutes, leur prestige a subsisté, de sorte qu'elles restaient virtuellement le premier pouvoir constituant supérieur au pouvoir constituant en exercice).

Le même mécanisme continue à jouer. Du pouvoir constituant la compétence est déléguée au pouvoir législatif ; celui-ci, suivant le même rythme toujours, d'une part légifère, d'autre part délègue sa compétence pour le surplus ; la compétence se minimise ainsi au fur et à mesure que l'on descend les degrés de l'échelle hiérarchique ; elle est pouvoir réglementaire, puis simple pouvoir de poser des règles non plus

générales mais seulement individuelles, suivant qu'elle échoit à l'administration, aux juges ou aux simples particuliers investis du pouvoir de contracter.

IX

La question de la validité des délégations de compétence.

L'opinion généralement reçue en Doctrine sur cette question ne s'accorde nullement avec ce qui précède. Le principe admis est, en effet, qu'une compétence ne se délègue pas. Un organe investi d'une compétence, dit-on, n'est pas libre de disposer de celle-ci ; elle est une charge, une fonction, non pas la chose de son titulaire. Application de ce principe à été faite, notamment, lorsqu'il s'est agi de dire si les règlements d'administration publique étaient ou non pris sur délégation du pouvoir législatif. M. Berthélemy écrit (1) : « Les chambres n'ont pas la disposition du pouvoir législatif ; elles n'en ont que l'exercice. Le pouvoir de faire la loi n'est pas un droit qu'on leur a accordé, c'est une charge qu'on leur a confiée. Le pouvoir législatif ne saurait donc être délégué. » M. Jèze écrit également (I, p. 380) : « Le pouvoir de faire la loi, comme tout pouvoir fonctionnel, n'est pas susceptible de délégation. » Enfin M. Louis Rolland (2) constate l'unanimité doctrinale : « Sur l'impossibilité d'une délégation du pouvoir législatif, nous ne croyons pas devoir insister tant la solution est certaine maintenant. Tenant son

1. *Traité élémentaire de Droit administratif*, 11e édit., p. 123.
2. Louis Rolland dans *Revue du Droit public*, 1924, p. 15 du tirage à part.

pouvoir de légiférer d'un texte constitutionnel, investi, si l'on préfère, d'une compétence par ce texte, le Parlement n'est pas le maître de ce pouvoir et de cette compétence. Il doit les exercer lui-même et ne peut, en l'absence d'un texte l'y autorisant, s'en décharger sur un autre organe d'Etat, si haut placé qu'il soit, pas plus qu'il ne pourrait s'en décharger sur le corps électoral ou l'ensemble des citoyens. »

Toute cette discussion aboutit à la distinction suivante : si le Parlement ne peut déléguer son pouvoir législatif, il peut au contraire donner compétence au Président de la République afin de prendre des règlements (qui sont des lois matérielles). Toute cette discussion aboutit donc à distinguer la *délégation* de compétence, de l'*attribution de compétence*. L'intérêt de cette distinction est, dans l'esprit des auteurs, que s'il y avait délégation, cela entraînerait l'assimilation du règlement d'administration publique à une loi formelle (c'est-à-dire à une règle créée par le Parlement lui-même), le délégué étant censé être le délégant. Pratiquement, toujours dans l'esprit des auteurs, il en résulterait l'irrecevabilité de tout recours juridictionnel contre un règlement d'administration publique.

Il est curieux que la Doctrine n'ait pas soupçonné l'erreur qui est au fond de tout ce raisonnement, malgré l'attitude beaucoup plus lucide du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat ne s'est nullement embarrassé de cette argumentation, et, au grand dépit de la Doctrine, il a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique tout en restant fidèle à la théorie de la délégation du pouvoir législatif. C. É. 6 décembre

1907, Compagnies de l'Est et autres, *Rec.* p. 913 : « Si les actes du chef de l'Etat portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative et comportent, en conséquence, l'exercice, dans toute leur plénitude, des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au gouvernement dans ce cas particulier, ils n'échappent pas néanmoins, et à raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours. »

La question s'éclaire, comme presque toujours, dès que l'on précise la terminologie. La confusion, ici, pèse sur l'expression « pouvoir législatif ». Il faut distinguer le pouvoir législatif *stricto sensu*, qui est le pouvoir de poser des lois formelles, c'est-à-dire des règles de droit émanées du Parlement. Ce pouvoir n'appartient évidemment qu'au Parlement, par définition même. Et, d'autre part, le pouvoir législatif *lato sensu*, entendu comme le pouvoir de créer des règles de droit, des lois matérielles.

La doctrine semble entendre la délégation faite par le Parlement au Président de la République comme étant une délégation du pouvoir législatif *stricto sensu*. Le Président de la République agissant en vertu de cette délégation devrait être considéré, par fiction, comme étant le Parlement même ; les règlements d'administration publique, s'ils étaient pris par délégation, seraient donc des lois formelles censées faites par le Parlement. Cette fiction est évidemment absurde. Le Président de la République est lui-même et non le Parlement. Les décisions qu'il prend sont, par définition, des décrets, comme les décisions du Parlement sont, par définition, des lois formelles. La doctrine a donc raison de nier la possibilité d'une délégation s'il s'agit d'une délégation du

pouvoir législatif *stricto sensu*, car ce dernier appartient au Parlement seul (par définition), et ne peut donc être délégué.

Mais lorsque le Conseil d'Etat parle de délégation il l'entend du pouvoir législatif *lato sensu*, c'est-à-dire du pouvoir de créer des règles de droit, en l'espèce des lois matérielles (règles de droit générales).

C'est pourquoi le Conseil d'Etat ne se croit nullement obligé de conclure de la délégation que les règlements d'administration publique sont des lois formelles. Ils sont lois matérielles et, puisqu'ils émanent du Président de la République, ils sont décrets. Quoiqu'ils soient pris sur délégation, « ils n'échappent pas, néanmoins, et à raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours. »

La question est la même qu'il s'agisse du Parlement et du Président de la République ou de tous autres organes de la création du droit positif. Le mot *compétence*, d'une part, est synonyme de pouvoir légistatif *lato sensu*, puisqu'il signifie le pouvoir de créer du droit positif. D'autre part, on pourrait aussi entendre le mot compétence dans un sens strict, formel, comme étant, pour un organe considéré, le pouvoir de poser des règles émanées de lui-même ; en ce dernier sens, la compétence est, par définition, attachée à l'organe considéré. Mais si l'on prend le mot compétence dans son sens normal, on doit dire que la compétence peut être déléguée. Les expressions *délégation de compétence* et *attribution de compétence* deviennent d'ailleurs rigoureusement équivalentes.

L'emploi du mot délégation a l'avantage de rappeler que la compétence appartient par nature à la masse sociale. La compétence d'un autre organe dérive donc nécessairement de

cette compétence suprême ; elle est un élément de cette compétence non directement exercé par la masse sociale, délégué à un organe étranger, qui lui-même a pu en subdéléguer une partie, à un autre organe et ainsi de suite. Une compétence ne peut être *attribuée* que par *délégation* ou *subdélégation* de la seule compétence qui soit d'elle-même, qui appartienne par nature à l'organe, la compétence de la masse sociale.

Donc, le principe proclamé par la doctrine est faux qu'« une compétence ne se délègue pas » (ou du moins il ne serait juste que si on prenait le mot compétence dans le sens étroit que nous avons indiqué). Il est faux de dire qu'en principe et par nature la compétence, c'est-à-dire le pouvoir de poser des règles de droit positif, ne peut pas se déléguer.

La seule question qui se pose est la suivante, qui est une question d'espèces. Etant donné tel organe de la hiérarchie positive, peut-il, sur telle matière, déléguer sa compétence ? Cela dépend de l'étendue de sa propre compétence. Il est possible que cette compétence ne lui ait été reconnue qu'à condition de l'exercer lui-même, auquel cas il est incompétent pour la déléguer. Il est possible, au contraire, qu'elle lui ait été reconnue plus largement, de telle sorte qu'il soit compétent aussi bien pour la déléguer que pour l'exercer lui-même (1). La question ainsi posée consiste à rechercher

1. Dans son livre sur *la loi et le règlement*, M. GEORGES CAHEN se réfère à une théorie de la délégation qui, si elle était développée, serait sensiblement celle que nous exposons. V. notamment p. 252 : « On conçoit fort bien une substitution à plusieurs degrés, ce que d'aucuns appellent une « subdélégation. » P. 296 : « Ce qu'on nomme « une délégation » ne modifie jamais la nature des actes accomplis par l'autorité réglementaire. » P. 251 : « Une délégation du législateur aux agents d'exécution est possible pour toutes les matières que la constitution ou

relativement à la compétence de chaque organe, si cette compétence lui a été attribuée *en propre*.

De telles compétences *propres*, *indélégables* existent certainement. Si on veut les rechercher en droit français, on peut signaler les suivantes.

Il y a certainement des *matières réservées* au *Parlement*. Alors que, sur les matières ordinaires, le Parlement peut déléguer sa compétence au profit du Président de la République ou même des simples contractants (art. 1134 C. civ.), sur ces matières réservées, au contraire, il doit légiférer lui-même et ne saurait se décharger de cette fonction sur un autre organe. « Est juridiquement incorrecte, dit M. ROLLAND, toute loi chargeant le Président de la République de régler par décret des matières réservées au Parlement. » Parmi ces matières figurent la ratification des traités de paix, les restrictions à la propriété privée, l'établissement des peines (au moins d'une certaine gravité), etc., etc. (Sur le contenu de ce domaine réservé, voir Louis Rolland, le projet du 17 janvier et la question des « Décrets-lois », *Revue du Droit public*, janvier-février-mars 1924, pp. 10 à 13 du tirage à part).

Le *Président de la République* ne peut déléguer le pouvoir

certaines pratiques constitutionnelles ne réservent pas formellement, expressément, à l'organe législatif lui-même. »

M. Georges Cahen cite encore, p. 251, le passage suivant de LABAND (II, p 394) : « Laband affirme qu'une loi peut directement édicter des règles de droit, ou contenir une réglementation qui fixe comment certaines règles de droit pourront être édictées. Il n'y a pas là violation, mais, au contraire, application du principe posé par l'article 5 de la constitution impériale qui dispose que le pouvoir législatif de l'Empire s'exerce par le Conseil fédéral (Bundesrath) et le Reichstag. Et la délégation peut exister en faveur du Bundesrath, de l'Empereur, du chancelier ou de toute autre autorité impériale. »

règlementaire, c'est-à-dire le pouvoir de poser des règles de droit générales, dans la mesure où il possède ce pouvoir. Mais il peut, au contraire, et en général, déléguer le pouvoir de poser des règles individuelles. (Ce dernier pouvoir de délégation constitue le pouvoir d'organiser les services publics, autrement dit d'attribuer compétence à des fonctionnaires).

La compétence des *fonctionnaires* autres que le Président de la République leur est en principe propre. Ils ne peuvent la déléguer qu'exceptionnellement.

Les *particuliers*, au contraire, peuvent en principe déléguer la compétence qu'ils possèdent. Ils ont, par exemple, le droit de signer une convention d'arbitrage attribuant à l'arbitre compétence pour édicter une règle de droit positif (arbitrage), dont eux-mêmes pourraient convenir directement par transaction. Mais parfois leur compétence est propre. Ainsi le tuteur ne peut se désigner un remplaçant.

X

La dualité des règles de police et des règles de compétence

Chaque organe de la création du droit peut adopter deux attitudes, nous venons de le voir : ou bien poser lui-même directement une règle de droit, ou bien désigner un autre organe à cet effet ; exercer ou déléguer sa compétence.

On peut adopter une autre terminologie et dire que, dans l'un et l'autre cas, cet organe pose une règle de droit ; mais il faut alors distinguer deux sortes de règles de droit, que nous appellerons *règles de police*, d'une part, et *règles de*

compétence, d'autre part. La règle de police est la règle de droit proprement dite, celle qui règle directement la conduite du sujet. La règle de compétence est celle qui attribue compétence à un organe.

En quoi consiste exactement la règle de compétence ? On ne peut la considérer comme une règle de droit que si elle contient un impératif catégorique. Nous avons fait, au chapitre II, la démonstration qu'il en est bien ainsi. Mais il ne sera pas inutile de le rappeler.

Tout d'abord, la règle de compétence, si on la considère par rapport à l'organe habilité, ne contient qu'un impératif conditionnel ; si l'organe pose une règle dans les conditions indiquées, celle-ci sera une règle de droit positif ; d'où il résulte que l'organe *doit* respecter les conditions de sa compétence s'il veut poser une règle de droit positif ; mais il n'est pas tenu de poser une telle règle. Il faut, par exemple, aller devant notaire pour faire une donation valable ; mais il n'y a pas d'obligation de faire une donation valable (1) (2).

Mais la règle de compétence contient également un impératif catégorique. Elle donne compétence à un organe en vue de poser certaines règles de police (ou afin de poser

1. BINDING ne voit dans la règle de compétence que cet aspect conditionnel. Elle indique, dit-il, à quelles conditions il y aura *jus* ; elle est un *ita jus esto*. Sur quoi il se fonde pour nier qu'elle soit une norme. Mais à côté de cet impératif conditionnel la règle de compétence contient un impératif catégorique.

2. L'organe peut être sujet d'impératif catégorique, lorsque sa compétence est *liée* (P. ex. le juge est tenu de juger, s'il refuse de juger il commet un acte illicite). Mais alors il faut considérer que l'organe est sujet de deux règles distinctes, la règle lui donnant compétence, d'une part, et la règle liant sa compétence, d'autre part, qui est une règle de police.

lui-même certaines règles de compétence, qui seront des subdélégations de compétence). C'est-à-dire qu'elle déclare obligatoires les règles de police que prendra éventuellement l'organe habilité. Elle vient renforcer l'impératif de ces règles éventuelles. En d'autres termes, elle s'adresse aux sujets éventuels de ces règles et leur prescrit l'obéissance aux dites règles. Pour prendre un exemple, considérons la règle de la liberté contractuelle, qui est une règle de compétence. L'impératif catégorique qu'elle recèle est : *pacta sunt servanda.* Elle est un impératif conditionnel à l'adresse de celui qui se prépare à contracter (organe habilité) ; mais elle est un impératif catégorique à l'adresse de celui qui a contracté (sujet des règles que l'organe a été habilité à poser) : respectez votre contrat, par ordre de la loi. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

La terminologie que nous proposons est commode pour analyser la nature de mainte règle juridique. Ainsi nous avons dit du pouvoir constituant qu'il légiférait directement, au moins dans une certaine mesure, avant d'attribuer compétence au pouvoir législatif. C'est dire qu'il pose des règles de police avant de poser des règles de compétence. Les déclarations des droits sont le type des règles de police posées par le pouvoir constituant. Les règles constitutionnelles proprement dites sont, au contraire, des règles de compétence.

On peut encore faire une application intéressante de cette idée de la dualité des règles de police et des règles de compétence en critiquant la définition du droit donnée par M. Jèze en tête de ses principes de droit administratif, page 7. Cette définition réduit le droit aux seules règles de compétence et néglige les règles de police. On en jugera pas la citation sui-

vante : « Le droit règle des compétences. Le droit organise la capacité des individus et la compétence des agents publics. Il ne fait que cela. Le Droit public et administratif s'occupe du régime juridique des manifestations de volonté qui se produisent à l'occasion de la gestion des services publics. Toujours l'analyse juridique ramène l'observateur à constater la manifestation de volonté d'un individu et à déterminer les effets juridiques que va amener cette manifestation de volonté. Ceci est vrai du droit privé comme du droit public et administratif. Le Droit — droit privé, droit public — s'occupe exclusivement et toujours des manifestations de volonté des individus. » Il suffit d'avoir dégagé la véritable signification de cette définition pour la faire condamner. La règle de compétence n'a de sens, en effet, qu'autant qu'elle prépare une règle de police. Elle n'est d'ailleurs qu'une règle de police indirecte. Ainsi c'est la notion de règle de police qui est essentielle dans le droit et une définition du droit est nécessairement inexacte qui néglige cette notion,

Les règles de compétence constituent la *théorie des actes juridiques*, mais non pas l'ordre juridique tout entier. Les règles de compétence déterminent les actes juridiques réguliers et irréguliers, les règles de police déterminent les actes matériels licites et illicites (V., section XII, la notion d'acte juridique).

XI

Limites de la compétence d'un organe

Lorsqu'une compétence est attribuée à un organe, c'est toujours une compétence limitée. Elle est limitée de deux

façons, en ce qu'elle est le pouvoir de prendre 1° *certaines* règles 2° dans *certaines* conditions.

1° *L'organe ne peut poser que certaines règles.* Ainsi le juge n'a pas le droit de statuer par arrêt de règlement, c'est-à-dire de poser une règle de droit générale. Un maire ne peut prendre de règlements que sur certaines matières désignées. Le Président de la République ne peut pas constitutionnellement établir de peines, etc.

a) De ce point de vue, il est une limitation générale qu'on peut énoncer de la façon suivante : un organe n'est jamais compétent pour poser une règle contraire à une règle existante posée par un organe supérieur. Ainsi le Président de la République ne peut par règlement modifier une loi formelle. Le Parlement ne peut modifier une loi constitutionnelle. Les parties contractantes ne peuvent déroger aux lois impératives. D'une façon générale, si deux règles contradictoires sont posées, c'est la règle posée par l'organe supérieur qui prévaut, qui seule est positive.

Il n'en est autrement que si l'organe supérieur a lui-même subordonné la règle qu'il pose à celle que posera l'organe inférieur. De cette dernière hypothèse on peut citer deux exemples ; le premier est celui des *lois supplétives*. Les lois supplétives sont des règles de droit posées par le Parlement mais qui sont déclarées par lui inférieures aux règles contractuelles établies par les particuliers sur le même objet. Lors donc que deux règles coexistent contradictoirement, dont l'une est « règle contractuelle »,et l'autre « loi supplétive », c'est la règle contractuelle qui doit s'appliquer.

L'autre exemple est celui communément appelé des « *décrets-lois* ». Les décrets que le Président de la République

a été autorisé, par les lois du 22 mars 1924 et du 3 août 1926, à prendre dans certaines matières et sous certaines conditions (notamment de demande de ratification par le Parlement) peuvent modifier les lois formelles antérieures. Qu'est-ce à dire sinon que le législateur a lui-même donné aux lois existantes sur les matières visées une valeur inférieure aux décrets ? Tant qu'aucun décret n'intervient elles restent en vigueur, de même que si les parties ne construisent pas elles-mêmes leurs règles contractuelles c'est la loi supplétive qui s'applique ; mais si un décret contradictoire survient, c'est lui qui prévaut, comme prévaut la régle contractuelle sur la loi supplétive. La distinction des lois impératives et des lois supplétives existe à l'égard du Président de la République comme à l'égard des parties contractantes.

b) Il y a d'autres conditions générales de validité des actes juridiques. Un acte juridique doit avoir un objet licite et une cause licite. Sinon il n'est pas valable, c'est-à-dire que la règle qu'il pose n'est pas une règle de droit positif.

2° *L'organe n'est compétent que s'il légifère dans certaines conditions.* Autrement dit, l'acte juridique, pour être valable, doit remplir certaines conditions de forme. Par exemple, un acte de donation doit être passé devant notaire.

XII

La notion d'acte juridique : acte créateur, acte condition.

L'acte juridique est la *procédure* après laquelle se trouve applicable une règle de droit (1).

Il faut distinguer l'*acte créateur* de règle juridique, et l'*acte condition, qui rend simplement* applicable une règle déjà créée.

L'acte créateur

Malgré son nom, cet acte est créateur non de la règle elle-même, mais de la positivité de la règle. Il est la condition de la positivité d'une règle. Il transforme une règle juridique idéale en règle juridique positive. Il est promulgation de la règle par un organe *compétent*, cette promulgation rendant la règle positive.

Pour prendre un exemple, l'auteur d'un projet de loi formule une règle de droit idéal (loi projetée). Le vote de la chambre des députés ne porte, lui encore, que sur une règle

1. Il faut distinguer l'*acte juridique* du *fait juridique*.

1° L'acte juridique est un *acte* et non un fait, c'est-à-dire qu'il est un *fait de l'homme*, un fait accompli volontairement par un homme (on peut parler du fait des choses, mais non de l'acte des choses) ; 2° De plus l'acte juridique est un acte accompli en vue de créer ou rendre applicable une règle de droit C'est ce que nous traduisons en disant qu'il est une *procédure* de création de la règle de droit.

C'est en ce sens qu'il faut distinguer l'acte-condition (acte juridique) et le fait-condition, ou condition tout court (fait juridique). L'incendie est un fait-condition, rendant exigible le paiement de la somme assurée ; l'acceptation par le tiers d'une assurance stipulée à son profit est un acte-condition.

de droit idéal. Au contraire, le vote par les deux chambres suivi de promulgation, cet ensemble d'actes constitue l'acte juridique, car c'est lui qui intègre la règle dans le droit positif.

L'acte condition

Une règle de droit positif ayant été créée, des actes postérieurs peuvent venir modifier l'assiette de celle-ci. Ainsi l'endossement d'un effet de commerce ne modifie pas la règle elle-même, mais ajoute simplement un nouveau créancier. Ainsi encore la nomination d'un fonctionnaire ne modifie pas le statut de la fonction, mais désigne simplement un sujet nouveau des règles composant ce statut. Ces actes portent le nom d'actes conditions.

Pour être correctement appliquée la distinction ci-dessus entre l'acte créateur et l'acte juridique exige la reconnaissance des règles de droit individuelles à côté des règles de droit générales. C'est la méconnaissance de la notion de règle de droit individuelle qui explique qu'une controverse ait pu se dérouler entre M. Duguit et M. Jèze au sujet de la nature juridique du contrat. Après ce que nous avons dit, en effet, on n'hésitera pas à définir le contrat un acte créateur de règle de droit individuelle. Mais, précisément pour cette raison, MM. Duguit et Jèze devaient se trouver en peine au moment de définir cet acte juridique.

M. Jèze néanmoins s'est fort approché de la vérité puisqu'il définit le contrat un acte créateur de situation juridique individuelle. L'idée, au fond, est exactement celle

que nous proposons ; mais l'expression est moins frappante, partant moins convaincante. La preuve en est qu'elle n'a pas emporté l'adhésion de M. Duguit.

M. Duguit range indistinctement tous les actes juridiques du droit privé, qu'il appelle « actes subjectifs » (I, p. 222), parmi les actes conditions. I, page 254 : « Quel que soit l'acte juridique qui intervient, la déclaration de volonté n'est que la condition de l'application de la loi et, par conséquent, ce qu'on appelle couramment l'effet de l'acte juridique est tout simplement une conséquence de l'application de la loi, application qui était subordonnée à un certain acte de volonté. L'acte juridique conditionne l'application de la loi. » I, page 259 : « Que signifie réellement cette proposition : *Secundus* doit 100 francs à *Primus* ? C'est simplement que si *Secundus* ne paie pas 100 francs à *Primus*, il violera le droit. Mais quel droit ? Un droit né de l'acte juridique intervenu ? Non, puisque je crois avoir démontré que l'acte juridique ne peut en soi produire un effet de droit, que l'acte juridique n'est que la condition de l'application du droit objectif. Dire que *Secundus* doit 100 francs à *Primus*, c'est dire tout simplement que s'il ne les paie pas, il violera la règle de droit qui commande d'exécuter les engagements pris. » On voit bien quelle est la réponse de M. Duguit. « L'acte subjectif » est un acte condition. Mais condition d'application de quelle règle ? M. Duguit ne connaissant que les règles générales, il doit répondre : d'une régle générale. Mais encore laquelle ? La règle *pacta sunt servanda*, la règle générale suivant laquelle les actes subjectifs sont obligatoires ! Mais l'erreur apparaît dès que l'on introduit la notion de règle de droit individuelle, et aussi dès que l'on rappelle la dualité des règles de compé-

tence et des règles de police. En effet, la règle *pacta sunt servanda* est une règle de compétence. Elle est la règle habilitant les particuliers à poser des règles contractuelles (positives). Or, les règles de compétence se trouvent à tous les degrés de la hiérarchie du droit positif. Le législateur tient sa compétence d'une règle *leges sunt servandae*, et le constituant de la règle *constitutio est servanda*, etc. Dès lors on voit le défaut du raisonnement de M. Duguit. Si celui-ci était poussé jusqu'au bout, comme il devrait l'être, il conduirait à dire, que l'acte législatif, et l'acte constituant ne sont, eux aussi, que des actes-conditions.

En réalité, il n'y a pas de différence, de ce point de vue, entre les actes subjectifs et les actes objectifs. La seule différence entre la loi et le contrat est que l'une crée (au sens que nous avons indiqué) une règle générale, objective, et l'autre une règle individuelle, subjective. Mais tous deux sont créateurs de règles de droit.

Au cours de son argumentation, M. Duguit demande : la violation du contrat est-elle violation de la règle contractuelle ou de la règle générale *pacta sunt servanda* ? Il faut évidemment répondre qu'elle est violation de l'une et de l'autre à la fois. Le contractant est, en effet, sujet des deux règles. Il est, tout d'abord, sujet de la règle contractuelle, qui est une règle individuelle s'adressant spécialement à lui. Mais il est également sujet de la règle *pacta sunt servanda*, qui est une règle générale s'adressant à tous les membres du groupe social. Il faut même ajouter qu'il est encore sujet d'une règle constitutionnelle proclamant : il faut obéir aux lois, à la constitution, etc... Toutes les règles de compétence, nous l'avons dit plus haut, sont des impératifs généraux adressés aux

sujets éventuels des règles de police dont elles prévoient la création. Elles viennent donc toutes doubler, appuyer la règle de police à qui, au bout de la chaîne, elles transmettent le caractère positif émané de la masse sociale. Règles de compétence et règle de police à quoi elles aboutissent forment un faisceau indissoluble ; on ne peut violer l'une sans violer les autres et aucune ne doit être considérée isolément. Les règles de compétence n'ont de sens que si elles transmettent à un organe le pouvoir de poser une règle de police. Et la règle de police n'est positive que si elle émane d'un organe compétent.

XIII

La théorie de M. Kelsen

Sur certains points, la théorie que nous venons d'exposer se rapproche de celle de M. Kelsen, notamment par l'idée de la hiérarchie des règles de droit, générales et individuelles. Néanmoins, il y a entre elles des différences importantes, que nous allons indiquer.

1° La dualité des règles de police et des règles de compétence, chez M. Kelsen

Si l'on recherche quel est, d'après M. Kelsen, le contenu de la règle de droit; on trouve deux formules distinctes. D'une part (*Revue de Droit public*, 1926, p. 572) : « Le droit institue la contrainte », c'est-à-dire ordonne aux agents publics d'appliquer la contrainte dans des hypothèses déter-

minées ; D'autre part, (p. 520) . « Toute norme juridique détermine comment sera posée une norme inférieure. »

Si nous considérons la première de ces formules, nous voyons, tout d'abord, qu'elle suppose que la règle de droit vise exclusivement la conduite des agents publics (l'application de la contrainte par eux). Nous avons déjà signalé, au chapitre II, l'erreur de cette conception quant aux sujets possibles de la règle de droit. Le droit, selon nous, règle la conduite de tous les membres du groupe social et non des agents publics seulement. Mais faisons ici abstraction de cette erreur, sur laquelle il est inutile de revenir. La formule considérée peut alors être tenue pour la définition de la *règle de police* (c'est-à-dire de la règle de conduite, ou encore de la règle ayant pour objet des actes matériels).

La seconde formule, de son côté, est la définition de la *règle de compétence.* Déterminer comment seront posées les normes inférieures, c'est, en effet, en d'autres termes, donner compétence à un organe inférieur pour passer des règles de droit dans des conditions déterminées.

Par conséquent, les deux notions de règle de police et de règle de compétence figurent bien dans la théorie de M. Kelsen. Mais quelles sont leurs places respectives ? Voilà le point sur lequel cette théorie nous semble critiquable, parce que trop imprécise.

On se rappelle que, suivant nous, chaque organe de la création du droit pose les deux sortes de règles (sauf le dernier qui ne pose que des règles de police, puisque, étant le dernier, par définition il ne subdélègue plus la compétence qu'il a reçue). L'organe suprême, la masse sociale, légifère directement dans une certaine mesure, c'est-à-dire pose des règles de

police (règles normatives de M. Duguit), puis, *pour le surplus*, mais pour le surplus seulement, délègue sa compétence, c'est-à-dire pose des règles de compétence (habilitant le premier des organes constituants). De même l'organe constituant légifère directement, c'est-à-dire pose des règles de police (déclarations des droits, statut d'une caisse d'amortissement, etc.) puis pour le surplus habilite l'organe législatif. Le Parlement à son tour pose des règles de police, mais, d'autre part, reconnaît l'autonomie de la volonté des contractants (ce qui est une règle de compétence) etc. etc.

Par conséquent, si nous considérons un organe intermédiaire de la hiérarchie juridique, nous voyons qu'il peut avoir trois attitudes : 1° il peut poser des règles de police visant les particuliers (ex. : il ne faut pas commettre de meurtres) ; 2° il peut poser des règles de police à l'égard des agents publics (ex. : Le ministère public doit poursuivre la répression du crime devant les tribunaux) ; 3° il peut poser des règles de compétence (ex. : sera règle de droit positif la règle qui sera posée dans telles ou telles conditions).

Or M. Kelsen ne semble pas avoir distingué ces diverses hypothèses. P. 620, et à d'autres endroits nombreux, il déclare : « *Toute* norme détermine comment sera établie une norme inférieure ». Cette définition n'est valable que de la norme de compétence. Or il est impossible de considérer que le droit soit composé uniquement de règles de compétence (1).

1. Voir sur ce point la critique que nous avons faite précédemment (Section X du présent chapitre) de la théorie de M Jèze.

2° La distinction entre la création et l'exécution du droit, chez M. Kelsen

Cette distinction tient une grande place dans la théorie de M. Kelsen, mais elle est faussée par une analyse insuffisante de la notion de règle de droit et notamment par la confusion que nous venons de signaler entre règles de compétence et règles de police.

L'exécution du droit ne peut être autre chose que l'obéissance à l'impératif juridique. Donc un individu ne peut « exécuter » le droit qu'autant qu'il est sujet d'impératif juridique. Notamment s'il est agent public il ne peut « exécuter » que les règles lui commandant un certain acte matériel (ex. : un acte matériel de contrainte) ou un certain acte juridique (règle liant sa compétence). Au contraire il n'exécute pas le droit en exerçant sa compétence. Car la règle qui lui donne compétence n'est, à son égard, qu'un impératif conditionnel.

M. Kelsen déclare au contraire que l'exercice d'une compétence est un acte d'application du droit (1). Mais nous ne pouvous accepter cette façon de voir. Créer une norme conformément à une régle supérieure, exercer sa compétence dans les limites de la délégation qui vous a été faite, ce n'est pas exécuter le droit. C'est suivre une des deux voies de l'alternative qui vous est ouverte par un impératif conditionnel, mais non obéir à un impératif catégorique.

1. *Revue du Droit public*, 1926, p 620 : « Toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure, et, d'autre part, détermine à son tour comment sera établie une norme inférieure. Créer une norme, c'est, en même temps en appliquer une autre : un même acte est à la fois création et application du droit. »

3° La « norme fondamentale » de M. Kelsen

Enfin la différence essentielle entre la conception de M. Kelsen et la nôtre, celle qui en oppose absolument les philosophie, apparaîtra à l'étude de cette « norme fondamentales » à laquelle vient s'accrocher tout le système de M. Kelsen. D'après M. Kelsen, ce qui fait la validité d'une norme c'est qu'elle a été posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure. Une norme ne fait partie de l'ordre juridique positif qu'autant qu'elle est conforme à une règle supérieure. Une règle contractuelle est valable, fait partie de l'ordre positif (de l'ordre étatique, dans la terminologie de M. Kelsen), parce qu'elle a été posée conformément à la loi. La loi est valable parce qu'elle a été posée conformément à la Constitution. Mais, dans ces conditions, comment arrêter cette chaîne ? Une règle et toutes celles qui en découlent doivent, pour être valables, s'appuyer sur une règle supérieure, et cela indéfiniment semble-t-il. M. Kelsen pense éviter cette conséquence de sa définition, et précisément par le moyen de la norme fondamentale. La chaîne, grâce à cette norme fondamentale, n'est pas sans fin. Elle aboutit à une dernière norme, sur laquelle viennent s'appuyer toutes les normes du droit positif. Ces dernières sont valables grâce à cette norme fondamentale qui les « fonde » toutes. Mais la norme fondamentale elle-même n'est pas fondée, étant au sommet. C'est pourquoi elle n'est pas positive (puisque la positivité, d'après M. Kelsen, est le fait pour une norme de se fonder sur une norme supérieure). Elle est seulement *hypothétique*. M. Kelsen l'appelle norme fondamentale, ou constitution hypothétique. Ainsi le droit

est une pyramide au sommet de laquelle se trouve la constitution hypothétique. Quel est d'ailleurs le contenu de cette norme suprême ? C'est de fonder la première constitution positive, c'est-à-dire d'attribuer compétence au premier organe constituant.

Cette théorie est exposée notamment dans les passages suivants de l'article de la *Revue de Droit public* :

P. 621 : « ...on constate...un étagement, une hiérarchie de règles juridiques, dont les plus hautes conditionnent les autres. Au sommet de cet édifice, de cette pyramide juridique, se trouve la règle fondamentale ou première qui assure l'unité du système juridique dans son mouvement de création. Cette règle a pour fonction d'instituer un premier organe de création du droit, et forme en ce sens la constitution au sens théorique ou idéal du mot, ce que nous appellerons la constitution hypothétique. « Le législateur ainsi désigné pose les règles de la législation, autrement dit de la création des normes générales : c'est la Constitution positive. La Constitution est en effet, au sens le plus large et le plus matériel du mot, un système de normes qui règlent la création d'autres normes, etc. »

P. 582 : « L'unité de ce système de règles que nous appelons ordre étatique repose en dernière analyse sur une règle que l'on suppose la première des normes fondamentales, celle qu'il n'est plus besoin de justifier ou de détruire. Cette proposition ne comporte pas d'autre sens. En effet, le principe de la validité d'une norme individuelle quelconque (ou d'un acte étatique concret) se trouve dans une certaine loi. Mais pourquoi cette loi est-elle valable, pourquoi représente-t-elle une règle obligatoire, pourquoi rentre-t-elle dans un certain sys-

tème étatique ? En vertu d'une loi constitutionnelle, dont la validité repose peut être elle-même sur une ou plusieurs autres lois constitutionnelles, qui toutes ont été élaborées conformément aux constitutions précédentes ; mais on arrive en fin de compte à une Constitution qui n'a été faite d'après les prescriptions d'aucune constitution antérieure, à une « première » Constitution positive. Que celle-ci et, avec elle, toutes les règles de droit qu'on y fait remonter soient valables, il faut, — tant qu'on se limite à la considération de l'Etat et de son droit —, le supposer. C'est de cette hypothèse et d'elle seulement que résultent l'unité de l'ordre étatique et le caractère juridique de tous les actes qui forment l'Etat ; ce qu'elle dit : on doit respecter les règles posées par l'organe qui a élaboré la première Constitution. On peut l'appeler la Constitution au sens idéal du mot, par opposition aux Constitutions positives. Cette norme fondamentale suprême — il est de son essence d'instituer l'organe législateur suprême, qui à son tour délègue d'autres organes législateurs, et ainsi de suite — fonde, avec l'unité de l'Etat, la souveraineté. »

Il est difficile d'être satisfait par cette construction. Si, d'ailleurs, l'on observe l'attitude de la doctrine française à l'égard des théories de M. Kelsen, il est visible que c'est cette idée de norme fondamentale hypothétique qui, d'emblée, lui interdit de l'accepter. La critique n'est pas encore organisée, mais, d'instinct, les auteurs qui étudient M. Kelsen se cabrent devant une telle construction.

Nous allons préciser quelle est notre opinion.

M. Kelsen s'est trouvé lié par sa définition initiale, suivant laquelle la validité d'une règle de droit consiste dans sa conformité avec une règle supérieure. Or cette définition

est inexacte. En effet, si on considère la règle posée directement par la masse sociale, la règle normatlve, elle est valable parce que posée par la masse sociale, parce que généralement acceptée, sans qu'il soit aucunement besoin de chercher, pour expliquer sa validité, une norme supérieure donnant compétence à la masse sociale. Le criterium de la positivité d'une règle n'est pas seulement, comme le dit M. Kelsen, que celle-ci appartienne à une chaîne de normes se conditionnant les unes les autres. Il faut encore que cette chaîne ait sa source dans la masse sociale, seule législatrice de droit positif par essence.

Ce qui manque à la théorie de M. Kelsen, c'est une définition suffisamment approfondie de la notion de droit positif. Le droit positif ne peut être défini comme le droit « valable », car une validité absolue n'a pas de sens. La validité d'une règle n'existe qu'aux yeux de certains individus, c'est-à-dire que la validité d'une règle est la reconnaissance par certains individus qu'une règle est valable, obligatoire, *oboedienda.* Cette validité est idéale si elle est reconnue par une minorité dans le groupe social. Elle est positive si elle est reconnue par la généralité du groupe social.

Partant de ces définitions on peut considérer le droit positif comme une pyramide, ainsi que le fait M. Kelsen. Mais au sommet de cette pyramide se trouve non pas une norme fondamentale, mais un législateur suprême, qui est la masse sociale. Cette pyramide est bien formée de règles hiérarchisées, se subordonnant les unes aux autres ; par conséquent, lorsqu'on recherche la validité d'une de ces règles, il faut bien commencer par remonter l'échelle des normes ; si un contrat est valable en droit positif c'est bien parce qu'il est

conforme à la loi; Si la loi est valable, à son tour, c'est bien parce qu'elle est conforme à la Constitution. Mais la réponse est seulement reportée à chacune de ces étapes. La réponse ne se trouve qu'au bout de la chaîne et la validité n'est fondée en droit positif que si la chaîne aboutit au législateur suprême, à la masse sociale, parce que, par définition, seule la masse sociale peut donner à une règle le caractère positif. Une règle positive est une règle posée directement (par exercice direct de sa compétence) ou indirectement (après délégation et subdélégation de sa compétence) par la masse sociale.

Au fond, la théorie de M. Kelsen est inachevée plutôt qu'inexacte. A sa pyramide il manque un étage. Qu'est-ce en effet que sa norme fondamentale ? C'est la règle de compétence habilitant le premier organe constituant. M. Kelsen déclare qu'elle est *hypothétique*. Mais il faut dépasser M. Kelsen et dire qu'elle est *positive*. L'assemblée nationale en 1789 n'était pas *hypothétiquement* compétente, ni Bonaparte après Brumaire, ni, de façon générale, l'homme ou l'assemblée qui, après toute Révolution, prend en main l'organisation de l'ordre nouveau. Cette compétence est parfaitement positive. Elle est une règle posée par un organe, non écrite, il est vrai, mais M. Kelsen n'a jamais soutenu qu'il n'y eût de règle positive qu'écrite. La compétence du premier organe constituant résulte de l'assentiment général, de la reconnaissance générale de son pouvoir. La règle de compétence est cette reconnaissance générale, et l'organe qui la pose est la masse sociale.

Si donc on voulait maintenir au sommet de l'édifice juridique une norme fondamentale et non un législateur suprême,

c'est au-dessus de la masse sociale qu'il faudrait la placer. C'est, en réalité, la masse sociale qui constitue ce que M. Kelsen appelle le premier organe constitutuant. La norme fondamentale, si l'on veut maintenir cette notion, est donc la norme attribuant compétence à la masse sociale à l'effet de poser du droit positif. Alors il devient exact de dire que cette norme est tout hypothétique. Au delà de la masse sociale, en effet, on dépasse le réel. On peut, si on le veut, imaginer une règle hypothétique au delà du dernier élément positif, et telle que ce dernier élément positif lui soit conforme, mais cette hypothèse n'a aucune sorte d'utilité. Ou plutôt elle n'a pas d'autre utilité que de permettre l'objectivisme. Etre objectiviste, c'est penser que le droit n'émane pas des individus, c'est penser que le droit émane de lui-même, que « le droit règle sa propre création ».A cette fin on imagine une norme donnant compétence à la masse sociale, de façon à pouvoir dire que la validité de tout le droit positif repose sur la présence de cette norme fondamentale, et non d'un législateur suprême, au sommet de l'édifice juridique. Mais le subjectivisme, dans ces conditions, prendrait facilement sa revanche ; il lui suffirait de faire une hypothèse supplémentaire, d'imaginer un législateur hypothétique ayaut posé la norme hypothétique.

En bonne méthode, le long de cette chaîne, il faut s'arrêter avant les maillons hypothétiques, au dernier maillon positif. Ce qui est important alors, c'est de dégager quel est le rôle de la masse sociale dans l'élaboration du droit positif, c'est d'intégrer la masse sociale au nombre des organes de l'Etat, c'est de voir que l'hypothétique ne commence qu'au delà de la masse sociale, premier législateur positif. Nous

reprochons à M. Kelsen d'avoir négligé d'étudier la masse sociale comme organe législateur positif.

Mais, nous le répétons, faire apparaître ce rôle, si c'est modifier assez profondément les conclusions de M. Kelsen, c'est encore plus compléter sa théorie. Plus nous réfléchissons et plus nous sentons que la théorie de M. Kelsen appelle ce couronnement.

Il est utile, de ce point de vue, de se rappeler que, suivant M. Kelsen, le criterium du droit positif n'est pas seulement sa dépendance de la norme fondamentale, mais encore son « efficacité ». C'est dire que la norme fondamentale doit être supposée telle qu'elle fonde non pas un ordre juridique *quelconque*, mais l'ordre juridique *efficace*. (Par efficacité du droit il faut entendre la conformité entre les prescriptions du droit et la conduite des sujets). Or, cette simple notion d'*efficacité*, ainsi comprise, porte en elle toute notre théorie de la masse sociale considérée comme législateur suprême. Mais, dans l'œuvre de M. Kelsen, elle ne figure pour ainsi dire qu'au seuil, et, dès qu'on pénètre dans l'édifice même, elle disparaît.

Si, au contraire, on l'utilise davantage, comme il se doit d'un élément de la définition de la positivité, alors on voit que le fait d'obéissance des sujets traduit leur volonté d'obéissance, que la compétence d'un organe n'est jamais en définitive que la soumission de la masse aux règles édictées par lui et que, dès lors, il est inutile de « supposer » la compétence de l'organe constituant, car cette compétence réside dans un état d'esprit de la masse, comme toutes les compétences. Elle est donc aussi positive que celle des autres organes législateurs.

CHAPITRE V

LE DROIT IDÉAL

I

Position de la question

Nous revenons, dans ce chapitre, à l'étude de l'impératif juridique en lui-même. L'impératif juridique est *positif* lorsqu'il est reconnu par la généralité des membres du groupe social. Mais si nous faisons abstraction maintenant du plus ou moins grand nombre d'individus qui le reconnaissent, l'impératif juridique nous apparaît dépouillé des qualités accessoires qui dissimulent son véritable aspect. L'impératif juridique en lui-même, c'est-à-dire pensé par un individu quelconque, est l'impératif juridique idéal. C'est lui que nous devons caractériser.

Or nous avons, jusqu'à présent, défini l'impératif juridique comme un impératif catégorique. Il reste donc à indiquer ce qui le distingue des autres impératifs catégoriques, notamment l'*impératif moral* et l'*impératif religieux*.

Il semblera peut-être que cette question eût dû être traitée

plus tôt et notamment avant le chapitre précédent. L'étude du droit idéal aurait ainsi précédé celle du droit positif. Logiquement, nous reconnaissons, en effet, que cet ordre eût été préférable. Néanmoins nous l'avons délibérément abandonné. L'ordre des développements que nous adoptons a le grand avantage de poser beaucoup plus clairement et rigoureusement que n'aurait pu le faire l'autre le problème de la distinction du droit et des autres impératifs catégoriques. Une confusion est, en effet, très souvent faite, qu'il importe au plus haut point d'éviter, entre les deux problèmes suivants, qu'il faut, au contraire, séparer très nettement : celui de la distinction du droit et de la morale, d'une part, et celui de la distinction du droit positif et du droit idéal, de l'autre.

Or, cette confusion est très souvent faite, disons-nous. Elle constitue même l'essence du *positivisme juridique*. Le positivisme juridique, nous l'avons dit précédemment et nous nous contentons de le rappeler, consiste à ne reconnaître comme droit que le droit positif ; tout ce qui n'est pas droit positif, selon cette doctrine, ne mérite pas le nom de droit. Le positivisme juridique est ainsi conduit à confondre sous le nom unique de morale ou d'idéal tout ce qui n'est pas droit positif. Mais ce résidu est loin d'être homogène ; il comprend au moins le droit idéal, la morale idéale et la morale positive. Par conséquent, lorsque les positivistes opposent le droit et la morale, ils réduisent à une seule deux oppositions distinctes, et les critères de distinction qu'ils sont conduits à adopter ne sont qu'en partie valables pour séparer le droit de la morale ; ils sont plus souvent des critères de distinction entre le droit idéal et le droit positif.

Il est instructif,à cet égard,d'examiner la théorie de M. RIPERT, à qui l'on doit l'exposé le plus vigoureux du positivisme juridique. Citons par exemple (*La règle morale dans les obligations*, p. 10) : « Il n'y a en réalité entre la *règle morale* et la *règle juridique* aucune différence de *domaine*, de *nature* et de *but*. Il ne peut y en avoir car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale. Mais il y a une différence de *caractère*. La règle morale devient règle juridique « grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre » (Geny, *Sc. et tech.*, II, p. 361)... Quand la règle juridique a été ainsi définie et sanctionnée par le législateur, elle se sépare de la règle morale qui lui sert de fondement en ce sens que le droit s'identifiant avec l'ordre juridique établi se suffit à lui-même. Il donne la règle et porte la sanction ; il se contente de l'obéissance à la loi sans demander compte des motifs de cette obéissance. »

Deux critères différents de distinction entre le droit et la morale sont proposées dans ce passage.

Le premier consiste à dire que le droit se distingue de la morale parce qu'il est sanctionné en fait. La règle de droit ne serait pas autre chose que la règle morale pourvue d'une sanction. Il n'y aurait donc pas de différence de nature entre le droit et la morale. C'est la même règle qui mériterait le nom de morale lorsqu'elle ne reçoit pas l'appui d'une sanction de la part de l'Etat,et le nom de droit lorsqu'elle reçoit au contraire cette sanction. Nous répondons que ce critère ne peut en aucun cas être présenté comme un critère de distinction du droit et de la morale, à ce titre valable entre le droit idéal et la morale idéale. Le droit idéal ne reçoit pas,

en effet, la sanction de l'Etat. Le critère positiviste ne peut donc viser (sauf à être discuté) que la distinction du droit positif et du droit idéal.

Après avoir exposé ce premier critère, l'auteur passe brusquement sur un autre plan, et peut ainsi en proposer un second. « Quand la règle juridique, dit-il, a été ainsi définie et sanctionnée par le législateur, elle se sépare de la règle morale qui lui sert de fondement, en ce sens que... le droit se contente de l'obéissance à la loi sans demander compte des motifs de cette obéissance. » Nous sommes alors en présence d'un critérium de distinction entre deux règles de nature différente, et non pas de deux stades différents d'une même règle. C'est que l'auteur songe alors non plus à l'opposition du droit positif et du droit idéal, mais véritablement à celle du droit et de la morale. (Le criterium proposé est d'ailleurs celui de KANT, comme on le verra par la suite.)

M. Ripert encourt bien, on le voit, le reproche que nous avons fait à son école. En croyant opposer le droit et la morale, il oppose en réalité le droit positif au résidu complexe fourni par le droit idéal, la morale idéale et la morale positive.

Le même reproche peut être adressé à M. Paul MORIAUD, dont nous citons les deux passages suivants (1) :

« Le droit et la morale ont tous deux pour objet de tracer à l'homme une règle de conduite; mais ils se distinguent par le fait, essentiel au point de vue philosophique, que cette règle est tracée en morale par une autorité tout intérieure, par la conscience, le droit par une autorité extérieure à l'individu, la *volonté sociale* exprimée dans la loi. » « Le droit et

1. Paul Moriaud, *La question de la liberté*. Paris, 1897, p. 39 et p. 153 (cité par Roguin, *La science juridique pure*, II, p. 229).

la morale sont l'œuvre de deux législateurs différents, la conscience individuelle, et la volonté sociale, qui peuvent se trouver en désaccord. »

Un tel critérium ne peut être raisonnablement présenté que s'il s'agit d'opposer le droit positif à la règle de morale intérieure. Mais il est manifestement inexact si on le présente comme valable en général pour distinguer le droit de la morale. Le droit n'émane, en effet, de la volonté sociale que lorsqu'il est positif. Et d'autre part, la morale est tout aussi bien un impératif extérieur qu'un impératif intérieur. J'énonce des règles de morale, non seulement à mon adresse, mais également à l'adresse d'autrui. Je juge non seulement mes immoralités, mais les immoralités d'autrui. La théorie de M. Paul Moriaud ne peut s'expliquer que par des prémisses fausses, notamment par une assimilation abusive dudroit et du droit positif (c'est-à-dire par le positivisme juridique professé par l'auteur) (1).

1. La même critique s'applique au passage suivant de M. GEORGES CAHEN, *La loi et le règlement*, p. 80 : « L'obligation... est l'attribut commun de la règle morale et de la règle de droit. Mais l'obligation éthique et l'obligation juridique sont-elles, peuvent-elles être de même nature? Nous ne le croyons pas. Le même terme désigne deux choses essentiellement distinctes. *L'obligation morale*, c'est cette « nécessité pratique interne » comme l'appelle Kant, cette pression exercée, suivant les uns, par la conscience individuelle, suivant d'autres par l'activité de l'être qui agit naturellement, en vertu de ses propres inclinations, suivant d'autres encore par le sentiment de la solidarité sociale. Accomplir consciemment tel acte réputé moralement bon, c'est accorder l'adhésion de sa volonté aux incitations venues du fond même de son être, et obéir à cette pression intérieure... La règle morale est conçue par chacun comme règle ; elle est voulue par chacun. Chacun s'y soumet parce qu'il la veut. *Le principe de droit* s'impose parce qu'il est conçu par autrui, par quelque être extérieur à celui qui l'observe. La règle de droit est obligatoire parce qu'une puissance l'a édictée, l'a voulue; parce qu'il y a une possibilité de contrainte antérieure et postérieure ; parce qu'il y a dualité entre celui qui la prescrit et celui qui s'y soumet ».

L'analyse que nous avons faite dans le chapitre précédent de la notion de droit positif nous préserve de l'erreur positiviste. Elle nous montre clairement que si nous voulons comparer la règle juridique et la règle morale en elles-mêmes, il faut considérer ces règles abstraction faite du point de savoir si elles sont positives. *En d'autres termes il faut comparer la règle de droit idéal et la règle de morale idéale.* De cette façon nous serons sûrs d'éviter la confusion qui retire toute valeur aux tentatives du positivisme juridique.

II

Distinction entre l'impératif juridique et l'impératif moral

Remarque préliminaire. — Il est nécessaire, avant d'examiner cette question, de préciser en quel sens nous allons prendre le mot « morale ». Ce mot a, en effet, une double signification.

Dans son sens large, il désigne tout impératif catégorique. Il est la règle gouvernant les mœurs, c'est-à-dire les actions des hommes. « Morale » est l'impératif correspondant à l'indicatif « mœurs ». C'est en ce sens notamment que l'emploie KANT, comme synonyme d'impératif catégorique. Il englobe alors l'impératif juridique et l'impératif moral *stricto sensu*, ou impératif *éthique* (dans la terminologie kantienne notamment).

Dans son sens strict, la morale est une branche de l'impératif catégorique. Elle s'oppose au droit qui en est une

autre branche. C'est en ce deuxième sens que nous l'emploierons (synonyme de éthique) (1).

Cette précision étant donnée, nous abordons le problème de la distinction du droit et de la morale.

Nous pouvons, d'emblée, dire que ce n'est pas par leur contenu qu'ils se différencient. Cela résulte, en effet, directement de ce que nous avons rejeté la notion d'un droit et d'une morale naturels. C'est seulement si l'on admet la conception du droit ou de la morale naturels qu'on peut définir ceux-ci comme ayant un certain contenu. La règle naturelle est, en effet, une règle déterminée et malgré cela, considérée comme étant « le droit ». Mais, pour nous, le droit n'est qu'une notion susceptible d'un contenu quelconque ; on peut parler « du droit » au sens de « la notion de droit », mais non au sens de telle règle au contenu déterminé. Dès qu'on envisage une règle avec un contenu déterminé, on n'est plus en présence *du* droit, mais *d'un* droit, c'est-à-dire d'un droit édicté par un certain individu. Or, si le droit ni la morale n'ont un contenu en soi, il est bien évident qu'ils ne se distinguent pas par leur contenu.

Il en résulte que le même contenu d'impératif peut appartenir indifféremment à une règle juridique ou à une règle éthique. Ainsi les trois syllabes « ne tue pas » peuvent être également règle de droit ou règle de morale. Quand donc sont-elles l'une, et quand l'autre ?

Il faut se rappeler que tout impératif traduit un indicatif. L'impératif conditionnel traduit la connaissance de cause

1. Dans l'expression « morale sociale » le mot morale est pris dans son sens large. La morale sociale est la règle sociale, la règle de la société. « Morale sociale » et « droit » sont donc synonymes. Voir, en effet, le critérium de distinction du droit que nous dégageons au texte.

à effet ; l'impératif catégorique traduit la croyance en la primauté d'une fin. Les trois syllabes « ne tue pas » ne sont un impératif qu'autant qu'elles sont pensées par un individu, et, dans ce cas, puisqu'elles sont catégoriques, elles traduisent donc la croyance de cet individu en la primauté d'une fin. Or, c'est précisément suivant la nature de cette fin que l'impératif est juridique ou moral.

L'impératif juridique est posé en vue de la réalisation d'un *ordre social* (cet ordre social idéal s'appelle *le juste*).

L'impératif moral est posé en vue de la réalisation d'un *ordre individuel* chez le sujet (cet ordre individuel s'appelle *le bien*) (1) (2).

1. Le *juste* et le *bien* sont donc les indicatifs correspondant le premier au droit, le second à la morale. Le juste est la fin du droit, le bien est la fin de la morale.

Cette correspondance entre juste et droit, d'une part, bien et morale, d'autre part, est en général admise. Elle est méconnue, au contraire, par les partisans du positivisme juridique, mais cela ne doit pas étonner après l'analyse que nous avons faite de cette doctrine qui consiste essentiellement dans la confusion du droit idéal et de la morale idéale.

M. Ripert notamment déclare « l'idée du juste est une idée morale » (*La règle morale dans les obligation*, p. 10). Mais, chez les positivistes, le mot morale recouvre très souvent la notion de droit idéal. C'est ce qui se produit ici. Si, en effet, on lit la phrase entière dont nous venons d'extraire une citation, on y voit apparaître l'idée que le juste est la fin du droit et non de la morale. « Il n'y a, en réalité, dit M. Ripert, entre la règle morale et la règle juridique aucune dfférence de domaine, de nature et de but. Il ne peut y en avoir, car *le droit doit réaliser la justice* et l'idée du juste est une idée morale. » Le droit doit réaliser la justice, voici la phrase typique. Qu'est-ce que le « droit doit » sinon être le droit idéal. Le droit n'a pas d'autre obligation que d'être conforme au droit idéal. Si donc le droit doit réaliser la justice, c'est bien que la justice est la fin du droit.

Hors les positivistes d'ailleurs, les auteurs admettent que la notion du juste est une notion juridique et non morale. Une attitude individuelle n'est pas juste ni injuste, c'est une attitude sociale qui est juste ou injuste. C'est dans la société qu'on doit faire régner la justice. Dans l'individu, l'ordre idéal est l'ordre du bien non l'ordre du juste.

2. Le *juste* est un ordre déterminé comme social, mais uniquement

« Ne tue pas » est un impératif juridique, s'il est formulé eu égard aux conséquences sociales du meurtre. « Ne tue pas » parce que le meurtre est antisocial, parce que le meurtre diminue la société, et que si le meurtre se généralisait il serait la mort de la société. Le juge qui punit le meurtrier est le gardien de l'ordre social (ou plutôt d'un ordre social). De même la règle juridique d'assistance aux indigents est formulée en vue d'une meilleure organisation sociale, parce que les indigents semblent un danger ou une laideur dans la société.

« Ne tue pas » est un impératif moral s'il est prononcé eu égard aux conséquences individuelles du meurtre. « Ne tue pas » parce que cela est une faute contre toi-même, que cela est contraire à l'attitude idéale que tu dois conserver. Le moraliste condamne le meurtre en tant que mal pour le meurtrier tandis que le juge condamne le meurtre en tant que mal pour la société. Lorsqu'une morale prescrit la charité envers les pauvres elle le fait non en vue des conséquences sociales de l'acte charitable (si elle est édictée dans cet esprit, elle est, en réalité, règle juridique), mais en considérant la charité comme une vertu de l'individu, comme une attitude individuelle bonne et qu'il faut par conséquent rechercher.

comme social. Le juste est synonyme de ordre social idéal et non de ordre social naturel. C'est-à-dire que le contenu du juste a une existence purement subjective. Le socialisme, le soviétisme, le libéralisme sont chacun un juste, c'est-à-dire un ordre social.

De même le *bien* est une attitude de l'individu, une ordonnance des actions de l'individu, mais sans autre détermination que ce caractère individuel. Le duel et le pardon des injures sont l'un et l'autre un bien, dans la mesure où ils sont considérés comme attitude individuelle idéale.

L'opposition des deux points de vue apparaît également lorsqu'il s'agit de juger la guerre. On peut condamner la guerre comme antisociale ou comme mmorale. On se place du point de vue social, c'est-à-dire juridique, si l'on reproche à la guerre de faucher les vies, de dépeupler les nations. Mais saint Augustin, au contraire, se pose en moraliste qui déclare : « Que blâme-t-on dans la guerre ? Est-ce le fait qu'on y tue des hommes qui doivent tous mourir un jour ? Faire ce reproche à la guerre serait le propre d'hommes pusillanimes, non d'hommes religieux. Ce qu'on blâme dans la guerre, c'est le désir de nuire, une âme implacable, la fureur des représailles, la passion de la domination. » (1)

Ainsi « ordre juridique » est synonyme de « ordre social » (2). Le contenu de l'ordre juridique est d'ailleurs quelconque, du moment qu'il est ordre social. L'ordre social maginé par LÉNINE, ou par MUSSOLINI, ou par MAURRAS,

1. Cité par JULIEN BENDA, *La trahison des clercs*, *Nouvelle Revue française*, 1927, p. 609.

2. Nous croyons pouvoir dire que cette théorie est celle de M. l'abbé JACQUES LECLERQ, *Leçons de droit naturel*, I, « Le fondement du Droit et de la société », Namur, 1927, p. 162 : « La Justice correspond à l'ordre (à réaliser) entre les hommes » ; p. 237 : « La Justice est la réalisation de l'ordre parmi les hommes »; p. 237 : « Le droit est cette partie de la morale qui applique les principes de la justice. » L'auteur prend alors le mot morale dans son sens large (englobant le droit et la morale au sens strict).

Cette théorie est également celle de M. GEORGES RENARD (*op. cit.*), p. 90: « Le droit naturel n'est rien autre chose que la morale sociale ». P. 326 : « Droit naturel, justice sociale, deux mots que je tiens pour rigoureusement synonymes. » M. Renard prend, lui aussi, le mot morale dans son sens large. Si, après avoir fait cette observation, on traduit, d'autre part, ces formules en substituant la notion de droit idéal à la notion de droit naturel, on obtient les formules suivantes qui traduisent parfaitement notre pensée : « le droit idéal est la morale sociale idéale », et par suite « le droit positif est la morale sociale positive ».

ou par un fanatique isolé, chacun de ces ordres est juridique.

Réciproquement « ordre moral » est synonyme de « ordre individuel », c'est-à-dire d'un ordre des actions de l'individu conçu en fonction de l'individu et non en fonction de la société. Cet ordre individuel peut d'ailleurs être quelconque. Ce peut être le bonheur individuel, terrestre ou supra terrestre, ce peut être une attitude d'humilité, ou, au contraire, de force et d'exaltation du moi. La règle d'honneur, notamment, est une règle morale car l'honneur est essentiellement une attitude de l'individu, jugée bonne en elle-même (1).

Un des exemples les plus purs de morale que l'on puisse citer est celui de la morale prêchée par le Christ. La règle d'amour prêchée par le Christ était essentiellement une règle morale. Sans doute, elle a eu des répercussions sociales immenses. Le Christianisme a marqué de son empreinte non pas un siècle, comme la Révolution française, mais une ère, car ce n'est pas en vain que l'on dit « l'ère chrétienne ». Mais ce n'est pas *en vue* de ces conséquences sociales qu'elle était prêchée. Elle n'était pas réformatrice de la société, mais réformatrice de l'individu. Aimez même votre ennemi, quoiqu'il arrive, et dussiez-vous par là assurer le triomphe de votre ennemi, car ce triomphe sera seulement terrestre,

1. La règle morale a des conséquences sociales, car elle vise tous les actes de l'individu, et notamment les actes extérieurs qui ont des répercussions sociales. C'est pourquoi, pour l'observateur, pour le sociologue, la règle morale peut avoir une fonction sociale. Ainsi le sociologue pourra dire de la règle religieuse du jeûne qu'elle a une fonction sociale, une fonction hygiénique. Mais cela ne veut pas dire qu'elle soit un impératif à fondement social. Elle est, malgré cela, un impératif moral parce que fondée sur un idéal individuel, sur l'idée de perfection individuelle ou de salut individuel. Elle ne serait règle juridique que si elle était édictée en vue de sa fonction sociale.

mais vous triompherez dans le Royaume de Dieu. C'est en votre âme que se juge le bien et le mal, et non pas dans les actes et dans l'espace. La loi du Christ est une loi pour l'individu, pour le for interne, pour le royaume intérieur, et nullement une loi pour la société, car la société est dans l'espace, dans le temporel. « Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu ». Il faut comprendre la signification profonde de ces paroles. Le royaume de César et le royaume de Dieu sont entièrement étrangers l'un à l'autre. Tout ce que vous rendrez à César ne retirera rien à Dieu, et, d'ailleurs, la soumission à Dieu ne peut être rébellion à César. César peut réclamer l'impôt, peut saisir vos biens, peut opprimer les justes, martyriser les chrétiens, et le fils de Dieu lui-même, qu'importe, donnez-lui tout, et, malgré cela, il ne prendra rien à Dieu. Car son royaume possède votre corps, mais il s'arrête aux portes de votre âme. Sur la croix, sur le bûcher, votre âme est encore libre. Rendez votre âme à Dieu et vous lui rendrez tout ce qui est à lui.

L'Eglise n'a pas conservé à son enseignement ce caractère de morale pure. Les règles de l'Eglise sont devenues de plus en plus sociales. L'Eglise est devenue en une certaine mesure une institution juridique. On a vu apparaître un droit de l'Eglise et une politique de l'Eglise.

Néanmoins, la doctrine chrétienne est restée en grande partie une doctrine morale, et voilà notamment où apparaît la signification profonde de la condamnation récente de M. Charles Maurras par l'Eglise. Les partis conservateurs en France sont souvent les défenseurs de l'Eglise, mais en considération de son influence sociale plutôt que de sa doctrine morale. M. Charles Maurras a poussé cette atti-

tude à l'extrême. Il s'est fait à la fois l'apologiste de l'Eglise comme force de conservation sociale, comme institution juridique, comme pouvoir temporel, et le négateur le plus violent de l'idéal chrétien. La morale maurrassienne est,en effet, beaucoup plus proche de la morale de Nietzsche que de celle du Christ. Comme, d'autre part, les disciples de M. Maurras se recrutaient en majorité dans les millieux chrétiens et ne prenaient d'ailleurs pas nettement conscience de l'opposition qui existait entre les deux doctrines, le maurrassisme produisait incontestablement une déviation profonde du christianisme. Le catholicisme des partisans de M. Maurras devenait purement politique, c'est-à-dire juridique. C'est pour cette raison essentiellement que le mouvement de M. Maurras a été condamné par l'Eglise. Et, si incompréhensible que cela ait pu paraître à beaucoup de ses partisans, c'est à cause de son apologie de l'Eglise que M. Maurras méritait cette condamnation.

Nous assistons incontestablement aujourd'hui à une prédominance du social sur l'individuel, c'est-à-dire du juridique sur le moral. La règle d'action humaine est beaucoup plus inspirée par l'idéal d'un ordre social que par l'idéal d'un ordre individuel (1). C'est cette évolution, semble-t-il, que M. Julien Benda dénonce sous le nom de *Trahison des clercs*. La terminologie de M. Benda nous semble critiquable, mais si on la corrige de sorte que lorsqu'il dit « pratique » et « réel » on entende « social » (2), lorsqu'il dit « spirituel » on entende

1. Il ne faut pas confondre « ordre individuel », c'est-à-dire ordonnance de l'individu, et « ordre individualiste », c'est-à-dire ordre social individualiste.

2. Que le mot « pratique », tel qu'il est employé par M. Benda,

« individuel », « moral », alors les conclusions de son étude s'éclairent (1). La trahison des clercs (c'est-à-dire des moralistes), c'est l'abandon de l'idéal moral pour l'idéal juridique.

doive être traduit par celui de social, on en conviendra à la lecture de la conclusion de l'étude de M. Julien Benda (*Nouvelle Revue française*, 1927, p. 618). Voici en effet le tableau qu'il dresse du « pur pratique », du « réalisme intégral » ; c'est le tableau de l'individu abdiquant au profit de la société. « Nous disions plus tôt que la fin logique de ce réalisme intégral professé par l'humanité actuelle c'est l'entretuerie organisée des nations ou des classes (la notion de société restant réduite à celle de nation ou de classe). On en peut concevoir une autre qui serait au contraire leur réconciliation, le bien à posséder devenant la terre elle-même, dont elles auraient enfin compris qu'une bonne exploitation n'est possible que par leur union, cependant que la volonté de se poser comme distinct serait transférée de la nation à l'espèce, orgueilleusement dressée contre tout ce qui n'est pas elle. Et, de fait, un tel mouvement existe ; il existe, par-dessus les classes et les nations, une volonté de l'espèce de se rendre maîtresse des choses et, quand un être humain s'envole en quelques heures d'un bout de la terre à l'autre, c'est toute la race humaine qui frémit d'orgueil et s'adore comme distincte parmi la création. Ajoutons que cet impérialisme de l'espèce est bien, au fond, ce que prêchent les recteurs de la conscience moderne ; c'est l'homme, ce n'est pas la nation ou la classe, que Nietzsche, Sorel, Bergson exaltent dans son génie à se rendre maître de la terre ; c'est l'humanité, et non telle fraction d'elle, qu'Auguste Comte invite à s'enfoncer dans la conscience de soi et à se prendre enfin pour objet de sa religion. On peut penser parfois qu'un tel mouvement s'affirmera de plus en plus et que c'est par cette voie que s'éteindront les guerres inhumaines ; on arrivera ainsi à une « fraternité universelle », mais qui, loin d'être l'abolition de l'esprit de nation avec ses appétits et ses orgueils, en sera au contraire la forme suprême, la nation s'appelant l'Homme, et l'ennemi s'appelant Dieu Et, dès lors, unifiée en une immense armée, en une immense usine, ne connaissant plus que des héroïsmes, des disciplines, des inventions, flétrissant toute activité libre et désintéressée, bien revenue de placer le bien au delà du monde réel et n'ayant plus pour dieu qu'elle-même et ses vouloirs, l'humanité atteindra à de grandes choses, je veux dire à une mainmise vraiment grandiose sur la matière qui l'environne, à une conscience vraiment joyeuse de sa puissance et de sa grandeur. Et l'histoire sourira de penser que Socrate et Jésus-Christ sont morts pour cette espèce. »

On aura remarqué que, dans ce passage, « l'Homme » signifie « l'ordre social » et « Dieu » signifie « l'ordre individuel ».

1. La morale, en effet, est « pratique » aussi bien que le droit ; pra-

Ainsi interprêté, le passage suivant prendra tout son sens (1) : « Je veux parler [en dénonçant la trahison des clercs] de la volonté du clerc de donner ses principes pour valables dans l'ordre pratique, pour conciliables avec les conquêtes de l'épée. Cette volonté, qui affecte l'Eglise depuis vingt siècles, et on peut presque dire tous les idéalistes (qu'on me nomme, depuis Jésus, ceux qui se déclarent incompétents dans l'ordre pratique), est, pour le clerc, la source de toutes les faillites. On peut dire que la défaite du clerc commence exactement au moment qu'il se dit pratique. Dès que le clerc prétend ne pas méconnaître les intérêts de la nation ou des classes établies, il est nécessairement battu, par la bonne raison qu'il est impossible de prêcher le spirituel et l'universel sans miner des édifices dont les fondements sont la possession d'un temporel et la volonté d'être distinct. Un vrai clerc (Renan) l'a dit excellemment : « La patrie est chose terrestre ; qui veut faire l'ange sera toujours un mauvais patriote. » Aussi voyons-nous le clerc qui prétend garantir les œuvres terrestres n'avoir le choix qu'entre ces deux issues : ou bien les garantir et faillir alors à tous ses principes (c'est le cas de l'Eglise soutenant la nation et la propriété) ; ou bien maintenir ces principes et mener à la ruine les organismes qu'il prétendait soutenir (c'est le cas de l'humanitaire prétendant sauver le national). Dans le premier cas, le clerc

tique est synonyme d'action, or la morale est une règle d'action, comme le droit. M. Julien Benda semble croire qu'agir c'est nécessairement organiser la société ; mais l'immobilité ou la prédication du philosophe est aussi une action. C'est pourquoi nous proposons de substituer le mot « social » au mot « pratique » dans l'étude de M. Julien Benda ; la pensée de M. Benda est alors exprimée dans une terminologie correcte.

1. *Nouvelle Revue française*, 1927, p. 610.

tombe sous le mépris du juste, qui le taxe d'habile et le raye du rang des clercs ; dans le second, il croule sous la huée des peuples qui le traitent d'incapable, cependant qu'il provoque de la part du réaliste une réaction violente et acclamée (comme il arrive présentement en Italie). Il suit de tout cela que le clerc n'est fort que s'il prend une nette conscience de sa nature et de sa fonction propre et montre aux hommes qu'il a cette nette conscience ; c'est-à-dire s'il leur déclare que son royaume n'est pas de ce monde, et que cette absence de valeur pratique est précisément ce qui fait la grandeur de son enseignement et que, pour la prospérité des royaumes qui, eux, sont de ce monde, c'est la morale de César, et non la sienne, qui est la bonne. Avec cette position le clerc est crucifié, mais sa parole hante la mémoire des hommes. La nécessité où l'on se trouve de rappeler ces vérités aux clercs modernes (pas un qui ne s'insurge si on le traite d'utopiste) est une des constatations les plus suggestives pour le sujet qui nous tient ; elle montre combien est devenue générale la volonté d'être pratique, combien cette prétention est nécessaire pour avoir aujourd'hui quelque audience, et combien la notion de cléricature est obscurcie chez ceux-là mêmes qui tendent encore à exercer ce ministère. On voit que je me sépare entièrement de ceux qui voudraient que le clerc gouvernât le monde et souhaitent avec Renan le « règne des philosophes »; les choses humaines me semblent ne pouvoir adopter les religions du vrai clerc que sous peine de devenir divines, c'est-à-dire de périr en tant qu'humaines. C'est ce qu'ont vu tous les amants du divin qui cependant ne voulurent pas la destruction de l'humain ; c'est ce qu'exprime à merveille l'un d'entre eux

quand il fait dire si profondément par Jésus à son disciple : « Je ne dois pas, mon fils, te donner une idée claire de ta substance... parce que si tu voyais clairement ce que tu es, tu ne pourrais plus être uni si étroitement avec ton corps. Tu ne veillerais plus à la conservation de ta vie » (Malebranche *Méditations chrétiennes*, IX, 19.). Mais si je crois mauvais que la religion du clerc possédât le monde laïque, je crois autrement redoutable qu'elle ne lui soit plus prêchée et qu'alors il lui devienne loisible de se livrer à ses passions pratiques sans aucune honte, et sans le moindre désir, même hypocrite, de s'élever au-dessus d'elles. « Ils sont là quelques justes qui m'empêchent de dormir », disait le réaliste à ses anciens docteurs. Nietzsche (1), Barrès, Sorel n'empêchent aucun réaliste de dormir, bien au contraire. C'est la nouveauté que j'ai voulu marquer et qui me paraît grave. Il me paraît grave qu'une humanité, plus que jamais possédée par les passions de la terre, entende comme commandement de ses chefs spirituels : « Restez fidèles à la terre. »

Ce que nous voulons retenir de cette page, c'est l'opposition du clerc et du politique, de l'ordre individuel et de l'ordre social, de la morale et du droit.

Juger l'acte à ses conséquences sociales, c'est le point de vue juridique. Juger l'acte en lui-même, comme acte de l'individu, comme attitude individuelle, c'est le point de vue moral. L'opposition de ces deux points de vue s'incarne de façon saisissante dans l'opposition de SHAKESPEARE et de

1. Le nom de Nietzsche ne nous semble pas à sa place ici. M. Benda le considère comme le symbole du « germanisme ». C'est mal juger Nietzsche.

DOSTOÏEWSKI. Nous emprunterons les citations suivantes au livre d'un philosophe russe, Léon Chestov (1).

« Pour SHAKESPEARE le crime n'est un crime qu'en tant qu'il cause le malheur des hommes : de Duncan, de Macduff, de ses enfants, de toute l'Ecosse. La question de savoir s'il est bon d'être soi-même un meurtrier, si on peut voir sa grandeur d'âme accrue du fait qu'on a tué,n'est pas en cause et ne peut pas être en cause. Il y a plus : même s'il avait pu se convaincre que le meurtre pût ajouter quelque chose et même quelque chose de considérable à sa grandeur d'âme : quoiqu'il en fût, il n'aurait pas tué. Et si ses méditations lui avaient apporté la preuve que la règle : « tu ne tueras pas » n'existe pas, ou que cette règle n'est bonne que pour les petits, les faibles et que, pour les grands, les forts, il existe une autre règle : « tu dois tuer » ; quoiqu'il en fût, il n'aurait pas tué. *Car, en dehors des avantages de son âme propre, quelque chose compte encore pour lui : le bonheur et le malheur des autres hommes, des enfants de Macduff, du roi Duncan*, etc. »

On le voit, aux yeux de Shakespeare, ce qui est crime, c'est ce qui est socialement mauvais, ce qui a des conséquences mauvaises pour la société, pour les hommes, pour les autres hommes. Au contraire, pour Dostoïewski, ces conséquences sont indifférentes. Le crime existe en tant qu'acte de l'homme ; il est l'acte lui-même, l'acte mauvais en soi, c'est-à-dire l'acte contraire à la règle. C'est que Dostoïewski, au contraire de Shakespeare, est moraliste. « L'idée fondamentale de *Crime et Châtiment* est pour ainsi dire contenue dans le titre même

1. Léon Chestov, *L'idée de Bien chez Tolstoï et chez Nietzsche*, traduit du russe par T. Beresovski-Chestov et G. Bataille. Paris, Editions du siècle, p. 106 et sqq.

du roman. Son essence consiste à dire que l'infraction à la « règle » ne peut être autorisée sous aucun prétexte, même si l'on ne comprend pas du tout pour quels besoins cette règle a été inventée. » « Pour DOSTOIEWSKI, le sens et la portée du crime ne tiennent pas au mal que Raskolnikov a pu faire à ses victimes, mais bien au mal qu'il a pu se faire à lui-même, à son âme (chez Dostoïewski, les deux femmes tuées ne jouent aucun rôle; nous le soulignons : s'il avait pu, il les aurait laissées en vie ou bien les aurait fait ressusciter, tant le fait de leur mort le laisse indifférent). »

Dans le même livre, Léon Chestov analyse, de façon pénétrante, l'évolution de TOLSTOI, et oppose les deux attitudes de Tolstoï au début et à la fin de sa vie. Au début de sa vie Tolstoï s'approche des pauvres, des « pauvres de Liapine », afin de les secourir. Il prêche afin d'améliorer la société. Mais, ensuite, il s'aperçoit que ses efforts sont stériles, que les secours qu'il donne aux pauvres ne les sauvent pas, sont gaspillés en vain, et que, d'autre part, sa prédication n'atteint pas les riches. Va-t-il donc renoncer ? Il le devrait s'il restait fidèle au point de vue social. Mais c'est alors qu'il modifie son point de vue. Du plan social, il passe sur le plan moral. Dès lors, la prédication lui apparaît bonne *pour lui*, sinon pour les pauvres. Il continue donc à prêcher, mais non plus pour convertir, seulement pour prêcher. Il obéit alors à une règle morale, comme le stathouder de Hollande lors qu'il disait : « Il n'est pas besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer. »

III

Critique de diverses théories relatives à la distinction du droit et de la morale.

Nous allons préciser encore la théorie que nous venons d'exposer en l'opposant aux diverses théories suivantes :

1° Théorie positiviste.

Nous rappelons pour mémoire la critique précédemment faite du positivisme juridique. Le positivisme juridique consiste à confondre en un seul deux problèmes pourtant entièrement différents : la distinction du droit positif et du droit idéal, d'une part, la distinction du droit et de la morale, de l'autre.

2° Le droit serait caractérisé par la sanction.

Certains auteurs évitent l'erreur des positivistes ; ils ne caractérisent pas le droit par l'application effective d'une sanction (ce qui ne saurait viser que le droit positif) ; mais ils maintiennent néanmoins l'idée de sanction comme caractéristique du droit. L'impératif juridique serait celui qui est édicté avec menace de sanction ; la règle de droit serait celle qui est conçue comme devant être sanctionnée, qui est pensée comme *exigible* par la force (1). La règle morale

1. Voir GENY, *Science et technique*, I, p. 47, n. 4.. V. aussi DUGUIT, I, p. 56 : « La règle civique ou morale devient règle de droit parce que la masse des hommes composant un groupe donné comprend que son respect est indispensable au maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'elle soit sanctionnée. »

serait au contraire celle qui serait pensée comme ne devant pas être appuyée par la force.

Mais cette doctrine nous semble fausse.

D'une part, il y a des règles de droit non sanctionnées, et qui sont conçues comme devant être non sanctionnées. Ainsi le droit international public n'est pas sanctionné ; nous, Français, il est vrai, considérons souvent qu'il devrait être sanctionné et nous faisons nos efforts en vue d'instituer cette sanction ; mais on peut affirmer qu'il existe aussi une conception du droit international public suivant laquelle il ne doit pas y avoir de sanction internationale ; une telle conception n'est nullement contradictoire avec l'idée de droit international et même de droit international positif. L'idée de sanction n'est pas incluse dans l'idée de droit.

Inversement, il est des règles de morale sanctionnées, surtout parmi les règles religieuses. La règle de morale est en vue du bien du sujet considéré individuellement, en vue de son salut par exemple. Or on peut vouloir le salut d'autrui malgré lui. Cet état d'esprit est même très répandu. C'est celui de quiconque prêche. Or le désir de persuader et de convertir peut aller jusqu'à l'usage de la violence. Une religion essaye d'arracher à l'erreur où ils sont les hommes qui ne sont pas ses sujets. Elle peut aller, pour mieux remplir sa mission, jusqu'à extirper l'erreur par la torture. « Abjurez », disait l'inquisiteur à son supplicié. La violence peut être mise au service d'une idée morale.

En vérité, si l'on s'attache à l'idée de sanction, on peut bien classer les impératifs en deux groupes suivant qu'ils sont ou non, par leur objet, susceptibles d'être sanctionnés et cette classification se rapproche bien, dans une certaine

mesure, de celle qui est constituée par le droit et la morale, mais elle ne se confond pas avec elle. C'est ce que nous allons montrer.

Tout d'abord, quels sont les impératifs susceptibles de sanction, et ceux qui ne le sont pas ? Ce sont, d'une part, ceux qui prescrivent un *acte extérieur* et d'autre part, ceux qui prescrivent une simple *intention.*

En effet, rappelons-nous le rôle de la sanction. Il est, par la crainte inspirée au sujet, d'entraîner l'obéissance de celui-ci à l'impératif sanctionné. Si l'objet de l'impératif est un acte extérieur, il est facile de voir que la sanction peut jouer son rôle. Si, en effet, le sujet craint la sanction, il accomplira l'acte, donc il obéira (car ce qui lui était prescrit était l'acte, abstraction faite du mobile le poussant à l'accomplir. Obéir par crainte de la sanction, dans ce cas, est donc obéir). Mais si, au contraire, l'acte prescrit est une certaine intention, alors la sanction ne peut plus remplir son rôle, car la crainte de la sanction est violation de l'impératif. Soit un impératif prescrivant de pratiquer la charité envers autrui ; son objet n'est pas un acte matériel ; il est d'abord intention ; car la charité n'est pas le geste de donner, mais d'abord l'intention charitable qui accompagne l'acte, la bonne volonté. Si donc le sujet donne par crainte, il ne donne pas par charité, il n'est pas charitable, il n'obéit pas à l'impératif. Tout impératif prescrivant une certaine intention autre que la crainte est violé s'il est obéi par crainte de la sanction. Il est donc bien vrai de dire que seuls les impératifs ayant pour objet un acte extérieur sont susceptibles de sanction.

Il nous reste donc à montrer, pour écarter le critère de la sanction en tant que critère du droit, que la classification

des impératifs suivant leur objet, acte extérieur ou intention, ne correspond pas à la classification des impératifs en juridiques et moraux. Mais cela constituera, en même temps, la critique d'une troisième théorie.

3° Le droit et la morale devraient se distinguer d'après leur objet (acte ou intention).

Cette théorie est assez communément soutenue. Elle est reçue notamment par M. G. Cornil (1), suivant qui la morale régit « les activités purement intellectuelles et affectives » de l'homme, tandis que le droit régit « l'aspect matériel ou économique des activités humaines ».

Elle nous semble inexacte. La morale peut également s'occuper des actes et le droit des intentions, et il est difficile de concevoir même qu'on ait pu le méconnaître.

Une morale peut prescrire des rites, des gestes, des actes purement extérieurs. A l'inverse le droit pénal ne punit les délinquants que s'ils ont agi intentionnellement. La théorie de la fraude à la loi ou celle du détournement de pouvoir montrent que des actes matériellement licites peuvent devenir illicites en raison de l'intention dans laquelle ils ont été accomplis. Ces observations sont élémentaires. Elles sont d'ailleurs traditionnelles et on les trouve, par exemple, exposées chez un auteur tel que le R. P. de Pascal (2) : « Ni la morale ne regarde seulement l'intérieur, ni le droit seulement l'extérieur. La seule intention ne suffit pas à la moralité d'un acte, il faut encore que les actes extérieurs

1. Georges Cornil, *Le droit privé*, p. 5.
2. *Philosophie morale et sociale*, I, p. 294.

soient conformes à la loi du bien. L'intention de l'agent moral est le principe de la moralité subjective et de l'imputabilité ; mais, on le sait, outre la moralité subjective, il y a une moralité objective, qui est déterminée par l'objet, suivant son rapport avec l'ordre moral et par les circonstances qui l'accompagnent. A son tour le droit ne peut regarder le seul fait extérieur, car le droit règle les actes humains, qui supposent connaissance et liberté, et qui, privés de ces éléments, ne mériteraient aucun respect. Bref la morale et le droit gouvernent le même sujet : la liberté humaine. »

4° Théorie de Kant

La théorie de Kant est une variante de celle que nous venons de critiquer. Elle ressort de la lecture des passages suivants de l'introduction à la métaphysique des mœurs (1).

P. 18 : « On appelle *morales* [entendez : impératifs catégoriques] les lois de la liberté pour les distinguer de celles de la nature. En tant qu'elles ne portent que sur des actes extérieurs et sur leur légitimité, on les nomme *juridiques* ; que si elles exigent en outre qu'on les prenne elles-mêmes pour principes déterminants des actions, elle sont alors *éthiques* (2) ; on donne le nom de *légalité* à la conformité des actions avec les premières, et celui de *moralité* à leur conformité avec les secondes. »

P. 26 : « La loi qui fait d'une action un devoir et de ce

1. *Doctrine du Droit*, trad. Barni.
2. Noter que Kant prend le mot morale dans son sens large. Pour morale au sens étroit il emploie le mot éthique.

devoir un mobile est *éthique*. Celle, au contraire, qui ne comprend pas cette dernière condition dans la loi, et qui par conséquent permet un autre mobile que l'idée même du devoir, est *juridique*. »

« Pour qu'une action soit *légale* [entendez : conforme au droit], il suffit qu'elle soit conforme à la loi [entendez : à la règle], quel que soit d'ailleurs son mobile; mais pour qu'elle soit *morale*, il faut en outre qu'elle ait pour mobile l'idée du devoir que prescrit la loi. »

Dans la théorie précédente on définissait la morale comme gouvernant les intentions du sujet. Kant énonce une définition plus stricte; suivant lui, la morale impose toujours à son sujet un certain mobile, qui est la soumission même à la loi. Pour obéir à la morale, il faut lui obéir en se déterminant par cette considération que l'acte est moral. C'est violer la morale que d'agir pour tout autre mobile, par « penchant », ou par crainte d'une sanction, etc. L'épigramme de SCHILLER est le meilleur commentaire de la doctrine kantienne sur ce point : « J'ai du plaisir à faire du bien à mon voisin, cela m'inquiète, je sens que je ne suis pas tout à fait vertueux » (1). Ou encore citons cette analyse de M. Raymond VOIZE (2) : « Les lois morales » [entendez : les impératifs catégoriques], peuvent imposer simplement un certain mode d'action, sans exiger que le sujet reconnaisse intérieurement l'autorité de ces lois ! au contraire, elles peuvent exiger que le sujet reconnaisse intérieurement leur autorité... Obéir à la loi en la faisant sienne, voilà... le critère du devoir éthique. Et dès que nous accomplissons un devoir parce que c'est un

1. Voir *Raison pratique*, Traduction Picavet, 5e édition, p. 311.
2. Kant, *Philosophe du droit*, p. 7; Giard, éditeur.

devoir, et non pas par crainte, ou par intérêt, notre action, même si le droit nous contraint à l'exécuter, a un caractère éthique, passe du ressort de la législation juridique à celui de la législation éthique. »

Comment Kant arrive-t-il à cette définition ? En partant de l'impératif catégorique tel qu'il l'a énoncé dans la *Raison pratique* : « Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse toujours valoir en même temps comme principe de législation universelle. » Tel est l'impératif catégorique en général. L'impératif juridique et l'impératif moral sont inclus en lui. Si on les dégage, si on les isole, on obtient, suivant Kant, pour l'impératif juridique (devoir de droit) la formule suivante : « Agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ta volonté puisse s'accorder avec la liberté extérieure de chacun », et, pour l'impératif moral (devoir de vertu), la formule suivante : « Agis suivant une maxime dont chacun puisse se proposer les fins selon une loi générale de liberté. » (1)

En réalité, en se maintenant dans le cadre même de la théorie kantienne, on constate que la formule de l'impératif juridique à laquelle on aboutit ainsi est en contradiction avec celle de l'impératif catégorique en général. Ce dernier s'exprime, on vient de le rappeler : Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse être érigée en loi universelle. Or la « maxime », suivant Kant, c'est le mobile de l'action. L'impératif de la raison pratique gouverne donc non pas tant l'action que le mobile. Comment, dès lors, Kant peut-il dire dans la « doctrine du droit », que l'impératif

1. V. Raymond Voize, *op. cit.*, p. 7.

juridique, lequel est inclus dans l'impératif de la raison pratique et n'est qu'un aspect de cet impératif, comment peut-il dire qu'il ne porte que sur des actes extérieurs et laisse de côté le mobile de l'action ? On est obligé de dire avec M. Raymond Voize que « cette distinction constitue vraiment un *hiatus* dans la philosophie pratique. » (1) (2)

Dès lors, elle est dans l'œuvre de Kant, sans aucun fondement, surgie brusquement *ex nihilo*. Elle ne peut donc jouir de l'autorité des œuvres précédentes de Kant quoiqu'elle en soit apparemment la suite. Il n'y a qu'à la juger en elle-même. Or, ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent suffit à nous permettre de la rejeter.

1. *Ibid.*, p. 11.

2. D'ailleurs la *Rechtslehre*, dans son ensemble, est l'œuvre d'un Kant vieilli et inférieur à lui-même. SCHOPENHAUER a dit qu'elle est la caricature de la « raison pratique ».

L'erreur fondamentale de la « théorie du droit » est de passer sans s'en apercevoir du principe philosophique de l'autonomie de la volonté au principe juridique de l'autonomie de la volonté.

Le principe philosophique de l'autonomie de la volonté n'est autre que celui de la liberté humaine. L'homme est libre ; rien, sinon lui-même, ne peut contraindre sa volonté. Si la volonté cède devant la menace ou la torture, c'est encore par une décision libre au sens philosophique Mais juridiquement, la volonté n'est pas dite libre en cette hypothèse.

Or, on connaît la célèbre affirmation de la *Rechtslehre* : « une personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne à elle-même (soit seule, soit du moins de concert avec d'autres) » (*Doctr. du droit*, p. 33). Or cette phrase contient en réalité deux propositions tout à fait différentes fondues en une seule. On y entend d'abord le Kant de la *Raison pratique* qui parle : « Une personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne à elle-même. » Constatation de la liberté philosophique de l'homme. Le verbe « peut » est employé dans son sens indicatif. Mais le Kant de la *Raison pure* disparaît tout à coup. Le Kant de la *Rechtslehre* intervient, et, voulant continuer la pensée, il la déforme monstrueusement. « L'homme ne peut », au sens indicatif, disait le premier Kant ; le second Kant relit, « l'homme ne peut » au sens impératif, c'est-à-dire « l'homme ne doit ». Et achevant alors la phrase ainsi déviée, il y ajoute cette parenthèse : « Une

5° Théorie classique française

En voici l'analyse d'après M. RIPERT (1). « La théorie française classique est que le droit et la morale n'ont pas le même domaine. Il faut, dans le cercle juridique, qui, suivant ce mot bien souvent cité de BENTHAM, a le même centre que le cercle moral, ne retenir que les devoirs de l'homme envers son prochain, en négligeant ses devoirs envers Dieu et ses devoirs envers lui-même, et encore sous-distinguer dans les devoirs altruistes entre les devoirs de justice et les devoirs de charité, de telle sorte que le droit n'aurait d'autre domaine que la réglementation des devoirs de justice enseignés par la morale. » (2) Nous citerons la critique de M. Ripert après

personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne a elle-même (*soit seule, soit du moins de concert avec d'autres*). » A dater de cette parenthèse, la doctrine kantienne change totalement de signification. Elle cesse entièrement d'être une doctrine philosophique; elle devient une théorie politique, une certaine conception de l'ordre juridique, la conception du libéralisme, suivant laquelle les lois générales doivent être le moins nombreuses possible, la réglementation des rapports juridiques devant se faire, au contraire, par voie contractuelle, à propos de chaque opération, par autonomie des contractants eux-mêmes.

Les bourgeois de Louis-Philippe allaient s'en saisir, émerveillés de trouver une aussi haute justification d'eux-mêmes. Mais il faut les détromper s'ils invoquent à l'appui de leur système la « Raison pratique » et encore bien plus s'ils remontent à la « Raison pure », car la « Raison pratique » n'est elle-même qu'une déformation de la « Raison pure » (Voir NIETZSCHE, *Par delà le bien et le mal* et JULES DE GAULTIER, *op. cit.*).

1. *La règle morale dans les obligations*, p. 9.

2. C'est notamment la théorie du R. P. de Pascal, *Philosophie morale et sociale*, p. 297 : « L'ordre moral est comme un cercle plus large dans lequel l'ordre juridique est inscrit : ils ne forment pas deux sphères séparées et sans communication de l'une à l'autre. La morale gouverne *toute* l'activité humaine ; la loi juridique règle spécialement son activité sociale. »

son analyse : « Cette délimitation du système juridique peut être une bonne formule d'organisation politique libérale, mais elle est rationnellement indéfendable. Il n'y a aucune raison pour que le droit ne sanctionne pas les devoirs de l'homme envers Dieu ou envers soi-même et bien souvent le législateur l'a fait. C'est aussi une conception étroite que de limiter la sanction juridique à la seule observation des devoirs de justice et de laisser en dehors de l'organisation politique la détermination des devoirs d'assistance. D'ailleurs admettrait-on cette formule, il resterait encore à marquer la limite entre les devoirs de justice et les devoirs de charité, et à choisir parmi les devoirs de justice ceux dont on veut assurer l'observation par la sanction légale ; ce ne serait pas là un problème facile à résoudre. »

Nous adressons, pour notre part, à cette théorie deux reproches.

D'une part elle admet que certains devoirs sont à la fois moraux et juridiques (Les devoirs de justice envers autrui). Ils seraient moraux lorsqu'ils ne sont pas sanctionnés par l'Etat, et juridiques lorsqu'ils sont sanctionnés par l'Etat. Cette analyse est bien insuffisante. Nous avons montré que si la règle « ne tue pas » se trouve aussi bien dans le droit que dans la morale, elle a un sens tout différent suivant qu'elle est énoncée en tant que règle morale ou en tant que règle juridique. Elle est donc en réalité composée de deux règles distinctes. Et c'est cette distinction que ne fait pas la théorie classique, encourant ainsi le reproche que nous avons adressé au positivisme juridique

D'autre part, si l'on veut distinguer un domaine juridique et un domaine moral, il faut dire que le droit ne peut régle-

menter que les actes qui ont des conséquences sociales, parce que seules ces actes concourent à l'ordre social. Mais les actes susceptibles d'avoir des conséquences sociales ne sont pas seulement les actes qui mettent l'individu directement en rapport avec son semblable ; ce peut être aussi bien l'attitude religieuse de l'individu si, par exemple, la croyance existe dans la société que l'offense aux Dieux peut attirer sur l'ensemble du groupe la colère divine ; ou encore ce peut être l'attitude de l'individu en face de certaines règles morales ou religieuses, en tant qu'on a observé que le respect de ces règles est, par une conséquence de fait, favorable au bon ordre social. Par conséquent, dire que le droit réglemente les devoirs de l'homme envers son prochain, c'est employer une formule équivoque sinon erronée.

Au terme de cet examen des principales théories relatives à la distinction du droit et de la morale, nous restons attachés à nos conclusions primitives. L'impératif moral est celui qui est énoncé en vue d'un idéal individuel. L'impératif juridique est celui qui est énoncé en vue d'un idéal social.

IV

L'impératif religieux.

L'impératif religieux est celui qui est édicté par la divinité. C'est sa source seule qui le distingue. Mais il n'est pas d'une nature spéciale. Il est soit moral, soit juridique.

Le droit peut être édicté par les prêtres au nom de la

divinité. Dans ce cas Dieu impose aux hommes un certain ordre social. Ainsi Jéhovah était le Dieu d'Israël. Il gouvernait Israël, en tant que peuple. Il lui dictait sa politique et son organisation sociale.

Quant à la morale, il est inutile de démontrer qu'elle puisse être religieuse. Est religieuse toute morale où le bien et le mal apparaissent désignés par Dieu.

CHAPITRE VI

SITUATIONS JURIDIQUES INDIVIDUELLES

I

Tableau des différentes situations juridiques individuelles possibles

Il semble que l'on pourrait se contenter de distinguer deux situations juridiques de l'individu. Puisque le droit est un ensemble d'impératifs, il pourrait sembler suffisant de dire que l'individu peut être soit sujet d'un impératif, soit non sujet d'un impératif. Mais en réalité parmi les non-sujets il faut sous-distinguer. Si bien que la question devient plus complexe.

Les différentes situations juridiques, dans la pratique, sont parfaitement distinguées les unes des autres et elles portent des noms. C'est ainsi que la terminologie pratique nous offre les différentes expressions suivantes : *je dois, je suis obligé, je peux, je suis libre de, j'ai le droit, je suis créancier, je suis compétent pour, je suis capable de,* et les substantifs correspondants : *devoir, dette, obligation, pouvoir, liberté, droit, créance, compétence, capacité.* Cette terminologie est

en elle-même une réponse. Chacun de ces mots se distingue des autres par une nuance et désigne une situation juridique distincte. Ce que nous devons faire, c'est nous pencher sur eux, les scruter, trouver dans l'usage leur signification exacte et compléter au besoin la classification obtenue en y ajoutant quelques distinctions supplémentaires si la logique nous le commande.

C'est après des réflexions menées suivant cette méthode que nous sommes arrivés aux résultats suivants.

Tout d'abord, l'impératif ayant nécessairement pour objet un *acte* (1) de l'individu, le problème que nous étudions se pose de la façon suivante : *quelle est la situation juridique d'un individu donné relativement à un acte donné* ?

Or l'acte donné peut être soit de l'individu considéré, soit d'un tiers.

1° Supposons que l'acte considéré soit de l'individu considéré

Dans ce cas, il faut distinguer deux hypothèses principales :

A. L'individu est sujet d'un impératif lui prescrivant d'accomplir cet acte.

B. L'individu n'est pas sujet d'un tel impératif.

Chacune de ces hypothèses est elle-même complexe. Reprenons-les l'une après l'autre.

1. Positif ou négatif, action ou abstention.

A.—L'INDIVIDU EST SUJET D'UN IMPÉRATIF LUI PRESCRIVANT D'ACCOMPLIR L'ACTE.

On dit alors que l'individu *doit* accomplir l'acte (1), ou encore *est obligé* d'accomplir l'acte. Il est tenu d'un *devoir* ou d'une *obligation* ayant pour objet l'accomplissement de l'acte.

a) Mais il peut être sujet soit d'un impératif général, soit d'un impératif individuel (suivant que l'impératif lui est spécialement adressé ou, au contraire, est adressé à une catégorie d'individus dont il fait partie). Sa situation dans le premier cas est objective, dans le second cas subjective. Nous les distinguerons en disant que dans un cas il est tenu d'une *obligation objective* (2) et dans l'autre d'une *obligation subjective* (2). Par exemple, l'obligation de l'acheteur de payer le prix X stipulé dans le contrat est une obligation subjective. Au contraire, l'obligation du propriétaire d'aligner sa construction le long de la voie publique est une obligation objective.

b) Le mot obligation a, dans la langue juridique, nous l'avons déjà signalé, une double signification. Tantôt il est synonyme d'impératif, et c'est en ce sens que nous venons de l'employer, tantôt il a un sens plus étroit (obligation au sens romain et civiliste du mot) ; il signifie alors : impératif subjectif bénéficiant à un tiers déterminé. Cette observation

1. Ou « ne pas l'accomplir ». Noter que, dans ce dernier cas, on dit : « il ne doit pas », mais, le disant, on entend « il doit ne pas ». On dit aussi pour désigner la même situation, « il ne peut pas », ce qui doit s'entendre en propres termes (distinct de « il peut ne pas »).

2. Nous prenons donc ici les mots *objectif* et *subjectif* comme synonymes de *général* et *individuel*, ce qui est la terminologie de M. Jèze et de tous les jeunes publicistes.

nous montre que nous devons, sous la distinction de l'obligation subjective et de l'obligation objective, introduire la sous-distinction suivante : Dans l'hypothèse où l'individu considéré est tenu d'une obligation subjective, il faut sous-distinguer les deux cas suivants :

L'acte objet de l'impératif peut bénéficier à un tiers déterminé ou, au contraire, ne pas bénéficier à un individu déterminé. Par exemple, si l'acte est le paiement d'une certaine somme d'argent entre les mains de l'acheteur Y, nous dirons que l'acte bénéficie à Y. Si, au contraire, l'acte est le paiement d'une certaine somme à titre d'impôt entre les mains du receveur des contributions directes, il bénéficie à tous les membres du groupe social, il ne bénéficie donc pas à un individu déterminé.

Dans le premier cas, le sujet de l'impératif est tenu d'une « obligation *stricto sensu* » ; dans le second cas il est tenu simplement d'une obligation subjective.

Comme synonyme de « obligation *stricto sensu* » (c'est-à-dire au sens romain et civiliste du mot) il faut signaler le mot « dette » ; ce mot est le doublet de « devoir » ; mais une différenciation s'est produite entre les deux mots : *devoir* est synonyme d' « obligation *lato sensu* » ; *dette* est synonyme d' « obligation *stricto sensu* » (1).

L'obligation contractuelle est toujours une obligation *stricto sensu*, c'est-à-dire une *dette*. Mais d'ailleurs il y a des obligations non contractuelles qui sont également obligations *stricto sensu*. Par exemple, la condamnation à des dom-

1. Du moins dans le langage juridique. Car, dans le langage courant on dit du condamné à mort, au moment où il subit sa peine, qu'il paye sa *dette* envers la société.

mages-intérêts (parce que 1° elle est une règle subjective et que 2° l'objet de l'impératif est un acte bénéficiant spécialement à un tiers déterminé : la victime).

B. — L'INDIVIDU N'EST PAS SUJET D'UN TEL IMPÉRATIF.

On dit alors que l'individu *peut* faire l'acte. Qu'un individu puisse faire un acte, cela veut dire que l'acte considéré n'est pas objet d'impératif. Il est objet d'une règle permissive. Encore faut-il distinguer dans cette hypothèse : l'acte peut être *protégé* ou simplement *indifférent*.

a) *L'acte est juridiquement protégé.*

On dit alors que l'individu considéré « *a le droit* » de faire cet acte. Cela veut dire que les autres individus sont sujets d'un impératif leur interdisant de mettre obstacle à la commission de l'acte. « J'ai le droit d'accomplir un acte » veut dire « les membres du groupe social doivent me laisser accomplir cet acte ».

Ce qu'on appelle le *droit* d'un individu d'accomplir un acte, c'est donc l'*obligation* pesant sur l'ensemble des membres du groupe social de ne pas mettre obstacle à l'accomplissement de cet acte (1).

Mais il faut sous-distinguer, en introduisant la notion du général et de l'individuel, de l'objectif et du subjectif.

L'individu peut être le seul à pouvoir faire l'acte, ou tout au moins avoir ce droit en sa qualité personnelle. Au contraire, il peut partager ce pouvoir avec toute une catégorie

1. C'est en ce sens qu'on peut dire avec Ihering : « un droit est un intérêt protégé ». Car l'individu considéré ne fait l'acte qu'il a le droit de faire, que s'il a intérêt à le faire.

d'individus et ne le posséder qu'en qualité de membre de ce groupe. Dans le premier cas, nous dirons qu'il a un *droit objectif*, dans le second cas qu'il a un *droit subjectif*.

Le droit objectif, en ce sens, porte souvent le nom de *liberté*. Le droit subjectif porte plus spécialement le nom de *droit*. Ainsi on dit la liberté de la presse, la liberté du culte, la liberté d'aller et de venir, etc., parce que ce sont des droits objectifs, des droits qui appartiennent à tout citoyen, en d'autres termes, des règles permissives objectives, ayant pour sujets l'ensemble des citoyens. Au contraire on dira : le titulaire d'une servitude contractuelle de passage a le *droit* de passer ; on ne dira pas qu'il a la « liberté » de passer ; car il s'agit d'un droit individuel, subjectif, d'une règle permissive spéciale à lui.

b) *L'acte est juridiquement indifférent.*

Dans cette hypothèse l'individu considéré peut accomplir l'acte en ce sens qu'il ne viole pas le droit en l'accomplissant. Mais, d'autre part, autrui peut s'opposer à cet acte sans lui-même violer le droit. Les rapports des particuliers relativement à cet acte ne sont pas réglés juridiquement. Exemple : un individu peut s'endormir à 8 heures du soir. Mais ce n'est pas un droit. Car si un passant bruyant l'empêche de s'endormir, c'est tant pis pour lui. Plus tard, au contraire, à partir de l'heure où s'appliquent les règlements de police protégeant le silence nocturne, il a le droit de s'endormir.

2° Supposons que l'acte considéré soit d'un tiers

Très souvent l'acte du tiers n'intéressera nullement l'individu considéré. Dans ce cas il n'y a pas à parler de situation juridique de l'individu relativement à cet acte.

Mais il faut, néanmoins, signaler deux hypothèses dans lesquelles s'établit un rapport entre l'individu considéré et l'acte du tiers.

A. L'acte est obligatoire pour le tiers et l'individu considéré en est le bénéficiaire. On dit alors que l'individu considéré a *droit à* l'acte du tiers (1). Suivant qu'il est spécialement bénéficiaire de l'acte ou que, au contraire, l'acte bénéficie à toute une catégorie d'individus dont lui, nous dirons qu'il a un *droit subjectif* ou un *droit objectif* à l'acte du tiers. Par exemple, tout individu a un droit objectif aux services du facteur des postes chargé de lui apporter son courrier. Au contraire, le maître a un droit subjectif aux services de son domestique.

Il faut une seconde fois sous-distinguer, suivant la dualité du général et de l'individuel.

L'acte du tiers bénéficiant spécialement à l'individu considéré (auquel l'individu a un droit subjectif) peut-être obligatoire pour le tiers en vertu soit d'une obligation objective, soit d'une obligation subjective.

1. On voit qu'on emploie l'expression « avoir droit » dans deux hypothèses différentes. On dit d'abord : « j'ai le droit *de* faire » en visant un acte de l'ayant droit ; on dit aussi « j'ai droit *à* telle chose » en visant l'acte d'un tiers. L'unité qui est au fond de cette double signification apparaît si l'on observe que « j'ai le droit *de* faire tel acte » signifie : « j'ai droit *à* ce qu'on ne m'empêche pas de faire cet acte ».

Dans le premier cas on dit que l'individu est *créancier* de l'acte du tiers. La *créance* est donc une situation doublement subjective. La créance est le droit subjectif à l'acte d'un tiers lorsque cet acte est lui-même objet d'une obligation subjective (1). Par exemple, le vendeur a droit au paiement du prix par l'acheteur. Son droit est subjectif. L'obligation de l'acheteur est également subjective. C'est pourquoi le vendeur est *créancier* du paiement du prix.

Dans le deuxième cas, on n'emploie pas le mot créance. Comme exemple d'un droit subjectif qui ne soit pas créance, on peut citer le droit d'un chef au tribut de ses sujets. Le droit est subjectif parce que le tribut bénéficie spécialement au chef, mais il n'est pas créancier parce que l'obligation du tribut est objective, pesant sur tous les sujets. Un exemple particulièrement important est celui des *droits réels*. Un droit réel est un droit subjectif parce qu'il bénéficie spécialement à un individu. Il n'est pas une créance parce que l'acte auquel il donne droit n'est pas celui d'un tiers déterminé.

B. L'acte n'est pas obligatoire pour le tiers mais l'individu considéré peut le rendre obligatoire. Autrement dit, l'individu considéré peut créer une règle de droit ayant pour objet l'acte du tiers. La création de la règle de droit est un acte juridique et l'on dit que l'individu est *compétent* pour (ou *capable* de) faire cet acte juridique. Une fois l'acte juridique fait, une fois la règle posée, l'acte est obligatoire pour le tiers et nous tombons dans l'hypothèse étudiée ci-dessus sous la lettre A.

Remarque finale. — Il faut dire qu'un individu se trouve

1. On voit par là que la créance est l'envers de la « dette », puisque nous avons défini cette dernière une obligation subjective bénéficiant à un tiers déterminé.

dans une *situation juridique objective* lorsqu'il a soit un droit objectif soit une obligation objective.

Il faut dire qu'un individu est dans une *situation juridique subjective* lorsqu'il a soit un droit subjectif, soit une obligation subjective.

II

Comparaison entre le tableau précédent et les théories en cours.

Le tableau que nous venons de dresser n'est pas une théorie nouvelle. Nous nous sommes contentés de nous référer à tous les termes de la langue juridique pratique (particulièrement de celle du droit civil), de leur marquer une place à chacune et de préciser leur sens avec le souci, et le sentiment, de ne pas le déformer.

Nous avons dépassé la terminologie pratique, néanmoins, en ce que nous avons eu recours aux mots « objectif » et « subjectif », que nous avons pris dans le sens que leur donnent M. Jèze et toute l'école des jeunes publicistes, à savoir de « général », « impersonnel » pour objectif, et de « spécial » « individuel » pour subjectif.

Nous avons dépassé la terminologie de M. Jèze à son tour, en ce que nous nous sommes référés à la notion de « règle de droit individuelle » que nous avions introduite dans un précédent chapitre, et qui est encore très peu usitée dans la doctrine française. Cela nous a permis de généraliser beaucoup plus que ne le peut faire M. Jèze la distinction de l'objectif et du subjectif (au sens de général et d'individuel). Nous avons

pu parler non seulement de situation subjective (ou objective) d'un individu, mais encore de droit subjectif (ou objectif) d'un individu, d'obligation subjective (ou objective) d'un individu, de règle de droit subjective (ou objective).

Nous sommes ainsi arrivés à une systématisation complète, puisque nous avons défini tous les termes employés en fonction de la notion première de règle de droit ou impératif juridique.

III

La querelle du droit objectif et du droit subjectif.

Nous avons employé, dans les sections précédentes, les mots « objectif » et « subjectif », mais nous avons pris soin de les définir comme synonymes de « général » et « d'individuel ». Nous les avons donc employés non pas pour *définir* les notions dénommées, mais seulement pour les *signifier*. Que l'on considère donc ces mots abstraction faite de toute signification antérieure, comme s'ils étaient des néologismes.

Or, depuis une vingtaine d'années, la question de la classification des différentes situations juridiques individuelles dégénère en *querelle du droit objectif et du droit subjectif*. C'est que la doctrine a perdu de vue les distinctions essentielles suivantes :

1° Lorsque les mots *objectif* et *subjectif* sont utilisés pour signifier les diverses situations juridiques où peut se trouver l'individu relativement à la règle de droit, il s'agit d'une pure question de terminologie et nullement de la question de l'*objectivisme* ou du *subjectivisme* juridiques (c'est-à-dire

de la question de savoir si la règle de droit a une existence objective ou subjective, les mots *objectif* et *subjectif* étant alors pris dans leur sens philosophique).

2° En tant que *signifiant* des situations juridiques déterminées, les mots *objectif* et *subjectif* ont encore des significations très variables suivant les auteurs (c'est-à-dire que les auteurs ont des terminologies différentes).

La querelle du droit objectif et du droit subjectif est en grande partie une querelle de mots. C'est par des précisions de terminologie qu'on doit la résoudre, et c'est ce que nous allons essayer de faire.

1° Terminologie de M. Jèze et de la majorité des publicistes (1).

M. Jèze emploie les mots *objectif* et *subjectif* en un sens très déterminé, qu'il fixe au seuil même de son ouvrage avec

1. Il faut mettre à part, parmi les publicistes, M. DUGUIT, à qui nous consacrons un paragraphe spécial *infra*, et M. HAURIOU, de la terminologie de qui nous allons dire quelques mots ici. C'est à propos de sa théorie de l'institution ou encore dans son *Précis de droit constitutionnel* que M. Hauriou a très clairement indiqué sa terminologie. Le *droit subjectif* désigne les règles de droit qui appartiennent, pour ainsi dire, à l'organe qui les a édictées, qui sont à sa discrétion, qu'il est libre de maintenir ou de retirer. Le *droit objectif* ou *institution* désigne, au contraire, les règles de droit qui sont détachées de l'organe qui les a primitivement créées, qui vivent désormais d'une vie propre dans l'esprit de la masse des sujets (voir notre chap. IV). Ce sont ces définitions dont on trouve le reflet dans le *Précis de droit administratif* de M. HAURIOU, 10e éd., p. 91 ; 11e éd., p. 294: « On peut donner des *droits subjectifs* la définition suivante : ce sont des pouvoirs destinés à la satisfaction des intérêts du sujet, appropriés par le sujet... Souvent les organes des administrations publiques ont les pouvoirs nécessaires pour réaliser leurs intérêts, mais ces pouvoirs des organes ne sont pas appropriés par le sujet et demeurent des *pouvoirs objectifs* sans prendre la figure de droits subjectifs ».

toute la clarté désirable. *Objectif* veut dire *général, impersonnel. Subjectif* veut dire *spécial, individuel.* On voit que c'est cette terminologie que nous avons nous-même employée.

2° Terminologie des civilistes

Elle apparaît très nettement si l'on consulte l'un après l'autre les deux traités classiques de M. PLANIOL, d'une part, et de MM. Ambroise COLIN et H. CAPITANT, de l'autre. Les expressions « droit objectif » et « droit subjectif » s'introduisent dans le plus récent de ces traités, afin de recouvrir une distinction qui existe déjà, mais innomée, dans le premier.

Voici la première citation :

PLANIOL, p. 1 : « Les emplois très variés qu'a reçus le mot « droit » se ramènent à deux sens principaux.

« Dans son sens fondamental, le mot « droit » désigne une faculté reconnue à une personne par la loi, et qui lui permet d'accomplir des actes déterminés. Tels sont : le droit de propriété, qui permet au propriétaire d'utiliser une chose pour son profit, à l'exclusion de toute autre personne ; le droit de tester, qui permet à une personne d'attribuer ses biens à des successeurs de son choix. etc.

« Dans un autre sens, le mot « droit » désigne l'ensemble des lois, c'est-à-dire les règles juridiques applicables aux actes des hommes. Ainsi on peut dire que les *droits* des individus sont déterminés par le *droit*, en prenant ce mot successivement dans ses deux sens. »

Si l'on se reporte maintenant au traité de MM. Ambroise COLIN et H. CAPITANT, on y retrouve la même distinction,

avec cette seule différence que les mots « objectif » et « subjectif » sont désormais utilisés pour la signifier :

P. 1 : « [Le mot « droit »] désigne d'abord l'ensemble des préceptes, règles ou lois qui gouvernent l'activité humaine dans la société et dont l'observation est sanctionnée au besoin par la contrainte sociale, autrement dit par la force publique. Ce corps de préceptes porte le nom de *Droit* (avec un grand D). Certains jurisconsultes modernes y ajoutent l'épithète *d'objectif*.

« Le mot *droits* (avec un petit d et au pluriel) désigne les facultés ou prérogatives appartenant à un individu et dont il peut se prévaloir à l'égard de ses semblables dans l'exercice de son activité... Entendu dans ce sens, le mot droit désigne, suivant l'expression de Savigny, « un pouvoir de l'individu » ; on l'appelle parfois *droit subjectif*, par opposition au droit objectif défini plus haut. »

On voit clairement quelle est la terminologie des civilistes, la suivante : l'expression « droit objectif » est synonyme de « règle de droit » ; inversement, lorsqu'on dit : « j'ai le droit », *par définition*, il faut entendre : « j'ai un droit subjectif ».

3° Nécessité de distinguer ces deux terminologies.

Il faut bien prendre conscience de cette différence de terminologie existant entre publicistes et civilistes.

Lorsque les publicistes envisagent le droit d'un individu, ils se demandent si ce droit est ou non un droit subjectif ; et ils répondent par la distinction suivante : le créancier du prix, à la suite d'une vente, a un *droit subjectif* ; au contraire, le particulier qui a droit à l'usage des services publics, n'a

pas un droit subjectif (il est, disent-ils, dans une situation objective et non dans une situation subjective). Et nous, qui systématisons cette terminologie, nous disons : l'usager des services publics a un droit objectif à user de ces services.

Les civilistes, au contraire, ne font pas cette distinction ; du moment qu'un individu a un droit, c'est toujours, à leurs yeux, un droit subjectif ; par conséquent, l'usage des services publics constitue, aux yeux des civilistes, un droit subjectif (1).

Ce qu'il faut bien voir, c'est que ces deux points de vue ne sont pas contradictoires ; ils ne sembleront contradictoires qu'à ceux qui méconnaîtront la différence des terminologies civiliste et publiciste ; mais ils ne le sont pas, puisque l'objectif, ni le subjectif des civilistes ne sont l'objectif ni le subjectif des publicistes. Mais quelle tentation, pour le civiliste, de s'étonner, et, pour le publiciste, d'étonner ! (2).

1. On peut faire remarquer que la distinction du droit objectif et du droit subjectif, au sens publiciste, correspond, dans la terminologie civiliste, à la distinction des *droits acquis* et des *simples expectatives*. Mais, sous cette forme, elle n'a jamais eu la netteté que lui ont donnée les publicistes

2. Il faut, pour être complet, signaler encore un troisième sens de ces mots en tant que néologismes juridiques (noms donnés après coup à des notions préalablement définies). C'est celui qu'ils ont dans les expressions « responsabilité objective » et « responsabilité subjective », employées tant par les civilistes que par les publicistes. Ces expressions sont synonymes de « responsabilité sans faute » et de « responsabilité à la suite d'une faute ». Nous ne saurions trop répéter que, pour éviter des confusions désastreuses, il faut considérer qu'on se trouve en présence de mots différents suivant qu'on rencontre les mots objectif et subjectif employés dans l'une ou l'autre de ces diverses acceptions. C'est pourquoi nous estimons dangereuse une tentative que nous voyons esquissée par M. HAURIOU, dans la 11e édition de son *Précis de Droit administratif*, et qui tendrait précisément à confondre ce qu'il faut

Ainsi s'explique que le malentendu soit né, quoiqu'il n'eût dû pas naître.

Un exemple topique nous en est fourni par la thèse de M. Joseph BARTHÉLÉMY et par l'acceuil qui lui fut fait (*Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, 1899). L'auteur démontrait que les administrés avaient un *droit subjectif* au fonctionnement régulier des services publics, au respect des formes et de la compétence, d'une façon générale au respect de la légalité. Cette conclusion souleva, de la part des publicistes, « de belles clameurs » (suivant l'expression de M. Duguit, I, p. 147). Mais pourquoi ces clameurs ? Il n'y avait en réalité de scandale que de la part de ceux qui oubliaient de se demander : de quoi s'agit-il ? De quel « droit subjectif », en effet, s'agissait-il ? S'agissait-il de celui des civilistes ou de celui des publicistes ? Or, il s'agissait de celui des civilistes. « Le droit subjectif, disait

de toute nécessité distinguer (le sens du mot subjectif dans l'expression « droit objectif » et dans l'expression « responsabilité subjective »).

Dans la 10e édition, on pouvait lire, p. 91 : les pouvoirs non appropriés par le sujet « demeurent des pouvoirs objectifs *sans prendre la figure de droits subjectifs* ». Dans la 11e édition, cette formule s'est légèrement modifiée et est devenue : les pouvoirs non appropriés par le sujet « demeurent des pouvoirs objectifs *qui n'entraînent pas de responsabilité subjective* ». Serait-ce donc que « responsabilité objective » va nécessairement de concert avec « pouvoirs objectifs ». C'est un rapprochement que suggère l'emploi du mot objectif dans les deux expressions. Mais il faut se garder de l'apparence trompeuse.

On peut se demander encore quel est le sens des mêmes mots dans les expressions « juridiction objective » et « juridiction subjective » ou encore « recours objectif » et « recours subjectif ». Il faut répondre que ces expressions doivent s'entendre dans la terminologie des publicistes. Un recours objectif, dirons-nous, est celui qui dénonce une violation d'une règle de droit générale, objective ; un recours subjectif est celui qui dénonce la violation d'une règle de droit individuelle, subjective.

l'auteur, p. 21, est celui dont la réalisation peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition du sujet. » En partant de cette définition, la conclusion de l'auteur devenait évidente, incontestable ; et ce qu'il eût fallu voir, c'est qu'elle n'était pas contradictoire avec celle des publicistes qui, à la même époque, déclaraient que les administrés étaient dans une situation juridique *objective*, car ce qui, par définition, était objectif pour les uns, était, par définition également, subjectif pour les autres. Traduites en une langue commune, ces théories, en apparence contradictoires, seraient devenues concordantes.

C'est le même malentendu qui explique l'attitude des civilistes en face des conclusions des publicistes. Lorsque ces derniers soutiennent que le droit de propriété n'est pas un droit subjectif, cette proposition semble inconcevable à beaucoup de civilistes. Et, de fait, elle n'a aucun sens dans la terminologie civiliste, puisque, dans celle-ci, la propriété est, *par définition*, un droit subjectif. Mais il suffirait d'expliquer de part et d'autre ce qu'on entend par « droit subjectif » pour que l'on tombât d'accord.

4° L'intervention de M. Duguit (1).

La querelle et le malentendu, loin de se résoudre, s'amplifient au contraire après l'intervention de M. Duguit. C'est que M. Duguit introduit un élément de complexité nouveau en employant lui-même les mots objectif et subjec-

1. Nous nous plaçons ici à un point de vue statique et non historique. Nous exposons les diverses théories telles qu'elles s'affrontent aujourd'hui, en adoptant l'ordre d'exposition qui nous semble le plus clair ou le plus commode, et non celui qui est historiquement exact.

tif en des sens divers. Jusqu'alors la discrimination entre les terminologies pouvait se faire en discriminant les auteurs, maintenant c'est dans l'œuvre même d'un auteur qu'il faut pénétrer pour distinguer et analyser (1).

M. Duguit nie purement et simplement le droit subjectif. Or, quelle fut l'attitude des civilistes devant cette négation brutale ? M. Duguit la décrit fort exactement dans sa troisième édition (I, p. 77) : « La courtoisie seule empêchait mes collègues de considérer comme un prétentieux et fol auteur celui qui avait l'audace d'écrire que l'affirmation traditionnelle du droit subjectif ne reposait sur aucun fondement solide et qu'il n'y avait là qu'une hypothèse n'ayant pas plus de valeur que n'en avait celle du phlogistique dans l'ancienne physique ou celle du principe vital en physiologie. Les civilistes surtout affectaient d'ignorer totalement des études de ce genre. »

Cet accueil est facilement explicable. Les civilistes ont cru, en effet, que M. Duguit niait ce qu'ils entendaient eux-mêmes par « droit subjectif ». Or une telle négation serait véritablement inconcevable. Qu'est-ce, en effet, que le droit subjectif pour les civilistes ? C'est le mot « droit » dans l'expression « j'ai le droit ». Or peut-on nier cette expression ? Evidemment non. On peut l'expliquer et alors on voit qu'elle signifie : « il est conforme au droit que je... (que je reçoive telle prestation ou que j'accomplisse tel acte). » Mais

1. On trouve dans l'œuvre de M. Duguit trois terminologies distinctes de l'objectif et du subjectif, 1° la terminologie civiliste; 2° la terminologie propre de l'auteur que nous indiquons ci-dessous au texte et 3° la terminologie de M. Jèze dans les expressions « situations juridiques objectives » et « situations juridiques subjectives ».

la nier est un non-sens. On explique un mot, on analyse son contenu, mais on ne le nie pas.

La négation de M. Duguit n'a donc de sens que s'il entend par droit subjectif autre chose que n'entendent les civilistes. C'est, en effet, ainsi qu'il faut expliquer sa théorie.

Mais ce qui rend les choses infiniment complexes, c'est que M. Duguit a l'intention d'employer le mot « droit subjectif » dans le sens où l'emploient les civilistes, et c'est par suite d'une fausse interprétation de la pensée de ceux-ci qu'il nie, en définitive, quelque chose de tout différent de ce que les civilistes ont en vue en parlant de droit subjectif.

Dans le passage suivant, en effet, les mots *objectif* et *subjectif* sont pris incontestablement dans l'acception civiliste : I, p. 73 : « Quand on demande : qu'est-ce que le droit, quel est le fondement du droit, quelle est son étendue, le droit s'impose-t-il à la force ou la force crée-t-elle le droit, on a uniquement en vue le droit objectif (1). Quand on parle des droits de l'homme, des droits de l'Etat, du droit des peuples, c'est toujours le droit subjectif que l'on a en vue. »

Le passage suivant semble devoir s'expliquer de la même façon : I, p. 177 : « Pourquoi donc cette opinion si généralement répandue et cette affirmation continuellement répétée : j'ai le droit de faire telle chose ? Pourquoi cette notion de droit subjectif qui est partout dans les ouvrages des juristes et dans les lois des législateurs et qui n'est nulle part dans la réalité ? »

Mais, en réalité, M. Duguit prête à cette notion de « droit subjectif » un contenu tout différent de celui que les civi-

1. Le texte porte « subjectif ». Mais nous croyons être en présence d'une faute d'impression. C'est pourquoi nous corrigeons en « objectif ».

listes lui accordent. M. Duguit opère d'ailleurs cette transformation sous couleur de *révéler* les civilistes à eux-mêmes. A cet effet, il leur tient à peu près ce langage : « Lorsque vous parlez de droit subjectif, lorsque vous dites d'un individu qu'il a le droit de faire quelque chose ou d'obtenir quelque chose, au fond, et quoique vous n'en ayiez pas très nettement conscience, vous attribuez à cet individu une volonté supérieure par essence à la volonté d'un autre individu, une volonté telle qu'elle se subordonne la volonté d'autrui, qu'elle crée chez autrui un non-pouvoir de vouloir. Le droit subjectif dont vous parlez est ce pouvoir de volonté ainsi défini. » M. Duguit en conclut que la notion de droit subjectif est une notion métaphysique et qu'elle doit être rejetée.

Que telles soient les prémisses de M. Duguit, c'est ce qu'a fort bien vu M. Bonnard lorsqu'il déclare (1) : « La définition du droit subjectif (pouvoir de volonté de s'imposer à une autre volonté et de créer ainsi une subordination de cette dernière) que donne Duguit est la pierre angulaire de sa critique du droit subjectif, la raison essentielle pour laquelle il rejette le concept autonome de droit subjectif ». C'est ce qui ressort également du passage suivant de M. Duguit lui-même : I, p. 127 : « Le droit subjectif, ou n'est rien, ou est le pouvoir propre de la volonté d'une personne de s'imposer comme telle à certaines autres, quand l'acte de volonté de cette personne a un certain objet et est déterminé par un certain but ; en un mot, le droit subjectif est un pouvoir de volonté qui implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté humaine titulaire de ce pouvoir. Le droit subjec-

1. Voir *Revue internationale de la théorie du droit*, n° 1, p. 26.

tif est cela et ne peut être que cela ; il est cela ou il n'est rien. ... L'existence d'un droit subjectif implique une subordination des volontés, une supériorité d'une volonté sur une autre, une véritable puissance d'un individu sur un autre individu. Elle implique un certain caractère affectant l'essence intime de la volonté. On peut concevoir l'existence d'un droit subjectif au profit d'une volonté supra-humaine ; on peut concevoir un droit subjectif conféré à l'homme par un être supra-terrestre... Dans un groupement social humain, nous n'apercevons que des volontés individuelles toutes égales. On ne voit pas, on ne peut pas concevoir quel élément d'ordre positif et humain pourrait constituer une hiérarchie des volontés, une supériorité d'une ou de plusieurs d'entre elles sur une ou plusieurs autres. On n'aperçoit pas et on ne conçoit pas ce qui pourrait donner à une personne humaine un certain caractère qui lui permettrait d'imposer sa volonté à une ou plusieurs autres. Par conséquent on ne peut pas concevoir comment l'individu pourrait être titulaire d'un droit subjectif au regard de la loi normative. » I, p. 199 : « De l'exposé qui précède, il paraît résulter évidemment que, quoi qu'on fasse, quoi qu'on dise, le droit subjectif doit être conçu comme un pouvoir de volonté. ...Quoi qu'on fasse on arrive toujours à reconnaître qu'il n'y a de droit subjectif que lorsqu'il y a un pouvoir de volonté, que le droit subjectif, s'il existe, implique chez un sujet un pouvoir de volonté qui n'existe pas chez les autres, un pouvoir qui peut s'imposer à d'autres, une supériorité d'une volonté sur une autre volonté. »

Dans ces conditions la négation de M. Duguit a un sens bien déterminé. Elle condamne l'opinion de ceux qui analy-

seraient la situation de « l'ayant droit » en un droit subjectif, au sens que M. Duguit attribue à ce mot. Mais personne est-il jamais tombé dans l'erreur dénoncée par M. Duguit ? Supprimer chez autrui la volonté, créer chez autrui un non-pouvoir de vouloir, c'est ce qu'en termes médicaux on appelle hypnotisme. Or il ne semble vraiment pas qu'aucun juriste ait jamais confondu le débiteur et le *medium* en état hypnotique. En tous cas, les civilistes ont protesté qu'ils ne reconnaissaient nullement leur « droit subjectif » dans celui condamné par M. Duguit.

M. Geny notamment a déclaré (1) : « L'éminent doyen de Bordeaux se fait la partie belle en soutenant que le « droit subjectif », qu'il conteste, ne peut être qu'une qualité substantielle de l'homme rendant la volonté de son titulaire supérieure aux autres volontés. Il est aisé d'abuser de certaines expressions peu mesurées pour prêter aux adversaires une conception métaphysique qui dépasse absolument leurs visées. Mais, ici encore, une simple dénégation suffit pour échapper à l'objection. Proclamons-le donc nettement. Aucune idée de qualité métaphysiquement inhérente à la personne ou de supériorité intrinsèque de volonté n'est véritablement indispensable ni même raisonnablement admissible pour rendre la notion, extrêmement simple en son essence, du droit subjectif, telle qu'on l'applique, par exemple, au droit de créance ou au droit de propriété. De quoi s'agit-il, en effet ? Tout uniment de nous représenter à l'esprit et d'exprimer en formules ou mots adéquats une situation de fait incontestable, la possibilité, pour tel ou tel individu,

1. *Les bases fondamentales du Droit civil en face des théories* de L. Duguit, dans *Science et Technique*, t. IV, p. 181.

de faire jouer, en certaines conditions, la contrainte sociale. » Cette réponse n'est pas une conversion, comme semble le croire M. Duguit dans sa 3e édition (I, p. 25), elle est la réplique d'un civiliste qui désavoue les doctrines qu'il se voit attribuées.

Lorsque les civilistes parlent de droit subjectif ils visent tout simplement cette situation que le langage pratique définit par l'expression « avoir le droit » (avoir le droit de marcher dans la rue, avoir droit au paiement de sa créance, etc., etc.). Encore une fois ils se contentent de donner un nom à cette situation, mais le nom de « droit subjectif »,sous leur plume, ne présume en rien la nature ou même l'analyse de la situation juridique désignée.

Si, d'ailleurs, (incités à le faire par les analyses de M. Duguit)ils entreprennent de définir en soi la situation dénommée droit subjectif, ils se trouvent entièrement d'accord avec M. Duguit, avec cette différence qu'ils *définissent* le droit subjectif par les notions que M. Duguit voudrait lui *substituer*. M. Duguit, en effet, veut substituer à l'expression « avoir le droit »,l'expression « agir conformément au droit »,à la notion de « droit subjectif », celle de « prétention conforme au droit».Mais les civilistes n'ont pas à opérer cette substitution,car ces notions sont précisément celles qu'ils désignaient par l'expression droit subjectif. M. Planiol déclare depuis sa première édition « Les droits des individus sont déterminés par le droit. » M. Geny, dans l'étude citée, concède tout au plus l'utilité d'une définition plus précise des mots « droit subjectif », et propose la suivante : le droit subjectif est « la simple possibilité, pour tel ou tel individu, de faire jouer, en certaines conditions, la contrainte sociale... » De même,les

auteurs suivants, qui emploient la terminologie civiliste, s'expriment ainsi qu'il suit : LEVI (*Contributio ad una theoria pilosofica del ordine juridico*, 1911, p. 282) : « Droit objectif et droit subjectif sont des notions interdépendantes et les deux côtés d'une même lentille, la lentille juridique, par laquelle on considère la vie pratique !... pris ensemble, ils forment l'ordre juridique, ou mieux encore... droit objectif et droit subjectif ne sont que l'ordre juridique vu sous l'un et l'autre de ses deux aspects. » AILLET (*L'incertitude de la philosophie du droit, Revue de métaphysique et de morale*, XIX, 1911, p. 258) : « Lorsque quelqu'un émet une prétention conforme au droit objectif... quel danger y a-t-il à dire que cet individu a un droit subjectif ? »

De tout cela il résulte que ce qui sépare M. Duguit des civilistes est uniquement une différence de terminologie. M. Duguit prend l'expression « droit subjectif » en un sens qu'il est seul à lui attribuer (quoiqu'il pense le contraire). Lorsqu'il rejette la notion de droit subjectif, il est au fond d'accord avec les civilistes, car le droit subjectif tel qu'il l'entend est parfaitement étranger aux conceptions civilistes.

Il suffit d'éclairer la terminologie pour mettre fin à la querelle du droit objectif et du droit subjectif. On est, en réalité, d'accord sur ce que le droit subjectif (au sens civiliste) n'existe pas indépendamment du droit objectif, qu'il n'est pas une qualité appartenant à l'individu comme tel, qu'il n'est pas autre chose que l'aspect individuel du droit objectif (au sens civiliste), c'est-à-dire de la règle de droit. La négation de cette proposition serait d'ailleurs une pure absurdité.

5° Droits subjectifs (au sens civiliste) naturels.

Mais voici maintenant où reste possible une divergence entre les auteurs. Et c'est, à vrai dire, quoique généralement innomée, cette divergence qui est au fond de la querelle. Or il y a tout intérêt à la formuler dans ses termes exacts.

Si un droit subjectif (au sens civiliste) dérive nécessairement d'une règle de droit, il peut dériver soit d'une règle idéale, soit d'une règle positive. Un individu a ainsi des *droits idéaux* et des *droits positifs*. D'autre part, si l'on admet la conception des règles de droit naturel, de ces règles résultent aussi des droits subjectifs pour l'individu, qu'on appellera *droits naturels* de l'individu. Or, c'est cette notion de droit subjectif naturel que M. Duguit combat en réalité et qu'il a mal reconnue et mal définie en la considérant comme un pouvoir d'une volonté individuelle en soi. Il sera utile, de ce point de vue, de citer un passage de M. Duguit, où l'auteur s'attaque à la conception individualiste révolutionnaire. Qu'on songe que Rousseau et les révolutionnaires considèrent l'ordre individualiste comme l'ordre juridique *naturel*. Ce qu'ils appellent les droits de l'homme, ce sont les droits qui découlent pour l'homme de la validité de cet ordre juridique individualiste. S'ils proclament ces droits c'est qu'ils proclament l'individualisme, c'est qu'ils croient à l'individualisme qui leur apparaît comme étant le droit en soi, c'est-à-dire le droit naturel. C'est en ce sens que les droits de l'individu sont dans la doctrine révolutionnaire, les droits naturels de l'individu.

On comprend maintenant à la fois quelle est l'erreur de

M. Duguit et comment il a pu la commettre. Voici le passage annoncé :

I, p. 163 : « La doctrine individualiste trouve son expression définitive dans les Déclarations des Droits de l'époque révolutionnaire et particulièrement dans celle de 1789, dont nos codes de l'époque napoléonienne ne sont que la mise en œuvre dans le domaine du droit privé et du droit pénal.

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en « droits. Le but de toute association politique est la conser- « vation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme... « L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de « bornes que celles qui assurent aux autres membres de la « société la jouissance de ces mêmes droits » (Déclaration des droits de 1789, art. 1er, 2 et 4).

« Voilà, en quelques mots, toute la doctrine. On voit que, dans cette conception, l'homme a des droits parce qu'il est homme, que ces droits sont antérieurs à la société, qu'il les apporte en entrant dans la société et que c'est parce que les individus ont des droits qu'il y a une règle sociale dont l'objet et le but consistent dans la protection de ces droits.

« Ces droits de l'individu sont des pouvoirs propres à sa volonté ;ce sont des qualités inhérentes à cette même volonté, qui lui appartiennent parce qu'elle est une volonté humaine. La doctrine individualiste fonde ses affirmations sur la nature de la personne humaine. Elle est libre, dit-elle ; elle est autonome, expression plus générale et qui caractérise mieux la conception individualiste. L'homme a une activité autonome; il a le pouvoir de la développer librement. Ce pouvoir est un droit, c'est-à-dire une puissance d'ordre métaphysique propre à sa volonté d'homme...

« Cependant, l'homme vivant en société, une règle s'établit qui a pour objet de limiter les droits de chacun pour protéger les droits de tous, de restreindre l'autonomie de chacun pour assurer l'autonomie de tous. Une règle de droit, un droit objectif existe donc, mais à titre purement dérivé. Ce qui est au fond, ce qui est le substratum du droit, c'est le pouvoir propre, l'autonomie de la personne humaine ; c'est le droit subjectif, le pouvoir métaphysique de la volonté individuelle. Le droit objectif ou règle de droit repose sur le droit subjectif de l'individu. ...Ainsi on part du droit subjectif pour s'élever au droit objectif ; on fonde le droit objectif sur le droit subjectif. »

Les commentaires de M. Duguit nous semblent déformer la théorie révolutionnaire, comme ils ont déformé la théorie civiliste. Les droits de l'homme dérivent d'un droit objectif, et personne n'a jamais pu le nier tant cela est évident. Si les Révolutionnaires ne l'ont pas dit expressément, cela est sous-entendu par eux et la question leur eût-elle été posée, ils auraient évidemment répondu en ce sens. Le droit subjectif est inconcevable, il est un pur non-sens s'il ne dérive pas d'un droit objectif (toujours au sens civiliste) et cette évidence s'est imposée de tous temps à tous les hommes. Si les révolutionnaires proclament que les droits de l'homme sont attachés à l'homme, sont antérieurs à la société, c'est parce que le droit naturel auquel ils se réfèrent implicitement est lui-même antérieur à la société. Le droit naturel est, en effet, un droit qui existe objectivement, en soi, indépendamment des sociétés et même des hommes, comme les idées de Platon existent avant même qu'elles se reflètent dans les choses singulières.

Les mêmes observations valent non seulement à l'égard des révolutionnaires, mais à l'égard de tous ceux qui, plus ou moins consciemment, professent l'idée de droit naturel. Dans le cours du XIXe siècle lorsque les juristes proclament le droit de propriété inviolable et sacré, ils n'opposent pas, comme les en accuse M. Duguit, la notion de droit subjectif à la notion de règle de droit. Ils parlent seulement en individualistes, en libéraux considérant l'individualisme et le libéralisme comme l'ordre juridique idéal, ou même comme l'ordre juridique naturel. Dire que le droit de propriété est sacré, c'est dire, en réalité, que l'individualisme est sacré, c'est dire qu'une certaine *règle de droit* est sacrée.

Il est parfaitement logique que M. Duguit soit l'adversaire de ces conceptions, car l'inspiration de son œuvre est, en effet, directement opposée à la notion de droit naturel. Mais il importe de voir en quoi consiste cette opposition. Or, elle est entre partisans et défenseurs de la notion de droit naturel ; elle ne doit pas se traduire par une querelle du droit objectif et du droit subjectif.

6° Objectivisme et subjectivisme juridiques

Ou plutôt, c'est bien la question de l'objectif ou du subjectif qui est en jeu, mais à condition que l'on prenne maintenant ces mots dans leur sens philosophique et non plus en tant que néologismes de la langue juridique. Ce n'est plus la querelle du droit objectif et du droit subjectif (au sens strictement juridique de ces expressions) mais la question de l'objectivisme et du subjectivisme en droit : la règle de

droit, l'impératif juridique a-t-il une existence objective ou une existence subjective ? (Problème fondamental que nous avons abordé au chapitre I.)

Les deux problèmes sont entièrement distincts. Mais, toujours à cause de la terminologie, ils sont néanmoins le plus souvent confondus (notamment dans le chapitre intitulé « Les doctrines objectivistes », que M. Duguit a ajouté au tome I de son *Traité*, à la troisième édition). Il faut nécessairement les séparer, et alors on doit dire que ROUSSEAU ou KANT sont objectivistes puisque partisans du droit naturel, et bien qu'ils aient inspiré la déclaration des droits de l'homme. Au contraire, M. Duguit est objectiviste puisqu'à ses yeux le droit se forme dans les consciences individuelles.

7° Conclusion

Nous avons essayé de dissiper les confusions de terminologie qui prolongent depuis plus de vingt ans une querelle sans objet et masquent les véritables problèmes.

Vu : le Président de la thèse,
BASDEVANT.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

8038. — Imp. Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 3-1928