

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



Grupo	_____
Est.	_____
Prat.	_____
N.º	33.249

ANO III

## L'IDÉE DU DROIT

L'idée du droit, il semble d'abord que ce soit là un sujet d'un ordre un peu théorique, assez éloigné des préoccupations actuelles. Sécurité collective, avec ou sans Société des Nations, guerre et neutralité en droit international, capitalisme et communisme, syndicalisme et corporatisme en droit interne et en économie politique, voilà ce qui aujourd'hui intéresse avant tout et il est trop facile de comprendre pourquoi. Mais malgré cette apparence, je crois que le sujet est très actuel, d'un grand intérêt pratique, et qu'il faut le maintenir au premier plan de nos pensées. Car s'il est possible de trouver une solution aux graves problèmes que j'ai rappelés — et j'aurais pu en citer d'autres, — on n'y parviendra que par le moyen du droit. Contrairement à ce que peuvent croire certains profanes, il n'y a aucunement là une notion purement abstraite, théorique, mais aussi et même surtout un phénomène essentiellement concret, positif ; c'est le droit qui vient nous dire quelles sont les règles de morale et d'économie politique qui sont utiles ou nécessaires à la vie normale et ordonnée d'un groupe d'hommes formant une société juridiquement organisée, c'est-à-dire un Etat, Etat moderne, ou Cité antique, qui était déjà un Etat en miniature.

Et c'est la politique au sens élevé du mot, science de l'ordre social, du bien commun du groupe (*πολις*, Cité ou Etat), qui nous indiquera les quantités effectives de bien et d'utile, c'est-à-dire de morale, fondement premier du droit, et d'économie politique, trame de la vie quotidienne, que comporte la vie sociale en vue du bon fonctionnement de ce groupe, en tenant compte aussi de ses conditions de vie antérieure et de ses traditions légitimes ; leur méconnaissance condamnerait à un échec fatal la législation qui, même

sous prétexte d'un progrès à réaliser trop rapidement, refuserait d'en tenir compte.

Ce sont là des points qui ont été très étudiés au cours de ces cent dernières années. L'idée qu'on se fait du droit s'est bien modifiée depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et le commencement du XIX<sup>e</sup> : sur bien des points on constate aujourd'hui un mouvement de retour à la doctrine traditionnelle qui distingue, à côté du droit positif — le droit dit ou posé par l'autorité légitime, — un droit antérieur et supérieur, le droit naturel, qu'on appelle souvent aussi le droit rationnel parce qu'il est trouvé par la raison travaillant sur les données de l'expérience, ou encore le droit idéal parce qu'il n'est jamais complètement réalisé. Le nombre seul des ouvrages qui en divers pays, latins, germaniques, anglo-saxons, a paru sous le titre : *La renaissance du droit naturel*, est la meilleure preuve de ce mouvement, et bien d'autres juristes, sans recourir à ce titre, ont défendu la même idée.

Certes il ne s'agit plus ici, nous le verrons, du droit naturel du XVIII<sup>e</sup> siècle, ce droit toujours et partout le même, même dans le détail, sous prétexte que la vérité est une, ce droit fondé sur le prétendu état de nature de l'homme, état d'isolement d'où il ne serait sorti que par le contrat social.

C'était là un tissu d'erreurs et d'invéraisemblances. L'homme est social par nature ; de plus il n'y a pas de droit possible avant la vie en société, puisque le droit c'est la règle des relations entre hommes vivant en commun ; enfin il est impossible qu'il soit immuable et universel même dans les détails, puisque les sociétés humaines sont très différentes ; il est ridicule de croire que les mêmes règles conviendront à l'Européen du XX<sup>e</sup> siècle, et à l'homme de l'âge de la pierre, ou même au Papou d'aujourd'hui, — je ne dis pas le Tasmanien, puisque la civilisation n'en a pas laissé subsister.

Quand donc je parlerai de droit naturel, ce ne sera que pour viser un droit non écrit, c'est-à-dire non encore posé par l'autorité compétente, mais qui correspond au caractère réel de l'homme, être social par nature, et de plus être moral ; c'est même là sa vraie différence spécifique avec l'animal.

## I. —

Posons-nous d'abord la question d'origine. D'où vient le droit ?

Il existe sans doute une certaine communauté d'origine des divers droits nationaux, puisqu'en fait on constate une grande ressemblance entre les droits positifs des divers peuples civilisés ; ils diffèrent dans le détail mais ils reposent sur les mêmes principes généraux. Quant aux principes essentiels, comme le respect de la parole donnée, l'obligation de réparer le tort causé, le devoir d'obéissance envers l'autorité sociale (principes qu'un juriste italien, Alessandro Levi, croit même pouvoir ramener tous à la notion de bonne foi), la ressemblance est frappante entre le droit naturel et les droits les plus anciens. Qu'on pense à la théorie des obligations en droit romain, si semblable à la nôtre, et même à des droits beaucoup plus anciens encore, antérieurs de plusieurs siècles à l'ère chrétienne, comme le Code d'Hammourabi ou le vieux droit égyptien.

Mais, dès qu'on précise, à bien des points de vue, des différences marquées apparaissent entre les droits de l'antiquité et celui de l'époque moderne. L'antiquité n'a connu ni l'amour du prochain, ni le respect de l'homme, de vie et de sa dignité morale ; elle a pratiqué l'esclavage, elle a nié la liberté religieuse et la liberté de penser ; l'homme ne pouvait avoir d'autre religion que celle de la Cité ; elle n'a pas connu la démocratie, malgré les apparences : la démocratie des cités grecques a bien tous les défauts des démocraties modernes, au point que c'est elle qui fera périr la Grèce, mais ce n'est en réalité qu'une étroite oligarchie ; à Athènes à certains moments il y a dix esclaves pour un citoyen, et ni les esclaves bien entendu ni les Météques n'ont le droit de vote.

A quel moment faut-il faire remonter cette vocation universelle de toutes les nations civilisées à un même droit, un droit commun les enserrant toutes dans ses liens, comme c'est le cas aujourd'hui pour le droit international notamment ? Pour moi, sans aucun doute, à l'apparition du christianisme, ou mieux à son extension. Le fait me semble indéniable, comme à beaucoup d'autres juristes et philosophes. Avec le christianisme, pour la première fois, nous nous trouvons en présence d'une religion qui fait abstraction de

toute différence de nation, de race ou de langue, voire même de cette différence fondamentale dans l'antiquité entre l'homme libre et l'esclave réputé n'être plus un homme. Selon le texte célèbre de St. Paul : «Il n'y a plus ni Grec, ni Juif, ni circoncis ou incirconcis, ni Barbare ou Scythe, ni esclave ou homme libre, mais le Christ est tout en tous». Tous les hommes ont une commune origine et aussi une destinée commune. Dans la doctrine chrétienne, tous sont soumis après la chute originelle à une même vie d'épreuves ; tous aussi ont été rachetés de la même façon, et il ne leur est demandé pour prix de cette rédemption que de s'aimer les uns les autres et de vivre tous en frères. Ces paroles émouvantes, le monde païen les entendait pour la première fois. Elles visaient aussi bien les nations que les hommes ; c'était un appel universel à l'esprit de justice, et même mieux encore à l'esprit de charité. Or l'esprit de justice est précisément le fondement de cet esprit international par lequel on tente aujourd'hui de remplacer la notion périmée de souveraineté absolue.

Pour le christianisme, tous les hommes sont égaux, non pas quant à leur participation effective aux honneurs ou aux biens de cette vie, mais quant à la reconnaissance de leur dignité d'homme ; cette dignité implique pour tous un minimum de droits, ce qui est nécessaire à chacun pour accomplir son devoir, pour atteindre son but, sa fonction d'être raisonnable et libre. Car chaque homme a une fonction à remplir, et l'étymologie de certains mots d'origine chrétienne nous le dit bien haut sans que nous y pensions : défunt vient de *de-functus*, qui a achevé sa fonction ; mais l'ignorance ou l'habitude font que nous employons sans y penser des mots remplis de sens. Dans la loi du Christ, tous les hommes sont égaux, non certes comme mérite ou comme talent, mais par nature, en ce sens que tous sont appelés à une même fin.

Aussi est-ce avec raison qu'on a dit du christianisme, tantôt pour l'en féliciter et tantôt au contraire, comme Nietsche, pour l'en blâmer, qu'il a seul permis la démocratie, entre hommes d'abord, à l'intérieur de l'Etat, comme il la permet aujourd'hui entre Etats de races distinctes, à l'intérieur de la communauté internationale. Par démocratie, je n'entends pas le gouvernement de tous par tous, qui est une utopie, surtout sans autre loi que celle de la majorité, ce qui est une grave erreur, mais bien l'appel de tous les hommes à un juste contrôle de la façon dont ils sont

gouvernés, la reconnaissance de leur droit, non à commander, ce qui est toujours et nécessairement le privilège d'un petit nombre, mais à être bien commandés. Car désormais tout homme est une fin et non un moyen pour d'autres hommes; contre l'amère et trop exacte constatation du poète païen : *humanum paucis vivit genus*, — toute l'humanité n'existe qu'en vue des jouissances d'un petit nombre, — le christianisme tout entier se dresse d'un seul élan, et il n'a de trêve que lorsqu'il a réussi à rendre une telle maxime si odieuse que ceux même qui la pratiquent n'osent plus en convenir. Il rejette tout pouvoir absolu du maître sur l'esclave, comme du souverain sur les peuples; il libère ainsi l'homme et le citoyen, mais en même temps il s'attaque aux principes essentiels de la Cité antique; aussi son triomphe sera-t-il acheté au prix de longues et sanglantes persécutions.

Il y a donc une différence fondamentale entre l'antiquité païenne et le christianisme, tenant précisément à ce que le christianisme rompt les barrières qu'avait élevées la religion de la Cité antique; avec lui, la religion devient un lien entre nations et l'un des plus forts, au lieu d'être, comme auparavant, une cause de séparation.

Et cependant, malgré cette différence fondamentale, on peut, à un point de vue, réunir l'antiquité et le moyen-âge dans une même catégorie doctrinale: car à ces deux époques c'est le même principe qui domine, c'est l'idée religieuse qui sert à la fois de lien et de sanction. Nous sommes donc toujours dans la phase religieuse de l'idée de droit, mais il y a là comme les deux volets d'un dyptique: dans le premier, l'idée religieuse, particulariste, divise les hommes; dans l'autre, au contraire, une religion universelle, ou du moins à vocation universelle, et qui très vite s'étendit à tout le monde civilisé d'alors, les unit.

Ce second moment de la phase religieuse remplit tout le moyen-âge. Cette période, longtemps considérée comme une période de ténèbres, et aujourd'hui au contraire présentée par tous les érudits comme une période de bouillonnement intellectuel intense; tous les grands courants modernes, souveraineté nationale, contrat social, démocratie, séparation des pouvoirs, arbitrage, y apparaissent, et souvent maintenus dans une juste mesure qu'ils ne connaîtront pas toujours plus tard. En ce qui concerne notamment l'idée du droit qui fait l'objet de notre étude, c'est à ce

moment qu'est élaborée, ou plus exactement complétée et précisée la doctrine traditionnelle, dont les premiers linéaments se rencontrent déjà dans l'antiquité. Il y a donc là une période constructive du plus haut intérêt, et il est nécessaire d'exposer brièvement les résultats obtenus, qui constitueront un point de départ pour les siècles suivants, à ce point qu'un Grotius au XVII<sup>e</sup> siècle et aujourd'hui encore un François Géný pourront les accepter en bloc sans y apporter de modification profonde. Il y a peu de différences, du moins quant au fond, sinon toujours dans les termes, entre la théorie traditionnelle telle qu'elle a été élaborée au moyen-âge et celle à laquelle reviennent aujourd'hui les néo-réalistes : il leur suffit d'apporter à la théorie traditionnelle les modifications de détail nécessaires pour la mettre en harmonie avec l'état social actuel.

Comme je l'ai déjà dit, l'antiquité avait connu la notion de droit naturel (on disait volontiers alors la loi non écrite), c'est à dire d'un droit supérieur aux lois humaines. Avec le christianisme, la supériorité de la loi naturelle, expression de l'ordre divin, sur la loi positive, édictée par les hommes, est bien entendu mise en pleine lumière. Deux hommes qui égalent les plus grandes génies de l'antiquité, saint Augustin, vers la fin de l'Empire romain, et saint Thomas d'Aquin au XIII<sup>e</sup> siècle, siècle de reconstruction générale après l'accumulation de ruines entassées par les invasions barbares, font faire à cette notion du droit naturel un immense progrès.

Le premier a connu et traversé toute la culture grecque et latine : il l'utilise et la dépasse à son tour. On a dit souvent que les trois grandes bases de la civilisation européenne sont les institutions de la Grèce, celles de Rome, et le christianisme. Un remarquable développement de cette idée a été présenté par Paul Valéry dans la première étude du livre auquel il a donné le titre de *Variétés*. A mon sens il faut dire avec plus de précision que la civilisation moderne repose sur les institutions de deux peuples, les Grecs et les Romains, et sur les dogmes de deux religions, les religions israélite et chrétienne. Le christianisme se trouvait à son origine en présence des trois seuls groupes peut-être qui aient eu jusqu'à lui le sentiment de l'universel, donc la possibilité de concevoir un droit commun aux divers peuples tel que nous le concevons aujourd'hui : les Juifs, avec leur éternelle inquiétude qui en

fait si souvent un agent de bouleversement dans les sociétés modernes, mais aussi avec ce caractère qui n'appartient qu'à eux d'avoir été les seuls tenants du monothéisme dans l'antiquité; puis les Grecs, les vrais inventeurs de la philosophie et de la science, mais prédisposés eux aussi par leur intellectualisme même et leur idée de la valeur de l'individu humain à une certaine anarchie; enfin les Romains, avec au contraire leur esprit d'ordre, d'organisation, leur croyance au droit, fondé non sur la force, mais sur les règles d'un ordre naturel et d'une justice supérieure, leur respect de l'autorité, le triomphe chez eux de l'idée nationale, de la collectivité sur l'individu.

Au christianisme devait revenir l'honneur d'effectuer la synthèse de ces éléments presque opposés et cependant nécessaires, et de corriger par l'ordre romain les tendances anarchiques grecques ou juives.

Il affirme hautement la valeur propre de l'homme (nous disons aujourd'hui son éminente dignité) en vertu de laquelle il doit être traité par tous, y compris les gouvernants, comme une fin et non comme un moyen. En revanche, précisément parce qu'il est un être raisonnable et moral, l'homme est tenu de se conformer aux exigences d'une nature qu'il ne s'est pas donnée lui-même; il doit donc respecter l'autorité, sans laquelle la vie sociale qui lui est imposée par sa nature serait impossible. Droits de l'individu et respect de l'autorité, voilà la double affirmation qu'a toujours soutenue le christianisme, les deux bouts de la chaîne qu'il tient énergiquement. Il complète ces deux affirmations par une double négation qui n'en est d'ailleurs que le corollaire: il condamne à la fois la liberté illimitée de l'individu et la souveraineté absolue de l'Etat. Toutes deux, simples moyens et non fins, n'existent qu'en vue du bien commun, seule vraie fin s'imposant à l'homme comme à la société: celle-ci comme celui-là doivent se conformer à l'ordre général du monde et non entrer en conflit avec lui.

C'est cette doctrine chrétienne, exposée d'abord à l'occasion des relations entre l'individu et l'Etat, mais dont il était si facile de prévoir les applications possibles aux relations internationales, qui a transformé le monde en lui apportant à la fois le ferment nécessaire, la charité, l'amour du prochain, si inconnu au paganisme, et un criterium objectif du bien et du mal, d'où découlait en droit la mesure du juste et de l'injuste. Les divers peuples se

sont élevés d'autant plus haut qu'ils l'ont mieux compris et là est l'explication de la supériorité de civilisation des peuples latins et anglo-saxons sur certains autres qui étonnent parfois le monde par leurs actes de violence et de barbarie.

C'est saint Thomas qui a donné de la loi cette définition célèbre, si souvent reproduite après lui : la loi est une ordonnance de la raison, promulguée en vue du bien commun par le chef de la communauté. Sa théorie de la justice a fait l'admiration de M. Duguit, comme sa doctrine sur le fondement du droit a fait l'admiration de Von Jhering, qui regrettait vivement de l'avoir longtemps ignorée et déclarait que, s'il l'avait connue, il n'aurait peut-être pas après lui abordé ces questions. Pour Thomas d'Aquin, le fondement du droit naturel, c'est l'ordre connu par la raison humaine, qui est comme un reflet, une empreinte sur l'homme de la raison divine ; le principe fondamental de Saint-Thomas est que le propre de la raison c'est de connaître l'ordre ; elle n'est pas la source du droit, mais l'instrument propre à nous le faire découvrir. Cet ordre du monde suppose non pas seulement une volonté, mais une raison, une sagesse souveraine, et Leibnitz ne fait que condenser le système de saint Thomas dans une formule d'une frappe magnifique, lorsqu'il nous dit : « Il est très vrai que Dieu est l'auteur de tout le droit naturel, non par sa seule volonté, mais par son essence même, et cela parce qu'il est aussi la source de toute vérité ».

## II. —

Voilà donc à mon sens quelle est l'origine de l'idée de droit : c'est la nature même de l'homme, et c'est pour cela que le droit a existé dans toutes les sociétés humaines ; mais c'est la nature de l'homme complétée, perfectionnée par le christianisme, en ce qui concerne le droit de notre époque ; et c'est pour cela que, si les principes fondamentaux du droit sont les mêmes aujourd'hui et dans l'antiquité, puisqu'ils tiennent à la nature même de l'homme, à son caractère d'être social et moral, à bien des points de vue cependant, il existe des différences marquées entre le droit de l'antiquité et le droit moderne des peuples civilisés, — pour autant bien entendu que ce dernier repose sur la tradition chrétienne, qui

le différencie du droit de l'antiquité. La différence tend à disparaître avec l'Etat totalitaire, communiste, fasciste ou hitlérien, avec lequel on revient à l'erreur de l'antiquité, la négation d'un monde et d'un pouvoir spirituels. Ce fut de l'avis de libéraux comme Fustel de Coulonges ou Emile Faguet la plus grande conquête du christianisme que cette affirmation de deux pouvoirs distincts qui libérait la personne humaine de l'Etat omnipotent. C'est parce que cette distinction s'atténue aujourd'hui que s'aggrave la crise morale dénoncée par tous, y compris les sceptiques en apparence les plus décidés, un Le Dantec par exemple.

Demandons-nous, maintenant que nous connaissons l'origine du droit, quel peut être son but. Cette étude nous donnera en même temps des indications utiles sur son contenu, puisqu'évidemment les règles qu'il contient doivent se trouver en harmonie avec son but.

Le but du droit, est-ce le bien commun, la justice, la sécurité, toutes ces choses à la fois, ou avant tout l'une ou l'autre d'entre elles s'il existe entre elles quelque opposition, et surtout si elles sont en réalité antinomiques, comme on s'est plu parfois à le dire ? Je crois, et j'espère pouvoir montrer que la justice et la sécurité, loin d'être vraiment antinomiques, sont bien plutôt les deux éléments, les deux faces du bien commun ou de l'ordre public qui, bien compris, ont le même sens.

Le droit est la règle de action nécessaire des sociétés que l'homme est tenu de former de par sa nature même, puisqu'il ne peut vivre et se développer isolément. Le droit constitue, comme on l'a dit, un élément spirituel de toute civilisation qu'il manifeste et produit à la fois (1) ; il a pour but d'établir « dans le milieu social un régime de sécurité, de tranquillité dans l'ordre, c'est-à-

---

(1) Les autres éléments de la civilisation seraient la technique, les sciences, les arts et la religion (Jean Lacroix, *Semaine Sociale de Versailles*, 1936, p. 322). Cpr. avec les cinq «sens spirituels» de l'homme, sur lesquels j'ai depuis longtemps attiré l'attention : les sens du vrai, du bien, du beau, de l'utile et du juste. On remarquera la concordance presque complète des deux classifications : aux sciences correspond le vrai, aux arts, le beau, à la technique, l'utile ; au droit, le juste, à la religion, le bien ; au lieu de la religion, je dirais plus volontiers la morale pour ne pas quitter le plan naturel et rester sur le plan des sciences de l'homme (V. mes *Grands Problèmes du Droit*, p. 17 et s.).

-dire la Paix dans la Cité»; il s'applique à moraliser les faits sociaux, il s'efforce d'incarner le spirituel dans le temporel».

Le rôle de l'Etat consiste à poser ou à dire le droit, c'est à dire, par son moyen, car le droit et l'Etat apparaissent l'un par rapport à l'autre comme des moyens nécessaires, à assurer le bien de la société qu'il est appelé à régir, le bien de tous ses membres, donc le bien commun. On voit le lien étroit qui relie entre eux Etat et Société, droit et Etat, bien commun et droit.

Le droit repose sur un certain nombre de données essentiels qui peuvent se ramener à deux : les faits de la nature en dehors de l'homme, et les faits de l'homme lui-même ; d'une façon très générale, on pourrait dire l'élément matériel (géologique, géographique, économique) et l'élément humain ; le premier à peu près fixe — sauf quand l'homme arrive à le modifier lui-même par son travail, comme lorsqu'il sépare ou réunit des continents, — le second au contraire susceptible de varier dans des limites très étendues. Il se subdivise lui-même en faits du passé (l'histoire, la tradition) et faits du présent ; les premiers constituent avec les faits de la nature l'élément stabilisateur, conservateur ; le second l'élément progressif, dynamique.

Comme je viens de le dire d'un mot, le rôle du facteur juridique, c'est-à-dire le but du droit, c'est d'assurer l'ordre, la sécurité par la justice, et ainsi de créer les conditions permettant aux membres du groupe de réaliser leur bien à tous, le bien commun, réalisation qui comporte le maintien d'une juste mesure entre la tradition et le progrès, donc le rejet simultané de la routine et des trop brusques variations. L'Etat, c'est-à-dire pratiquement les gouvernants, législateurs, administrateurs et juges — a évidemment un but lorsqu'il dit le droit ; il le pose, non pas certes arbitrairement, mais en vue d'obtenir un résultat donné ; aussi le droit, comme la morale et la politique (1), est-il une science normative, une science qui pose des règles, qui indique ce qui doit être et non pas ce qui est nécessairement ; c'est ce qu'on exprime en disant que le droit parle à l'impératif et non plus à l'indicatif comme les sciences de la nature physique.

---

(1) Sur les rapports entre la morale et la politique, V. Louis Le Fur, *loc. cit.*, p. 91 et s., et *Règles générales du Droit de la paix*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. LIV, p. 133 à 143.

## III. —

Ces questions d'origine et de but du droit que nous venons d'examiner nous amènent directement à l'étude d'un des points qui divisent le plus les juristes, la question du droit naturel. J'ai dit que cette question divisait les juristes : elle n'est guère discutée parmi les philosophes ; l'un d'eux, d'idées assez avancées, M. Aillet, déclare en parlant d'un juriste qui niait l'existence du droit naturel et ne voulait admettre que le droit positif, que le positivisme sous sa forme brutale lui paraît une attitude sans doute concevable du point de vue purement professionnel, mais philosophiquement intenable. Pour lui le droit naturel a une triple fonction : d'abord une fonction de contrôle et de critique, en inspirant la révolte éternelle de la conscience contre la loi injuste, puis une certaine fonction de légitimation morale (et aussi économique) du droit existant, et enfin une fonction d'inspiration du droit à venir, de détermination de son contenu ; le tout pouvant être désigné comme une fonction à la fois de spiritualisation et d'adaptation au réel (*Archives de Philosophie du Droit*, 1933-II, p. 33-39).

Ce que disent souvent les philosophes, qui ont moins cherché que les juristes à creuser la distinction du droit positif et du droit naturel, c'est que le droit naturel, c'est le nom que les juristes donnent à la morale sociale ; ceci est exact en partie, nous le verrons, mais en partie seulement. Car le droit naturel va beaucoup moins loin que la morale en tant que source d'obligations, et il la dépasse au contraire à d'autres points de vue.

Jusqu'au siècle dernier, à peu près tous les juristes étaient partisans du droit naturel ; au cours du siècle dernier au contraire beaucoup de juristes se sont élevés contre lui. Chose curieuse et qui montre bien qu'il doit y avoir là un malentendu, on en trouve aussi parmi les catholiques : c'est Carré de Malberg qui a dit que le droit naturel était une erreur dont il faut espérer que la science du droit sera une bonne fois débarrassés. Il a été mauvais prophète, car l'existence du droit naturel est de plus en plus admise à notre

époque non plus seulement par les philosophes, mais aussi par les juristes même, qui, pendant des siècles d'ailleurs, je viens de le dire, n'avaient pas eu idée de le nier. Le mouvement de négation n'a commencé qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, à la suite des erreurs et des exagérations des Encyclopédistes sur le droit naturel, alors plutôt appelé le droit de la nature, c'est-à-dire le droit de l'homme avant la vie en société, puisque l'homme était censé avoir d'abord vécu à l'état isolé, la société n'ayant été créée qu'à la suite du fameux contrat social; de plus au XVIII<sup>e</sup> siècle le droit naturel est considéré comme immuable et universel, sous prétexte que la vérité est toujours la même, et il prévoit jusqu'aux plus petits détails.

Comme je le disais au début de cette conférence, il y a là une série d'erreurs qu'aujourd'hui on a peine à concevoir. On comprend dans ces conditions que beaucoup se soient écartés du droit naturel. Mais la conception que s'en faisaient les Encyclopédistes est une sorte de caricature; ce n'est aucunement la théorie classique, traditionnelle, comme on le dit souvent à tort, car cette prétendue tradition ne remonte guère qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle; or, non seulement l'idée du droit naturel est bien antérieure au XVIII<sup>e</sup> siècle, mais les siècles précédents, le XIII<sup>e</sup> notamment, et l'antiquité païenne elle-même, s'en étaient fait une idée tout autre et beaucoup plus exacte. Ce qu'on a peine à comprendre de la part d'hommes de l'intelligence et de l'honnêteté scientifique d'un Duguit, c'est que, après qu'on leur eût signalé leur méprise, ils aient continué à combattre un fantôme et à enfoncer des portes ouvertes, puisque, à ma connaissance, il n'est pas aujourd'hui un seul philosophe ou un seul juriste qui soutienne un droit de la nature ainsi entendu. Il est vrai que, lorsqu'on le comprend ainsi, il est si commode de pulvériser les arguments en sa faveur et de s'assurer un triomphe facile!

J'ai tenu à préciser ce point, quoique je l'aie déjà fait bien des fois, puisqu'on constate parfois encore une semblable méprise; mais enfin elle se fait de plus en plus rare. De plus en plus, les juristes éminents de tous les pays comprennent le droit naturel au sens traditionnel de ce mot; ils se rapprochent ainsi des philosophes spiritualistes, et aussi bien entendu des théologiens qui n'ont jamais varié sur ce point. C'est le cas aujourd'hui de G. Del Vecchio en Italie, bien qu'il soit parti d'une conception assez voisine du kantisme, de Verdross en Autriche, bien qu'il ait été

d'abord disciple de Kelsen, de M. Charles et Fernand de Visscher en Belgique; on en rencontre aujourd'hui de nombreux partisans même chez les Anglo-Saxons: Lorimer, Brierly (dans ses Cours de La Haye) en Angleterre; Wright et Haines aux Etats-Unis; dernièrement Jacques Lambert, qui est un spécialiste des questions américaines, a pu écrire une étude sous le titre: *La mise en œuvre judiciaire du droit naturel aux Etats-Unis*.

Le droit naturel ainsi compris repose sur cette idée évidente que, pour tout être, il existe une loi conforme à sa nature; le monde animal a les siennes, comme le monde végétal ou minéral; l'homme lui aussi est évidemment soumis à des lois qu'il doit respecter s'il veut vivre conformément à sa nature, et même souvent s'il veut vivre tout court. Ceci, personne ne peut le nier, ni même déclarer que cette loi naturelle varie avec les différentes sortes d'hommes, sous peine d'affirmer par là même qu'il y a non pas seulement plusieurs races ou espèces d'hommes, mais plusieurs natures d'hommes, et par conséquent non pas un genre ou un règne humain unique comme on l'a toujours dit jusqu'ici, mais bien plusieurs différents, auquel cas ce serait une erreur d'avoir réservé à tous ces genres différents le même nom d'homme. Or il n'en est pas chez nous comme aux Etats-Unis où la hantise du Noir fait encore affirmer par certains Blancs qu'il n'est qu'une sorte d'animal parlant, ne possédant pas les caractéristiques de l'homme civilisé; il les possède si bien en réalité que certains Noirs, médecins ou avocats, officiers ou théologiens, sont de beaucoup supérieurs à certains Blancs en intelligence et en moralité. Et cette unité de la nature humaine est confirmée par les missionnaires des régions du globe les moins civilisées; il existe encore, dans le bassin de l'Amazone notamment, des points où un homme blanc n'a jamais passé, du moins jamais résidé; il s'y trouve des races d'Indiens qui ne savent pas compter au-delà de dix, et dont les enfants, élevés à l'européenne, se montrent dès la première génération les égaux de beaucoup de Blancs en intelligence et en moralité.

Si donc on admet, et c'est l'évidence, qu'il y a un minimum de nature humaine commune à tous les hommes, — autrement ceux qui ne possèdent pas ce minimum n'auraient pas droit à ce titre d'«homo sapiens», — il y a aussi un minimum de loi commune à tous les hommes; et comme l'homme présente cette particularité

d'être un animal raisonnable, ayant le sentiment du devoir et doté d'une certaine liberté, on peut donner à ce minimum de loi commune à tous les hommes le nom de droit naturel, tandis qu'il n'existe pas de droit pour l'animal ou le végétal.

Il n'est personne semble-t-il qui, à la réflexion, ne doive arriver jusque-là, — à moins, comme on l'a vu, de nier l'unité de la nature humaine. Ce qui a fait le mal, c'est que, comme toujours, certains juristes ou philosophes ont exagéré cette doctrine. Autant le droit naturel apparaît comme certain s'il est limité à quelques principes fondamentaux, autant il cesse d'être vrai quand on veut, comme au XVIII<sup>e</sup> siècle, y voir un Code détaillé dont il n'est pas une loi qui ne soit inscrite dans le cœur de l'homme, — ce qui a permis à des matérialistes de faire cette plaisanterie plus facile que spirituelle que semblable inscription n'a jamais été trouvée à l'autopsie. Le droit ne peut pas ne pas varier, non pas tant avec les différentes races d'hommes qu'avec les différentes civilisations dans le temps et dans l'espace, car même aujourd'hui, sans parler de l'homme primitif, il est clair que l'Anglo-Saxon ou le Latin ont besoin d'un droit autrement complexe que le Boschiman ou le Toungouse.

Si le droit, aussi bien rationnel que positif, peut apparaître comme indéfiniment variable en ses détails avec les divers degrés de civilisation, il est cependant un petit nombre de principes fondamentaux qui viennent informer, innerver tout le reste, et qui sont immuables aussi longtemps que la nature humaine n'aura pas changé, — si elle doit jamais le faire, et alors on se trouverait en présence d'un autre être que l'homme actuel. Ces principes qui dirigent et dominant tout l'ensemble du droit, comprennent d'abord certaines règles relatives au rapprochement des sexes, à la procréation, aux premiers soins à donner aux jeunes aussi longtemps qu'ils leur sont nécessaires, règles qui sont communes aux hommes et aux animaux et même, pour quelques uns, à certains végétaux; prises à l'état brut, avant leur transformation par la loi humaine (qui, de l'accouplement des animaux par exemple ou de l'allaitement des jeunes mammifères, fera le mariage chrétien ou l'éducation des enfants dans les peuples civilisés), ces règles ne méritent guère le nom de droit; elles ne le méritent même pas du tout en réalité, puisque chez l'animal elles sont le résultat d'un simple instinct, non d'un sentiment d'obligation morale ou juridique. Si on les laisse de côté pour s'attacher au droit proprement dit,

aux règles qui s'adressent à un être doué de raison et de liberté, on peut ramener à trois ces principes directeurs qui seront : le respect de l'autorité nécessaire au bon fonctionnement de la société, puisque l'homme vit toujours en société, le respect des engagements librement pris, et la réparation du tort injustement causé.

On peut affirmer que ces règles fondamentales existent partout. Si on l'a parfois nié, c'est pas suite d'une erreur sur l'extension de la notion de prochain. Dans l'antiquité, et aujourd'hui encore dans certains pays où le christianisme n'a pas pénétré, on ne considère comme le prochain que les membres du groupe. Comme l'a dit Sumner Maine, les chiens de la tribu sont plus respectés que les hommes d'un autre groupe avec lesquels on est presque toujours en lutte. Même chez les Grecs ou les Romains, tout autre peuple est qualifié de barbare ; on n'est donc tenu à rien à son égard. Il y a là une erreur sur la notion de prochain, erreur condamnée nous l'avons vu depuis le christianisme ; mais à l'égard de ceux considérés comme le prochain, partout ces règles fondamentales existent et sont respectées.

Une autre objection qu'on a faite à cette conception, c'est qu'à ce compte le droit naturel serait bien minimisé. C'est tout à fait inexact ; ces principes inspirent et dominent tous nos codes : le second, le respect des accords librement conclus, domine les codes civil et de commerce et tous les contrats de droit public et privé ; le troisième, l'obligation de réparer le tort injustement causé, domine tout le code pénal et une partie importante du Code civil (la responsabilité pour faute, au sens large du mot, de l'article 1382 du Code civil). Bien loin donc d'admettre cette objection que le droit naturel est ainsi minimisé, je serais bien plutôt porté à dire : Plaise au ciel que les principes en question, prétendus insuffisants, soient toujours respectés, soit en droit interne, soit en droit international ; cela assurerait immédiatement à tous les hommes une tout autre vie, et notamment une tout autre sécurité !

Ainsi, comme je le faisais remarquer tout à l'heure avec M. Aillet, le droit naturel joue nécessairement un double rôle de légitimation et de direction du droit positif : légitimation et contrôle par la morale, et aussi par l'économie politique, car si le droit repose sur la justice, donc sur un fondement moral qu'il ne peut contredire, il faut bien se dire qu'il n'y a pas seulement des questions de morale en jeu, mais aussi — et je dirais même surtout,

quant aux détails — des questions d'économie politique; le droit, pour les membres d'une société donnée, c'est comme la projection du sens du juste, qui est la conciliation de l'honnête (le bien moral) et le l'utile (le bien matériel).

Il en résulte, point que j'indique en passant, que la représentation ancienne du droit et de la morale comme deux cercles concentriques, le droit se trouvant à l'intérieur de la morale, est très inexacte; en réalité il s'agit de deux cercles largement excentriques; un exemple bien simple le prouvera: dans les grands villes modernes, la règle la plus essentielle pour la circulation est l'obligation du croisement à droite ou à gauche; il est clair que ceci n'a rien à voir avec la loi morale; mais une fois la règle posée, qu'on doit se croiser à gauche comme en Angleterre, ou à droite comme chez nous, la morale reprend son empire; elle fait un devoir aux membres du groupe de respecter cette règle, amoral en elle-même, parce qu'elle est nécessaire dans l'intérêt général pour éviter de multiples accidents, mort d'hommes et destruction de richesses.

Je voudrais, avant de terminer, vous montrer que la notion de droit naturel ainsi comprise est une vérité qui s'impose et que, chez beaucoup de ceux qui rejettent le droit naturel, il y a ou bien une contradiction ou parfois une simple question de terminologie, qui ne vaut pas alors ni le temps ni la peine consacrés à cette discussion.

Il y a contradiction, dont s'étonne à bon droit celui même qui croit la rencontrer, M. Haesaert, lorsqu'il fait cette remarque qu'il existe une contradiction inexplicable entre l'inexistence du droit naturel, d'après lui, et le merveilleux succès de ses applications; à peu près tous les progrès du droit lui sont dûs, constate-t-il, que ce soit en matière de liberté individuelle ou de droit pénal, de législation ouvrière ou de droit international public. Il suffit de répondre comm je l'ai fait dans mes *Grands Problèmes du Droit* que ce prétendu paradoxe, inexplicable en effet, tel qu'il le présente, est précisément créé par la négation même du droit naturel. Si au contraire ce dernier est vrai, ses succès incontestables s'expliquent par là même, ils sont une simple application du proverbe que l'arbre se juge à ses fruits.

Il y a contradiction encore pour ceux qui, comme M. Basdevant, dans son récent Cours de La Haye, invoquent constamment les

nécessités sociales, la loi morale, la justice, qui font au législateur l'obligation d'en tenir compte, et après cela critiquent les partisans du droit naturel, auxquels ils ont pris tous les points essentiels de leur doctrine. Ce n'est pas dans le droit positif évidemment que les positivistes trouvent ces notions de morale et de justice qui vont devoir guider le législateur et le juge, et qui précisément constituent le fond même du droit naturel, à ce point que plusieurs juristes, MM. Gény et Maury notamment, l'identifient avec la justice. Il semble que M. Basdevant ait été guidé par l'idée que, si le droit naturel était reconnu comme supérieur au droit positif, ce serait faire tomber le droit dans l'arbitraire, ce serait donner au juge par exemple le droit de ne pas tenir compte de la loi positive au nom de sa conception subjective de la morale ou de la justice. Il y a là une double erreur ; d'un côté la morale et la justice ne sont aucunement des notions subjectives, nous le savons ; il suffit, pour s'en convaincre, de constater leur présence chez tous les hommes, donc leur objectivité, puisque ce qui est propre à tous les hommes n'est pas une particularité subjective sans doute ; qu'on se rappelle aussi combien le sentiment de la justice est déjà puissant chez les enfants. D'un autre côté, les partisans même du droit naturel sont les premiers à déclarer qu'en cas de texte précis le juge doit l'appliquer, puisqu'il est institué pour cela et a prêté serment de le faire — sauf, si la loi en question est nettement contraire à la morale, ce qui a pu arriver parfois en certains pays, à donner sa démission, ce qui constitue alors pour lui la seule issue à la difficulté. Mais dans le cas d'une disposition douteuse, d'un texte peu clair à interpréter, et aussi dans les législations qui comme le Code Civil suisse, article 1er, décident que le juge, en cas de silence de la loi, doit statuer comme l'eût fait le législateur, puisqu'en ces cas le juge, statuant en droit positif, doit cependant s'inspirer de la justice, pourquoi ne pas appeler droit naturel ces règles qui vont inspirer et guider une décision de droit positif. comme le faisait en effet un article du titre préliminaire du projet de Code civil français ?

Il y a non plus contradiction, mais malentendu, ou même, nous le verrons, simple question de terminologie pour les spiritualistes en général et particulièrement pour les catholiques qui, contrairement pour ces derniers à l'opinion unanime des théologiens, rejettent le droit naturel et prétendent que la morale sociale ou la reli-

gion suffisent avec le droit positif, sans qu'il y ait lieu de faire une place au droit naturel.

C'est un malentendu, ou plus exactement une mauvaise compréhension du droit, si comme beaucoup d'entre eux (MM. Carré de Malberg, Cuche, Ripert et Dabin) ils partent de l'idée que l'efficacité (ou l'effectivité, comme disent volontiers les sociologues aujourd'hui) est un élément nécessaire du droit positif. Comme le meilleur moyen d'obtenir cette efficacité est la contrainte et que le droit positif en est seul muni, ils en reviennent toujours à la grave erreur de Kant que le droit c'est la contrainte, — cette identification étant nécessaire chez Kant pour distinguer le droit d'avec la morale.

Certes l'effectivité est une des conditions du droit complet, mais elle n'est pas la seule; elle l'est si peu que, pour d'autres juristes comme M. Dupeyroux (1), ce à quoi il faut s'attacher avant tout pour savoir si l'on se trouve en présence d'un droit, c'est non pas à son efficacité, mais bien à sa validité au fait qu'il a été posé par l'autorité légitime. Il est facile de citer de nombreux exemples d'un droit qui n'est plus appliqué effectivement, soit en Angleterre, soit en France: qu'on se rappelle, avant la loi de 1901, l'ancien article 291 du Code pénal prohibant les associations, ou encore aujourd'hui les lois de 1901 et de 1904 contre les congrégations. Ces textes ne sont plus appliqués, et ils constituent cependant un droit susceptible d'être remis en vigueur quand le gouvernement le voudra; il y a là deux points de vue complètement opposés: l'un ne s'attache qu'à l'effectivité et l'autre à la validité, à la compétence régulière.

Je dirai du second comme du premier de ces deux points de vue qu'ils sont trop exclusifs, et que le droit véritable est un droit valide et qui s'applique. Il exige donc à la fois les deux conditions d'être pris par l'autorité légitime et d'être effectif; et même pour qu'il y ait un droit complet, il faut une troisième condition, qu'il soit conforme à la justice.

Mais si la réunion de ces trois éléments est très généralement reconnue comme nécessaire pour constituer le droit complet, le droit juste, en fait sont-ils toujours nécessairement réunis?

---

(1) *Archives de philosophie du Droit*, 2.<sup>o</sup> cahier double de 1938.

Evidemment non et bien des positivistes même, comme le juriste italien Alessandro Levi, n'hésitent pas à le reconnaître. Je viens de citer des exemples de droit non effectif; il serait facile d'en citer de droit injuste, d'un droit de classe par exemple, comme le droit communiste, aussi directement contraire à l'intérêt général ou au bien commun, but du droit, que les régimes les plus despotiques ou oligarchiques des siècles précédents, y compris l'antiquité. Le communisme, depuis vingt ans, fait peser un joug de fer sur la malheureuse population russe, au nom des intérêts futurs de la classe ouvrière, petite minorité en Russie même; pour obtenir un résultat dont la réalisation s'éloigne chaque année, des millions de Russes sont morts de famine, de froid dans les camps de travail glacés de l'extrême-nord ou fusillés dans les geôles du Guépéou, et à l'heure actuelle encore, au dire de tous les observateurs impartiaux, souvent anciens communistes convaincus, la classe ouvrière est beaucoup plus misérable que partout ailleurs. Il souffit, pour se rendre compte de la situation en Russie, de lire les ouvrages aujourd'hui nombreux dont beaucoup émanent d'anciens communistes ayant passé des années dans l'enfer russe et déclarant que nul pays n'est aussi éloigné d'un socialisme effectif que la Russie; je citerai notamment l'ouvrage de Andrew Smith, *J'ai été ouvrier en U. R. S. S.*, — et aussi le beau livre tout récent d'un homme venu d'un milieu bien différent mais dont les conclusions sont les mêmes, M. Germain Martin, *De la civilisation latine à la dictature asiatique*.

Qu'on se rappelle aussi le moment terrible où triompha à Barcelone le gouvernement anarchiste, si ces deux mots peuvent être accouplés, ces nuits sanglants se renouvelant des semaines durant, où avaient lieu dans les fossés de la citadelle de Montjuich l'exécution arbitraire de plusieurs dizaines de personnes, sans aucun jugement bien entendu, par les membres des comités anarchistes qui s'étaient d'eux-mêmes institués à la fois juges et bourreaux: c'était devenu comme le droit effectif, la coutume régulière en quelque sorte de la capitale, puisqu'elle était tolérée par le gouvernement — malgré lui peut être, c'est là une autre question, — mais si on ne s'attache qu'à l'effectivité, pendant ces mois terribles, c'est là certainement qu'elle était.

C'est donc à la fois une constatation rationnelle et une évidence de fait que les divers éléments de ce que j'ai appelé le droit complet

ou le droit juste, légitimité, validité, effectivité, peuvent se trouver séparés; c'est là ce qui rend nécessaire, quand on y réfléchit, ce dualisme du droit positif et d'un autre droit, quel que soit le nom qu'on lui donne, droit non écrit, droit naturel, objectif ou rationnel.

Qu'on me comprenne bien ici, car on m'a adressé à ce sujet une objection qui porte complètement à faux; on m'a reproché d'avoir installé le dualisme à l'intérieur du droit, qui doit nécessairement être un.

Je ne prétends aucunement installer à l'intérieur du droit un dualisme théorique; je suis le premier à affirmer que dans le droit véritable, le droit juste ou le droit complet, ce dualisme n'existe pas, et que dans une bonne législation, compétence légitime, effectivité et justice sont réunis; mais ce que j'affirme c'est que, en fait, elles seront parfois séparées, et qu'assez fréquemment l'un ou l'autre de ces trois caractères fera défaut.

Si on se refuse à le reconnaître, contrairement à l'évidence, on n'a plus le choix qu'entre deux solutions, toutes deux également inexactes :

Celle volontiers soutenue par les théologiens et récemment encore par quelques juristes spiritualistes, MM. B. Tabbah, Silvio Trentin par exemple, d'après lesquels il n'y a de droit que le droit juste, conforme au bien commun; toute loi qui lui est contraire n'est pas du droit, de sorte qu'au nom de ce critérium on retirerait volontiers le caractère de droit, sinon à la totalité, du moins à la plupart des lois prises par certains régimes: Russie soviétique, Mexique de ces dernières années, Catalogne anarchiste.

A l'extrême opposé, nous trouvons la théorie des positivistes juridiques, logiques avec eux-mêmes, pour lesquels le droit posé par l'autorité compétente est le seul droit. Ce peut être parfois le droit d'un fou, comme certaines décisions d'un Caligula ou d'un Héliogabale, le droit d'un despote sanguinaire, comme les anciens rois du Dahomey avec leurs sacrifices de centaines et parfois de milliers de victimes à la mort d'un roi victorieux, le droit d'un fanatique, comme celui de Lénine, qui pour créer ou plus exactement essayer de créer — puisque finalement il devait échouer — un régime communiste, condamna plus de cent millions d'hommes à une vie affreuse pendant des dizaines d'années! Mais peu importe, ses décisions étaient le droit, puisqu'il représentait le pouvoir officiel en théorie. Et il faut en dire autant des pires fan-

taisiés de son successeur Staline, aujourd'hui autocrate de Russie et qui fait disparaître successivement tous ses anciens compagnons de lutte, tous les grands chefs de l'armée russe, ses meilleurs diplomates, etc.

A mon sens, ces deux théories extrémistes sont également fausses et c'est là qu'apparaît l'utilité de la distinction entre le droit naturel et le droit positif, distinction d'ailleurs reconnue, il est facile de le constater, par la langue courante et par toutes les définitions autorisées du mot droit, non seulement en français mais dans la plupart des langues. Qu'on consulte à ce point de vue les grands dictionnaires qui font autorité, en France ceux de l'Académie, de Littré, de l'Encyclopédie du XX<sup>e</sup> siècle : partout le sens de droit non écrit figure avant celui de la loi proprement dite. En vertu du dualisme de fait que nous constatons tout à l'heure, on ne peut pas ne pas distinguer entre un bon et un mauvais droit. Le droit des plus mauvais régimes, du moment qu'il est posé par l'autorité compétente et qu'elle réussit à le faire appliquer, est du droit, mais ce peut être un mauvais droit, un droit détestable qu'il faudra rapidement modifier si l'on ne veut pas qu'il conduise directement le pays à sa ruine ; le bon droit est celui qui réunit les trois caractères présentés avec raison comme de la nature du droit, mais dont l'un ou l'autre peut en fait manquer parfois.

Mais ne suffirait-il pas, et c'est la dernière objection que j'examinerai, de donner à ce prétendu droit naturel le nom de morale, du moins de morale sociale, qui permettrait de réserver le terme de droit au droit effectivement appliqué ? Alors tout le monde serait d'accord, comme me l'ont dit plusieurs de ceux qui croient encore devoir nier le droit naturel.

Si l'on est d'accord au fond pour déclarer que cette morale sociale lie le législateur et le juge, l'intérêt de la discussion diminue évidemment beaucoup. Même alors cependant, à mon sens, il y a intérêt à distinguer entre droit naturel ou rationnel et morale sociale : en dehors de cette première précision que le droit naturel, contrairement à la morale des sociologues positivistes, suppose une morale supérieure à l'homme individuel ou collectif, il est une seconde précision qu'il faut faire et qui le différencie nettement de la morale sociale : la morale sociale, comme la morale individuelle, dépasse infiniment le droit à certains points de vue ; le droit positif se borne à sanctionner ceux des principes de la morale qui

lui apparaissent comme nécessaires au bon fonctionnement de la société; il suffit de rappeler que certaines personnes trop habiles trouvent le moyen de rester en règle avec la loi en accomplissant des actes que réprouve certainement la morale; la loi ne peut pas tout prévoir; la morale cesserait d'être ce qu'elle est pour l'honnête homme si toutes ses prescriptions étaient sanctionnées par un texte de loi, et d'ailleurs cette simple supposition apparaît aussitôt comme irréalisable.

C'est seulement certaines règles morales particulièrement importantes que le droit positif vient sanctionner; mais ces règles supposent donc comme un droit en puissance, un droit idéal si l'on veut, et c'est seulement cette partie de la morale sociale, et non pas elle tout entière, qui aura droit au titre de droit naturel. Certains de ceux qui le nient, comme M. Cuhe (sous prétexte qu'il n'y a de droit que le droit effectif, celui qui peut être muni de contrainte), reconnaissent qu'il suffit d'une simple opportunité de la contrainte pour qu'il y ait droit: c'est précisément le cas ici pour ces règles qu'on reconnaît qu'il est désirable de voir passer dans le droit positif, et l'expression de droit naturel apparaît donc pour elles comme justifiée.

On le voit d'ailleurs, il ne s'agit plus alors que d'une question de terminologie, qui ne vaut plus la peine qu'on la discute avec tant d'acharnement; cela est vrai du moins pour tous autres que les purs positivistes juridiques, les partisans d'un prétendu droit scientifique, pour lesquels un texte quelconque vaut plus par définition que les notions de morale et de justice les plus certains, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été positivement reconnues; mais j'avoue que, de même que les Anglo-Saxons, j'ai peine à m'habituer à cette idée qu'un texte que son auteur, comme cela arrive parfois, n'aura même pas réussi à faire appliquer, doive être considéré comme plus scientifique qu'une règle morale universelle non encore proclamée par la loi positive d'un État donné.

Je me hâte de conclure, après cette discussion un peu longue peut-être mais bien utile pour préciser les idées. Il n'y a, de l'aveu général, que trois solutions possibles à la question du fondement du droit, dont ne peut se désintéresser un juriste: la première c'est celle du positivisme juridique, qui coupe les ponts entre la morale et le droit; le droit n'y apparaît plus que comme une obli-

gation hypothétique, liée à la contrainte et disparaissant avec elle ; — la seconde solution consiste dans ce qu'on a pu appeler la valorisation du droit positif par la conscience collective des sociologues ; mais comment faire reposer le droit sur une notion aussi douteuse que cette conscience collective, qui est rejetée, en tant que conscience véritable (c'est-à-dire douée de raison et de liberté) par tous autres que les sociologues d'une certaine école ? Et de plus, cette prétendue conscience collective, où se forme-t-elle ? Est-ce uniquement dans les lois civiles existantes, œuvre de la société, ou n'est-ce pas bien plutôt dans une morale supérieure ? Car s'il n'en existe pas une, pourquoi l'anarchiste respecterait-il cette prétendue conscience collective plutôt que la sienne, et préférerait-il l'intérêt social à ce qu'il considère comme le sien propre ?

Il n'y a donc à mon sens que la troisième solution possible, la solution synthétique qui voit dans le droit naturel ou la justice, termes presque équivalents, un équilibre entre le bien et l'utile. Pour tous ceux, autres que les purs matérialistes, qui veulent bien réfléchir à ces questions, il n'existe pas entre le droit et la morale de scission absolue, de cloison étanche ; le droit naturel est le pont qui les relie, la notion qui permet, comme le constatait à contre-cœur Haesaert, de réaliser le progrès dans le droit, en lui incorporant peu à peu ce qui jusque-là n'avait été considéré que comme une loi morale et qu'il paraît maintenant désirable de sanctionner par la loi positive ; le droit naturel c'est donc, comme je le disais tout à l'heure, un droit en puissance ; c'est ce qui est susceptible, en vertu des directives du droit, la morale et l'économie politique, de passer dans le droit positif ; c'est ce qu'il est désirable de voir sanctionner par une bonne législation.

Et nous arrivons ainsi à la distinction très généralement admise aujourd'hui entre les sources formelles du droit (qui sont les lois, les traités en droit international, la coutume, la jurisprudence) et ses sources réelles, on dit aussi ses sources profondes ou matérielles (qui sont la conscience juridique, si l'on veut, mais la conscience juridique des seuls êtres doués de raison et de volonté propre, les hommes). La prétendue conscience collective est une résultante, une représentation collective, si l'on tient à ce terme, des décisions des consciences individuelles des membres du groupe ; — comme la conscience individuelle, elle est donc à base de morale et non pas seulement d'intérêt ; car là où il n'y a en jeu que des questions

d'intérêt, il n'y a pas d'autre criterium que la force pour les trancher ; or la force peut être la loi du monde animal ou végétal, elle est parfois même celle des Etats, et les résultats en sont souvent désastreux, nous le savons par expérience ; mais elle n'est pas, heureusement, l'unique loi de l'home.

LOUIS LE FUR