

le métaphysicien, dit très expressivement Schopenhauer, et vous trouverez le théologien ». Et c'est ainsi que la conception utilitaire et expérimentale de l'éthique n'a quasi pas de représentants de premier ordre, avant le XIX^e siècle dans la philosophie européenne du continent, philosophie dont le caractère général est encore, comme nous le savons, métaphysique et spéculatif. En revanche, ce profond bon sens, cette observation réaliste de la vie, qui sont propres aux peuples anglo-saxons produisent, dans la philosophie anglaise et écossaise, un concept positif de la méthode, un concept sensualiste de la psychologie et, comme corollaire, une tendance utilitaire bien marquée dans les doctrines de la morale et du droit.

Hobbes est le premier qui nous présente une conception nettement utilitaire de l'éthique ; mais il la montre de préférence sous sa phase juridico-politique. Locke, Berkeley et Hume développent plus tard leurs admirables systèmes de la psychologie sensualiste et en font l'application à leurs conceptions respectives de la science des mœurs ; mais c'est *Jérémie Bentham* (1748-1832) qui représente de la façon la plus typique la morale anglaise expérimentale et basée sur l'intérêt. Il expose ses principes avec une vigueur singulière et avec un enthousiasme qui s'explique, par le fait de leur opposition et de leur contraste avec les idées courantes de l'époque, où, même en Angleterre, elles avaient un illustre représentant en Adam Smith, avec sa théorie morale de la sympathie.

Dans ses *Principes de morale*, Bentham affirme que la morale n'est autre chose que la « régularisation de l'égoïsme ». L'homme est instinctivement égoïste ; il répugne à la peine et cherche le plaisir. Il agit toujours selon ses instincts et pour satisfaire ses besoins. La morale est donc la manière de décider de la conduite humaine, en raison de l'utilité de cette conduite. Et, par utilité, Bentham entend « le principe qui fait approuver ou

désapprouver toute action, selon qu'elle tend à augmenter ou à diminuer le bonheur de la personne dont l'intérêt est en question, ou, en autres termes, à contribuer à son bonheur ou à le contrarier ». En effet, « la nature a placé le genre humain sous l'empire de deux souverains : la peine et le plaisir. C'est l'origine de toutes nos idées, la raison de tous nos jugements, la cause de toutes nos décisions dans la vie. Celui qui prétend se soustraire aux suggestions de ces deux maîtres ne sait pas ce qu'il dit... Ces sentiments éternels et irrésistibles doivent faire la base des études du moraliste et du législateur (1).

Tels sont les principes fondamentaux de la théorie de l'intérêt exposée et développée par Bentham. Comme on s'en aperçoit facilement, elle résulte d'une analyse véridique des faits et de la vie. Au point de vue scientifique, son plus grave défaut dépend peut-être du pouvoir démesuré que l'on y attribue à la volonté consciente et intelligente de l'individu. Dans la conception benthamienne, il semble que l'homme aurait inventé la morale raisonnement et de propos délibéré, pour s'épargner des souffrances et se procurer des plaisirs. Or, la science moderne démontre, comme nous le verrons, que l'utilité, comme cause de la morale, est le résultat de la sélection naturelle, bien plus que de l'initiative volontaire de l'homme historique, c'est-à-dire, de l'intelligence humaine aux époques historiques.

§ 13.

Ethique de la civilisation contemporaine.

A. COMTE, *Cours de philosophie positive*. — H. SPENCER, *Premiers principes, Qu'est-ce que la morale, La Justice* (trad. françaises).

L'éthique traverse une crise très grave dans la civilisation de nos jours. Le positivisme scientifique a ruiné,

(1) *Introduction aux principes de morale et de législation*, §§ 1 et 2.

dans leurs bases, les anciennes conceptions métaphysiques ; mais il n'a pas édifié, d'une manière solide et suffisamment stable, de nouvelles disciplines, capables de les remplacer. Les sciences biologiques et sociologiques nous apportent, il est vrai, des données précieuses pour les nouvelles doctrines de l'éthique positive ; mais, aussi bien ces données scientifiques que les doctrines ébauchées par quelques auteurs, ne peuvent être regardées comme répandues dans la masse du public. Le public, qui base encore ses concepts éthiques sur des croyances mystiques et des hypothèses métaphysiques, manque de l'instruction nécessaire pour concevoir positivement son éthique. C'est pourquoi une instruction moyenne peut facilement l'entraîner à une conception amoraliste de la vie, ce qui implique même un commencement de décadence sociale.

Telle est la crise de l'éthique contemporaine. D'une part, la science détruit ce qui existait, sans s'entendre pour établir à sa place quelque chose de neuf. D'autre part, les mœurs sont en péril, parce que le public accepte, dans le mouvement actuel, la partie négative et destructrice, sans arriver à admettre la partie créatrice et positive.

A Auguste Comte (1798-1857) revient la gloire d'avoir eu la part principale dans la destruction des croyances et hypothèses anciennes. Il a établi en morale le principe de la relativité ; il a préconisé l'exactitude de la méthode positive appliquée aux sciences sociales. Voyons donc cette double conception de la morale et de la méthode.

Le point sur lequel la méthode positive moderne s'écarte le plus de l'ancienne tendance spéculative, c'est la conception de la *vérité morale*. Pour les théologiens et les métaphysiciens classiques, la vérité morale est un principe absolu, invariable, commun à tous les hommes et à tous les peuples. Révélés par Dieu, ou révélés par la raison, le bien et le mal ont été et seront toujours, pour toutes les races et à toutes les époques, le bien et le mal... La grande conquête du positivisme dans les sciences so-

ciales, c'est d'avoir démontré la fausseté de cette généralisation ; c'est d'avoir conçu la vérité morale, la morale même, comme un produit spontané du milieu et du sujet. Les hommes l'ont inventée, comme ils ont inventé la poudre et le verre ; et, pour lui donner plus d'efficacité, ils lui ont supposé, ensuite, un caractère immuable, sinon une origine divine. C'est ainsi que les écoles anciennes, sous l'influence d'un préjugé mystique et métaphysique, prirent tant de fois, comme point de départ, un principe erroné, l'existence substantive et éternelle de la morale. Mais, soit dit en passant, il ne faut pas inférer de cette erreur que toutes les théories et tous les systèmes des penseurs idéalistes soient réellement basés sur une équivoque. Il y a, chez eux, des observations réelles et même approfondies, bien qu'ils y soient arrivés par des procédés distincts de ceux de la méthode positive. On ne peut qu'admirer la concordance qui existe entre la théorie idéaliste de la justice proposée par Kant et celle formulée ensuite au nom du positivisme le plus strict par Spencer. De même, Hégel a conçu l'évolution, tout au moins en histoire. Mais quels que soient les procédés de recherche, il n'y a pas, pour l'exposition, de méthode plus claire que la méthode positive. C'est pourquoi, tout en admettant la possibilité de réussir en restant dans la tendance idéaliste, il faut toujours reconnaître l'avantage du positivisme non seulement à cause de sa prudence scientifique, mais aussi à cause des conditions où il nous place pour l'exposition didactique. De plus, la qualité maîtresse du positivisme moderne, celle à qui est dû son nouveau concept de la vérité morale, est certainement, comme je l'ai dit antérieurement, la supériorité de son information scientifique. Si le système de Comte l'emporte sur ceux de ses contemporains, il le doit à l'excellence des connaissances de son auteur en physique et en mathématiques.

Ne nous hallucinons donc pas, comme l'a fait Comte, à propos de la méthode positive ; n'oublions pas qu'elle n'a

pas été la seule à permettre les recherches et les découvertes ; n'oublions pas, non plus, que, même avec ses procédés, il reste place pour l'erreur, pour l'éternelle erreur humaine. Acceptons-la simplement comme une obligation de notre temps, et surtout à cause de sa valeur plus didactique qu'investigatrice. Au-dessus des mérites tant prônés de cette méthode, mettons les grands progrès scientifiques de nos jours, parmi lesquels il en est qui jettent une lumière si abondante sur les sciences morales, comme la théorie transformiste ou de la sélection naturelle, les principes de l'hérédité, et les études expérimentales sur la physiologie de l'individu et des collectivités. Si les grands métaphysiciens du XVIII^e siècle les avaient connus comme nous, ces progrès de la science, leurs systèmes, qui nous paraissent si « idéalistes », seraient peut-être aussi « positifs » que les nôtres.

La méthode est, en général, une conséquence de l'esprit de chaque époque. Il n'est pas possible — ou tout au moins, il serait très difficile de se soustraire à cet esprit. Chaque auteur pense selon son temps, et s'il est en avance sur lui, c'est selon les idées et les tendances d'un avenir peu éloigné, sinon de son temps même. La capacité de l'homme supérieur pour l'« originalité » est assez relative ; quand cette « originalité » est progressiste, quand elle est de « bon aloi », quand elle n'est pas extravagante ou absurde, on peut la considérer comme le fait d'un précurseur qui vient avant sa date. En pareil cas, le penseur original ne fait que s'élever au-dessus des autres pour regarder d'un peu plus haut et voir un peu plus loin. La loi des trois états d'Auguste Comte trouve ainsi une stricte application méthodologique : à l'état théologique correspond une méthode théologique, la révélation ; à l'état métaphysique, une méthode métaphysique, la raison ; à l'état positif, une méthode positive, l'observation. Mais cet usage prédominant de la méthode spéculative dans les deux premiers états, de la méthode positive dans le der-

nier, n'implique pas, pour ceux-là, comme je l'ai déjà dit, l'exclusion de toute observation empirique, ni, pour celui-ci, l'exclusion de toute spéculation. Dans la pensée, il y a toujours de l'observation et toujours de la spéculation ; la question se ramène, quand on y réfléchit, à la prédominance de l'imagination ou de la prudence, de la pratique et de l'expérimentation.

Herbert Spencer (1820-1903) est le penseur qui a appliqué, de la manière la plus fidèle et la plus étendue, les données de la science, à son époque, aux sciences morales et sociales. Sa conception de la morale et de la société repose tout entière sur la théorie évolutionniste, transformiste ou de l'hérédité, généralement et improprement appelée théorie de Darwin. « La conduite est un ensemble, nous dit-il, et, en un sens, un ensemble organique, un agrégat d'actions mutuellement liées accomplies par un organisme. La division ou l'aspect de la conduite dont traite la morale est une partie de ce tout organique et une partie dont les composantes sont indissolublement unies avec le reste » (1). Ayant établi ainsi l'unité organique de la conduite, Spencer nous expose son perfectionnement graduel à travers les espèces animales. Ce perfectionnement consiste dans une adaptation améliorée, consciente et voulue, des actes de l'organisme à des fins utiles. Chez l'homme, plus sa culture sera avancée, plus nous trouverons d'adaptations précises des moyens à des fins préconçues et profitables. Le *criterium* du bien et du mal dépend donc de l'utilité attribuée aux actes. Cette utilité peut se définir, au point de vue de la vie, comme la meilleure manière d'adapter les conditions internes de l'organisme aux conditions externes ou au milieu. Le plaisir n'est pas autre chose que l'expression physio-psychologique de l'utilité dans l'évolution biologique.

Cette conception de la morale, à la fois utilitaire et

(1) *Qu'est-ce que la morale ?* (trad. française).

biologique, a pour correspondant une théorie de la justice ou du droit, suivant laquelle toute règle juridique a toujours pour fin la liberté individuelle. Dans le droit, il y a deux parties : l'une positive, les droits de chacun au libre développement de sa personnalité, et l'autre négative, les limitations imposées à ces droits par rapport aux droits d'autrui. Le droit a donc une fin utilitaire : maintenir les conditions les plus propices au libre exercice des activités individuelles. Le droit est, par conséquent, un assemblage de règles morales imposées de force par la société et l'Etat pour protéger la liberté des individus.

LIVRE II

Théories et écoles du droit.

CHAPITRE IV

THÉORIES MÉTAPHYSIQUES ET EMPIRIQUES DU DROIT

§ 14. Tableau général des diverses écoles juridiques. — § 15. La conception théologique. — § 16. Ecoles du droit naturel. — § 17. La théorie formelle du droit. — § 18. L'école organique. — § 19. L'école analytique anglaise.

SAINT-THOMAS, *Summa theologicæ*. — GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (trad. française). — KANT, *Principes métaphysiques du droit* (trad. française). — HOBBS, *Elementa philosophica de cive, Leviathan*. — BENTHAM, *Œuvres*. — LEIBNITZ, *Œuvres*. — AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the of positive Law*. — AHRENS, *Die Rechts-Philosophie*. — RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts*.

§ 14.

Tableau général des diverses écoles juridiques.

Comme les théories et les écoles de l'éthique, celles du droit peuvent pareillement être groupées en deux grandes catégories : 1° Les conceptions perfectionnistes, dues à des méthodes ou procédés où domine la spéculation ; 2° Les conceptions utilitaires ou eudémoniques, résultant de recherches expérimentales et positives.

Si l'on envisage la méthode plutôt que la doctrine, on peut encore distinguer une catégorie d'écoles ou de théories, empiriques et à demi-positives, qui penchent parfois vers la conception perfectionniste et parfois vers l'utilitaire. En en tenant compte, nous aurions les trois grands

groupes suivants : 1° *Ecoles spéculatives*, où l'imagination l'emporte sur l'observation ; 2° *Ecoles semi-positives*, qui allient au rationalisme de leur époque une certaine tendance empirique ; 3° *Ecoles positives*, qui font parade d'une méthode strictement scientifique et prudente. Dans les premières de ces écoles, on conçoit généralement le droit, comme un principe éternel et absolu ; dans les autres, comme un résultat de l'expérience humaine. Malgré cela, il faut noter que certains penseurs, classés par leur époque, leur méthode et leurs doctrines parmi les métaphysiciens spéculatifs, comme Aristote et Thomasius, ont eu, en éthique, des conceptions plus ou moins expérimentales. Bref, les trois grands groupes d'écoles et leurs subdivisions, mis en corrélation avec la philosophie générale de leurs époques respectives, se résument approximativement, dans le tableau suivant :

	PHILOSOPHIE JURIDIQUE	PHILOSOPHIE GÉNÉRALE	
ECOLEES SPECULATIVES	Ecole théologique (antérieure à la Renaissance juridique)	St Thomas	
	Ecoles du droit naturel (abstraites et empiriques.)	Grocio, Puffendorf.... (17 ^e siècle) Wolff, Thomasio..... (18 ^e siècle)	Descartes Leibnitz
	Théorie formelle du droit (rationaliste et individualiste).....	Kant, Fichte, Hegel.... (Commencement du 19 ^e siècle)	Rousseau Kant
ECOLEES SEMI-POSITIVES	Ecole organique (réactionnaire : anti-rationaliste et anti-individualiste)....	Ahrens, Krause, Röder. (2 ^e moitié du 19 ^e siècle)	Comte
	Ecole analytique anglaise (utilitariste et de tendance empirique)	Hobbes, Bentham Austin	Hobbes Locke Hume
ECOLEES POSITIVES	Ecole historique.....	Hugo, Savigny, Puchta. (19 ^e siècle)	
	Ecole économique (matérialiste et socialiste)....	Marx, Engels, Loria.. (Fin du 19 ^e siècle)	Marx
	Ecole sociologique et biologique.....		Darwin Spencer

Je traiterai, une par une et en suivant, de toutes ces

écoles, en laissant de côté la dernière, l'école sociologique et biologique, jusqu'au moment où je développerai les théories qui me paraissent définitives relativement au droit, à l'Etat et à la législation.

§ 15.

La conception théologique.

Pour les théologiens, le droit est une projection de la divinité même. Dieu, principe absolu et source de toute raison a disposé le bien et le mal ; il a créé la morale et le droit et les a transmis aux hommes par le moyen suprême de la révélation. En inspirant directement aux prophètes et aux législateurs du peuple hébreu leurs livres sacrés, il y a implantés les premiers et immuables principes du droit, sans le séparer nettement de la morale. Ce qui est bien et ce qui est juste, ce sont les choses permises et récompensées par Dieu, dans le ciel, par ses représentants, et en son nom, sur la terre. La religion est ainsi l'origine d'une éthique parfaite et, peut-on dire, indivise.

Au début de la civilisation chrétienne, on voit le Christ établir vaguement une séparation entre le domaine religioso-moral et le domaine juridico-politique ; c'est ainsi qu'à l'occasion d'une obole n'ayant qu'une valeur terrestre, il dit : « Rendez à l'empereur ce qui est à l'empereur et à Dieu ce qui est à Dieu ». Cette séparation radicale entre l'empereur, représentant l'Etat, et Dieu, principe de la religion, marque toute une tendance des temps nouveaux : différencier le droit, dont les violations doivent toujours avoir une sanction humaine, de la morale qui n'en a pas toujours une.

Cependant, les théologiens médiévaux n'arrivent pas à établir clairement cette séparation. Au contraire, les canonistes, parmi lesquels on compte des auteurs éminents, augmentèrent, autant qu'ils le purent, le vaste domaine

du droit canonique. Au moyen-âge, il faut se le rappeler, l'Église avait droit de justice sur ses fiefs, comme les autres seigneurs. Cette justice ecclésiastique était naturellement, du fait de la supériorité de l'organisation de l'Église et de la culture plus avancée du clergé, de beaucoup plus régulière et plus équitable que toute autre justice des temps féodaux. C'était elle qui intervenait, avec pleins pouvoirs, dans les trois grands actes de la vie civile : la naissance, le mariage, la mort. Ce fut ainsi que le droit canonique envahit pratiquement et théoriquement un terrain qui, dans les temps antiques, était réservé au droit civil, spécialement en ce qui concerne la législation de la famille.

Il ne faut pas oublier, néanmoins, que les grands théologiens, saint Augustin surtout et saint Thomas, manifestent de l'indifférence, sinon du mépris, pour le droit patrimonial. Pour eux, la propriété n'est pas réellement de droit naturel, elle n'a pas été établie par la révélation. Elle est seulement de droit impérial humain, adventice ; en s'élevant au point de vue religioso-moral, on peut la regarder avec indifférence, en tant du moins qu'elle ne sert pas au salut des âmes.

A la Renaissance, quand refleurit l'étude du droit romain, les « légistes » réduisirent les proportions qu'avait prises le droit canonique. Ils solutionnèrent les conflits d'après les textes antiques, en faisant abstraction du concept théologique. De plus, ils augmentèrent le pouvoir royal, en attribuant au monarque les prérogatives dont avaient joui les empereurs romains. Quand les affaires présentaient certaines difficultés, ils les appelaient « cas royaux », et les soumettaient à la décision du souverain. L'abus des « cas royaux » élargit la justice laïque. De la sorte, les légistes préparèrent la réaction de la philosophie et de la jurisprudence des temps modernes contre la vieille conception théologique du droit.

§ 16.

Ecoles de droit naturel.

La réaction contre cette tendance du droit canonique à tout absorber eut son point de départ dans la Renaissance juridique du xvii^e siècle, et fut l'œuvre de l'école que l'on appelle *Ecole du droit naturel*. Cette expression fut empruntée au droit romain. A Rome, en effet, le droit se divisait en : droit civil, *jus civile*, celui des citoyens romains ; droit des gens, *jus gentium*, celui de tous les peuples ; et droit naturel, *jus naturale*, celui de tout être animal. Ulpien a défini le dernier en disant qu'il était ce que la nature a enseigné à tous les animaux (*quod natura omnia animalia docuit*). Un tel *jus naturale* ne pouvait dès lors dépasser les principes les plus élémentaires de la famille et de la sociabilité, principes qui paraissent, en effet, exister, comme chez l'homme, chez les animaux supérieurs.

Cette notion du *jus naturale*, vague et discutable d'elle-même, devient, dans les textes où l'on invoque ce droit, encore plus difficile et confuse. Il est contre le droit naturel qu'un homme puisse posséder un objet en même temps qu'un autre. Par contre, il est naturel que les relations créées par le droit cessent dans la même forme où elles furent créées. « Si la prestation est impossible, la convention même est impossible : ainsi l'enseigne le droit naturel ». On voit par là que l'expression *droit naturel* s'emploie dans divers sens ; elle désigne : le possible et l'impossible par rapport aux conditions objectives de la nature (ainsi l'appropriation de l'air est impossible) ; les principes de la morale la plus élémentaire comme le respect des parents, les notions acquises expérimentalement par l'homme préhistorique, par exemple l'exclusivité de la possession.

Si l'on cherche un lien qui unisse ces différentes acceptions, on sera forcément amené, je pense, à le trouver dans la *condition axiomatique* de ce droit, dans le fait qu'il se compose d'axiomes. Tout ce qui ne peut pas être démontré, ou plutôt qu'il n'est pas nécessaire de démontrer, tombe dans le domaine du droit naturel ; inversement, les coutumes de la cité, sa législation, les conflits de son droit appartiennent au *jus civile*. Pareillement, les prescriptions du *jus gentium* nécessitent une démonstration. C'est pourquoi, je fais reposer dans sa condition axiomatique, le véritable caractère du vieux *jus naturale*, tel qu'il est conçu dans les textes de droit romain.

Le fameux savant hollandais, Hugues Grotius (1583-1646) fit passer l'expression du droit antique dans le droit moderne et créa la « science du droit naturel » dans son ouvrage : *De Jure belli ac pacis* (1625). La grandiose conception de Grotius consiste à diviser le droit en deux grandes catégories : le *jus voluntarium*, émané de la volonté de Dieu ou des hommes et variable, par conséquent, selon la volonté qui l'a créé, et le *jus naturale*, qui résulte de la nature des hommes, considérés comme êtres raisonnables, et spécialement de leur besoin inné de vivre en société (*appetitus societatis*). Ce droit naturel est invariable et fatal... Il n'y a pas de volonté divine ni humaine capable de le modifier. Il existerait encore quand Dieu aurait cessé d'exister. C'est là une théorie éminemment métaphysique, puisqu'elle attribue la création du droit positif à l'existence idéale de la volonté divine et humaine ; c'est aussi une théorie anti-théologique, en tant qu'elle rend le droit naturel indépendant de la volonté divine, et qu'elle lui attribue la même immutabilité que la science de cette époque attribuait aux phénomènes de la nature.

Grande fut la vogue des idées de Grotius qui ne tardèrent pas à se développer. Peu d'années après lui, apparut le grand penseur anglais Thomas Hobbes, qui traita le droit naturel au point de vue de son système philoso-

phique. Mais, comme ses doctrines sont, en Angleterre, le début d'une nouvelle école, il convient de les séparer de celles de l'école du droit naturel, à cause de leurs tendances analytiques et utilitaristes. En revanche, Samuel Puffendorf (1632-1694) est le véritable continuateur de Grotius. Il en développa et popularisa le concept du droit naturel, en l'accommodant aux théories de Descartes alors universellement admises. Son livre : *De officis hominis et civis* fut traduit en plusieurs langues et fréquemment adopté, comme texte de droit naturel dans l'enseignement juridique de son temps.

Ni Grotius, ni Puffendorf ne distinguaient le droit naturel de la morale. Au contraire, au commencement du xviii^e siècle, Thomasius en fit rigoureusement la différenciation, allant même jusqu'à opposer la morale au droit naturel. Ce droit acquit ainsi un caractère si précis qu'à partir de ce moment « le droit naturel n'est plus autre chose que le droit ». Enfin, vers le milieu du xviii^e siècle, Wolf (1679-1754), au nom des doctrines de Leibnitz, lui donne une forme systématique, comme l'avait fait antérieurement Puffendorf, mais cette fois, d'après le nouveau concept, dérivé de Thomasius.

Et c'est ainsi que l'on peut dire qu'il a existé deux écoles classiques du droit naturel : celle du xvii^e siècle, qui ne le distingue pas de la morale, et qui fut fondée par Grotius, puis vulgarisée par Puffendorf, et celle du xviii^e siècle, celle de Thomasius et de Wolf, qui fait cette différenciation logique. La première s'appuie sur la philosophie générale de Descartes, la seconde sur celle de Leibnitz. Toutes deux sont éminemment spéculatives ; à peine intervient-il, dans la seconde, un vague rationalisme, qui la rapproche de la théorie formelle du droit, théorie rationaliste et criticiste, qui se produit à la fin du xviii^e siècle et domine pendant la première moitié du xix^e siècle.

§ 17.

La théorie formelle du droit.

Les théoriciens du droit naturel, aux xvii^e et xviii^e siècles, tout en employant la déduction pour développer leurs doctrines, les appliquaient à une réalité empirique. Ainsi, quelque déductive que fût leur méthode, leurs constructions juridiques, en tant qu'empiriques, n'étaient pas créées *a priori*, n'étaient pas le produit d'« idées innées ». C'était plutôt une combinaison de principes absolus, semi-théologiques et métaphysiques, extraits d'une réalité vague et douteuse. Il leur manquait le caractère précis, mathématique en apparence, que le néo-humanisme du xviii^e siècle mit dans ses systèmes philosophiques. Etant donné l'état arriéré des sciences physiques et naturelles à la fin de ce siècle, ce caractère ne pouvait être emprunté qu'à la raison *a priori* et devait convenir à des doctrines absolues, non seulement dans leurs premiers principes, mais aussi dans leurs applications les plus lointaines. Le droit prit ce caractère rationnel et absolu, objet des efforts de ce que l'on appelle la philosophie du xviii^e siècle, et sa conception la plus typique et la plus transcendante est celle que l'on nomme communément *théorie formelle du droit*.

Kant, le premier (1714-1804) mit au jour une théorie formelle du droit, établie critiquement et rationnellement dans ses *Fondements métaphysiques du droit* (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*). Dans cet ouvrage, le droit acquiert le caractère absolu et *a priori*, qui lui manquait et qui passait, à cette époque, pour plus rapproché de la vérité et de la science que l'empirisme ambigu des écoles antérieures. Kant déduisait tous les principes du droit naturel d'une source unique, absolue *a priori*, la raison, observant ingénieusement qu'on pou-

vait les formuler dans le principe de la liberté : « Agis de manière que ta liberté concorde avec celle de tous et de chacun ».

Ce serait le cas de se demander maintenant, avant d'aller plus avant, si cette nouvelle tendance criticiste et rationaliste marque un progrès sur la voie de la vérité positive, par rapport à l'ancienne tendance purement empirique, étant donné que, sans aucun doute, ces deux tendances sont plus ou moins spéculatives, plus ou moins idéalistes. Il me semble qu'il ne peut y avoir de doute à cet égard : malgré son caractère idéaliste, sensiblement plus accentué, le criticisme de Kant réussit à enchaîner mutuellement les phénomènes avec plus de lucidité et de *réalité* que l'empirisme de Grotius et de Puffendorf. C'est que, en fait, les nouveaux criticistes ne tirent pas leur système tout entier de la raison, ainsi qu'ils le prétendent ; il faut reconnaître que les vérités qu'ils supposent innées, sont, bien des fois, et presque toujours, le produit de l'expérience humaine. Il y a lieu de se rappeler que leur procédé *introspectif* est, d'ordinaire, en vertu de l'hérédité psychologique, un système indirectement rétrospectif. Tout ce que ces philosophes croient leur être révélé par la raison n'est dès lors pas autre chose de plus que les prédispositions gravées dans leur esprit par la race et l'expérience ancestrale.

La théorie formelle conçoit le droit comme la limitation des volontés humaines. Elle a pris naissance dans les théories du droit naturel, spécialement dans Thomasius ; et, après Kant, on peut regarder Fichte et même Hegel comme ses représentants les plus qualifiés. Ces auteurs, particulièrement Kant et Fichte, établissent, entre le droit naturel et la morale, une séparation irréaliste, purement formelle ; de là le nom de cette théorie. Ils voient dans le droit ce qui est relatif à l'ordre extérieur ou corporel ; dans la morale, ce qui appartient au for intérieur. Si le droit avait à limiter les volontés, c'était simplement en

ce qui touchait leurs manifestations extérieures ; la volonté elle-même ne relevait que de l'âme, elle échappait, par conséquent, au domaine du droit.

Comme l'observe fort bien Korkounof (1), cette théorie formelle a une base historique et une base théorique. La base historique n'est autre chose qu'une protestation et une réaction contre les excès de l'intrusion de l'Etat dans la conduite et la pensée des particuliers. Comme la tutelle de l'Etat est d'ordre essentiellement juridique, si l'on détachait du domaine juridique tout ce qui est spirituel et tout ce qui est en nous, on déniait du même coup à l'Etat tout droit d'intervenir dans les consciences de ses sujets ; on restreignait son action, qui avait fait tant de mal, surtout durant les luttes religieuses, au champ très limité des actes matériels, et seulement à la matérialité de ces actes. C'était un obstacle opposé aux empiètements du pouvoir monarchique.

La base théorique de la théorie formelle du droit repose sur les principes de l'individualisme absolu qui régnait dans la philosophie du XVIII^e siècle. La société était un simple agrégat d'individus intelligents et libres ; comme ils l'avaient établie, ils pouvaient la dissoudre ; entre eux il n'existait d'autres liens que ceux qu'avait établis leur volonté souveraine, ou tout au plus, celle de leurs ancêtres. On n'attachait aucune importance à l'esprit des collectivités, à la famille, aux antécédents ethniques et historiques, enfin à tout ce qui enchaîne et relie la société, en faisant d'elle un complexus organique presque indestructible.

Il ne me paraît pas nécessaire de suivre ici cette importante théorie formelle du droit sous toutes les formes qu'elle devait prendre, parmi lesquelles il s'en trouve, comme celles de Fichte et d'Hégel qui sont assez diffuses et ardues. En outre, il y a lieu de noter que ces systèmes, malgré leurs conséquences transcendantes dans la législa-

(1) *Théorie générale du Droit*, trad. française, p. 115.

tion, furent plus grandioses et brillants que durables. Les principes réactionnaires de l'école organique, l'opposition de l'école historique aux tendances juridiques de la Révolution Française et, enfin, les progrès considérables des sciences physiques et naturelles, particulièrement de la biologie, devaient rendre éphémère la vie de toutes ces constructions monumentales de la métaphysique allemande de la première moitié du XIX^e siècle. Elles furent comme ces magnifiques mirages aperçus dans la lumière de l'aurore et que dissipera le soleil du matin. Ce soleil qui se levait à l'horizon des peuples, c'était le positivisme scientifique.

§ 18.

L'école organique.

Mais avant d'aborder les écoles nettement positives, je dois parler ici de celles que j'appelle *semi-positives*, parce que, malgré l'analyse et l'observation qui sont leurs procédés habituels, elles ne peuvent arriver à la précision scientifique : tantôt comme l'école analytique anglaise, par manque de documentation suffisante ; tantôt, comme l'école organique, par excès de tendances réactionnaires et violentes, ce qui les empêche de garder un juste milieu. Elles servent en réalité de transition pour passer des hauteurs de l'idéalisme ancien au moderne terre à terre du principe positif. Et on ne peut leur dénier l'honneur d'avoir établi deux vérités définitives : on doit à l'école analytique anglaise, l'axiome utilitaire ; à l'école organique le principe de la solidarité sociale.

Il convient de faire suivre l'exposition de la théorie formelle du droit de celle de la théorie organique ou organiciste, parce que celle-ci est une réaction rapide et immédiate contre celle-là. J'ometts donc, pour le moment, l'école analytique anglaise, qui est beaucoup plus an-

cienne et dont je m'occuperai dans le paragraphe suivant. La vérité, du reste, c'est que cette école a vécu, dans les Iles Britanniques, d'une vie indépendante des grands mouvements philosophiques du continent européen. Elle est née et elle s'est développée là, spontanément, sans se rattacher aux écoles continentales, comme un produit typique du génie de la race anglo-saxonne.

La première école qui s'opposa au formalisme des anciennes théories idéalistes sur le droit fut l'école *organique* ou *organiciste*, représentée, dans sa première forme plus ou moins métaphysique, par *Ahrens*, *Krause* et *Röder*. Contrairement à la vieille conception faisant du droit une limitation des *volontés*, limitation ayant pour but de protéger la liberté de tous et de chacun, l'école organique conçoit le droit comme la *limitation des intérêts* humains.

Or, ces intérêts ne sont pas toujours individuels ; généralement, au contraire, ils sont communs ou collectifs, ou bien relatifs à des catégories, à des ensembles, à des groupes d'individus. Ainsi, en supposant que la fin du droit est la limitation des intérêts, arrive-t-on à la théorie sociale ; on conçoit la société non plus comme un agrégat d'individus libres et indépendants, mais comme un ensemble organique, comme un organisme ou un sur-organisme.

Il semble, à première vue, qu'une telle notion du droit et de la société devait conduire ses partisans à une conception historique du droit, c'est-à-dire à le supposer un produit logique du développement et de l'évolution de l'organisme social. Mais comme l'école organique était une réaction violente contre l'idéalisme métaphysique, elle chercha ailleurs la véritable origine du droit et crut le trouver dans la force brutale et matérielle de l'Etat. L'Etat, en créant la loi et en l'imposant au citoyen, créait le droit.

Cette idée du droit, qui l'écarte complètement de la

coutume et en fait, par supposition, une œuvre arbitraire et voulue, est fausse sans aucun doute, et les recherches modernes sur les faits l'ont amplement démontré. Mais quelles que soient les méprises de l'école organique par rapport aux origines et au caractère du droit, ces méprises ne se sont pas renouvelées en ce qui concerne son concept de la société. Et cela est si vrai que son principe anti-individualiste de l'organisme social est aujourd'hui accepté, on peut le dire, avec plus ou moins de restrictions par toutes les écoles et tous les auteurs qui se réclament de la science.

Il est vrai que plus d'un auteur, ordinairement réputé comme un adepte de l'école organique, arrive à un concept du droit, qui est presque positif et qui l'est même quelquefois. Il en est ainsi d'Ihering. Sa conception juridique, si on la prend dans son ensemble et si l'on admet son vocabulaire, est réellement complète et très acceptable. On peut dire, comme nous le verrons plus loin, qu'à considérer ses bases, elle peut parfaitement rentrer dans l'école historique, et que ce qui semble l'en écarter c'est que l'auteur étudie de préférence le droit, sous sa phase pratique, comme moyen de coercition et de direction sociale, laissant de côté, en quelque sorte, sa véritable origine coutumière.

On est porté à confondre la théorie organique ou organiciste, appelée aussi *naturaliste*, avec la théorie biologique, que j'essayerai d'établir dans ce traité. Il y a cependant, à ce qui me semble, une notable différence entre l'une et l'autre. La première étudie la société et les institutions sociales, comme des surorganismes et leur applique directement les principes biologiques, et elle tombe ainsi dans ce que j'appellerais l'« erreur naturaliste ». Tout au contraire, l'école biologique, telle que je la conçois, fait une application directe des lois de la vie à l'homme-organisme, et une application indirecte de ces lois à la société-surorganisme. Et je développerai

cette idée, en exposant la double application de la biologie à la sociologie, quand j'étudierai les bases biologiques de la morale. Pour le moment, il me reste seulement à dire que l'école biologique dérive en droite ligne de Darwin ; et l'organique, de Comte, bien que les disciples les plus notoires de cette école, Novicow par exemple, empruntent au grand naturaliste anglais les principes qu'ils appliquent plus ou moins directement au surorganisme social.

§ 19.

L'école analytique anglaise.

Bien qu'isolée du mouvement philosophique du continent, l'école *analytique anglaise* peut être regardée comme une lointaine introduction au positivisme moderne en politique et en droit. Comme ce dernier, elle a pour point de départ une analyse réelle des faits, qu'elle fait précéder, en manière de postulat, du principe que l'homme est un animal de sa nature, et qu'il a des instincts de carnassier, simplement modifiés et adoucis par la civilisation.

On peut voir légitimement en *Thomas Hobbes* (1588-1679), bien qu'il soit un adepte du droit naturel du xvii^e siècle, le précurseur et même le fondateur de cette école. Dans son livre *Elementa philosophica de cive*, il écarte le principe de la sociabilité établi par Grotius et reconnaît, comme trait caractéristique de la nature humaine, la Peur, d'où découle la loi première et fondamentale : *pax est quærenda* ! Les hommes primitifs, plus féroces que des loups et vivant dans un perpétuel état de guerre qui leur causaient des peines et des dommages continuels, ont dû désirer la paix. Et, pour l'obtenir, ils sont arrivés à une espèce de pacte général, en vertu duquel ils ont délégué le pouvoir de maintenir l'ordre à une autorité

souveraine : c'est elle qui crée la loi. L'origine du droit, comme celle de la morale, est donc absolument utilitaire ; les intérêts humains engendrent la législation et les règles morales.

Bentham (1748-1832) suit les traces de Hobbes. Il développe la théorie de l'intérêt, considéré comme le fondement des sociétés, comme le principe générateur, en toute évidence, de tous les actes humains. Par la suite, dans son opuscule intitulé : *Fragment sur le gouvernement*, il pose les principes de la souveraineté, en les basant, comme son prédécesseur, sur l'observation et l'analyse du gouvernement de la Grande-Bretagne. Et c'est un trait curieux de ces deux auteurs que leur ignorance de l'histoire et leur mépris apparent pour elle : leur analyse critique ne touche jamais qu'à l'actualité.

Stuart Mill (1) qualifie de géométrique ou d'abstraite la méthode de Bentham et de Hobbes. Tous deux partent en effet d'une abstraction : l'un de la peur, l'autre, de l'intérêt. Ils emploient donc une méthode inadmissible dans les sciences sociales, qui les mène ensuite à des conséquences erronées... Malgré ces procédés abstraits et déductifs, malgré leur ignorance crasse en histoire, ou leur mépris de l'histoire, il me semble indiscutable que Hobbes et Bentham apportent dans leurs observations de la pénétration et de l'esprit d'analyse et que, de plus, ils savent faire abstraction des préjugés fallacieux de la philosophie de leur époque. Ces circonstances suffisent, malgré Stuart Mill, à justifier la qualification de semi-positive que je donne à l'école analytique.

En partant de leurs principes, *Austin* arrive en effet dans ses *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law* (1830) à formuler une théorie du droit, éminemment réaliste et presque scientifique. De même que l'école historique, il attribue à la coutume l'origine

(1) *Op. cit.* t. II, p. 481.

du droit ; et, d'autre part, il fait de la souveraineté le principe de toute autorité juridique. Ce double concept de la *common law* et de la souveraineté contient, semble-t-il, une contradiction et même une antinomie ; mais l'auteur esquive la contradiction et résout l'antinomie par la célèbre maxime : « Ce que le souverain permet, il l'ordonne ». Comme nous le verrons en étudiant la véritable origine de la nature du droit, il y a dans cette maxime une part de raisonnement spéculatif et une part d'observation positive ; elle est semi-spéculative et semi-positive. Certainement du reste, comme l'observe Sumner Maine, la théorie analytique se base sur l'exposition qu'en a faite Hobbes, et il a su rendre si complète son analyse du gouvernement et de la société dans le *Léviathan* et dans le chapitre de *Cive* des *Elementa philosophica*, qu'il faut tenir pour peu de chose ce qu'ont pu y ajouter Bentham et Austin.

A côté de la tendance empirico-analytique de Hobbes, demeurée si manifeste dans l'école analytique anglaise, il faut encore placer, ne l'oublions pas, l'influence réaliste exercée par Bacon et l'influence psychologique due à Locke, cette dernière appelée à s'accroître plus tard, avec les doctrines de la fameuse école de Hume.

CHAPITRE V

LES ÉCOLES JURIDIQUES POSITIVES

§ 20. Origine de l'école historique. — § 21. La controverse de la codification et la théorie de l'école historique. — § 22. Développement de l'école historique. — § 23. L'école économique. — § 24. Critique de l'école économique.

§ 20.

Origine de l'école historique.

HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Recht.* — SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* — LAVELAYÉ, *Vie et doctrines de F. C. de Savigny.* — PUCHTA, *Encyclopédie als Einleitung zu Institutiones, Institutiones.* — IHERING, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.* — MAINE, *Ancient Law.*

Les bases de l'école historique ont été posées par Gustave Hugo (1768-1834) ; mais son véritable fondateur fut Frédéric-Charles de Savigny (1779-1860), considéré, non seulement en Allemagne mais dans le monde entier, comme le premier jurisconsulte du XIX^e siècle.

Le néo-humanisme français, avec son caractère accentué d'individualisme et de rationalisme, faisait du droit une création de la raison humaine. Il en résultait que le droit aurait dépendu, dans chaque pays, de la volonté de ses législateurs. La loi était la source du droit ; la loi pouvait l'improviser, l'améliorer, l'établir. Une telle conception avait pour conséquence logique et pratique le principe dit de la « codification ». En vue d'améliorer les conditions de la vie sociale, tous les peuples, et chacun d'eux, devaient s'imposer des codes complets, conçus et formulés selon les principes de la raison, de façon à prévenir et à résoudre d'avance toutes les difficultés et les incertitudes juridiques. Ces sources claires et précises, portées à la connaissance de tous les citoyens, rédui-

raient et simplifieraient l'action de la justice. Les juges, dans les cas devenus plus rares où ils auraient à intervenir, n'auraient plus besoin de consulter les vieux édits, les anciennes coutumes, les règles du droit romain ; ils trouveraient prévue la solution des controverses et des plaidoieries. C'était l'application au droit du principe jacobin de la Révolution française : détruire les traditions, pour créer, selon les enseignements de la raison, le meilleur droit possible, et le créer d'une manière efficace, sous forme de codes complets et systématiques, abrogeant les lois et les coutumes du passé et établissant le droit et la justice de l'avenir.

Sans attaquer directement ces idées, Hugo, influencé par les généralisations historiques de Vico, Montesquieu et Herder, et, de plus, au courant des récentes théories philosophiques, ébauche la nouvelle conception historique du droit. Sa *Philosophie du droit positif* (*Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts*, 1809) se divise en deux parties. La première traite de l'homme considéré à la fois, comme animal, comme être raisonnable et comme membre de l'Etat, c'est-à-dire, sous des aspects complexes et réels. Dans la seconde, en exposant les principes du droit civil et du droit public, il commence par examiner la question capitale de savoir comment s'est formé le droit, et, dans un passage à noter (§ 130), il dépose en germe la doctrine de l'école historique. Il constate en effet que, chez tous les peuples, spécialement à Rome et en Angleterre, c'est en dehors de l'autorité législative, que le droit se forme, soit dans la coutume, soit dans le droit prétorien, soit dans la *common law*.

Hugo complète plus tard cette notion dans un article fameux qui a pour titre : *Les lois sont-elles les uniques sources des règles juridiques ?* (1814), et où se trouve sa comparaison entre l'origine du droit et celle du langage, reproduite depuis à l'envi par tous les écrivains de l'école his-

torique. On avait cru, jusqu'à une époque rapprochée de nous, que Dieu, en créant l'homme un beau jour, lui avait enseigné tout à coup et subitement l'usage de la parole. Le langage, ainsi inventé par Dieu, aurait été institué par une loi. D'autres pensaient que le langage avait été créé par les hommes, qui, d'un commun et mutuel accord, auraient fixé de façon précise la signification des syllabes et des mots...

Or, remarque Hugo, rien n'attribue au langage de semblables origines. La philologie moderne nous enseigne tout différemment quelle fut sa véritable genèse et par quelles transformations il a passé progressivement. L'homme primitif dut se servir d'un certain nombre de cris ou d'onomatopées, à peu près inarticulés, pour exprimer ses sensations de peine et de plaisir, sa faim et son amour, le danger, la contrariété, la haine ou la sympathie sociale. Peu à peu, la signification de ces cris est allée en se précisant ; ils ont fini par être articulés et à former des « racines ». Puis, en vertu des facultés de généralisation de l'esprit humain, un son donné en vint à exprimer une qualité donnée, par exemple, celui qui rampe, celui qui court, celui qui commande ; par cette espèce d'adjectivation de la nature, les racines ont donné, pour un même son, d'abord les substantifs, « serpent, cheval, chef », puis les verbes, « ramper, courir, commander ».

C'est de la même façon que la coutume et le droit se sont formés et développés graduellement, sans l'intervention directe et soudaine de Dieu et sans aucun pacte ni accord entre les hommes. Les besoins et les usages des peuples sont les véritables causes, qui peu à peu ont formé le droit. Le droit est, donc, un produit historique. « C'est une partie du langage, ajoute Hugo. Et l'on pourrait en dire autant de toute science. Une science est une langue bien faite. Les mathématiques, elles-mêmes, ne font pas exception à la règle. Mais elle

est encore plus vraie pour les sciences où les mots ont une signification sujette à varier et, conséquemment, pour toutes les études relatives aux coutumes, aux faits positifs et, par suite, au droit. Le terme « contrat », par exemple, n'a pas toujours eu absolument le sens qu'il a aujourd'hui ».

Par sa comparaison très heureuse entre le droit et le langage, Hugo établit donc la tendance positive de l'école qui allait se former, et cela, non seulement en donnant au droit une origine réaliste et historique, mais aussi en envisageant la nécessité d'un langage scientifique qui fixe et précise les discussions juridiques. Sans cela, on courrait toujours risque de tomber dans la stérilité des débats purement verbaux où sont tombés tant de fois les juriconsultes romains et plus tard les philosophes scolastiques et les métaphysiciens.

§ 21.

La controverse de la codification et la théorie de l'école historique.

Au début du XIX^e siècle, alors que l'Allemagne achevait de se libérer de la domination française, le code Napoléon était en vigueur, dans certaines contrées germaniques, après l'abrogation de l'ancien droit local. Cette introduction d'un droit étranger offensait le sentiment patriotique des Allemands ; il tendait de plus à leur démontrer l'insuffisance de leur droit national, composé, en partie, des lois et ordonnances locales de chaque Etat, en partie, de la législation antique romaine, adaptée et appliquée aux besoins modernes. Le moment était éminemment critique. Le vent jacobin et romantique soufflait en Allemagne, comme ailleurs ; l'idée d'améliorer de force le droit par la création d'un code civil s'étendait et s'accroissait. En outre, ce code, identique pour tous les Etats

allemands, aurait été un premier pas vers l'unification et la centralisation fédérative, dont tout le monde reconnaissait l'urgente nécessité ; car les dernières guerres avaient démontré que, divisés et indépendants les uns des autres, les princes allemands pesaient peu dans l'équilibre européen, et que leurs Etats pouvaient devenir à tout moment la proie des convoitises étrangères... De telle sorte que l'idée de créer un code général flattait doublement les esprits, dans leur désir d'améliorer le droit local et dans leurs aspirations à unifier la patrie commune et à venger les défaites infligées par Napoléon.

Se faisant l'écho de ces vœux, le jurisconsulte *Thibaut* publia en 1814 un opuscule traitant : *De la nécessité d'un droit civil commun pour l'Allemagne* (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*). Il y soutenait que le droit actuel en Allemagne était de tout point insuffisant. Les lois nationales étaient vieilles, vicieuses de forme ; elles se composaient de dispositions isolées, édictées séparément par les princes et les empereurs allemands, dont le maintien ne pouvait être défendu par les juristes même les plus conservateurs. D'autre part, le droit romain, appliqué en Allemagne, était une législation étrangère : il répondait mal aux besoins nationaux, ses règles étaient bien souvent obscures et contradictoires, sa connaissance ne s'acquerrait que difficilement. Pour remédier à tant de défauts, il devenait indispensable de créer un code civil commun, et, à cet effet, *Thibaut* proposait la réunion d'un congrès de praticiens et de théoriciens du droit, chargés de l'élaboration de ce code. L'amélioration des législations locales ne pourrait jamais arriver aux mêmes résultats : on manquerait, dans certaines régions, de savants capables de mener à bien une telle entreprise ; et, de plus, le développement ultérieur du droit local, étant donnée la situation politique de l'Allemagne, aurait pour effet de rendre plus complet le manque d'u-

nité de l'esprit national. Tels étaient les arguments politiques et juridiques de Thibaut.

Un jeune jurisconsulte, *Savigny*, qui avait déjà attiré l'attention sur lui par son traité de la *Possession*, réfuta immédiatement Thibaut, dans un autre opuscule intitulé : *De la vocation de notre siècle pour la législation et le droit* (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814). Bien que ce soit un ouvrage de polémique, on y trouve définitivement et catégoriquement fixées les bases de l'école historique, que l'auteur devait compléter ensuite, dans le premier volume de son *Système du droit romain actuel* (*System des heutigen Römischen Rechts*, 1840).

Dans l'introduction de son opuscule, Savigny pose la question sur son véritable terrain. Il reconnaît que les idées du néo-humanisme français se sont répandues en Allemagne, que le code français s'y est insinué comme une gangrène, que l'on ressent, dans certains Etats, le besoin d'améliorer la justice civile. Il expose la relation existant entre la tendance codificatrice et la philosophie de la dernière moitié du XVIII^e siècle, et il dit : « En ce temps-là surgit, en Europe, une ardeur aveugle pour l'organisation. On avait perdu tout sentiment et tout amour de ce qu'il y avait eu de grand dans les autres siècles et, pareillement, de tout ce que l'histoire nous apprend de plus utile et de plus profitable, c'est-à-dire, le développement naturel des peuples et des institutions, et on fixait exagérément l'attention sur l'époque actuelle qui, croyait-on, n'était destinée à rien moins qu'à voir se réaliser la perfection absolue ». Ayant ainsi protesté contre le jacobinisme philosophique et politique, il protestait de même contre l'opinion de la grande majorité des juristes allemands de son époque, touchant les origines et la nature du droit. Selon cette opinion, le droit dans son état normal, n'est rien de plus que la résultante des lois, c'est-à-dire, du pouvoir suprême de

l'Etat : de là, la nécessité d'un code civil complet.

Le problème de la codification du droit allemand ainsi posé comme corollaire à la fois du néo-humanisme français et du rationalisme allemand, Savigny aborde l'exposition de ce qu'il juge la véritable origine du droit positif. On ne peut admettre, dit-il, que le droit soit un produit du hasard ou de la volonté des hommes. Il résulte des besoins de la vie des peuples. Il y a une relation forcée entre le droit et le fait. La relation du droit avec la vie générale des populations peut être appelée « son élément politique » ; sa relation avec la science des jurisconsultes, son « élément technique ». La preuve de cette corrélation entre le droit et la vie sociale, la preuve que la formation du droit ne dépend ni du hasard, ni de la volonté des hommes, se trouve en ceci : c'est que, chaque fois que se pose un problème juridique, on se trouve en présence de règles juridiques, déjà complètement formées, qui lui sont plus ou moins applicables. Loin d'être une création de l'Etat, le droit est un produit de l'esprit du peuple (Volksgeist).

Le droit apparaît dans l'histoire des peuples, à la façon concrète et casuelle d'actes formalistes. L'on peut regarder ces actes symboliques, comme la véritable grammaire du droit dans la période primitive, et c'est une chose digne de remarque que la tâche principale des jurisconsultes romains consista précisément à les avoir maintenus et appliqués. Plus tard, viennent les généralisations et les abstractions juridiques. Mais le fait de la disparition du besoin de ces actes formalistes et symboliques ne nous autorise pas à n'en pas tenir compte et moins encore à supposer que le droit a pu se former en dehors d'eux, d'une façon rationnelle et volontaire. L'histoire en général, celle du droit romain en particulier, démontrent la fausseté d'une telle hypothèse.

Assurément, tout en étant un produit spontané, d'origine populaire et historique, le droit, il faut le reconnaî-

tre, peut être modifié par les lois. Cela a lieu spécialement dans deux cas : quand la loi a des fins politiques bien déterminées, comme les lois Julia et Papia Popae, sous Auguste ; et quand elle a pour but de résoudre et de fixer des points douteux en soi, comme pouvait l'être la durée des prescriptions. Mais ces influences particulières de la législation n'ont aucun rapport avec celles à qui il était question d'avoir recours en Allemagne ; toutes autres étaient les visées de ceux qui réclamaient la création d'un code général ; amélioration du droit national et unification de l'Allemagne.

L'une et l'autre de ces visées, soutient Savigny, sont difficiles, inopportunes et quasi impossibles. Avant tout, il est faux que la raison humaine puisse improviser des codes complets : la preuve en est dans tous les défauts du code Napoléon, dans toutes les incertitudes qu'il suscite, dans les interminables volumes de commentaires qui n'arrivent jamais à l'éclaircir définitivement. Ces défauts du code Napoléon sévissent aussi, plus ou moins dans les deux autres codes modernes : la compilation prussienne (*Landrechts*) et le code autrichien.

C'est seulement à certaines époques d'activité intellectuelle exceptionnelle que le droit a fleuri au point d'en rendre possible la codification. Bacon affirmait que le siècle capable de produire un code l'emporterait en intelligence sur tous ceux qui l'ont précédé. Or, Savigny pensait que l'Allemagne n'était, en aucune façon, prête pour une codification. D'une part, la culture du droit n'y était pas suffisante ; de l'autre, il n'y avait pas la moindre uniformité entre les tendances juridiques des divers Etats. Les différents droits locaux ne concordaient pas entre eux ; ce qui serait neuf pour un pays serait, en réalité, arriéré pour un autre : la promulgation d'un code général risquait d'être quelque chose comme une superfétation.

Que fallait-il donc faire, étant donné que la situation

mécontentait tout le monde ? Le remède consistait dans *une organisation progressive de la science du droit*, laquelle pouvait être la même pour toute la nation. Pendant que le progrès se développerait dans les théories et les recherches juridiques, les États, comme la Prusse, qui possédaient un code, pouvaient continuer à l'appliquer. Dans les pays où il n'existait pas de code, mais seulement un droit commun et un droit municipal, trois choses pouvaient placer le droit civil dans des conditions susceptibles de le faire prospérer : la première, des sources juridiques suffisantes ; la deuxième, des magistrats probes et expérimentés ; la troisième, des formes de procédure bien comprises.

Sur le terrain pratique, comme en théorie, Savigny l'emporta sur Thibaut. L'école historique resta triomphante pour le moment, réfutant du même coup le principe néo-humaniste de la codification et toute la théorie rationaliste et idéaliste du droit. Cette victoire peut être regardée comme un des exemples les plus admirables de l'utilité et de l'efficacité des études classiques et historiques pour rendre le jugement indépendant des tendances les plus récemment en vogue et à la mode à chaque époque. Otez à Savigny ses études approfondies du droit romain, sa connaissance familière du latin qui facilitait son exégèse, et il n'aurait pas conçu sa théorie historique du droit. Otez à l'Allemagne cette réaction de l'école historique, et le principe de la codification, principe si inopportun pour elle, si progressiste en apparence et si retardataire en réalité, l'aurait emporté, entraînant sans doute les plus graves obstacles au développement ultérieur, politique et économique, de l'empire allemand, dont on s'étonne et on s'émerveille aujourd'hui. Le cas de Savigny et de l'école historique est donc de la plus grande éloquence pour convaincre les esprits médiocres et pseudo-pratiques de l'efficacité très positive de la haute culture classique et philologique non seu-

lement dans l'ordre moral mais aussi dans l'ordre matériel.

§ 22.

Développement de l'école historique.

A peine formulées, les théories de l'école historique produisirent toute une renaissance dans la science juridique. Délaissant les utopies et la fausse méthode du rationalisme, les juristes se consacrèrent de préférence à l'étude du développement du droit romain et de l'ancien droit européen, du droit germanique par dessus tout.

En Allemagne, on peut regarder *Georges-Frédéric Puchta* (1798-1846), le premier des disciples de Savigny, comme l'un des représentants les plus typiques de la nouvelle école, malgré l'influence exercée sur lui par la théorie organique et spécialement par les doctrines philosophiques de son contemporain Schelling. Il développa et généralisa les principes de l'école historique en publiant son *Encyclopédie pour servir d'introduction aux Institutions* (*Encyclopedie als Einleitung zu Institutiones*, 1825) et ses *Institutiones* (1824).

La partie originale introduite par Puchta dans l'école historique consiste dans l'objectivation et la personnification de l'esprit populaire ou collectif, dont il fait comme une force existant indépendamment de la conscience des individus qui composent le peuple. Savigny parle du *Volksgeist* presque secondairement, en le considérant comme un vague produit de la conscience de tous et d'un chacun ; c'est pourquoi il définit le droit comme « un résultat de la vie sociale » (*ein gemeinschaftliche That*). Pour Puchta, il y a dans le *Volksgeist* une entité indépendante et souveraine ; la société a une âme, propre à elle et définie, ainsi qu'en a une tout organisme

individuel. Cette âme collective, cette entité psychique, est la première cause du droit, dont le développement se fait dès lors naturellement et indépendamment d'autres causes (*Naturwuchsigkeit*). Selon cette théorie, « le droit procède de l'esprit collectif comme une plante de sa graine ; sa forme et son évolution sont fixées d'avance ; les individus ne sont que les porteurs passifs d'un droit qu'ils n'ont pas créé ».

Ce concept du droit comme produit de l'esprit collectif et indépendant de la volonté des individus a été plus tard exposé en détail par Puchta dans sa célèbre monographie du *Droit coutumier* (*Gewohnheitsrecht*, 1828) où il s'efforce lumineusement de faire concorder le principe organique avec le principe historique.

C'est là le grand mérite de Puchta : avoir réussi à concilier l'école organique avec l'école historique ; avoir mêlé le principe de la société-organisme avec celui du droit regardé comme résultat spontané de l'histoire des peuples. Toute société est un organisme qui possède un esprit collectif. Cet esprit crée inconsciemment les coutumes et, avec elles, le droit coutumier. Mais la volonté consciente des individus forme l'Etat politique. Ainsi, bien que les origines du droit soient indépendantes de la volonté individuelle, c'est la volonté individuelle qui produit l'Etat. Quand l'Etat donne au droit la forme législative, il ne le crée pas ; il exerce seulement sur lui une action consciente et politique. Le peuple, outre qu'il est la *causa instrumentalis* du droit, est sa *causa principalis*. La distinction qui s'impose est celle de déterminer ce qui est le droit et ce qui est sa réalisation. L'esprit collectif crée la conviction du droit, elle est sa *causa principalis*.

Le peuple est la *causa instrumentalis* du droit, parce que c'est la volonté populaire qui le rend applicable. Pour lui donner plus d'efficacité, pour rendre son application continue et systématique, la volonté générale ins-

titue l'Etat, qui arrive ainsi à être le second instrument du droit, l'instrument subsidiaire, mais plus effectivement actif, de la volonté du peuple, de la *causa instrumentalis*. L'Etat est donc un mandataire, un organe coactif, de la volonté du peuple, destiné à garantir l'application du droit, dont l'exercice appartient à cette volonté populaire, mais dont l'origine et l'évolution échappent à son action positive et consciente.

On peut encore regarder, comme représentants et collaborateurs de l'école historique, Mommsen, Strauss et Bluntschli, spécialement ce dernier, à cause de son ouvrage le *Droit public universel*. Ils n'ont cependant pas traité en substance du droit privé ; mais, en revanche, Ihering, dont nous avons déjà vu les points de contact avec l'école organique, expose magistralement, dans son traité du *Droit romain*, et dans ses livres *La Lutte pour le Droit* et *La Fin du Droit* (*Zweck im Recht*) une conception expérimentale et historique du phénomène juridique.

Pour Ihering, la notion du droit est purement pratique. Le droit est simplement le résultat d'une lutte utilitaire et violente contre les agressions du dehors. C'est pourquoi on trouve en lui l'antithèse de la fin et du moyen. La fin est la paix ; le moyen, la force. Les hommes désirent la paix pour leur bonheur, et l'obtiennent au moyen de la force. Aux époques de sauvagerie, l'emploi de la force était anarchique, appartenait à l'individu. La civilisation régularisa cet emploi et le confia à l'Etat. Aujourd'hui, c'est l'Etat qui procure la fin utilitaire du droit, la paix, par le moyen coercitif et violent de la force. L'action juridique de l'individu et celle de l'Etat sont donc une lutte séculaire et régulière contre l'injustice.

En Angleterre, Sumner Maine, admirateur des grands analystes anglais, concilie, à son tour les principes de l'école analytique anglaise avec la méthode et le concept

du droit de l'école historique. Il n'a publié, en fait, aucun ouvrage complet et systématique, et il s'est livré de préférence à des études de détail sur l'histoire du droit, où il recherche les origines de la famille, de la propriété et de l'Etat. Ces études réunies en plusieurs volumes différents (*Le Droit antique ; Histoire du droit ; Les Institutions primitives ; Le Gouvernement populaire*) méritent au plus haut point l'attention, en raison de leur clarté, de leur rigueur scientifique et, tout particulièrement, de l'abondance et de la qualité de leur documentation philologique ; on y trouve comparés et mis en parallèle le droit indien, le droit hébreu, le droit romain, germanique, celtique, anglo-saxon.

Le Gouvernement populaire est un opuscule d'un haut intérêt, parce que Sumner Maine y rompt avec les dogmes démocratiques de la Révolution française, et penche à croire à la supériorité des gouvernements aristocratiques. L'histoire, dit-il après Strauss et Renan, est éminemment aristocratique ; toutes les civilisations sont dues à des aristocraties. Pour rendre l'action de l'Etat véritablement progressiste, il conviendrait qu'il fût non pas le représentant de tous les citoyens, mais bien des meilleurs. Le Dieu *Demos* n'est pas toujours une divinité favorable au progrès. La preuve en est la banqueroute de presque toutes les républiques. Il n'y a pas à envier leur situation, aux républiques hispano-américaines ; et quant à la France, peut-être n'a-t-elle la prospérité dont elle pourrait jouir sous un autre pouvoir.

En revanche, on ne peut nier les progrès admirables des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Mais on ne peut les prendre pour exemple d'une véritable démocratie. Au contraire, les colons anglo-saxons ont apporté dans leurs relations sociales les tendances aristocratiques de leur race. Si l'on a appelé avec exactitude les Etats-Unis « la patrie des déshérités », il ne faudrait pas entendre par là que la lutte pour la vie y soit facile pour les es-

prits faibles et sans énergie. Nulle part ailleurs, peut-être, la lutte pour la vie n'a été plus rude et plus pénible ; en aucun pays, la sélection naturelle ne s'est opérée plus cruellement et plus efficacement. Les Yankees croient que l'homme doit attendre son succès et son bonheur beaucoup plus de son énergie individuelle que de la protection des lois ; leur gouvernement se borne donc à être un gouvernement politique. Excepté sur le terrain politique, toutes les entraves de la législation ont été réduites à un minimum. Aussi, malgré l'existence du suffrage universel, la démocratie américaine n'a pas pour but la protection des faibles, des ineptes, des incapables. Plus que tout autre système, elle facilite les malheurs du *struggle for life*. Quand les déshérités recueillent l'héritage qu'ils sont venus chercher en Amérique, ce n'est pas en vertu de la protection des lois, mais grâce à la vivacité de leur intelligence et à la force de leurs poings. Toute la prospérité des Etats-Unis repose sur le respect sacré des engagements et sur l'inviolabilité de la propriété ; minimum juridique qui facilite les transactions économiques des hommes honorables et entrepreneurs et qui tend à mettre en déroute les maladroits, les engourdis et les malhonnêtes gens.

Dans cet esprit conservateur et aristocratique, qui trouve chez Sumner Maine son maximum d'expression, je relève une tendance originale de l'école historique. En plus de ce qu'elle prend contact par là avec l'école analytique anglaise, cette tendance représente le côté politique de la réaction de l'école historique contre le rationalisme allemand et le néo-humanisme français. Et c'est ce qui explique le peu d'importance qu'a eue cette école dans les pays latins, qui, sous l'influence de la Révolution française, continuèrent à vivre intellectuellement du néo-humanisme romantique pendant tout le cours du XIX^e siècle. Les esprits y vivent même encore un peu de la vie du XVIII^e siècle. Et par malheur, dans beau-

coup de ces pays, le jacobinisme vieilli et démodé est venu coïncider avec le mouvement socialiste de l'école économique. Du xviii^e siècle, ils sont passés brusquement au xx^e, sans subir la transition modératrice de l'école historique du xix^e siècle. En Espagne, particulièrement en Catalogne, par exemple, le mouvement républicain genre xviii^e siècle, qui se manifeste très tard à la fin du xix^e siècle, se croise avec le socialisme genre xx^e siècle. Comme il ne s'est pas produit, dans ces pays, un Savigny ou un Taine, qui serve de palliatif au jacobinisme « enragé », celui-ci se développe et se déploie au moment très inopportun où la propagande socialiste et anarchiste arrive à son apogée. C'est pour cela, c'est pour avoir manqué d'un contrepoids régularisant leur évolution, c'est pour avoir sauté la phase de la réaction anti-jacobine, que ces pays trouvent dans le socialisme un danger bien plus redoutable que ne le trouve l'Allemagne, où il se présente plutôt comme une évolution logique et naturelle que comme une révolution brusque et prématurée.

§ 23.

L'école économique.

Comme dans la théorie formelle du droit, comme dans presque toutes les théories philosophiques, il y a dans l'école économique une base historique et une base doctrinaire. Sa base historique est la même que celle de la Révolution française ; c'est le mouvement démocratique des temps modernes. Le néo-humanisme du xviii^e siècle donna conscience au peuple de sa situation ; en réaction contre le despotisme des rois, il donna à leurs sujets le droit de se révolter. Du moment que chaque homme était une entité libre et souveraine, du moment que le monar-

que n'était que le représentant et le mandataire de la souveraineté de tous, c'est-à-dire du peuple, le peuple avait, sans aucun doute, le droit de demander des comptes à ses mandataires et représentants. Or, la condition du peuple était assez mauvaise au xviii^e siècle ; il n'avait pas de droits électoraux ; il était accablé d'impôts élevés et vexatoires ; il se révolta en France contre le système de gouvernement établi. Le mouvement révolutionnaire avait pour principal objet d'améliorer sa condition misérable ; pour l'améliorer, le système représentatif républicain fut institué, et le peuple acquit ainsi toute sorte de droits politiques.

La République améliora, sans doute, la condition du prolétariat ; elle annula les privilèges de caste en établissant l'égalité des citoyens ; elle donna au peuple une représentation directe dans le gouvernement et diminua considérablement ses impôts. Mais, tout en étant nominalement égalitaire, le nouveau système politique ne détruit pas l'ancien régime économique : la monnaie, les salaires, le capital restent ce qu'ils étaient. Bien plus, les progrès surprenants du machinisme aggravent la situation du travailleur ; les petites industries sont toutes absorbées par les grandes entreprises capitalistes ; les ouvriers tendent à devenir les accessoires des machines ; et sous peine de mourir de faim, ils sont à la merci des patrons. Les démocrates idéologues du néo-humanisme, malgré l'importance de leurs conquêtes en politique, n'arrivent donc qu'à des déceptions en matière économique. Il faut, en conséquence, réformer le régime économique, de la même façon qu'a été réformé le régime politique par les institutions démocratiques modernes... Cette tendance à détruire le système actuel du capital, de la monnaie et du salaire constitue la base historique de l'école économique, dont le but pratique est, précisément, de justifier le mouvement socialiste, de la même façon que l'école rationaliste, individualiste et romantique du xviii^e siècle avait

justifié le mouvement démocratique qui devait aboutir à la Révolution française.

La base théorique de l'école économique résulte des doctrines exposées par Karl Marx dans son *standard book* : *Le Capital* (1867). Pour Karl Marx, d'accord en cela avec les économistes anglais Ricardo et Smith, la valeur d'échange d'un objet quelconque dépend du temps socialement nécessaire pour l'extraire ou le fabriquer. La substance de la valeur est le travail ; la mesure de la quantité de valeur est la quantité de travail, laquelle, à son tour, se mesure par la durée et le temps de travail. « Le temps de travail qui détermine la valeur d'un produit est le temps socialement nécessaire pour sa production, c'est-à-dire le temps nécessaire non pas dans un cas particulier, mais en moyenne, ou si l'on veut le temps que demande tout travail exécuté avec un degré moyen d'intensité et d'habileté et dans les conditions ordinaires relativement à un milieu social convenu ». Un kilogramme d'or dans une mine inexploree n'a aucune valeur ; mais si on l'extrait et on l'affine, il vaudra proportionnellement au travail employé à découvrir la mine, à l'explorer, et à en exploiter et affiner les produits.

Ce concept théorique de la valeur d'échange ainsi établi, nous devons conclure que le producteur capitaliste touche, aujourd'hui, un excès de valeur par rapport au prix de production de toute marchandise. Profitant des circonstances favorables du machinisme et du système monétaire, le capitaliste gagne sur le travail humain en payant mal le prolétaire et en le touchant avec augmentation sur la marchandise. Marx appelle cette augmentation arbitraire et injuste la « plus-value ». De la sorte, un article quelconque coûte le travail additionné à la plus-value. En appelant M la valeur d'échange d'une marchandise quelconque, on peut donc représenter son équivalent par la formule suivante :

$$M = x \text{ jours et heures de travail} + n \text{ plus-value.}$$

Mais la concurrence mutuelle des capitalistes tend à faire baisser le prix de l'article et à détruire la plus-value. Dans ce cas, le capitaliste retrouve son bénéfice, en imposant à l'ouvrier un « surtravail », qui ne lui sera pas payé ; et l'ouvrier y consent sous la pression du besoin et en raison des conditions de la production moderne. Ce nouveau moyen d'augmenter abusivement la valeur d'échange de la marchandise M peut s'exprimer ainsi :

$$M = x \text{ jours et heures de travail} + m \text{ surtravail.}$$

Il peut arriver alors qu'un capitaliste énergique triomphe de ses concurrents et reste seul maître du marché pour l'article en question ; mieux encore, il peut arriver qu'un groupe puissant de capitalistes forme un *trust* et accapare toute la production d'une marchandise donnée, à l'exclusion des autres producteurs, et cela toujours par le système de la concurrence commerciale. En pareil cas, le capitaliste ou le *trust*, maîtres absolus de la production, créent un monopole à leur profit exclusif et font monter la valeur d'échange du produit ou de la marchandise, en ajoutant la plus-value au surtravail. La formule de cette nouvelle production monopolisée pourrait s'exprimer par l'équation suivante :

$$M = x \text{ jours et heures de travail} + n \text{ plus-value} + m \text{ surtravail.}$$

Par suite, le régime capitaliste actuel a pour résultat immédiat de faire enchérir toutes les denrées et de rendre plus difficile la vie du prolétaire. C'est pourquoi, à cause de la misère du prolétariat et surtout à cause de la situation très pénible de l'ouvrier, c'est pourquoi Marx, s'inspirant de l'idéal de démocratie humanitaire en vogue à notre époque, censure aigrement le régime capitaliste, à qui il suppose de profondes causes historiques. Il soutient que l'accumulation primitive du capital s'est faite par la force. La force, l'assujettissement des peuples, la formation de castes dominantes ont été, dans l'antiquité, les

moyens d'accumuler les richesses. Au moyen-âge, il y a eu une évolution de ces richesses, qui a amené la transformation du capital en deux catégories : le capital « usuraire » et le capital « commercial ». La constitution féodale des campagnes et l'organisation corporative des villes rendit longtemps impossible la métamorphose de ce capital usuraire et commercial en capital « industriel ». C'est seulement à l'époque moderne, et surtout dans la période contemporaine que la destruction de la féodalité et l'avènement du régime démocratique permirent la réalisation de cette dernière transformation du capital, que le machinisme porta au degré maximum, où nous la voyons aujourd'hui. De cette influence réciproque de la condition politique et de la condition économique, l'école économique, tire, par induction, son postulat fondamental : tout phénomène historique et politique a un substratum économique. L'état économique est donc à la base de tous les événements, de toutes les inventions, de toutes les manifestations de l'activité humaine. La clef de l'histoire, de la religion, de l'art, du droit, c'est toujours l'économie sociale. L'attribution de tous les phénomènes sociaux et moraux aux facteurs physiques a fait donner à cette doctrine et à sa méthode le nom de *matérialisme historique*.

Le sociologue italien Achilles Loria a appliqué le principe économique à l'explication du droit dans son ouvrage : *Basi economiche della Costituzione sociale*. Il y regarde le droit comme une « forme-limite » économique, et en conclut qu'il faut se réduire à un ensemble de règles impératives tendant à assurer aux divers producteurs la jouissance du produit de leur travail et de l'accumulation de ce produit. « La proposition : où il n'y a pas de propriété il n'y a pas d'injustice, est, comme il a déjà été dit par Locke, aussi certaine que les théorèmes d'Euclide. C'est pourquoi, attendu que l'idée de propriété entraîne celle d'un droit à une chose, et attendu que l'idée que nous

désignons sous le nom d' « injustice » est celle de la violation d'un droit, il est clair que la seconde de ces idées ne peut exister si la première n'existe pas ». Toute sanction juridique repose donc sur une cause économique. La cause économique de notre droit actuel est le régime capitaliste ; l'objet des lois est d'empêcher, par leurs sanctions, les violations de ce régime.

L'évolution du droit s'est faite parallèlement à celle de l'économie sociale. La transformation des relations économiques entraîne fatalement la transformation du droit. Aux temps préhistoriques, en Asie et en Grèce, en Afrique comme en Amérique, fleurit la famille maternelle ou matriarcale, avec son système compliqué de parenté. Cette organisation particulière de la famille crée un système spécial de droit : le droit maternel ou matriarcal.

Plus tard, aux débuts de l'époque historique, la famille s'organise sous le régime paternel ou patriarcal. Le droit primitif des Romains, des Irlandais, des Goths et des Germains est presque identique ; à peine présente-t-il de légères différences. « Chez tous ces peuples, on observe les mêmes divisions entre les personnes, le même caractère absolu du pouvoir marital et paternel, la même constitution personnelle de la famille, la même distinction entre l'*ager publicus* et l'*ager privatus* ; chez tous, le droit sanctionne l'inviolabilité de la propriété privée et du bornage du champ patrimonial ; chez tous, il donne une base personnelle aux obligations, enchaîne par un lien rigoureux la liberté du débiteur et transforme l'objet réel en propriété ; chez tous, enfin, il affirme le respect dû à la sainteté du serment, accorde au témoignage une entière confiance et prescrit l'intervention des fidéjusseurs judiciaires.

Loria divise ensuite le droit en diverses catégories, correspondant aux institutions : droit de famille, droit de propriété, droit de succession, droit contractuel dérivant des obligations, droit réglant les relations entre les propriétaires et les travailleurs, droit pénal. Et dans chacune

de ces catégories, il étudie la base économique de l'évolution du droit.

Dans le droit familial, les besoins économiques amènent, en vue de perfectionner le travail social, la transformation de la polyandrie ou de la promiscuité primitive en matriarcat, et, ensuite, du matriarcat en patriarcat. Le pouvoir absolu du *pater familias* répond au fait qu'il est le principal producteur et qu'il convient de soumettre à une direction ferme le travail de tous les membres de la famille et du clan. — Dans le droit de propriété, « la distinction de l'*ager publicus* et de l'*ager privatus*, que l'on rencontre dans le droit allemand primitif et dans le droit romain, est une survivance de la propriété collective des temps préhistoriques, que ces deux peuples avaient alors abandonnée ». — Relativement au droit d'héritage, la loi fondamentale qui préside à son évolution est celle-ci : « Pendant la période primitive, quand la propriété appartient à la famille, la succession se fait nécessairement *ab intestato*, puisque les divers membres de la famille ont déjà un droit de propriété ou de *condominium* sur l'avoir commun ; mais lorsque paraît l'esclavage et, avec lui, la propriété individuelle, le motif qui avait imposé l'héritage *ab intestato* cesse d'exister, en même temps que de graves raisons militent pour accorder au propriétaire le droit de disposer de ses biens, même quand il n'existera plus ». — Le fondement économique du droit dérivant des obligations et de celui qui règle les rapports entre propriétaires et travailleurs est encore plus facile à apercevoir, car ces deux catégories de droit ont pour objet direct de protéger la propriété individuelle.

En ce qui touche le droit pénal, Loria fait observer que les rapports économiques ont une action prépondérante sur les crimes et sur les peines et même sur les délits contre les personnes. L'augmentation ou la diminution des salaires, la condition de l'ouvrier, influent directement sur ses actes délictueux de tout genre. En admettant la réa-

lité d'un type de criminel né, comme le prétend l'école anthropologique de Lombroso, il est indubitable qu'il serait le résultat d'une dégénérescence, et les causes de cette dégénérescence sont le manque d'hygiène et de nourriture, l'exagération mal ordonnée du travail physique, bref, les conditions funestes imposées actuellement à la vie du prolétaire par le régime économique du capitalisme et du machinisme.

§ 24.

Critique de l'école économique.

L'école organique a conquis pour toujours, contre le principe de la société-contrat, celui de la société-organisme. Les philosophes de l'école analytique anglaise ont imposé aux études juridico-politiques leur esprit de bon sens et d'analyse réaliste, si opportun pour servir de contrepoids aux visées trop élevées du rationalisme métaphysique. L'école historique nous a donné, franchement, le premier concept positif du droit, en l'envisageant comme un produit forcé de l'évolution historique des peuples. L'école économique, enfin, ajoute à ces progrès de la science juridique une notion qui les complète admirablement, celle des antécédents économiques du droit.

Mais, à part cela, l'école économique tombe fréquemment dans ce que j'appellerai l'« erreur » ou l'« illusion économique », c'est-à-dire qu'elle juge les phénomènes sociaux exclusivement d'après leur côté économique, en méprisant ou négligeant les autres facteurs politiques, géographiques, biologiques. La théorie exposée par Loria me paraît, telle qu'elle, inadmissible. Même en englobant sous le qualificatif d'économique tout ce qui se rapporte à la satisfaction des besoins de l'homme, on ne peut pousser cette extension du mot jusqu'à lui faire désigner les instincts génésiques, origine de tant de coutumes et d'ins-

titutions. Puisque l'homme est un complexe de faim et d'amour, il faut borner à la faim les études économiques et en écarter par conséquent, sinon l'instinct de la conservation individuelle, du moins celui de la propagation de l'espèce. Ainsi, quand Loria attribue les crimes passionnels à des causes économiques indirectes, il commet un véritable sophisme, puisque l'économie sociale n'y a évidemment qu'une influence accessoire.

La nouveauté de la méthode économique, son caractère de précision apparente, la partie scientifique qui s'y trouve incontestablement, et jusqu'à sa tendance philanthropique et socialiste, font de l'application exclusive de cette méthode un des plus grands périls que trouve sur son chemin le sociologue inexpérimenté. Il ne doit pas oublier que le phénomène biologique, physique et psychique précède et détermine le phénomène économique dans l'ordre de causalité de l'évolution et de la nature. Mépriser cet ordre positif, en cherchant dans le domaine économique l'origine de tout phénomène social quel qu'il soit, c'est tomber dans une erreur de fait ou dans une erreur de conception. L'erreur de fait serait de croire que les besoins économiques l'emportent sur les principes biologiques et le milieu géographique ; l'erreur de concept, d'étendre le sens du mot « économie » aux faits qui sont génériquement d'ordre zoologique et biologique, alors que dans le langage scientifique et courant, ce mot se rapporte essentiellement aux besoins de l'homme et surtout de l'homme historique. Parler d'une économie politique de l'anthropopithèque est aussi absurde que parler de celle de l'orang-outang ou du rhinocéros.

Nous devons non moins nous défier des vérités de notre temps que de ses procédés en méthodologie : ils ne sont en général qu'un dérivé de ces prétendues vérités. A ne considérer les phénomènes bio-sociologiques que sous leur aspect économique, on les fausse, à mon avis, ou on les présente incomplètement. La forme économique est,

seulement — et il ne faut pas la regarder autrement — une forme transitoire, et déjà dépassée dans l'évolution, de la phénoménologie sociale. C'est pourquoi Loria, en appelant l'économie la « forme-limite » de la politique et du droit, confond, je ne dis pas seulement les choses, mais même les mots. Cette forme-limite se trouverait placée beaucoup plus justement dans les manifestations premières de la vie animale et par conséquent de la vie humaine. Elle n'appartiendrait pas à des phases surévoluées de la vie humaine telles que l'économie politique, mais aux origines mêmes de la vie animale. Or, appeler ces origines « économiques » c'est appeler « économie » la science de la vie, la biologie.

S'il fallait adopter délibérément une méthode déterminée pour l'étude de la sociologie juridique, j'incline, pour ma part, non vers la méthode économique, mais vers la *méthode biologique*. Et c'est ce nom qu'on peut donner à celle que j'emploie dans cet ouvrage, parce qu'elle cherche le principe fondamental des phénomènes sociaux dans les lois de la biologie, dans l'application directe des lois de la biologie. Cette méthode a, sur celle de l'école économique, l'indiscutable avantage de pénétrer plus à fond le déterminisme scientifique des phénomènes sociaux. Au lieu de passer par les rameaux, elle va directement au tronc, et par le tronc, jusqu'au cœur même du vieux chêne de la vie sociale.

Je dois, sans doute, reconnaître que les partisans les plus distingués de l'école économique font des efforts pour en concilier les doctrines avec la théorie transformiste. Ferri et Loria en ont donné l'exemple dans ces derniers temps. Mais je dois aussi déclarer, pour ma part, que ces tentatives, tout en complétant et en améliorant parfois certaines théories de cette école, arrivent trop *ex post facto*, ont un caractère trop artificiel, pour être réellement scientifiques. En général, d'ailleurs, elles manquent de véritable exactitude, au point de vue biologique ; par ignorance ou mauvaise interprétation, leurs auteurs ne connaissent

pas bien, je crois, les lois qui régissent la vie animale et humaine. C'est la métaphysique allemande qui a engendré le socialisme, ce n'est pas le positivisme scientifique : il en serait plutôt le beau-père... J'exposerai, du reste, au moment opportun, en traitant de l'évolution du droit, cette fausse interprétation biologique et ce fondement métaphysique, pour en tirer mes arguments les plus forts, tant contre la théorie économique en soi que contre les systèmes et les conséquences politiques et juridiques qui en dérivent.

CHAPITRE VI

THÉORIES DE L'ÉTAT.

§ 25. Définition de l'Etat. — § 26. Théorie du droit divin. —
 § 27. Théorie du contrat social. — § 28. Théorie de l'école ana-
 lytique anglaise. — § 29. Bifurcation des écoles positives par
 rapport à la notion de l'Etat. — § 30. La théorie patriarcale. —
 § 31. La théorie matriarcale.

HOBBS, *Elementa philosophica de cive, Leviathan*. — BENTHAM,
Œuvres (trad. française). — AUSTIN, *Lectures*. — MONTESQUIEU,
Esprit des lois. — ROUSSEAU, *Du contrat social*. — BLUNTSCHLI,
Théorie générale de l'Etat (trad. française). — SUMNER MAINE, *An-
 cient Law, Early History of Institutions, Histoire du Droit* (trad.
 française). — ENGELS, *Origine de la famille, de la propriété privée
 et de l'Etat* (trad. française). — GUMLOWICZ, *Philosophische Staat-
 srecht*. — MOHL, *Encyclopédie des sciences politiques*.

§ 25.

Définition de l'Etat.

Dans les deux chapitres précédents, j'ai exposé les prin-
 cipales théories juridiques, en me référant spécialement
 au concept du droit. Mais, à ce concept est toujours joint
 inséparablement celui de l'Etat. On ne conçoit pas d'une
 façon générale l'existence d'un droit sans celle d'un Etat
 qui lui donne des garanties et des sanctions. Toute théorie
 juridique du droit suppose donc, à côté d'elle, une théorie
 politique de l'Etat. C'est pourquoi, je vais compléter ici
 les chapitres en question en exposant les théories de l'Etat
 qui leur correspondent.

Il se présente chez les auteurs de sérieuses difficultés
 quand il s'agit de préciser les termes fondamentaux de
 la science politique, spécialement les mots « nation »,
 « Etat », « gouvernement » et « souveraineté ». Ils ont
 respectivement rapporté ces expressions à leurs doctrines,
 ils les ont appliquées aux besoins de leurs théories : si bien