

lisme l'emporta ; les provinces formèrent des États fédérés, et la constitution nationale donna au pouvoir fédéral le droit d' « intervenir » dans les gouvernements provinciaux, au cas où la forme républicaine y serait altérée. Lors des premières « interventions », le gouvernement national « intervint », en faisant appuyer son représentant par des bataillons ; sans cela, il n'aurait pas été respecté. Mais, par la suite, après divers cas demeurés historiques, les populations provinciales achevèrent leur éducation du nouveau droit ; elles comprirent que le gouvernement national avait la force... Et, dans les dernières interventions, l'emploi des troupes fut inutile. On se soumit sans protester au commissaire chargé d'intervenir, parce qu'on savait bien alors que derrière lui, il y avait le gouvernement national et l'armée.

En résumé, l'on peut dire que le droit, comme Janus, a deux visages, ou, pour employer une comparaison plus scientifique et plus expressive qu'il a deux sexes, comme tous les êtres organisés supérieurs. La croissance spontanée du droit est le sexe conservateur, le sexe féminin, où l'emporte la loi de l'hérédité ; la lutte pour le droit est le sexe masculin, où l'emporte la loi de l'évolution. L'hérédité, dans le droit coutumier est une accumulation qui s'opère graduellement ; le droit organisme croît et se développe. L'évolution proprement dite procède, elle, par une série de réactions opposées. De semblables réactions se produisent de même, chez les êtres organisés, quand ils passent d'un âge à l'autre ; mais ils ont rarement la violence des grands mouvements juridiques qui transforment rapidement d'obscures larves souterraines en radieux papillons.

#### § 47.

##### *Bases biologiques du droit.*

Le double processus d'assimilation et de désassimila-

tion de la matière, qui est propre à tout organisme, détermine ses réactions par rapport au milieu, réactions que l'on dit d'*adaptation*, parce qu'elles tendent à adapter ou équilibrer les conditions internes de l'être vivant et les circonstances externes. Quand une circonstance externe attaque les conditions de vie d'un être organisé, celui-ci manifeste une série de mouvements, qui semblent une lutte contre la circonstance nuisible. Ces mouvements sont le germe ou origine de toute sanction juridique ; et la sanction est le principe subjectif de ce qui s'objectivera plus tard dans la règle juridique. Les droits naissent donc, par la force de l'habitude, des réactions spontanées de l'organisme contre les agressions que l'on qualifiera plus tard d'« injustes » ou de « contraires au droit ». Par la suite, ces droits arriveront à constituer une seule entité, le Droit, parce qu'ils sont tous rattachés logiquement entre eux par le même lien : l'utilité, qui détermine la sélection naturelle. Avant qu'il ait existé une Thémis unique, il y eut, dans la conception humaine, de nombreuses divinités, protectrices des droits des individus, des familles, des petits groupes ethniques, des intérêts divers de classe ou de caste. Ces divinités partielles ont pu se synthétiser en une divinité parce qu'elles représentaient des droits concordants et réciproques, dont le but ou finalité était toujours de protéger la liberté et la vie des citoyens.

Le développement du droit obéit à des principes biologiques. Nous avons vu, en effet, que la croissance spontanée du droit est un processus psychologique qui consiste à faire passer les actes réflexes, inconscients et involontaires, à l'état de conscience et de volonté. Ce processus est foncièrement biologique, parce que la biologie nous apprend par quelle forme les espèces acquièrent graduellement, en vertu de la sélection naturelle, la conscience et la volonté. Le droit, produit de l'organisme humain, reproduit ainsi, dans sa formation, les conditions de l'é-

volution animale, dont le dernier résultat est ce même organisme humain.

Outre les actions conscientes-volontaires, la biologie en enregistre d'autres d'un ordre distinct et même opposé : actions compliquées, qui, tout en ayant une fin utilitaire, ont cependant une réalisation inconsciente-involontaire. Les anciens naturalistes les appelaient « actes instinctifs ». Certes, ils se différencient des simples actes réflexes par leur complication et leur durée. C'est à cet ordre d'actions qu'appartient le merveilleux « instinct » de certaines guêpes (*l'ammophile*), qui les fait se jeter sur certains insectes déterminés (la chenille de la *noctua segetum*) pour les piquer de leur dard juste dans les segments : ce qui a pour but de les rendre incapables de tout mouvement ; en sorte que, quand la guêpe les emprisonne ensuite, avec ses œufs, dans son terrier, la chenille ne peut sortir de ce terrier et reste cependant en vie pour fournir un aliment frais aux jeunes larves. Avec toute autre méthode de capture, plus ou moins ingénieuse, les chenilles pourraient s'échapper ou périraient, et ne rempliraient pas le but auquel elles sont destinées : l'alimentation des larves. L'acte de les piquer avec précision dans les segments ne peut être considéré comme un simple mouvement réflexe ; c'est tout au moins un mouvement réflexe composé et compliqué, d'une catégorie nouvelle. Les naturalistes l'expliquent par une association de mouvements et d'idées, qui, acquis du fait des besoins de la lutte pour la vie, furent à l'origine relativement conscients et volontaires (1). Répétés durant des centaines de siècles et des millions de générations, ils sont arrivés à se graver de telle sorte dans la mémoire de la race que l'individu les exécute aujourd'hui instinctivement et machinalement. Il y a eu tout un processus psychologique qui

(1) JOHN LUBBOCK, *Les sens et l'instinct chez les animaux*, p. 231 (trad. française).

a consisté à faire passer, pour l'espèce, ces actes du conscient à l'inconscient.

Toute éducation, ou du moins tout enseignement suit, nous l'avons vu, un processus semblable. L'on pourrait ainsi dire que dans l'évolution biologique, on passe continuellement de l'inconscient au conscient et du conscient à l'inconscient. L'instinct forme l'intelligence, et l'intelligence donne des instincts. S'il en est ainsi, de même que la croissance spontanée du droit reproduit le premier phénomène, — l'acquisition de la conscience, — la lutte pour la vie reflète le second, — l'acquisition des instincts. — C'est pourquoi les deux phases du droit correspondent aux deux procédés typiques de l'évolution biologique, dans sa partie psychologique, mentale ou nerveuse.

Dans la croissance spontanée du droit, les réactions nerveuses, à qui la coutume donne une direction définie, créent, plus ou moins inconsciemment, une association d'idées déterminée ; chaque règle juridique est une association d'idées acquises par une répétition continuelle de réactions adaptatives ou vitales. Supposons une règle juridique contre le vol : c'est avant tout l'association de deux idées génériques : l'acte de s'emparer du bien d'autrui et sa sanction ou injustice.

Dans la lutte pour le droit, il y a deux opérations psychologiques distinctes typiques. La première est négative ; elle consiste à dissocier l'association d'idées formée par l'ancien droit ; la seconde, qui est positive, établit l'association d'idées du nouveau droit. Ainsi, le droit de la souveraineté populaire réalise, pour se constituer, un double processus : il dissocie les idées de monarchie et de justice divine et associe les idées de souveraineté populaire et de justice rationnelle ; le tout par un effort conscient et volontaire, comparable aux procédés psychologiques de la pédagogie humaine.

Tels sont, en synthèse, les deux aspects psychologiques

ou spéciaux du phénomène biologique général de la formation du droit. Comme on le voit, j'applique à la justice les principes biologiques — physiologiques et psychologiques — d'une façon véritablement positive et scientifique. Cette application marque, peut-être, un progrès, parce que les applications, que l'on avait faites jusqu'à ce jour, de la biologie au droit, sont, je pense, surtout empiriques.

En effet, les auteurs qui ont tenté de faire une théorie biologique du droit, et parmi eux Vaccaro, sont hallucinés par l'idée de la lutte pour la vie ou de l'adaptation au milieu. Ils la recherchent dans tous les phénomènes juridiques et généralement avec une vague idée préconçue de finalité. Le droit dériverait de la lutte humaine, de la lutte des hommes entre eux, à la façon d'un principe social d'élimination des faibles et des moins aptes au combat. Le fondement biologique du droit serait, par suite, une forme de la sélection naturelle par l'application continuelle de la force et de l'intelligence.

Je pense que l'on ne peut mettre en doute que la lutte entre les hommes ne soit une image et même une conséquence de la lutte entre les espèces ; mais je crois que l'évolution biologique donne au droit des fondements plus reculés et plus immédiats que ne le fait cet aspect-résultat de la sélection naturelle. Ces fondements sont, comme nous l'avons vu, l'adaptation, l'hérédité, le principe du plaisir et de la douleur, l'acquisition de la conscience et des instincts. Que la sélection naturelle soit ensuite une conséquence ou un aspect postérieur de ces fondements, d'accord ; mais commencer par poser que le droit est une lutte par sélection, c'est, je crois, sinon tomber dans l'erreur, commencer tout au moins par où il faudrait finir. La lutte humaine et la sélection ethnique sont les résultats du processus dont l'origine est la formation de la conscience et des instincts héréditaires au moyen des réactions du plaisir et de la douleur. Quand

le droit prend certaines tendances politiques rudimentaires et sème le germe de l'État, il arrive, c'est la vérité, à présenter l'aspect d'une lutte de sélection humaine ; mais, comme l'a très bien prévu Darwin lui-même, ce n'est que d'une manière bien diffuse et complexe.

En synthèse, le droit est une extériorisation de la vie. Cette extériorisation s'appelle généralement la « force ». Le droit est l'enfant de la force. Le droit est la force ! La coutume est la répétition séculaire des réactions de la force. Et c'est ainsi que naît le droit. La morale n'est qu'une généralisation du droit. Enfin, comme nous le verrons, la loi est la systématisation objective du droit ; la conscience juridique, sa systématisation subjective.

#### § 48.

##### *Télése et logique du droit.*

La forme la plus ancienne de l'erreur est bien certainement l'erreur anthromorphique ou anthropocentrique. L'homme s'imagine être le centre et comme l'axe du monde ; il se figure que Dieu, l'Infini, la Nature, le Hasard, etc., dirige et règle les phénomènes d'après les idées et les sentiments humains. Cette erreur s'est surtout produite dans les sciences naturelles, en biologie, où elle a engendré les préjugés les plus grossiers et les interprétations les plus fausses. On y suppose l'existence d'un Créateur ou d'une Nature qui crée les êtres vivants en vue d'un but déterminé à l'avance, comme le fait l'homme quand il construit ses armes ou ses outils ; ce but déterminé à l'avance est ce qu'on appelle les « causes finales ». L'erreur anthropomorphique ou anthropocentrique prend ainsi la forme de l'erreur *téléologique*, c'est-à-dire de la transmission à distance des fins métaphysiques ou surnaturelles. Cette aberration consiste, en biologie, à « considérer la nature comme l'œuvre préméditée d'un Etre

agissant conformément à un plan, et plus précisément à découvrir, dans chaque espèce végétale ou animale, « une pensée créatrice incarnée », l'expression matérielle d'une cause finale, ayant un dessein arrêté et poursuivant un objet (*causa finalis*) ».

A l'époque contemporaine, les sciences naturelles ont triomphé, si je puis dire, de cette erreur évidente. Elles cherchent toujours la *causa efficiens* des faits et des phénomènes et sont arrivées à la grande théorie transformiste. Mais, dans les sciences sociales et surtout dans les sciences juridiques, il est relativement plus difficile de se libérer de l'erreur téléologique. La complexité des causes efficientes, le vague des facteurs psychologiques offrent un champ toujours fécond aux vieux préjugés métaphysiques... En somme, on peut être certain que la sociologie actuelle doit lutter avec toute sa vaillance pour établir ses constructions sur des fondements de plus en plus positifs et scientifiques.

Dans aucune branche des connaissances humaines, il ne sera plus difficile de déraciner l'erreur téléologique que dans la science du droit. J'oserai bien dire que presque tous, sinon tous les juristes, en sont partisans à un degré plus ou moins avancé. L'idée que le droit a été créé volontairement et rationnellement par l'homme palpite au fond des recherches juridiques les plus positives. Le langage lui-même est si imprégné de cette idée que l'on entend toujours par « forme » ou « contenu » du droit un dessein ou un procédé historique, concret et préconçu. Le concept du droit né indépendamment de la conscience et de la volonté humaine paraît encore étrange et absurde aux plus grands jurisconsultes. On ne conçoit pas que l'homme ait pu rien faire, rien créer sans une cause finale plus ou moins claire ; et cette cause sera la sociabilité, la liberté, le progrès, la satisfaction des désirs licites, etc.

Cependant, la véritable *causa efficiens* du droit a opéré

comme si ces *lointains résultats* de sociabilité, de liberté, de progrès ou de tout ce qu'on voudra ne devaient pas exister ou n'existaient pas ; elle a agi par des réactions vitales plus ou moins inconscientes et involontaires. Nos ancêtres animaux et humains ont créé le droit sans s'apercevoir que leurs réactions, en se constituant en règles de conduite, tendaient vers cette liberté, cette sociabilité, ce progrès... C'est pourquoi j'ai dit que la concrétion du droit est quelque chose comme un *acquiescement expérimental* des hommes, qui se soumettent aux règles juridiques parce que l'expérience les y oblige. Cet acquiescement n'a pas la signification d'un raisonnement utilitaire clair et définitif ; c'est plutôt une adaptation d'où la volonté et la conscience sont encore absentes.

Notre langage humain est éminemment anthropocentrique et téléologique, parce qu'il s'est formé quand l'homme était déjà en possession de sa conscience et de sa volonté historiques. De là vient qu'il nous donne une idée si imparfaite de l'origine préhistorique et même pré-humaine du droit. Pour la comprendre, il y a lieu d'écarter et de réformer notre terminologie juridique ; sans cela, quand nous nous assoierons au banquet de la vérité, la vieille erreur nous y poursuivra comme le spectre de Banco. Ainsi, je dis, en cherchant à me libérer de l'imperfection si complète de notre langage finaliste, que le droit se forme par un « acquiescement expérimental ». Mais puis-je être sûr que cette expression n'éveillera pas des idées téléologiques ? En effet, le mot « acquiescement » entraîne dans notre esprit l'idée d'une espèce de contrat tacite ; et le mot « expérimental » celle d'une sorte d'expérimentation consciente et volontaire. C'est presque l'erreur rationaliste du « contrat social ». Et cependant que cette erreur est loin de mon esprit !... Comment donc exprimer que l'homme crée les règles juridiques par de simples mouvements presque réflexes, sans se *rendre compte* de leur portée, de leur objet ultérieur, de

leur finalité sociale ?... Je ne vois pas d'autre moyen de m'expliquer que de tendre la main à une métaphore secourable et de dire que le droit naît et croît comme un organisme, métaphore que beaucoup répètent et que très peu comprennent dans toute sa transcendance et sa précision, métaphore lancée par une intuition générale de Ihering et que lui-même ne paraît avoir comprise qu'à moitié... Elle signifie que le droit naît de simples mouvements vitaux, mécaniques et simples, analogues aux réactions adaptatives des micro-organismes inférieurs, qui flottent entre le règne végétal et le règne animal. Plus tard, après des milliers de siècles, la race acquiert la conscience et la volonté, ce que Maudsley appellera l'*épiphénomène*, ce que Ribot nommera le *suragrégat*. Eh bien ! le droit conscient et volontaire est une sorte d'épiphénomène ou de suragrégat du droit primitif et originel. Quand on croit, comme le croient presque tous les auteurs, sans omettre les plus notables de l'école historique, que le droit a toujours été un phénomène finaliste prédéterminé, on commet, en somme, une erreur semblable à celle des idées innées des cartésiens, ou à la conception de Linné et d'Agassiz faisant des espèces animales des types invariables depuis leur origine jusqu'à nos jours.

Je dois reconnaître que l'erreur téléologique, si elle est beaucoup plus grave en biologie qu'en jurisprudence, est aussi beaucoup plus facile à vaincre. Plus facile à vaincre, parce qu'en biologie, le fait s'impose au raisonnement et qu'en jurisprudence le raisonnement est aujourd'hui la partie principale du fait. Plus grave, parce que dans les sciences naturelles, l'erreur téléologique entraîne des doctrines absolument controuvées dans toutes leurs conclusions, et que, dans les sciences juridiques, elle implique des conceptions fausses relativement à l'origine et à la nature du droit, mais non par rapport à son développement historique et actuel. Effectivement, dès que l'homme acquiert sa volonté et sa conscience historiques, le droit

arrive à former et à augmenter peu à peu la conscience et la volonté de ses fins. En quelque sorte, le droit historique est un épiphénomène et un suragrégat mieux caractérisé de jour en jour par sa surévolution biologique.

Si l'on pousse à l'extrême ma définition de la croissance spontanée du droit et de l'erreur téléologique dans la science du droit, je pense que l'on pourrait m'objecter que je conçois le droit, au moins à son origine, comme un phénomène dépourvu de toute conscience et de toute finalité... Assurément, ce serait une nouvelle erreur, en opposition complète toutefois avec l'erreur téléologique. Je ne suis pas exposé à y tomber, vu que j'incline à penser que partout où il y a vie, il y a une conscience plus ou moins vague et nébuleuse. Je ne veux donc pas dire que les réactions vitales qui ont constitué les règles juridiques primitives ont été aussi inconscientes que l'est la matière inorganique, mais seulement qu'elles manquaient de la *conscience finaliste de l'homme historique*, c'est-à-dire de ce que l'on appelle généralement « conscience » en psychologie. Depuis la vie psychique initiale des protistes jusqu'à la vie psychique arrivée chez l'homme à son summum, voyez ce qu'il peut y avoir de gradations et de nuances dans la conscience et la volonté des actes animaux. Eh bien ! supposer que les actes humains qui ont été l'origine du droit ne sont que la seule continuation de l'activité primitive de nos ancêtres animaux, c'est précisément ce qui constitue en substance l'erreur téléologique dans la jurisprudence. L'école théologique et l'école classique ont poussé cette erreur à l'extrême, et les théories rationalistes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ont peut-être été plus loin encore dans cette voie. L'école historique a eu l'initiative d'une première réaction positive, accentuée plus tard par l'école économique... Mais ce n'est que la biologie qui a pu découvrir l'*ultima ratio* du droit, sa véritable genèse préhistorique, sa véritable nature de réactions spontanées dont la finalité utilitaire n'est arri-

vée que bien tard à notre connaissance et que nous ne connaissons encore qu'à moitié de nos jours. Il est logique de supposer que nos descendants arriveront à voir dans le droit des *finalités humaines nouvelles*, que nous-mêmes ne pouvons pas encore discerner, un but général que nous ne comprenons pas encore... Ainsi, de même que Ihering parle aujourd'hui du « matérialisme » grossier et inconscient du droit romain, ils parleront alors de l'inexplicable myopie des jurisconsultes et des législateurs du xx<sup>e</sup> siècle. Et s'ils appliquent à l'étude de notre droit actuel, la clairvoyance de ces temps futurs, ils commettront la même erreur téléologique que nous, — erreur qui se ramène, en dernière analyse, à un anachronisme.

Ayant ainsi défini l'erreur téléologique dans la conception du droit, il nous est bien facile de définir ce que j'appelle la « télèse » du droit. L'erreur téléologique consiste, nous l'avons vu, à supposer imaginativement au droit une causalité finale de justice absolue ou de perfectionnement absolu. La « télèse » du droit est, par contre, son résultat effectif et positif, ce que les juristes ont l'habitude d'appeler le « contenu » ou la « fin » du droit, et qui consiste, selon la tendance d'esprit des écrivains, dans la liberté, la sociabilité, l'égalité, le perfectionnement de l'homme, le développement harmonieux des facultés humaines, etc. Ce résultat est, nous le savons aussi, éminemment utilitaire. La sélection naturelle a conservé dans chaque race humaine les réactions favorables à son développement. Ces réactions constituent ensuite les sanctions juridiques. L'utilité du droit provient ainsi de la sélection naturelle et de l'hérédité biologique.

Dans le développement des espèces, l'homme acquiert graduellement la conscience et la volonté de ses actes ; le développement de son intellectualité lui donne progressivement une meilleure prévision des conséquences de sa conduite. Cette prévision des conséquences de sa conduite et de l'utilité du droit est précisément ce qui constitue la

véritable « télèse » du droit, qui consiste, en synthèse, dans le fait par les législateurs, les gens instruits et même le peuple, de concevoir d'avance son utilité.

En concevant ainsi la « télèse » du droit comme la transmission à distance de fins humaines au moyen de règles, on conçoit également la véritable *logique du droit*. La logique du droit résulte de son utilité et de sa « télèse ». Les règles du droit sont toutes réciproquement logiques, parce qu'elles sont toutes utilitaires, et que, de plus, à l'époque historique, l'homme les formule en ayant relativement conscience de leur nature et de leurs effets. Pour le rendre plus efficace, l'intelligence humaine, dans les temps historiques, tend unanimement à systématiser le droit. Elle forme une construction générale et objective de toutes les règles partielles et subjectives. C'est pourquoi *un* droit est toujours un pouvoir protégé par *le* droit.

On a dit que la logique et l'éthique sont deux « sciences de règles » par excellence. La logique, en effet, fournit et étudie les règles du raisonnement ; l'éthique, les règles de la conduite. Et, comme le raisonnement est, à l'égal de la conduite, un résultat de l'expérience, les deux phénomènes — logique et éthique — ont une même origine, due à l'expérience et à l'habitude. De plus, la conduite détermine le raisonnement et le raisonnement influe sur la conduite. De là vient l'intimité et la connexité de la logique et de l'éthique. Cette connexité trouve un développement admirable dans le droit, parce que la délimitation des intérêts humains exige un effort tout spécial de l'intelligence, un effort beaucoup plus grand qu'il n'en faut un pour la simple qualification des intérêts, qui est le propre de la morale. La « télèse » et la logique du droit, qui ont leur origine dans les lois de la vie animale, sont donc des produits connexes et réciproques de la culture humaine, et se lient et se rattachent dans l'unité organique de leur cause immédiate et efficiente : l'Homme.

## CHAPITRE X

## LE DROIT SUBJECTIF ET LE DROIT OBJECTIF

§ 49. Phase subjective du droit. — § 50. Phase objective du droit. — § 51. Inégalité subjective du droit. — § 52. Égalité objective du droit. — § 53. Fondements du droit pénal. — § 54. L'essence du droit.

IHERING, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zwick im Recht, Kampf um's Recht.* — THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht.* — BIERLING, *Zur Kritik des juristischen Grundbegriffen.* — KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit.*

## § 49.

*Phase subjective du droit.*

Le droit naît des réactions subjectives de l'organisme. Ces réactions déterminent des règles de conduite. Ces règles, à leur tour, se traduisent, au cours des progrès intellectuels des hommes et des peuples, en sentences ou préceptes dialectiques. Et fréquemment, dans le droit primitif des populations de race blanche, ces préceptes ont pris la forme rythmique. Le rythme, en suivant ou en imitant les pauses de la respiration, aidait à apprendre et à retenir ces phrases que l'on récitait en psalmodiant.

Sous cette forme dialectique, la règle acquiert déjà un certain caractère objectif. Elle existe comme un objet distinct et indépendant des réactions subjectives qui lui ont donné naissance. D'où les deux formes génériques du droit : le point de vue ou l'aspect subjectif, et le point de vue ou l'aspect objectif.

Pour comprendre ces deux formes, il suffit d'observer un cas juridique quelconque. Prenons-en, par exemple, un très simple : Jean cherche à s'emparer de la propriété

de Pierre ; Pierre se défend et invoque la règle juridique applicable à son cas ; par suite, Jean, en vertu des dispositions de la règle, ne peut s'emparer de la propriété de Pierre. Ce cas, de même que tout autre, pourrait se réduire à un syllogisme. La règle forme la majeure ; la prétention anti-juridique, la mineure, et la conclusion du syllogisme est la solution du cas. Voyez, en effet, le schéma suivant de l'exemple proposé :

<i>Aspect objectif</i>	La règle.	{ Il est défendu de s'emparer du bien d'autrui, sous peine de....
<i>Aspect subjectif</i>	{ La prétention juridique ou antijuridique	{ Jean prétend s'emparer de la propriété de Pierre.
	{ La solution du cas ou du conflit.	{ Jean ne peut s'emparer de la propriété de Pierre, sous peine de...

Dans la phase subjective, il y a toujours une *relation juridique*. Cette relation détermine une *prétention juridique*, qui peut être attaquée par une prétention contraire et par conséquent anti-juridique. Ainsi, dans l'exemple précédent, nous avons les éléments suivants : la relation, négative dans ce cas, entre Jean et Pierre ; la prétention, négative ou antijuridique, de l'intérêt de Jean ; la prétention, positive et juridique maintenant, de l'intérêt de Pierre.

La relation juridique peut être plus directe qu'elle ne l'est dans le cas d'un droit de propriété. Elle peut être une véritable relation de *dépendance*, un *droit-pouvoir*, auquel correspond une *obligation personnelle*. Jean doit quelque chose à Pierre ; Pierre a, par rapport à Jean, un droit-pouvoir, auquel correspond l'obligation de ce dernier. Le droit-pouvoir de Pierre s'appelle une « créance » ; l'obligation de Jean, une « dette ».

Ainsi, il y a deux classes de droits : les *droits réels* sur

les choses et les *droits personnels* qui concernent les personnes. Les droits réels sont des droits *contre tous* ; les droits personnels ne sont des droits que contre le ou les débiteurs, c'est-à-dire, contre *un* ou *plusieurs* individus. C'est pourquoi l'on dit qu'il n'y a pas d'obligation personnelle correspondant aux droits réels et qu'il y en a toujours une par rapport à un droit personnel ou droit-pouvoir.

Qu'ils soient réels ou personnels, on peut toujours considérer les droits, soit au point de vue de la règle (phase objective) soit au point de vue de la relation juridique (phase subjective).

En fait, le sujet de tout droit est l'homme, la personne en chair et en os. Mais, dans la pratique juridique, on reconnaît l'existence de *personnes morales* ou juridiques, les corporations, qui, vues sous leur aspect légal, semblent de véritables sujets de droit. Cette subjectivité toutefois est plus apparente que réelle, elle a plus de forme que de fond.

Il convient, en effet, de préciser et de dire que les personnes morales ne sont qu'une addition, un ensemble d'intérêts semblables. La doctrine de Savigny et de Ihering est lumineuse à cet égard. Une corporation quelconque, une société anonyme par exemple, est comparable à une série d'intérêts de même sorte, intérêts dont on pourrait représenter chacun par un même signe mathématique + O. Or, dans les équations algébriques, les quantités qui portent le même signe se groupent entre parenthèses. La personnalité juridique de la personne morale est comme une parenthèse. Son objet est de faciliter leur représentation et leurs transactions.

Dans les associations commerciales et les sociétés anonymes, on aperçoit facilement les intérêts des actionnaires qui s'y trouvent additionnés, intérêts divers en quantité, mais non en qualité. On a plus de difficulté à expliquer que le véritable sujet de droit puisse être aussi un

groupe d'hommes dans d'autres corporations, telles que l'Etat, l'Eglise, les communes, qui sont également considérées, dans la législation et la théorie comme de vraies personnes morales. En ce qui concerne l'Etat, je pense qu'en dehors de sa personnalité psychologique et sauf en certaines circonstances que nous étudierons plus loin, il n'est, en dernière analyse, que le groupe des intérêts analogues de beaucoup d'individus, qui constituent soit une classe dirigeante, soit un parti politique triomphant. Il en est de même des provinces, des communes, et des autres corporations politiques ; et quant à l'Eglise, il convient aussi de reconnaître en elle un agrégat d'intérêts ecclésiastiques. Ces intérêts sont représentés sous une autre forme et se basent sur des considérations théologiques mais, dans la réalité des faits, la représentation juridique de l'Eglise est essentiellement semblable à celle de toute autre corporation commerciale ou politique.

En droit romain, et chez les peuples latins, le tempérament de la race a fait généralement envisager les cas juridiques au point de vue objectif, c'est-à-dire par rapport à la règle ; chez les peuples germaniques, l'inverse s'est produit ; et l'individualisme de leur caractère national en a préféré le point de vue subjectif, c'est-à-dire celui de la relation juridique. Quoi qu'il en soit, il me paraît plus convenable, pour expliquer les personnes morales, de se placer au point de vue subjectif qui n'envisage que les intérêts personnels groupés : 1° parce qu'il a plus de réalité positive ; 2° parce qu'il évite l'emploi des généralisations métaphysiques et théologiques relativement à la conception de l'Eglise et de l'Etat.

On a discuté aussi la question de savoir si les animaux peuvent être dits sujets de droit, comme ils l'ont été fréquemment au moyen-âge et dans l'antiquité. Dans le cas d'un legs fait pour l'entretien d'un animal, on pourrait soutenir qu'il y a lieu de lui donner un tuteur ou un curateur, comme s'il était sujet de droit ; mais je crains que

cette extension donnée à la subjectivité du droit n'engendre des confusions. A ce compte, on pourrait également regarder comme des sujets de droit, les propriétés foncières et les monuments, pour la conservation desquels il a été fait quelque legs.

Je ne vois donc d'autre subjectivité du droit que celle de l'homme, personne vivante, au physique. L'homme a formé le droit pour son usage particulier. La sanction du droit présuppose, non seulement en droit civil mais en droit pénal et en droit politique, la capacité humaine. Pour être sujet de droit, au sens complet du mot, il faut être capable de responsabilité juridique, dans toute l'étendue de ce terme, l'avoir été ou pouvoir le devenir. L'irresponsabilité pénale des corporations ou des personnes morales est la meilleure preuve qu'en tant que sujets de droit, ils ne sont que de pures *fictions* qui cachent d'autres sujets plus véritables : les hommes, les ayants droit des intérêts additionnés et représentés dans la corporation.

### § 50.

#### *Phase objective du droit.*

Le droit, qui a pris naissance dans des réactions subjectives, se concrète et se cristallise objectivement dans les règles créées par l'usage, dans les lois et dans les doctrines savantes. Pour que le droit devienne objectif, il faut donc : 1° de l'ancienneté et de la précision dans les réactions subjectives ; 2° un développement intellectuel suffisant pour abstraire des faits pratiques et particuliers, les principes généraux et théoriques ; 3° un langage articulé assez riche et étendu.

Le droit objectif n'est ainsi qu'un *effet* du droit subjectif. Mais, comme c'est une des erreurs les plus fréquentes de l'esprit humain de prendre les effets actuels pour

les véritables causes, surtout quand ces causes sont plus ou moins tombées dans l'oubli du passé, on a coutume de voir dans la règle la cause efficiente du droit objectif. Mais nous, en établissant ici la théorie réaliste du phénomène juridique, nous ne devons pas négliger son origine véritablement subjective, qui n'est autre que son origine biologique et coutumière.

Toutes les fois qu'un droit ou une règle juridique deviennent objectifs, on y trouve deux éléments : un ordre et une sanction contre qui viole cet ordre. C'est ce qui a fait considérer la règle juridique comme un ordre *conditionnel*. Toute règle juridique peut toujours en effet être présentée sous la forme suivante. « Si en telles ou telles circonstances un homme commet tel ou tel acte, il subira la peine suivante... ou, son acte sera nul ».

Beaucoup de juristes mentionnent encore les quatre catégories de règles juridiques admises par Modestinus, et disent que les lois ont pour objet de : *imperare, vetare, permittere, punire*. Ces distinctions sont, philosophiquement parlant, inacceptables. En principe, *tout est permis en droit*... Par conséquent, la règle juridique *défend* toujours, et ne contient qu'un ordre avec une pénalité correspondante, au cas où il ne serait pas obéi.

Il y a certainement des lois qui paraissent permettre ; mais, en réalité, on voit si on les analyse, qu'elles ont toujours pour objet, d'abroger ou de détruire d'anciennes règles prohibitives.

Les lois relatives à l'organisation de l'État, nous paraissent, en particulier, bien moins des ordres que de simples permissions, par exemple le droit de vote. Malgré cela, rappelons-nous que le droit de voter accordé aux citoyens comporte toujours des interdictions comme l'ordre de ne pas voter donné aux étrangers, aux femmes, aux enfants, et de plus qu'il abolit toujours d'anciennes formes de monarchie ou de pouvoir absolu.

Au point de vue subjectif, quand un droit est attaqué,

l'ayant droit doit faire valoir sa prétention juridique. Aux temps préhistoriques, il le faisait par de simples actes de défense personnelle. Aux époques historiques, il le fait, en intentant à l'injuste agresseur, ce qu'on appelle une *action*. Les *actions* constituent la forme subjective de la réaction juridique depuis l'organisation politique de la société ; on les divise en *réelles* et *personnelles*, selon qu'elles protègent un droit réel ou un droit-pouvoir.

Quand l'action a été intentée, les juges résolvent le conflit en vertu du droit objectif, de la règle. Ainsi, la réaction biologique subjective se répète, dans la civilisation, par une réaction sociale objective. Par suite, le droit objectif n'est qu'une surévolution du droit subjectif.

### § 51.

#### *Inégalité subjective du droit.*

Rien n'est plus difficile à établir que la véritable relation qui existe entre le droit et l'inégalité ou l'égalité juridique des hommes. La théologie, la philosophie et la politique ont lié si intimement l'idée de droit et celle d'égalité que, pour le vulgaire et même pour les juristes, il semble que le droit ait pour principe et pour fin cette notion métaphysique d'une prétendue égalité !... Et cependant, le droit, aussi bien par son origine que par ses effets, produit et consacre une inégalité bien visible de droits et de devoirs chez les individus.

Observons la réaction du sauvage en train de s'emparer d'une proie, quand un autre individu prétend la lui faire abandonner. Quel est son but dans cette réaction contre l'agresseur ? Evidemment, il lutte pour rester maître de sa proie. Il défend donc une propriété personnelle, ce qui signifie, pour lui, une situation avantageuse par rapport à celle de son agresseur. Cette situation implique

ainsi une inégalité : l'exclusivité de la propriété d'un homme sur sa proie. L'égalité lui imposerait de partager avec le survenant.

Dans tout droit, il y a un ayant droit privilégié par rapport aux autres. Tout droit comporte ainsi une inégalité en faveur de l'ayant droit. S'il s'agit des droits patrimoniaux, le droit divise les hommes en riches et pauvres ; si c'est de droits de famille, en époux, pères, enfants ; si c'est de droits politiques, en citoyens et étrangers ; si c'est de droit pénal, en innocents et coupables... Où est alors l'« égalité » du droit, considéré subjectivement ? Fils de la vie, le droit est aristocratique comme la vie. Fils de l'histoire, il est aristocratique comme l'histoire. La vie divise spécifiquement les êtres organisés et leur donne des capacités individuelles différentes. Et le droit ne fait que reconnaître ces capacités dues au sort, à l'intelligence, à la force. L'histoire, aussi, divise les hommes en peuples et en classes ; et le droit se différencie selon les peuples et les classes. Il convient donc de dissocier les idées d'« égalité » et de droit, attendu qu'en vertu de leur origine biologique et historique, l'égalité et le droit s'excluent et se nient réciproquement.

Dans l'ordre subjectif, l'égalité en droit arriverait tout au plus à signifier la tendance à la liberté qui est propre à tout être vivant. Le droit, en effet, reconnaît généralement à chaque être humain, son dynamisme organisme interne. Ce dynamisme tend presque toujours à l'adaptation de l'individu au milieu, et sa manifestation la plus typique dans la vie sociale est ce que l'on appelle, en politique et en jurisprudence, la liberté. Protéger la liberté, c'est protéger la conservation et le développement de la vie individuelle.

Les juristes envisagent le droit subjectif sous la forme des « relations juridiques » et entendent par « relations juridiques » les liens qu'ont entre eux les intérêts positifs et négatifs des hommes. Or, une relation, quelle que soit

sa nature, est toujours un *principe de dépendance*. La relation de causalité est le principe de dépendance de l'effet à la cause ; la relation de connexité est le principe de dépendance réciproque de deux ou plusieurs faits ou choses existant simultanément. Toute relation de droit est ainsi un lien de dépendance par rapport à l'ayant droit, dépendance indirecte et s'appliquant à tous, s'il s'agit de droits réels, directe et ne s'appliquant qu'à un ou quelques-uns, s'il s'agit de droits personnels.

C'est pourquoi au maximum de droit correspond toujours le maximum de dépendance. *Summum jus*, disaient les Romains, *summa injuria*.

En protégeant la liberté des plus forts, des plus capables ou des mieux placés dans le milieu social par la naissance ou le sort, le droit protège les inégalités humaines, *sous la réserve* qu'elles n'attaquent pas l'intégrité organique des plus faibles et des moins favorisés. La liberté de ces derniers se réduit donc à cete intégrité organique. En revanche, la liberté des premiers s'étend à la prédominance de leur pouvoir politique et économique. De là vient que la notion même de la liberté est substantiellement subjective. C'est qu'en résumé la liberté n'est qu'une forme sociale du principe de l'adaptation, c'est-à-dire du principe de la vie, et que la vie est l'essence de tout sujet. La vie est la raison de tout droit.

J'ai dit plus haut que l'homme est l'unique et véritable objet du droit. C'est maintenant le cas de se demander si tout homme a été et est un sujet de droit... Ce problème a, à première vue, différentes solutions, selon qu'on le pose par rapport au passé ou au présent, ou par rapport à la théorie ou à la pratique.

Dans l'antiquité, chez les peuples orientaux, ni l'esclave, ni l'étranger ne possédaient une subjectivité réelle en droit. L'esclave était considéré comme un animal domestique, l'étranger comme une bête sauvage. Les animaux sacrés avaient, en quelque sorte, une supériorité de sub-

jectivité juridique, car ils étaient le sujet de certains droits-pouvoirs, que leurs représentants naturels, les prêtres faisaient valoir, en recourant à la coercition juridique et même aux peines les plus rigoureuses.

En Grèce, les maîtres avaient certains devoirs moraux envers leurs esclaves, et on y reconnaissait certains usages humanitaires à l'égard des étrangers. A Rome, on avait conçu un *jus naturale* applicable à tous les hommes et les animaux et un *jus gentium* applicable à tous les peuples. L'esclave et l'étranger acquièrent ainsi, dans l'ancienne civilisation européenne, une certaine personnalité morale. Mais ils ne constituent pas encore de véritables sujets de droit, parce qu'il leur manque de pouvoir intenter action, par eux-mêmes ou par leurs représentants, pour établir leurs droits présumés devant les autorités sociales.

Au moyen-âge, le vassal, le serf, l'*adscriptus glebæ* ont déjà une subjectivité juridique. Mais leur droit est distinct du droit du seigneur féodal. De plus, les classes dirigeantes et gouvernantes posent en principe que chacun ne peut être jugé que par ses pairs ; ce qui est à leur avantage exclusif, car on en conclut, par interprétation, que le supérieur est le juge naturel de l'inférieur et que le supérieur n'a d'autres juges que ses égaux en pouvoir ou en rang. D'où il résulte que la subjectivité de l'inférieur est nominale et relative et parfois même plus théorique que pratique.

Le triomphe de l'individualisme de la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle, amené par la Révolution française, pose, en droit moderne, le principe que tout homme est sujet de droit. C'est l'essence de la fameuse « Déclaration des droits de l'homme », que la démocratie proclamera en France, et que répètent ou contiennent toutes les constitutions politiques modernes. Telle est la théorie...

En pratique, il se produit que, bien que la règle générale soit que l'homme est toujours sujet de droit, il y a

des cas où il ne l'est pas et ne peut pas l'être en fait. C'est le cas, notamment, des peuples sauvages vivant sur le territoire et sous la souveraineté de nations civilisées. Les Peaux-Rouges des Etats-Unis, les Fuégiens de l'Argentine, ou les Australiens et Néo-Zélandais des colonies anglaises de l'Océanie ont une infériorité mentale si évidente par rapport aux Américains du Nord, aux Argentins et aux Anglais et vivent dans un tel état de sauvagerie que leur subjectivité juridique n'est qu'un pieux mensonge de la loi. En réalité, ils n'ont pas de droits et ne peuvent pas les faire valoir en justice. Les incapables qui existent dans les pays civilisés sont dans une situation juridique bien différente. Ils ont, en effet, pour les représenter en droit, leurs tuteurs, leurs curateurs, le ministère public. Les sauvages aussi ont, à un certain point, une protection et une représentation légales ; mais, en général, elles ne sont pas effectives, l'Etat n'ayant ni moyens ni intérêt pour cela.

J'arrive ainsi aux conclusions suivantes : si tout sujet de droit est toujours un homme, tout homme n'est pas un véritable sujet de droit. Chez les peuples antiques, ni l'esclave ni l'étranger ne l'étaient en réalité. Chez les peuples modernes, la théorie énonce qu'il suffit d'être homme pour être sujet de droit ; mais, en pratique, les sauvages vaincus et soumis ne sont pas en réalité de tels sujets, et leur droit théorique n'est qu'une fiction de la loi.

### § 52.

#### *Egalité objective du droit.*

Le droit naît dans le sujet, et du sujet passe à la famille, au clan, à la tribu, à la cité ; il croît et s'élargit comme les cercles concentriques que dessinent les ondes, à la surface tranquille d'un étang, quand une pierre y tombe... Mais son point de départ est toujours la liberté du sujet.

La liberté subjective amène, en droit, à former des généralisations par classes et catégories. Ainsi s'est constitué, chez les anciens peuples de l'Orient, le droit des castes, basé sans doute sur un critérium ethnique. Ainsi, dans le droit de l'antiquité grecque et romaine, les principes du droit ont été généralisés pour les diverses classes sociales et les différentes catégories de citoyens. Et ainsi, également, dans le droit européen moderne, les règles juridiques ont pour fin primordiale d'assurer à chacun ses droits patrimoniaux et son intégrité organique.

Nous avons vu que l'éthique est essentiellement spécifique ou, si l'on peut dire, *circulaire*. Il en est de même du droit. L'« égalité » juridique n'est qu'une *généralisation objective*, qui place dans la même situation de droit tous ceux qui se trouvent dans les mêmes circonstances, qui sont embrassés par le même cercle de faits.

Analysons une règle juridique quelconque. Elle se rapporte soit aux pères de famille, soit aux propriétaires de droits réels, soit aux créanciers nantis de droits personnels, etc., etc., c'est-à-dire à un groupe ou à un ensemble de personnes placées sur un pied d'*égalité théorique*. Cette égalité théorique est ce qu'on appelle « l'égalité en droit ». Mais, au point de vue de la réalité psychique et physique, elle n'est que l'énoncé de l'une de ces fausses généralisations où se plaît tant l'intelligence humaine. Tous les hommes, en effet, ne sont pas pères, ni propriétaires de droits réels, ni possesseurs de droits personnels... Et tous les fils, en outre, n'ont pas des mérites semblables... tous les propriétaires des droits semblables, tous les créanciers des créances semblables... L'égalité de la règle n'est donc qu'un principe théorique, dont l'application sera d'une terrible efficacité pour établir l'inégalité pratique des hommes. La balance que les Grecs donnaient à la Thémis pour peser le droit, devait avoir une âme humaine ; sans cela, on ne comprendrait pas qu'elle pût être sensible à ces valeurs morales qu'Aris-

tote faisait entrer en compte pour établir ses proportions ou « équations » de justice « commutative », qui est la véritable justice sociale. Car la justice « distributive », prise au sens absolu, est plutôt un songe métaphysique qu'une réalité politique.

Dans le droit romain, l'égalité (*æquum jus, æquitas*) était un principe, selon lequel « tout ce qui était égal naturellement, devait être traité également par la loi ». Mais on y reconnaissait largement les inégalités naturelles. « L'égalité romaine marche la main dans la main avec la vraie liberté et par conséquent aussi avec le mouvement fécond et les inégalités de l'histoire. Elle peut être considérée comme une émanation de la liberté même. A Rome, tout ce qui est doué de force vive doit se développer librement. L'égalité romaine veut que la loi ne favorise pas artificiellement une force au détriment des autres. L'inégalité du résultat, qui est la suite naturelle de la différence des forces, ou qui est la conséquence du but de l'Etat, n'a pour les Romains rien de blessant. L'inégalité dans la position de vie, le rang, l'état, l'honneur, l'influence politique, la fortune, etc., ne paraissait pas au Romain une faute contre le principe républicain. Il accordait de bonne grâce son respect à ces avantages. »

Ce n'est que dans le droit moderne, à partir de la Révolution française, que l'on a pleinement conçu l'idéal du droit comme l'égalité absolue et harmonieuse entre les hommes. Depuis, on est arrivé à croire que cette égalité est réalisable dans une démocratie socialiste parfaite, que la suppression du système monétaire entraînera la suppression de la propriété privée, et que, non seulement tous les hommes d'un même peuple, mais même tous les peuples unis pourront vivre sous un régime qui annule les privilèges de classe et d'origine.

Jamais on ne méconnut plus complètement que dans

(1) IHERING, *L'Esprit du droit romain* (trad. française), T. II, p. 89.

ce cas la véritable nature de l'homme. Nous avons vu que la biologie et l'histoire nous démontrent, jusqu'à la satiété, le principe de l'inégalité naturelle, ce que j'ai appelé la « théorie spécifique » par opposition à la « théorie uniforme ». On ne peut concevoir cette théorie uniforme de l'homme et de la société politique, qu'à la façon d'un sophisme religieux et métaphysique, ou encore, comme je le ferai voir plus loin, qu'en raison d'une exagération ou généralisation des mouvements de réaction des classes souffrantes et opprimées, contre les classes fortunées et dirigeantes. Dans la vie, comme dans l'histoire, le droit à la liberté est le droit à l'inégalité.

Ayant ainsi posé ce que j'appelle « l'inégalité subjective du droit et son « égalité objective », il conviendrait de ne pas finir ce chapitre sans mettre ces deux termes en harmonie. Après avoir établi ce qui précède, la chose est bien facile. Si le droit consistait en une règle unique, déterminant chez tous les hommes et chez chacun d'eux la même capacité juridique, les mêmes droits, les mêmes obligations, et de plus des forces et des biens identiques, le droit serait toujours égalitaire ; il ignorerait toute inégalité subjective. Mais, comme nous l'avons vu, le droit, loin de consister en une règle objective unique, prend naissance dans des réactions subjectives, et constitue, dès son origine, des règles multiples, variées, infinies, que l'usage concrète, généralise, et diversifie ensuite sous toutes les formes possibles. Dans notre civilisation moderne, tout homme est régi par un grand nombre de règles et toute règle régit un grand nombre d'hommes. Et les règles relatives à chaque homme, de même que les hommes relatifs à chaque règle, n'ont pas une existence séparée et autonome ; mais sont mêlés, juxtaposés, confondus et enchevêtrés dans l'assemblage complexe de la société. L'égalité objective de chaque règle implique donc une inégalité résultant de la complexité des règles, puisque chaque règle, fût-elle égalitaire en

elle-même, est antiégalitaire par rapport au reste des règles.

Supposons un individu X... Sa situation juridique est déterminée par des circonstances relatives à sa personne : il est père de famille, propriétaire de certains biens, et chargé de certaines dettes. Un autre individu Y... est aussi propriétaire et père de famille ; mais aucune dette ne pèse sur lui. La situation juridique de ces deux individus présente ainsi des points de ressemblance, que régissent les mêmes règles, et des points de différence, que régissent des règles distinctes. Et, en fait, les points de ressemblance et de différence sont, dans la réalité de la vie, plus nombreux et plus compliqués. D'un autre côté, ces deux individus X... et Y... changent constamment, au cours de leur existence, leur situation juridique ; ce qui ajoute encore à ce qu'il y a de capricieux et de variable dans leurs ressemblances et leurs différences. C'est ainsi que l'égalité objective des règles, si nombreuses et si inégales entre elles, entraîne, comme conséquence logique, ce que j'appelle leur inégalité subjective. On pourrait dire que le droit part du sujet et arrive à la règle objective, pour revenir ensuite à son point de départ, le sujet.

Qu'on me permette de représenter encore, par une image matérielle, cette harmonie existant entre l'égalité relative des règles du droit et l'inégalité de leur application aux sujets du droit. Sur une feuille de papier blanc, appuyons les pointes d'un compas et traçons, au hasard, sur toute sa surface, un grand nombre de circonférences, grandes et petites, concentriques et excentriques. Puis, sur l'enchevêtrement de lignes, qui noircissent presque toute la page, marquons n'importe où, un point  $x$ . Les circonférences représentent les règles de droit ; le point  $x$ , un sujet de droit déterminé. Ce sujet se trouvera forcément à l'intérieur de divers cercles, correspondant à une partie des circonférences dessinées, cercles que nous appellerons  $a, b, c, d, e, f...$  Un autre point  $y$ , représen-

tant un autre sujet, tombera dans d'autres cercles, appelés *A, B, C, D, E, F...* Un troisième point *z*, placé entre les deux premiers, restera dans une partie des circonférences qui contiennent *x* et *y*, mais se trouvera aussi dans d'autres circonférences qui pourront être *a, B, c, D, e, F*, et *m, n, o*, par exemple. Par suite, chaque point reste toujours dans un groupe déterminé de cercles, et chaque cercle comprend un groupe déterminé de points... Telle est, effectivement l'harmonie qui existe entre l'inégalité subjective et l'égalité objective du droit : à chaque règle certains sujets, à chaque sujet certaines règles.

### § 53.

#### *Fondements du droit pénal.*

MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (trad. française). — IHERING, *Geist des Römischen Rechts in verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. — BECCARIA, *Des délits et des peines*. — LOMBROSO, *L'homme criminel* (trad. française). — GAROFALO, *La criminologie* (trad. française). — ENRICO FERRI, *La sociologie criminelle* (trad. française). — LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*. — TARDE, *Philosophie pénale*. — SCHOPENHAUER, *Essai sur le libre arbitre* (trad. française). — HAMON, *Déterminisme et responsabilité*. — COLAJANNI, *La sociologia criminale*.

Les notions exposées dans ce chapitre permettent déjà de résoudre succinctement une des questions les plus ardues et les plus débattues de la philosophie juridique : les bases des sanctions du droit, c'est-à-dire le droit de punir. L'Etat applique les sanctions juridiques, civiles ou pénales ; mais sur quelles bases positives, historiques ou biologiques se fonde ce droit d'appliquer les sanctions juridiques ? Quel est le véritable principe éthique du droit que l'Etat s'attribue d'appliquer ces sanctions, particulièrement celles qui sont les plus sévères et les plus cruelles, celles que l'on appelle proprement des « peines » en droit criminel ?

Rappelons-nous, à cet effet, que le droit prend sa nais-

sance dans les réactions subjectives de l'homme, réactions provoquées par les agressions qui l'attaquent dans son intégrité organique ou dans la satisfaction de ses besoins. Le fait de repousser ces agressions est le germe, le principe, ou *primum movens* de toute règle juridique. On peut dire que par cela seul qu'un organisme naît avec des réflexes, des instincts et des besoins, il naît avec des droits, droits qui n'ont toutefois qu'un caractère purement animal ou biologique. Tous les mouvements de défense d'un organisme humain sont ainsi essentiellement pareils et identiques, quelle que soit l'attaque qu'il ait à repousser, et que ce soit celle d'une force inconsciente de la nature, ou d'un animal plus ou moins intelligent, ou d'un autre être humain.

Certes, cependant, il n'y a application de la sanction juridique que lorsqu'il s'agit d'actes humains, accomplis par des hommes en chair et en os. A proprement parler, quand on châtie un animal, ou quand on repousse une force de la nature, on n'applique pas une véritable sanction juridique. Xerxès, qui punissait la mer d'Hellespont, pour avoir commis le crime de détruire un pont de bateaux, se livrait à une conduite extravagante et paradoxale : il n'appliquait pas une sanction juridique. Celui qui tue un loup affamé n'agit pas plus en vertu du droit que celui qui fouaille un chien parce qu'il a volé une côtelette. L'homme étant ainsi l'unique sujet passible d'une sanction juridique, quand il transgresse une règle de droit, c'est le cas de se demander *pourquoi* l'homme a réservé et conçu le droit à l'usage de l'homme seulement...

L'explication de ce phénomène, de l'exclusivisme humain qui est propre au droit, réside dans le caractère intellectuel et surévolué du droit historique. L'homme se représente le droit comme une idée, qui peut et qui doit être consciemment respectée. L'homme établit la règle par l'usage et la traduit en formules orales ou écrites pour qu'elle soit observée. Or, comment la nature, qui est une

force inconsciente ou tout au moins inintelligente, comment les animaux, « privés de raison », pourraient-ils avoir compris le langage humain, avoir connaissance de la règle juridique et l'observer ? Le contraire est évident. Pour que la règle juridique ait une utilité, il faut qu'elle soit plus ou moins comprise. Quand elle ne peut pas l'être, il n'y a pas lieu de l'appliquer, elle n'existe pas. Lorsqu'au moyen-âge on punissait et on condamnait même des animaux à des peines infamantes et terribles comme le bûcher, c'est qu'on supposait ces animaux possédés d'un esprit malin capable de comprendre et de respecter les règles juridiques ayant un caractère théologique. Ce n'était pas la bête stupide et sans défense, c'était le démon incarné dans son corps, que l'on voulait châtier. Et, quand il punissait la mer, Xerxès lui prêtait une âme humaine, pour justifier les trois cent coups de fouet qu'il lui faisait donner comme à un esclave.

Ces observations nous mettent déjà à même de pénétrer la notion de *responsabilité pénale*. Le droit de punir, que possède l'Etat, s'applique seulement à ceux que l'on suppose capables de l'intention de commettre un délit, car la peine a pour base son utilité, son *pouvoir d'intimidation*, ce que les criminalistes modernes de l'école anthropologique d'Italie appellent sa « *temibilità* ». On ne peut intimider par une peine que les hommes capables de s'en faire une idée, les hommes jouissant à un certain degré de leur intelligence et de leur conscience, les hommes que l'on se représente comme « responsables » de leurs actes.

Il y a des auteurs et des écrivains superficiels qui supposent que le droit de punir repose sur la notion du « libre arbitre » du délinquant. Le déterminisme, c'est-à-dire la théorie d'après laquelle l'homme agit en vertu de motifs, facteurs et antécédents forcés, serait ainsi une doctrine qui enlèverait à l'Etat le droit de punir. Si les actes de l'homme lui sont fatalement imposés, de quel

droit peut-on l'inculper de délits ? Autant vaudrait punir une pierre, un arbre, un animal.

L'état actuel des connaissances scientifiques nous fait pencher vers l'hypothèse déterministe. L'homme, fragment de l'Univers, obéit aux lois de l'Univers ; tout effet a sa cause, toute cause produit son effet. La conduite de l'homme, elle aussi, est le produit de causes et d'effets. Le libre arbitre, sous sa forme classique, n'est qu'une image trompeuse et une vaine apparence, comme l'immobilité de la terre et son aplatissement. L'homme se croit absolument libre parce qu'il ignore les causes dont sa volonté est l'effet ; et ces causes sont si subtiles, si variées, si compliquées, que l'on ne peut facilement les mettre en évidence. Voilà la notion du déterminisme. Mais cette théorie ne nie pas ce qu'on appelle d'ordinaire la « conscience morale », et ne méconnaît pas le pouvoir dynamique de l'idée. Un homme qui a pleine conscience de sa conduite est « moralement libre », parce que sa volonté peut subir l'influence des idées morales, agissant comme de véritables forces, comme des idées-forces. Dans ce sens, le droit est une véritable idée-force, qui pourra toujours s'exercer sur tout homme ayant l'usage complet de ses facultés, c'est-à-dire étant en pleine possession de ce que l'on appelle généralement sa « liberté morale ».

Le droit pénal, le droit, généralement parlant, n'a pas besoin du concept philosophique et métaphysique du libre arbitre. Il lui suffit de la notion de la responsabilité de l'homme capable de comprendre les principes juridiques et obligé à les respecter. Et l'on pourrait même dire que l'hypothèse déterministe, loin d'enlever au droit son efficacité et sa logique, devient au contraire, dans sa conception scientifique moderne, un de ses fondements les plus solides.

De plus, il ne faut pas oublier qu'historiquement, le droit de punir de l'Etat prend naissance dans la réaction subjective de l'individu. Le droit pénal des nations bar-

baires tient par suite peu ou pas compte de la notion moderne que nous appelons la « responsabilité psychologique ». Voyez à cet égard les délits et les peines du droit romain primitif. Des circonstances extérieures et purement accidentelles, où l'on ne considère en rien l'intention et la responsabilité du délinquant, déterminent la peine. Comme nous l'avons vu au paragraphe 45, le *furtum manifestum*, même si le voleur ne dérobaient qu'un pain, même s'il était somnambule ou malade, était puni de l'esclavage à vie, et par contre, le *furtum nec manifestum*, même accompli lâchement et perfidement, n'entraînait comme châtement que l'amende du *duplum*.

De nos jours, pour qu'il y ait crime ou délit, et en général, pour qu'il existe une transgression de la loi, on regarde comme indispensable le fait d'une volonté contraire à cette loi chez une personne capable d'agir. « Cette règle fondamentale du droit pénal développé, dit Mommsen, est étrangère aux débuts de ce droit ; primitivement on ne s'occupe que du fait et non pas de l'état d'âme qu'il suppose. L'homme est immolé, qu'il soit un délinquant ou un nouveau-né difforme ; quiconque a regardé une vestale nue doit mourir ; le meurtre de l'homme est une faute et réclame une expiation, qu'il ait eu lieu intentionnellement ou non ».

Cette conception barbare du droit pénal diminue naturellement quand la civilisation progresse, et déjà, lorsque fut édictée la loi des Douze Tables, elle était en décadence. Nous la rappelons seulement pour établir que les origines et l'organisation du droit pénal dans l'Etat sont antérieures à un état de la mentalité humaine assez avancé pour permettre d'apprécier l'intention et la volonté punissables. Deux éléments contribuent en conséquence à constituer la peine : le talion et l'indemnité pécuniaire. Le talion, que nous avons déjà défini — œil pour œil, dent

(1) TH. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*. (Manuel des Antiq. Rom. XVII). (trad. française), t. I, p. 98.

pour dent — comporte une certaine notion morale des *compensations*. C'est quelque chose comme la première idée du châtement, idée engendrée par la réaction organique. Pour employer la comparaison adoptée par l'école historique, nous dirions que c'est un miroir dans lequel se reflète l'usage qui le crée. Par la suite, ce concept se consolide grâce aux croyances et aux principes religieux, spécialement grâce à la doctrine de la *grâce* et de l'*expiation*, d'après laquelle la divinité approuve le talion et le regarde même comme l'unique moyen de racheter les fautes (§ 9).

A cette notion du talion s'ajoute l'*indemnité* pécuniaire, ou compensation en argent — le *damnum* ou *pœna* des Romains, le *wehregeld* des peuples germaniques — indemnité qui est payée à celui qui a souffert du délit et dont l'effet est, en même temps, d'effacer ce délit, de le rendre non existant. Ce concept de l'indemnité se maintient, grâce à sa tendance éminemment humaine et juridique, tandis que celui du talion acquiert, au moyen-âge, en raison de l'influence de la théologie chrétienne et spécialement du judaïsme, un caractère profondément religieux. Le droit pénal arrive à devenir une sorte de délégation, faite par Dieu à l'Etat, pour châtier en son nom.

Le droit pénal prend ainsi dans l'ancienne école classique, un certain caractère mystique et terrible. Le prince tient dans ses mains les foudres vengeresses de Jéhovah, caché sur la cîme du Sinäi. Son droit de punir n'est autre que d'imposer l'*expiation* de ses fautes au pécheur délinquant.

Avec le déclin des conceptions théologiques et les progrès de la civilisation humaine acquérant peu à peu un caractère de plus en plus positif, commence une réaction contre la cruauté médiévale de la peine. Poussé plutôt par sa tendance humanitaire que par ses conceptions philosophiques, Beccaria proteste contre la sévérité du droit

pénal dans son livre : *Des délits et des peines*. La nouvelle théorie de la philosophie pénale est éminemment humanitaire et démocratique. Et, pour finir, l'école moderne d'anthropologie criminelle, où brillent les noms des grands penseurs italiens, Lombrosó, Garofalo, Ferri, Colajanni et autres, achève de prouver qu'il faut une espèce de dérangement mental pour vouloir donner encore à la peine une fin expiatoire. La peine n'a eu, à son origine, et ne peut avoir aujourd'hui qu'une fin utilitaire. Le droit de punir de l'Etat ne repose pas sur le principe de l'expiation, mais bien sur celui de l'utilité sociale.

#### § 54.

##### *L'essence du droit.*

Comme nous l'avons vu, le droit est une extériorisation de la vie ; cette extériorisation se nomme vulgairement et d'une façon générique, la force ; l'essence du droit, c'est donc la force. Mais cette nouvelle conception scientifique du droit heurte certains préjugés et soulève des difficultés, qui vont jusqu'à lui donner l'aspect d'une boutade et d'un paradoxe. Si un voyageur tombe à l'écart sur une bande de voleurs, les voleurs ont la force de le voler, mais ils n'en ont pas le droit... Le droit paraît, dans ce cas, l'antinomie de la force... Le droit serait, selon les métaphysiciens, la raison, dont la fin pratique semble être de s'opposer systématiquement à la force.

De plus, suivant la théorie que nous avons établie, la morale n'est qu'une généralisation du droit ; le droit est le germe et le principe de la morale... Or, la morale se présente comme un *critérium* parfaitement indépendant de la force. L'antinomie ou la contradiction paraît ici encore plus violente entre la morale et la force. Comment donc le *critérium* moral a-t-il pu tirer son origine de la force ?

Pour procéder avec ordre, il faut distinguer, en premier lieu la coutume, le droit et la morale, et, en second lieu, l'éthique objective et l'éthique subjective. La coutume est constituée par la répétition séculaire de certaines réactions, propres à protéger la vie individuelle et sociale. Le droit est la traduction de ces réactions en langage articulé et leur adoption par les pouvoirs publics. Jusqu'ici il n'y a pas de difficulté à admettre la force comme étant ce qui dirige le droit ou du moins ce qui lui donne sa forme intrinsèque. Mais quand il s'agit de la morale, la force s'éclipse, si je puis m'exprimer ainsi, et s'efface devant le raisonnement et le sentiment. Puis, au cours de la longue évolution de la règle éthique, on achève de perdre de vue son origine et l'on n'aperçoit plus que ses derniers résultats. La raison devient ainsi le dernier résultat de la force. Le vulgaire et même les hommes de science commettent donc une erreur de logique en prenant la raison, qui n'est qu'un effet extrême pour une cause première et déterminante.

Il est certain que la raison semble en opposition avec la force. Mais le droit aussi est en opposition avec le droit ! Un droit consacré n'est que la négation d'autres droits non consacrés. En autres termes, la réaction qui s'oppose à un non-droit implique l'existence d'une prétention anti-juridique. De cette façon, la raison n'est que la force triomphante ; l'irraison, n'est que la force vaincue. Dans l'exemple cité plus haut, les voleurs qui assaillent sur un chemin désert, dans un pays civilisé, un voyageur sans défense, n'ont pas réellement le droit, parce que derrière le voyageur, il y a pour le venger et punir les agresseurs, les lois et le gouvernement. En définitive, c'est le voyageur qui a de son côté la force la plus forte, la force qui, selon la règle et la coutume doit triompher. Les voleurs ne possèdent que passagèrement et anormalement la force la plus forte. Des voleurs et de l'État qui protège le voyageur, le plus fort est, sans aucun doute, l'État.

Jusqu'ici, dans ce paragraphe, je n'ai envisagé la coutume, le droit et la morale qu'objectivement. Subjectivement, le droit se présente comme critérium juridique, et la morale comme critérium moral. Or, le critérium juridique et le critérium moral semblent s'opposer, d'une façon que l'on dirait systématique, à ce qu'en langage courant on appelle les « abus de la force ». Le critérium juridico-moral incarnerait donc la raison luttant contre la force. Voilà, en apparence, ce qu'est le phénomène éthique.

Mais ce n'est qu'en apparence, et si l'on cherche à y voir la morale et le droit comme des facteurs essentiellement distincts de la force et même comme y étant opposés, on commet une réelle erreur scientifique : l'imagination se laisse décevoir par un faux mirage, par un vain reflet. On oublie l'origine biologique et coutumière de la raison juridique et morale et l'on oublie aussi ce fait incontestable que la raison juridique a pour support la force de l'Etat, et la raison morale, la force de l'opinion collective.

La scolastique et la métaphysique sont arrivées ainsi, au moyen d'une espèce de confusion entre l'origine réelle et la dernière apparence de l'éthique, entre l'éthique objective et l'éthique subjective, à produire une véritable interversion dans les mots et les idées. On est arrivé, dans les intellects modernes, à ignorer et à méconnaître substantiellement, la nature du droit et de la morale. C'est pourquoi des esprits prévenus ou obtus peuvent présenter ma doctrine comme un paradoxe ou, ce qui est plus grave, comme une justification des abus et des excès de la force. Loin de là, je pense que si l'on admet franchement que la force constitue l'essence de l'éthique et spécialement celle du droit, je pense que ma doctrine arrache à la force son masque de raison hypocrite, et que, par suite, en posant crûment que tout conflit juridico-moral est un conflit entre deux forces opposées, elle aboutit à des conclusions relative-

ment conservatrices, puisqu'elle reconnaît la légitimité des forces supérieures. Si le droit n'est pas la force en dernière instance, il est toujours le résultat du triomphe des forces supérieures. L'injustice et le non-droit sont le triomphe des forces inférieures, triomphe accidentel et passager en vertu de la nature des choses et des lois de la vie.

## LIVRE IV

### Théorie de l'Etat et de la Législation.

#### CHAPITRE XI

##### L'ÉTAT

§ 55. Origine de l'Etat. — § 56. Nature de l'Etat. — § 57. Fins de l'Etat.  
§ 58. Base biologique de l'Etat. — § 59. Caractère politique et juridique de la lutte pour la vie dans l'humanité. — § 60. Nature psychique de la société. — § 61. Base biologique de la théorie psychique.

BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'Etat* (trad. française). — SUMNER MAINE, *Ancient Law, Early History of Institutions*. — MAC LENNAN, *The Patriarcal Theorie*. — MORGAN, *Ancient Society*. — ENGELS, *Origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat* (trad. française). — SPENCER, *L'organisme social* (trad. française). — WILSON, *L'Etat*. — POSADA, *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'Etat* (trad. française). — LAZARUS, *Einleitende Gedanken über Völkerpsychologie*. — LINDNER, *Ideen auf Psychologie der Gesellschaft*. — NOVICOW, *Conscience et volonté sociales*. — GIDDINGS, *The Principles of Sociology*. — SCHMOLLER, *Principes d'économie politique* (trad. française). — HOLTZENDORF, *Principes de politique* (trad. française). — KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit* (trad. française).

##### § 55.

##### *Origine de l'Etat.*

Les règles juridiques des coutumes sauvages et barbares sont la première forme du droit positif. Quand l'homme s'est initié à la civilisation, a perfectionné le langage et inventé l'écriture, il a traduit et écrit, sous forme de lois, ces règles du droit coutumier primitif. Mais,

pour que la loi existe comme telle, il est nécessaire qu'elle soit imposée par l'Etat ; sinon, elle ne serait qu'un simple conseil juridique. Par conséquent, l'organe qui formule la loi et la fait accomplir, c'est l'Etat. Sans l'Etat, il n'existe proprement pas de loi. Sans étudier et connaître l'Etat, on ne peut donc étudier et connaître la genèse et l'origine de la loi.

Il me semble que l'Etat peut s'étudier et s'étudie aux trois principaux points de vue que voici : son origine, sa nature et son but. J'ai exposé, en temps opportun (chapitre VI) les diverses théories relatives à son *origine*, sans arriver à une solution concluante. La théorie du droit divin et celle du contrat social sont, comme nous l'avons vu, purement spéculatives ; elles manquent de toute base critique, — analytique et réelle. — Elles ne produisent par suite aucun concept scientifique défini. De son côté, la théorie de l'école analytique anglaise fait une analyse empirique et réaliste du phénomène politique ; elle se rapproche ainsi du critérium positif moderne ; mais son manque d'érudition et de méthode logiquement positive prive ses concepts d'une véritable valeur scientifique. Il n'y a que la théorie patriarcale de l'école historique et la théorie matriarcale de l'école économique, qui apportent réellement des matériaux d'une qualité scientifique indiscutable pour construire définitivement la théorie de l'origine historico-économique de l'Etat et de la souveraineté...

Des idées et des concepts variés, opposés même en apparence, sont encore en discussion par rapport à la genèse de l'Etat. Comme l'observe fort bien Posada (1), « Summer Main, Grote, Lange, Mommsen et tous ceux qui s'en inspirent pour leurs recherches sur l'origine des peuples civilisés actuels, dits de race « aryenne », admettent comme forme primitive, le patriarcat limité. En revanche, Bachofen, Mac-Lennan, Morgan, Lubbock

(1) A. POSADA, *Théories modernes sur les origines de la Famille, de la Société et de l'Etat* (Appendice II de la trad. française), p. 139.

croient à un état familial primitif, horde ou tribu, fondé sur le lien qui suppose la filiation maternelle ou matriarcat, quand elle commence à s'organiser... A l'heure actuelle, la question n'est pas encore résolue. Hearne proteste contre le matriarcat, qui paraît à Giraud-Teulon, une chose définitivement démontrée. Spencer, de son côté, combat le patriarcat et en même temps l'hypothèse d'un état primitif de promiscuité, d'indifférence sexuelle et de communisme absolu. Starke se place à un point de vue différent des deux doctrines opposées, et, s'appuyant sur un grand nombre de faits et de raisonnements parfois difficiles à comprendre, signale la nécessité de tenir compte d'autres rapports que les rapports sexuels et de considérer le matriarcat comme un résultat de la confusion où le sauvage vit et travaille ». Posada, lui-même, fait de judicieuses objections au matriarcat... Malgré tout cela, je pense que toutes les doctrines et toutes les recherches peuvent légitimement être réparties dans les deux groupes de faits que j'ai mentionnés, dans les deux tendances pour la théorie patriarcale et la théorie matriarcale dont j'ai tracé les grandes lignes.

L'on prétend que la théorie patriarcale et la théorie matriarcale sont opposées et irréconciliables. Certains socialistes, partisans de la dernière, poussés par la passion politique, vont comme Engels, jusqu'à employer contre ceux qui soutiennent la première un langage violent et offensif qui détonne désagréablement dans une controverse scientifique. Je crois, cependant, et je vais le démontrer sommairement ici, qu'il n'y a aucune contradiction essentielle et forcée entre les deux doctrines ; l'une et l'autre ont des bases scientifiques, car elles interprètent des faits. — N'oublions pas qu'en sociologie, les faits ne sont jamais des affirmations absolues, mais bien des données relatives, susceptibles d'être interprétées d'après le critérium large et multiforme de la réalité même.

Les arguments en faveur de la théorie patriarcale sont,

en résumé, de trois ordres : d'ordre historique, biologique et anthropologique. Les arguments *historiques*, puisés dans le droit antique, sont assurément irrécusables et prouvent qu'à une époque immédiatement antérieure à l'époque historique, et même durant les premiers temps de celle-ci, l'organisation de la famille fut patriarcale ; que cette organisation familiale est antérieure à toute organisation politique ; et finalement qu'elle a exercé une influence transcendante sur les organisations politiques primitives. Les arguments *biologiques* se réfèrent à la théorie transformiste ; l'homme est un animal mammifère supérieur, le premier des primates ; les primates vivent généralement par couples monogames ; ils sont très rarement polygames ; par suite, l'homme primitif, par ressemblance à ses analogues dans l'échelle animale, a dû organiser sa famille, non pas dans la promiscuité ou la polyandrie, mais sous une forme rudimentairement patriarcale, — monogame ou polygame. L'argument *anthropologique* se tire de l'égalité du nombre des hommes et des femmes ; les statistiques n'ont jamais accusé la majorité numérique évidente d'un sexe ; par conséquent, la surabondance de femmes que supposent le matriarcat et la polyandrie n'a jamais pu se produire. Pour chaque mâle, approximativement, il y a toujours eu une femme ; le luxe ou le pouvoir excessif de certains individus a seul pu produire des cas exceptionnels de polygamie. — Tels sont, en synthèse, les arguments historiques, biologiques et anthropologiques en faveur de la théorie patriarcale ; voyons maintenant s'ils sont réellement inconciliables avec la théorie qu'on prétend lui opposer.

Nous savons que les arguments historiques se rapportent à une époque historique ou presque historique et, par conséquent, postérieure au mariage syndiasmique de la théorie matriarcale. Mais, en revanche, les arguments biologiques pourraient bien concerner l'homme primitif

d'une époque *antérieure* à la promiscuité ; originairement monogame ou polygame comme les autres primates, l'homme a bien pu tomber dans la promiscuité, après son initiation au processus intellectuel, peut-être vers la fin de l'époque tertiaire. Enfin, l'argument tiré de la statistique a peu d'importance à des époques durant lesquelles la chasse et la guerre ont dû diminuer considérablement le nombre des mâles et augmenter proportionnellement celui des femmes ; cette circonstance forcée et accidentelle rend dès lors possible la promiscuité et la polyandrie. — En résumé, la théorie matriarcale peut se concilier avec la théorie patriarcale ; mais à condition seulement de supposer comme suit les phases successives de la famille : monogamie primitive, promiscuité, mariage punalua, mariage syndiasmique, patriarcat. Il faut de plus admettre que ces phases se sont succédées très irrégulièrement, selon les climats et les races.

L'argument le plus sérieux que pourraient maintenant mettre en avant les partisans de la théorie matriarcale réside dans le passage du lien familial du patriarcat au lien politique constitué par l'Etat ou la cité antique. Si j'ai bien compris les écrivains de l'école économique, les nouvelles circonstances économiques, produites par l'invention de l'agriculture et la domestication du bétail, transforment *simultanément* la famille syndiasmique en famille patriarcale et le clan syndiasmique, quand il existe, en *gens*, en phratrie, en tribu, en cité. De telle sorte que la constitution de la famille arrive à ne plus être nécessaire et forme presque un cas indépendant dans l'évolution politico-économique ; pour arriver au *basileus*, le patriarche n'a pas été indispensable.

Cette conception me paraît extrêmement conjecturale. Le droit antique et spécialement le droit romain, fait bien voir comment la famille forme la *gens* ; les gentes, la tribu ; les tribus, la cité. L'organisation patriarcale de la famille est dès lors le premier maillon de la chaîne, le

premier pas vers l'organisation politique. Il reste, toutefois très admissible que l'organisation patriarcale de la famille a été déterminée par les nouvelles conditions économiques. A ce point de vue donc on peut dire qu'il y a un parallélisme parfait entre l'évolution de la propriété et celle de la famille, et entre l'évolution de la famille et celle de l'Etat et de la Souveraineté. En résumé, l'Etat est une surévolution de la famille, produite par des antécédents économiques.

### § 56.

#### *Nature de l'Etat.*

On appelle généralement « Etat » la personnalité morale d'un peuple indépendant, incarnée par les autorités qui le gouvernent. Parfois le mot s'emploie dans le sens des autorités considérées en elles-mêmes ; parfois, on le conçoit comme la simple représentation du pouvoir social. Ainsi, de quelque façon qu'on le considère, l'Etat n'existe qu'en relation avec une société organisée et libre, avec un gouvernement propre, qui représente son organisation et son indépendance.

Nous avons vu que, par rapport à l'origine de l'Etat, il existe actuellement deux théories générales, la théorie patriarcale et la théorie matriarcale, dont la combinaison positive paraît nous donner la solution du problème. Quant à la *nature* de l'Etat, des concepts et des théories innombrables sont encore en discussion. Tout le monde sait à quoi se rapporte l'idée ou la notion de l'Etat ; mais « l'Etat réel, historique, l'Etat dans lequel nous vivons et nous mourons, qu'est-il ? Est-ce une entité substantive, une substance, une personnalité effective physiquement et juridiquement, quelque chose, en somme, de presque corporel, ou, si l'on veut, d'*incorporé*, ou qui se soutienne par lui-même avec une existence propre, bien

que dépendant naturellement des conditions ? — ou bien l'Etat n'est-il pas plus qu'un simple ensemble, un agrégat d'individus, qui seuls sont des réalités physiques et juridiques possibles et non fictives ? » C'est ainsi que se pose la question de la nature de l'Etat.

On en a donné des solutions nombreuses et contradictoires ; elles me paraissent pouvoir se condenser en deux formules typiques et générales : l'Etat est une entité propre et substantielle, c'est l'*Etat-personne* ; l'Etat est une « administration sans substance », un fait occasionnel et secondaire, c'est l'*Etat-administration*. Le concept de l'école organique, ou de l'Etat-organe, peut être à bon droit considéré comme une forme de l'Etat-personne, puisque, selon cette école, l'organe-Etat sera toujours l'organe de la conscience et de la volonté de la société-organisme.

Dans toutes ces théories de l'Etat, je confesse trouver beaucoup d'idéologie vicieuse, de dialectique embroussaillée. Il me semble que discuter jusqu'à quel point l'Etat est ou n'est pas une « substance », est ou n'est pas une « personne » équivaut à perdre son temps en paroles et en formules. On ne peut en aucun cas douter que l'Etat n'est pas une personne physique, ni douter davantage qu'il a une représentation morale et juridique. Il y a, dans l'Etat, quelque chose de plus qu'une simple administration mécanique, et quelque chose de plus qu'une personne psychique bien idéalisée. On ne peut donc admettre aucune des deux théories extrêmes, ni celle de l'Etat-personne, ni celle de l'Etat-administration.

En observant les phénomènes sociaux sans préjugés philosophiques, avec un véritable « réalisme pur », nous découvrons facilement l'existence, l'existence vigoureuse et dont on ne peut douter un seul moment, de la *psyché sociale* (le *Volkgeist*, l'esprit du peuple). Il n'y a pas, et il n'y a jamais eu une société qui ne la possède. La communauté d'origine et d'intérêts, la coutume de vivre ensemble, les traditions, l'histoire, la langue, l'art, la ressem-

blance ethnique, tout forme et enracine dans les grandes collectivités humaines un fonds psychologique commun qui a sa conscience et ses modalités : c'est là la psyché sociale ou collective.

D'un autre côté, nous avons déjà vu comment se forme l'Etat. Il entre deux éléments dans sa genèse : la parenté ou organisation de la famille et les conditions économiques. Les conditions économiques amènent le patriarcat ; et le patriarcat évolue et forme les premiers gouvernements politiques, — monarchiques en général. Le patriarche, chef de la famille, devient le *basileus* ou *rex* de l'Etat. Il y a ainsi une part indéniable de vérité, dans les deux théories, patriarcale et matriarcale, dont la réunion logique doit constituer la théorie définitive de l'origine de l'Etat.

Une fois les autorités sociales créées et l'Etat établi, nous trouvons que la collectivité possède une psyché sociale, qui résume la psychologie de ses membres, et un groupe d'autorités, qui représente son autorité et réalise ses desseins. Si ce groupe gouvernant, si l'Etat, est l'interprète fidèle de la psyché sociale, la théorie de l'Etat-personne a une certaine vérité. Si l'Etat n'est pas cet interprète, il n'est qu'une autorité gouvernante, et alors la théorie de l'Etat-administration triomphe. Le problème étant ainsi posé, tout se réduit à rechercher les liaisons ou les différences qui rapprochent ou éloignent l'Etat de la psyché sociale, de l'esprit du peuple...

Pour cela, il n'y a qu'à mieux définir la psyché sociale. J'ai dit que c'est le fond psychologique commun, l'esprit de ressemblance et de solidarité de tout le peuple. Et cet esprit, pour préciser davantage, comment se manifeste-t-il ? Sans aucun doute dans les coutumes et les idées. Ainsi donc, si les idées et les coutumes étaient toujours les mêmes chez les membres de la société, la question se résoudrait facilement... Mais, comme je l'ai dit en étudiant la lutte pour le droit (§ 46), les coutumes et les idées

évoluent et ne sont pas toujours représentées par une seule tendance ; dans un même peuple, au contraire, il se produit d'ordinaire des fractions et des tendances opposées les unes aux autres. Laquelle personnifie et synthétise la véritable psyché sociale ? On pourrait dire que c'est celle qui l'emporte, parce qu'elle représente ou la majorité, ou une minorité plus forte et plus agissante que la majorité. De là vient que l'Etat n'est pas toujours l'expression pure de la psyché sociale, attendu que quand une nouvelle tendance qui représente cette tendance entre en lutte, lui, l'Etat, incarne plutôt l'ancienne tendance, du moins jusqu'à ce que la nouvelle triomphe. L'Etat n'est donc qu'une expression *retardée* ou *retardataire*, si je peux m'exprimer ainsi, de la psyché sociale. C'est pourquoi il n'est pas clairement et définitivement un Etat-personne, ni, pas davantage un Etat-administration.

Je pense que le sociologue et le juriste doivent apprécier et compter en moins ce « retard » ou cette divergence qui résulte du caractère conservateur et pacifique de l'Etat, afin de supposer au moins à celui-ci l'expression approximative de la psyché sociale. Cela facilite la science et la pratique de la politique, et tend, d'un autre côté, à rapprocher le plus possible l'Etat de l'esprit public, de façon à rendre la lutte pour le droit plus généreuse et plus disciplinée. C'est pourquoi, sauf quelques exceptions, les théories modernes de l'Etat et du droit public reposent sur la théorie de l'Etat-personne, de l'Etat conçu comme une personnification de la collectivité, ainsi que l'a défini Bluntschli. Seuls, les mécontents du régime social actuel peuvent s'aligner sur les rangs opposés et soutenir la théorie de l'Etat-administration. C'est le cas des socialistes. Toutefois, quand même le socialisme serait aujourd'hui la véritable tendance de la psyché sociale, et serait destiné à triompher prochainement, les socialistes se tromperaient certainement dans leur concept de l'Etat, attendu que l'Etat contemporain est de plus en plus humanitaire et

démocratique, et attendu que l'Etat suit déjà, bien que timidement, la tendance socialiste. Le fait de souffrir cette influence, et même de la reconnaître à un certain degré, suffit pour laisser entendre que cet Etat est plus qu'une simple administration. Et il y a lieu de se rappeler encore que la définition de l'Etat comme « une administration » sans substance est du cardinal Newman, qui avait répudié la religion protestante de l'Etat anglais.

En synthèse, politiquement et psychologiquement, il y a lieu de reconnaître à l'Etat une certaine personnalité. De même, juridiquement, il est une « personne morale »... Devons-nous admettre, pour cela, contrairement à ce qui a été exposé au § 49, que l'Etat est un véritable *sujet de droit*, distinct du groupe d'hommes qui le composent ? Si on analyse, au point de vue positif, la personnalité de l'Etat, on verra qu'il est toujours, — à la façon d'une corporation et comme je l'ai dit, — une fiction. Cette fiction représente une certaine somme d'intérêts : les intérêts d'autorité du groupe gouvernant, les intérêts économiques de la classe dominante, les intérêts patriotiques de toute la population... L'Etat est ainsi une somme d'intérêts plus ou moins concomitants. Derrière lui, il y a les hommes qui sont les véritables sujets de droit, ou ayant-droits. Mais nous ne devons pas oublier que s'il est des cas où l'on puisse donner une certaine valeur réaliste à la création fictive d'une personne morale, l'un de ces cas est celui où la personne morale est l'Etat. Donc, la psychologie collective d'un peuple est beaucoup plus complexe et variée que celle de toute autre corporation, et elle est si complexe et variée que, comme je le démontrerai plus loin, elle forme une espèce d'*organisme psychique*. Un pareil organisme peut, à la différence d'une société anonyme, d'une secte religieuse, ou d'une municipalité, être considéré jusqu'à un certain point comme un sujet, un véritable sujet distinct de la simple somme des instincts de ses membres. L'Etat, en tant qu'il représente cet orga-

nisme, peut ainsi constituer une exception, plus ou moins caractéristique, à la règle qui veut que le véritable sujet du droit soit toujours l'homme.

### § 57.

#### *Fins de l'Etat.*

L'origine et la nature de l'Etat déterminent sa fonction organique de gouvernant, généralement appelé son *autorité*. Donc l'attribut typique de l'Etat est « la réalisation du pouvoir coercitif d'une façon indépendante ». Toutes les autres associations et entités sociales, si indépendantes qu'elles soient à certains points de vue, n'usent de moyens coercitifs qu'avec l'autorisation et sous le contrôle de l'Etat. Ainsi l'Eglise, quand elle arrive à employer la force, ne peut le faire que dans les limites permises par le pouvoir politique local.

L'Etat apparaît pour protéger des situations économiques nouvelles, et il tire son principe de cohésion et son autorité des liens de parenté et de famille. Une fois la société organisée, l'Etat prend sa personnalité, en se constituant, là où il lui est possible, sous la forme d'Etat-personne. Comme l'Etat-personne n'est pas une personne physique, et qu'il ne représente qu'imparfaitement la psyché sociale, on peut le regarder également comme une simple administration... Mais, de quelque façon qu'on le considère, et quelles que soient son origine et sa nature, son attribut distinctif est toujours l'autorité. C'est pourquoi on le définit d'ordinaire comme « un groupe social et indépendant qui exerce un pouvoir coercitif sur des hommes libres ». Ce pouvoir est le droit positif, dont la forme est plus ou moins retardataire et conservatrice.

L'objet visible et immédiat de l'Etat est dès lors de réaliser le droit, de sorte que le *résultat* du droit est la *fin* de l'Etat. Pour mieux dire, le résultat général de l'éthique,

c'est-à-dire le maintien de la cohésion sociale, est aussi la fin de l'Etat, lequel dispose de moyens coercitifs, pour faire appliquer le minimum effectif de l'éthique, soit le droit.

La question de la fin de l'Etat ainsi posée, cette fin apparaît claire et simple : c'est toujours la sociabilité, le principe social. Mais on a dépensé beaucoup d'encre et de papier pour élucider ce que sont les fins réelles et théoriques de l'Etat...

L'école philosophique du droit naturel considère l'Etat comme « une représentation historique des aspirations que les citoyens lui assignent d'avance ». C'est là le concept de Grotius, c'est la théorie du néo-humanisme et de la Révolution française. « L'Etat apparaîtrait, d'après cela, comme le moyen conventionnel, adopté pour arriver aux résultats qui intéressent les citoyens pris individuellement, mais qu'il est impossible d'obtenir isolément et sans l'emploi des moyens coercitifs qui sont à la portée de la société organisée ». Les hommes concluent un pacte social et créent l'Etat pour qu'il procure le bonheur général.

Contre cette école philosophique se produit la réaction de l'école historique. Pour elle « le principe actif de chaque Etat est dans le processus même de sa formation historique, de telle sorte que les fins de l'Etat doivent être toujours et exclusivement l'application du passé et de la tradition ». Il me semble qu'au fond, l'école historique ne nie pas la fin utilitaire de l'Etat ; mais elle nie catégoriquement que cette fin puisse être accomplie autrement qu'en obéissant aux coutumes, à la tradition, à l'histoire. Elle croit que le droit ne peut s'improviser par un effort de la raison ; le créer ainsi implique plus ou moins des attaques contre l'ordre et le bien-être social, c'est-à-dire contre la félicité commune, qui est la fin de l'Etat.

De nombreuses théories ont encore assigné comme fin de l'Etat, soit le « bien public », soit le « droit social »,

soit une « mission morale »... En réalité, il n'y a dans tout cela que l'expression plus ou moins impropre de ce que j'ai appelé le fondement biologique ou utilitaire du droit, c'est-à-dire les fonctions du plaisir et de la douleur qui le déterminent comme étant une nécessité sociale d'origine individuelle.

Si l'on applique une analyse critique et réaliste, on trouve facilement que, conséquemment à leur fin utilitaire générique, les fins particulières de l'Etat peuvent se diviser en intérieures ou nationales et en extérieures ou internationales. Les premières concernent principalement l'objet pratique du droit, la démarcation ou délimitation des intérêts particuliers, ou des intérêts de l'Etat par rapport à ceux des particuliers ; les secondes, les droits politiques de l'Etat par rapport aux autres Etats ou nations.

Ces fins sont toutes deux connexes. La sociabilité interne est impossible sans la défense politique externe et vice-versa. L'Etat qui ne sait pas soutenir ses droits comme tel dans la politique internationale court le risque d'être absorbé, annexé ou conquis par d'autres plus forts et plus capables. D'un autre côté, si l'Etat ne remplit pas ses fins nationales, qui sont de maintenir le droit à l'intérieur, il s'expose à ne pas imposer assez de cohésion sociale pour maintenir son action au dehors.

A l'extérieur, la fin primordiale de l'Etat, c'est, comme je l'ai dit, de réaliser le droit. Mais cette fin ne suffit pas à l'évolution des peuples. Tous les peuples évoluent en progressant dans l'économie, les sciences, les arts. Ces progrès améliorent la vie des citoyens, leurs conditions de plaisir et de bien-être. Pour le progrès, dont le résultat lui aussi est utilitaire, il ne suffit pas toujours que l'Etat se borne à limiter les droits individuels et sociaux. Le progrès nécessite aussi d'une certaine façon la protection et les encouragements de l'Etat. De là un nouvel objet de celui-ci : la culture sociale.

On peut ainsi ramener à trois les fins de l'Etat : puis-