

sance nationale, droit individuel, culture sociale. De ces fins, les deux premières sont primordiales et antérieures ; la troisième est postérieure et complémentaire. Mais elle n'est pas pour cela la moins importante. Sans la protection de l'Etat, la culture sociale peut stationner et rétrograder par rapport aux autres nations. Dans ces conditions, la fin de puissance nationale ne peut être remplie, parce que les peuples plus avancés en civilisation dominent facilement les peuples routiniers et retardataires. Et s'il ne remplit pas cette fin — la puissance nationale — l'Etat, comme nous l'avons vu, ne pourra également pas accomplir la seconde, la coercition juridique. Il y a donc une harmonie évolutive dans les fins de l'Etat. La première qui apparaisse est le droit individuel, la seconde la puissance nationale, la troisième le progrès. Et toutes se complètent entre elles et forment cette entité tutélaire des peuples modernes que l'on appelle l'Etat.

Il me paraît indispensable d'insérer ici mon concept de l'*erreur téléologique* dans les théories politiques de l'Etat. Nous avons vu que cette erreur était, à la fois, plus grave mais plus facile à corriger dans la biologie que dans le droit. Or, en politique elle me paraît encore moins grave, mais encore plus difficile à corriger, du moins si l'on étudie d'une part les origines préhumaines du droit, et, d'autre part, les formes déjà bien humaines et même presque surhumaines du droit.

Les auteurs admettent en général, à propos du problème de l'Etat, qu'il est une *fin consciente et volontaire* de la société et considèrent les actes de l'Etat comme des fins conscientes et volontaires du groupe qui le compose et le personnifie. Cependant, ce finalisme absolu de l'Etat est très discutable. Le déterminisme scientifique nous induit à penser plutôt que l'action de l'Etat est une résultante finaliste seulement en apparence.

Quoi qu'il en soit, vérité ou illusion, on ne peut nier que la volonté du groupe dirigeant ne donne, ou ne con-

crète, à notre époque historique, un certain caractère finaliste à l'Etat. Ce caractère est ce qui réduit l'erreur téléologique à une expression minima, qu'il est presque impossible de corriger ou de remplacer. En effet, l'Etat, tel qu'il existe actuellement, peut justement être considéré comme un produit surévolutionné de la conscience et de la volonté humaines. Le droit sans aucun doute peut également être considéré de la sorte ; mais, dans ce cas l'erreur est plus grave, en raison de ce que la règle juridique est une expression de beaucoup antérieure, et je dirais plus physiologique et moins consciente que les formes déjà très idéalisées de la politique. Dans le processus d'acquisition et de développement de la conscience et de la volonté, de l'épiphénomène de la conscience-volonté du genre humain, l'Etat serait la dernière conséquence, l'ultime transformation du droit ; comme il s'est formé à une époque historique, où l'esprit humain était déjà éminemment capable de prévisions et conscient de finalité, il a acquis la faculté de prévoir et d'avoir une fin qu'avaient ses créateurs. Au contraire, le droit a surgi bien plus tôt, dans la pénombre de l'insouciance préhistorique, et son finalisme est comme un suragrégat, un habit épais qui ne dissimule pas toujours le vieux diable habillé en moine.

### § 58.

#### *Base biologique de l'Etat.*

Le processus de l'adaptation au milieu, principe fondamental de la vie, a pris, à une époque récente, chez les animaux supérieurs, l'aspect d'une véritable lutte pour la vie, plus ou moins consciente ou inconsciente. Pourtant, chez eux, la lutte n'existe qu'entre espèce et espèce ; les animaux de la même espèce, même les félins les plus « féroces » se respectent mutuellement. S'ils luttent par-

fois entre eux, ce n'est que pour la femelle, ou pour le terrain où ils chassent, et ces luttes ont rarement des conséquences mortelles. L'homme seul, parmi les animaux supérieurs, tue ses semblables ou les réduit en esclavage. Il n'y a donc pas tant d'exagération à dire, comme on le répète en littérature, que l'homme est la bête féroce des bêtes féroces.

On peut expliquer cette férocité de l'homme par le phénomène de la spéciété. Comme nous l'avons vu (§ 41) et comme je vais le répéter ici pour plus de précision, la théorie que j'appelle spécifique enseigne que les différences spécifiques deviennent d'autant plus fortes que l'on s'élève davantage dans l'échelle animale. Entre deux espèces de protozoaires, les différences sont presque nulles ; entre deux primates, elles sont très marquées. Dans le genre humain, qui occupe le plus haut degré de l'échelle zoologique, la spéciété est telle que non seulement ce genre se sépare très nettement des anthropoïdes, mais que les hommes eux-mêmes sont bien distincts entre eux, selon leurs races qui forment en quelque sorte des espèces. Bien mieux, chaque homme est si différent de son « prochain » qu'il constitue presque une espèce individuelle. C'est de là que la sociologie ou anthropologie induit sa théorie spécifique de la théorie transformiste, évolutive ou généalogique, qui est généralement admise dans la biologie contemporaine.

Puisque les espèces luttent contre les espèces, l'extrême spéciété de l'homme explique la lutte humaine. Cette lutte prend deux formes génériques : l'une, *interne*, au sein du groupement social ; l'autre, *externe*, contre les autres groupements sociaux. Toutes deux et surtout la dernière peuvent s'expliquer par les différences spécifiques.

L'état naturel des hommes, aux temps de sauvagerie et de barbarie est une lutte externe continuelle. « Les diverses races sauvages, dit Lubbock (1), n'ont entre elles que

(1) *L'homme préhistorique*, trad. française, t. II, p. 226.

peu de relations spécifiques. Elles sont presque toujours en guerre. Si leurs habitudes sont semblables, ce sont de mortelles rivales, car elles luttent pour les meilleures pêcheries ou les meilleurs territoires de chasse ; si leurs besoins sont différents, elles combattent pour avoir des femmes, des esclaves, des ornements, ou, si elles ne s'en soucient point, c'est alors pour le plaisir de se battre, pour obtenir des têtes, des chevelures, et autres emblèmes considérés comme glorieux. Dans de telles conditions d'isolement, chaque tribu vit soit à l'état d'isolement, soit à l'état d'hostilité avec ses voisins... Ils ne se rencontrent que pour se battre. » Dans ces luttes externes, il n'y a pas de règles éthiques possibles ; tout est permis : la fraude, la trahison, le vol...

C'est pourquoi l'éthique n'est pas née, comme un principe général de solidarité humaine. Pour mieux dire, ce n'est pas une éthique ni un droit qui se sont formés, ce sont des éthiques et des systèmes juridiques innombrables, chacun dans un groupement respectif. Ces groupements n'étaient pas seulement indépendants les uns des autres, ils étaient des ennemis naturels. A une époque déjà très avancée de la civilisation antique, la légitimité de la haine de l'étranger est encore admise par des philosophes comme Platon et Aristote, des poètes comme Euripide, des orateurs comme Isocrate, des historiens comme Polybe et Tacite. En Grèce et à Rome, le même mot sert pour dire « étranger » et « ennemi »...

Si la spéciété humaine engendre les luttes humaines, il est logique de penser que plus les différences spécifiques seront grandes, plus ces luttes seront féroces. De là, la douceur relative des luttes internes toujours terminées par l'éthique et le droit ; de là, la rudesse sanglante des luttes externes dont la solution ne peut être que la soumission absolue ou la mort du vaincu. *Delenda est Carthago !* « Vaincre, nous enseigne César, c'est subjuguier l'adversaire ; c'est cela faire la paix ». Tel est le

concept de la paix romaine : la subjugation de l'ennemi.

La lutte produit des vainqueurs et des vaincus. Les vainqueurs accaparent les postes et les places donnant le pouvoir et imposent le travail et la servitude aux vaincus. Voilà l'origine des castes ou classes. De la sorte, les classes sociales ou les castes sont une expression juridico-politique de la spéciété humaine. Leur véritable base est donc fondée sur les *différences ethniques*. Le milieu géographique rend certaines races plus fortes et plus intelligentes que les autres ; ces races s'imposent par leur supériorité plus ou moins relative et passagère.

Dans son acception primitive, le mot « caste » signifiait pur, pureté du sang, du lignage. Il vient de *warna*, terme sanscrit, qui veut dire « couleur » attendu que la couleur, la coloration du teint est le signe distinctif le plus apparent des races. Les peuples de « meilleure » race faisaient la conquête des peuples de race « inférieure » et de leur territoire, et imposaient à ceux-ci, une fois absolument vaincus, leur « supériorité », leur caste, les castes !

La conquête, l'esclavage et les castes ont occasionné une division du travail accentuée et disciplinée ; cette division a fait la civilisation. Comme on demandait à un Pharaon comment avaient été construites les Pyramides, il montra un fouet d'esclave. Il avait raison : le fouet a élevé tous les grands monuments de l'antiquité ; le fouet a été le stimulus de l'histoire. C'est pourquoi l'histoire est essentiellement aristocratique. Comme l'ont enseigné Strauss et Renan, « toute civilisation est le produit d'une aristocratie ».

L'organisation de l'Etat, quelque rudimentaire qu'elle soit, implique l'existence d'une classe dirigeante, qui adopte un chef et provoque, par conséquent, la formation de classes sociales. L'origine des classes est l'origine de l'Etat. Le droit dit de *status* a fait l'Etat. Dans les sociétés primitives, les hommes se divisaient en classes fermées, les fonctions et les professions se transmettaient

de père en fils. Avant même d'être né, l'individu était destiné à occuper tel ou tel poste dans la société. Le fils du prêtre, était prêtre ; celui de guerrier était guerrier ; celui de l'agriculteur, agriculteur. Quelles que fussent les aptitudes du sujet, il ne pouvait changer de classe ou de caste. Ce droit primitif à caractère héréditaire est ce qu'on appelle le droit de *status*, c'est-à-dire d'état ou de condition sociale. Si la formation des races est la conséquence de la spéciété humaine, le droit de *status* est le produit des races. Telle est la base anthropo-sociologique de l'organisation sociale en classes dirigeantes et en classes dirigées.

### § 59.

#### *Caractère politique et juridique de la lutte pour la vie dans l'humanité.*

Mon concept du droit et de l'Etat est édifié sur les fondements biologiques de l'adaptation, de l'hérédité et de la sélection naturelle ou lutte pour la vie. Je mets ainsi à profit, pour ma théorie juridique, les découvertes modernes des sciences naturelles et je suis en cela la tendance positive de notre époque. Mais cette tendance conduit souvent les littérateurs et les sociologues à concevoir la lutte pour la vie dans l'humanité d'une façon essentiellement cruelle et destructive. Par l'application du principe de la sélection naturelle, on arrive à des doctrines aussi fausses et aussi antisociales que l'*immoralisme* de Nietzsche. On se figure la lutte de l'homme avec l'homme sous l'aspect brutal de la poursuite des herbivores par les félins ; l'homme « fort » est le tigre qui doit dévorer, comme une brebis, l'homme « faible ». Sa compassion, ses sentiments de solidarité pour le « faible » sont des défauts, des vices, car le manque d'altruisme est la caractéristique du « surhomme ». « Soyez durs ! » c'est la conclusion et le suprême conseil de la vérité morale des temps nouveaux...

Soyez durs avec l'imbécile, l'incapable, le malade, avec la femme, le vieillard, l'enfant !

Rien de moins scientifique qu'une pareille doctrine, ainsi poussée à l'extrême... La lutte pour la vie, il y a lieu de l'observer avant tout, n'a pas chez les espèces animales un caractère si rigoureux. Les destructions qui en résultent ne proviennent pas du concept finaliste de supprimer les rivaux moins bien doués, mais des besoins immédiats de l'alimentation et de l'adaptation. La nature ne dit pas aux animaux : « Soyez durs ! » Elle se borne à les pousser à dévorer ce que requiert leur organisme et à éviter d'être dévorés.

D'un autre côté, la rigueur de la sélection naturelle est intensément tempérée par le phénomène de la sélection sexuelle. Les couleurs voyantes des fleurs ne servent pas à leur défense, mais elles attirent les insectes qui produisent la fécondation en transportant le pollen. Le plumage attrayant des oiseaux les dénonce de loin à leurs ennemis ; mais l'espèce le conserve parce que dans la lutte sexuelle elle aide le mâle à conquérir la femelle et vice-versa. La pesante ramure du cerf gêne sa vélocité à la course ; mais à l'époque du rut, elle constitue un avantage pour les combats et les triomphes de l'amour.

Ce n'est donc pas la vérité que le principe de la sélection des espèces soit en lui-même d'une rigueur absolue ; et, le serait-il, que la sélection sexuelle y apporterait des tempéraments. Mais, de plus, l'expression « survivance du plus apte » n'est qu'une simple métaphore qui manque de précision exacte, surtout si on l'applique à l'homme. Un lion est-il plus apte qu'un cerf ? Mettez-le dans une prairie, à la différence du cerf, il y mourra de faim. Il se passe à peu près la même chose par rapport à l'« aptitude » de l'homme, notion bien vague et bien instable. Qui est le « fort » et qui est le « faible » parmi les hommes d'une même race ou de races qui se ressemblent ? Ce n'est que par exception qu'il se présente des

occasions où un homme se révèle catégoriquement fort ou faible. En général, tous sont faibles ou forts suivant les circonstances et les moments. C'est à peine si les grandes différences ethniques présentent quelquefois une véritable supériorité pour la civilisation ; et, même alors, comme nous l'avons vu, le concept de « supériorité » ne peut être établi que d'une façon relative et occasionnelle.

Mais, outre que la lutte animale n'a pas le caractère que lui attribuent Nietzsche et ses disciples, la lutte humaine est en elle-même très différente de la lutte animale, car elle possède un trait essentiel que j'appellerai son *cyclisme*. La lutte animale, la plus typique du moins, la lutte entre vertébrés supérieurs, a lieu presque universellement d'*individu à individu*. Rarement, elle est le fait d'un groupement contre un autre groupement ou contre un individu. Et même alors, il y a dans le groupe, comme dans l'individu, unité typique et définie. En revanche, la lutte humaine se produit entre les *cycles*, les plus divers : individu, famille, association, classe sociale... Un homme ne lutte jamais seul ; il fait toujours partie d'un cycle, grand ou petit, composé d'un nombre variable d'hommes dont les intérêts sont considérés comme solidaires. Ainsi, la lutte animale est toujours plus ou moins individuelle, la lutte humaine plus ou moins cyclique. Il est clair qu'en certains cas la lutte animale paraît vaguement cyclique ; mais dans ces cas, son cycle est bien déterminé : c'est une famille, une meute, une ruche. Pour l'homme, il n'y a pas un cycle unique ; il y a d'innombrables cycles qui s'entrecroisent, se heurtent, se confondent, se resserrent, s'élargissent. Le cyclisme de la lutte humaine est ainsi multiple, équilibré, complexe, universel. Une même personne appartient aux cycles les plus divers, formés par sa nationalité, sa position, sa profession, son nom de famille. Un loup est toujours un loup ; un homme est un citoyen de son pays, un conservateur, un aristocrate, un clubman, un père ou un fils de famille et cent autres

choses dont l'importance et la diversité sont plus ou moins grandes. Et j'appelle ce phénomène « cyclisme » et non solidarité, parce qu'il n'implique pas ce qu'on appelle faussement « solidarité humaine ».

La conséquence pratique du cyclisme de la lutte entre hommes est d'adoucir et d'atténuer cette lutte. Nul homme n'est isolé ; chacun appartient à des cycles divers, qui l'aident, le défendent, le protègent. Quand on dit « l'homme fort est l'homme seul », cela ne signifie pas qu'un homme puisse lutter seul contre tous, mais que l'indépendance de caractère est une force dans la vie. Mais l'indépendance de caractère ne détruit pas tout cyclisme ; il renforce au contraire et seconde certains cycles, comme la famille, l'association, la patrie.

Si la spéciété humaine tend à donner à la lutte entre hommes un caractère de férocité extrême, le cyclisme la restreint et l'adoucit jusque dans les cas les plus terribles de luttes entre nations et entre races. C'est pourquoi je dis que la lutte pour la vie, malgré la haute spéciété humaine, a chez les hommes des mouvements inhibitoires et des palliatifs, qui n'existent pas dans la lutte entre animaux. C'est pourquoi je soutiens que ce que l'on entend communément par « darwinisme social » ou par nietzschéisme n'est pas autre chose que de brillantes fantaisies littéraires, où l'on ne tient pas compte des données les plus importantes de la vie des hommes et des peuples.

En réalité, si la spéciété humaine a déterminé la lutte et, par suite, l'éthique, le droit et la politique, le cyclisme de cette lutte est ce qui a le plus accentué le caractère stable et civilisateur de cette éthique, de ce droit et de cette politique. Donc, comme nous l'avons vu, les intérêts solidaires des premiers groupements ethniques ont toujours été un facteur, que l'on pourrait qualifier d'externe, dans la genèse de toute règle de conduite.

## § 60.

*Nature psychique de la société.*

Du moment que l'on considère l'Etat comme l'organe capital de la société, on ne peut concevoir une théorie juridico-politique de l'Etat, sans une conception sociologique qui lui corresponde. Je vais donc compléter ce chapitre par l'exposition de la théorie de la société. Et, les théories mécanique et organique mises de côté, je pense, comme je l'ai dit plus haut (chapitre VII), que la théorie psychique explique seule, clairement et positivement, le phénomène le plus important de la sociabilité humaine.

Observons avec soin, à cet effet, les diverses sociétés humaines. Nous trouvons tout d'abord que, pour les esprits modernes, l'idée de société est semblable à celle de nation. Par suite, une société est essentiellement composée d'un peuple, d'un territoire et d'un gouvernement autonome.

Au moyen âge, le lien de la nationalité était principalement formé par la communauté d'origine, qui se révélait par la communauté de langue et de croyances. Le « Royaume Uni » actuel, était ainsi divisé en quatre nations : Anglais, Gallois, Ecossais et Irlandais. En reculant encore plus avant, nous trouvons que dans les hordes barbares des Germains, l'idée de société correspond à celle de clan, ou tribu... Recherchons maintenant où réside, en dernier ressort, et comment se forme, cette unité sociale.

Si nous appliquons aux faits l'analyse du « réalisme pur », nous verrons que, parmi les facteurs composant une société quelconque, et spécialement les sociétés actuelles, on ne peut relever, dans la majorité des cas, ni unité d'origine ethnique, ni unité de langage, ni unité de croyances religieuses. Le territoire même de chaque

société présente d'ordinaire une variété de régions qui est bien loin de former une unité géographique : c'est le cas de l'empire britannique. On doit dès lors rechercher l'unité sociale dans quelque chose de distinct et de supérieur à l'unité ethnique, linguistique, religieuse, géographique. Ce quelque chose consiste, à mon avis, dans l'unité des sentiments sociaux et des idées sociales, c'est-à-dire dans un sentiment et une idée de la patrie, les mêmes chez tous les hommes qui composent la collectivité sociale, ou du moins chez la plupart.

A titre de confirmation de l'importance effective du facteur psychique, c'est-à-dire de l'esprit social, je proposerai, par voie d'hypothèse *ad absurdum* un véritable *experimentum crucis*. Supposons que tous les enfants nés dans une société quelconque, à partir d'une date donnée, soient, aussitôt après leur naissance, envoyés, pour y être élevés, à l'étranger, où ils resteraient dans la plus complète ignorance de leur patrie d'origine. Après vingt ou trente années d'application de ce système, supposons encore que les jeunes expatriés retournent à leur pays d'origine, quand les anciennes générations y auront entièrement disparu. Comment se reconstituera la patrie d'autrefois ? Evidemment, si ces jeunes gens dépaysés sont maintenus dans une perpétuelle ignorance de leur origine et de leurs traditions, la reconstruction de la patrie ne sera pas possible. Naturellement, chacun d'eux tirera du côté du pays où il aura été recueilli et élevé. Il arrivera, par conséquent, que l'ensemble des individus, au lieu de constituer une véritable unité sociale, se divisera selon leurs sentiments, leur langue et leurs mœurs, et formera des groupes d'Anglais, de Français, d'Allemands, composés respectivement de ceux qui auront été élevés, en Angleterre, en France, en Allemagne... Il se passait quelque chose d'analogue dans les universités du moyen âge, dont les étudiants se divisaient en « nations » ; dans celle d'Oxford, par exemple, où existaient quatre nations, anglaise, galloise, écos-

saise et irlandaise. Dans le cas où tous les jeunes gens auraient été élevés dans le même pays étranger, il y a lieu de croire que la nouvelle société qu'ils constitueraient serait semblable à la société du pays où ils auraient été élevés, et formerait presque une colonie de ce pays. De telle sorte que s'ils avaient été tous élevés en Angleterre ils tendraient probablement à prendre l'aspect d'une colonie anglaise. L'influence héréditaire n'agirait que plus tard, pour donner à la nouvelle société un caractère mixte, participant de l'éducation reçue et de l'hérédité. Ce caractère se modifierait encore sous l'influence du milieu géographique. Enfin le fait est que par suite de la suppression des traditions et du passé, la patrie manquerait de l'*unité psychique* indispensable et que la société cesserait d'exister, au moins sous la forme qu'elle revêtait antérieurement.

Korkounov (1) a donc raison quand il nous dit que la société est déterminée par trois éléments distincts : 1° les conditions actuelles où elle se développe ; 2° son passé ; 3° l'idéal constitué par l'expérience du passé. Et la comparaison que cet auteur emprunte au monde organique est très heureuse : « Selon une expression très juste de Claude Bernard, la complexité de la vie organique dépend de ce que l'organisme, en plus du milieu extérieur, se trouve enveloppé, si l'on peut dire, par un milieu particulier qui lui est propre et qui consiste surtout dans l'élément liquide de cet organisme. Grâce à ce milieu intérieur, l'organisme peut conserver une haute température en même temps qu'un degré d'humidité assez élevé, dans un milieu froid et sec ». C'est ce milieu intérieur qui crée une indépendance relative entre l'organisme et son milieu ambiant. Et la cause de ce milieu intérieur est également l'expérience du passé.

N.B.

Si l'on applique cette comparaison à la société, il en

(1) *Op. cit.* p. 317.

M.B. | résulte qu'on la trouve de même enveloppée dans un triple milieu : 1° le milieu extérieur ou ambiant, provenant de l'état géographique et de la coexistence d'autres sociétés ; 2° le milieu intérieur, formé par les usages et les coutumes reçues du passé ; et 3° un milieu spécial, idéal, intellectuel, constitué par les idéals communs des divers individus par rapport à l'avenir.

N.B. | Les raisons qui précèdent, ainsi que l'inexactitude de la théorie mécanique et l'insuffisance de la théorie organique, autorisent, il me semble, à remplacer cette dernière par une conception psychique de la société. C'est dans la psychologie des individus, plutôt que dans leurs aspects matériels et extérieurs, que doivent se trouver les causes immédiates de l'unité sociale. La principale difficulté de l'étude de cette conception psychique consistera à pouvoir préciser les formes ou les états de conscience individuels qui contribuent le plus à déterminer la société. Sous ce rapport, je développerai plus loin certains points de vue qui me paraissent opportuns. Ces points de vue seront, entre autres : la sympathie sexuelle comme premier fondement de tout sentiment de solidarité sociale et de toute solidarité de l'espèce ; la sympathie sociale comme dérivé de la sympathie ou attraction sexuelle ; la conscience de l'unité sociale comme produit de la sympathie sociale ; la ressemblance de sentiments et d'idées comme facteur de la sympathie sociale ou spécifique ; l'unité des croyances religieuses et morales comme coadjuvant de la sympathie sociale...

Mais avant de passer à cette étude, il y a lieu de reconnaître que, chez la grande majorité des sociologues modernes, on remarque une véritable répugnance à expliquer les phénomènes sociaux dans leur phase psychologique, à baser les faits sociaux sur les lois et les principes de la psychologie individuelle. On appelle dédaigneusement cette tendance le *psychologisme* sociologique, en avançant que de toutes les méthodes d'investigation et d'étude,

c'est une des moins sûres et des plus trompeuses.

Ce mépris retentissant du « psychologisme » sociologique s'explique facilement par des raisons qui méritent considération : le manque de sûreté des concepts psychologiques et la difficulté d'en tirer soit des règles pratiques soit l'explication de cas particuliers. En effet, les lois psychologiques sont plus vraies que réelles, attendu qu'elles représentent des abstractions simplifiées de réalités bien plus complexes et bien plus confuses. C'est pourquoi, si on les applique à l'étude du caractère des individus et des peuples, elles se prêtent à des dissertations plutôt littéraires que scientifiques. Aussi, le désir bien inspiré de donner à la sociologie un caractère véritablement scientifique détourne-t-il ces sociologues des explications psychologiques. Mais nous, nous ne pouvons pas oublier que, quels que soient les défauts de ces explications, le phénomène sociologique se présente plus clairement à nous comme un phénomène psychique, comme un produit de facteurs psychologiques, que comme un organisme ou un mécanisme.

Grande est la complexité de ces facteurs psychologiques. Essentiellement, ils consistent dans l'idée de solidarité collective, et dans l'idéal de l'amour pour la patrie. Ils sont constitués par un ensemble de tendances ou d'états de conscience, dont le résultat se présente, en dernier lieu, chez chaque individu, comme un sentiment, une idée et une volonté : le patriotisme, la patrie, la décision de servir la patrie. Naturellement, ces sentiments, cette idée, cette volonté n'existent pas, sous la même forme et avec la même intensité, chez tous les citoyens ; ce qui, chez l'un, est esprit de travail et de sacrifice, n'est chez d'autres qu'une simple vanité, et chez d'autres encore prend même parfois le caractère d'une sympathie inavouée et dont on a honte... Mais, le fait est que l'immense majorité des membres d'une société désirent, au fond de leur âme, son triomphe et ses progrès. Le déserteur lui-même, qui n'a

pas voulu subir le service obligatoire et le régime militaire, ne souhaite pas la déroute des armées de sa patrie ; l'anarchiste le plus furieux ne verrait pas avec plaisir son pays d'origine conquis par des envahisseurs étrangers... S'il en est ainsi, je trouve dans ce fondement psychique l'une des bases les plus effectives, sinon la plus effective de toute organisation sociale. La société se présente ainsi à nous, avant tout, comme un organisme psychique, si l'on me permet cette expression. Tout au moins la société possède un *esprit social*, une psyché ou âme collective qui donne de la cohésion à l'ensemble de ses membres et constitue principalement son unité d'action. Cet esprit social ou âme collective n'est que le fond des sentiments patriotiques de tous les individus qui la composent ou de la plupart d'entre eux. Nous verrons même, quand le moment sera venu, qu'il existe une conscience sociale et une sympathie, ou cosympathie, sociale, corollaires de l'esprit collectif...

Je ne dois pas terminer ce paragraphe, sans exposer — car cela me paraît opportun — pourquoi j'ai exposé mes conceptions de l'éthique et du droit avant mon concept de la société. Les auteurs classiques ne concevaient le droit que comme un produit ou un résultat de la sociabilité humaine. Hors de la société, le droit n'était pas possible, pour eux. Nous, nous avons vu que le droit, essentiellement, n'est qu'une réaction vitale contre quelque chose qui attaque ou lèse le plein développement de la vie. L'amibe qui réactionne contre un choc externe exerce déjà un mouvement qui, par la suite d'une évolution animale très étendue, deviendra le coup qui repousse une agression dangereuse et pénible ; ce coup, dans l'histoire de l'humanité, se transformera en sanction juridique. Le droit existait donc en germe dans les mouvements vitaux de l'amibe.

La société, en revanche, implique déjà, comme précédent essentiel, l'existence de certains sentiments de sym-

pathie spécifique qui sont sûrement postérieurs aux réactions vitales primitives des êtres plus simples. On ne peut donc pas dire que la société est antérieure au droit. Tout animal, même vivant isolé et d'une vie individuelle, possède un vague instinct de ses droits. Le carnivore a une évidente intuition de son droit de propriété sur la proie qu'il dévore, et certainement il est dépourvu de sentiments sociaux. C'est pourquoi l'on peut dire, bien que cela paraisse un paradoxe, que le droit est antérieur à la sociabilité, ou du moins que les premiers mouvements du droit sont antérieurs aux sentiments de sociabilité. Il y a donc une logique parfaite et un réalisme évident dans l'ordre que j'ai suivi, contrairement à l'usage, en présentant dans ce livre III, les phénomènes de l'éthique, du droit et de la société, et en mettant l'éthique et le droit avant la société.

### § 61.

#### *Base biologique de la théorie psychique.*

Tous les phénomènes et toutes les lois de la biologie contribuent, peut-on dire, à former l'esprit social ou psychisme collectif. La difficulté réside dès lors ici à distinguer les formes ou forces biologiques qui tendent d'une manière plus évidente et plus accentuée à constituer le sentiment, l'idée et la volonté de cet esprit social. Nous constatons, en fait, dès le premier instant qu'il se révèle par des sympathies et des antipathies : sympathie pour l'existence et la puissance de la patrie et pour les concitoyens, pour ceux surtout qui rendent des services plus efficaces à la patrie ; antipathie pour les nations étrangères et ennemies, et pour ceux qui les composent. Il n'est pas difficile de trouver la racine biologique de ces sentiments sympathiques et antipathiques.

Voyons ce que sont chez les espèces animales les formes

les plus inférieures de la sympathie spécifique, c'est-à-dire de la sympathie pour l'espèce. Nous trouvons d'abord les *premiers* êtres vivants, les protistes ; ce sont de simples cellules vivantes. La psychologie de ces cellules, ou plastides, qui a été étudiée par Hæckel, ne peut être que la conscience très vague des réactions vitales, qui s'accusent par des sensations de plaisir ou de douleur.

Les circonstances du milieu déterminent la formation d'êtres polycellulaires ou polyplastidaires. Nous arrivons ainsi à un *second* jalon de la psychologie animale : ces êtres individualisent et résument synthétiquement dans la conscience d'un seul moi les consciences partielles primitives des cellules qui les composent.

A la suite de l'individualisation des moi polycellulaires un *troisième* jalon se pose : c'est la formation des sexes et par conséquent l'apparition de la psychologie sexuelle. Jusque-là, chaque individu s'était reproduit seul et isolément ; désormais, la reproduction résultera de l'accouplement de deux individus de la même espèce. En fait, les espèces unisexuelles sont allées en acquérant peu à peu des organes reproducteurs ou génésiques, si complets chez chaque individu, que cet individu constituait un hermaphrodite se fécondant lui-même. De nouvelles circonstances ambiantes ont ensuite déterminé la nécessité de l'accouplement, pour que deux individus hermaphrodites se fécondent réciproquement. Et, enfin, par l'évolution de l'espèce, les organes de l'un des sexes se sont atrophiés chez les uns, et ceux du sexe opposé développés chez les autres, et il en est résulté la transformation des hermaphrodites primitifs en animaux nettement sexués. La sexuation détermine un nouveau degré psychologique : l'acquisition des instincts génésiques. Les instincts génésiques sont donc la première forme de la sympathie spécifique, le premier aspect de toute attraction ou sympathie pour l'espèce.

Après l'acquisition du sexe, survient un *quatrième* de-

gré psychologique : la protection de la progéniture, origine de la sympathie pour la famille. Le moi individuel lointain du premier être polyplastidaire arrive ainsi à se compliquer et à se ramifier en une double sympathie, pour le couple sexuel et pour les produits de leur amour.

Cet amour sensuel et familial finit ensuite par engendrer un *cinquième* et dernier degré psychologique : la sympathie spécifique ou pour l'espèce, c'est-à-dire le fondement psychique de toute société. Pour s'en convaincre, il suffirait d'étudier à fond la théorie patriarcale et même la théorie matriarcale relativement aux premières origines de l'Etat. Si l'on accepte la théorie patriarcale, on trouve que les appétits sexuels sont la force cohésive et motrice des sociétés primitives. Si l'on adopte la théorie matriarcale, on trouve que, partis de la promiscuité primitive, les peuples évoluent, en vertu d'antécédents économiques, pour arriver à constituer la famille patriarcale de l'ancien droit. De nouveaux antécédents économiques amènent alors la transformation du patriarche en *basileus* ou *rex*, c'est-à-dire, amènent l'institution de l'Etat ; mais le facteur économique ne détruit ni n'annule le facteur de la consanguinité ; au contraire, il l'affirme et le confirme. Les affections de la famille arrivent à servir ses intérêts et à aider son organisation postérieure sous la forme patriarcale. C'est pourquoi, les partisans eux-mêmes de la théorie matriarcale ne méconnaissent pas absolument l'existence de ce facteur psychique, l'affection familiale, bien qu'ils s'attachent de préférence au facteur économique. En tout cas le facteur économique peut coexister avec le facteur psychique. Bien mieux encore, si le facteur économique détermine la constitution première de la famille patriarcale, il y a lieu de ne pas oublier que ce facteur est constitué par les nouvelles circonstances résultant de l'invention de l'agriculture et de la domestication du bétail... Or, la domestication du bétail et l'invention de l'agriculture sont-elles possibles, sans qu'intervienne pour les réaliser la

coassociation de tous les membres de la famille ? Et cette coassociation est-elle possible sans des sentiments d'affection qui modèrent et qui règlent l'égoïsme instinctif des impulsions vitales ?... De plus, l'exemple des mammifères et spécialement des primates est bien significatif, chez eux, les appétits sexuels se complètent par la tendresse pour leurs petits et on peut bien le dire pour leur famille. Il n'y a pas de raison pour supposer que l'homme fasse exception à la règle. Ainsi, quelle qu'ait été l'origine de la famille patriarcale du droit antique, il est certain que les liens d'affection ont consolidé la famille, et que le gouvernement patriarcal primitif, en se généralisant pour former le clan, la *gens* ou tribu, entraînait naturellement à se généraliser aussi les sentiments de coassociation, pour constituer l'amour de la patrie. La communauté des intérêts se développe parallèlement, ou plutôt consécutivement aux affections de famille et de classe, puisque ces sentiments sont antérieurs et font partie des circonstances déterminantes de l'existence de cette communauté d'intérêts.

Le petit nombre d'auteurs qui ont émis une théorie psychique de la société se spécialisent exclusivement dans l'étude des sentiments de sympathie qui donnent la cohésion à l'unité sociale. Ils oublient ou négligent, par conséquent, les sentiments d'antipathie ou de haine pour l'étranger. Cet oubli ou cette négligence s'expliquent, dans mon opinion, non par le fait que ces sentiments manquent de réalité et d'importance, mais à cause des préjugés d'humanité et de fraternité dus à la religion et à la philosophie, spécialement à la philosophie grecque et à la religion chrétienne, préjugés dont les sociologues modernes n'ont pu se libérer complètement.

En biologie, bien évidente est la lutte spontanée entre les espèces, dont les unes attaquent pour dévorer et les autres se défendent pour ne pas être dévorés. Et la règle générale est que le sentiment de l'espèce se manifeste par

une antipathie instinctive pour les autres espèces, surtout pour celles que les circonstances de la lutte pour la vie tendent à mettre en opposition mortelle et immédiate.

En histoire, bien évident aussi est l'antagonisme des nations antiques, ainsi que leur isolement. Cet isolement a disparu pour les peuples modernes du fait de la civilisation, mais non leur antagonisme, qui se traduit par les guerres, conquêtes et extorsions. A tel point que l'on peut dire que sous certains rapports la haine de l'ennemi naturel corrobore et stimule l'amour de la patrie. L'antipathie arrive ainsi à être une force positive dans l'unité sociale.

D'où l'on peut conclure que les sentiments sociaux sont constitués par l'amour des siens et la haine des étrangers. La spéciété produit, psychologiquement, en même temps, la haine et l'amour. Il y a impulsion et sympathie pour nos proches et nos semblables, et répulsion tendant à se convertir en haine dynamique, quand les intérêts et l'idéal de ceux-ci heurtent nos intérêts et notre idéal. On dirait qu'à chaque degré de développement et d'acquisition de la conscience, correspond dans l'évolution des espèces, du moins à l'état latent, un degré proportionnel de répulsion et de haine par rapport aux êtres différents et antagonistes.

En acceptant tout ce qui précède, on arrive facilement à ma vision scientifique de l'origine et de la nature de la société. On la conçoit, par suite, comme un produit combiné de sympathie et de répulsion. La sympathie forme la famille ; la répulsion pour l'agresseur étranger donne la cohésion à la famille ; et la sympathie pour la famille et la haine pour l'étranger engendrent et développent l'unité psychique de la société. Ces affections et ces inimitiés, dont l'amour sexuel et la faim furent le premier principe, s'étendent et se transforment ensuite, selon la communauté ou l'opposition des intérêts économiques et politiques.

coassociation de tous les membres de la famille ? Et cette coassociation est-elle possible sans des sentiments d'affection qui modèrent et qui règlent l'égoïsme instinctif des impulsions vitales ?... De plus, l'exemple des mammifères et spécialement des primates est bien significatif, chez eux, les appétits sexuels se complètent par la tendresse pour leurs petits et on peut bien le dire pour leur famille. Il n'y a pas de raison pour supposer que l'homme fasse exception à la règle. Ainsi, quelle qu'ait été l'origine de la famille patriarcale du droit antique, il est certain que les liens d'affection ont consolidé la famille, et que le gouvernement patriarcal primitif, en se généralisant pour former le clan, la *gens* ou tribu, entraînait naturellement à se généraliser aussi les sentiments de coassociation, pour constituer l'amour de la patrie. La communauté des intérêts se développe parallèlement, ou plutôt consécutivement aux affections de famille et de classe, puisque ces sentiments sont antérieurs et font partie des circonstances déterminantes de l'existence de cette communauté d'intérêts.

Le petit nombre d'auteurs qui ont émis une théorie psychique de la société se spécialisent exclusivement dans l'étude des sentiments de sympathie qui donnent la cohésion à l'unité sociale. Ils oublient ou négligent, par conséquent, les sentiments d'antipathie ou de haine pour l'étranger. Cet oubli ou cette négligence s'expliquent, dans mon opinion, non par le fait que ces sentiments manquent de réalité et d'importance, mais à cause des préjugés d'humanité et de fraternité dus à la religion et à la philosophie, spécialement à la philosophie grecque et à la religion chrétienne, préjugés dont les sociologues modernes n'ont pu se libérer complètement.

En biologie, bien évidente est la lutte spontanée entre les espèces, dont les unes attaquent pour dévorer et les autres se défendent pour ne pas être dévorés. Et la règle générale est que le sentiment de l'espèce se manifeste par

une antipathie instinctive pour les autres espèces, surtout pour celles que les circonstances de la lutte pour la vie tendent à mettre en opposition mortelle et immédiate.

En histoire, bien évident aussi est l'antagonisme des nations antiques, ainsi que leur isolement. Cet isolement a disparu pour les peuples modernes du fait de la civilisation, mais non leur antagonisme, qui se traduit par les guerres, conquêtes et extorsions. A tel point que l'on peut dire que sous certains rapports la haine de l'ennemi naturel corrobore et stimule l'amour de la patrie. L'antipathie arrive ainsi à être une force positive dans l'unité sociale.

D'où l'on peut conclure que les sentiments sociaux sont constitués par l'amour des siens et la haine des étrangers. La spéciété produit, psychologiquement, en même temps, la haine et l'amour. Il y a impulsion et sympathie pour nos proches et nos semblables, et répulsion tendant à se convertir en haine dynamique, quand les intérêts et l'idéal de ceux-ci heurtent nos intérêts et notre idéal. On dirait qu'à chaque degré de développement et d'acquisition de la conscience, correspond dans l'évolution des espèces, du moins à l'état latent, un degré proportionnel de répulsion et de haine par rapport aux êtres différents et antagonistes.

En acceptant tout ce qui précède, on arrive facilement à ma vision scientifique de l'origine et de la nature de la société. On la conçoit, par suite, comme un produit combiné de sympathie et de répulsion. La sympathie forme la famille ; la répulsion pour l'agresseur étranger donne la cohésion à la famille ; et la sympathie pour la famille et la haine pour l'étranger engendrent et développent l'unité psychique de la société. Ces affections et ces inimitiés, dont l'amour sexuel et la faim furent le premier principe, s'étendent et se transforment ensuite, selon la communauté ou l'opposition des intérêts économiques et politiques.

## CHAPITRE XII

## LA LOI

§ 62. Définition de la loi. — § 63. Parties constitutives de la loi. —  
 § 64. Confection de la loi. — § 65. La coutume et la jurisprudence  
 des tribunaux. — § 66. Base biologique de la législation.

MONTESQUIEU, *Esprit des lois*. — SAVIGNY, *Traité de droit romain* (trad. française). — IHERING, *L'esprit du droit romain* (trad. française). — SUMNER MAINE, *Ancient Law*. — P. NAMUR, *Encyclopédie du droit*. — PRADIER-FODERÉ, *Principes du droit*. — COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit* (trad. française). — BÖHLAU, *Mercklenburgischen Landrecht*. — ROOSEVELT, *Discours* (trad. française).

## § 62

*Définition de la loi.*

Savigny définit ainsi la loi, d'après le concept du droit de l'école historique : « Quand le droit positif aurait atteint le plus haut degré d'évidence et de certitude, on pourrait encore chercher à s'y soustraire par ignorance ou par mauvais vouloir. Il peut donc être nécessaire de lui donner un signe extérieur qui le mette au-dessus de toutes les opinions individuelles. Le droit positif, traduit par la langue en caractères visibles, et revêtu d'une autorité absolue, s'appelle loi, et la confection de la loi est un des plus nobles attributs du pouvoir suprême de l'Etat. » (1).

A mesure que la condition économique et politique des peuples primitifs progressait et se compliquait, leur mentalité et leur civilisation se perfectionnaient. Ces progrès durent se manifester tout d'abord dans le langage parlé, jusqu'à la découverte si importante de l'écriture. Tant que le langage parlé ne se fût pas généralisé et suffisamment enrichi, les sanctions juridiques ne pouvaient

(1) *Op. cit.*

être que des actes, que des réactions plus ou moins réflexes. Ces actes se traduisent ensuite en maximes, qui, bien des fois, comme c'est le cas dans les anciens livres indiens, ont une forme rythmique qui aide à les retenir de mémoire. Quand l'écriture est inventée, il devient logique de graver et d'écrire de tels principes, pour que tous les connaissent et les appliquent. Ainsi naît la loi, *lex*, mot qui paraît venir de *legere*, lire, bien que l'on ait aussi supposé qu'il dérive de *ligare*, lier.

La confection de la loi implique nécessairement la connaissance de l'écriture ; mais il est inutile de supposer, comme antérieure, l'organisation déjà accomplie et bien définie de l'Etat.

En même temps qu'il créait l'Etat, le peuple créait la loi. Dans l'ancien droit romain, on appelle *senatus consulta* les décisions du Sénat, *plebiscita* celle de la plèbe, et *lex* celles seulement qui provenaient de tout le peuple, patriciens et plébéiens. La *lex* romaine a ainsi son origine dans le peuple plutôt que dans l'Etat ; mais pour garantir la loi et la faire exécuter, sinon pour l'établir, il lui faut l'existence, embryonnaire au moins, de l'Etat. Puis, quand le peuple est déjà organisé et nombreux, il devient impossible qu'il dicte lui-même les lois ; l'Etat, s'il ne les formule pas, doit intervenir dans leur confection. C'est un premier pas qui conduira l'Etat à un concept de la loi purement politique : au concept de la législation fonction de l'Etat. Quoique émanée des citoyens populaires et de la volonté du peuple, la loi finit donc par être « une règle juridique imposée par l'Etat ».

On compare fréquemment la loi juridique avec les lois de la nature. On appelle, comme on le sait, « lois de la nature » les principes de causalité ou d'uniformité des phénomènes physico-naturels. Sans doute, ces principes sont de milliers et de millions de siècles antérieurs aux lois juridiques. Mais c'est le cas de se demander quelle a été la signification primitive de ce mot *lex*, celle

de loi juridique ou de loi naturelle. Sous ce rapport, il ne me paraît aucunement acceptable que le concept déjà compliqué et presque scientifique des lois de la nature ait pu entrer dans la mentalité d'esprits aussi rudes et aussi primitifs que ceux qui confectionnèrent les premières lois, celle des *Douze Tables*, par exemple. Imaginer la causalité et l'uniformité dans les phénomènes de la nature implique un développement intellectuel notable, un pouvoir déjà grand d'analyse et de généralisation. Lors de l'acquisition d'un développement et d'un pouvoir intellectuels pareils, on comptait déjà de bons siècles d'antiquité, dans l'existence des premières règles juridiques écrites, des premières lois. En effet, l'expression *leges naturæ*, se trouve pour la première fois, si je ne me trompe, dans la littérature latine, dans le génial poème de Lucrèce, intitulé *De natura rerum*. Il est donc possible que Lucrèce ait inventé la métaphore classique qui applique l'expression « loi » aux phénomènes de la nature, en supposant qu'ils sont réglés, eux aussi, par des principes uniformes et coercitifs. Cette métaphore s'est tellement généralisée qu'il faut aujourd'hui un raisonnement, comme celui qui précède, pour discerner quel a été le sens primitif du mot. « Le mot « loi », fait remarquer Blackstone, dans son sens général, désigne une règle d'action et s'applique indistinctement à toute espèce d'action, soit des corps vivants ou inertes, des êtres raisonnables ou irraisonnables. On dit les lois du mouvement, de la gravitation, de l'optique, de la mécanique, de même que les lois de la nature ou des nations ». Blackstone confond ainsi en une seule les deux acceptations typiques du terme.

La généralisation universelle du sens postérieur et métaphorique et sa confusion très fréquente avec le sens primitif et original prouvent que la loi juridique a présenté dans l'histoire les conditions de stabilité et d'uniformité qu'ont les lois de la nature. Si l'on avait eu, dans les

temps antiques, le concept rationaliste et innovateur que le néohumanisme du xviii<sup>e</sup> siècle et la Révolution démocratique ont eu de la loi, Lucrèce aurait difficilement trouvé sa métaphore, et l'on aurait difficilement appliqué le vocable loi aux principes immuables de la nature.

### § 63.

#### *Parties constitutives de la loi.*

Il se trouve dans la loi deux idées fondamentales : l'*ordre* social et la *force*. Ces idées sont la fin et moyen du droit : la fin est la paix ou l'ordre social ; le moyen, la lutte ou la force pour réprimer les injustices qui pourraient altérer cette paix. La loi, concrétion suprême du droit, a pour objet l'ordre social et possède la force comme arme ou instrument de répression et de coaction. L'usage exclusif de la force coercitive constitue l'autorité exclusive de l'Etat. La loi renferme donc la même antithèse que le droit.

Cette antithèse essentielle entre la fin et le moyen du droit se manifeste dans les deux parties constitutives de la loi : les *dispositions* et la *sanction*. Dans ses dispositions, la loi ordonne une chose ou la défend ; dans sa sanction, elle indique la répréhension ou le châtement encouru si l'on désobéit à ses dispositions. Les dispositions sont donc la fin de la loi, l'ordre social qu'elle « dispose » ; la sanction est le moyen dont se sert la loi pour être obéie, c'est une menace pour qui l'enfreint, c'est le principe coactif de l'autorité légale de l'Etat. Les dispositions établissent la paix juridique ; la sanction décrète la lutte contre l'injustice, afin que cette paix juridique triomphe et règne sans cesse.

Si la loi se bornait à ses dispositions, sans décréter comment se réprimeront les manquements vis-à-vis d'elle, elle serait un simple conseil, une règle morale plu-

tôt qu'une règle juridique. Supposez que le code pénal, sans établir aucune peine contre l'homicide, dise seulement : « Il est défendu de tuer. » Cette disposition n'aurait que la signification d'une maxime morale, à qui manquerait l'efficacité coercitive du droit.

Dans les lois pénales, la sanction est évidemment la peine. Dans les lois civiles, elle réside dans les nullités et dans la responsabilité civiles. Les actes accomplis contre ses dispositions sont nuls ou annulables. De plus, en raison du préjudice subi du chef de ces actes, les tiers lésés peuvent réclamer des dommages et intérêts ; la responsabilité civile de celui qui méprise la loi consiste dans l'obligation de s'acquitter de ces dommages et intérêts.

Les auteurs qui ont recherché quels sont les « caractères » de la loi, lui en attribuent d'ordinaire trois principaux : la loi est obligatoire, générale et stable. Ils ont aussi essayé de « classier » les lois ; et ce classement repose sur leurs effets, leur objet et leur durée. — Suivant leurs effets, les lois se divisent : en fondamentales et secondaires ; en impératives, prohibitives et permittives ; en préventives et d'exception ; en générales, locales, et personnelles... Suivant leur objet : en personnelles et réelles ; suivant leur durée, en permanentes, temporaires, et transitoires... Mais toutes ces classifications sont théoriques et empiriques ; elles n'ont, de même que l'étude empirique des « caractères » de la loi, ni importance scientifique, ni objet pratique. Nous verrons plus loin, à ce point de vue scientifique et pratique, quelles sont les deux catégories fondamentales de lois, ainsi que les diverses branches que le droit a formées, non plus théoriquement et empiriquement, mais dans la législation et les usages judiciaires.

La loi est toujours un ordre conditionnel et ses véritables caractères résident avant tout dans le genre et l'intensité de la sanction. Sous ce rapport, la classification la plus

complète et la plus scientifique des lois est celle des juriconsultes de l'antiquité, qui en reconnaissaient quatre classes ou catégories : *leges perfectæ*, *leges plus quam perfectæ*, *leges minus quam perfectæ* et *leges imperfectæ*.

On appelle *leges perfectæ* (lois parfaites) celles dont la sanction est la nullité du fait accompli contre leurs dispositions. Les lois civiles appartiennent en général à cette catégorie.

Dans les *leges plus quam perfectæ* (lois plus que parfaites), l'acte commis est non seulement nul, mais encore il entraîne une peine. Cette peine peut être civile, et au profit du tiers lésé (*pœna privata*) ou consister dans un châtement imposé directement par l'Etat.

Les actes prohibés par cette classe de lois sont ceux qui causent des dommages graves et fréquemment irréparables. On les appelle « délits » en droit moderne ; et l'on nomme « droit pénal » la branche de la jurisprudence qui s'occupe de les réprimer...

Le délit ne se différencie essentiellement de tout autre acte antijuridique que par sa gravité au point de vue moral et l'importance des dommages qu'il occasionne. On peut donc dire que de même que le droit est un minimum d'éthique, le droit pénal est un minimum de droit. Le délit étant la transgression la plus violente du droit, aucun acte humain n'attaque plus profondément l'ordre social. D'où vient que le droit pénal est considéré, ainsi que nous le verrons, comme une partie du droit public.

Il y a des lois dont la violation n'implique pas la nullité de l'acte, mais entraîne une certaine sanction contre celui qui les viole. Ce sont les *leges minus quam perfectæ*, lois ayant un caractère civil comme les *leges perfectæ*. Leur sanction n'est pas la nullité *ipso jure*, mais l'annulation au cas où le transgresseur ne remplit pas certaines conditions.

Le nom de *leges imperfectæ* se donne aux lois qui ne contiennent pas une sanction expresse. On considère comme telles les lois politiques, qui règlent l'organisation de l'État. Mais nous ne devons pas oublier, comme je l'ai dit plus haut, que toute règle juridique contient en elle sa sanction, ne fut-ce qu'en ne reconnaissant pas pour valides les actes accomplis contrairement à ses dispositions. C'est ainsi, en la prenant pour exemple des *leges imperfectæ*, que la loi qui donne le droit de vote aux citoyens mâles ayant atteint leur majorité, contient implicitement la sanction de la nullité du vote des enfants, des femmes ou des étrangers qui prétendraient voter.

Les lois qui réglementent les attributions des fonctionnaires de l'État contiennent aussi une sanction : c'est la nullité des actes qui s'écartent de leurs dispositions. On peut ainsi dire qu'en réalité, puisqu'il n'y a pas de règles juridiques sans sanction correspondante, on ne doit pas concevoir l'existence de *leges imperfectæ*, tout au moins dans un pays organisé constitutionnellement selon les principes du droit moderne. On le peut dans les autocraties orientales et il y a lieu de considérer comme telles les lois qui établissent les attributions du monarque absolu, bien que ces lois ne soient pas indispensables, puisqu'en fait la volonté du souverain est alors la loi des lois.

#### § 64.

##### *Confection de la loi.*

Quels que soient les effets, la fin et la durée de la loi, sa *confection* est toujours un attribut de l'État. Dans la culture romaine antique, la *lex* proprement dite émanait directement des délibérations du peuple. Postérieurement, ce fut plutôt de celles de la classe dirigeante ; et, sous le Bas-Empire, c'était, en fait, l'empereur qui légiférait.

Dans la culture moderne, quand le prince incarne la loi, c'est le prince qui fait la loi.

La loi émane toujours de la souveraineté. Le souverain concrète sous la forme de lois, les règles de la coutume et de la doctrine juridique. C'est pourquoi l'Etat, qui personnifie la souveraineté, dicte la loi. Mais toutes les lois ne sont pas des ordres directs de l'Etat. L'Etat peut permettre qu'il y ait en vigueur des lois confectionnées par une autre autorité que la sienne. C'est le cas d'appliquer ici l'aphorisme des analystes anglais modernes : « Ce que le souverain permet, il le commande ».

C'est ainsi que l'on dit qu'en certains cas les usages locaux et les lois étrangères ont « force de droit ». Pareillement, les contrats entre particuliers et les statuts de corporations sont considérés comme la « loi des parties ». Mais il doit toujours être bien entendu que la loi émanant de l'Etat, la véritable loi, autorise, en pareil cas, l'application du droit coutumier et des lois étrangères, ou reconnaît la valeur et le caractère effectif des contrats privés et des statuts de corporations. Ce droit coutumier, ces lois étrangères, ces conventions ou statuts ne peuvent abroger les lois générales ou fondamentales de l'Etat. Ce n'est que quand ces lois générales et fondamentales le permettent, qu'il peut y avoir modification dans les dispositions des règles partielles et particulières du droit. Les règles étrangères dont la loi nationale autorise l'application doivent toujours rentrer dans l'esprit de cette loi. Nulle coutume, nul droit étranger ne peut contrevenir aux dispositions de la loi, et toute validité est enlevée, s'ils y contreviennent, aux contrats privés et aux statuts des corporations.

En synthèse, il ne peut y avoir abrogation de la loi, c'est-à-dire révocation totale, ni dérogation, c'est-à-dire révocation partielle, que du fait de la loi. Sa confection est la faculté propre de la souveraineté et elle s'exécute par le moyen de l'Etat. Pour la confectionner, l'Etat pos-

sède, d'après le droit moderne, une branche spéciale, le pouvoir législatif.

En effet, depuis la Révolution française, il domine universellement certains principes de droit politique ou constitutionnel, empruntés en partie aux institutions gouvernementales anglo-saxonnes. Ils ont amené la division des facultés de l'Etat en trois « pouvoirs » distincts : le législatif, le judiciaire, l'exécutif. Le législatif fait les lois, le judiciaire les applique, l'exécutif les fait accomplir. Ce qui caractérise principalement ces trois pouvoirs, est donc leur action par rapport aux lois. Leur division tripartite obéit à un idéal démocratique ; le gouvernement ainsi fractionné est plus responsable de ses actes ; la tyrannie est presque impossible. Mais cette division pourrait produire, dans le cas où la volonté respective des trois pouvoirs serait opposée et contradictoire, une anarchie funeste dans l'Etat. Pour l'éviter, il existe entre eux, spécialement entre le législatif et l'exécutif, des rapports et des dépendances réciproques. Si le législatif fait la loi, l'exécutif la promulgue, la sanctionne, la publie, et il peut, dans une certaine mesure, opposer au législatif le droit de veto. Tels sont les traits généraux du processus de la confection des lois, chez les nations modernes dont la constitution suit plus ou moins le principe de la souveraineté populaire.

### § 65.

#### *La coutume et la jurisprudence des tribunaux*

L'origine des premières règles éthiques réside, comme je l'ai dit, dans les besoins et les coutumes spontanées du peuple. La première forme du droit, même la première forme de l'éthique, est le droit coutumier, encore inconscient de ses fins utilitaires médiatees. Il surgit, en dehors de la volonté, sans un concept clair de son

importance et de ses effets sociaux ; il naît, dans l'organisme social, comme un nouvel être organique. C'est le miroir où le peuple qui le fabrique peu à peu va voir se refléter son image. Il est donc le véritable père du droit positif et la première forme de l'éthique.

La loi s'établit postérieurement, soit comme l'expression de la croissance spontanée du droit, soit comme le résultat de la lutte pour le droit. Quelle est l'importance du droit coutumier, une fois que la loi est établie ? La réponse à faire à cette question dépend du caractère de chaque peuple et de la nature de ses lois. Chez les peuples de l'antiquité, chez le peuple anglais, et même pourrait-on dire chez tous les peuples modernes avant le triomphe du principe rationaliste de la codification, le droit coutumier déterminait la loi, et, quand elle était établie, il la complétait.

A l'époque actuelle, le droit coutumier a perdu son importance d'autrefois. Déjà, au commencement du XVIII<sup>e</sup> siècle, il y a eu des auteurs, comme Thomasius, pour nier d'une façon absolue la force obligatoire de la coutume. Ils ne l'admettent qu'en tant qu'elle est l'expression d'une loi ou d'un contrat. La théorie du contrat social tend, en général, à priver la coutume de toute force effective. L'école analytique anglaise, rappelons-le une fois de plus, a sauvé sa doctrine, sur ce point faible, en supposant que la coutume, de même que la loi émane directement du souverain, parce que le souverain ordonne ce qu'il permet.

Le principe de la codification, émané du néo-humanisme du XVIII<sup>e</sup> siècle, en supposant le droit une création de la raison humaine, enlève toute vigueur à la coutume. Et, en effet, depuis la rédaction de codes complets et fermés, la coutume reste reléguée, chez les nations modernes, à un plan bien secondaire, où elle se perd dans une pénombre très modeste. Si les codes, à l'image du Code Napoléon, solutionnent tout le droit, il n'y a plus

de place, ou bien peu, pour le droit coutumier. La loi résoud tous les cas (1).

Avant la Révolution française, le législateur avait plus de confiance dans la coutume. Justinien pose comme un principe incontesté que la coutume est une véritable loi : *inveterada consuetudo pro lege non immerito custoditur*. (*Digeste*, l. 32, t. III, l. 1.) Et il fonde son principe sur ce que la coutume est l'expression de la volonté du peuple : *nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, ac rebus ipsis ut factis*. Le Code restreint cependant la valeur du droit coutumier, en déclarant que, si l'autorité d'une coutume ancienne n'est pas méprisable, elle ne doit jamais aller contre la raison ni contre la loi.

Dans les *Siete Partidas*, le législateur espagnol établit le même principe, en omettant toutefois d'en donner la raison (Ley, 6<sup>a</sup>, tit. II, part. I.). Il établit également les conditions nécessaires pour que la coutume soit applicable : ... e tal pueblo, como este o la mayor partida del, si usaren diez o veinte años a facer alguna cosa, como in manera de costumbre, sabiendolo el señor de la Tierra, e non lo contradiciendo e teniendolo por bien, pueden la facer e debe ser tenida e guardada por costumbre si en este tiempo fueren dados concejaramente dos juicios por ella de homes sabidores entendidos de juzgar ». (Ley 5<sup>a</sup>, tit. II, part. I.). — « Et les habitants d'un lieu comme celui-ci, ou la majeure partie d'entre eux, s'ils ont l'usage, pendant dix ou vingt ans, de faire une chose, comme en manière de coutume, à la connaissance du seigneur de la terre, sans qu'il y contredise et étant donné qu'il le trouve bon, ils peuvent faire cette chose, et elle doit être tenue et gardée pour coutume, à condition que durant ce temps il ait été rendu publiquement, d'après

(1) L'article 17 du *Code Civil* argentin statue que « les lois ne peuvent être modifiées en tout ou en partie, sinon par d'autres lois. »

cette coutume, deux jugements prononcés par des hommes sages et habiles à juger. »

Avant comme après la Révolution française, les juristes ont établi les conditions requises pour qu'une coutume puissent s'appliquer comme loi. Les vieux glossateurs du droit romain en exigeaient deux : « un temps assez long et un caractère raisonnable ». Ces conditions s'accroissent et augmentent par la suite. Barthole en signale trois : *longum tempus*, *tacitus consensus populi*, *frequentia actuum*. Ses successeurs indiquent encore, *quod consuetudo sic introducta non erronea, sed cum ratione* et *quod sit jus non scriptum*. Au commencement du XIX<sup>e</sup> siècle, ces conditions vont en augmentant et on en compte jusqu'à huit : *rationabilitas consuetudinis*, *diuturnitas temporis*, *consuetudo contradicto iudicio formata*, *pluritas actuum*, *uniformitas actuum*, *continuitas actuum*, *actus publici*, *actus consuetudinis introductivi opinio necessitatis...*

Les jurisconsultes modernes comme Böhlau réduisent à deux les conditions requises : 1<sup>o</sup> la coutume doit exprimer une conviction juridique ; 2<sup>o</sup> elle doit avoir une ancienneté suffisante. La première condition contient, à l'exception du *longum tempus*, toutes les autres conditions qu'établissaient si minutieusement les anciens auteurs. « Exprimer une conviction juridique », c'est poser manifestement une règle de droit implantée par l'opinion générale.

Pour les raisons exposées plus haut, l'étude de la coutume n'a pas de véritable importance chez les nations démocratiques modernes. Les procès ne se solutionnent plus par la coutume. En tout cas, le véritable droit coutumier contemporain réside plutôt dans la *pratique judiciaire* et dans la *jurisprudence des tribunaux*, c'est-à-dire dans l'ensemble des usages et des jugements des autorités judiciaires du pays. Ces jugements ne modifient pas la loi ; en principe, le juge doit toujours être d'accord avec la loi. Mais, en fait, les juges interprètent les lois selon leur

sentiment et leur sens critique, et leur donnent ainsi dans les coutumes judiciaires leur signification et leur portée. Bien que ce ne soit qu'en de très rares occasions, il arrive parfois que la jurisprudence, s'inspirant de motifs d'équité et d'ordre public altère ou transforme le sens grammatical et logique de la loi. Ces interprétations, malgré leur précarité, constituent en quelque sorte l'équivalent de l'ancien droit coutumier ; tandis que celui-ci n'est presque jamais cité par les avocats et les plaideurs, la jurisprudence est couramment excipée, comme la source et le modèle de l'interprétation des lois.

### § 66.

#### *Base biologique de la législation.*

Dans le processus de la formation et de la constitution de l'Etat, il y a une base biologique fondamentale : la spéciété humaine. Les différences d'homme à homme, de famille à famille, de race à race, ont pour fatale conséquence de produire dans la lutte pour la vie des vainqueurs et des vaincus. Vaincus et vainqueurs se divisent naturellement en classes sociales ou castes...

Cela étant, les classes dominantes forment l'Etat et, par son moyen, créent de nouvelles règles juridiques qui confirment et conservent l'organisation sociale acquise et conquise pendant la lutte. C'est pour cela, c'est en vertu de principes biologiques supérieurs, que le droit et la loi elle-même, tout en étant d'origine populaire, tendent peu à peu à devenir aristocratiques. Si Strauss et Renan ont dit que « toute civilisation est le produit d'une aristocratie », j'y ajouterai, moi, que toute loi a toujours eu pour effet de confirmer une aristocratie. Je n'en excepterai pas les lois démocratiques, puisqu'elles fortifient les inégalités économiques, ni même les lois communistes, s'il y en a jamais, parce que, comme nous le verrons, elles ten-

draient promptement à un néo-impérialisme démocratique...

Toute législation repose, je pense, sur *deux règles primordiales* : le respect de la vie et la condamnation de la fraude. Toutes deux ont pour objet direct de maintenir la situation économique et politique. Le respect de la vie impose la paix juridique dans la classe dominante, en ce qui concerne cette classe, et châtie principalement toute révolte possible de la classe dominée ; et en ce qui concerne les hommes appartenant à cette dernière classe, il assure leur sécurité et leur reproduction, de façon à ce qu'ils continuent leur rôle de travailleurs. Comme il est logique, le respect de la vie des dominés sera toujours beaucoup moins moindré que celui de la vie des dominants. Le sudrah qui commet un attentat contre un brahmane subissait les peines les plus sévères ; le brahmane qui tuait un sudrah n'en subissait aucune, ou n'en subissait qu'une très légère. La vie de l'esclave appartenait à son maître.

Le châtiment de la fraude, que ce soit une fraude contre l'individu ou contre le gouvernement, a une fin encore plus nettement marquée, s'il se peut, que le respect de la vie. Son objet est de préserver de toute attaque occulte les classes supérieures et l'Etat, afin de maintenir de la sorte la situation politico-économique. Il semble en quelque sorte que la classe qui triomphe s'efforce particulièrement, en cela, d'éviter quelque chose comme la sélection descendante qui pourrait se produire si la fraude était tolérée. Car, biologiquement, ainsi que nous l'avons vu, la ruse et la simulation ont plus d'importance pour les espèces faibles que pour les espèces fortes. *Ego nominor leo*, donc je ne me cacherais pas dans mon gîte comme un lièvre, je ne me dissimulerai pas dans le feuillage comme un insecte. Si ma peau a la couleur du désert, ce n'est pas moi qui ait peint ma peau, et peu m'importe cela, fût-elle blanche comme les nuées ou bleue comme les flots de la

mer, j'attaquerais toujours en face et ma proie serait ma proie !

Ce n'est que dans des occasions très exceptionnelles et dans des sociétés déséquilibrées, où les dominateurs sont faibles et les dominés corrompus qu'il est possible d'ériger la fraude en système de droit et de politique. Et même, quand on l'érige ainsi, comme Machiavel l'a fait dans *Le Prince*, c'est plutôt à la façon de règles antiéthiques destinées aux gouvernants et non aux gouvernés. La fraude arrive de cette manière à prendre diverses significations, suivant ceux qui en sont les auteurs.

De même que la condamnation des attentats contre la vie et l'intégrité organique, la condamnation de la fraude a eue des critères divers, déterminés par la spécificité biologique de l'homme. La sanction de la fraude a toujours été dans l'histoire plus sévère pour les dominés que pour les dominants. Dans les théocraties orientales de l'antiquité, la caste sacerdotale imposait des croyances auxquelles les prêtres même n'ajoutaient pas foi. Les prêtres égyptiens possédaient pour eux-mêmes une cosmogonie presque scientifique et exigeaient de la foi populaire de grossières superstitions, favorables à la division sociale établie, ce qui revient à dire qu'elles justifiaient l'autorité des classes dirigeantes et obligeaient au travail les classes dirigées. Aujourd'hui même, on parle de l'« hypocrisie » de certaines classes conservatrices, comme l'aristocratie anglaise, qui, tout en enseignant au peuple une morale rigoureuse, en ont, pour leur usage particulier, une autre plus tolérante. Leur horreur du scandale, le fait que pour certaines fautes il n'y a de sanction morale que lorsqu'il y a scandale, s'explique alors facilement. Le châtement du scandale a pour objet d'éviter la perversion du jugement du peuple qui pourrait suivre le mauvais exemple quand il se montre ainsi au grand jour. Et, en revanche, tant qu'il n'y a pas de scandale, la faute reste ignorée et le bon exemple triomphe grâce à la dissimulation.

Il me semble qu'en général les conceptions éthiques élevées de la religion et de la politique ne sont ni professées ni pratiquées avec la même sincérité par la classe qui gouverne et par la classe gouvernée. Le groupe dirigeant se sert de « mensonges conventionnels » pour maintenir la cohésion dans le peuple et assurer son obéissance aux règles. Les spéculations et les affaires abusives, que les bourgeois et les politiciens ont coutume de faire, en s'abritant du pouvoir, se dissimulent presque toujours sous des formes habiles qui échappent à la rigueur des lois et à la censure de l'opinion. Au contraire, les menues voleries de la basse classe se châtient avec une sévérité exemplaire... Aussi, bien que les lois soient démocratiques de nos jours, ne peut-on dire que la caste des prêtres égyptiens soit éteinte dans l'histoire... Et je crains bien qu'elle ne s'éteigne jamais, parce que, tant qu'il existera un homme, cet homme appartiendra au genre animal *homo sapiens*, et sera régi par des lois biologiques qui détermineront, à l'égal de ses sentiments, de ses idées et de sa conduite, ses caractères individuels et spécifiques.

Dans les lois antiques, le principe spécifique de l'inégalité sociale en droits et en devoirs se manifestait crûment et expressément. Dans les lois modernes, en raison de la tendance égalitaire de l'ère chrétienne et spécialement en raison des théories démocratiques et philanthropiques du néo-humanisme, ce principe déguise avec soin son caractère aristocratique. On arrive, dans les républiques, jusqu'à proclamer l'égalité absolue. Mais cette égalité, qui n'est que politique, couvre la plus réelle inégalité économique : celle des riches et des pauvres, des classes riches et des classes pauvres. C'est pourquoi les lois les plus démocratiques de nos jours conservent toujours, bien que caché et occulte, leur caractère original de protection politique accordée à des situations économiques qui sont essentiellement aristocratiques.

Même les monarques les plus puissants dissimulent au-

jourd'hui le mieux qu'ils peuvent les inégalités sociales. *L'Anti-Machiavel* de Frédéric-le-Grand est toujours de mode. Le Tsar, le Kaiser, le souverain du Royaume-Uni et de l'Empire des Indes font tous le silence sur la véritable tendance biologique de leur politique respective. Cas curieux ! Le plus explicite et le plus franc des chefs d'Etat contemporains paraît être, plutôt que Guillaume II, Roosevelt, le président des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Cet homme d'Etat insigne a coutume de parler très clair dans ses discours. Dans presque tous, il proclame, avec une virile franchise, la nécessité pour la République, de faire son éducation militaire et d'armer ses milices, sans doute pour soutenir la politique impérialiste qui la conduira à la conquête des Philippines.

Roosevelt arrive (*Devoirs nationaux*, discours prononcé dans l'Etat de Minnosotah, le 2 septembre 1902) à concevoir clairement la loi comme la protection de la lutte ouverte et loyale entre les hommes, les classes sociales et même les nations. « Chacun de nous, dit-il, a à travailler individuellement ; nous tous, nous avons à travailler ensemble. Nous ne pouvons sans doute faire notre effort comme nation, à moins que nous ne sachions tous aussi bien agir en combinaison qu'agir individuellement, chacun pour son compte. L'action combinée peut prendre diverses formes, mais naturellement la plus efficace doit être celle qui se présente sous la forme de la loi, c'est-à-dire l'action de la communauté prise dans son ensemble au moyen du corps législatif ». Et il établit ensuite, sans beaucoup d'ambages ni de subterfuges, que le véritable objet de la loi est de protéger les plus capables. « Mais, dit-il, il n'est pas possible d'assurer la prospérité au moyen de la loi. La loi peut faire quelque chose pour le bien et une mauvaise loi peut faire un mal infini ; mais, après tout, la meilleure loi peut seulement prévenir l'injustice et le dommage et donner aux hommes économes, à ceux qui voient loin et qui travaillent ferme, une probabilité d'exercer

avec plus d'avantage leurs capacités spéciales et particulières. »

Sous quelle forme la loi doit-elle protéger ces hommes plus capables ? Roosevelt reconnaît que l'on ne peut établir un principe uniforme, et sans difficultés, il en établit explicitement deux : ne pas affaiblir l'initiative personnelle et réprimer la fraude, qu'il appelle élégamment l'« astuce ». « On ne peut poser aucune règle ferme et stable pour fixer où s'étendra notre législation dans son intervention entre l'homme et l'homme, entre l'intérêt et l'intérêt. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, d'un côté, il est hautement juste de ne pas affaiblir l'initiative individuelle et que d'un autre côté nous trouvons à chaque instant plus nécessaire de réfréner l'astuce à l'avenir, comme dans le passé nous avons réfréné la force. Il n'est pas seulement juste, il est indispensable qu'il y ait une législation pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et pour faire une distinction en faveur du patron honoré et humain, en tenant compte du désavantage qu'il subit, quand on le compare à ses concurrents sans scrupules qui n'ont pas de conscience et n'agissent que par peur du châtimeut. » Et plus loin encore, il affirme que la loi ne doit pas protéger seulement le travail, mais aussi la lutte de la concurrence commerciale et industrielle, pourvu qu'elle ne soit pas frauduleuse.

De nos jours, et sous l'influence des idées démocratiques régnantes, il n'est pas possible à un chef de gouvernement de définir plus clairement le véritable objet de la législation. Les paroles de Roosevelt sont la plus éloquente réfutation de ceux qui supposent que la démocratie yankee s'inspire toujours des doctrines philanthropiques des rêveurs du XVIII<sup>e</sup> siècle. Et plus éloquents encore que les paroles sont les faits de ces derniers temps...

Il y a lieu de noter la diminution de ces esprits rêveurs du XVIII<sup>e</sup> siècle... Pendant tout le XIX<sup>e</sup>, la politique et la loi furent égalitaires dans la forme et anti-égalitaires en

fait. Les principes néo-humanistes n'ont été sincères que sur les lèvres des Sans-Culottes, des ouvriers socialistes et de quelques hommes au tempérament suggestionnable et artistique. J'ai vu bien des loups se vêtir de la peau de l'agneau écorché, mais jamais je n'en ai vu aucun se transformer en agneau... Erreur ! j'en ai vu un, pas un loup, mais un lionceau, encore à la mamelle d'une lionne au bonnet phrygien, j'en ai vu un, un peuple blanc, un peuple unique, qui a toujours pensé — nostalgie de l'Arcadie ! — que la victoire ne donne pas de droits. Oui, je sais un peuple enfant, si parfaitement ingénu encore, si parfaitement généreux qu'il voit des frères dans ses nègres et ses Indiens... Ce peuple s'appelle sur la carte et dans l'histoire, la République Argentine. Son enfance est l'enfance d'Hercule. Mais attendez qu'il fasse ses dents et abandonne la mamelle qui l'allait, attendez !...

En résumé, vaccinés par l'école historique contre la variole noire de l'école philosophique, vaccinés par la théorie biologique contre la vérole bête du philanthropisme romantique, nous ne pouvons plus avoir de la loi qu'un concept positif. Ce concept, dérivé des fondements biologiques exposés plus haut peut se synthétiser ainsi : la loi est l'expression politique de règles juridiques imposées plus ou moins consciemment par les classes dominantes pour conserver un état économique qui les favorise.

## CHAPITRE XIII

## INTERPRÉTATION ET APPLICATION DE LA LOI

- § 67. Importance et concept de l'interprétation de la loi. — § 68. Interprétation rationaliste de l'école philosophique. — § 69. Interprétation de l'école historique. — § 70. Interprétation scientifique. — § 71. L'application de la loi. — § 72. Effets généraux de la loi. — § 73. Effets de la loi en relation avec le temps et l'espace.

BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*. — P. NAMUR, *Encyclopédie du droit*. — PRADIER-FODERÉ, *Principes du droit*. — COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*. — GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

## § 67.

*Importance et concept de l'interprétation de la loi.*

On peut dire de l'ancien droit coutumier qu'il était appliqué avant d'être formulé ; au cours de la longue période des âges préhistoriques, des réactions spontanées créaient la règle juridique, que, plus tard, pendant l'époque historique, le langage devait traduire et établir sous forme de lois. C'est le contraire qui se passe pour la loi : elle est établie consciemment et volontairement et appliquée ensuite. Cela lui donne une apparence d'innovation, qui la rapproche de ce que j'ai appelé la lutte pour le droit, par opposition à la croissance spontanée du droit. Et cependant, la loi qui est dictée par l'effort graduel des idées et des coutumes qui l'imposent, sans changements violents ni véritable lutte, doit plutôt être regardée comme une expression de cette croissance. La loi moderne pourrait se comparer, en quelque sorte, à ces aliments pharmaceutiques, qui s'absorbent déjà digérés. La vie actuelle est si active et débordante que le peuple n'a pas toujours le temps de digérer le droit ; c'est pourquoi, le laboratoire

des Parlements le lui sert tout fabriqué avec ses sucs gastriques et ses pepsines. Il y a de plus, pour la classe conservatrice, un intérêt évident à le présenter ainsi, de façon à le rendre plus facile et plus supportable. Mais cela n'empêche pas que les basses classes, ne cessent de digérer, dans leur sommeil de *boa constrictor*, la proie énorme, constituée par le principe égalitaire, démocratique et socialiste, que le XVIII<sup>e</sup> siècle leur a servi et que le XIX<sup>e</sup> a encore accrue.

Au moment précis de l'histoire dont je parle, les faits ne créent plus le droit, ce sont les paroles. Les faits, surtout dans l'ordre économique et dans celui de la politique internationale, ont pris l'habitude de suivre un chemin distinct de celui des lois. Les mots ne comprennent pas toujours les faits ; bien des fois ils les travestissent et les déguisent. Cette façon rationnelle et dialectique de concevoir la loi présage pour l'avenir de nouvelles luttes, — pacifiques ou sanglantes, comme on voudra... Il est si difficile de prévoir l'histoire !

Pour aujourd'hui même, ce qui est positif c'est que le droit se révèle à nous sous une forme presque exclusivement dialectique : la loi est toujours la loi, dans son application et son interprétation. Pour les peuples, chez qui serait déjà passé à l'état inconscient le principe juridique rationaliste du néo-humanisme, il n'y aurait même plus d'autre forme pour créer le droit. Les *mores majorum*, les jurés, les vieux statuts, tout disparaît devant les codes ; les codes eux-mêmes disparaissent sous l'interprétation de leurs idées ! Aussi, Napoléon disait-il, comme on lui communiquait le premier ouvrage contenant un commentaire de son code : « Mon code est perdu ! »

Le principe de la codification est maintenant universel... Mais Napoléon avait tort de se plaindre des commentateurs. L'interprétation, si elle est faite avec un véritable esprit positif et une abondante information scientifique, l'interprétation qui ne se borne pas à peser des mots et à

résoudre des difficultés dialectiques, est la seule voie de salut du droit contemporain. Elle peut soulever la pierre de ces codes qui pèse sur sa tombe et dire, comme Jésus à Lazare : Lève-toi et marche ! » bien que la critique, comme Marthe, se soit écriée : « Il sent déjà ! »

Il faut donner la vie au droit ! Et pour la lui donner, il faut interpréter sa forme positive, la loi, parallèlement au fait politique, au fait économique, au fait biologique. Si nous ne voulons pas que l'ouragan renverse cet arbre vermoulu qu'est le droit contemporain, il faut lui faire prendre racine sur le terrain de la science. La loi d'après la loi..., ce sont des mots et des mots. La loi selon la science, voilà la véritable interprétation de la loi.

Vous me faites observer toutefois que, si j'entends par science les sciences physiques naturelles, elles ne sont pas toujours applicables au droit, à l'étude des relations et des cas juridiques... Je vous réponds que j'entends par science l'économie, la physiologie, la psychologie et surtout la biologie. Y a-t-il une théorie juridique, une loi, un article de loi, qui n'ait pas son fondement économique, physico-psychologique, biologique ? Quelle connaissance plus artificielle et plus stérile que l'étude casuistique d'une théologie du droit, dépourvue de ses bases scientifiques, de ses fondements positifs ? Non ! le droit, comme tout phénomène, soit physique, soit psychique, soit physio-psychique, ou sociologique, le droit a son germe dans le déterminisme scientifique universel. S'il fait partie du cosmos, il obéit aux lois du cosmos. Il n'y a qu'à l'en abstraire, en le tirant du rationalisme très anti-rationnel des pseudo-juristes de l'école philosophique et même de beaucoup d'autres qui se prétendent les adeptes de l'école historique.

L'objet pratique de l'interprétation de la loi est de toujours appliquer ses règles d'après le critérium de l'utilité individuelle et sociale. Ces règles ne sont pas toutes catégoriquement spécifiées dans la loi, et, de plus, bien des

fois, leurs formules concrètes paraissent se contredire en tout ou en partie. De là les trois manières typiques dont se produit l'interprétation : 1° elle induit des principes particuliers posés explicitement dans la loi, un principe général tacite ; 2° elle déduit d'un principe général, posé explicitement dans la loi, les principes particuliers qui s'y rapportent tacitement ; 3° elle fait concorder les dispositions diverses, en cherchant leur unité logique. — Tout cela est possible, en vertu de cette condition essentielle, intrinsèque et subjective du droit que j'ai appelée déjà sa logique et sa finalité, tout cela est possible si on analyse scientifiquement les facteurs qui ont déterminé la loi...

Interpréter la loi comprend donc quelque chose de plus que débrouiller la signification de son texte et même que d'en connaître l'origine historique ; cela implique l'analyse de ses fondements biologiques et économiques, l'étude complète de son objet, de sa nature, de sa portée, de ses répercussions sociales, de ses lacunes et même de l'antithèse qu'il pourrait provoquer, en cas de lutte pour le droit, en raison des tendances de l'époque et des passions du milieu... Et ne me dites pas que cela est impossible avec de bonnes méthodes, de solides connaissances scientifiques et un travail intellectuel intense ! Non, ne le dites pas, parce que nous avons déjà quelques exemples de l'application de la science au droit, par exemple avec l'école anthropologique de droit pénal, avec l'école économique, avec l'école moderne de droit allemande, dérivée des hautes conceptions de Ihering... Le point important c'est que le droit abandonne une bonne fois son vieux conceptisme, son babillage de perruches et de perroquets. Le point fondamental, c'est qu'il change promptement le vêtement râpé qu'il use encore. Ne voyez-vous pas comme il est percé aux coudes et comme il tombe en loques sales et crasseuses ?

L'école historique nous donne, par l'intermédiaire de Savigny, une doctrine consciencieuse pour l'interpréta-

tion des lois. Mais l'école historique et son herméneutique se trouvent aujourd'hui bien vieilles. Elles sont vieilles, parce que, si Savigny, dans un moment historique, a triomphé dans la théorie en Allemagne, en fait le rationalisme juridique a triomphé dans toute la législation moderne. Savigny établit sa théorie de l'interprétation pour le droit romain actuel ; il reconstruit le vieux droit pour l'appliquer dans le présent. Or, maintenant, il n'y a aucun vieux droit à reconstruire pour interpréter les lois ; les codes sont des aliments digérés avant d'être ingérés. Si le grand jurisconsulte allemand était né de nos jours, appliquerait-il aux codes en vigueur son système d'herméneutique ? Evidemment non ; son génie, si enthousiaste à donner la vie et la réalité au droit, inventerait une interprétation plus appropriée aux temps nouveaux. Et quelle pourrait-elle être, sinon l'interprétation biologique et économique, en un mot l'interprétation scientifique ? Ihering, peu d'années après Savigny, paraît l'apercevoir dans l'ombre, loin, bien loin, quand il repousse ou traite avec dégoût, l'herméneutique de l'école historique. Il est lamentable qu'il n'ait pu établir la nouvelle interprétation scientifique ; mais des raisons contre lesquelles il n'y a rien à faire s'y opposaient : d'une part, les sciences naturelles n'avaient pas acquis alors le degré de généralité et de certitude qu'elles ont aujourd'hui ; et d'autre part Ihering, dont l'éducation avait été exclusivement philologique et juridique, devait les ignorer. En effet, dans son *Esprit du droit romain*, il arrive à l'analyse de l'« élément intrinsèque et essentiel » des droits privés, et dès cet instant, on dirait qu'il surgit devant lui une conception de la jurisprudence lumineuse et très nouvelle. C'est pourquoi il critique l'« élément logique » qui prédominait dans l'interprétation de l'école philosophique et même de l'école historique. Il le remplace par l'« élément intrinsèque et essentiel » et fait ressortir avec plus de force, à chaque fois, l'idée d'une finalité utilitaire ou

basée sur l'intérêt. Mais cette notion de la fin du droit (*Zweck im Recht*), bien qu'il se rapproche relativement de la base biologique, substantiellement utilitaire du droit, s'en éloigne cependant en ce qu'elle ne comprend que très vaguement ce qu'on pourrait appeler l'« élément animal » du droit, sa lente formation au travers du transformisme évolutif vital qui produit le type *homo*.

### § 68.

#### *Interprétation rationaliste de l'école philosophique.*

J'ai exposé ci-dessus en termes généraux l'importance de l'interprétation des lois et le concept que je m'en forme. Je vais préciser ce concept. — J'entends dire à cet effet que, critiquement et doctrinairement, toutes les méthodes d'interprétation employées et conçues jusqu'à ce jour peuvent être synthétisées dans l'un des trois systèmes suivants : système rationnel, système historique, système scientifique.

Le système *rationnel* dérive de la théorie rationaliste du droit, c'est-à-dire qu'il provient de l'école philosophique. Si le droit est une invention de la raison humaine, c'est le législateur qui lui donne des formes dialectiques précises. Connaître le raisonnement du législateur, c'est connaître la loi. Et cela à tel point que, la loi étant considérée comme un véritable « dogme juridique », cette interprétation est appelée « méthode dogmatique ».

La fausseté d'un pareil système d'interprétation est la conséquence de la fausseté d'une pareille école de droit. Si, comme nous l'avons vu, le droit n'est en aucun cas une invention de la raison humaine, en aucun cas aussi le droit ne devra être étudié par une simple analyse interprétative de la loi, c'est-à-dire de la raison du législateur. En réfutant la théorie rationaliste, on réfute du même coup son herméneutique.

Le produit législatif le plus typique du rationalisme philosophique et juridique du XVIII<sup>e</sup> siècle est sans doute le Code Napoléon. Et les commentaires du Code Napoléon sont, en effet, les exemples les plus caractéristiques d'interprétation rationaliste. « Ma devise, disait Demolombe, ma profession de foi est aussi : Les textes avant tout ! Je publie un cours de Code Napoléon ; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante, loi applicable et obligatoire ; et ma préférence pour la méthode dogmatique ne m'empêchera pas de prendre toujours pour base les articles mêmes de la loi ». On attribue au professeur Bugnet un mot encore plus caractéristique : « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon ». Pour Blondeau, les lois sont la source unique des décisions juridiques. Huc observe que l'on a tant légiféré pendant ces soixante-dix dernières années, que la législation résoud tous les cas. Enfin, les plus célèbres commentateurs français, — Demante, Marcadé, Aubry et Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Vigié, — peuvent être considérés comme des partisans plus ou moins exclusifs de l'interprétation rationaliste, conceptiste et dialectique, que Gény (1) appelle, pour ce motif, l'« interprétation traditionnelle ». Le résultat forcé de cette méthode c'est le dégoût et le mépris où la science juridique est tombée en France vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce n'est même plus, dans certains cas, une science, mais un art stérile, difficile par sa technique, utile dans ses applications, mais toujours un art mécanique, scolastique, routinier et même rétrograde.

Dans mon opinion, une décadence si marquée du droit devrait être considérée, si elle était décisive et incurable, comme un symptôme de décadence générale. Le droit, c'est la vie sociale ; c'est une sécrétion de l'activité hu-

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 22.