

maine, une idéalisation et un régulateur de la lutte pour la civilisation... Par suite, si le droit décline, ce sera parce que déclinent aussi la vie sociale, l'activité, la lutte, la civilisation. Un droit conceptiste et fait de mots est le produit d'une civilisation factice, d'une civilisation de charlatans. Pour éviter une pareille défaillance de la civilisation, améliorer le droit est toujours un moyen, parce que le droit, comme nous l'avons reconnu, est une partie très importante de l'éducation du peuple... Eh bien ! nous allons voir comment l'interprétation historique est une amélioration par rapport à la rationnelle, l'interprétation scientifique par rapport à l'historique.

§ 69.

Interprétation de l'école historique.

Pour Savigny (1), pour l'école historique, interpréter une loi, c'est « reconnaître sa vérité ; en autres termes, la loi, soumise au critérium de notre intelligence, doit nous apparaître comme vraie. Cette opération est indispensable pour toute application de la loi à la vie réelle, et c'est précisément sur ce caractère de nécessité constante que se fonde sa légitimité. Cette opération n'est pas restreinte comme plusieurs le pensent, au cas accidentel de l'obscurité de la loi, mais elle peut alors prendre plus d'importance et avoir des conséquences plus étendues. » « Toute loi étant destinée à fixer un rapport de droit, exprime une pensée simple ou complexe, qui met ce rapport de droit à l'abri de l'erreur ou de l'arbitraire. Pour que la loi parvienne à ce but, il faut que sa pensée soit saisie tout entière, et dans toute sa pureté, par tous ceux qu'atteint ce rapport de droit. Ceux-ci doivent alors se transporter au point de vue du législateur, reproduire artificiellement ces

(1) *Op. cit.*, t. I.

opérations et recomposer la loi par la pensée. » Tel est, pour le grand jurisconsulte allemand, le procédé de l'interprétation historique, qui peut, par conséquent, être ainsi défini : reconstitution de la pensée contenue dans la loi. Ce n'est que par ce moyen qu'on arrive à en avoir une connaissance certaine et complète et qu'on se met en situation de remplir l'objet qu'elle se propose...

Pour effectuer cette interprétation, Savigny signale l'emploi d'une quadruple méthode ou manière de procéder, qui est : grammaticale, logique, historique et systématique. L'emploi combiné de tous ces moyens nous donnera la véritable interprétation de la loi, leur usage isolé serait insuffisant et inefficace. « La méthode *grammaticale* a pour objet les mots dont le législateur se sert pour nous communiquer sa pensée, c'est-à-dire, le langage des lois. La méthode *logique* est la décomposition de la pensée du législateur, ou les relations logiques qui unissent ses différentes parties. La méthode *historique* s'occupe de l'état du droit existant sur la matière, à l'époque où la loi a été édictée ; elle détermine le mode d'action de la loi et les modifications qu'elle a introduites. La méthode *systématique* étudie le lien intime qui unit les institutions et les règles du droit au sein d'une vaste unité. »

Ainsi, le concept de l'interprétation que professe l'école historique est bien net et bien défini. Il a toujours pour objet de pénétrer la véritable pensée du législateur, en étudiant la loi elle-même et dans ses précédents historiques. L'interprétation rationnelle a, elle aussi, pour objet de comprendre l'intention du législateur, mais d'après la formule ou le texte de la loi. L'école historique ajoute donc à l'élément dialectique et logique de l'interprétation rationaliste, un élément historique et traditionnel. De la combinaison et de l'amalgame de ces éléments — dialectique et logique, traditionnel et historique — il résulte une compréhension plus claire et plus positive des dispositions de la loi ; et cet amalgame et cette combinaison sont pro-

duits par l'emploi convenable et simultané des quatre procédés sus-mentionnés.

Le nom d' « interprétation historique » donné à l'usage d'ensemble du procédé grammatical, logique, historique et systématique est exact : 1° parce que le système vient de l'école qui porte ce nom ; 2° parce qu'il ajoute à l'interprétation rationnelle l'élément historique, auquel il donne une transcendance et une prépondérance spéciales.

§ 70.

Interprétation scientifique.

Bien que l'interprétation historique contienne un élément positif étendu, à savoir la situation historique dont s'inspire et d'après laquelle se détermine le législateur, cette interprétation, il faut le reconnaître, ne satisfait pas toutes les aspirations et tous les besoins contemporains. Les codes actuels sont des constructions plus ou moins rationnelles, dans lesquelles le facteur historique ne figure qu'au second plan et, pour ainsi dire, en jouant un rôle honteux. Nos lois ne peuvent plus s'interpréter comme le droit romain de Savigny ; l'élément logique et idéologique prédomine dans leur élaboration et dans leur esprit, et ne laisse qu'une marge étroite à l'élément traditionnaliste...

Je me suis fait ainsi, de l'interprétation des lois, un concept beaucoup plus étendu que le concept historique, puisque je crois qu'elle doit avoir pour objet de connaître la loi d'après ses bases scientifiques et de prévenir ses conséquences possibles. Ce qu'a pensé, ou n'a pas pensé, ou a omis de penser, ou aurait dû penser le législateur, ne me paraît pas devoir être le but principal de l'interprétation, si on la conçoit, ainsi que la loi, non pas à un point de vue casuistique et avocassier, mais à un point de vue réel et sociologique. La pensée du législateur a sans doute de l'importance dans toute interprétation ; mais je

pense qu'il faut y faire entrer bien autre chose que cette fragile pensée humaine, si l'on veut arriver à une véritable connaissance positive de la loi.

Evidemment, c'est intéressant de savoir l'intention dialectique, logique, historique, synthétique du législateur, c'est très intéressant même... Mais avant cela, par dessus cela, en dehors de cela, il y a tout le déterminisme scientifique qui a produit la loi. Qu'est dès lors le législateur, sinon un simple accident ? Sa pensée est-elle quelque chose de plus qu'un symbole ou une résultante de facteurs très puissants, indépendants de lui et qui lui sont étrangers ? Sa volonté, sa volonté individuelle purement humaine, a-t-elle en soi d'autre valeur que de condenser des tendances et des volontés plus qu'humaines ?... La loi n'est qu'une expression du droit ; si l'on veut connaître la loi scientifiquement, il faut donc *interpréter le droit* qu'elle exprime.

Du temps de Savigny, la théorie de Savigny était excellente. Elle était excellente comme principe scientifique et elle était excellente comme doctrine pratique. Mais depuis lors jusqu'à nos jours, quelle violente révolution ont subi les sciences physiques naturelles ; quels vastes horizons se sont ouverts à la biologie ; que d'idées nouvelles a enfantées la science naissante de la sociologie ! Pourquoi faire échapper le droit aux nouvelles conceptions de l'univers, s'il est partie intégrante de l'univers ? Produit de la vie humaine, produit de la psychologie humaine, comment ne devrait-il pas s'appliquer les nouvelles notions positives acquises sur la vie et la psychologie ? Que nous restions surpris d'admiration devant ce que Savigny a fait à son époque, c'est juste... Mais proclamer sa méthode définitive à l'avenir, immuable *in sæcula sæculorum*... c'est refuser au droit le caractère d'une science. Le moment n'est pas encore venu — et Dieu sait s'il viendra jamais — où n'importe quelle science sera étale ou commencera à se retirer. Cela ne se produit que pour les

arts. Et, précisément, la première chose que doive combattre le jurisconsulte, c'est cet étonnant sophisme du droit-art, du droit étranger à la science.

Gardez-vous de ce droit-art, gardez-vous de ce conceptisme juridique de sophiste, gardez-vous-en, jeunesse des écoles, gardez-vous-en, vieilles sociétés ! Ne voyez-vous pas que le droit qui vient marche sur les talons du droit qui s'en va ? Ne voyez-vous pas que, si vous ne les mettez pas en harmonie l'un avec l'autre, leur conflit chez les peuples blancs et chrétiens peut déséquilibrer et corrompre ces peuples, et cela au moment où vous avez mis entre les mains patientes et habiles d'autres hommes qui ne sont ni blancs ni chrétiens, des fils des empires du Soleil-Levant, ces admirables joujoux guerriers de précision que fabriquent les Krüpp et les Armstrong ? Et comment mettre en harmonie ces deux droits, sinon à l'aide de l'analyse scientifique ? Où peuvent se concilier les passions politiques sinon dans la région imprégnée de la science ? Enterrez donc, une bonne fois, au sein de notre mère la terre, le droit-art, le droit pourri, pour que ses détritrus alimentent les vigoureuses racines du droit-science nouveau, dont la semence a déjà été arrosée par la main généreuse du positivisme moderne ! Ses fruits seront doux et savoureux, comme les dattes au désert...

L'interprétation *scientifique* de la loi doit consister, ainsi que je l'ai déjà esquissé, dans l'étude des bases scientifiques de la loi et de ses conséquences. Ces bases scientifiques en sont les fondements biologiques, sociologiques, psychologiques, économiques. Toute loi humaine doit posséder ces fondements ; toute œuvre humaine les possède. La difficulté se trouve principalement à en découvrir la véritable relation de causalité...

Les bases scientifiques qui sont le plus à appliquer varient suivant les diverses branches du droit. Les principes généraux du droit civil ont de profonds fondements biologiques et économiques. Si je veux étudier la famille ar-

gentine, je ne le ferai pas seulement à l'aide des dispositions ambiguës du *code civil* ; j'analyserai aussi la genèse de cette famille, de ses origines biologiques, son développement historique, son évolution économique, son caractère à l'époque coloniale, son nouveau caractère à l'époque de l'indépendance, sa situation actuelle... Et je mettrai en corrélation chacun des articles de la loi avec ses facteurs et ses précédents. En revanche, pour le droit commercial, je devrai me restreindre au domaine économique, avec de bonnes statistiques à l'appui. Au droit pénal, j'appliquerai les vieux principes éthiques et les recherches modernes d'anthropologie et de psychiatrie. En droit politique, je me livrerai à des investigations sociologiques véritables. Jusque dans la procédure, la moins scientifique des branches du droit, je puis faire une place à l'évolution de la forme et du fond du droit, de ses liens et corrélations, étude dont l'importance historique est élevée et dont les racines philologiques sont profondes. Il n'y a pas, il ne peut y avoir, une branche de la législation ou du droit qui ne soit alimentée par la sève scientifique. Si bien que la branche tomberait, si cette sève lui manquait... Si le mal s'étendait, ébranché, rongé aux vers, l'arbre lui-même tomberait, l'arbre de la loi et du droit, et il écraserait les cabanes qu'élève sous son ombre, la très misérable... que dis-je, l'admirable civilisation humaine.

L'étude réaliste du droit éveille, seule, le véritable intérêt intellectuel ; l'interprétation réaliste des lois peut, seule, leur ôter leur apparence conceptiste, si mortellement ennuyeuse. Pour donner de la vie au droit, pour donner de l'animation aux lois, il n'y a d'autre moyen que de leur injecter le sang nouveau de la science. Sans cela, les études juridiques, déjà sans utilité, peuvent même devenir nuisibles ; elles peuvent habituer l'intelligence à des discussions dans le vide, à des *distingo* puérils, à des théories amphibologiques, à ne voir que des cas et des cas, des incidents de droit et des incidents de droit, à ne

s'occuper enfin que de ce qui rend tant de traités de jurisprudence haïssables aux intelligences viriles. Lorsque vous les prenez, et avant même de les ouvrir, des essaims de bâillements vous démantibulent les mâchoires. — Et notez qu'il est bien certain que je ne chante pas ici, sur un mode lyrique et platonique, des sérénades à Madame la Science, comme Pierrot à la Lune. Tant bien que mal — chacun fait ce qu'il peut — ma théorie du droit est scientifique, mes amours sont aristotéliques.

Il y a deux caractères saillants et constituant des innovations dans l'interprétation scientifique des lois, telle que je la conçois ; cette interprétation est synthétique et elle est évolutive : *synthétique*, en tant qu'elle fusionne en une seule construction scientifique tous les facteurs et précédents des règles ou de la règle contenues dans la loi ; *évolutive*, en tant qu'elle reflète la tendance transformiste et progressive de tout phénomène sociologique. En conformité avec les variations des circonstances sociales, l'objet et la finalité de la loi se modifient. D'où vient que la législation contient par avance des effets que n'avaient pu prévoir ses propres auteurs. La loi est une expression du droit, le droit est une expression de l'homme, l'homme est une expression de l'échelle animale... L'acquisition graduelle de l'épiphénomène de la conscience et de la volonté humaine doit se manifester dans la loi à la façon d'une augmentation progressive de sa finalité pratique. Ainsi, de même que, lors de la création d'une règle juridique primitive, on a dû ignorer ses conséquences sociales, de même, lors de la promulgation d'une loi, on ignore toutes les applications qu'un avenir lointain peut lui réserver. La loi sort donc des mains du législateur, comme sortaient du port les caravelles des vieux conquistadores, devant qui à chaque pas, allaient s'élargissant des horizons inaperçus, allaient apparaissant du fond des mers des terres inconnues, allaient surgissant dans le ciel de nouvelles constellations.

Pour mieux préciser, je dois dire que l'interprétation scientifique, telle que je la préconise, forme trois étapes typiques, bien enchaînées cependant les unes aux autres : 1° interprétation logique et historique de la pensée du législateur ; 2° synthèse des facteurs scientifiques qui ont créé les règles relatives à la loi, d'où dérivent les principes tacitement contenus dans le texte légal ; 3° évolution de la portée de la loi selon l'évolution sociologique totale. L'interprétation rationnelle s'arrêtait à la première partie de la première étape ; l'interprétation historique arrivait à faire toute la première étape... Nous, nous arrivons jusqu'au terme de notre route : nous sondons les horizons inaperçus, nous découvrons les terres inconnues ; nous arrachons aux cieux le secret de leurs nouvelles constellations.

§ 71.

L'application de la loi.

On peut m'objecter que mon concept de l'interprétation des lois en fait une étude trop générique et variée et lui enlève son véritable caractère spécifique et son objet... Or, précisément ce que je cherche, c'est de détourner l'interprétation du système rationnel et même du système purement historique, c'est de la dépouiller de son vieux caractère dialectique, de lui faire perdre son objectif casuistique. Puisque je considère comme fausse l'interprétation rationnelle et comme incomplète l'interprétation historique, mon dessein est de tenter une réaction contre l'une et l'autre, en adoptant la seule qui me paraisse exacte et positive, c'est-à-dire l'interprétation scientifique qui, par certains côtés, se rapproche de celle que des juristes contemporains ont appelée « synthétique ».

Assurément, cette nouvelle interprétation exige des connaissances positives, très positives même... C'est que le

droit, la véritable science juridique, n'est pas une science facile, oh ! non ! Son étude présente des difficultés plus grandes que celle de tout autre science, et cela en raison de son imprécision et de sa généralité. Et son utilité est pareillement aussi grande et même plus grande que celle de tout autre science, parce que de l'organisation juridique d'une société dépend en grande partie le bonheur de chacun et de tous.

Ce n'est cependant pas une science universelle et très transcendante que je prétends nécessaire de posséder pour l'interprétation des lois. Ce qu'il y a à faire c'est plutôt d'appliquer à cette interprétation la science universelle... Et c'est une besogne bien faisable, puisque, du commencement à la fin, ce sont les principes fondamentaux, uniquement les principes fondamentaux, qui ont de l'importance dans l'herméneutique juridique. Elle n'exige pas, sauf en des cas bien rares, une étude de détail de leurs bases scientifiques. C'est pourquoi les connaissances scientifiques du juriste moderne doivent être plus solides qu'étendues. Il n'a pas besoin, par exemple, de savoir l'embryologie, mais il ne peut aucunement ignorer que le développement ontogénétique rappelle l'évolution phylogénétique.

La préparation préalable du juriste a donc à s'orienter vers les sciences relatives à l'individualité humaine : la biologie, la psychologie, l'anthropologie, la sociologie. Pour certaines études économiques, la connaissance des mathématiques est aussi nécessaire. Et pour l'exégèse légale des vieux textes, ceux qui s'y consacrent doivent être versés dans la philologie, spécialement dans la philologie latine, en raison de l'importance fondamentale du droit romain, type accompli et achevé, entre tous, du droit de l'antiquité.

Les lois s'*appliquent* et se *modifient*, selon le jugement des hommes. Plus ce jugement sera exact et bien averti, meilleur sera leur application et meilleure, leur évolu-

tion... Les juges et même les législateurs fixent leur jugement d'après l'interprétation des juristes ; c'est un fait évident et incontestable. Par suite, les progrès réalisés par l'interprétation des juristes tendent à pénétrer dans la jurisprudence des tribunaux et dans la législation. La tâche des juristes est donc aussi pleine d'effets que de difficultés, l'effort de l'interprétation vaut la peine d'être fait !

Certains jurisconsultes, faute de connaissances scientifiques pour étayer leurs recherches et animés néanmoins du louable désir de produire une œuvre vaste et étendue, se sont mis à établir des règles pour les cas les plus simples et les plus élémentaires, par exemple au sujet de l'application des lois. Voici quelles seraient ces règles :

« Qu'il n'y a de juridiction qu'en vertu de la loi ; que les juges ne peuvent procéder d'office ; qu'ils ne peuvent se refuser à juger sous prétexte d'obscurité ou de vices dans la loi ; que le juge doit motiver ses jugements ; que le juge doit juger selon la loi et non pas selon ses idées, que les jugements sont irrévocables ». Presque tous ces préceptes sont ou des corollaires de la théorie générale du droit, ou des dispositions déjà inscrites explicitement dans les codes. Dans le premier cas, ils rentrent dans l'étude de cette théorie générale ; dans le second, ils se rapportent à l'interprétation des lois, plutôt qu'à leur application.

Je tiens, pour moi, que le principal précepte en la matière devrait être le suivant : le juge aimera la justice et connaîtra suffisamment la loi... Mais les jurisconsultes bien intentionnés, auxquels j'ai fait allusion, ne s'aventureront jamais à énoncer un axiome aussi simple. Ils chercheraient au moins trois ou quatre incises limitatives avec une terminologie appropriée, et cela va de soi, sans oublier une ou plusieurs maximes latines, qui les confirmeraient d'une façon érudite et élégante.

§ 72.

Effets généraux de la loi.

Les règles juridiques, concrétées dans les lois, produisent des effets généraux par rapport aux personnes, aux choses et aux actes. De notre temps, toute règle juridique possible est contenue dans une loi d'une façon au moins tacite ou expresse. C'est pourquoi l'application des lois règle toute relation de droit.

Les lois déterminent, par rapport aux *personnes*, leur état civil et leur capacité. On appelle « état civil » la situation de la personne relativement à ses liens de famille, et « capacité » sa faculté d'agir en droit.

L'homme a besoin, pour le développement naturel de ses forces, de l'usage et de la jouissance des *choses*, susceptibles d'être appropriées. De là, un certain lien de dépendance entre les hommes et les choses. Cette dépendance varie selon chaque homme et chaque chose, en raison des inégalités humaines, d'origine biologique ou historique. Le droit, par l'organe de la loi, reconnaît les droits des sujets sur les choses en leur donnant ainsi leur véritable caractère individuel et spécifique.

Suivant les lois, les *actes* humains peuvent modifier valablement ou non les relations juridiques de la famille, ainsi que les relations de droit patrimonial. La loi détermine donc la validité ou l'invalidité des actes. Les actes accomplis contre la loi ne sont pas valides. Parfois même, ils sont punissables de « peines » physiques et infamantes, et alors ils se nomment « délits ».

Les situations et les relations de droit dépendent donc de la loi. Mais on ne doit pas en inférer que la loi réglemente tout. En principe, au contraire, j'ai dit que tout est permis. Il en résulte que la loi ordonne plutôt qu'elle ne permet telle ou telle action, sous peine d'invalidité

ou même de châtement. On peut dire, en termes généraux, que la présomption juridique est toujours favorable. On présume que tous les hommes sont capables, que les choses occupent en droit la situation qu'elles ont en fait, que les actes accomplis sont des actes valides. C'est pourquoi le droit romain stipule que le demandeur doit prouver l'action, et le défendeur l'exception. (*Actor probat actionem, reus exceptionem*).

Les lois produisent aussi des effets généraux par rapport à l'Etat. L'organisation de l'Etat, généralement établie par la coutume durant les premiers temps historiques, repose toujours maintenant sur les lois. La nature démocratique de la théorie de la souveraineté qui est actuellement en vigueur rend à présent indispensable une réglementation juridico-politique minutieuse.

Par ses effets sur les personnes, les choses et les actes, la loi remplit la fin utilitaire du droit : elle maintient la paix sociale. En instituant l'Etat, elle se crée, de même, son organe d'action sur les sujets qui composent le peuple. La loi donne ainsi de la stabilité et de la précision aux règles du droit et à l'organisation de l'Etat.

De nos jours, l'action de la loi est la véritable finalité du droit. La liberté, l'harmonie sociale, l'obtention du bien-être, l'égalité, le progrès, toutes les fins utiles du droit, peuvent, d'une certaine manière, être considérées comme les effets généraux de la loi. Au moins la loi y contribue-t-elle et se manifestent-ils dans la loi. Mais nous ne devons pas oublier qu'avant la loi et comme son élément déterminant, il y a toujours la psychologie humaine. L'homme est la cause efficiente du droit, de même que la vie est la cause efficiente de l'homme.

§ 73.

Effets de la loi en relation avec l'espace et le temps.

Le droit ayant eu pour origine les règles de conduite particulières de chaque groupement humain, la loi, fille du droit, doit toujours être appliquée à la collectivité ou nation qui l'a édictée. Chaque nation a un territoire déterminé, et la loi s'applique sur l'étendue de ce territoire ; c'est ce principe que l'on a appelé la *territorialité* de la loi. Mais la nation ne se compose pas que d'un territoire, elle comprend aussi un peuple qui l'habite et pour lequel la loi a été établie. Les membres ou individus de ce peuple peuvent se transporter sur d'autres territoires, chez d'autres nations ; ils se soumettent alors, du fait de leur changement de résidence, aux lois respectives des pays qu'ils sont venus habiter. Cependant, il peut se présenter des cas où, malgré leur domicile étranger, la loi de leur pays d'origine leur soit encore applicable. Il arrive aussi, à l'inverse, des cas, où des étrangers, qui ont accompli des actes juridiques chez une nation, continuent, après l'avoir quittée, à être régis, par rapport à ces actes, par la loi de cette nation. En conséquence, dans certaines circonstances, les lois peuvent être appliquées hors du territoire. Ce fait s'appelle l'*exterritorialité* de la loi ; quoiqu'en principe la loi soit toujours territoriale, elle a donc des effets exterritoriaux dans des occasions déterminées. Quelles sont ces occasions ? En quel cas doit-on appliquer les lois étrangères ? L'étude de ces questions correspond à une branche spéciale du droit, le droit international privé ; elle présente de grandes difficultés.

L'isolement belliqueux des anciens peuples a disparu chez les nations modernes. Toutes ont un intérêt pareil à ce que leurs lois s'appliquent à l'étranger, dans telles ou telles émergences juridiques. C'est pourquoi toutes

reconnaissent le principe de l'exterritorialité de la loi ; bien quelles ne soient pas encore parvenues à le codifier sous forme d'un statut général et international, le principe est universellement accepté. Les codes de chaque pays l'admettent aujourd'hui, en spécifiant toutefois que la loi ne sera applicable qu'autant qu'elle est d'accord avec l'esprit des lois nationales et avec l'ordre public. En pareil cas, son application se fera toujours à la demande des parties intéressées, qui devront prouver son existence, attendu que l'on ne peut demander à un juge de connaître les lois du monde entier (1).

Il existe divers systèmes ou théories sur l'exterritorialité des lois. Il y a d'abord la théorie classique des *statuts*. On les divise en statuts personnels, réels et mixtes. Toutes les lois peuvent être classées dans ces trois catégories. Les statuts ou les lois sont personnels quand il ont pour objet la personne et se rapportent à la naissance, la liberté, la légitimité, la capacité, la majorité, etc. Les statuts réels concernent les choses, comme sont les ventes, les donations ; dans les statuts mixtes entrent à la fois les personnes et les choses. Le statut personnel suit toujours la personne, il est exterritorial ; par contre, le statut réel est territorial... Et quand on arrive au statut mixte, la théorie devient si confuse qu'elle ne peut servir, malgré que, si on considère bien les lois, la majeure partie d'entre elles appartiennent à cette catégorie, et qu'il est parfois assez dif-

(1) Le *Code civil* argentin établit ce qui suit par son article 14 : « Les lois étrangères ne seront pas applicables : 1° quand leur application est opposée au droit public ou criminel de la République, à la religion de l'Etat, à la tolérance des cultes, ou à la morale et aux bonnes mœurs ; 2° quand leur application est incompatible avec l'esprit de la législation de ce code ; 3° si elles sont de simples privilèges ; quand les lois de ce code en conflit avec les lois étrangères sont plus favorables à la validité des actes. »

Plus loin, article 15, le Code dispose que : « L'application des lois étrangères, dans le cas où le Code l'autorise, n'aura jamais lieu, sinon à la requête de la partie intéressée, à la charge de qui incombera la preuve de l'existence desdites lois. Sont exceptées les lois étrangères qui seraient rendues obligatoires dans la République par des conventions diplomatiques ou en vertu d'une loi spéciale. »

ficile de classer les lois personnelles et les lois réelles.

La théorie des statuts mise de côté, on a proposé celle de la *nationalité*, celle du *domicile*, celle du *tribunal* appelé à juger, celle de la *volonté présumée* des parties, et bien d'autres. Mais en pratique, elles sont toutes d'une application difficile et présentent des vides et des lacunes, au point que l'on n'a pas pu jusqu'à présent soumettre le fait juridique de l'exterritorialité à aucune théorie générale et absolue. L'application des lois étrangères se trouve ainsi faire l'objet de principes et de cas particuliers plutôt que de généralisations philosophiques.

Quoiqu'ils n'aient pas l'importance pratique ni la variété casuistique des controverses concernant les effets de la loi en relation avec le territoire, les effets de la loi en relation avec le temps ont donné lieu également à bien des désaccords. Ils roulent autour des principes de l'*irrétroactivité* ou de la *rétroactivité* des lois. En termes généraux, pour les uns, les lois doivent régir seulement l'avenir, sans avoir, pour ce motif, d'effets rétroactifs ; pour les autres, les cas où les lois régissent le passé sont si nombreux qu'il y aurait plutôt lieu de soutenir le principe de la rétroactivité.

Comme base des théories de la rétroactivité, on invoque toujours l'*intérêt général*. Toute loi posséderait un intérêt général qui donne de la convenance à sa rétroactivité, alors même que celle-ci frapperait des intérêts particuliers, attendu que les intérêts particuliers doivent venir après l'intérêt général. Cependant, comme nous le verrons, l'intérêt général n'est pas une notion opposée en aucune façon aux intérêts particuliers. De plus, les théories favorables à la rétroactivité admettent tant d'exceptions indispensables, que l'exception obscurcit grandement la règle, ou tend même à devenir la règle.

Les partisans de l'irrétroactivité arguent généralement de l'existence de *droits acquis*. Les lois nouvelles ne doivent pas détruire les droits acquis en vertu des lois an-

ciennes, sous peine d'enlever à l'organisation juridique de la société, la stabilité dont elle ne peut se passer et que réclament les intérêts particuliers aussi bien que l'intérêt général...

Franchement, je ne vois pas, pour moi, qu'il convienne de faire de longues recherches et des *distinguo* compliqués pour établir quand et comment les lois doivent avoir un effet rétroactif. Aujourd'hui, étant donné l'esprit rationaliste et éminemment légal qui inspire le droit, il est clair que la loi innove et qu'elle innove pour l'avenir. En général, donc, la loi est établie *pour l'avenir*. C'est là le principe de l'irrétroactivité de la loi.

Il peut se présenter cependant des cas où les lois règlent le passé et ont des effets véritablement rétroactifs. C'est au législateur à faire alors sur ce point des dispositions expresses ; quand le législateur ne le fait pas, personne ne l'entend ainsi (1). Et ce fait suffit pour prouver que l'intention du législateur est que l'irrétroactivité soit une maxime tacite et inébranlable de toute loi. Poser le principe de la rétroactivité, c'est aller contre un fait aussi réel et aussi irréfragable.

Après avoir établi que les lois n'ont d'effets rétroactifs que si le législateur le dispose, certains auteurs étudient dans quel cas il doit disposer ainsi. En recourant à un critérium libéral et positif, je réduirai ces cas à trois : 1° quand l'intérêt public l'exige d'une façon péremptoire ; 2° quand la nouvelle loi est plus favorable à la validité des actes juridiques ; 3° quand la nouvelle loi frappe les délits de peines plus légères. L'importance suprême de certaines circonstances d'intérêt public, la convenance qu'il y a à faciliter les transactions et les actes juridiques, enfin la philanthropie qui caractérise notre époque justifient dans de pareilles occasions, la rétroactivité expresse des lois.

(1) Le *Code civil* argentin établit (art. 3) que : « les lois disposent pour l'avenir, n'ont aucun effet rétroactif et ne peuvent altérer les droits déjà acquis. » Et, dans les articles 4444, 4445 et 4446 il applique ce principe à différents cas spéciaux.

CHAPITRE XIV

DIVISIONS DU DROIT ET DE LA LÉGISLATION

§ 74. Distinctions essentielles et formelles entre les droit public et le droit privé. — § 75. Différenciation du droit public et du droit privé. — § 76. Théorie d'un droit unique, privé et public. — § 77. Divisions du droit positif.

SAVIGNY, *Traité de droit romain* (trad. française). — IHERING, *L'esprit du droit romain* (trad. française). — PUCHTA, *Vorlesungen über des heutigen Römischen Rechts*. — ARHENS, *Encyclopadie*. — A. POSADA, *Tratado de derecho administrativo*. — P. NAMUR, *Encyclopédie du droit*. — COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*. — KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit* (trad. française).

§ 74.

Distinctions essentielles et formelles entre le droit public et le droit privé.

Les relations juridiques sont si variées que leur étude complète ne peut se faire qu'en les classant par groupes. La pratique, plutôt que la théorie est venue constituer ces divers groupes et former les différentes branches du droit et de la législation. Quand on vient à connaître ces branches, on trouve premièrement une division fondamentale, celle du droit public et du droit privé. Bien que généralement admise, cette division a donné lieu à beaucoup de discussions et provoqué beaucoup de théories en ce qui concerne son essence et ses limites exactes.

Les Romains avaient déjà établi une distinction entre le droit public et le droit privé ; le premier se rapportait aux intérêts publics ou sociaux, le second aux intérêts privés ou particuliers. « *Publicum jus*, dit Ulpien, (*De justitia et jure*, § 2, l. I), *est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quædam publice utilia, quædam pri-*

vatim. Cette définition a été acceptée par beaucoup de jurisconsultes, même de nos jours.

Si les intérêts particuliers se présentaient toujours comme distincts de l'intérêt public, ou opposés à cet intérêt, la théorie romaine serait acceptable. Mais ce n'est pas la vérité que les intérêts humains puissent être rangés ainsi en deux catégories si radicales et absolues. Au contraire, il y a généralement coïncidence entre eux. L'individu étant le sujet d'intérêts de toutes sortes, l'intérêt privé et l'intérêt public ne concernent au fond que lui et c'est son utilité, sa vie qui sont le résultat des actes et des règles juridiques quelles qu'elles soient. La législation de la famille, par exemple, touche à la fois aux intérêts publics et privés, quoiqu'elle appartienne en grande partie au droit privé. De plus, beaucoup de faits juridiques sont réputés de droit privé, bien qu'ils soient relatifs à ce qu'on entend généralement par l'intérêt public, et vice-versa. Les marchés de fournitures militaires sont d'un intérêt public évident et on les considère cependant comme faisant partie du droit privé. Les lois sur l'hygiène et la santé publique atteignent très souvent des intérêts privés et cependant elles font partie du droit public... Dès lors, la distinction entre l'intérêt particulier et l'intérêt général n'est ni claire ni substantielle, et elle ne peut donner la clef pour différencier le droit public du droit privé.

L'insuffisance de la définition romaine a porté Savigny à poser la question sous une autre forme, et la théorie qu'il a proposée a été adoptée et amplifiée par Stahl. Chez Ulpien, on distingue le droit d'après les intérêts qu'il règle ; Savigny et Stahl, en revanche, différencient les relations juridiques d'après leur fin ou leur objet. Dans le droit public, l'Etat est la fin, et l'individu n'occupe qu'une place secondaire. A l'inverse, dans le droit privé, c'est l'individu qui est la fin, et l'Etat n'est que le moyen.

Ihering a développé postérieurement une théorie semblable, en distinguant trois classes de droit, suivant que le

destinataire est l'individu, la société ou l'Etat. Mais cette distinction n'est pas comme son auteur le reconnaît lui-même une division fondamentale du droit, attendu que toute institution juridique peut avoir comme destinataire l'individu, la société ou l'Etat ; la propriété, par exemple, peut être privée, sociale ou publique. De plus, dans la pratique, la société et l'Etat sont synonymes. Restons-en donc à la théorie de Savigny et de Stahl...

Savigny et Stahl admettent que le droit public et le droit privé sont conjointement relatifs aux individus et à la société. Mais, dans le droit public, le sujet est considéré comme membre de la société ; dans le droit privé comme individu indépendant. Suivant ces idées Ahrens distingue, dans le droit, l'objet immédiat et l'objet final. L'objet final de tout droit est la personnalité humaine. Mais la personnalité humaine peut être la fin immédiate de la relation juridique ; si la relation juridique a cette fin immédiate, elle est de droit privé ; si, au contraire, elle a pour objet la société ou l'Etat, cette relation est de droit public.

Comme l'observe justement Korkounov (1), la « classification donnée par Ahrens est insuffisante ; sa théorie, de même que celle de Stahl et de Savigny, n'explique pas comment il peut arriver si souvent que l'Etat soit le sujet de relations juridiques d'un caractère purement civil et privé » « Quand l'Etat achète, vend, échange, loue, etc., il est lui-même la fin et non le moyen, contrairement à la théorie de Stahl ; une fourniture de bottes à la troupe n'a pas pour objet l'intérêt personnel que Stahl considère tant comme caractéristique du droit privé ; et dans ce cas de fourniture, la fin qui se recherche n'est pas celle où tendrait la volonté individuelle qu'Ahrens présume dans le droit privé, l'Etat entier étant celui qui payera les dépenses et en profitera. »

Ces différenciations du droit privé et du droit public

(1) *Op. cit.*, p. 257 (trad. française).

dérivent d'Ulprien, car elles font entrer principalement en compte les intérêts individuels et les intérêts collectifs. Elles sont essentielles, parce qu'elles distinguent un droit de l'autre, d'après son contenu et son objet. Leur fausseté consiste dans une conception empirique des fins utilitaires du droit qui est erronée et incomplète. Cette conception ne procède pas d'une véritable analyse positive des intérêts que protège le droit. On y parle fréquemment de l'intérêt général comme s'il ne résidait pas aussi bien dans les intérêts particuliers.

En réalité, le droit n'a pas pris naissance et ne s'est pas développé pour protéger des intérêts lointains et idéaux, mais bien les intérêts des individus dans leurs relations sociales. Du fait que l'on dit que le droit a pour objet la sociabilité, on doit entendre que les intérêts individuels créent la sociabilité, et qu'en même temps, pour la maintenir, ils créent le droit. La société et le droit ne sont pas l'œuvre de pactes et de conventions conscientes ; ils se forment d'après les circonstances et la nature des choses, d'une manière inconsciente et réflexe. Ils naissent tous deux comme un organisme.

Dès son origine nébuleuse, instinctive et inconsciente, le droit se présente à la fois comme public et privé. Avant que le groupement social eût pris la forme d'une véritable organisation politique, il a dû exister des règles juridiques, protégeant de toute attaque la souveraineté et la propriété générale. C'étaient les règles d'un droit public, embryonnaire encore et mal défini. Mais à peine, avec le début de la civilisation, le droit eût-il revêtu à Rome des formes dialectiques et légales, qu'Ulprien différencie le *jus publicum* du *jus privatum*. Et la différenciation a pour objet de faire primer les intérêts primordiaux de la collectivité sur les intérêts particuliers d'une moindre utilité générale. *Salus publica suprema lex esto !*

Le prestige historique de la théorie d'Ulprien et l'ignorance où l'on était alors du principe scientifique de l'utili-

tarisme biologique universel entraînent les jurisconsultes, vers le commencement du xix^e siècle, à se placer généralement au point de vue des intérêts généraux et des intérêts particuliers, pour distinguer les droits d'ordre public et d'ordre privé. Mais, comme cette différenciation essentielle éveillait à juste titre des critiques et des réfutations, on s'est plutôt efforcé, depuis lors, d'établir une distinction purement *formelle* entre les deux branches du droit. Les jurisconsultes allemands, surtout, se sont distingués en établissant des groupements logiques des droits, suivant qu'ils correspondent à l'individu considéré comme tel, ou à l'individu considéré comme membre de l'Etat. Dans le premier cas, les droits appartiennent au droit privé, dans le second au droit public. La difficulté consiste ici à différencier, dans tous les cas et dans chacun d'eux, quand l'individu doit être considéré comme simple particulier, et quand comme citoyen de l'Etat...

Une autre distinction formelle entre le droit public et le droit privé a été proposée par Thon. Dans son *Rechtsnorm und subjektives Recht*, il prend pour base les conséquences de la violation de la règle juridique. Si les particuliers peuvent seuls demander la répression de cette violation, il s'agit d'un droit privé. Si l'Etat peut procéder *motu proprio*, le droit en question est public.

C'est une théorie acceptable dans la plupart des cas ; mais elle laisse forcément bon nombre de faits en dehors d'elle. Ainsi, quand il existe une justice administrative, il est fait droit à la requête des particuliers, même si la matière est de droit public. D'autre part, il y a des contestations juridiques dont la solution peut être demandée à la fois par les particuliers et par l'Etat. C'est ce qui arrive pour les poursuites engagées à propos d'un grand nombre de délits, à propos d'homicide par exemple. L'Etat peut poursuivre l'homicide au criminel ; et le particulier lésé, au civil. — Nous verrons, d'ailleurs, dans le paragraphe suivant, la portée de cette théorie de Thon, et la valeur,

complémentaire à certains égards, que je lui attribue en ce qui concerne la véritable différenciation du droit public et du droit privé.

§ 75.

Différenciation du droit public et du droit privé.

La théorie essentielle d'Ulpien et les conceptions de Savigny, de Sthal et d'Ahrens, qui lui font suite, ne sont pas acceptables, à cause de leur inexactitude. Les théories formelles sont aussi peu satisfaisantes, en raison de leur empirisme et de leur manque de précision scientifiques. Bien que parfois partiellement exactes, elles ont le défaut de ne pas pénétrer la nature relativement philosophique de la division bi-partite du droit. Et cependant, l'ancienneté et le caractère général de cette division font penser qu'il doit exister des limites plus ou moins essentielles entre l'un et l'autre droit. Sinon, on s'expliquerait difficilement l'unanimité presque absolue des opinions à ranger les droits humains dans ces deux catégories fondamentales...

Différents jurisconsultes russes ont tenté, dernièrement, de découvrir par un procédé mental d'analyse et de généralisation cette différence plus ou moins essentielle entre le contenu du droit public et le contenu du droit privé. Parmi ces théories, celle de Korkounov (1), suggérée, je crois, par Zitovich, présente une très remarquable lucidité. D'après elle le droit privé est toujours un droit *de distribution* ; le droit public, un droit *d'adaptation*. « Le droit, dit-il, est en général la faculté de se servir d'une chose. Cette faculté peut être garantie à un individu sous une double forme. La forme la plus simple est de répartir l'objet en diverses parties, chacune desquelles sera pos-

(1) *Op. cit.*, p. 373 (trad. française).

sédée à titre de propriété. Ainsi s'établit la différence entre le mien et le tien. Toute la conception de la propriété privée se fonde sur cette distribution ». Conjointement à cette forme de distribution du mien et du tien, existe aussi l'adaptation de l'objet à la réalisation de certains intérêts collectifs. Conjointement à la propriété particulière, la propriété sociale a sa place.

C'est de préférence sur les droits patrimoniaux que raisonne Korkounov ; mais sa théorie peut, de même, être généralisée à d'autres catégories de droits, à ceux par exemple qui concernent l'autorité ou la puissance. L'autorité résultant de la puissance paternelle et de la tutelle constituent des droits distributifs, appartenant à telles ou telles personnes, c'est-à-dire distribués entre telles et telles personnes. C'est pourquoi ce sont des droits privés. L'autorité de la loi ou de l'Etat, en revanche, est adaptée à toute la société ; c'est une autorité générique et commune. Même quand la société se divise en classes et que l'autorité de l'Etat retombe diversement sur elles, elle doit être adaptée tout au moins au groupe que forme chaque classe. Ainsi, le principe de l'autorité de la loi et de l'Etat est-il de droit public, contrairement à celui de l'autorité du père ou du tuteur.

Quand l'Etat agit comme un particulier, il se fait le sujet de droits distributifs, il opère des actes de droit privé. On pourrait cependant objecter que ces actes de droit privé ont une fin d'usage général. L'Etat achète des chevaux comme un particulier quelconque ; mais ces chevaux sont destinés à une institution d'ordre public, l'armée. De sorte que, si en achetant des chevaux, l'Etat opère un acte de droit distributif, en les utilisant, il en exécute un autre de droit adaptatif.

Précisément, dans les cas où l'Etat agit comme un particulier, ses actes sont de droit privé. Mais, une fois ces actes effectués, — l'achat des chevaux fait — ils peuvent devenir la base d'autres actes, qui eux sont de droit public.

En achetant des chevaux, l'Etat est un particulier qui agit selon le droit privé ; en les utilisant, l'Etat agit dans le domaine du droit public. En effet, l'armée est une institution d'ordre public.

Toutes les fois que l'Etat agit comme un particulier, il n'y a qu'à *décomposer* ses actes en deux parties : le moyen et la fin. Le moyen est de droit distributif ; la fin de droit adaptatif à l'usage général. L'objection soulevée, — celle que certains actes de droit privé peuvent s'exécuter par l'adaptation sociale, — n'est pas fondée, puisque ce n'est pas l'acte *en soi* qui est d'adaptation sociale, mais que ce sont ses conséquences. L'acte *en soi*, l'achat des chevaux, est une simple distribution de droits, bien que l'un des sujets qui y intervienne soit l'Etat lui-même. L'emploi des chevaux ensuite est adaptatif ou de droit public ; mais là il s'agit d'un fait juridique nouveau et distinct, — régi par conséquent par d'autres règles.

Il arrive fréquemment qu'un droit public soit en opposition avec un droit privé ; ainsi lorsqu'il y a expropriation. En pareil cas, le droit public prime le droit privé, mais en le reconnaissant toujours ; par exemple, quand l'Etat exproprie, il indemnise le particulier exproprié de la valeur de sa propriété.

Voici comment j'interprète, en la généralisant, la théorie proposée par Zitovich et Korkounov. On peut, d'après elle, reconnaître deux formes dans la justice, chacune desquelles correspond à un objet ou contenu différent. Quand la justice distribue quelque chose entre tous les citoyens, ou du moins entre une catégorie déterminée de citoyens, il s'agit de droits privés, et de droits publics quand elle adapte des choses, des actes ou des hommes à l'usage commun de la société. Telle est la distinction entre les deux droits, distinction plus ou moins essentielle, plutôt moins que plus, attendu, comme je l'ai dit, que tous les droits utilitaires par essence, ont l'individu pour fin dernière, qu'ils procèdent tous des réactions

individuelles de plaisir et de douleur et qu'ils tendent tous au libre développement de la personne, au principe de la liberté.

Pour compléter cette différenciation que j'appellerais semi-essentielle, la distinction formelle de Thon, exposée ci-dessus, me paraît devoir être acceptée. Il n'y a qu'une réserve à y introduire, celle-ci : quand l'individu seul peut requérir la sanction de la violation d'une règle juridique quelconque, cette règle appartient au droit privé ; quand l'Etat, selon les principes généraux peut intervenir dans cette requête, soit seul, soit en concurrence avec l'individu, la règle appartient au droit public, mais avec les restrictions qu'impose le droit administratif de chaque pays.

§ 76.

Théorie d'un droit unique, privé et public.

Divers auteurs ont nié, dans ces derniers temps, l'existence de toute distinction entre le droit public et le droit privé. Parmi eux, se trouve Posada, l'éminent professeur de l'Université d'Oviédo, qui soutient qu'il y a lieu de rompre une bonne fois avec la tradition romaine imposant cette division, et cela pour de bonnes raisons philosophiques et aussi de convenance juridique...

La distinction, dit-il, ne répond ni à la nature théorique du droit, ni à ses exigences pratiques. Aussi, le droit anglais, l'ignore-t-il ou peu s'en faut. Elle ne fournit pas un critérium adaptable à toutes les circonstances et ne peut servir de base pour une classification des institutions juridiques. Au moyen-âge, la souveraineté était patrimoniale, c'était un droit privé ; les fonctions publiques étaient alors considérées comme une propriété de droit privé. Les contrats, qui sont généralement considérés comme faisant partie du droit privé, constituent, pour certains

auteurs, un acte de droit public, puisqu'il les appliquent à l'explication des relations ayant pour objet le paiement de l'impôt, la prestation du service militaire, les traitements des fonctionnaires publics. Le concept du mandat s'applique de même à la représentation politique... « La distinction généralement admise est seulement historique. Elle ne répond pas à des exigences universelles et permanentes ; elle ne contient pas un critérium accommodable à toutes les circonstances et n'implique pas une différenciation essentielle dans le concept du droit. Sans doute, elle exprime une différence qui a eu et a encore de la réalité ; mais elle ne peut réaliser une classification des institutions juridiques. Son apparition dans le droit romain s'explique comme une conséquence de l'affirmation au sein de l'Etat, de l'élément privé, avec son propre droit, protecteur et régulateur de ses intérêts ; mais de là il ne peut arriver à constituer les sphères très variées de l'activité sociale, hors et indépendamment de l'Etat, car il faut tenir compte que l'évolution, dans le sens de la désintégration juridique, des relations sociales, ne s'est pas arrêtée au point où l'on peut supposer le dédoublement de la vie en vie publique et privée, mais qu'elle a continué à se désintégrer dans le public. Le *public*, au sens romain du mot, correspond plutôt aujourd'hui au *politique* » (1).

Le public et le privé n'expriment pas deux sphères substantiellement distinctes, puisque l'individu et la famille ont une vie publique et sont des éléments de droit politique ; c'est une erreur, comme le dit Giner (2), de penser qu'il y a un droit public, qui se rapporte uniquement et exclusivement à l'Etat, et un droit privé qui se rapporte à l'individu et aux siens. Cette division, ajoute Posada, part de la supposition erronée que le droit est l'œuvre

(1) A. POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*, T. I, p. 72.

(2) *Resumen de la Filosofía del Derecho*, p. 240, cité par Posada, *loc. cit.*, T. I, p. 71.

objective de l'Etat. De plus, elle met en opposition deux termes : l'individu et le tout social, qui ne doivent pas être considérés comme formant seuls les relations juridiques. Il existe d'innombrables autres centres et groupes d'associés qui sont susceptibles de droits et d'obligations...

Tous ces arguments sont, les uns d'ordre philosophique, les autres d'ordre pratique. Les premiers rejettent la différenciation substantielle de l'individu et de l'Etat, parce qu'en dernière analyse, l'individu est le sujet de tous les droits. Les seconds relèvent la confusion facile du public et du privé et aussi l'existence d'un grand nombre d'associations ou de personnes morales qui ne sont ni l'Etat, ni l'individu...

Je pense, contrairement à cette théorie de l'indivisibilité théorico-pratique du droit, qu'il y a lieu de maintenir, tout en lui assignant de justes et relatives limites, la division bi-partite : 1° parce qu'elle n'est pas dépourvue d'une certaine base philosophique et logique ; 2° parce qu'elle a une utilité pratique, dérivée de son caractère historique et traditionnel ; 3° parce qu'on ne connaît pas jusqu'à maintenant d'autre division qu'on puisse lui substituer.

Tout d'abord et sans discussion, il me faut admettre qu'il n'y a pas une divergence radicale et inévitable entre le droit public et le droit privé. Mais il n'y a pas plus de doute qu'il n'y ait entre l'un et l'autre, une différenciation doctrinaire et philosophique, plus ou moins catégorique et plus ou moins essentielle. J'ai déjà trouvé cette distinction dans le contenu de la justice distributive et celui de la justice adaptative, si l'on me permet d'employer cette expression ; la première partie de mon argumentation se trouve donc exposée dans le paragraphe précédent.

D'autre part, malgré les observations de Giner et de Posada, la division, bien qu'un peu indécise parfois, a une certaine utilité pratique, qui réside dans les différenciations et classifications des droits, des règles et des inté-

rêts. Elle est de plus comme incrustée dans l'organisme du droit. Droite ou déviée, elle est sa colonne vertébrale organique et historique. En reconnaissant ses déformations, le mieux est de l'accepter comme elle se présente, sous peine de faire perdre à cet organisme sa position spontanée la plus commode. Méconnaître l'existence relative et plus ou moins nébuleuse de la division, c'est risquer de tomber, par manque d'esprit positif, dans le rationalisme de l'école philosophique, qui est imprudent, lorsqu'il n'est pas stérile. Jusqu'à présent, en effet, on n'a pas établi, et on ne peut pas établir, je crois, théoriquement ni rationnellement, une nouvelle division juridique qui soit plus acceptable et qui remplace celle que l'on prétend supprimer.

Il est certain qu'il y a, en plus de l'individu et de l'Etat, un grand nombre d'associations et d'organismes intermédiaires dans l'organisme social : l'église, les communes, les sociétés commerciales et savantes, etc... Mais ces organismes intermédiaires s'assimilent, en fait, aux individus, comme l'Etat lui-même s'assimile à eux quand il vend, achète, loue. Dès lors, étant donné que ces organismes s'appellent en droit « personnes civiles, juridiques ou morales », on peut dire que la justice distributive du droit privé se rapporte, non seulement aux personnes physiques, mais aussi aux personnes morales, quand elles accomplissent des actes de droit privé. Je conviens que cette explication préalable n'a rien de précis ni de mathématique ; mais si elle est fondée sur la réalité pratique, le juriste ne peut que la commenter et l'améliorer. Il n'est pas en son pouvoir de la détruire, et cela serait-il qu'il ne le devrait pas en raison de la commodité historique qu'elle présente, soit dans la doctrine, soit dans la législation.

Je trouve qu'il est relativement facile de distinguer, selon les règles juridiques applicables, quand et dans quels actes les personnes morales revêtues d'un caractère politique — l'Etat, les provinces, les communes — procè-

dent comme personnes de droit privé. Je suppose à cet effet le principe suivant : la règle juridique sera de droit privé si elle est susceptible d'être appliquée aux particuliers. Par suite, l'acte régi par la règle est aussi de droit privé. Il n'y a que certains actes de l'église dans des pays dont la constitution est religieuse, comme en Russie, qui puissent échapper à la division bi-partite. Aussi, certains juristes ont proposé une division tri-partite : droits publics, droits privés, droits ecclésiastiques. Mais ces derniers peuvent être mis de côté, parce qu'ils ne peuvent exister que dans des nations dont le gouvernement politique et religieux est plus ou moins absolu.

Il ne me semble pas que la reconnaissance et l'étude de la division du droit public et privé contienne, en aucune façon une notion objective du droit qui soit fausse. Qu'à d'autres époques cette notion fausse ait exagéré le *distinquo*, c'est exact. A notre époque, on ne conçoit la loi que comme fonction de l'Etat, comme objet de l'Etat ; mais il n'est pas plus nécessaire de la concevoir ainsi pour distinguer l'ordre public et l'ordre privé. Quoique la loi soit une création subjective du peuple, de l'individu, l'individu et le peuple, en raison du fondement biologique et utilitaire du droit, doivent reconnaître l'ordre public et lui accorder la primauté dans la loi. Et de fait, c'est ce qui s'est passé, depuis Ulpien jusqu'à Savigny.

Quant à ce que les « institutions » humaines soient à la fois de l'un et l'autre droit, cela est vrai, sans qu'on puisse le nier en rien. Les droits patrimoniaux, par exemple, sont publics et privés... La cause en est que sous la rubrique « institutions » on entend les principes et les faits les plus divers. En réalité, il n'existe d'« institutions » juridiques bien définies que par une abstraction et une généralisation de l'intelligence humaine : ce qui existe, ce qui a existé et existera toujours, ce sont les règles, les relations de droit, les droits et les devoirs. Le concept de la propriété, en tant qu'« institution » est fon-

damentalement antiscientifique ; il y a des droits patrimoniaux et des règles juridiques s'y rapportant, mais il n'y a jamais eu, que dans les imaginations, la propriété comme fait absolu et uniforme. Peut-on comparer, par hasard, la propriété d'une tribu sauvage sur son territoire de chasse, celle d'un barbare sur ses armes et ses femmes, celle d'un seigneur féodal sur son fief, celle d'un millionnaire contemporain possesseur d'une *estancia* dans l'Argentine, d'actions des mines du Transvaal et de titres de la rente russe ? Et il en est de même que de la propriété, de la famille et de toutes les « institutions » qui ne sont que des groupements ou des généralisations de l'esprit humain. Leur existence réelle ne se présente en droit que sous forme de règles ; et toutes les règles peuvent être rangées soit dans le droit privé, soit dans le droit public, sans entendre par cette distinction, l'existence de deux substances différentes et moins encore opposées.

Je dirai, pour conclure, que je ne crois pas davantage que l'on puisse identifier le droit public à la politique. Le droit public traite, en général, des règles de justice adaptatives ; la politique en forme une branche : la branche qui traite de l'organisation gouvernementale interne et externe. La relation entre celui-ci et celle-là est donc une relation de genre à espèce. Et il n'est pas difficile de distinguer pratiquement le droit politique des autres branches du droit public, attendu qu'il existe un concept clair et précis du gouvernement politique, fait historique et actuel. En outre, à la différence de toutes les autres règles juridiques, celles de la politique se rapportent fréquemment à des institutions positives ; institutions concrètes et bien délimitées. La nation, les provinces, les communes sont des *choses* instituées avec une uniformité relative, ce qui n'est pas pour l'individu, l'intérêt, la propriété, la famille, simples *abstractions* dialectiques et objectives. Bien qu'en droit le concept d'institution soit spéculatif, irréel et antiscientifique, il peut en politique être parfaitement positif.

§ 77.

Divisions du droit positif.

Si le droit naît comme un organisme et comme un organisme aussi se développe, son développement doit être sans nul doute un processus de différenciations faites peu à peu. En effet, ce que j'ai appelé le principe féminin du droit, sa croissance spontanée, a été dans des temps reculés, quelque chose comme l'ovule maternel de l'éthique. Fécondé par la lutte pour le droit, par ce que j'ai nommé le principe mâle, l'ovule a acquis une vie indépendante. Cette vie, comme celle de tous les organismes, allait de l'inconscient vers le conscient. Un ensemble informe de réactions vitales la constituait ; l'éthique était encore indivisible.

Les premières luttes externes pour le droit, celles des groupes d'habitants et des tribus entre elles, achevèrent de concrétiser certaines règles éthiques et en firent des lois ; c'est là où le juridique se sépara pour la première fois du moral. Au début, le juridique est en général le politique, comme en Grèce. Mais à Rome, il se crée et s'établit déjà un droit positif qui embrasse des règles juridiques dont l'espèce ne peut être regardée comme politique. C'est le *droit civil*. La cité forme son droit civil, son *jus civile*. Tout le droit positif n'était que *jus civile*. Néanmoins, dès Ulpien, apparaît la tendance à diviser ce droit de la cité en *privatum* et *publicum*. De sorte qu'à peine est-il formé, on voit se former dans le droit, du moins dans le droit européen, une esquisse de la division bi-partite. C'est ainsi que la croissance organique du droit commence ses différenciations progressives, bien que le droit romain ancien, malgré la grandeur de son en-avant et l'abondance de ses règles, de ses symboles et de ses formes, n'ait pas poussé plus loin la classification et la division de ses branches.

Dans les temps modernes, le droit civil s'est circonscrit et individualisé, en formant l'une des diverses branches du droit et de la législation. Il règle spécialement les relations de la famille et les relations du droit patrimonial. On l'appelle souvent *droit privé*, en raison de ce que la majeure partie de ses règles appartiennent à cette catégorie du droit et aussi *droit commun*, parce qu'il régit la capacité des personnes et leurs droits patrimoniaux en général. Les autres branches du droit appelé généralement droit privé concernent la législation de cas ou de formes spéciales, comme le commerce ou les salaires ; mais leurs dispositions rentrent toujours dans les principes du droit civil, qui en vient ainsi à servir de source indirecte et de complément à la législation commerciale ou ouvrière.

Au moyen-âge, une division bien concrète s'introduit dans le droit positif. A l'égal de l'Etat, l'Eglise crée une nouvelle catégorie de droit, le *droit canonique*, qui est aussi organique et effectif que le droit civil ; l'un et l'autre constitue alors ce qu'on appelle les « deux droits ». Cette division a été conservée, en Angleterre, avec tant d'autres formes de la civilisation médiévale, de préférence à celle du *jus publicum* et du *jus privatum*. Sur le continent, la diminution progressive de la puissance de l'Eglise a fait perdre chaque jour plus d'importance au droit canonique ; depuis la Révolution française, il est resté relégué, chez les nations démocratiques, dans la catégorie d'un droit d'exception qui ne régit que les affaires intérieures de l'Eglise.

Le droit canon se divise en public et privé. Public, il traite de l'organisation de l'Eglise ; privé, des droits particuliers régis par l'Eglise. Ses sources, dans ses deux branches, sont toujours les canons et les décisions des autorités ecclésiastiques.

Les plus anciennes règles juridiques, par conséquent les premières règles du *jus civile* sous leur forme primi-

tive d'usages, ont dû être des règles pénales. Et de même, pendant tout le moyen-âge, les dispositions pénales qui étaient édictées prenaient toujours place dans le droit civil ou étaient comprises dans le droit canonique ; d'origine laïque ou ecclésiastique, elles avaient alors un caractère théologique, et partant très sévère. Le fameux livre de Beccaria, *Des délits et des peines*, inspiré par le courant philanthropique de l'humanisme et particulièrement du néo-humanisme, contribua à la formation d'une école d'un *droit pénal* indépendant du droit civil, en donnant une forme concrète aux critiques qui étaient dans l'air. Cette école détermina plus tard la séparation complète de ce droit pénal, séparation qui n'est devenue un fait positif que dans la législation moderne.

Les besoins du négoce amenèrent, de même, à l'époque médiévale, la promulgation de statuts d'un caractère commercial. Néanmoins, ces statuts, comme les statuts pénaux, faisaient encore partie du droit civil. Mais l'augmentation continuelle du trafic mercantile rendit promptement nécessaire la création de tribunaux spéciaux. Ces tribunaux finirent par produire un droit également spécial, qui, dans la législation moderne, constitua plus tard une nouvelle branche du droit, le *droit commercial*.

Le néo-humanisme créa indirectement la science du droit politique et, en appliquant ses théories, la Révolution française les condensa en lois constitutionnelles, dont l'étude allait former une catégorie toute nouvelle du droit positif, le *droit constitutionnel*. L'application de ce droit à certains conflits entre particuliers, qu'il doit régir en raison de leur fin et de leur nature, porte aujourd'hui le nom de *droit administratif*.

Les procédés judiciaires à suivre devant les autorités et les pouvoirs de l'Etat engendrent, de leur côté, une autre branche indispensable de la législation, le *droit de procédure*, branche qui, depuis son origine fut confondue avec le droit civil. Il fallut l'en séparer, au début du

xix^e siècle, à cause de son extension et de sa complication.

Dès la fin du xviii^e siècle, les relations internationales, de plus en plus continuelles et importantes, achèvent de généraliser le vieux *jus gentium*, en lui donnant une forme nouvelle, plus ou moins rationaliste avec tendance à la conciliation des intérêts politiques ; c'est ainsi qu'apparaît, au début du xix^e siècle, le *droit international public*. Le commerce universel et les rapports réciproques d'habitants de divers pays finissent ensuite par rendre nécessaire, en certains cas, l'application des lois étrangères ; le principe de l'exterritorialité légale se pose, et une subdivision s'établit dans le droit international : c'est le *droit international privé*.

Cependant, les besoins contemporains créent et continuent à créer, de nouvelles législations spéciales : législation agricole, législation des mines, législation ouvrière, etc.

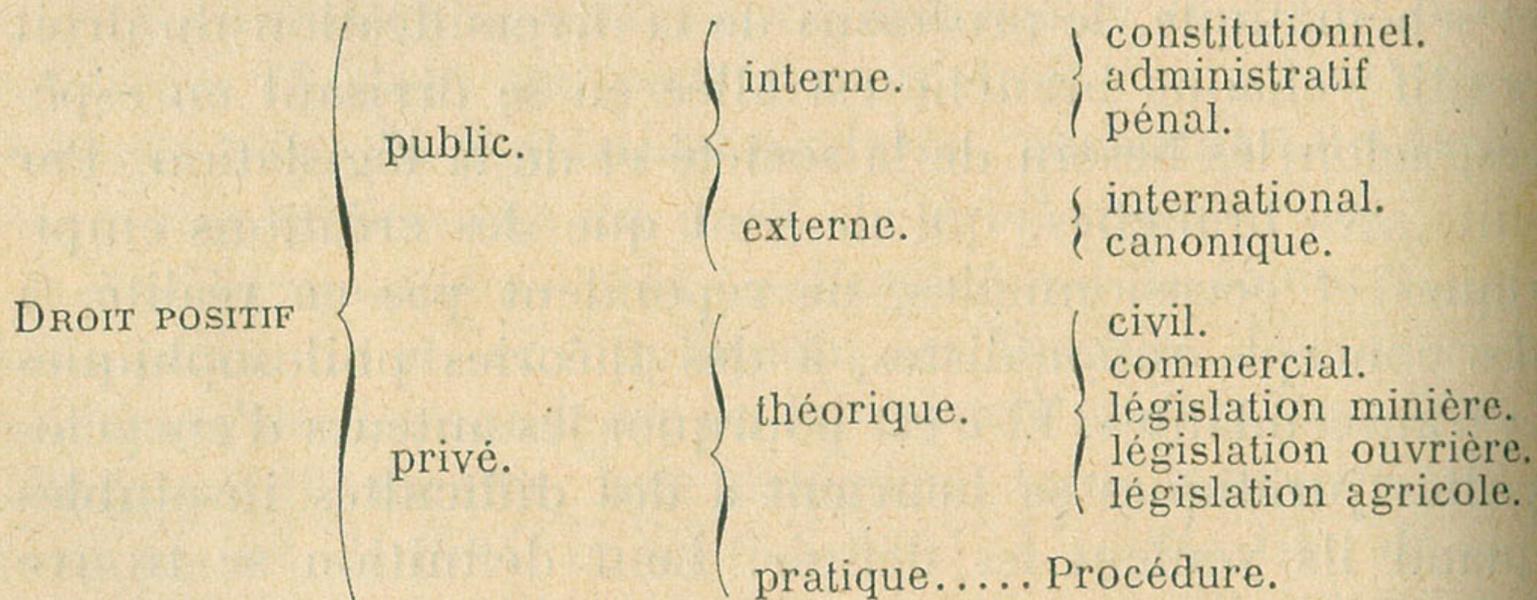
Telle est, présentée sous une forme un peu générique et schématique, le processus de la diversification du droit positif ; chaque branche est allée en se divisant en espèces, selon les besoins de la société et de la législation. Par suite, ces branches, qui ne sont que des créations empiriques et occasionnelles, ne répondent pas en réalité, à des concepts rationalistes, à des théories philosophiques et transcendantes. Et c'est pourquoi les auteurs d'encyclopédies juridiques se heurtent à des difficultés insolubles quand ils veulent les définir. Leur définition se trouve bien plutôt dans leur contenu et dans leur forme que dans leur objet et leur fin. Définir d'une façon encyclopédique le droit civil c'est en donner un concept incomplet ou équivoque. L'ensemble de ses règles et de ses tendances permet seul de nous en former un concept véritable. Et il en est plus ou moins de même, peut-on dire, pour les autres branches du droit.

Les classer est encore plus difficile et plus aventureux

que de les définir. Toutes ces branches sont composées d'une vaste réunion de règles appartenant au droit public et au droit privé. Partant, c'est une erreur d'en dresser un tableau où elles seraient rangées dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Le mieux, pour les classer et les définir d'une façon encyclopédique, serait plutôt d'étudier les espèces successives qu'elles ont formé historiquement, d'analyser en détail ce que j'expose ici sommairement. Mais cette analyse, que j'appellerais une analyse embryologique des branches du droit est très compliquée, et suivant les peuples elle varie. C'est pourquoi il m'a paru préférable de n'en tracer ici qu'un tableau tout à fait général et simpliste, en laissant leur étude spécifique plus approfondie, aux recherches spéciales sur chacune de ces branches.

Si l'on tient, cependant, à en établir une classification empirique et approximative, on peut la synthétiser, d'après Namur, dans le schéma suivant :



Ce schéma peut nous servir à comprendre la classification de la nomenclature courante. Mais il ne nous faut pas oublier que le droit est un tout harmonique. De la connaissance de son origine et de sa nature découle que les règles du droit public sont nées pour protéger les règles du droit privé ; les règles du droit privé sont donc contenues dans les règles du droit public.

Les branches de l'étude du droit que j'ai signalées se rapportent spécialement à la législation. Il y en a d'autres, comme l'économie politique, qui sont plutôt d'ordre philosophique et doctrinaire ; leur énumération serait, suivant le critérium employé, plus ou moins longue et variée, attendu que toutes les sciences sociales sont susceptibles d'être étudiées, sous leur aspect juridico-politique, c'est-à-dire sous un aspect plus ou moins relatif au droit positif et à la législation.

Comme se rapportant aussi au droit positif, on a individualisé et fait une science spéciale, au même titre que tant d'autres, dans le dernier tiers du XIX^e siècle, de la *législation comparée*, ou l'étude comparative des lois à travers le temps et l'espace. On a fait remarquer, par rapport à cette dénomination, que le droit n'embrasse pas seulement les lois, mais aussi la coutume et la théorie juridique, et que, par suite, il serait peut-être plus scientifique, — attendu que la loi ne doit pas être étudiée isolément et en elle-même — d'appeler la nouvelle science le *droit comparé*.

Mais si l'on tient compte qu'en droit moderne, et par l'effet du système généralisé de la codification, la loi a une valeur unique et quasi-absolue, je pense que l'étude comparative du droit moderne peut légitimement s'appeler « législation comparée ». En revanche, en raison de l'insuffisance de la loi, et de l'importance prépondérante de la coutume et de la théorie juridique, l'étude comparative du droit ancien pourrait se nommer *droit comparé*. De la sorte, la première expression s'appliquerait à l'évolution juridique du passé ; la seconde, aux concordances et aux désaccords des situations juridiques du présent.

La législation comparée peut être étudiée, sous forme d'un commentaire de la législation nationale, ou bien séparément, comme une branche distincte du droit. Des deux façons, et spécialement de la dernière, son étude, quoique difficile et embarrassante, mérite d'être faite,

parce qu'elle fixe et élargit le critérium juridique. Par opposition à la législation comparée, le droit comparé ne deviendrait ainsi rien moins que la connaissance des origines et de l'évolution du droit. Quelque nom que l'on donne à cette connaissance, son importance est évidente. Les origines et la genèse historique du droit sont la meilleure confirmation de la théorie générale du droit, quelle qu'elle soit, historique, économique ou biologique.

CHAPITRE XV

UNITÉ SOCIALE DU DROIT ET DE LA LÉGISLATION

§ 78. L'unité psychologique du droit et la conscience sociale. — § 79. Facteurs psychiques de la conscience sociale. — § 80. Le facteur religieux dans la conscience sociale. — § 81. L'unité intrinsèque et les divisions extrinsèques du droit et de la législation.

SAVIGNY, *Traité de droit romain* (trad. française); *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. — PUCHTA, *Encyclopadie als einleitung zu Institutione; Institutiones*. — IHERING, *Zweck im Recht*. — NOVICOW, *Conscience et volonté sociales*. — LINDNER, *Ideen zur Psychologie der Gesellschaft*. — LE BON, *Psychologie des foules*. — WUNDT, *Ethik*. — PAULSEN, *System der Ethik*.

§ 78.

L'unité psychologique du droit et la conscience sociale.

L'école organique compare la société à un organisme, elle la compare même à un surorganisme ; elle lui attribue donc une conscience et une volonté. Ce concept a été généralement accepté ; tous les auteurs reconnaissent que le peuple, ou la représentation de sa classe dirigeante — l'Etat — est capable de posséder et d'agir suivant une conscience et une volonté générales, qui sont celles de la société ou du moins du groupe qui gouverne. L'Etat a ainsi, tout au moins, à défaut de la conscience de lui-même, celle des forces qu'il incarne et personnifie. « Il a, dit Wundt, une conscience sociale, incomparablement plus forte et plus respectable que toutes les volontés individuelles qui le servent, une conscience sociale qui se compose des représentations et des aspirations de la masse de ses membres. Mais il lui manque la conscience de lui-même (*Selbsbewusstsein*, « connaissance de soi-même »), la possession immédiate d'un moi.

Le fait est que la société possède une conscience et une

volonté et que l'Etat possède l'une et l'autre ; mais ce ne sont pas les mêmes ; et tous deux manquent de la possession *immédiate* d'un moi. Ils ne peuvent l'avoir, parce que leur unité n'est jamais aussi intime que celle d'un animal inférieur ou supérieur. Cependant, à certains égards, la société et l'Etat ont une volonté et ont conscience de leur action et de leur vie ; mais ces consciences et ces volontés sont *médiates*, parce qu'elles n'existent que chez les individus qui composent la société, ou chez les membres du groupe qui forme l'Etat.

Pour procéder scientifiquement, il conviendrait, dès lors, de fixer où se trouve cette conscience-volonté sociale et comment elle s'établit et elle agit. Nous savons avant tout qu'elle réside chez les individus. Mais en quelle partie de l'individu et sous quelle forme ?... Je pense qu'il n'y a que la théorie de l'hérédité psychologique, d'une part, et la psychologie des foules, de l'autre, qui puissent nous donner la clef du phénomène.

La psychologie des foules, telle que l'exposent Le Bon et Sighele, consiste essentiellement dans un processus de contagion et de suggestion des passions et des idées. Toutes les foules subissent cette contagion, spécialement dans les moments de danger et de réaction ; elles ont leurs *meneurs*, leurs agitateurs, qui les dirigent, les impressionnent et se présentent comme des exposants ou des stimulants sociaux.

Or, les groupements primitifs ont dû vivre continuellement dans l'état psychologique des foules. Les intérêts communs formant des passions sociales agissaient sur tous les individus et sur chacun d'eux. Suggestionnés les uns par les autres, ils subissaient des réactions générales, où se formaient des règles générales de droit et de morale. Les intérêts, les passions, les mouvements de réaction, tout contribuait alors à fixer un certain critérium éthique et juridique. Ce critérium, en se développant inconsciemment dans ce que j'ai appelé la

croissance spontanée du droit, a gravé sans doute, dans la conscience de chaque individu, certains jugements élémentaires, lui faisant discerner le défendu du permis, l'injuste du juste, le mal du bien. Après bien des générations, par une transmission opérée sans cesse par l'hérédité psychologique, l'individu finit par naître, sinon avec certaines idées éthiques innées, du moins avec certaines prédispositions éthiques, avec certaines capacités héréditaires, qui constituent ce que j'ai appelé son orientation éthique. De telle sorte que l'expérience individuelle fait seulement passer à la pleine conscience des idées préconscientes, acquises par l'expérience ancestrale. C'est pourquoi les idéalistes, Kant surtout, ne sont ni des imposteurs, ni même les victimes d'une illusion quand ils supposent les préceptes de l'éthique des « impératifs catégoriques de la raison ». En pareil cas, la raison n'est qu'une forme de l'hérédité psychologique. Dans la lutte pour le droit, on se bat pour faire pénétrer les nouvelles règles du droit, d'abord dans la mémoire individuelle, ensuite dans la mémoire sociale. Une fois gravées dans la mémoire de tous et de chacun, elles passent à leur tour dans l'hérédité de la race. La croissance spontanée du droit, aussi bien que la lutte pour le droit, tendent donc à former, dans l'orientation éthique des individus, un critérium juridique. Ce critérium sera semblable chez les sujets tant que leur hérédité sera semblable. D'où vient que la ressemblance, ou le fonds commun des critères de tous, forme quelque chose comme un seul critérium en résultant : c'est la *conscience sociale*, éthique et juridique.

Le mot « conscience » a eu deux significations en philosophie : celle de critérium interne pour distinguer le bien du mal, et celle de connaissance de l'existence de soi-même, de ses sensations et de ses idées. (*Selbsbewusstsein*). Ces deux significations, la première théologique et scolastique, et la seconde, proprement psychologique, sont analogues, malgré leur très apparente diversité, car elles

ont leur principe et leur base dans l'hérédité. L'hérédité fait acquérir aux organismes vivants la conscience psychologique et, plus tard, spécialement aux organismes humains, la conscience éthique. Si la conscience psychologique est une surévolution de la sensibilité primitive, la conscience éthique est une surévolution de la conscience psychologique.

La conscience sociale arrive ainsi à être la partie commune ou semblable de la conscience de tous et de chacun. Elle n'est pas, par conséquent, une conscience psychologique immédiate (*Selbsbewusstsein*) ; elle est doublement médiate : 1° parce qu'il y a un organe social qui l'établit ; 2° parce qu'il l'établit *dans sa forme morale* surévolue.

De même que le droit est une partie de l'éthique, la conscience juridique est une partie de la conscience sociale. Quant à la conscience de l'Etat, elle est celle du groupe dirigeant ou dominateur. Cette conscience de l'Etat coïncide-t-elle avec la conscience juridique de la société ? C'est là, précisément, ce que j'ai analysé, en d'autres termes, au paragraphe 56. Et le résultat de ces recherches est que la conscience de l'Etat est l'expression plus ou moins conservatrice et retardataire de la conscience juridique générale.

Le principe de la conscience juridique, comme entité qui formule et traduit le droit en paroles et en lois, étant établi de la sorte, on comprend que de l'unité de cette conscience, résulte l'unité psychologique du droit. Psychologiquement, le droit est un et unique. Sa division en droit public, en droit privé et en branches distinctes de ces deux droits, ne repose directement sur aucun principe biologique. Il n'y a là que des approximations de classement plus ou moins formelles. J'ai pourtant essayé d'établir scientifiquement la division bi-partite ; mais ce n'a été que pour faciliter une classification, qui est la plus générale et la moins illogique possible. Si j'ai cherché une

théorie délimitant cette division d'une manière presque essentielle c'est parce que la nature de la division s'y prête.

§ 79.

Facteurs psychiques de la conscience sociale.

La forme primaire, la forme la plus apparente et la plus spontanée de la conscience sociale, c'est la sympathie sociale ; j'appelle ainsi le sentiment de cohésion sociale par excellence, celui qui nous pousse à désirer le bien de nos parents, de nos concitoyens, de nos semblables. C'est quelque chose de plus que la justice et quelque chose de moins : quelque chose de plus parce qu'il est plus intense et plus désintéressé ; quelque chose de moins parce que ce sentiment n'a pas de sanction officielle ni coercitive. En Grèce et à Rome, ce fut l'*amitié*, si exagérée, de Platon et de Cicéron ; dans le christianisme, c'est la *charité* ; sous la Révolution française, la *fraternité*... Amitié, charité, fraternité, ne sont que les noms et les aspects divers d'une même force psychologique, d'un même sentiment fondamental, la sympathie.

Avoir de la sympathie pour son prochain, c'est ressentir ses douleurs et ses plaisirs ; c'est s'identifier, par un effort inconscient de l'intelligence, à sa situation triste ou heureuse. Ce sentiment est naturellement plus intense dans les circonstances douloureuses, parce qu'alors l'effort d'identification s'accompagne d'un autre, d'un sentiment de réaction contre la douleur, comme si celui qui sympathise occupait la place de celui avec qui il sympathise, comme s'il « était dans sa peau ». Les sensations agréables ne produisent pas une réaction semblable, il est donc clair qu'elles ne provoquent qu'une sympathie beaucoup plus faible. Ainsi, la sympathie la plus pure et la plus effective est toujours celle de la douleur, celle qui se traduit par la compassion.

Il résulte logiquement de ce concept de la sympathie humaine qu'elle dépendra en quelque sorte de la similitude ou ressemblance entre celui qui sympathise et celui pour qui il sympathise. Plus forte sera cette ressemblance, plus marquée pourra être la sympathie. C'est pourquoi il y a des gradations dans la sympathie humaine : l'affection paternelle, fraternelle, filiale, maximum de ressemblance, maximum de sympathie ; l'affection entre parents, entre amis ; la sympathie de classe sociale, de race ; la sympathie pour le genre humain, enfin... La sympathie peut même se ressentir pour d'autres espèces animales que l'homme ; et dans ce cas, elle est d'autant plus forte que l'espèce est plus analogue à l'homme ; on pleure la mort d'un chien, mais non celle d'un insecte, et moins encore d'un microbe.

On dit, il est vrai, « ton pire ennemi, c'est celui qui fait ton métier ». Mais ce phénomène, que l'on pourrait appeler « l'inimitié professionnelle » obéit à des causes ambiantes qui étouffent la sympathie spontanée ; ces causes sont les difficultés de la lutte pour la vie, l'ambition, la concurrence de tous les instants... Supprimez ces difficultés, cette ambition, cette concurrence, et vous obtiendrez chez les co-professionnels, un coefficient de sympathie assurément plus fort que chez des personnes ayant des professions distinctes.

C'est une profonde vérité que l'on ne connaît que ce qu'on aime. Aussi n'y a-t-il que l'amour, que la sympathie qui nous permettent de nous identifier à ce que nous désirons connaître ; il n'y a que la ressemblance, naturelle ou cherchée, qui facilite cette identification mentale.

L'amer aphorisme de La Rochefoucauld, disant que « nous nous réjouissons des malheurs de nos meilleurs amis » a cependant sa part de vérité et aussi son explication psychologique. Quand notre sympathie nous identifie mentalement à ces malheurs, cette identification nous cause un tel malaise, que notre organisme réagit et

réactionne avec l'idée qu'au bout du compte ce n'est pas notre moi qui souffre, mais celui d'un étranger, dont nous pouvons bien nous séparer et nous désidentifier... C'est cette réaction égoïste qui constitue la joie mystérieuse, diabolique, qui nous pénètre au plus profond de notre être quand nous compatissons à un ami qui nous est cher. Mais quand le malheur tombe, non plus sur un ami, mais sur un parent à qui notre vie et nos intérêts nous lient plus étroitement, alors la réaction n'est pas possible et la sympathie de la douleur nous anéantit.

L'*aptitude à sympathiser* est sans doute une capacité héréditaire qui tend à définir notre orientation éthique. C'est pourquoi le « surhomme » de Nietzsche serait avant tout un type atavique, ou mieux encore un *homunculus* créé, sans aucune trace héréditaire d'amitié ou de sociabilité humaine, dans les cornues d'un alchimiste métaphysicien. Il n'est pas possible, qu'après tant de siècles d'expérience ancestrale, d'éthique européenne ou gréco-chrétienne, un homme sain naisse exempt de sympathie humanitaire. Plus ses ascendants ont été cultivés et civilisés, plus sa capacité mentale et affective tend à être grande, pourvu que la dégénérescence n'intervienne pas ; et la sympathie humaine fait partie de cette capacité. D'où vient que l'homme blanc moderne peut être considéré comme organiquement altruiste, surtout quand il possède une intelligence supérieure. Nietzsche a présenté ainsi, dans sa vie pratique, un contraste saisissant avec ses doctrines ; il ressort de ses relations avec sa sœur, qu'il a chérie si profondément, malgré qu'elle fut femme, faible et stérile. Et l'idée me vient que ce qui a poussé ce singulier philosophe à formuler son éthique, c'est peut-être une sensibilité sympathique excessive, si excessive que, dans un milieu égoïste et médiocre, elle fut choquée au point de provoquer chez lui une lutte intense et définitive contre lui-même, qui eut ensuite pour résultat son œuvre surprenante. Des chocs et des crises pareilles ne sont pas

N.B.

rare dans la vie des hommes bien doués au point de vue affectif. Je les ai subis moi-même, et, par réaction, je suis allé alors spontanément aux extrémités opposées de la morale anti-altruiste. Ce ne fut, par bonheur, qu'une évolution passagère de mon adolescence, car je trouvai promptement un *modus vivendi*, qui remit l'équilibre entre les exagérations de ma philanthropie intérieure et la tiédeur du philanthropisme ambiant...

Il résulte de ma conception de la sympathie qu'elle est la forme la plus nette de la conscience sociale. Si la conscience sociale est le fond semblable et commun de tous et de chacun, ce fond, à son tour, se manifeste premièrement sous forme de sentiments sympathiques.

L'utilité de ces sentiments sympathiques est évidente, tant qu'ils se maintiennent logiquement dans l'orbite social, sans s'étendre à des races en antagonisme et à des nations naturellement ennemies. Ce sont eux qui facilitent l'action de la conscience sociale, ce sont eux qui donnent de la sincérité et de l'efficacité à la conscience juridique, ce sont eux, enfin, qui constituent le *trait d'union* de la société, le plus fort et le plus intime. Qu'elle s'appelle amitié, charité, fraternité, la sympathie sociale est le ressort indispensable de toute unité morale, juridique et politique. Vient-il à manquer, le peuple se désagrège et s'épuise en luttes intestines, le peuple tombe. Carthage, Rome, Byzance, la Pologne, et tant et tant d'orgueilleux empires ont été renversés dans la boue de l'histoire, pour avoir manqué de sentiments sympathiques : de là est venue leur chute, plus que de la force de leurs ennemis. Il y a toujours eu des peuples puissants et avides, à côté de peuples petits et modestes, sans qu'en règle générale ces derniers aient péri de la main des premiers. Pour qu'un peuple soit une proie facile, sa petitesse et sa pauvreté ne suffisent pas, il faut plus encore, qu'il soit miné, ébranlé, épuisé par des luttes intestines, fratricides et suicides.

Les juristes indiquent le sentiment de la justice comme

Note

suffisant pour maintenir et préserver l'ordre social. Je crois, pour moi, que ce sentiment de la justice est insuffisant en lui-même ; la conscience juridique a besoin de s'identifier à la conscience sociale, et celle-ci à la sympathie sociale.

La conscience sociale est moins la conscience psychologique, la conscience de soi de la société (*Selbstbewusstsein*) que sa conscience morale, celle de ses droits et de ses devoirs. La partie la plus intime de la conscience sociale, celle qui se rapproche le plus de la conscience psychologique est, dès lors, la sympathie sociale, l'amour de nos concitoyens, la conscience que nous avons de leurs peines et de leur joie. En ne m'appuyant plus sur un sentiment religieux, mais sur le positivisme scientifique et sur ce qu'il y a de plus pur dans mon idéal patriotique, je puis donc vous répéter, jeunes gens, la divine parole de Jésus : « Aimez-vous les uns les autres ». Et sachez que l'amour de vos proches contient parfois la violence et, je dirais, la haine, à l'égard de l'étranger.

La sympathie humaine dérive de la ressemblance spécifique entre celui qui a de la sympathie et celui pour qui il en a, elle est donc un produit de la spéciété humaine. Cependant, dans les chapitres précédents, j'ai posé ce phénomène de la spéciété, comme étant plutôt un principe d'antagonisme et de conquête, un sentiment plus ou moins accentué d'antipathie et de haine... La haine n'interviendrait-elle pas elle aussi dans l'engendrement de la conscience sociale. Evidemment, il résulte de ma théorie que les différences spécifiques produisent la lutte humaine et que la lutte engendre la politique. Par suite, les différences spécifiques forment l'antipathie, de la même façon que les ressemblances déterminent la sympathie. En conséquence, la haine est quelque chose comme le stimulant et le coadjuvant de l'amour. La conscience sociale, tout en étant le résultat direct de l'amour pour les siens, est aussi le résultat indirect de la haine pour l'étranger. Et

important

il serait difficile, sinon impossible, de dire lequel de ces deux sentiments, qui ont engendré la conscience sociale, a le plus contribué au développement de la culture dans les premiers temps de l'histoire ! D'où vient que, quand on néglige la haine pour expliquer la genèse sociale, on commet une profonde erreur psychologique et biologique. Il a été exposé dans ce chapitre que la sympathie est la base de la conscience sociale, mais j'ai simplement voulu dire par là que la spéciété humaine est à la fois l'origine de la sympathie et de l'antipathie ; que ces deux formes psychologiques sont cohérentes et concomitantes ; et, enfin, que l'antipathie pour les dissemblables resserre la sympathie pour les semblables et produit la conscience sociale. On peut donc dire que la société est un résultat de l'amour et de la haine. L'amour fait la cohésion sociale, et la haine la féconde. De leur accouplement, comme du choc de deux silex, sortira l'étincelle qui doit allumer le flambeau resplendissant de la civilisation. De leur accouplement vont naître l'éthique, le droit, l'Etat, le progrès.

N.B.

§ 80.

Le facteur religieux dans la conscience sociale.

Cette étude synthétique des facteurs psychiques de la conscience sociale, base immédiate de l'unité subjective du droit, serait incomplète si nous omettions l'élément religieux. On discute beaucoup, en effet, sur la « vérité » de la religion et très peu sur son utilité pratique. Et cependant, les derniers fondements de toutes les religions reposent toujours sur l'infini, sur la *causa causarum*, c'est-à-dire sur ce que l'on appelle aujourd'hui « l'Inconnais-sable » parce qu'il échappe à la faiblesse de l'intelligence humaine. Il serait plus scientifique de laisser de côté ces discussions transcendantales et d'étudier les avantages po-

sitifs ou les inconvénients que la religion entraîne pour le peuple. Cela rentre dans les limites du critérium de l'homme et peut avoir évidemment un effet ; car si l'on trouve dans la religion de l'utilité, il y aura tendance à la conserver ; ou à la corriger et à la diminuer, si elle offre des désavantages.

Il n'est pas douteux que les religions n'aient toujours provoqué, en même temps qu'une fortifiante antipathie pour les croyances des étrangers, un sentiment plus ou moins développé de sympathie sociale. La communauté de culte est, pour les hommes, un lien plus fort que celui de la communauté de langage et même d'origine. Croire au même Dieu, c'est sentir l'infini de la même façon, c'est se ressembler par les parties les plus nobles et les plus cachées de l'esprit ; c'est sympathiser au degré le plus élevé. Dès lors, quelle que soit une religion, sa première fonction est d'affirmer et de garantir un système éthique ; et elle compte pour cela, comme base psychologique, sur la sympathie réciproque qu'elle engendre parmi ses adeptes. Il n'importe qu'elle justifie les haines et les châtiments ; il n'importe qu'elle méconnaisse les réalités de la vie ; il n'importe que ses mythes soient cruels ou bienveillants, le seul fait de l'unité de ses sentiments mystiques signifie la cohésion sous son aspect essentiel de co-sympathie. Et cette relation directe entre la co-sympathie et la co-religion suffit pour établir, en termes généraux, l'utilité des sentiments religieux.

Aucune religion, sans excepter le bouddhisme, ne présente un lien aussi clair entre la co-religion et la co-sympathie que la religion chrétienne et cela dans sa genèse et ses mythes. Jéhovah, pour racheter les hommes, envoie son fils sur la terre, et ce fils se personnifie dans le plus pauvre des mortels, Jésus de Nazareth. Jésus ne prêche pas seulement la charité et l'humilité ; il les pratique au plus haut degré : il souffre toutes les douleurs et toutes les tentations de la vie humaine. Il enseigne : « Tu aimeras