
LE POUVOIR, L'ORDRE, LA LIBERTÉ ET LES ERREURS DES SYSTÈMES OBJECTIVISTES

Chaque discipline a ses postulats nécessaires. La science a besoin d'un déterminisme, non pas à la vérité d'un déterminisme absolu que la critique des Lachelier, des Boutroux, des H. Poincaré a démontré être inutile, mais d'un déterminisme relatif. Le Droit a besoin du libre arbitre, non pas du libre arbitre absolu, mais d'un libre arbitre relatif. La formule philosophique n'en a pas été donnée ; je vais m'efforcer de fournir quelques éléments pour son élaboration.

Ces éléments seront puisés dans les relations du pouvoir, de l'ordre et de la liberté individuelle examinées au point de vue du droit positif, tel qu'il se développe dans le plan historique. Dans cette perspective, l'ordre, représenté par les institutions, par les mœurs, par la réglementation positive, joue le rôle d'une limite à la fois pour le pouvoir et pour les libertés. Il ne faut pas confondre limitation avec subordination. Le Droit Positif n'admet point que le pouvoir et les libertés soient subordonnés à l'ordre : à l'intérieur des limites qui leur sont imposées, ils jouissent d'une certaine autonomie.

Il est vrai que cette autonomie elle-même n'est pas dépourvue d'une tendance vers l'ordre qui provient de ce que le pouvoir et la liberté contiennent de l'ordre en puissance, mais cette tendance spontanée est justement un aspect de leur autonomie.

Lorsque cette tendance se réalise, l'ordre établi est créé par le pouvoir et par les libertés, mais cela ne signifie point que l'ordre, en puissance dans l'esprit des hommes, se soit transformé de lui-même en ordre établi. Cela signifie, au contraire, que l'opération

s'est faite par certains actes libres des hommes et avec les modalités que ces actes ont imposées. De là, d'ailleurs, selon les temps et les lieux, tant de variété dans les jurisprudences, tant de fantaisie et souvent tant d'arbitraire.

Historiquement, les sociétés débutent dans un grand désordre, l'ordre n'est créé que par une pénible conquête et pour remédier aux souffrances engendrées par les désordres prolongés; alors que les clans primitifs éprouvaient l'impérieux besoin de se confédérer en des cités nationales, combien n'a-t-il pas fallu de siècles pour extirper la plaie des vendettas de clan à clan et de famille à famille qui s'opposait à la soudure définitive des populations.

Voilà avec quel degré d'autonomie et sous la pression de quelles nécessités s'établissent les relations positives entre le pouvoir, l'ordre et la liberté. Si ce degré d'autonomie est relatif, en revanche, il est nécessaire :

1° D'abord, une autonomie relative de la volonté individuelle dans la création du droit est nécessaire pour la marche des entreprises économiques que l'ordre individualiste met à la charge des individus. Il faut à ceux-ci des initiatives juridiques et des responsabilités. Sans doute, dans la création du droit par les actes juridiques, leur volonté n'a plus d'action que sur le contenu des actes, la puissance publique s'est emparée de la force exécutoire; mais le contenu des actes c'est la matière consensuelle des décisions et des obligations, et cette matière, leur volonté la domine. Les clauses d'un testament seront interprétées par le juge d'après la volonté du testateur et celles d'un contrat d'après la volonté des parties; la matière du droit, en tant que consensuelle, est donc créée par la volonté individuelle et, malgré que la Puissance publique intervienne dans les formes et dans les sanctions, cela reste important.

Si nous entrons faire un tir chez Gastine-Renette, nous lui empruntons son stand, ses armes et l'authenticité du carton, mais notre œuvre personnelle restera quand même la plus importante si nous plaçons bien nos balles et l'effet, c'est-à-dire l'honneur, en sera pour nous. Notre acte aura été encadré et authentiqué; mais, dans ces limites, il n'aura pas été subordonné.

Sans doute, le domaine dans lequel joue l'autonomie juridique individuelle, très élargi pendant la période de libéralisme écono-

mique, commence à se rétrécir; il y a la théorie de l'abus des droits, la renaissance des institutions, la substitution de la théorie du risque à celle de la faute dans la matière des accidents du travail, etc. Mais ce sont là des fluctuations historiques comme celle du libéralisme et de l'interventionnisme et qui affectent de faibles étendues. Le colmatage de la baie du mont Saint-Michel ne doit pas être confondu avec le dessèchement de la Manche. L'autonomie de la volonté individuelle et le principe de la responsabilité subjective constituent l'armature du Droit Privé et du Droit Criminel, c'est-à-dire des quatre cinquièmes du Droit. Historiquement, ce principe juridique s'est organisé par un lent progrès lié à celui de la civilisation sédentaire; il n'y a aucune raison pour qu'il disparaisse tant que durera cette civilisation¹.

2° La création du Droit par un pouvoir politique doué d'une certaine autonomie n'est pas moins nécessaire au Droit positif; il peut renoncer à la souveraineté absolue de la Puissance publique, mais non à sa souveraineté relative. Le gouvernement des groupes humains, qui ne s'exerce que par la création continue de l'ordre et du droit, exige que ceux qui gouvernent puissent eux-mêmes créer du droit.

Cette création autonome du Droit par le pouvoir politique est combattue par les Systèmes objectivistes avec plus d'acharnement encore que l'autonomie juridique de la volonté individuelle. Ils partent de ce postulat qu'il n'existe pas de bonne justification du droit de commander et qu'il est impossible d'en trouver une, en quoi ils font preuve d'une bien mauvaise mémoire.

Il existe une très vieille et très bonne justification juridique du droit de commander; elle se trouve dans le consentement des gouvernés. Cette vérité traditionnelle avait été chargée dans la cale du *Mayflower* par les *pilgrims* puritains d'Angleterre, lorsqu'ils partirent pour coloniser l'Amérique, et ils la retrouvèrent dans leurs archives au jour de l'indépendance, pour la clouer en tête de leur déclaration: « La base de l'autorité se trouve dans le consentement des gouvernés ».

Cette affirmation juridique a toutefois besoin de quelques

1. Sur la civilisation sédentaire, voir mon article sur l'« Ordre social, la Justice et le Droit », dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1927, p. 795: « La subsistance des nations sédentaires postule la production individualiste, l'entreprise individualiste et une certaine création subjective du droit. »

commentaires qui déterminent son caractère à la fois relatif, suffisant et nécessaire.

Ce ne sont pas les commandements du pouvoir, au moment où ils sont produits comme des actes, qui sont acceptés par le peuple. Ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande. Selon les temps, les lieux et les circonstances, ce sera l'institution de la Couronne ou celle de l'État ou n'importe quelle autre. L'essentiel est qu'il existe dans le groupe une institution politique acceptée des sujets par un large consentement coutumier; le consentement coutumier s'applique aux institutions comme aux règles de droit, et c'est même par les institutions qu'il commence. Un pouvoir crée une institution qui devient coutumière et sur laquelle il s'appuie ensuite pour créer du droit au nom de l'institution; ainsi s'établit la filière.

Cette explication ne fournit pas une théorie exhaustive du pouvoir; elle est purement pratique, *Jhering* l'eût appelée une *protection avancée du pouvoir*, de même que la possession est une protection avancée de la propriété. En fait, cette construction juridique suffit à tous les besoins : outre la justification du droit de commander, elle assure la continuité du pouvoir en l'associant à celle de l'institution politique; elle fournit une base pour la dévolution du pouvoir; elle crée l'opposition des gouvernements de droit et des gouvernements de fait; elle s'adapte aux événements qui transforment les gouvernements de fait en gouvernements de droit; elle contient même en germe la théorie du gouvernement représentatif, puisque les Chefs n'ont jamais eu de pouvoir de droit que lorsqu'ils ont commandé *au nom d'une institution politique* acceptée des sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils ont agi en qualité de représentants, non pas encore du peuple, mais d'une institution voulue par le peuple.

3^o Une certaine autonomie de l'Ordre est elle-même nécessaire à la vie du Droit Positif, non pour tout conformer, mais pour tout limiter. Nous avons rencontré plus haut l'une des formes sous lesquelles se manifeste l'autonomie de l'ordre; il s'agit de l'ordre en puissance qui chemine à l'intérieur du pouvoir et de la liberté, qui, sans doute, ne se réalise que par l'intermédiaire d'un acte libre, qui n'a point nécessité cet acte, mais qui, tout de même, l'a sollicité.

Il y a une autre forme plus objective de la vie propre et autonome de l'ordre, ce sont les institutions et, surtout, les institutions corporatives. Tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions. Les institutions constitutionnelles limitent le pouvoir, s'équilibrent les unes les autres et évoluent selon les besoins. Il faut avoir des œillères pour déclarer qu'il n'y a pas d'auto-limitation du pouvoir. Il n'y en a pas sous forme de résolution prise *in petto*, mais il y en a sous forme de création d'institutions parce que, là, le pouvoir appelle à son secours la force vive de l'ordre lui-même, et c'est pour mieux se lier les mains. Depuis un siècle les gouvernements successifs de la France avaient périodiquement pris la résolution de consacrer des disponibilités du budget à l'amortissement de la dette publique, mais il ne s'était jamais trouvé de disponibilités. Au mois d'août 1926, un amendement constitutionnel a organisé une caisse autonome d'amortissement et lui a constitué une dotation. Depuis, l'amortissement fonctionne et l'autorité budgétaire lui délivre annuellement sa dotation.

Avec l'ordre, ce qu'il faut craindre, ce n'est pas qu'il n'ait pas assez d'autonomie, c'est, au contraire, qu'il en ait trop et qu'il ne devienne trop envahissant. L'histoire nous avertit qu'il y a des précautions à prendre contre le développement excessif des institutions. Une saine philosophie doit se garder de son côté d'exagérer le rôle de l'ordre en puissance qui hante l'esprit de l'homme, parce qu'il étoufferait dans son germe le degré de liberté dont le droit positif a besoin. C'est l'erreur qu'ont commise les systèmes objectivistes; ils ont exagéré le rôle de l'ordre; ils ont réduit à rien l'autonomie du pouvoir et celle des libertés individuelles et ont ainsi détruit l'équilibre vivant du Droit positif.

* *

On pouvait depuis longtemps déjà diagnostiquer l'erreur des systèmes objectivistes, mais le difficile était de la rendre saisissante. Nous devons être reconnaissants au professeur viennois Hans Kelsen de nous en avoir fourni le moyen. Dans le très hardi et très élégant système que nous analysons plus loin, il assimile

l'ordre objectif à l'ordre statique et subordonne étroitement le dynamique au statique. Cela aboutit pratiquement à l'arrêt du mouvement du droit ; or, le droit positif, qui se déroule dans le plan historique, est essentiellement un Droit en mouvement. La contradiction et l'erreur sautent aux yeux.

Il paraîtrait même invraisemblable qu'un juriste et un philosophe de la valeur de Kelsen n'eût pas aperçu cette conséquence inacceptable de son système, si l'on ne savait : 1° que l'ordre social est couramment assimilé à la stabilité sociale ; 2° que la stabilité sociale est généralement prise pour une forme du statique, alors qu'au contraire elle est une certaine forme du mouvement.

La stabilité sociale résulte du mouvement lent et uniforme des transformations d'un système social ordonné. — Cette conception se déduit directement de l'expérience historique, mais on la retrouve en mécanique et en thermodynamique ; nombreuses sont les hypothèses où la stabilité d'un système physique se ramène à la même formule. La stabilité d'un organisme vivant est également du même ordre, car il n'y a pas d'organisme qui ne change constamment dans toutes ses parties, mais les changements sont lents et uniformes et l'équilibre général n'en est pas affecté.

Ce que les hommes appellent stabilité, ce n'est pas l'immobilité absolue, c'est le mouvement lent et uniforme qui laisse subsister une certaine forme générale des choses à laquelle ils sont habitués. Tous font dans le « temps » le voyage long ou bref de la vie, et, quand le paysage social familier ne se modifie pas trop rapidement autour d'eux, ils ont l'impression de n'avoir pas bougé. Leur soif de bonheur se contente de cette relativité et même leur soif de spéculation et d'entreprise, car sur cette stabilité relative s'édifient leurs calculs qui, à la vérité, sont des calculs de probabilité.

Ce qu'ils appellent « temps troublés » et considèrent comme le contraire de la stabilité et de l'ordre, ce sont les périodes où l'évolution sociale s'accélère ou se précipite en révolution ; celles aussi où il se produit des dislocations dans l'ensemble des situations et institutions sociales, les unes se maintenant, les autres s'écroulant.

Ainsi, les hommes ont intégré le temps dans leur géométrie

de la stabilité sociale et ont fait de la relativité sans le savoir.

Ces développements se greffent admirablement sur la conception bergsonienne de la durée et de la vie telle qu'elle est exposée dans *l'Évolution créatrice*. D'après l'éminent philosophe, il y aurait dans la nature un élan vital qui se caractériserait par la création continuelle du nouveau et qui, par là, créerait en quelque manière la durée dans son mouvement irréversible. Cela est vrai, et il est génial d'avoir ramené la création de la durée à la création du nouveau par le moyen de la vie. Mais il est permis d'ajouter que, peut-être, la création du nouveau ne produit une durée que par l'intervention d'un rythme de ralentissement. C'est ainsi que l'évolution des formes vivantes est coupée par les paliers des espèces et celle des formes sociales par ceux des institutions ; à l'intérieur des espèces et des institutions le mouvement des transformations est à la fois ralenti et uniformisé. Sans ce rythme modérateur, l'arbre de la vie eût jailli avec la soudaineté des bouquets de feu d'artifice qui sont flambés en un moment.

Les frottements et les résistances que l'élan vital rencontre dans sa course sont la cause naturelle des ralentissements, mais en matière sociale, et spécialement dans l'organisation de l'État, il est remarquable que l'industrie de l'homme soit venue en aide à la nature en créant des équilibres de pouvoirs qui scandent les échappements de l'aiguille du temps avec la régularité d'un balancier¹.

Le mouvement lent et uniforme d'un système social est le résultat d'un conflit entre des forces de stabilisation et des forces de mouvement, et, de ce conflit, on peut affirmer deux choses :

1° Les forces de mouvement l'emporteront sur les forces de stabilisation ; elles l'emporteront de peu, et c'est pourquoi le mouvement social sera lent et uniforme ; mais elles l'emporteront tout de même, sans quoi il n'y aurait plus de mouvement du tout et donc, plus de vie, car la vie est un mouvement ;

1. Je ne me serais pas permis de proposer cette légère addition à la doctrine bergsonienne si elle m'avait été suggérée par la lecture de *l'Évolution créatrice* ; mais mes idées sur le mouvement social lent et uniforme et sur les équilibres qui, d'ailleurs, sont tirées de la mécanique et de la thermodynamique, apparaissent déjà dans ma *Science sociale traditionnelle* de 1896 et dans mon *Mouvement social* de 1899. C'est une simple rencontre et je reconnais que l'idée de la création du nouveau était plus difficile à trouver que celle du mouvement ralenti, beaucoup plus.

2° Les forces de mouvement et de changement ne sont pas nécessairement des forces de désordre, car il y a des changements qui sont pour organiser un ordre meilleur. Les forces de stabilisation, de leur côté, ne sont pas toujours pour la conservation de l'ordre le meilleur. Cela prouve que, dans l'équilibre mobile d'où résulte le mouvement social ordonné, s'affrontent des forces matérielles et des forces morales. Mais nous n'avons pas ici à entrer dans une discrimination des deux, car les forces morales, aussi bien que les matérielles, doivent s'accommoder de cette relativité du mouvement lent et uniforme qui, seule, nous intéresse ici.

C'est bien là le plan historique où se déroule la vie du droit positif. Il y avait hier un certain état de l'ordre social et du droit ; il y en a un autre aujourd'hui ; il y en aura un troisième demain ; ce passé, ce présent et cet avenir sont les étapes de l'évolution d'un même système social et d'un même corps de droit ; des rapports de séquence rattachent l'une à l'autre ces étapes, en même temps que des rapports de coexistence relient les diverses parties du système. Le passé de cet ensemble d'institutions explique leur état présent et projette de la lumière sur leur avenir. A toutes les belles époques, le Droit a été étudié dans cette perspective historique qui est la plus proche du réel.

*
*
*

Examen des systèmes statiques et objectivistes. — Ces systèmes se présentent volontiers comme objectifs, et ils le sont, en effet, puisqu'ils éliminent le fait volontaire de l'homme qui est la source du subjectif ; mais ils sont surtout statiques par leur conception erronée de l'ordre social, et c'est sous cet aspect statique que nous les examinerons, parce qu'il fait apparaître leur incompatibilité avec la vie.

Nous en analyserons deux qui, avec des points de départ différents, arrivent sensiblement aux mêmes résultats : celui de Kelsen et celui de Duguit.

1° *Le système du Droit transcendant et statique du professeur Hans Kelsen*¹. Nous commençons par cette doctrine, bien qu'elle

¹ Aperçu d'une théorie générale de l'État, article de KELSEN, *Revue du Droit public*, 1926, p. 561 et suiv. ; ouvrages allemands de KELSEN : « Hauptproblem der Staatsrechtslehre », 1911, *Allgemeine Staatslehre*, 1925 ; t. XXIII de l'*Ency-*

soit la dernière en date, d'abord parce qu'elle est transcendantale, ensuite parce qu'elle est plus logique et plus nette dans ses conclusions.

Nous n'avons, d'ailleurs, nul besoin de l'analyser dans sa structure interne, mais seulement dans ses postulats. Le système s'expose en deux plans dont l'un, consacré à l'*ordre juridique et étatique, est statique*, et dont l'autre, consacré à la *création de l'ordre, est dynamique*. Cette dichotomie aurait pu conduire l'auteur à des résultats heureux ; mais, ce qui gâte les choses, c'est la façon dont le plan dynamique est subordonné au statique.

Plan statique. — Dans ce plan, l'ordre juridique et étatique est envisagé comme l'expression d'un impératif catégorique de la raison pratique ; il devient une insertion directe du transcendantal dans la société. Il représente un *Sollen* (ce qui doit être) s'insérant dans le *Sein* (ce qui est), afin de le conformer à l'ordre. Cet impératif catégorique, tiré de la philosophie kantienne, se traduit en un ordonnancement d'idées objectives supérieures aux consciences humaines, nécessitantes pour elles et dont celles-ci peuvent seulement se former des concepts subjectifs qui aideront à leur réalisation pratique. (Art. de la *Revue du Droit public*, p. 565-570.)

Mais notre auteur n'est pas seulement kantiste, il est aussi, il le déclare lui-même, panthéiste idéaliste et, par conséquent, moniste. Son monisme va se traduire immédiatement par un second postulat, à savoir que, dans le plan statique, l'État et le Droit se confondent. Il y a identité entre eux, parce que l'État n'est qu'un ordonnancement juridique de normes en qui se résument les organes et les fonctions et en ce que le pouvoir de l'État n'est lui-même que la validité du système juridique aboutissant à l'emploi de la contrainte [car l'État est une organisation essentiellement coercitive]. (P. 572, 574.)

Les individus, envisagés en tant que personnes juridiques, ne sont eux-mêmes que des ordonnancements de normes, mais qui restent distincts de l'ordonnancement juridique-étatique et, d'ailleurs, distincts les uns des autres.

clopédie de la Science du Droit et de l'État de KOHLRAUSCH. Cf. une analyse faite par DUGUIR dans son *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., 1927, et J.-L. KUNZ, *La primauté du droit des gens*, *Revue de Droit international de Gand*, 1925, p. 564 et suiv.

Dans ce système exclusivement idéaliste, les êtres réels disparaissent, n'étant tous représentés que par des ordonnancements de règles. Cependant, les individus sont soumis à l'obligation d'obéir à l'État ou, du moins, ils subissent, sous forme d'obligation, la nécessité qui émane de la validité du système juridique étatique.

Mais, par contre, ils n'ont pas nécessairement de droits individuels qui soient opposables à l'État, parce que, de leur propre système juridique, n'émane aucune validité qui soit obligatoire pour celui-ci. Cette grave conséquence est la négation non seulement de la liberté politique, mais même des libertés civiles.

Plan dynamique. — La création de l'ordre juridico-étatique nous fait rentrer dans le plan dynamique et historique. Nous y voyons un certain nombre de choses intéressantes ; par exemple, que, si du point de vue statique, l'unité et l'indivisibilité du pouvoir d'État s'impose (ce pouvoir n'étant que la validité d'un système juridique), du point de vue dynamique de la création de l'ordre, il peut y avoir intérêt à admettre une séparation des pouvoirs (p. 620).

En ce qui concerne les sources du droit, nous y voyons que du droit peut être créé par le pouvoir législatif, par le pouvoir réglementaire, etc. ; mais gardons-nous de croire que, même dans cette perspective dynamique, l'auteur rejoigne la doctrine classique sur la libre création du droit par le pouvoir de droit. N'oublions pas que, pour lui, le plan dynamique reste dominé par le plan statique et que, par suite, les sources du droit positif resteront dominées par le Droit transcendant. D'abord, les sources du droit positif sont rigoureusement hiérarchisées l'une à l'autre. On remonte ainsi, en dernier ressort, à la constitution positive de l'État. L'auteur souhaiterait que l'on pût remonter à un statut international ; mais, en tout cas, au-dessus du plus haut statut positif, il y aura une constitution hypothétique transcendante. Il ne s'agit pas d'une hiérarchie qui, à chaque degré, laisse jouer une certaine liberté : non, le Droit a pour caractéristique de régler sa propre création : « Toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure ». Et ce ne sont pas des règles de procédure qui sont ainsi posées d'avance pour la création du droit ; les normes sont des règles de fond.

Ce n'est pas non plus un système répressif pour le droit mal créé analogue à celui qui fonctionne dans les pays qui admettent

le contrôle juridique de la constitutionnalité des lois, c'est un système préventif, en ce sens que l'invalidité de la disposition non conforme à la constitution hypothétique est immédiate. C'est une nullité de plein droit. Le pouvoir d'État n'est-il pas un système de validité et, *par conséquent, d'invalidité juridique* ? Notons encore, ce qui est parfaitement logique, la préférence de l'auteur pour l'administrateur et son dédain pour le juge. Dans un système aussi bien réglé, le juge ne serait qu'une cause de désordre ; le juge a un pouvoir incoercible d'arbitrage et de création spontanée du droit ; il ne serait fidèle ni à la norme, ni à la constitution hypothétique ; bien plus avantageux serait un administrateur bien stylé et devant lequel il n'y aurait point de débat. Napoléon n'avait-il pas ainsi tremblé pour son code civil en le livrant aux juges ?

Observations sur le système de Kelsen. — 1° Ce système, que nous n'apprécions pas dans sa structure interne, mais dans ses postulats, n'est pas une nouveauté complète en Allemagne ; il ne fait que pousser à ses conséquences logiques extrêmes, avec une force et une élégance auxquelles on doit rendre hommage, des idées plus ou moins exprimées déjà dans un courant de pensée qui dérive de Kant par l'intermédiaire de Fichte et Hegel. Notre collègue Carré de Malberg, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, parue en 1920, mais conçue et rédigée avant 1914, s'est inspiré de certaines de ces idées ; il admet pratiquement la confusion du Droit et de l'État : la grande source du Droit est la Constitution de l'État ; enfin, on doit restreindre le plus possible le rôle du pouvoir dans l'État.

Il semble qu'on se soit rejeté vers ce courant de la philosophie allemande pour échapper aux dangers de la doctrine de la *Herrschaft*, du moins tel paraît être le cas de M. Carré de Malberg ; mais, alors, on n'a évité un écueil que pour tomber sur un autre qui, pour être plus caché, n'en est pas moins dangereux.

2° En effet, si cette philosophie du Droit évite la théorie du pouvoir de domination de l'État, elle n'évite pas la domination d'un impératif catégorique qui équivaut à un ordre social essentiellement nécessitant. Le primat d'une liberté relative est remplacé par celui de l'ordre et de l'autorité. La maxime fondamentale n'est plus : « Tout ce qui n'est pas défendu est permis jusqu'à la limite » ; elle est : « Tout ce qui n'est pas conforme à la consti-

tution hypothétique est sans valeur juridique ». D'ailleurs, on nous le dit expressément : « Il n'y a pas nécessairement de droits individuels des sujets opposables à l'État ; par conséquent, il n'y a pas nécessairement de liberté ». Et puis, dans un système statique, que ferait on de la liberté ?

Le joug d'une pareille philosophie serait pour le droit pire que celui de la théologie : la théologie catholique pose le primat de la liberté humaine : l'ordre divin se propose à l'homme par la grâce, il ne s'impose pas comme une nécessité contraignante, tandis que l'ordre du Panthéisme idéaliste tel que le conçoivent les juristes post-kantiens s'impose à l'homme sous cette forme. M. Redslob se fait illusion (*Revue du Droit public*, 1926, p. 147). Cette philosophie du droit post-kantienne n'aura aucun succès en France, non pas qu'elle soit obscure, car elle n'est que trop claire, non pas qu'on la prenne pour un jeu de l'esprit, car elle n'est que trop sérieuse, mais parce que ses tendances sont inconciliables avec celles du Droit. Seule une philosophie de la liberté est compatible avec le Droit.

2° *Le système statique de Droit objectif de Léon Duguit.* — Antérieur de plus de vingt ans, ce système n'a pas du tout le même point de départ que celui de Kelsen. Duguit a horreur de la métaphysique ; il émet la prétention d'être réaliste, c'est-à-dire de n'admettre que ce qui tombe sous l'observation des sens. Il serait plutôt apparenté à Durkheim et à Auguste Comte. Sa grande préoccupation a été de supprimer le pouvoir comme source du Droit. D'une part, il trouve inadmissible qu'une volonté humaine, quelle qu'elle soit, puisse imposer une obligation à une autre volonté humaine ; il a perdu la notion du pouvoir de Droit qui s'exerce au nom d'une institution acceptée de tous et tel que nous l'avons rappelé. D'autre part, très préoccupé par la doctrine allemande de la *Herrschaft* alors régnante, il pense qu'il faut à tout prix soumettre l'État au Droit et ne voit pas de meilleur moyen que de l'empêcher de créer du Droit par son propre pouvoir, car, dit-il, tant que l'État créera du Droit, il n'y aura pas moyen de le soumettre ; il ne faut pas compter sur l'auto-limitation subjective de l'État, ce n'est pas une garantie, une résolution interne peut être détruite par une autre résolution interne. Il ne paraît pas qu'il ait songé qu'il exige une auto-limitation objective et proprement constitutionnelle, résultat de la

création d'institutions destinées à faire obstacle à certaines tentatives de l'État.

Quoiqu'il en soit du bien ou du mal fondé de ses griefs contre le pouvoir de Droit, voilà notre collègue conduit à séparer radicalement le Droit et l'État, position inverse de celle de Kelsen. Il va donc, maintenant, construire le système du Droit sans le secours de l'État, sans celui du pouvoir et sans celui de la métaphysique.

Il prend pour point de départ la notion positiviste d'un ordre des choses sociales conçu comme le prolongement de l'ordre des choses physiques. De cet ordre des choses découlent des normes. Dans un premier état de la doctrine, les normes n'avaient pas de source précise; dans un second état, elles ont la source que l'école de Savigny assignait à la coutume, le sentiment de la masse des consciences; ce sont de grandes règles de conduite senties comme devant être sanctionnées par une réaction sociale contre ceux qui les violeraient.

En ces normes, qui sont peu nombreuses, réside toute la validité du système juridique. Sans doute, il sera fait par le pouvoir politique des règles constructives, mais ces règles n'auront pas de valeur juridique par elles-mêmes, elles en auront seulement par leur conformité à l'une ou à l'autre des normes. Les individus, dans leurs transactions, feront des déclarations de volonté qui n'auront également de valeur juridique que par la conformité à la norme..., etc.

Quant à la sanction, elle se trouve directement dans la contrainte sociale ou étatique. Les normes ne sont pas obligatoires, elles sont seulement exécutoires. On se demande pour quelle raison Duguit a tenu à supprimer ici l'*obligatio juris*; on peut même se demander s'il y a règle de droit véritable sans *obligatio juris*; si la définition du Droit par la seule idée de précepte sanctionné par la contrainte est suffisante; si l'on ne glisse pas par là dans la répression disciplinaire où la contrainte accompagne immédiatement l'ordre donné; si, notamment, le droit pénal ne va pas se confondre avec la coercition, l'*obligatio juris* étant ce qui permet l'intervention d'un juge.

Quoiqu'il en soit de cette objection, attachons-nous à dégager le caractère statique du système.

D'abord, par la négation du pouvoir subjectif de création du droit, le mouvement juridique, qui résulte surtout des forces

subjectives est arrêté, à moins qu'on ne se trouve sous l'empire d'une norme qui, par exception, pose le principe d'une liberté, comme, par exemple, celle qui établit la liberté des conventions.

Dans tous les autres cas, le Droit ne peut se développer que dans la mesure des normes établies ou par l'établissement de nouvelles normes, mais c'est là une formation coutumière d'une extrême lenteur. Le système tend donc vers l'immobilité coutumière, avec cette particularité qu'il s'agit de coutumes à établir dans un grand pays et prenant forme de préceptes très généraux, ce qui n'est guère le genre habituel des coutumes.

Pour l'auteur lui-même, il n'est pas douteux que l'objectif doive l'emporter sur le subjectif et le statique sur le dynamique ; là-dessus il s'est expliqué maintes fois et il a écrit deux livres pour se persuader que les transformations du Droit évoluaient infailliblement vers l'objectif.

Que la logique de son système substitue le primat de l'ordre à celui de la liberté, il le voit peut-être moins nettement, mais c'est le postulat d'Auguste Comte¹ et, d'ailleurs, l'objectif ne saurait s'assujettir le subjectif sans que l'ordre s'assujettisse la liberté.

Malgré certaines apparences dues au tempérament vigoureusement individualiste de l'auteur, ce système est donc en contradiction avec les postulats du Droit positif autant que celui de Kelsen et, autant que lui, il est impropre à la vie.

MAURICE HAURIU.

1. *Catéchisme positiviste* (huitième entretien). L'erreur d'Auguste Comte est de dire : « La liberté est la conformité à l'ordre » au lieu de : « La liberté est la faculté de se conformer à l'ordre ».

Pour la subordination du dynamique au statique, autre erreur. Voir *eodem loco* (sixième entretien).