

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL
établie avec le concours de la
DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

LE FONDEMENT
DE
L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF
EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

Mircea DJUVARA

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest,
Ancien Ministre de la Justice.

(EXTRAIT DU RECUEIL DES COURS)



LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

—
1939

LE FONDEMENT
DE
L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF
EN DROIT INTERNATIONAL

1956

Donation autorubric.

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL

établie avec le concours de la

DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

Inv. A. 52.602

LE FONDEMENT
DE
L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF
EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

Mircea DJUVARA

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest,
Ancien Ministre de la Justice.

67058

DONATION

(EXTRAIT DU RECUEIL DES COURS)



LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

—
1939

CONTROL 1953

Cota	7150
Inventor	67058

RO 230/01

B.C.U. Bucuresti



C67058

6524

NOTICE BIOGRAPHIQUE

M. MIRCEA DJUVARA, né à Bucarest (Roumanie) le 18 mai 1886. Etudes universitaires en Roumanie, en France et en Allemagne. Titulaire de la chaire de « théorie générale du droit avec applications au droit public », transformée depuis le 1^{er} novembre 1938 en chaire d' « encyclopédie et philosophie du droit », à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest, Membre correspondant de l'Académie roumaine; membre étranger de l'Académie des Sciences et des Arts de Boston (U. S. A.); vice-président de l'Institut international de Philosophie du droit et de sociologie juridique; président de l'Institut roumain de Philosophie du droit; membre du Comité de Direction de l'Institut social roumain et de l'Institut royal administratif roumain.

Ancien ministre de la Justice; ancien ministre d'Etat; ancien membre de la délégation roumaine aux Conférences de la Paix à Paris en 1919; ancien membre de la Chambre des Députés (1922-1938); ancien délégué de la Roumanie aux Assemblées générales de la Société des Nations, à la Conférence roumano-soviétique de Vienne en 1924 et à diverses autres conférences internationales; président d'honneur et ancien président actif du Groupe interparlementaire roumain et du groupe interparlementaire roumain pour le Commerce; ancien président du Comité exécutif de l'Association roumaine pour la Société des Nations et ancien vice-président de l'Union internationale pour la Société des Nations.

Membre du Barreau de Bucarest; administrateur de plusieurs sociétés commerciales et industrielles en Roumanie.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

(ayant trait au droit en général, à la philosophie
et à la politique générale).

- Nouvelles modes en philosophie : le pragmatisme (en roumain), *Convorbiri literare*, 1909, Bucarest.
- Considérations sur la nature de l'espace et du temps (en roumain), *Convorbiri literare*, 1911, Bucarest.
- L'espace et le temps dans la théorie électromagnétique, *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, Paris; 2^e éd. (en roumain), complétée : *La philosophie de la relativité restreinte*, 1923, Bucarest.
- L'éducation sexuelle, *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, Paris.
- Le fondement du phénomène juridique : quelques réflexions sur les conditions logiques de la connaissance juridique, 1 vol., 1913, Sirey, Paris.
- Le changement, centre d'une nouvelle philosophie (en roumain), *Convorbiri literare*, 1912, Bucarest.

- L'idée d'évolution dans la philosophie bergsonienne (en roumain), *Convorbiri literare*, 1914, Bucarest.
- Observations sur le droit de propriété (en roumain), 1 broch., 1915, Bucarest.
- Le principe des nationalités (en roumain), 1 vol., 1915, édition du Cercle d'études du parti national-libéral, Bucarest.
- La guerre roumaine, préface d'Emile Boutroux, 1 vol., 1919, Berger-Levrault, Paris.
- Les sacrifices roumains, *La Roumanie*, conférences données par Lacour-Gayet, de Martonne, Jean Richepin, Charles Diehl, Raphaël-Georges Lévy et M. Djuvara, présidées par Painlevé, S. A. I. le prince Bonaparte, Louis Barthou, René Viviani, Gaston Doumergue et Louis Marin, 1 vol., 1919, Union française, Paris.
- Observations sur les Conférences de la Paix de Paris de 1919 (en roumain), *Democratia*, 1919, Bucarest.
- La réorganisation du Sénat et Considérations techniques sur sa composition dans l'hypothèse de la représentation des intérêts, 2 broch., 1920, Bucarest.
- Nos nouveaux territoires, la Constitution et la Constituante (en roumain), *Democratia*, 1921, Bucarest.
- Les traités de paix de 1919 (en roumain), conférence à l'Institut social roumain, 1921, Bucarest.
- Le droit de liquider les avoirs ennemis (en roumain), *Pandectele romane*, 1921, Bucarest.
- De la faculté de renoncer à une succession, *Pandectele romane*, 1922, Bucarest.
- L'état de mobilisation en droit public (en roumain), *Pandectele romane*, 1923, Bucarest.
- Le pouvoir législatif (en roumain), conférence à l'Institut social roumain, 1923, Bucarest.
- Evolution et Révolution (en roumain), conférence à l'Institut social roumain, 1924, Bucarest.
- La liberté éthico-juridique chez Kant (en roumain), *Revista de filosofie*, 1924, Bucarest.
- Le droit constitutionnel du législateur ordinaire d'organiser une voie procédurale rétroactive, *Pandectele romane*, 1925, Bucarest.
- Le pacte commissoire dans les contrats synallagmatiques (en roumain), *Pandectele romane*, 1925, Bucarest.
- La conception du droit chez Kant, conférence à l'Université libre, 1927, Bucarest.
- Observations sur l'enseignement juridique en Roumanie (en roumain), *Revista Invatamântului*, 1927, Bucarest.
- Le Danube, considérations juridiques et politiques (en roumain), *Archiva pentru Reforma sociala*, 1928, Bucarest.
- Qu'est-ce que la démocratie ? (en roumain), *Annuaire de l'Athénée roumain*, 1928, Bucarest.
- La différence entre le juridique et le politique (en roumain), *Dreptul*, 1928, Bucarest.
- La science politique et la pratique de l'homme d'Etat (en roumain), conférence à l'Institut social roumain, 1929, Bucarest.
- De l'interprétation et de la nature de la volonté du législateur (en roumain), *Pandectele romane*, 1929, Bucarest.
- La structure juridique du capitalisme moderne (en roumain), conférence à l'Institut social roumain, 1929, Bucarest.
- Observations méthodologiques sur le phénomène juridique (en roumain), *Archiva pentru Reforma sociala*, 1929, Bucarest.

- L'individu et la liberté morale*, conférence à l'Université Libre, 1929, Bucarest.
- Théorie générale du droit* (en roumain), 3 vol., 1930, Socec, Bucarest.
- Considerazioni sul metodo induttivo nella scienza giuridica, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1931, Rome.
- La théorie de la cause à la lumière de la théorie du droit, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1932, Brno, Tchécoslovaquie.
- La philosophie du droit : les doctrines contemporaines* (en roumain), extrait du volume dédié au professeur C. Radulescu-Motru, 1932, Bucarest.
- Cours d'introduction à la science politique* (en roumain), leçons à l'Ecole de Haut Commandement du grand Etat-Major roumain, 1 vol., 1932, Bucarest.
- La nature de la loi (en roumain), *Pandectele romane*, 1933, Bucarest.
- De certains droits du mineur, *Pandectele romane*, 1933, Bucarest.
- De la constitutionnalité d'un pourvoi exceptionnel en cassation contre certaines adjudications, *Pandectele romane*, 1934, Bucarest.
- Sources et normes du droit positif, *Annuaire de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1^{re} session, 1934, Sirey, Paris.
- Droit rationnel, sources et droit positif* (en roumain), 1 vol., 1934, Socec, Bucarest.
- Droit rationnel et droit positif, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. I, 1935, Sirey, Paris.
- De la garantie constitutionnelle de la propriété, à l'occasion de la loi roumaine sur la liquidation des dettes agricoles du 4 avril 1934 (en roumain), *Pandectele romane*, 1935, Bucarest.
- Relativita e diritto, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1935, Rome.
- La Société des Nations et le conflit italo-abyssin* (en roumain), 1 broch., 1935, Bucarest.
- Réflexions sur le problème de la souveraineté et sur la réalité juridique de l'Etat* (en français), extrait du volume dédié au professeur Paul Negulescu, 1935, Bucarest.
- De la tutelle administrative et de la nature des lois formelles, *Pandectele romane*, 1936, Bucarest.
- La natura della personalita giuridica, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1936, leçon donnée à la Faculté de Droit de l'Université de Rome, Rome.
- Droit et sociologie* (en roumain), extrait du volume dédié au professeur D. Gusti, 1936, Bucarest.
- Considérations sur la connaissance en général et sur la connaissance juridique en particulier : la réalité, la vérité et le droit, *Annuaire de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 2^e session, 1936, Sirey, Paris.
- La crise du droit international public* (en roumain), communication à l'Académie roumaine, publiée en français dans le volume dédié au professeur G. Meitani et en extrait, 1936, Bucarest.
- La liberté en droit positif et en droit rationnel, conférence pour l'Institut Social Roumain à Kishineu (en roumain), *Revue des cours et conférences*, 1936, Bucarest.
- La pensée de Giorgio del Vecchio, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1937, Paris.
- L'éducation sociale*, conférence à l'Université libre, 1938, Bucarest.
- L'autonomie de la connaissance morale et juridique (en roumain), *Studii juridice*, 1938, Bucarest.
- Les prémisses philosophiques de la conception du droit de Giorgio del Vecchio (en français), *Revista de drept public*, 1938, Bucarest.

Le but du droit : bien commun, justice, sécurité, *Annuaire de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 3^e session, 1938, Sirey, Paris.

Dialectique et expérience juridique, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938, Brno, Tchécoslovaquie.

COURS FAITS A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BUCAREST,
ET POLYGRAPHIÉS EN ROUMAIN :

Théorie générale du droit : La méthode sociologique et la méthode juridique, 1921; Les relations entre le droit et la morale, 1922; Les éléments de la relation juridique, 1923; Les nouvelles conceptions sur l'idée de droit à contenu variable, 1924; Droit subjectif et droit objectif, 1925; Droit et utilité sociale, 1926; Principes de méthodologie juridique, 1927; La raison et le droit, 1928-1929-1931; Notions fondamentales en droit public et en droit privé, 1930; Le droit et les réalités sociales, 1932-1933; Le droit positif, 1934; La structure logique de la connaissance juridique, 1933; La dialectique créatrice de la connaissance juridique, 1936; L'expérience juridique, 1937; Histoire de la pensée juridique, 1938.

Droit public : L'Etat et les droits individuels, 1922; Le régime parlementaire et le principe majoritaire, 1923; L'Etat, organisateur du droit : la théorie de la souveraineté, 1924; Les origines françaises et anglaises de l'esprit du droit constitutionnel roumain, 1925; Les méthodes du positivisme sociologique en droit public, 1925; Les caractères juridiques de l'Etat roumain, 1926; Les organes du Gouvernement anglais : la Couronne et ses Conseils, 1926; Les organes du Gouvernement anglais : le Parlement, 1927; Les principes de la théorie générale de l'Etat, 1928-1929; La fonction législative et les faits sociaux, 1930.

LE FONDEMENT DE L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF EN DROIT INTERNATIONAL

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

LE problème du fondement de l'ordre juridique positif international a toujours été le problème dominant de notre science, mais il redevient d'actualité à un moment où la force semble de nouveau diriger la vie internationale et où, dans le domaine même de nos spéculations théoriques, un réexamen de nos idées et une « reconstruction » du droit international semble s'imposer à nos recherches¹.

Ce réexamen a non seulement un intérêt abstrait, mais aussi un intérêt pratique de premier ordre. Il s'agit en effet d'établir les principes d'après lesquels on pourra reconnaître et même interpréter les règles de droit à appliquer dans chaque cas particulier. Le conflit entre les normes admises et la vie réelle nous fait soupçonner l'existence de certaines normes latentes qui parfois dominent les normes apparentes et qui constituent les vrais régulateurs de l'ordre juridique réel dans les relations internationales.

1. Comp. Alejandro Alvarez, *Les résultats de la première conférence de codification du droit international*, 1931; *La reconstruction du droit international et sa codification en Amérique*, 1928. Voir aussi : *L'Institut des Hautes Etudes internationales : historique, organisation, enseignements*, p. 10-17; *Académie diplomatique internationale, séances et travaux*, 9^e année, nos 1-2, p. 13-48.

Le problème posé est loin d'être spécial au droit international. Il domine tout le droit. Il consiste à rechercher l'explication de l' « obligation » qui s'impose à chacun d'obéir aux prescriptions du droit positif. On ne saurait en effet admettre que le droit se confond avec la force et que la soumission au droit positif n'est qu'une simple question d'opportunité individuelle. Tout ordre juridique positif n'est au contraire qu'un essai plus ou moins réussi d'une méthode rationnelle qui consiste à rechercher le juste objectif dans les relations interhumaines en tenant compte de toutes les circonstances changeantes de fait dans lesquelles ces relations se produisent.

CHAPITRE II

L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF INTERNATIONAL

NOTRE première tâche sera de préciser les idées et de montrer en quoi consiste l'ordre juridique positif international dont il s'agit de trouver le fondement.

Le terme international s'applique ici aux relations sociales qui s'établissent non à l'intérieur d'un Etat, mais dans le milieu social qui résulte du fait de l'existence de plusieurs Etats. Une règle de droit est donc internationale quand elle régit cette vie sociale internationale. L'existence d'une diversité d'Etats dans le monde, considérés comme des groupes humains organisés ayant l'autorité de décider de leurs propres intérêts, est un fait incontestable. Sans des Etats ainsi conçus, le droit international n'existerait pas. Cette manière de définir notre science ne préjuge en rien sur la question tant controversée de savoir si les Etats seuls peuvent être sujets de droit international¹.

Le second terme à expliquer est celui d'ordre juridique, en faisant provisoirement abstraction de sa positivité éventuelle. Tout droit exprime un ordre juridique s'établissant dans l'activité libre des hommes entre eux². Toute règle de droit régit, en effet, des buts réels d'activité librement posés qui expriment ce qu'on appelle des intérêts, et cette réglementation représente un ordre par la hiérarchisation des intérêts en jeu.

Cet ordre n'est cependant pas un ordre naturel, car les

1. Comp. D. Josephus Jitta, *La rénovation du droit international*, La Haye, 1919, *passim*, p. 24 : « Le droit international est l'ensemble du droit public et du droit privé, considéré à un point de vue plus large que celui d'une seule nation, et une règle de droit est... une règle nationale ou une règle internationale, selon qu'elle est destinée à régir la vie sociale locale ou la vie internationale. »

2. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. Gidel, I, p. 43; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 2 et suiv.

règles juridiques sont violables par définition et elles ne se confondent pas avec les lois naturelles, essentiellement nécessaires en ce sens qu'il nous est impossible de nous soustraire à leur empire. Il s'agit donc d'un ordre qui s'établit non entre des réalités naturelles ou entre des êtres dénués de raison, mais entre des êtres libres, capables de choisir par la raison leurs fins d'activité et de se décider à vouloir une de ces fins¹.

Le droit ne saurait cependant régir les intentions et les sentiments en tant qu'ils ne se sont pas extériorisés et il laisse à la morale le soin de les régler. L'ordre juridique consiste, au contraire, en activités extériorisées : le droit s'occupe de ce que nous faisons et réalisons effectivement. Mais il n'y a pas de droit sans morale, car il ne saurait y avoir de droit sans des activités libres auxquelles il s'adresse. Toute règle de droit est sous l'empire de la morale, car elle ne peut avoir de validité juridique si elle est immorale et que, dans tous les autres cas, elle doit être de celles que la morale permet. On peut même dire que le droit a pour but la morale, car ses règles sont établies afin de permettre le libre épanouissement de la vie de chacun.

L'ordre juridique signifie, dès lors, la détermination de certaines limites entre les libres activités réelles par la systématisation de leurs fins : l'idée de cette systématisation est l'idée même de justice, car celle-ci représente essentiellement la généralisation des fins de notre libre activité extériorisée, en supposant des circonstances de fait identiques. L'idée de justice, qui se trouve ainsi à la base de tout ce qu'on peut concevoir sous le nom d'ordre juridique, est donc une simple méthode rationnelle pour déterminer si une action donnée est juste; elle se réalise historiquement dans des consciences individuelles ou sous forme de phénomènes sociaux, et les idées qu'elle fait ainsi apparaître sur ce qui est juste ou injuste peuvent être plus ou moins réussies, comme toutes les idées qui poursuivent des vérités.

Il nous reste à déterminer encore ce qu'on doit entendre par la positivité de l'ordre juridique.

1. Kant, *passim*.

Tout ordre juridique implique une multiplicité de règles ou normes, combinées entre elles, dont chacune énonce soit un commandement, soit une interdiction, soit une permission. Les actions qui sont ainsi visées peuvent intervenir effectivement en violation des commandements ou des interdictions; on peut également ne pas user dans la vie réelle des facultés que le droit confère sous forme de permissions. Nous avons dit, en effet, que les normes juridiques sont essentiellement violables.

Les actions effectuées en exécution ou en violation des normes juridiques sont des réalités naturelles, et spécialement des réalités sociologiques. On peut les expliquer par leur genèse réelle et par leurs antécédents : on en donne alors une explication naturelle. Mais, d'un autre côté, toute action réalisée par quelqu'un dans une société donnée peut être rapportée à une norme juridique qui la permet, l'impose ou l'interdit : c'est un autre genre d'explication qui est sa justification juridique¹.

En fait, une société présente toujours un ordre réel établi entre les activités de ses membres, en limitant leurs volontés : cet ordre de pur fait est ce qu'on peut appeler l'ordre sociologique. Par le mouvement des forces de stabilisation, un équilibre se constitue, dans lequel s'affrontent des forces matérielles et des forces morales. Cet équilibre est mobile, c'est, en réalité, un mouvement de l'ensemble des situations et des relations sociales², parfois lent et uniforme, d'autres fois accéléré par des convulsions qui peuvent devenir violentes, sous forme de guerres ou de révolutions.

Mais on doit toujours pouvoir considérer chacune des activités réelles qui constituent un ordre sociologique sous l'angle d'une série de règles juridiques. Ces règles sont le droit positif de la société respective. Le droit positif d'une société est donc en ce sens le droit qui correspond juridiquement à son ordre sociologique. Mais l'ordre sociologique est un

1. Comp. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, p. 1-11, 37.

2. Comp. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 1-83; A. Levi, *La société et l'ordre juridique*, 1911.

pur fait, explicable par des causes naturelles, et il comprend même les activités illicites, alors que l'ordre juridique réside dans les relations qu'on peut établir entre les actions réelles et une série de normes juridiques, essentiellement violables, et il condamne certaines actions comme illicites. Ce qui intéresse le juriste, c'est cette justification des actions par des normes juridiques; il amplifie ces normes, il en tire des conséquences, il établit des principes, il les développe par des moyens techniques : il s'occupe, en un mot, du contenu des pensées juridiques qui s'appliquent à une société donnée, et non de leur réalité psychologique ou sociologique comme telle.

L'ordre juridique positif et l'ordre sociologique sont donc deux choses distinctes. Leur point d'intersection se trouve dans les actions réelles, dont chacune peut être considérée comme un acte juridique au sens large, c'est-à-dire un acte qui modifie plus ou moins l'ordonnement des situations juridiques antérieures. Chacun de ces actes consiste en une transmission de biens moraux ou matériels d'une personne ou d'un groupe à un autre groupe. Il représente ainsi chacun, soit une acquisition ou une aliénation, soit un échange sous forme d'une acquisition et d'une aliénation combinées. C'est de là que résulte ce qu'on appelle l'interdépendance ou la solidarité sociale. Tout acte social réel est donc, sous un autre aspect, un acte juridique, mais ses antécédents génétiques et ses effets réels sont autre chose que les situations juridiques préexistantes ou celles dérivées de lui, qu'il suppose toujours. L'ordre sociologique est donc toujours dans un état d'implication avec l'ordre juridique positif.

L'idée de droit positif n'est cependant pas exactement la même que celle d'ordre juridique positif : cet ordre est celui qui s'établit réellement comme conséquence logique des règles du droit positif. Ces règles sont abstraites, elles ne font que commander, interdire ou permettre; l'ordre juridique est, au contraire, ce qui est réalisé en conformité avec elles. L'ordre juridique positif est l'ordonnement qui s'établit réellement comme correspondant logiquement aux règles du droit positif; il consiste en situations juridiques

réalisées effectivement et liées entre elles sous forme d'un ensemble dans un milieu social, à un moment donné. Une série d'actes réels sont faits en prenant pour base les règles, commandements, les interdictions ou les permissions du droit positif. En soi, le droit positif n'est pas encore cet ordre concret. Nos lois nous imposent des impératifs qui, en fait, sont parfois violés, et cette violation est tolérée dans une certaine mesure. Les lois confèrent des facultés dont on use plus ou moins fréquemment. Elles permettent, par exemple, des contrats de vente, mais les ventes ne se réalisent pas toujours en même nombre dans toutes les sociétés qui les permettent et elles donnent ainsi à chaque société un aspect spécial. On peut prendre ainsi comme exemple n'importe quelle institution du droit positif. Par rapport au droit international, il y a également des règles impératives qui ne sont pas respectées et même des règles dont la violation est assez souvent tolérée; il y a d'autres règles supplétives ou flexibles qui laissent aux parties une large liberté d'action. La règle de droit international positif, qui permet des conventions, peut ne pas être utilisée; il arrive assez fréquemment que la permission d'adhérer à une convention internationale conclue par des tiers ne corresponde pas, par exemple, à la volonté ou aux intérêts de tous les Etats; si une règle procède à certaines organisations internationales, celle du commerce, par exemple, les sujets des Etats Contractants peuvent ne pas user de la faculté accordée, et, s'ils en usent, ils le font dans une certaine mesure déterminée; il y a des traités collectifs qui permettent aux Parties de ne pas appliquer intégralement leurs clauses¹.

L'ordre juridique consiste justement dans la manière effective et variée dont les normes se réalisent dans la vie sociale pour établir par la pratique la structure juridique de fait de la société.

Cette structure varie avec les besoins et les aspirations de chaque société. Mais l'existence de cet ordre juridique ne saurait jamais faire défaut dans aucune société réelle. On

1. Anzilotti, *Recueil des Cours*, cité, p. 96-101.

peut affirmer que *ubi societas ibi jus* et que chaque société a son ordre juridique positif dérivant de ses propres réalités sociales. Il y a un ordre juridique positif partout où il y a des relations sociales possibles : il y a donc un ordre juridique positif international aussitôt qu'une pluralité d'unités internationales indépendantes peuvent avoir des intérêts propres, par des relations sociales, elles ou leurs membres. Ceci signifie qu'il y a eu un ordre juridique international dans le passé, dès l'apparition de la possibilité, en principe, de relations entre des sociétés ressemblant à ce que nous nommons aujourd'hui des Etats, et qu'il y a également un ordre juridique international même là où il n'apparaît pas à première vue à cause des désordres apparents, comme les guerres, par exemple. Cet ordre, qui existe en tout cas, même si la société respective n'en a pas encore une conscience réfléchie (ce qui ne se réalise qu'au moment où une science du droit commence à se constituer), peut être jugé parfois injuste, mais il s'agit de le découvrir et de le constater. Le problème *de lege lata* est différent de celui *de lege ferenda*¹, et ne pas les confondre est souvent assez difficile en droit international.

On établit le jugement qu'une règle de droit positif est juste ou qu'elle est injuste en concevant objectivement une règle de raison qui doit être nécessairement différente de la règle de droit positif et qu'on considère comme supérieure à celle-ci. Cette règle de raison n'en est pas moins une règle juridique, car c'est elle qui fonde le droit positif : sans elle, ce droit n'existerait pas comme droit, il ne serait plus que coup de force.

L'idéal matériel qu'une société se fait de ce qui est juste ne se confond pas avec son droit positif : celui-ci résulte d'un ordre réel, tel qu'il existe sociologiquement, mais vu à travers des normes juridiques qui l'expliquent. L'ordre juridique positif est donc, en un sens, un pur fait social, mais mis en relation avec des pensées juridiques qui indiquent

1. Comp. Anzilotti, *op. cit.*, p. 19-20, 89; T.-J. Lawrence, *The principles of international Law*, 7^e éd., 1923.

les droits et les obligations et qui condamnent certaines actions comme contraires au droit positif.

Si, cependant, chacun peut et doit apprécier ses propres devoirs en toute sincérité, comment l'existence des obligations imposées par la société et parfois contre notre jugement subjectif est-elle possible ? C'est là tout le problème du fondement de l'ordre juridique positif et, par conséquent aussi, de l'ordre juridique positif international.

Ce n'est pas un problème de pure opportunité, ni de simple intérêt.

Les juristes ne peuvent s'empêcher de constater des « devoirs », et ils les élaborent en les systématisant par leur interprétation, par l'établissement de leurs principes et la déduction de leurs conséquences : leur méthode même nous invite à remonter à des principes toujours plus hauts et à nous demander, en fin de compte, pourquoi nous sommes obligés de respecter les normes du droit positif. Il s'agit là d'un problème qui s'impose nécessairement au droit et qui est essentiellement juridique, car le principe même de l'obéissance au droit positif est lui-même un principe juridique ¹. Il doit y avoir une loi antérieure, disait Kant, qui fonde l'autorité du législateur ².

Nous allons passer en revue successivement les principales théories qui ont essayé de donner une solution à ce problème.

1. Comp. L. Nelson, *Verhandlungen des V-ten deutschen Soziologentages*, 1927, p. 176.

2. *Metaphysik der Sitten* : « Ce n'est pas l'obligation la plus forte qui l'emporte (*fortior obligatio vincit*), mais le principe d'obligation le plus fort (*fortior obligandi ratio vincit*). » « Parmi les lois obligatoires susceptibles d'une législation externe, il y a celles dont l'obligation peut être conçue... sans législation extérieure et qui, bien qu'extérieures n'en sont pas moins des lois naturelles. On appelle, au contraire, lois positives celles qui ne lient pas sans une législation extérieure réelle et qui, par conséquent, sans celle-ci, ne seraient pas des lois. Mais dans ce cas il est encore nécessaire de supposer une loi naturelle qui fonde l'autorité du législateur (c'est-à-dire la faculté d'obliger les autres par sa simple volonté), 2^e éd., Vorländer, 1907, p. 28.



CHAPITRE III

THÉORIE DU DROIT NATUREL

Les théories du droit naturel supposent des règles objectives de justice, dérivées de la nature de l'homme considéré comme être raisonnable; sa nature raisonnable révèle aussi à l'homme des règles de justice universelles et nécessaires. Ces règles constituent une couche de droit supérieure au droit positif, devant inspirer en principe ce dernier et lui conférant sa validité parfois directement, parfois en considérant la nécessité de l'existence d'un ordre réel dans les relations interhumaines.

Ces théories impliquent l'idée d'une *nature* de l'homme qu'on constate en relation avec la nature en général et par conséquent aussi avec la divinité lorsque la nature est conçue sous une inspiration théologique. Elles impliquent encore l'idée que l'une des facultés de l'homme est la *raison* et qu'il peut ainsi rationnellement rechercher le bien, en lui donnant son *adhésion libre et volontaire* : c'est pourquoi l'existence juridique de la société doit être, d'une manière ou d'une autre, le produit de cette adhésion réalisée par ce qu'on appelle un « contrat social ». Elles représentent, enfin, une réaction contre la constatation de la *réalité du mal et de l'injustice dans les relations sociales* et elles marquent ainsi toujours, jusqu'à un certain degré, un esprit d'observation sociale.

La doctrine classique de l'École du droit de la nature et des gens contient en son essence un certain nombre d'idées maîtresses, qu'il s'agit de noter dès à présent, parce qu'elles se prolongent sous différents aspects dans les conceptions professées de nos jours par les auteurs de droit international.

La première idée est que le droit naturel est un droit imposé par la nature de l'homme et que celle-ci fait partie

intégrante, sous une forme ou sous une autre, de la *nature objective* en général. Le Moyen Age subordonnait tout à Dieu; c'est pourquoi l'École du droit de la nature rattache ce droit à Dieu¹, conformément aux principes qui avaient cours au moment où la doctrine classique a été formulée. La pensée grecque, par contre, qui avait réussi à asseoir une philosophie laïque, concevait le droit naturel en liaison avec la doctrine de la réalité.

La nature humaine a cependant un caractère rationnel. Les décisions à prendre par les hommes doivent être le résultat d'une connaissance de leur devoir, connaissance qui se réalise par la raison. Le caractère *rationnel* du droit naturel, caractère qui apparaît toujours plus ou moins explicite, constitue ainsi un second principe de la doctrine.

La troisième idée dominante qui se dégage de la conception du droit de la nature est en liaison étroite avec la précédente. Le droit naturel ne s'impose pas automatiquement aux hommes, comme les lois naturelles : il s'adresse à des êtres humains capables d'un choix dans leurs actions, à des êtres libres; il est essentiellement violable. On suppose donc que nous *reconnaissons* le droit naturel par la raison et que nous lui donnons ainsi *notre adhésion volontaire et libre*.

Le droit naturel, enfin, est conçu à l'occasion de la constatation du mal et de l'injustice dans les relations humaines. C'est un droit destiné justement à réprimer ou, du moins, à pouvoir condamner, en principe, le mal et l'injustice réelle. Si l'accent de la doctrine tombe sur un élément idéal, il serait donc exagéré de dire que cette doctrine ne manifeste aucun *esprit d'observation*, aucun réalisme. Le droit positif établi entre les hommes est lui-même constaté et jugé du haut des principes du droit naturel : on reconnaît parfois les lois et les actes de puissance des princes peuvent être injustes. Cette distinction a même donné lieu à l'opposition que la doctrine classique a faite entre le droit de la nature et le droit des gens, ce dernier étant l'œuvre des hommes.

1. Comp. R. Hubert, Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion de droit naturel, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933, n° 3-4.

Toutes ces idées se fondent ensemble en une intuition où chacune est sous-entendue et où chacune semble prendre, à tour de rôle, une prééminence, conformément au tempérament ou à la conception des auteurs et selon l'atmosphère intellectuelle du temps où ils écrivent.

Ainsi conçue, la doctrine du droit de la nature n'est pas la création exclusive des auteurs des xv^e, xvi^e et xvii^e siècles. Elle a été, au contraire, préparée par une évolution historique, qui est due à un besoin profond de tout esprit humain et qui se confond, en réalité, avec l'évolution même de la civilisation.

Il faut remarquer que les doctrines du droit naturel s'inspirent d'idées que le sens commun impose habituellement. Elles se retrouvent sous certaines formes dans les sociétés primitives contemporaines¹ ou anciennes². Elles sont exprimées par la littérature dès les temps les plus anciens et elles ont fait l'objet d'étude des penseurs dès les premières apparitions de la philosophie dans la civilisation humaine.

L'Orient ancien s'en est préoccupé. Notons en passant que le brahmanisme, le bouddhisme et la religion de Zoroastre ont reconnu un bien et un mal dans la société et qu'ils les ont mis en relation avec l'idée de vérité. Confucius avait même réussi à formuler une conception éthique indépendante en proclamant une loi morale universelle et obligatoire : il proclamait qu'il faut « faire à autrui ce qu'on voudrait qu'on nous fasse », et que les Etats forment une communauté dont le but est la paix et la bonne foi internationale. Les Hébreux avaient affirmé, par leur manière de concevoir Dieu, l'idée d'un libre arbitre divin dont les ordres impératifs s'adressent au libre arbitre humain; Hillel professait l'amour de tout ce qui est humain et sa doctrine recommandait aux hommes « de ne pas faire à autrui ce qu'on ne voudrait pas qu'on nous fasse ».

1. Comp. Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, p. 411-412; Dr. Fortune, *La religion des Manus*, cité par L. Lévy Brühl, *L'expérience mystique des primitifs*, *Nouvelle revue française*, 1^{er} mars 1938, p. 380 et suiv. Comp. Durkheim, Frazer, etc.

2. Exemple intéressant : Ed. Cuq, *Etudes de droit babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites*, 1930.

La pensée de l'Antiquité hellène a réussi à dégager la science de la nature, de la morale et de la religion. Elle a pris pour méthode la connaissance objective des réalités, la même qui est devenue la méthode d'observation expérimentale de notre science moderne. Elle est arrivée à reconnaître la différence entre les apparences et la réalité et elle s'est évertuée, en suivant cette voie, à chercher dans la pensée elle-même la source de la moralité et de la justice.

La philosophie grecque a raffiné les idées du sens commun en concevant un bien et une justice réalisés objectivement par la raison et en posant les germes de la notion de contrat social. Les jurisconsultes romains ont ainsi établi, d'après le stoïcisme et l'aristotélisme, les principes qu'ils ont transmis à travers le Moyen Age à notre culture juridique.

Le christianisme a précisé ce mouvement : il a accentué les droits de la conscience humaine et, avec eux, la possibilité d'un droit universel applicable à tous les hommes, il a marqué la différence entre la justice en soi et le droit positif en recommandant de donner à César ce qui est à César, il a provoqué ensuite, au Moyen Age, des luttes politiques dont le résultat théorique a été l'affirmation d'un contrôle du droit positif par le droit naturel. Les théories des Pères de l'Eglise, celles des docteurs du Moyen Age — dont Saint Thomas n'a pas été le moindre — ont ainsi préparé les doctrines de Grotius et de ses précurseurs, ainsi que celles qui ont suivi, et qui ont exercé une influence profonde à travers le temps jusque sur notre propre pensée juridique contemporaine. La doctrine du droit naturel a enfin trouvé un soutien sérieux dans tout le mouvement de pensées qui s'accroît avec la Renaissance et qui met sa confiance dans la raison comme moyen d'investigation de la nature.

Les doctrines modernes du droit sont directement sous l'influence expresse ou cachée de cette évolution, qui a abouti historiquement aux idées de l'Ecole du droit de la nature et des gens.

Le naturalisme objectif contemporain, qui fonde le droit sur les réalités de la nature et qui fait ainsi appel à des

réalités sociologiques, psychologiques ou biologiques, trouve ses antécédents dans le même mouvement d'idées, accentué et précisé par le positivisme scientifique du XIX^e siècle. La philosophie grecque est dans son essence une philosophie et une science de la nature objective. Le principe que l'homme est un être « social » a pu ainsi être posé, comme l'a fait Aristote. Le christianisme considère la nature, l'homme compris, comme le produit de Dieu : l'idée de nature est ainsi rattachée à la théologie, mais l'appel à la nature est un fait indéniable. Pour saint Augustin, les institutions positives sont « naturelles » et s'expliquent par les nécessités humaines réelles. Isidore de Séville, saint Thomas, Vittoria, cherchent à déduire l'idée de justice et de droit de l'instinct naturel de l'homme et de sa « nature » rationnelle, tout en prenant en considération les autres tendances réelles des hommes. L'hypothèse de l'âge d'or et de l'âge de fer est une hypothèse à caractère nettement naturel. Bodin lui-même, tout en invoquant la nature rationnelle, constate les besoins réels de la société, constatation qui est aussi à la base de la doctrine de Machiavel. Pour Suarez, la « nature » humaine est changeante et c'est elle qui, sous l'égide d'un droit « naturel », constitue le droit positif. Gentilis oppose le droit naturel dérivant de la « raison naturelle » au droit positif, qui s'explique lui-même par les besoins et nécessités « naturelles » de l'homme. Grotius se fonde sur la sociabilité « naturelle » de l'homme, qui conduit à l'idée d'une communauté du genre humain, mais il tient compte de toutes les réalités de fait. Hobbes, après Legnano, prend pour point de départ la « nature » de l'homme, qui le porte à la concurrence avec ses semblables. Leibniz comme Spinoza émettent une philosophie générale de la nature. Wolff lui-même constate la nature de l'homme et c'est ainsi qu'il arrive à concevoir sa *civitas maxima*.

Toutes ces idées ne sont pas sans relation avec les doctrines modernes, qui, dans un esprit positiviste, cherchent le fondement du droit dans les réalités objectives, en faisant une part essentielle à l'expérience et à l'esprit d'observation empirique. Ces doctrines n'ont fait que dissocier deux élé-

ments qui se trouvaient liés dans le mouvement d'idées qui les a précédées, celui de nature et celui de raison, en ne retenant méthodiquement que celui de nature, en tant qu'objet donné de la connaissance scientifique.

Car, conformément aux principes qui ont fondé l'École du droit de la nature, l'idée de la nature était intimement liée à celle de la « raison », par laquelle nous la connaissons, et qui fonde aussi les normes de notre activité. L'Antiquité a abouti, avec le stoïcisme, et surtout avec Platon, à une philosophie de la raison. Le christianisme cherche les devoirs dans la conscience, et Saint Paul dit qu'ils y constituent notre loi. La conscience ainsi conçue n'est pas la force. Saint Augustin conçoit un droit dont l'essence n'est pas la contrainte. La conscience est devenue « λογος » et « γνωσις » et elle est en opposition avec le droit positif. Abélard fait appel à cette conscience; Albert le Grand, Alexandre de Hales, Saint Bonaventure, en font une loi rationnelle. Saint Thomas assoit sa doctrine sur l'intelligence, qui implique la liberté et dont dérive la justice. L'idée de liberté, qui en somme ne saurait être dissociée de celle de connaissance rationnelle, est affirmée par Duns Scott, par le protestantisme et les monarchomaques, par Marsile de Padoue et Nicolas de Cuse. Bodin exige la justice. Machiavel lui-même reconnaît comme idéal le bien et la justice pour le peuple, car les hommes sont méchants et on doit les rendre meilleurs. Vittoria se fonde sur la « ratio », qui fait voir la justice. Suarez exige que le législateur soit juste. Gentilis assimile le droit naturel à la raison. Grotius part de la même idée et met dans les règles permissives du droit naturel la source rationnelle du droit. Pour Hobbes, qui est un rationaliste essayant d'expliquer les réalités empiriques, il y a une « morale » naturelle, qui exige la paix : le droit lui-même comporte des limitations rationnelles au pouvoir absolu de l'Etat. Spinoza dérive la justice de la nécessité rationnelle, qui est la réalité ultime. Rousseau, Puffendorf, Wolff, cherchent la justice dans la raison.

On a été ainsi porté à voir dans la justice autre chose que la contrainte et la force, en la séparant de l'idée de

sanction. Elle est une réalité rationnelle et objective que les sources du droit positif ne font que reconnaître. Elle constitue, conformément aux réalités sociales, des normes cachées qui fondent les normes apparentes du droit et que la science doit découvrir. La raison est encore autre chose que les réalités naturelles qu'elle s'évertue à connaître et qui ne constituent que son objet. On a pressenti que c'est à l'exercice de la raison en elle-même que nos connaissances sont dues et que c'est par elle que nous cherchons la vérité. La justice dérive ainsi d'une raison qui est moyen actif d'investigation objective et qui nous fait connaître aussi un monde de devoirs, distinct du monde des réalités naturelles. Le kantisme et le normativisme contemporains se trouvaient en germe dans ces idées, qui conduisent directement à une doctrine rationnelle du droit.

Mais l'idée de raison, impliquant celle de liberté, a presque toujours été mêlée à celle d'une volonté et d'un consentement donné à ce qui est raisonnable. Tout le volontarisme des doctrines juridiques modernes était ainsi posé en principe. Dans l'Antiquité, cette tendance s'est fait jour plus d'une fois; les doctrines des sophistes et celles de l'épicurisme en sont des exemples : on est même arrivé par cette voie à l'idée d'un contrat social, reprise et développée ensuite au cours du Moyen Age. Le christianisme suppose l'adhésion à la croyance religieuse. Saint Augustin affirme que la croyance est un acte de volonté. Saint Thomas fonde le droit positif sur le consentement. Duns Scott accentue l'idée de volonté. Marsile de Padoue et Nicolas de Cuse exigent de même le consentement à la base du droit. Suarez et Grotius font appel à la même idée de consentement, et par conséquent de volonté, pour expliquer le droit positif. Hobbes, enfin, après avoir fondé l'autorité de l'Etat sur un contrat entre les sujets, met le consentement des Etats à la base du droit international.

Consentement exprès ou tacite, volonté effective, sont les idées mêmes des doctrines positivistes de droit international.

On voit cependant à quel point ces différentes idées sont

entremêlées dans la pensée du droit de la nature. Cette confusion est aujourd'hui encore loin d'être complètement dissipée, et la plupart des théories juridiques contemporaines qui essayent de fonder le droit sont entachées de cet éclectisme où il devient nécessaire d'introduire un ordre, à la lumière des progrès derniers de la science et de la philosophie.

La doctrine du droit naturel est loin d'être morte. Elle a subsisté sous des formes inconsciemment sous-entendues tout le long du XIX^e siècle, elle a eu une influence déterminante sur le droit international, sur le droit public, sur le droit civil, sur le droit ouvrier, sur les méthodes pratiques d'interprétation, elle a fini par revenir à la surface : on a fait remarquer avec raison — et déjà depuis longtemps — que nous assistons à une véritable « renaissance » du droit naturel¹. Il revit surtout depuis la Grande Guerre. On en revient toujours à « l'irréductible droit naturel » (Gény). Sous la forme générale de normes qui se relie à un ordre supérieur objectif², il domine même toutes les conceptions modernes.

Influencée par les données du bon sens, qui souvent résistent avec opiniâtreté aux constructions scientifiques artificielles, et par la longue tradition que nous venons d'esquisser, la doctrine moderne du droit naturel suppose l'existence d'un nombre restreint de règles de justice générales et objectives qui dérivent de la nature raisonnable de l'homme; ces règles, qui sont universelles et nécessaires, dominant et expliquent le droit positif.

1. J. Charmont, *Renaissance du droit naturel*, 2^e éd., 1927; James W. Garner, *Le développement et les tendances récentes du droit international*, *Recueil des Cours*, 1931-I, p. 708 et suiv.; Briery, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, *Recueil des Cours*, 1928-III, p. 549; Ch. Haines, *The Revival Of Natural Law Concepts*, 1930; Kraus, *Gedanken über Staatsethos im internationalen Verkehr*, 1923; Edwin Borchard, *The theory and sources of international law*, *Mélanges Gény*, p. 339; E.-A. Lachaux, *Le droit naturel et la doctrine*, thèse Nancy, 1934; Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, 1937, p. 140 et suiv.; Reeves, *La communauté internationale*, *Recueil des Cours*, 1924-III, p. 76.

2. J.-B. Haesaert, *Fondement du droit naturel*, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nos 3-4, 1933, p. 197; Icilio Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3^e éd., p. 15.

Un nombre considérable d'auteurs modernes, peut-être même la majorité des internationalistes, font souvent appel, sous différentes formes, soit au droit naturel, soit à des règles de justice rationnelle, qui lui ressemblent de très près¹, même s'ils n'admettent souvent comme droit que le droit positif.

Certains adeptes authentiques de Duguit, comme le professeur Réglade, se sont eux-mêmes dirigés en fin de compte vers un rationalisme juridique. D'un autre côté, de purs positivistes, comme v. Liszt et Strupp, se fondent sur une règle générale et dominante : *pacta sunt servanda*; le positivisme doit d'ailleurs toujours supposer cette règle, qui introduit ainsi subrepticement dans cette doctrine un élément qui est du véritable droit naturel. Des auteurs, comme Verdross, la supposent aussi à la base de leur construction. Les auteurs de l'Ecole classique française y font appel et ils assient leur doctrine sur des droits fondamentaux qui dérivent en pure lignée de l'Ecole du droit de la nature.

Cette invocation de la loi naturelle est cependant généralement mélangée à des considérations qui lui sont étrangères, comme la *volonté* des Parties, créatrice du droit sous forme de consentement tacite ou exprès, comme la *conscience* psychologique individuelle ou collective, comme les *nécessités de la communauté internationale* et certaines considérations utilitaristes, souvent cachées sous l'idée d'un *bien commun*. Il est facile de voir que la jurisprudence internationale moderne, celle de la Cour permanente de Justice internationale incluse, n'échappe pas à cet éclectisme.

1. Comp. v. Bar, Bluntschli, Borchard, Brierly, Calvo, Cathrein, Delos, Despagnet, Ebers, Fauchille, v. Ferneck, Fiore, J. Garner, Ch. Haines, Heffter, v. Holtzendorf, Jitta, Kent, Knight, Krabbe, Krauss, Lapradelle, Lawrence, Le Fur, Lorimer, Mancini, Manning, de Martens, Mausbach, Niboyet, Ortolan, Piédelièvre, Phillimore, Pillet, Pradier-Fodéré, Renault, Roscoë Pound, Schilling, Schücking, J. B. Scott, Twiss, de Visscher, Wehberg, Westlake, Wheaton, Woolsey, etc. — Voir aussi les travaux de Beaussire, Beudant, Boistel, J. Lucien Brun, Cepeda, Charmont, Dewey, Donati, Dugast, Gény, Griess, Hauriou, Hennebicq, v. Hertling, Hölscher, Paul Janet, Jung, Krauss, Leclercq, Maggiore, Th. Mayer, Mendizabel, Nelson, Ortmann, Olgiati, Platon, Perreau, Perticone, Pollock, Renard, Ripert, Romagnosi, Rothe, Saleilles, Tabbah, Taparelli, Trendelenburg, Valensin, del Vecchio, B. F. Wright, Zacchariae, etc.

Nous lisons, par exemple, dans l'arrêt n° 9, rendu par la Cour permanente de Justice internationale (affaire du *Lotus*), qu'un acte ou une abstention, pour créer la coutume, doit être motivé par « la conscience d'un devoir »; dans un autre endroit de l'arrêt, il est dit que « les règles du droit liant les Etats procèdent de la *volonté* de ceux-ci »; M. le juge Loder se fonde dans son opinion dissidente sur l'*assentiment* et les *convictions générales*, M. le juge Weiss, sur le « *consensus omnium* », M. le juge Nyholm, sur la *volonté* comme constituant une *unité de volontés*, sur l'accord général de l'*opinion*, sur la *conscience juridique internationale* ou sur la *nécessité*. L'arrêt n° 13 (affaire Usines de Chorzow, Fond) se rapporte clairement à un principe de droit naturel : le « principe de droit international, voire une *conception générale du droit*, que toute violation d'un engagement comporte d'obligation de réparer ». Les exemples pris dans les textes de jurisprudence ou dans les écrits des auteurs pourraient être indéfiniment multipliés.

Et cependant si c'est le devoir, et par conséquent l'idée de justice qui domine le droit, il n'est point régi par l'opinion ou la conscience psychologique, erronée peut-être, qu'on peut en avoir, ni par l'existence naturelle d'une nécessité ou d'une utilité (ce qui est tout un), même internationale, ni par l'affirmation d'une volonté qui peut être injuste, même si elle est commune. Conscience, utilité, volonté, sont elles-mêmes des notions qui ne coïncident pas du tout et dont chacune devrait conduire à des conclusions tout à fait différentes : toutes ces notions divergentes ne s'ordonnent, en réalité, que par leur subordination consciente ou inconsciente à celle de justice.

Il y a donc lieu de dissiper, à la lumière des progrès scientifiques et philosophiques que la pensée contemporaine a réalisés, les malentendus qui sont contenus en germe dans les affirmations de la doctrine du droit naturel.

Cette doctrine, en effet, ne distingue pas clairement l'idée de nature de celle de devoir et de justice; comme conséquence, elle présente une confusion entre l'idée d'assentiment donnée à une vérité et celle de volonté arbitraire qui

créerait le droit par son simple pouvoir, et spécialement par celui de consentir; elle arrive à croire qu'il existe des règles de droit universelles et nécessaires, sans tenir compte de tous les faits concrets, dont le droit ne saurait faire abstraction; elle fait continuellement appel à l'idée de bien commun, une idée vague qui, si elle ne coïncide pas avec la justice, dégénère en un utilitarisme qu'on veut justement combattre; elle suppose, enfin, une communauté internationale qui est, comme pur fait, une simple fiction.

L'éminent internationaliste qu'est le professeur Le Fur, qui s'est noblement donné pour tâche d'éliminer du droit international le matérialisme à la mode et d'asseoir ce droit par les procédés du bon sens commun, professe une doctrine qui est un exemple caractéristique de droit naturel moderne.

En étudiant le fondement du droit international, le professeur Le Fur commence par écrire que l'homme est un « être social » et en même temps un « être raisonnable ». Comme être social, il est soumis à la loi de « solidarité » ou d' « interdépendance ». Il y a des animaux qui vivent en société : les fourmis, les abeilles, etc. Mais l'homme n'est pas que cela. Il est, de plus, un être raisonnable, et c'est là son caractère spécifique ¹.

On ne peut pas mieux dire pour faire sentir que, pour le problème qui nous préoccupe, l'accent doit tomber sur la raison telle qu'elle se manifeste dans notre conscience.

L'auteur ajoute : par ce terme de raison, il ne faut pas entendre la logique, mais toute l'intelligence de l'homme, y compris le sens moral. Nous possédons, en effet, dit-il, des « sens » spirituels, par lesquels, de même que nos sens corporels nous donnent directement les sensations du toucher, de la vue, de l'odorat, etc., nous percevons directement, et non pas après de longs raisonnements, les notions de bien, de juste, de beau, de vrai ².

1. Louis Le Fur, Règles générales du droit de la paix, Sirey, 1936, p. 174-175.

2. *Op. cit.*, p. 175, Comp. Le Fur, La théorie du droit naturel depuis le xv^e siècle et la doctrine moderne, *Recueil des Cours*, 1927, p. 130-261-442; *Les grands problèmes du droit*, 1937, p. 17 et suiv. Comp. *ibid.*, p. 416.

Malgré ces dernières affirmations, il nous semble que nous ne déformons pas la pensée du professeur Le Fur en disant que la logique n'est pas complètement étrangère à ces constatations immédiates du bien, du juste, du vrai. Toute intuition de cette espèce est, en réalité, une concentration de jugements qui sont à sa racine et qu'elle contient en puissance ¹. Selon la belle expression du professeur Bouglé, il n'y a pas de feuille de nénuphar sans tige ². C'est pourquoi nous ne nous fions jamais à ces soi-disant révélations directes de la conscience et nous cherchons toujours à les vérifier par des raisonnements, ce qui est justement la tâche de toute science. La vérité n'est jamais révélation, elle est toujours vérification rationnelle. La vérité sur la justice et l'injustice des actions humaines ne saurait donc être saisie d'un seul coup sous forme définitive et indiscutable : nous avons toujours devant nous la tâche essentielle de contrôler non seulement tout ce que nous ressentons directement en ce sens, mais encore toutes les conclusions auxquelles nous pouvons aboutir par des raisonnements, et qui peuvent toujours être sujettes à des erreurs. Nous croyons donc que c'est à la raison comme méthode de vérification du juste et de l'injuste que la doctrine exposée fait en réalité appel, et non à de simples opinions subjectives.

Cette observation nous apparaîtra d'autant plus exacte si nous nous rappelons qu'il est impossible d'avoir une expérience juridique individuelle, de ressentir, en d'autres mots, dans tel cas, que telle action concrète est juste ou injuste, sans nous rapporter immédiatement à certaines règles générales de justice, n'ayant elles-mêmes une valeur de vérité que dans la mesure où elles correspondent à tous les cas individuels qu'elles visent : mais toute idée générale doit être logiquement vérifiée et les idées générales sur la justice ne peuvent faire exception.

1. Mircea Djuvara, *Considérations sur la connaissance en général et sur la connaissance juridique en particulier : la réalité, la vérité et le droit*, *Annuaire de la 2^e Session de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Sirey, 1936, p. 83-97, Comp. Brunschwig, Blondel, Hermann Cohen, Paul Natorp, etc.

2. Ch. Bouglé, *Les maîtres de la philosophie universitaire en France*, 1938, p. 60.

Le professeur Le Fur continue son exposé en affirmant qu'avec les lois de l'ordre moral nous sommes donc en présence d'un « *sollen* », et non plus d'un « *sein* » : elles créent pour l'homme des devoirs, mais ces devoirs, l'homme peut ne pas les suivre ¹.

Il n'y a rien à reprendre à cette formule. Précisons, en conformité avec ce que nous avons déjà dit, que le *sollen*, le devoir, est un objet de pensée posé par la raison : c'est un contenu de pensée constitué par la méthode rationnelle appliquée à un domaine autre que celui de la nature. C'est pourquoi, croyons-nous, l'auteur oppose « les lois physiques ou *naturelles* », qui sont nécessaires aux lois de l'ordre éthique, qui constituent le *sollen*, essentiellement violable ².

Les lois morales, écrit encore M. Le Fur, poursuivent « le bien de l'homme ». La morale proprement dite vise le perfectionnement individuel, alors que le droit, se plaçant au point de vue des rapports de l'homme avec autrui, a en vue « le bien de la société, l'intérêt général ou encore le bien public, de quelque nom qu'on l'appelle ». Le but du droit est ainsi le « bien commun » ³, le bien de la collectivité tout entière, et, par là, celui de ses membres. Le but du droit international sera donc le bien de la communauté internationale, le maintien de l'« ordre social » qui doit y régner ⁴. Le droit positif n'est donc qu'un *moyen* pour arriver à *ce but*, qui est la conservation des membres de la société et leur développement matériel, intellectuel et moral ⁵. « Le droit tient donc compte de bien autre chose que la morale, des intérêts économiques notamment. » « L'intérêt légitime est ainsi élevé à l'état de droit », en munissant de sanction positive « tous ceux de ces intérêts d'un ordre quelconque dont le droit considère le respect comme utile ou nécessaire ».

C'est en ce sens que « l'homme découvre les règles juridi-

1. *Op. cit.*, p. 176.

2. *Ibid.*

3. Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, 1937, p. 399 et suiv.

4. Le Fur, *Précis de droit international public*, Dalloz, 3^e éd., 1937, p. 17-18.

5. Le Fur, *Précis de droit international public*, p. 10.

ques, comme les règles morales, grâce à sa *raison* ». « Morale et droit sont immanents en nous. Nous ne consentons à les pratiquer que parce que nous avons acquis la conviction que telle règle existe, et cette conviction est nécessairement subjective; elle ne peut être imposée par une autorité extérieure. »¹ Mais c'est le sentiment de la justice qui est « l'âme du droit », le droit n'étant que « le moyen de réaliser *par la justice* le bien commun d'une société », par la justice, qui « ordonne et *hiérarchise... les intérêts* d'ordre matériel ou moral, individuels ou collectifs » : le droit serait donc « la conciliation de l'honnête et de l'utile »². Le fondement du droit se trouve dès lors dans les faits et dans la nature raisonnable de l'homme, dans les faits d'interdépendance sociale et de division du travail, dans la nature raisonnable, « car l'homme est doué d'intelligence et de moralité »; c'est ainsi qu'en tant qu'être moral l'homme est obligé moralement de collaborer au bon fonctionnement de la société³. Nous arrivons par cette voie à certaines normes juridiques générales, en nombre restreint, qui s'imposent à tout être civilisé et qui ont à leur base les mêmes besoins fondamentaux, avant tout le besoin d'ordre et de sécurité à l'intérieur et à l'extérieur⁴. C'est ainsi que le devoir de respecter la loi du groupe, celui d'exécuter ses engagements, celui de réparer le tort injustement causé⁵, sont des règles fondamentales et qu'on pourrait considérer comme *principes universels* dont l'« application est indéfiniment variable »⁶. Elles sont « une conséquence directe de la norme fondamentale de justice : ne pas traiter les autres hommes autrement qu'on veut l'être soi-même »⁷. Les déviations à cette règle sont « extrêmement rares », et, de plus, c'est à « l'élite intellectuelle et morale » des sociétés civilisées qu'il faut s'adresser pour les découvrir dans leur plénitude. Quoique

1. Le Fur, *Règles générales*, p. 176-178.

2. Le Fur, *Précis*, p. 174.

3. Le Fur, *Précis*, p. 9.

4. Le Fur, *Précis*, p. 21.

5. Le Fur, *Règles générales*, p. 180-181.

6. Cette norme avait déjà été affirmée depuis l'antiquité : comp. plus haut.

7. Le Fur, *Règles générales*, p. 181-183.

cette question de fondement du droit, qui est toute la question du droit naturel, soit « d'ordre métajuridique » la philosophie du droit doit travailler à sa solution¹. Il faut bien admettre en fait la possibilité de divergences entre le droit positif et le droit non écrit, mais cette constatation ne fait que confirmer l'existence du droit naturel.

Voilà en quelques mots le résumé de la doctrine du professeur Le Fur, résumé que nous espérons fidèle et pour lequel nous avons employé autant que possible les expressions mêmes de l'auteur. Cette doctrine est d'une haute inspiration morale. Il nous semble intéressant de l'analyser de plus près et d'essayer de préciser la notion que le professeur Le Fur se fait de la « nature de l'homme », fondement du droit positif et du « bien commun ».

Il est impossible de déduire des phénomènes naturels présentés par l'homme des règles juridiques vraiment universelles. Cette nature, en somme, est comprise par la doctrine contemporaine du droit naturel comme étant essentiellement rationnelle, et c'est par conséquent à la raison que cette doctrine fait en réalité appel; non à la raison comme un phénomène psychologique, mais à la raison comme méthode; non seulement à la raison en général, en tant qu'elle constitue le moyen de poursuivre des vérités en général, mais spécialement à la raison qui poursuit des vérités de justice, en délimitant un domaine spécial de connaissance, le domaine éthique, qui constitue un « ordre » à part de jugements.

Dès lors, en quel sens faut-il spécialement prendre cette idée, lorsque M. Le Fur parle du « bien commun » qui serait « but » du droit et que l'homme poursuit « naturellement » ?²

Le bien commun est pour notre auteur l'intérêt général du

1. Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, p. 223.

2. Sur ce sujet voir les rapports et travaux de la 3^e Session (Rome, 1937) de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, *Annuaire de la 3^e Session de l'Institut*, Sirey, 1938. Spécialement les rapports et communications de M. Le Fur. Comp. dans le même annuaire et dans les deux annuaires précédents nos propres rapports et communications. — *Adde* : Le Fur, *Les grands problèmes du droit*; Suzanne Michel, *La notion thomiste du bien commun, quelques-unes des applications juridiques*, préface G. Renard, 1931.

groupe social respectif. Il en précise l'idée, avec la plupart des auteurs contemporains, en disant qu'il est question de ce qui est objectivement « nécessaire pour la conservation et le développement matériel, intellectuel et moral » du groupe respectif.

Mais de quel groupe s'agit-il ? Chaque groupe a son propre droit. Une association de malfaiteurs a elle-même son propre droit. Faut-il alors dire que le droit protège l'existence et le développement de cette association ? C'est assurément ce que le droit interne de cette association poursuit, mais ce droit de fait n'est pas sans doute du droit véritable et il est condamnable du point de vue de la justice. De même un groupe étatique lui-même peut poursuivre un bien commun propre, qui est illicite s'il n'est inspiré que par l'« égoïsme sacré » national. S'agit-il alors de la communauté internationale, dont tant d'auteurs admettent l'existence sans presque la discuter ? Il y a incontestablement une série de rapports réels internationaux, devenus de plus en plus fréquents dans les temps modernes. Mais la communauté internationale est une abstraction, sa notion ne coïncide pas avec celle des rapports internationaux constatables concrets et définis, qui existent en fait entre telles et telles personnes individuelles ou collectives, étatiques ou non. Elle supposerait la poursuite d'une série de buts communs et la défense d'intérêts communs, qu'il s'agisse du bien d'une communauté internationale donnée ¹ ou de celui de la communauté du genre humain ². Or, il n'est pas tout à fait certain que cette communauté existe comme un fait concret observable : nous assistons, au contraire, à des tendances divergentes des Etats et des peuples, trop souvent purement égoïstes, qui nous donnent le droit de douter de l'existence de cette communauté universelle comme réalité naturelle, vérifiable par l'expérience des faits. On parle de la communauté internationale tout aussi naturellement qu'on parle de l'existence de l'Etat en droit interne : mais il n'y a pas

1. Comp. Kaltenborn, Brie, v. Ullmann, Jellineck, Heilborn, v. Liszt, v. Holtzendorf, Westlake, Fauchille, Pillet, de Vischer, Despagnet, etc.

2. Comp. Mancini, Heffter, Bluntschli, Jitta, etc.

d'Etat international. La communauté internationale doit être comprise plutôt comme une communauté éthique, une communauté de droit : c'est la réduire à un « devoir » objectif de poursuivre certains buts, même si on ne les poursuit pas, et c'est ce devoir qui se cristallise dans le droit positif international, même si cette réalisation se fait souvent à tort.

Mais une question plus grave se pose encore à ce sujet. De quels buts s'agit-il ? De quels intérêts est-il question ? Quelles sont les actions que le droit doit ainsi consacrer comme justes ? On dira peut-être encore que le droit international doit consacrer comme juste ce qui est objectivement nécessaire à l'ordre, à la sécurité, à la conservation et au développement de la communauté du genre humain ¹; le droit interne poursuit les mêmes buts, mais en ce qui concerne l'Etat respectif seulement. Remarquons ici, d'abord, que ce droit interne est injuste s'il ne s'adapte pas aux besoins plus larges de la communauté du genre humain : on comprend par là la communauté de tous les êtres doués de raison, et celle-ci ne comprend pas nécessairement que des hommes; d'un autre côté, de toute évidence, il ne s'agit pas seulement des besoins présents, mais de tous les besoins importants de l'avenir. Ce sont donc ces besoins largement compris qui seraient le critérium suprême de toute justice en général. Mais il est clair que cette formule pêche en elle-même par le vague. Chacun peut y mettre ce qu'il croit subjectivement, qu'il s'agisse d'un groupe social dominé par un Etat, d'un Etat ou de la prétendue communauté du genre humain. Tout est donc de bien préciser ce qu'on entend en réalité par cette formule, et c'est ce que nous allons essayer de faire, d'accord au fond, croyons-nous, avec M. Le Fur, malgré certaines divergences d'expression.

La thèse que le bien commun serait « l'intérêt général » et que la justice ne serait que la poursuite de cet intérêt général est très ancienne en philosophie, et elle s'appelle l'utilitarisme ou, au pis aller, l'hédonisme. Les Grecs et les Romains l'ont déjà formulée, mais leurs grands penseurs ont

1. Comp. Jitta, *La rénovation du droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain*, 1919.

déjà montré qu'il faut la réduire aux nécessités de la raison. Bentham a essayé d'en faire une doctrine de l'éthique. J. St. Mill a essayé d'en donner une expression moderne scientifique. L'École sociologique contemporaine n'est souvent pas loin de cet utilitarisme; ce n'est pas étonnant, puisque cette École se contente méthodiquement de constater des faits naturels en faisant abstraction de tout jugement de valeur subjective ou objective.

Mais, quoi qu'on fasse, l'utilitarisme ne saurait donner un fondement ni à la morale, ni au droit; il réduit ces disciplines à de simples techniques et les confond avec l'art d'appliquer les sciences de la nature. Quelle différence y a-t-il en somme, pour l'utilitarisme, entre le droit et la technique économique par exemple ?

M. Le Fur, et avec lui les internationalistes contemporains du droit naturel, sont-ils des utilitaristes ? Nous ne le pensons pas. Il y a certainement un abus, qu'on fait sans s'en douter, nous semble-t-il, dans l'emploi de l'idée de bien commun formulée par Aristote et le Moyen Age. On pense, en réalité, à un bien qui est objectivement juste, et non à n'importe quel autre bien, même illicite. Nous venons de montrer que l'attribut de « commun », employé pour désigner ce bien, n'a rien de précis. La notion de « bien » elle-même est tout aussi vague que celle de « perfectionnement » ou toute autre notion pareille. Kant l'a démontré définitivement. Qu'entend-on par ce bien ?

C'est, disent les internationalistes, et avec eux le professeur Le Fur, l'intérêt *légitime*, et non n'importe quel autre intérêt. On fait ainsi une sélection entre les intérêts — très variés — qui peuvent exister réellement à un moment donné et on ne retient que ceux qui sont justes. Le voleur peut bien avoir un intérêt à s'emparer de la chose volée : le droit et la justice ne consacrent pas cet intérêt. C'est pourquoi le droit représente justement une idée qui s'oppose à celle d'intérêt, puisque son rôle est de condamner certains intérêts. La justice en raison ne saurait consister en un « critérium éthique, politique, économique et technique », ainsi que paraît l'avoir

dit le professeur Anzilotti ¹. Elle est un critérium purement éthique qui prend pour objet de jugement tout autre critérium, comme celui politique, celui économique ou celui technique, dont chacun ne représente que des intérêts.

M. Le Fur dit très justement que le droit consiste à « hiérarchiser » les intérêts; le droit doit distinguer ceux qui sont considérés comme conformes à la justice de ceux qui lui sont contraires.

En réalité, on revient ainsi à exclure l'idée d'intérêt et même de bien commun et à tout faire reposer sur l'idée de justice qu'on suppose, et qui est essentiellement autre chose que l'intérêt. C'est donc à la justice qu'on pense lorsqu'on parle du droit naturel, non à la nature et à nos intérêts qui en font partie ².

Il est évident que cette justice suppose d'abord des constatations de fait. Il est impossible, par exemple, de condamner l'action de quelqu'un ou de reconnaître les droits et les obligations créés par une convention sans d'abord constater la réalité naturelle de l'action incriminée ou celle de certaines démarches matérielles et psychologiques sans lesquelles la convention n'existerait pas juridiquement. C'est pourquoi, en somme, le professeur Le Fur constate que le droit naturel est « à base d'observation ». Il renvoie même, à l'instar de Gény, à certains « donnés » du droit, en disant qu'ils sont au nombre de trois : le donné historique, le donné économique et le donné moral. Sans discuter cette division en catégories distinctes, il est certain que tout droit et toute appréciation de justice doit tenir compte de l'Histoire, de la mentalité, des aspirations, des convictions morales et juridiques et des besoins réels que l'Histoire a créés : ce sont autant de faits qu'il est impossible de négliger. Mais toutes ces réalités naturelles, historiques et sociales, ne sont pas encore du droit, car le droit, comme la morale, prétend les juger objectivement du point de vue du devoir, et il établit ainsi les droits et les obligations de chacun : ce sont

1. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. franç., 1929, p. 19

2. Jesse S. Reeves, *La communauté internationale*, *Recueil des Cours*, 1924-II, p. 76-77.

ces jugements de justice qui intéressent, en dernier lieu, le droit naturel.

Il y a une raison juridique, objective, qui ne se confond pas avec la raison qui constate les réalités naturelles. La raison juridique se manifeste en nous par des convictions qui peuvent sans doute être erronées, mais qui poursuivent quand même la vérité. En ce sens, elle est réellement autonome, ainsi que le professeur Le Fur l'a noté. Elle est, à sa source, exactement la même, à bien regarder, que celle qui détermine le moral et l'immoral. L'intelligence ne s'oppose donc pas à la moralité : faire ce qu'on croit être le bien ne saurait se concevoir sans d'abord raisonner sur ce bien, au moins implicitement, et sans essayer de le vérifier¹. Dès lors, l'intelligence est à la source commune de la morale et du droit, et c'est pourquoi le droit ne saurait être immoral et qu'il ne développe, sous forme de règles juridiques, que ce qui est admis comme moralement permis. Ceci n'infirme d'ailleurs en aucune manière la thèse selon laquelle le domaine du droit est distinct de celui de la morale.

On peut ainsi affirmer, avec le professeur Le Fur et avec d'autres auteurs, comme Triepel et Kelsen, que le problème du fondement du droit est métajuridique. Mais cette expression a le défaut de supposer une différence essentielle entre le droit positif et le droit de la justice, qui est le droit de la raison. La question de savoir pourquoi on est « obligé » en conscience de se soumettre comme à un devoir au droit positif en son ensemble ne saurait évidemment être résolue en constatant une règle de droit positif. Tout droit positif suppose cependant cette obligation comme son principe fondamental, s'il n'est pas une simple force aveugle et s'il mérite le nom de droit. L'idée d'obligation et de justice est donc le principe suprême du droit positif et elle en fait partie. Le problème du fondement du droit n'est donc pas en ce sens un problème métajuridique, il appartient au contraire essentiellement à la science du droit, qui ne saurait réellement comprendre le droit positif, en s'élevant à des prin-

1. Rauh lui-même, qui réduit le bien et le mal à un sentiment intuitif, le pose après une vérification.

cipes toujours plus hauts, qu'en faisant appel en dernier lieu au principe suprême qui le fonde.

S'il en est ainsi, il faut chercher dans la justice rationnelle nos obligations et nos droits. Cette justice servira de critérium pour nous faire voir dans chaque cas individuel ce qui est juste et ce qui ne l'est pas, en tenant compte de tous les faits, y compris l'ordre social lui-même, tel qu'il est établi par le droit positif. Elle doit être un produit de la raison, car, sans cette condition, elle n'aurait aucune valeur objective et on ne pourrait plus dire qu'elle est vraie : c'est la même raison qui connaît les phénomènes naturels, mais elle s'exerce dans un autre domaine, le domaine éthique de la justice. On doit donc trouver à la base de l'idée de justice le principe d'identité, celui de contradiction et celui du tiers exclu. Deux affirmations contradictoires, dont l'une prétend que telle action déterminée est juste, et l'autre qu'elle est injuste, ne sauraient être vraies toutes deux, si on considère cette action dans toute sa complexité, avec toute la mentalité qu'elle suppose et toute la structure sociale dont elle fait partie. La pensée juridique élimine, par conséquent, les contradictions et recherche l'unité dans la variété des données individuelles. C'est pourquoi, en tant que vraie, elle doit être universelle en son essence. En suivant cette voie, Kant est arrivé à formuler son impératif de la justice. Traduisons-le en d'autres termes, en disant que, dans les mêmes circonstances de fait, exactement, on doit reconnaître à chacun la possibilité de satisfaire les mêmes intérêts. Toute dérogation à cette règle est une faveur, une injustice. Cela revient à dire qu'il faut accorder les possibilités pour chacun de réaliser son idéal moral avec les possibilités de tous les autres partout où il y a un idéal moral à réaliser et que, de cette manière, il faut mettre à la disposition de chacun tous les moyens possibles de se perfectionner moralement : nous disons moralement, car le droit ne saurait être conçu comme ayant pour but la conservation et le développement de l'activité immorale des hommes. Le but dernier du droit et de la justice est, au contraire, le libre épanouissement éthique par la raison partout où il peut se

réaliser, que ce soit par les activités des individus ou par celles des groupes.

Le but du droit ne saurait donc être le bien commun, c'est-à-dire des intérêts qui existent en fait dans la nature des hommes. Le bien commun est un résultat de la réalisation du droit : mais ce n'est pas lui que le droit vise directement, sous peine de risquer les pires injustices ou alors de se contenter d'une formule sans aucune signification précise. Le droit juge au contraire les intérêts, il les prend pour objet d'appréciation et il ne les consacre que là où ils paraissent rationnellement justes. Le but du droit positif ne saurait donc être que la justice rationnelle : c'est là sa pierre de touche¹; le but de la justice ne saurait être, de même, que la moralité. Nous sommes arrivés bien loin de la « nature » telle que l'École du droit naturel la constate dans l'homme et à laquelle cette École fait appel pour asseoir le droit.

Le droit est réalisable, avons-nous encore dit, par la raison qui nous fait concevoir des règles de devoir, essentiellement violables. Ces règles ne se trouvent nulle part dans la nature. C'est pourquoi les déviations à la justice existent : il est seulement vrai que, si elles se généralisaient, toute société tomberait dans l'anarchie, car toute société suppose la pratique d'un droit sans lequel elle ne saurait subsister : l'anarchie est la suprême injustice pour chacun et pour tous, et c'est pourquoi la nécessité de l'éviter, en conservant un ordre social, est une nécessité du droit et de la justice.

C'est, enfin, parce que le droit est raison qu'on n'a pas à le chercher dans la masse des hommes et qu'il faut, comme le dit le professeur Le Fur, se rapporter souvent aux élites, c'est-à-dire aux personnes capables de mieux raisonner dans ce domaine. Mais l'élite elle-même peut tomber dans l'erreur, l'Histoire le prouve. Un seul homme peut avoir raison contre tous. Mais ceci ne signifie pas que le droit doit faire complètement abstraction des convictions juridiques de ceux auxquels il s'adresse. Il doit, au contraire, tenir compte de toutes les circonstances de fait dans lesquelles il s'appliquera

1. Jitta, *La rénovation du droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain*, 1919.

et, par conséquent, de la mentalité et des convictions des intéressés qui lui sont soumis. La justice par le droit peut donc tendre à perfectionner juridiquement cette mentalité, mais le droit ne saurait lui imposer des règles contraires aux convictions profondes des sujets. Ceux-ci sont nécessairement, par définition, des êtres libres par leur raison. Imposer à cette raison, par la force, ce qu'elle ne conçoit pas comme juste serait une injustice. Il faut que les sujets de droit se rendent normalement compte, dans les cas fréquents où ils ne comprennent pas les règles qui leur sont imposées, au moins qu'elles sont imposées au nom de la justice. On ne peut demander à tout justiciable de comprendre toutes les règles que le droit positif impose; mais il doit comprendre et on doit lui faire comprendre qu'il est juste de se soumettre à ces règles, même si elles lui paraissent injustes. Sans cette condition, le droit peut être un principe de défense contre ceux qui sont moralement peu évolués, ou alors il n'est que de la force aveugle et brutale.

En nous demandant ce que la doctrine du droit naturel, et spécialement celle du professeur Le Fur, cache en réalité sous la dénomination de « nature raisonnable de l'homme », nous sommes ainsi arrivé à préciser qu'il s'agit de la méthode rationnelle que tout être libre emploie pour discerner le juste et l'injuste; cette idée de justice, ainsi conçue comme principe de vérification rationnelle, ne consiste nullement en une réalité naturelle qu'on peut simplement constater : ce n'est, au contraire, que par la réflexion qu'on la découvre, comme simple critérium rationnel du juste.

Affirmer, dès lors, qu'il y a des règles de droit nécessaires qu'on peut considérer comme des principes universels et qu'on saisit immédiatement sous forme de vérités éternelles, c'est tomber dans la même erreur que ceux qui s'imaginent qu'il peut y avoir une connaissance définitive et immédiate des vérités scientifiques.

Ceux-là oublient que le progrès intellectuel est toujours possible, qu'il est l'essence même de l'intelligence et que ce qui nous paraît « clair et distinct » à un moment donné, même à une élite, peut toujours être une erreur et doit être

toujours vérifié; une des plus grandes difficultés que l'histoire des sciences a rencontrées dans son évolution historique a été justement la tendance de ne plus discuter et de considérer comme définitives certaines vérités acquises : affirmer, par exemple, que la terre tourne autour du soleil a pu être jugée comme un crime.

Toute idée générale suppose une situation de fait hypothétiquement mais nécessairement considérée comme restant la même. Si, en chimie, on peut affirmer que tel corps, en présence de tel autre corps, se combine avec ce dernier pour produire un troisième, on suppose que le phénomène se passe dans les mêmes circonstances de fait, par exemple à la même température, à la même pression, etc. La physique mathématique contemporaine pose de même ses affirmations comme relatives à un même système de référence. La même loi vaut aussi en mathématiques pures. C'est une loi générale de la pensée qui remplit ici son rôle, la loi selon laquelle il est impossible de poser des termes autrement que par leurs relations.

De même, toute affirmation générale concernant la justice des actions humaines suppose nécessairement non seulement la possibilité de la préciser et de la perfectionner toujours, mais encore l'hypothèse que les données individuelles qu'elle vise restent identiques à elles-mêmes. Dans chacune de ces données individuelles il y a cependant toujours un élément original, qui change par le cours du temps et par l'évolution historique : les réalités psychologiques et sociales ne sont jamais exactement les mêmes d'une époque à une autre, d'un pays à un autre, et par conséquent les idées qu'on se fait de la justice doivent toujours être adaptées aux circonstances nouvelles. Quand on pense une norme générale de justice, on pense ainsi par elle certains cas individuels, qui varient expérimentalement d'homme à homme, de société à société et de moment à moment.

Cette vérité apparaît avec encore plus d'évidence si on se rappelle que la justice consiste à permettre à chacun la même activité, à condition que les circonstances de fait soient les mêmes; en science également, une loi est vraie en

général si les mêmes circonstances se reproduisent. Il serait injuste, par exemple, de punir de la même manière deux individus accusés d'homicide, alors que l'un a commis son fait par négligence, et l'autre avec préméditation : il est impossible de faire abstraction dans les contrats de l'intention réelle des parties, intention qui est toujours en liaison avec une ambiance sociale historiquement variable.

Dès lors, il faut toujours se défier de toute généralisation hâtive. Il n'y a pas de principe juridique qui soit tombé des cieux tout fait dans la conscience des hommes; il n'y a pas de principe juridique inné : l'enfant ne naît pas en concevant certaines règles de droit dès la première heure de sa vie : nous savons tous qu'il faut apprendre le droit et que cela n'est pas toujours très aisé.

La vérité est autre.

Tout être suffisamment doué de raison, quand il se trouve exactement devant les mêmes circonstances de fait, doit être porté, malgré les erreurs inhérentes au jugement de chacun, vers une même appréciation de justice; il y a, il est vrai, des primitifs qui ne savent pas compter jusqu'à 10, mais nous affirmons quand même les vérités des mathématiques supérieures, en comprenant que tout homme assez évolué et éduqué en ce sens doit aussi les admettre.

On peut penser à une existence en soi des vérités éternelles et immuables; mais c'est une simple manière de parler, car ces vérités sont transcendantes, l'homme ne saurait jamais les atteindre dans leur perfection, quels que soient ses efforts réels. Elles ne sont nulle part réellement et elles se réduisent à une simple directive que nos efforts incessants doivent poursuivre sans jamais se lasser. C'est une direction pure qui n'implique jamais la réalisation de sa fin. C'est un chemin qui n'aboutit jamais définitivement quelque part, car ce serait la mort. A chaque moment de l'effort humain vers la vérité, à chaque progrès, cet effort fait naître des tâches nouvelles sous forme de nouveaux problèmes. C'est, en ce sens, une *pure méthode*, mais une méthode qui n'est pas arbitraire et qui a ses lois logiques de vérification. Grâce à cette méthode, on arrive à pouvoir réaliser des étapes qui

sont des points de départ pour d'autres efforts systématiques, toujours renouvelés. L'idée de justice est, de même, une méthode pour arriver à discerner la vérité en ce qui concerne le juste dans les activités réelles et changeantes des hommes. Elle a une fonction effective en faisant connaître ce qui, à un moment donné, doit être considéré comme étant juste ou injuste; mais il est impossible et même contradictoire de la faire aboutir à des vérités générales en soi, indépendantes de tout progrès et de toute considération de la situation de fait.

L'histoire du droit ainsi que la sociologie ont depuis longtemps mis en relief cette idée. La notion de contrat elle-même avec son aspect obligatoire est le produit d'une longue et laborieuse évolution historique¹. Combien de milliers de siècles n'a-t-il pas fallu à l'humanité pour acquérir la notion de droit et de justice, celle d'une évaluation du droit en termes de moralité et de justice!²

Ce qu'on peut soutenir n'est donc pas que telle règle saurait être nécessaire et universelle, mais qu'en la concevant tout être raisonnable pose implicitement certaines catégories de la pensée qui font possible une vérité en cette matière. Mais on peut encore affirmer avec certitude que ces catégories ne se sont explicitées dans l'Histoire qu'à une époque tardive de l'évolution et après de grands efforts de la pensée humaine.

Il est ainsi possible de chercher le moment où, dans l'histoire de chaque peuple, chacune de ces catégories est devenue clairement consciente. En constatant les multiples divergences qui se manifestent encore aujourd'hui entre les juristes, par exemple sur la nature de la justice et celle de la personnalité juridique, on pourrait croire que ces idées elles-mêmes ne se sont pas encore nettement et clairement dégagées jusqu'à nos jours; en droit international, les discussions se poursuivent sous nos yeux pour les déterminer sans qu'on scit encore arrivé à un accord.

1. Davy, *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat*, 1922; Fauconnet, *La responsabilité*, 1920.

2. Jesse S. Reeves, *La communauté internationale*, Académie de Droit international, *Recueil des Cours*, 1924-II, p. 78.

Il est par conséquent bien difficile d'admettre en ce sens dans le droit des lois naturelles immuables et éternelles, produit universel d'une raison nécessaire. Une loi n'est que ce que les hommes en pensent et ce que les circonstances en font. Carnéade disait déjà que les lois varient, selon les temps, d'une nation à l'autre, et même quelquefois au sein du même peuple. Montesquieu et tant d'autres, avant et après lui, se sont aussi complu à le constater. L'École historique a eu le mérite de faire entrer définitivement cette vérité dans la conscience claire des juristes. Le professeur Le Fur proclame lui-même que « le droit naturel porte aujourd'hui le poids d'erreurs... qui continuent à projeter sur cette expression l'ombre de souvenirs fâcheux ». Ce sont : « un état de nature contraire à l'état social », et « un droit valable en tout temps et en tout lieu pour un monde considéré comme immuable..., règles à priori relevant de la raison pure : la vérité est la même partout, oui, *dans des conditions identiques*, mais précisément, comme il n'y a pas deux feuilles ou deux individus identiques, il y a encore moins deux sociétés identiques; si le droit est un essai pour réaliser la justice, il doit être nécessairement adapté à un état social donné »¹.

Il faut donc généraliser l'idée consignée par M. le juge Anzilotti dans son opinion dissidente concernant l'Avis n° 20 de la Cour permanente de Justice internationale (affaire de l'Anschluss) : « Tout dépend des conditions dans lesquelles se trouvent les Etats; comme ces conditions ne sont jamais les mêmes, on ne peut argumenter d'un cas à l'autre qu'avec une extrême prudence. »

Ce qu'on peut dire, tout au plus, c'est que les normes de justice conçues par les hommes seront à peu près les mêmes là où les circonstances de fait se ressemblent. Il ne faut cependant pas oublier que ces circonstances ne seront jamais exactement et, pour ainsi dire, mathématiquement les mêmes en deux endroits différents ou en deux moments différents de la vie sociale historique. Il y a certainement un droit et même un droit des gens chez les sauvages, de même

1. *Les grands problèmes du droit*, p. 223.

qu'il y a un droit qui régit les relations entre ces sauvages et les nations civilisées¹; mais il est évident que ce n'est pas exactement le même droit que celui des nations civilisées². On peut bien parler d'un droit qui paraît commun aux nations civilisées. Mais là aussi il y a des distinctions à faire non seulement selon les groupes de civilisation, mais aussi selon la situation géographique, la structure sociale, les besoins des peuples et leurs traditions historiques; dans l'Antiquité, il y a eu un droit des gens spécial des cités grecques entre elles, en liaison avec les amphictyonies. La *pax romana* avait de même son caractère particulier. Au Moyen Age, malgré les tendances universalistes du christianisme, il y a eu un droit des gens des chrétiens. Les nations non-chrétiennes n'ont été reconnues par ce droit qu'assez tard : tout près de nous, la Turquie et le Japon n'étaient pas encore admises à y participer. Il existe aujourd'hui même un droit européen, différent du droit américain. Il est à présumer qu'il y a un droit spécial en Extrême-Orient ou en Afrique, droit qui n'est pas exactement le nôtre : l'oubli de cette constatation a pu conduire à plus d'un déboire de la politique internationale contemporaine.

Quelles que soient cependant les divergences dans le temps et l'espace, on peut supposer certaines tendances communes à toute société, résultant du besoin de sécurité et d'ordre intérieur et extérieur³. Mais il serait bien difficile de constater ainsi autre chose que de simples tendances et de poser en règles universelles le contenu réellement pensé par tous les peuples différents à tout moment de leur évolution. On a pu noter, par exemple, une organisation internationale de la Chine ancienne après la dissolution de l'Empire, au moment de la feudalisation de la Chine, et on a pu dire que les règles qu'il comportait devaient, sous certains aspects,

1. Comp. Th. D. Woolsey, *Introduction to the study of international Law*, 6^e éd., 1899, § 5; *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1878, p. 130 et suiv.

2. Le Fur, *Précis de droit international public*, Dalloz, 3^e éd., 1937, p. 11, n^o 1. Comp. Le Fur, La doctrine catholique et le problème social aux colonies, leçons de la *Semaine sociale de France*, session de Marseille.

3. Le Fur, *op. cit.*, p. 21.

ressembler aux nôtres. On a fait avec autorité la même remarque concernant les lois d'Hammourabi. Nous avons nous-même signalé des cas où des peuplades tout à fait primitives usent de la règle qu'il faut payer ses dettes, qui paraît être exactement la même chez nous. Mais nous n'oserions affirmer que les Chinois anciens et les primitifs d'aujourd'hui pensaient ou pensent effectivement toujours certaines règles de la même façon que nous, qu'ils les remplissent exactement du même contenu réel et qu'ils en tirent exactement les conclusions que nous sommes habitués à en tirer. En réalité, les *tendances* sont les mêmes, mais le *contenu* effectif et détaillé des règles que ces tendances posent varie avec les nécessités du moment et les mentalités changeantes des peuples. En pensant à une règle de justice, chacun se rapporte à ce qu'il a expérimenté ou à ce qu'il a appris; mais, à chaque époque différente, et en chaque lieu différent, on expérimente d'autres réalités et besoins sociaux, on apprend autre chose par la tradition et par la pensée des contemporains.

C'est avec toutes ces restrictions qu'on doit admettre, croyons-nous — et nous estimons que les auteurs qui professent aujourd'hui l'existence du droit naturel peuvent être d'accord avec nous — qu'il y a certaines règles qui sont générales, au moins chez les peuples civilisés, et qui dérivent des besoins d'ordre de toute société.

Telles seraient les règles fondamentales posées par le professeur Le Fur en droit international et dont l'auteur lui-même reconnaît la valeur relative ¹.

Ces principes ne sauraient être considérés comme absolus et universels. Nous savons que respecter la loi du groupe, lorsqu'elle n'est que tyrannie, n'est plus un devoir; l'existence historique de certaines révolutions est venue le prouver avec abondance. De même, l'obligation de réparer son tort, ou celle de respecter les conventions qu'on a faites, n'a pas un sens universel. C'est ainsi que le droit interne des nations civilisées elles-mêmes admet une série d'hypothèses

1. Le Fur, *Précis de droit international public*, 2^e éd., n^o 365.

où l'obligation de respecter les conventions conclues ou de réparer les dommages causés cesse d'elle-même. L'histoire du droit connaît, chez les Romains et chez les Hébreux, une réglementation des dettes par leur réduction ou même par leur suppression; aujourd'hui même, plusieurs Etats ont reconnu la nécessité d'une telle réglementation interne; dans leurs relations internationales certains Etats créanciers reconnaissent de même qu'il est juste de réduire ou même de renoncer dans certains cas à leurs créances. Le moratorium, le concordat préventif, la faillite, l'imprévision, l'immoralité et l'illicéité des conventions, pour ne plus donner que ces indications, sont des exemples vivants où les clauses des contrats librement convenus et non entachés de vices de consentement sont modifiées postérieurement à l'encontre de la volonté des créanciers. Affirmer que toute convention oblige absolument, ce serait d'ailleurs conférer à la volonté, considérée comme pur fait psychologique, un pouvoir créateur de droit qu'elle ne possède pas en elle-même et que les auteurs modernes du droit naturel lui dénie à juste raison.

Comparons maintenant à la doctrine du droit naturel ainsi esquissée les idées de quelques autres auteurs modernes.

C'est ainsi que Louis Renault, en résumant avec autorité et de façon simple les principes de l'Ecole française d'avant guerre, conçoit le droit international comme un droit des Etats entre eux. Comme tout droit, malgré son défaut de sanction organisée, le droit international ne se confond pas avec les intérêts des parties. Il en résulte un « droit naturel », expressément visé, contenant un nombre de règles relativement restreint, dont la principale est que les Etats doivent être considérés comme égaux et indépendants : la doctrine des « droits fondamentaux » n'est qu'une déduction de ces principes¹.

Le droit positif international est cependant souvent différent de la « justice absolue », car il a pour source unique le

1. Comp. Gilbert Gidel, Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des Etats, *Recueil des Cours*, 1923-V. Comp. Phillimore, Twiss, Dickinson, Bluntschli, Klüber, Heffter, v. Holtzendorf, de Martens, Fiore, etc.

consentement, ce qui, selon l'auteur, ne signifie d'ailleurs nullement que la volonté primerait le droit. Il y a donc un droit naturel qui impose ses prescriptions au droit conventionnel lui-même.

Une affirmation nouvelle des idées éthiques de droit naturel, mais compte tenu de toutes les réalités que la science contemporaine a mises en lumière, nous est encore donnée par J. L. Brierly¹. Cet auteur, en montrant la vanité d'expliquer le droit par le consentement de la volonté, invoque « le droit naturel ou tout principe semblable au droit naturel, de quelque nom qu'on l'appelle », et il constate que le droit naturel « n'est jamais exclu en fait et ne peut jamais être exclu en principe soit de la théorie, soit de l'application du droit ». « Il est l'élément indispensable au développement du droit. C'est seulement lorsque le naturalisme abdique ses fonctions en considérant le droit naturel non comme *l'élément créateur de tout droit en tout temps*, mais comme le plan immuable des droits antisociaux des individus ou des Etats, qu'il nous faut le bannir de notre philosophie du droit. »

On ne saurait mieux dire. Mais aussi faut-il se mettre en garde contre la tendance à l'éclectisme en faisant des intérêts de la société la source première de la notion de droit.

D'un autre côté, le professeur Krabbe² affirme que la puissance de l'Etat qui n'est pas au service du droit est illégitime et qu'elle disparaît. Car le « *sic volo, sic jubeo* » a fait place à la « domination spirituelle ». « Il n'y a qu'une source unique du droit, et c'est *le sentiment ou la conscience juridique* ». « La contrainte trouve sa justification dans... le droit, mais ne peut jamais donner à une norme le caractère de norme juridique. » « D'où il résulte que, lorsque l'Etat emploie la contrainte, il n'est pas impossible que des normes autres que des normes juridiques soient ainsi affirmées. » C'est pourquoi l'auteur considère que la théorie de l'auto-

1. J. L. Brierly, Force obligatoire du droit international, *Recueil des Cours*, 1928-III, p. 476. Comp. *The law of Nations*, 1928.

2. H. Krabbe, *Kritische Darstellung der Staatslehre*, Haag, 1930; L'idée moderne de l'Etat, *Recueil des Cours*, 1926-III, p. 569-580.

limitation comme une construction forcée qui essaye de concilier la puissance et le droit. Le droit international n'est donc pas basé sur la règle *pacta sunt servanda*, car le droit ne saurait découler de la volonté des parties, et il dérive, au contraire, des *exigences* d'un ensemble qui les dépasse, celle d'une *communauté juridique des peuples civilisés* qui s'accroît sans cesse et où la création d'une autorité supérieure devient toujours plus désirable.

Mais le sentiment ou la conscience juridique commune peut se tromper; si ce sentiment est, comme le dit Krabbe, le fondement unique du droit, on arrive, ainsi que l'observe Brierly, à la tyrannie du peuple et des majorités : *vox populi, vox Dei*.

Dans les considérations suggestives de Josephus Jitta¹, on découvre encore, sous une couche apparente qui les cache, les mêmes idées et le même éclectisme. Jitta affirme que les règles du droit international positif, consistant en coutumes et en droit écrit, obligent « même lorsqu'elles sont contraires aux principes fondés en raison », et qu'en l'absence seulement de règles positives le droit positif lie « au nom de la raison ». Mais il s'agit de bien s'entendre, car ces principes, fondés en raison, sont « la pierre de touche » et « le but final de l'évolution du droit ». Ils ne sont pas immuables, mais ils dérivent de l'existence de fait de la *communauté juridique du genre humain* (non des nations, comme le croyait Savigny), dans laquelle on doit introduire un « ordre raisonnable ». Ils constituent ainsi la loi permanente et naturelle du droit. Les principes se déduisent soit de constatations naturelles, comme les conditions géographiques des Etats et les sentiments réels des nations (comme le sentiment de la nationalité), soit de la raison, comme la souveraineté des individus, dans les limites de l'organisation de la vie sociale. Le droit résulte, en somme, de cette « exigence basée sur la nature humaine » et sur « les principes de l'ordre raisonnable de la vie en commun », et c'est ainsi

1. Josephus Jitta, *La rénovation du droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain*, 1919.

que tout Etat a des droits et des obligations par rapport aux individus, aux autres Etats et au genre humain ¹.

Disons ici, enfin, quelques mots sur l'imposante construction de Maurice Hauriou², qui représente une des doctrines les plus profondes qui se sont fait jour dans les derniers temps. Hauriou reconnaît le contraste entre le droit, qui a besoin de la liberté pour se manifester, et la science de la nature, qui se fonde sur le déterminisme. L'objectivisme, en ne considérant que l'ordre, supprime la liberté. La réalité du droit positif est un produit du pouvoir, de la liberté et de l'ordre agissant conjointement. « Le pouvoir et la liberté contiennent l'ordre en puissance ». Mais « l'ordre n'est créé que par une pénible conquête ». Un équilibre mouvant de situations s'établit à chaque moment de l'Histoire, par des « institutions » qui durent, qui constituent la structure réelle du droit et dont la loi permanente est d'incorporer des « idées ». Ces « idées » sont, en droit public, les buts d'une entreprise : celle de gouverner les hommes ou, mieux, d'établir un équilibre entre l'ordre et la liberté. Cet équilibre est précisément ce qui constitue la justice au sens large, distincte de la justice individuelle telle que Hauriou la comprend d'habitude en employant ce terme. Dans ces conditions, pour Hauriou, « le droit positif est un composé d'ordre social saupoudré de justice » ; l'ordre social s'oppose souvent à la justice, il est changeant, mais il contient toujours une certaine dose de justice qui est identique à elle-même. « Les relations de l'ordre social et de l'idéal de justice ressemblent assez, dit l'auteur, à celles que soutiennent entre eux la maquette d'une statue et l'idéal de la beauté plastique. » Le mot justice est pris ici non seulement en un sens strictement individuel, mais aussi comme un idéal distinct de droit positif. Mais Hauriou affirme encore que « le pouvoir de droit doit gouverner conformément à la *raison* et à la *justice*, par la subordination de la domination à la compétence ». Le pouvoir lui-même, enfin, a une origine

1. *Passim*, spécialement p. 1-3, 11-14, 23.

2. Spécialement : Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 1-40. Comp. Delos et Renard.

divine, comme le disait saint Augustin. « *Omnis potestas a Deo* »; on le reconnaît visiblement dans le pouvoir de fait et le gouvernement de fait : là, « il faut convenir qu'on se trouve en dehors du droit » et que c'est alors à la théologie qu'il faut recourir. C'est ainsi une conception religieuse qui inspire en dernier lieu Hauriou et qu'il mélange encore de façon assez surprenante à certaines doses de bergsonisme.

Il ne faut pas oublier que, pour Hauriou, l'institution, qui est à la base de tout le droit, se constitue par des réalités sociales mises au service d'« idées » au moyen des organes qu'elle se crée. Ces idées, qui s'« incorporent » dans l'institution, convergent ainsi vers celle de justice, par des voies, il est vrai, changeantes et dominées par les situations de fait. Elles façonnent en même temps les situations de fait et elles sont le ferment de l'évolution sociale. On trouve là l'énoncé d'une loi naturelle permanente du droit positif qui explique son évolution. Cette loi le fonde en même temps, car ces idées doivent, en dernier lieu, se baser sur la justice. Et la justice elle-même a pour Hauriou une origine divine : nous sommes aussi bien près de Saint Thomas, Renard, adepte de Hauriou, a pu parler de l'« ordre du monde, dont le droit naturel n'est qu'un palier », et qui est le produit de « la raison souveraine du Créateur du monde »¹. Le Révérend Père Delos a admirablement mis en relief la convergence de ces idées vers la justice rationnelle². Ce qui seulement laisse un doute dans la pensée de ceux qui lisent Hauriou, c'est l'opposition qu'il professe trop crûment entre l'ordre et la justice individuelle³, comme si le premier ne serait pas une manifestation passagère, même si elle est souvent erronée, de l'idéal que constitue la dernière. C'est ce qui conduit encore ailleurs Hauriou à affirmer que la justice *limiterait* la liberté, ce qui représente une conception purement psychologique de la volonté. Il y a certainement dans ce mélange d'idées un symptôme de l'atmosphère créée

1. Renard, *Le droit, l'ordre et la raison*, p. 97.

2. J. T. Delos, *La société internationale et les principes de droit public*, 1929.

3. Maurice Hauriou, *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1928.

par la confusion apparente que l'École du droit naturel fait entre la nature et la raison.

Il nous semble que les exemples que nous avons donnés suffisent à démontrer les tendances fondamentales des doctrines modernes du droit naturel et les précisions qu'elles exigent.

Les doctrines du droit naturel font constamment appel à la « nature » et à la « nature de l'homme ». Mais le sens de ce terme est ambigu. Qu'est-ce que cette « nature » ? En constatant la nature de l'homme, on suppose implicitement qu'elle comprend la raison, et que, par la raison, elle saisit ce qui est juste. Mais le mot nature et le mot raison s'appliquant spécialement à la justice expriment deux choses différentes qu'il s'agit de ne pas confondre et qu'il est même très dangereux de confondre.

La raison n'est pas un simple fait de la nature. Elle est autre chose. Elle nous fait au contraire comprendre la nature, elle la prend pour objet de connaissance et d'investigation. Elle nous sert de critérium ou, en employant un autre mot, de mesure, pour juger objectivement ce qui est vrai et, spécialement, dans notre domaine, ce qui est vrai en tant que juste ou injuste. En somme, en ce sens, le concept de la nature humaine est historiquement déterminé et relatif; mais comme principe d'action il est absolu : la valeur absolue seule détermine la volonté par l'action (Perticone).

Par suite du manque de précision des expressions employées, la doctrine du droit naturel glisse vers une identification injustifiable entre l'*adhésion* qui est conférée aux règles vraies de la justice et le *consentement* qu'on doit donner au droit positif. Elle paraît ainsi faire intervenir l'idée de volonté qui prête à des confusions pouvant dissoudre l'idée même de droit.

Une fois comprise, la vérité que telle action est juste ou injuste est indépendante de notre volonté. Elle a une valeur objective.

Les idées de justice, comme tout ce qui est vrai, ont donc un caractère intellectuel. Elles ne sauraient se confondre avec la volonté changeante et arbitraire des hommes; elles la

dominant, au contraire, et elles doivent la régir. C'est cette idée qu'il ne faut pas oublier lorsqu'on pense à l'adhésion, à l'assentiment ou bien au consentement que nous devons donner au droit.

L'Ecole classique du droit de la nature a certainement posé une doctrine qui contient un germe fécond de vérité. C'est ce qui explique l'influence pratique qu'elle a eue en créant non seulement le droit international moderne, mais aussi les principes qui dominent de nos jours le droit interne des nations, que ce droit soit autoritaire ou libéral.

Les auteurs contemporains qui refusent de se dire adeptes de la doctrine du droit naturel, puisent en réalité eux-mêmes leurs idées, sans toujours s'en douter, dans l'atmosphère intellectuelle créée par cette doctrine.

CHAPITRE IV

POSITIVISME SCIENTIFIQUE

§ 1. — Naturalisme objectif.

Nous groupons d'abord sous le nom de naturalisme objectif, les doctrines qui cherchent le fondement du droit uniquement dans les réalités naturelles. Elles dégagent et opposent les deux idées que l'École du droit naturel unit, celle de nature et celle de justice, mais elles n'en gardent, pour commencer, que la première, et rejettent la seconde. Le « fait » seul est reconnu et toute « valeur » est méthodiquement niée, spécialement toute valeur éthique autonome. Le droit est ainsi sciemment réduit au fait, le devoir à l'être. Certains auteurs essayent de systématiser le droit en employant strictement cette méthode et ils posent ainsi la doctrine à l'état pur; d'autres auteurs empruntent, parfois consciemment, parfois inconsciemment, les idées fondamentales de cette doctrine et les emploient incidemment sans toujours les concilier avec leurs propres conceptions.

Le sociologisme a eu de grands mérites, comme une réaction contre l'individualisme excessif et en somme peu scientifique de la philosophie qui a présidé à la Révolution française. Il nous est aujourd'hui impossible de ne pas reconnaître dans le droit l'existence des groupes et des associations, qui constituent un enchevêtrement souvent systématisé de faits sociaux réels. L'antagonisme foncier entre l'homme et le groupe social, entre l'individu et l'Etat, est une notion périmée. Les droits antisociaux de l'individu sont à condamner, de même que les tendances oppressives des unités sociales¹.

1. Comp. del Vecchio, *Individuo, Stato e Corporazione*, 1934.

La première forme de sociologisme qui s'est manifestée dans le droit a été l'utilitarisme sous l'aspect d'un intérêt général. L'utilitarisme a trouvé dans le droit un terrain tout préparé par les conceptions, exactes d'ailleurs en général, des jurisconsultes romains. Une influence considérable a encore été exercée par les théories retentissantes de Ihering sur le rôle de l'intérêt dans le droit.

Un droit n'est pourtant pas, comme le dit Ihering, un « intérêt juridiquement protégé », ni une « sécurité juridique d'une jouissance », ni une « autoprotection de l'intérêt »¹; c'est commettre une pétition de principe parce qu'il s'agit justement de définir ce qui est « juridique », c'est ne pas voir cette réalité évidente que le droit procède à une sélection entre les intérêts, c'est affirmer arbitrairement que tout intérêt protégé constituerait un droit correspondant, c'est supposer que le droit serait en même temps protection et objet de protection², c'est enfin confondre l'objet du droit ou son but avec son essence³.

Ihering met à la base du droit l'idée de causalité, car il voit dans le « but » une cause psychologique, le « *ut* », différent, il est vrai, du « *quia* » considéré comme cause matérielle. Il établit ainsi une espèce de mécanique sociale de la formation historique « du droit, et c'est par cette définition du droit, qui n'est d'ailleurs pas son dernier mot, que le droit devient « une politique de la force », ou, en d'autres termes, une technique du parfait égoïsme. Mais Ihering, dont les principaux ouvrages sont inachevés, combat, d'un autre point de vue, l'École historique, spécialement dans son fameux écrit *Kampf ums Recht* (1872); il sous-entend que la volonté seule ne comprend pas sa justification.

Le droit apparaît surtout, il est vrai, à l'occasion des conflits d'intérêts. Il a toujours pour objet des intérêts, si l'on entend ce terme dans son sens le plus large. Il n'est donc pas étonnant qu'un grand nombre de juristes soient

1. Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. franç., 1886-1888, §§ 70 et 71, vol. IV.

2. Giorgio del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 1906.

3. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877-1887, II, p. 60.

portés à croire que l'intérêt généralisé constituerait le fondement du droit. Avoir une conduite conforme à la raison éthique n'est cependant pas avoir en vue le bonheur.

La morale et le droit, en prenant les intérêts pour objet de jugement, ne coïncident pas avec eux. Le bonheur sous n'importe quelle forme, ainsi que Kant l'a dit, est une notion « tellement indéterminée que, malgré tout le désir que nous avons tous d'être heureux, personne ne pourrait dire avec précision et sans se contredire ce qu'il voudrait réellement »¹. Le devoir ne saurait consister non plus à poursuivre la perfection, comme le comprenaient Aristote, Leibniz et Wolff. L'idée de perfection, observe Stammler après Kant, n'a de sens qu'en déterminant sa direction; il peut y avoir un perfectionnement dans le bien comme dans le mal; l'idée de perfection ne comprend pas en soi l'idée de bien et de mal (*richtig, unrichtig*), qui est seule déterminante, ainsi que Socrate et Platon l'avaient déjà montré². C'est la valeur éthique de l'action qui est, en réalité, visée en parlant de la perfection. L'idée d'utilité et l'idée voisine de perfection sont donc impuissantes à fonder l'éthique et, par conséquent, le droit. On peut faire la même objection au « fait » de la « culture », qu'une école très répandue en Allemagne met aujourd'hui à la base du droit.

En réalité, ce qu'on entend toujours quand on parle de l'intérêt général à propos d'une règle de droit, posée ou à poser, c'est l'idée de justice à réaliser dans les rapports sociaux de la société respective. Seule, cette idée rationnelle, supérieure et autonome, peut fonder notre conception du droit. L'intérêt général n'est, en somme, rien d'autre que le « bien commun », dont nous avons déjà analysé les principes dans le chapitre précédent et sur lequel il nous semble inutile d'insister encore.

La forme de sociologisme juridique la plus répandue aujourd'hui est représentée par l'Ecole des juristes français qui sont

1. Imm. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, trad. franç., avec une remarquable préface d'Emile Boutroux.

2. R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte; Lehrbuch der Rechtsphilosophie*; Imm. Kant, *ibid.*

sous la suggestion de la sociologie de Spencer et de quelques-unes des idées exprimées par Emile Durkheim dans ses premiers travaux, et spécialement dans *La division du travail social*.

Elle a fait grand cas de l'idée de solidarité et d'interdépendance sociale, comme si cette idée résumait en elle tout le mystère, encore non complètement dissipé, des lois de la sociologie. Elle a moins utilisé les travaux postérieurs de Durkheim et de son Ecole. Des considérations essentielles sur la nature de la réalité sociale, qui se réduit elle-même à des valeurs, lui ont ainsi échappé. Elle a préféré s'en tenir à une direction plus simple, qui semble être aujourd'hui surtout celle du professeur Lévy Brühl, sans d'ailleurs bien la connaître elle-même. Il a semblé que le mot magique d'interdépendance pouvait tout expliquer. L'interdépendance est ainsi venue à son tour à la mode après la sociologie en général, et nous trouvons encore assez souvent chez les juristes récents de courtes allusions à cette idée, ayant la prétention d'être péremptoires.

C'est Léon Duguit qui, après Ihering, a définitivement frayé le chemin dans cette direction; il a fourni un très grand effort et il a fait école.

On connaît les principes dominants de la doctrine que Duguit a développée¹. Le doyen de Bordeaux a été un grand démolisseur et il a eu le très grand mérite de secouer la conscience scientifique des publicistes en les « réveillant du sommeil dogmatique ». Il a soumis à une analyse très serrée toutes les notions qui paraissaient établies dans le droit et si, en général, il a essayé de les remplacer par d'autres qui sont trop souvent douteuses, il a provoqué un essai de mise au point qui ne peut se comparer qu'à l'influence de Saleilles et de Gény en droit privé.

1. Surtout Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., vol. 1. Comp. : Roger Bonnard, Léon Duguit, *Ses œuvres, Ses doctrines, Revue de droit public*, 1929; Marc Réglade, *Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement du droit international public*, *ibid.*, 1930. *Les archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, avec les *Etudes* de H. Bonnard, Marc Réglade, N. Politis, G. Scelle, H. Laski, G. Jèze, Le Fur, Paul Léon, n^{os} 4-2, 1932.



Duguit a été préoccupé d'établir que le droit s'impose objectivement aux organes publics comme aux individus, idée qu'il ne faut pas oublier si on veut bien le comprendre.

Duguit a essayé d'appliquer au droit la méthode positive enseignée par Auguste Comte et de développer les doctrines de celui-ci. Il remarque que l'observation ne nous fait voir que des individus. L'observation nous fait encore voir que « l'homme vit naturellement en société » et qu'il est « libre, en ce sens qu'il prend dans ses actes sa cause efficiente en lui-même »; les règles de conduite sont donc des « règles de but » et constituent toutes des « impératifs hypothétiques et non catégoriques ». Il y a dans les sociétés différenciées et évoluées des individus qui exercent en fait une plus grande force, morale ou matérielle, sur les autres : ce sont les « gouvernants ». Les « gouvernés » leur sont ainsi soumis.

Mais la question est de savoir si les gouvernants ont un droit à gouverner et si la souveraineté est un droit; Duguit répond négativement, en considérant que tout droit subjectif se réduit à une « domination d'une volonté sur une autre volonté », et qu'il représente ainsi, soit un « abus », soit une notion « métaphysique ». Ce qui est vrai, dit-il, c'est que le droit objectif fait naître des « situations juridiques objectives ou subjectives ». Car, si Duguit nie l'existence de tout droit subjectif, il affirme au contraire avec force l'existence de nos obligations.

Cette obligation est le produit d'une « observation positive » qui nous conduit à « reconnaître l'existence entre les hommes d'un même groupement d'une solidarité ou interdépendance sociale ». C'est de la solidarité sociale, considérée comme pur fait, que naît une règle de droit objectif s'imposant à tous, a écrit Duguit dans la première édition de son *Traité de droit constitutionnel*. Il remplace cette idée par une autre dans les éditions suivantes : la règle de droit résulte de la « conscience » que nous avons de la solidarité sociale. Nous voulons « naturellement » l'ordre social. La « conscience » que les individus ont de la solidarité donne naissance à une règle de conduite toujours hypothétique, qui est d'abord morale : elle devient juridique quand apparaît,

dans « la conscience de l'unanimité ou de la quasi-unanimité des individus composant un même groupe », le sentiment de leur solidarité, et quand leur « *sentiment de justice* serait gravement compromis si le respect de la règle n'est pas garanti par une contrainte sociale ». C'est ainsi que la règle de droit s'impose objectivement aux gouvernants comme aux gouvernés, supérieure et antérieure à eux, et que toutes les doctrines du droit naturel ainsi que celles du positivisme qui fait reposer le droit sur la volonté sont fausses. Le droit objectif est donc antérieur à l'Etat, qui ne fait que « l'entérier quand l'ensemble des consciences individuelles le sent nécessaire ».

Il y a donc dans la vie internationale également un ensemble de règles supérieures qui s'appliquent aux Etats, assimilés à des individus, dans leurs rapports réciproques : c'est le droit international. Mais il n'y a pas là de puissance supérieure qui impose aux Etats les règles du droit, ni une contrainte régulièrement organisée : de ce point de vue, le droit international ressemble au droit public interne.

Il apparaît de ce résumé que le droit se confond avec la croyance en un fait sociologique : la solidarité.

Mais il y a là deux observations essentielles à faire. La première est que le droit n'est pas le fait et que, par conséquent, la simple observation d'un fait ou la croyance qu'il existe ne peut faire naître l'idée d'une obligation¹ : en réalité, on suppose ce qu'on veut expliquer. Il est vrai que Duguit fait remarquer, en réponse à cette objection, que le fait est ici une conscience qui est aussi un sentiment de la justice. Mais il est tout aussi impossible de tirer de la simple existence psychologique de cette conscience l'idée d'obligation, si elle n'est pas considérée dans sa signification rationnelle et objective; c'est justement cette signification, qui est l'idée même de justice, que Duguit présuppose, mais qu'il omet d'expliquer. Si tout se réduit à des faits naturels observables, il est impossible de comprendre comment les gou-

1. GénY, Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de M. Duguit, *Revue trimestrielle de droit civil; Science et technique en droit privé positif*, vol. II, p. 243, 272.

vernants, qui sont la plus grande force, sont soumis, même contre leur conscience et leur volonté, à la conscience généralisée. S'il s'agit, d'ailleurs, du sentiment de justice et de solidarité de la masse des individus, il faudrait, en droit international, faire appel au sentiment de la masse des individus vivant sur le globe entier. Duguit a déclaré lui-même, et c'est son idée maîtresse, que le droit ne se confond pas avec la volonté d'une majorité et qu'il oblige cette majorité comme il oblige chaque individu. Le sentiment de la majorité et même de la quasi-unanimité ne saurait fonder le droit, car le sentiment de la majorité ne lie pas la minorité : le droit représente des vérités et on ne reconnaît pas les vérités au nombre des voix. La seconde observation à faire est que l'idée d'obligation ainsi posée implique celle de droit subjectif, que Duguit nie, car il ne saurait y avoir d'obligation sans qu'elle soit envers quelqu'un, et celui-ci possède alors un droit corrélatif : toute la systématique classique, soi-disant métaphysique, du droit est ainsi implicitement reconnue. Les « situation juridiques » auxquelles Duguit aboutit ne sont, en réalité, que des droits subjectifs ou la reconnaissance objective par voie générale de ces droits. Le droit subjectif n'est d'ailleurs pas une simple domination de volonté, mais il représente une relation rationnelle et objective dont l'exercice est souvent une manifestation de volonté : pas toujours, car la volonté ne saurait aller à l'encontre du droit.

La construction de Duguit se fonde sur l'idée seule de solidarité sociale entre des individus¹. Mais il est douteux que cette idée résume à elle seule toutes les réalités sociales et qu'elle soit l'idée fondamentale de la sociologie : elle en suppose d'autres, qu'il s'agit de dégager, et qui se réduisent justement à l'idée de la justice rationnelle en marche. La solidarité sociale, d'ailleurs, peut conduire à l'immoralité et à l'injustice : Joseph de Maistre, de Bonald, Charles Renouvier, l'ont démontré, en France, depuis longtemps; un émi-

1. Comp. Ihering, *Zweck im Recht*, trad. franç., *L'évolution du droit*, 1901, p. 370 et suiv.

ment sociologue, G. Richard, l'explique avec tout l'appareil de la science¹. Le sentiment que la majorité a de la solidarité porte, en outre, sur la conviction qu'une garantie sociale doit assurer la règle morale qui devient juridique : mais tout est justement d'expliquer en quoi consiste cette garantie qui, pour le droit, n'est pas exclusivement la force.

La négation, enfin, de toute autre réalité que celle des individus n'est pas confirmée par l'observation sociale.

Duguit reprend en réalité sous une autre forme certaines idées du droit naturel², qu'il combat à outrance, car, en faisant de la solidarité l'essence de la sociabilité, c'est en somme à l'ancienne idée de la nature sociale de l'homme qu'on revient : c'est ainsi, dans des « normes peu nombreuses », à contenu variable, que réside la validité du système juridique. Mais il n'accorde au devoir qu'une valeur hypothétique, c'est-à-dire dépendant de la subjectivité de chacun; dans ces conditions, il ne pouvait réussir à asseoir le fondement du droit.

Les bases mêmes sur lesquelles Duguit fonde sa doctrine sont donc douteuses. Mais l'effort de critique qu'il a fait et la puissante affirmation, renouvelée par lui, d'une justice objective s'imposant aux organes étatiques comme aux individus est un de ses grands mérites par rapport aux théories qui dominaient la science juridique positive de son temps.

En suivant la voie tracée par Duguit, le professeur Gaston Jèze a procédé à une importante construction de droit administratif, qui n'est pas sans intérêt pour le droit en général et, par conséquent aussi, pour le droit international³.

L'éminent auteur propose, comme Duguit, une méthode « strictement réaliste », basée sur l'observation du « milieu social ». Il l'explique dans les préfaces de son ouvrage. Il donne ainsi au juriste la mission de dégager les « principes juridiques » que « les lois, les règlements, les pratiques administratives et les arrêts » impliquent. « Le droit d'un pays est

1. G. Richard, *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, 1914.

2. Comp. Roger Bonnard, Droit naturel et droit positif, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1929.

3. Gaston Jèze, *Les principes du droit administratif*, 3^e éd., 1923, vol. I.

l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont *effectivement* appliquées par les praticiens et par les *tribunaux*. » L'idée de l'effectivité du droit, ainsi affirmée avec force, est à retenir. Remarquons que cette définition oppose, en réalité, le droit positif au droit rationnel, car les règles du droit positif peuvent être jugées bonnes ou mauvaises. Mais qui sont en droit international les « praticiens » ? Ce ne peuvent être que les parties intéressées elles-mêmes, en tant qu'elles doivent avoir la conscience que les règles du droit, même injustes, sont obligatoires. Le droit positif à un moment donné ne contient pas uniquement des règles déjà pratiquées, mais encore des règles qui sont rationnellement et nécessairement liées à celles-ci : les règles pratiquées elles-mêmes tirent leur validité juridique, en dernière analyse, de l'idée de *valeur* qui s'attache à *certaines* pratiques, et non partout de la simple pratique en elle-même comme telle. Il est donc clair que les règles du droit positif ne reposent pas uniquement sur leur application par les « praticiens » proprement dits et par les tribunaux. En ce qui concerne le droit rationnel, l'auteur fait observer qu'il n'y a pas « de justice absolue », car « vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». « Le droit est donc l'ensemble des règles de conduite sociale que la *majorité* des hommes de ce pays et de cette époque *estiment* justes et socialement utiles. » Ses sources sont en réalité « les règles que le législateur, l'opinion publique des juristes, et en particulier l'opinion des tribunaux, déclarent justes et utiles ». Retenons de ces explications que, si une justice absolue n'existe pas, il y a une justice relative qui poursuit le juste. Nous trouvons ici une invocation à l'idée de justice, mélangée sur le même plan à celle d'utilité, ce qui n'est pas une base scientifique claire, ainsi que nous l'avons montré. En droit international, d'ailleurs, ce n'est pas uniquement le législateur, c'est-à-dire les Etats par les traités, l'opinion des juristes et celle des tribunaux qui font le droit positif. Aussi l'auteur s'empresse-t-il d'expliquer que les « principes » doivent prendre pour « critérium » la « conformité aux faits », c'est-à-dire « à la

mentalité des hommes, à la technique industrielle, à l'organisation des forces politiques et sociales », que ces principes doivent être en accord avec « le sentiment de justice relative de l'époque et du milieu, besoins sociaux, économiques et politiques ». Le juriste doit donc, par « une synthèse critique », montrer jusqu'à quel point cet accord existe. Observons que, dans ces conditions, cet accord n'existe pas toujours et que, par conséquent, le fondement du droit en général échappe à l'explication prétendue. Le milieu social lui-même, en dehors de la simple affirmation des besoins sociaux, économiques et politiques et de l'idée de solidarité, n'est pas soumis à une analyse rigoureuse et scientifique afin d'en dégager les éléments essentiels, qui peuvent fonder le droit positif.

Le principe que le professeur Jèze pose ensuite est celui de l'intangibilité des situations individuelles. « Ce qu'il faut avant tout affirmer et proclamer, écrit-il, c'est que le Parlement lui-même n'a pas le pouvoir de modifier ces situations juridiques individuelles, ni pour l'avenir, ni pour le passé. C'est un point capital... Il faut distinguer entre le pouvoir de *droit* et le *pouvoir de fait*... Si le Parlement est au-dessus des lois, *il n'est pas au-dessus du droit*, et... le défaut de sanction organisée n'annule pas son obligation de le respecter (obligation qui est *juridique*, et non pas devoir moral, devoir politique), pas plus que le défaut de sanction ne libère pas la Cour de Cassation de la stricte application des lois. »¹

C'est là, nous semble-t-il, tout le noyau de la théorie. Il y a un pouvoir de droit, qui est un pouvoir de droit positif, et qui s'impose au législateur lui-même, soumis ainsi à un droit supérieur, même sans sanction organisée. N'est-ce pas là l'affirmation d'un droit naturel qui doit tenir compte de toutes les conditions du « milieu social » ? N'est-ce pas revenir aux idées anciennes, que la nouvelle Ecole veut à tout prix écarter ?

Il est utile, enfin, de faire ici la remarque que l'intangibilité des situations individuelles telles que le professeur

1. Cit. Barthélemy, De l'interprétation des lois par le législateur, *Revue de droit public*, 1908, p. 484.

Jèze les définit ne suffit pas pour assurer le respect de ce droit, car, si le législateur a le droit de changer toute situation générale, il ne reste plus *rien* à l'intéressé : la situation individuelle sans des situations générales qui la protègent n'a plus aucune signification sociale pratique et le législateur devient absolument omnipotent. C'est, au contraire, à l'idée de justice rationnelle qu'il faut recourir pour limiter les pouvoirs de droit du législateur lui-même. Recourir à une autre méthode, c'est mettre en danger le droit lui-même que la nouvelle Ecole veut asseoir.

Une affirmation brillante de la doctrine de Duguit dans le droit international a été faite par le professeur N. Politis¹, mais elle se prête aux mêmes objections que les théories de Duguit et de Jèze.

En affirmant que la conscience de la solidarité ou l'interdépendance sociale est à la base de tout droit, le professeur Politis accentue que cette conscience doit être celle d'un droit garanti par l'emploi de la force, d'une force matérielle de contrainte, conformément à son *sentiment de justice*.

Il est vrai que le droit n'est pas le pur fait, mais le fait devient *conscient*, et par cela *obligatoire*. Si le droit n'est pas dans la conscience, on ne peut plus en trouver la source nulle part : que serait la justice si elle n'était pas consciente ? C'est pourquoi les règles du droit positif sont nulles si elles sont contraires aux idées conscientes. On a toujours cru, et on croit encore à « l'autorité des lois non écrites que, depuis l'Antiquité grecque, nul homme éclairé n'a jamais contestée » ; ces vérités adaptées aux nécessités de la vie en commun de chaque groupe sont des principes conscients et acceptés, ainsi que Duguit le demande. Mais l'Ecole du droit naturel confond la morale et le droit, qui est seul obligatoire, et elle fait appel à une raison objective qui n'existe pas : quelle raison ? la raison de qui ? Cette raison varie et ne saurait être saisie nulle part.

1. N. Politis, Les nouvelles tendances du droit international, 1927; *La justice internationale*, 1924; L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international, *Arch. de philosophie du droit et de sociologie juridiques*, 1932, n° 72.

Les conclusions du professeur Politis concernant l'existence d'une justice adaptée aux nécessités de la vie de chaque groupe sont incontestables. Ses prémisses et sa construction théorique sont moins sûres. La solidarité sociale, comme simple fait, est incapable d'expliquer le droit. La simple connaissance ou conscience que le groupe en a est une conscience du droit qu'il faut justement expliquer. Il ne s'agit pas simplement dans le droit de constater des faits. A cette enseigne, on ne voit pas que, dans la vie internationale, chacun met ses forces particulières au service de la sanction conformément au sentiment de justice, et le droit lui-même perd toute base en dehors de la force : la question est d'ailleurs de savoir, entre des sentiments de justice qui s'opposent parfois de groupe étatique à groupe étatique, lequel choisir. Il faut donc nécessairement arriver à une appréciation objective rationnelle. Ce qu'on constate dans la conscience, ce sont des notions qui peuvent être elles-mêmes jugées et qui peuvent être erronées : la nécessité du contrôle rationnel s'impose, et ce contrôle ne consiste pas dans la simple constatation de certains faits, mais dans celle des devoirs et des droits de chacun.

L'opinion à laquelle sont arrivés d'autres disciples directs de Duguit, après avoir d'abord complètement adopté les théories de celui-ci, est très suggestive.

C'est ainsi que le professeur Bonnard¹ déclare encore qu'en somme il n'y aurait que des jugements de réalité : « La connaissance théorique, après avoir émis sur l'objet un jugement d'existence, poursuivant son analyse, vient constater que cet objet est approprié à une certaine *fin*, et elle le formule : c'est le jugement de valeur. » Mais la question est justement de savoir si toutes les fins peuvent être posées arbitrairement. L'auteur répond en subordonnant le droit à la morale, qui cherche le « perfectionnement », la « plénitude de l'être individuel », alors que le droit cherche « la plénitude de l'être social ». La vanité et l'imprécision de cette idée de « perfectionnement » et de « plénitude », où

1. R. Bonnard, L'origine de l'ordonnement juridique, *Mélanges Hauriou*, 1929.

nous mettons justement les idées de devoir que nous essayons d'expliquer par elle, a été montrée par Kant. En tout cas, nous ne sommes plus avec elle dans le domaine exclusif de l'interdépendance sociale de Duguit. Le professeur Bonnard se demande même si le droit est toujours adéquat à la réalité. Il revient d'ailleurs, dans son dernier ouvrage, à une réaffirmation catégorique du droit subjectif, même en droit public ¹.

D'un autre côté, le professeur Marc Réglade ² a eu le grand mérite d'être arrivé à clairement opposer l'être et le devoir, en concevant le bien « comme une notion première de la raison pratique ». Le droit, auquel l'auteur accorde encore un caractère hypothétique, n'est donc pas un pur sentiment et encore moins un sentiment individuel : il est raison et justice, car, sans la raison poursuivant le bien, on n'aurait aucune garantie d'objectivité et on serait à la remorque des sentiments subjectifs. Il est intéressant de voir que, pour fonder le droit, le professeur Réglade arrive à faire appel au « bien commun » de l'Ecole du droit naturel.

On peut rapprocher de la doctrine sociologique celle du professeur Georges Scelle ³. Ses considérations sont toujours attrayantes et son essai de systématisation du droit international est une œuvre de très haut intérêt.

Les rapports de droit, écrit le professeur Scelle, sont des rapports entre *individus*, formant une société *universelle* et appartenant à d'innombrables autres sociétés : « Supprimons en effet les individus : chacun des groupes, l'Etat lui-même et le droit s'évanouissent. » Le fait social crée la *solidarité*, qui, en droit international, est diffuse et lâche, mais cette solidarité traduit une nécessité plus profonde, qui est la *nécessité biologique de conservation*. C'est là le fondement du droit positif, qui est ainsi une traduction plus ou moins

1. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, partie générale, 1935.

2. Marc Réglade, Théorie générale du droit dans l'œuvre de Duguit, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nos 1-2, 1932, rapports aux trois sessions de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, voir annuaires.

3. G. Scelle, *Précis du droit des gens, Principes et systématique*, 1932; La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nos 1-2, 1932.

exacte du droit naturel d'une société : il est « antérieur et supérieur à toute acceptation et même à toute conscience », il peut exister même sans sanction; des psychoses collectives entravent parfois le développement du droit, spécialement du droit international. Il s'agit d'abord de vivre et puis subsidiairement de progresser : l'utilité sociale vient dès lors en second rang; les considérations de justice et de morale s'ajoutent, en dernier lieu, comme éléments adventices. Il n'y a donc pas de cloison étanche entre l'être et le devoir : ce dernier s'explique par l'élément de causalité. C'est ainsi que « le titre juridique » du pouvoir est son « efficacité » et sa « prépondérance de fait » : « à ce point limité, la soumission du pouvoir à la règle de droit est une question d'équilibre des forces et de moralité ». C'est en ce sens que le droit positif existe et qu'il s'impose comme droit : il suppose l'hypothèse — souvent fragile — qu'il doit être tenu pour l'expression du droit objectif jusqu'à preuve du contraire.

Les nécessités biologiques de conservation de soi-même sont incontestablement, ainsi que l'éminent auteur l'affirme, un des éléments fondamentaux qui sont pris en considération par le droit. Mais est-ce tout ? Elles sont, en réalité, un *objet d'appréciation juridique*. L'instinct de vivre peut produire les résultats les plus antisociaux pour les autres. Il ne s'agit pas de faire revivre le darwinisme dans le droit, ni d'adopter sans changement la théorie spencérienne de l'adaptation biologique au milieu¹. La plus grande force n'a pas par sa seule force le titre juridique d'imposer ce qui lui convient. Le droit peut exiger dans les cas extrêmes des individus le sacrifice d'eux-mêmes. L'homme n'est pas un animal comme les autres : il pense et il se soumet à la raison. Ce ne peut être que dans la possibilité pour tous de se développer conformément à la raison que réside le fondement du droit : c'est ainsi, en réalité, l'idée de justice qui est posée

1. Comp. : Baldwin, *Le darwinisme dans les sciences sociales*, trad. franç., 1911; Novicow, *La critique du darwinisme social; Les luttes entre sociétés humaines et leurs phases successives*; Vaccaro, *La lutte pour l'existence et ses effets dans l'humanité; Les bases sociologiques du droit et de l'Etat*.

par le droit, et il est impossible de la réduire à la pure causalité naturelle.

Une autre forme de sociologisme, manifestée dans le droit, a été et est encore très répandue : le psychologisme, qui se confond parfois avec le volontarisme, dont nous allons parler plus tard. Mais il semble bien difficile de s'en tenir au psychologisme pur au moment où la pensée contemporaine paraît s'en dégager définitivement.

Le psychologisme présente un double sens qu'il faut bien éclaircir. Les phénomènes psychologiques, qui constituent dans l'homme des états conscients, ne sauraient, comme simples faits et à eux seuls, fonder le droit. Mais ils sont porteurs de significations spirituelles, qui visent entre autres l'idée de justice par les notions réelles et les convictions qu'on peut s'en faire à un moment donné; ce sont ces significations, constituant ce qu'on nomme en Allemagne la culture¹, qui seules importent : elles ont un caractère rationnel, une valeur de vérité objective qui s'impose par la directive que notre pensée prend en les poursuivant et qui peut seule donner un fondement à l'idée juridique.

« La croyance — observe le professeur Georges Ripert en parlant des théories d'Emmanuel Lévy² — peut créer un monde d'illusions ». La croyance en notre droit peut être simplement l'expression de notre désir de domination ou de notre besoin de jouissance; la croyance au droit d'autrui peut être le résultat d'une absurde soumission. Croire n'est rien si l'objet de la créance n'est pas la vérité. On ne saurait dire : « Vous avez le droit parce que vous croyez l'avoir. » Ce serait « légitimer toutes les violences » et dire à la foule : « Le droit sera ce que vous voudrez qu'il soit. »

Le fait psychologique de la conscience est ainsi impuissant à donner les solutions que nous cherchons³.

1. Windelband, Rickert.

2. G. Ripert, Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928; étude reproduite dans Emmanuel Lévy, *Les fondements du droit*, 1933.

3. Comp. : Bähr, Baldwin, Bauer, Colonna d'Istria, Dolve, Duprat, Gierke, Gurvitch, Lévy, Lévi, Micelli, Nelson, Stier-Somlo, Petrazicki, Tanon, etc.; en droit international : Heffter, Bluntschli, Wheaton Heilborn, Romano,

La conscience commune, si on l'entend comme simple fait psychologique répété dans différentes consciences individuelles, et non comme signification rationnelle d'une idée, sera tout aussi incapable de fonder le droit. Elle peut conduire à la tyrannie des foules. La conscience commune d'un groupe, à supposer qu'elle existe distincte de celle de ses membres¹, se trouve dans le même cas que la conscience individuelle généralisée. C'est pourquoi l'Ecole historique allemande n'a pas réussi à donner une réponse satisfaisante au problème qui nous préoccupe. Elle a eu le grand mérite d'avoir définitivement attiré l'attention des juristes sur la relativité du droit et sur la nécessité de l'étudier dans l'évolution historique de ses institutions. Mais elle ne détermine pas suffisamment le contenu éthique intellectuel de la conscience juridique collective. Le fait social tout nu n'est pas encore un phénomène juridique, car celui-ci consiste essentiellement en un élément d'évaluation rationnelle. L'Ecole historique passe ainsi à côté du problème du fondement du droit sans le toucher².

Résumons maintenant les conclusions convergentes que cette longue série d'analyses comporte et à laquelle on aurait pu encore ajouter l'examen d'un grand nombre d'autres auteurs de grande valeur et de différentes nationalités³.

Les théories du naturalisme objectif sous toutes leurs formes sont dues au positivisme scientifique, qui ne reconnaît que « les faits » et l'expérience, et qui nie « la valeur » comme élément primordial. Mais l'expérience et le fait

Ottolenghi, Palieri, Oppenheim, Kaltenborn, v. Ullman, v. Liszt, de Louter, Jellinek, Leibholz, Krabbe, etc.

1. Gierke, *Das Wesen der Menschlichen Verbände*, 1902; Gierke est contre la volonté commune comme source du droit et il met sa source dans la conscience commune, *Privatrecht*, I, p. 116 et s., 1893.

2. Comp. : Rudolf Stammler, *Rechts-und Staatstheorien der Neuzeit*, 1928; *Rechtsphilosophische Grundfragen*, 1928.

3. Voir bibliographie dans Djuvara : *Teoria Generală a Dreptului*, vol. I, p. 30-94. Comp. : Aillet, Berolzheimer, Bruegelles, Bourgeois, Bouglé, Cornil, Darmstädter, Davy, Drăghicescu, Durkheim, Ehrlich, Fouillé, R. de la Grasserie, Gurvitch, Gumplovicz, Huber, Hubert, Jerusalem, Kirchmann, L. Lévy-Bühl, A. de Maday, Mezger, Novicow, Orestano, Ortmann, Palante, Parodi, Pécaut, Richard, Ross, Rouvier, Schmoller, Simmel, Sinzheimer, Max Weber, Worms, etc., ainsi que les auteurs de sociologie pénale et les théoriciens du socialisme.

n'existent même pas sans la logique qui les pose par des relations rationnelles et, par conséquent, sans des valeurs rationnelles. Si on nie toute valeur, comment peut-on connaître quelque chose et raisonner ? De la même raison, qui connaît les faits de la nature, résulte, en l'exerçant dans le domaine des fins humaines, l'idée objective de justice, laquelle, en tant que méthode, conduit à toutes les notions qu'on peut avoir sur le juste et l'injuste des actions humaines.

Même si on soutient, comme le fait Duguit, que la solidarité sociale est à la base de l'ordre sociologique de tout groupe existant, il est impossible de ne pas distinguer cet ordre sociologique de l'ordre juridique positif, par lequel on considère les réalités sociales, nous l'avons vu, sous un autre angle que celui de la sociologie proprement dite. On peut dire la même chose de tout fait sociologique, psychologique ou biologique. D'un simple fait, quel qu'il soit, il est impossible de tirer l'idée d'obligation. Pascal l'avait déjà remarqué; Henri Poincaré l'a affirmé avec force en montrant que d'un indicatif on ne pourrait déduire un impératif; Kant et les juristes néo-kantiens l'ont amplement démontré. Il est impossible de trouver dans un fait l'*obligation* même où tout membre isolé d'une société se trouve de se soumettre à la loi. C'est la raison qui intervient pour établir non seulement quels sont les nécessités, les besoins et les intérêts d'un individu ou d'un groupe, mais aussi pour les prendre comme objet de jugement et déterminer s'ils sont justes; l'idée de justice et celle de droit qui en dérive ne saurait prendre pour mesure suprême d'appréciation l'importance ou l'intensité d'un intérêt, fût-il social : seule, la possibilité du développement en commun importe, par une généralisation logique de tous les intérêts moralement respectables. Les règles ainsi trouvées, en prenant pour point de départ tous les faits et les conditions sociales psychologiques et biologiques qu'il faut préalablement constater, dominant l'activité des individus et des groupes et doivent raisonnablement s'imposer à eux. Si c'est ce que le naturalisme objectif veut affirmer, il ne fait que poser ou plutôt supposer l'idée objec-

tive et autonome de la justice : on est alors très loin d'un fondement purement naturel du droit. Il est donc impossible de trouver le fondement suprême de l'ordre juridique positif dans l'état d'une société donnée, comme il est impossible de le trouver dans un instinct biologique ou un état psychologique individuel ou même collectif, ainsi qu'on a essayé de le faire. La socialité et les efforts psychologiques peuvent conduire à l'égoïsme individuel ou social, à l'esprit de secte ou de classe sociale, aux passions aveugles de la foule. La socialité n'est pas, ainsi que l'a dit très bien un éminent sociologue, G. Richard¹, un automatisme : car, dans ces conditions, la société, en l'affirmant, se détruirait elle-même en détruisant les conditions de sa propre existence. La société et le droit impliquent l'activité réfléchie et la culture rationnelle. « Seules, les formes inférieures de société asservissent l'individu à un égoïsme collectif plus dur que celui de l'individu : la socialité n'est que l'étoffe de la moralité transformée par une action réfléchie. » « L'activité instinctive n'est pas tout : il faut réveiller la confiance dans les idées. Au-dessus de l'action empirique et impulsive, il y a la Pensée philosophique. »

L'homme, avec son activité réelle, présente en effet des phénomènes physiques, biologiques, psychologiques, sociaux : c'est ce qu'on peut proprement appeler sa nature. Mais de la pure constatation, même rationnelle, de ces phénomènes, il est impossible de tirer une idée d'obligation. Dans le simple fait que quelqu'un est en rapports sociaux avec autrui ou que, dans sa conscience, se passent des phénomènes psychologiques, on ne saurait découvrir que telle de ses activités réelles est juste ou injuste, comme on ne saurait le faire non plus en constatant que l'homme présente des phénomènes biologiques ou des phénomènes physiques indéniables. Toutes ces réalités sont des réalités naturelles et elles constituent l'objet de sciences dites naturelles. Mais le droit n'est pas du tout en ce sens une simple science naturelle. Les appréciations de justice peuvent bien être objectives, au même titre que les constatations des phénomènes naturels,

1. G. Richard, *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, 1914; *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, 1892.

elles sont, comme ces dernières, des données que la raison soumet à son contrôle et elles sont en ce sens rationnelles comme ces dernières, elles poursuivent des vérités qui ne sont pas l'œuvre arbitraire des hommes; mais elles constituent un tout autre ordre de pensée objective. Dans les deux cas, des jugements objectifs de valeur interviennent, poursuivant des vérités; mais d'un côté ce sont des jugements de réalité, de l'autre des jugements éthiques (on nomme parfois ceux-ci des jugements de valeur, mais il est entendu qu'il s'agit des jugements de valeur éthique, et non de valeur de réalité).

La différence kantienne entre le dû et l'être, entre le « sein » et le « sollen », n'est donc pas un vain mot. Dans ce qui « est » on ne découvrira jamais ce qu'on « doit », de même que, par ce qu'on « doit », on ne saura jamais ce qui « est », ce que le titulaire d'un droit ou d'une obligation fera effectivement; car les lois de la justice, pour ne pas être des lois naturelles, doivent être essentiellement violables. Confondre ces deux ordres d'idées, c'est s'exposer au danger grave de confondre la justice avec la force, ou avec l'habileté, ou avec l'opportunité. Ce qui est le produit de la force ou ce qui est opportun par rapport à chacun n'est pas toujours ce qui est juste, ce à quoi il est obligé.

Si, par conséquent, on conçoit le problème du fondement du droit comme un problème d'obligation, et non de simple fait ou d'opportunité, ce n'est pas dans la constatation des phénomènes naturels, c'est-à-dire dans la nature, que nous pouvons chercher sa solution, mais dans la raison, et spécialement dans ce que la raison doit reconnaître comme juste, objectif, par rapport à chaque action humaine déterminée.

§ 2. — Volontarisme.

L'esprit positiviste a conduit de bonne heure les juristes à envisager leur science comme consistant uniquement à constater expérimentalement les règles du droit positif posées par des volontés humaines, en faisant abstraction de toute autre appréciation de justice. Il y a là le germe d'une

vérité : on doit, en effet, prendre en considération en tout premier lieu les règles de droit positif qu'on constate et auxquelles, du moins en leur ensemble, nous nous rendons bien compte que nous avons l'obligation de nous soumettre. Mais tout n'est certainement pas dit avec cela, car il est nécessaire de définir préalablement l'expérience elle-même et de reconnaître les conditions logiques de son existence¹ : on arrive alors à se demander quel est le titre juridique de la volonté quand elle pose les règles du droit positif.

Le positivisme philosophique exprime la nécessité pour toute science de ne se fonder que sur la constatation des données de l'expérience naturelle. Mais, faute de définir avec précision cette expérience, Auguste Comte avait omis la psychologie de sa classification des sciences. Les positivistes nient de même encore aujourd'hui la possibilité d'une éthique normative, comme étant en dehors des données de l'observation. Ils essaient même parfois de transformer la logique en simple science d'observation. Ils ne remarquent pas que l'observation elle-même suppose une activité de pensée qui, logiquement, la précède et la crée. De même, les volontés sociales à caractère éthique qu'on peut constater historiquement supposent justement ce qu'on voudrait éliminer, c'est-à-dire la possibilité des jugements normatifs éthiques.

Le positivisme juridique, sous cette forme, consiste à réduire le droit à de pures expressions de volonté. Il y a certainement là un résidu des doctrines du droit naturel, car cette volonté est considérée objectivement comme un phénomène de la nature, qu'il s'agit de constater comme tel. Le volontarisme juridique prend pour centre de perspective un élément que le naturalisme objectif laisse sur un second plan, celui de la volonté créatrice du droit.

Comme le naturalisme objectif, le volontarisme ne procède pas à une analyse approfondie de l'idée de volonté pour essayer de dégager l'idée de liberté, qui est son élément

1. Mircea Djuvara, La pensée de Giorgio del Vecchio, *Archives de philosophie juridique et de sociologie du droit*, 1937, 4^{re} partie; Dialectique et expérience juridique, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938.

intérieur essentiel; il réduit la liberté à une simple liberté psychologique, et non à une liberté proprement juridique. Son défaut est donc le même que celui du naturalisme objectif : il ne reconnaît pas la séparation claire qui existe entre l' « être » et le « devoir ».

Le droit positif apparaît certainement souvent dans l'expérience comme un élément de volonté et, sous cet aspect, comme une force volontaire qui s'impose. De là à réduire le droit à la force il n'y a qu'un pas.

Réduire le droit à la force et penser que celle-ci prime le droit, c'est nier, en réalité, l'existence du droit en général. Certains auteurs n'ont pas manqué d'arriver à cette conclusion extrême. D'autres se contentent de nier l'existence du droit international.

Il est certain que la force établit souvent le droit positif, mais ce droit n'est pas justifié par la force qui l'a fondé. Le problème apparent de la genèse sociologique est différent de celui de la justification juridique.

Les défenseurs de la doctrine qui assimile le droit à la force prétendent l'asseoir sur l'observation positive, et il faut avouer que l'observation semble parfois leur donner une apparence de raison. Le droit positif n'est-il pas garanti le plus souvent, de nos jours, par la force étatique ou, du moins, pour le droit positif non étatique, par la force diffuse du groupe respectif ? Sans cette force qui l'impose au respect serait-il encore du droit ? Ne voit-on pas tous les jours des règles injustes qui sont imposées comme droit positif ? Ne constate-t-on pas aussi, surtout en droit international, des coutumes injustes qui se sont imposées à l'application ?

Mais la question n'est pas là. Le problème est de savoir si, toujours et sans exception, ce qui est ainsi imposé est du droit. Car une seule exception est suffisante pour démontrer par son existence que l'idée de droit et celle de force ne coïncident pas. Or, l'observation nous montre que le droit n'est pas toujours imposé par la force. La plus grande partie des règles de droit international en sont un exemple frappant. Même en droit interne, l'Histoire et le droit com-

paré connaissent des lois imposées, et même quelque temps appliquées, qui n'ont pas été considérées comme du droit ¹. Il arrive même qu'une règle de droit positif qui ne correspond en aucune manière à l'idée que la société respective se fait du droit, ne peut pas subsister. En ce sens, les règles du droit positif ont toujours besoin d'un assentiment social, même diffus.

Le pouvoir politique, observe Hauriou, n'est pas la plus grande force : si cela était, il devrait toujours être le pouvoir militaire de prétoriens; il n'a pas besoin de l'être, car il subsiste par l'assentiment et le loyalisme des sujets : il n'y a pas de pouvoir qui puisse pratiquement se maintenir longtemps par la contrainte pure, en se passant de l'obéissance volontaire des sujets, et le droit de résistance à l'oppression est incontestable ².

Tout droit positif s'adresse à des êtres raisonnables, c'est-à-dire libres, même le droit du tyran le plus féroce. Et il est bien difficile que les fantaisies d'un tyran ou les commandements dictés uniquement par les purs intérêts de celui qui gouverne en contradiction avec les aspirations profondes des gouvernés et auquel ceux-ci contestent le droit de gouverner puissent durer et puissent ainsi être reconnues à la longue comme droit positif. Si l'on veut donner en exemple certains autocrates, et spécialement les autocrates de l'Antiquité, on doit tout de même constater qu'on reconnaît à ces autocrates le droit de gouverner comme ils le faisaient, c'est-à-dire la compétence de formuler le droit positif.

Il n'est en tout cas pas permis d'affirmer que tout ce qui est imposé par la force est du droit positif. La force n'est pas le droit. La force est une manifestation de fait. Elle peut et doit, en principe, accompagner le droit. Mais elle ne se

1. Qu'il nous soit permis de donner en exemple les lois votées en Roumanie en 1918, par un parlement élu sous l'occupation allemande; elles ont été toutes annulées, de l'assentiment quasi unanime, après quelques mois, aussitôt que l'occupation a cessé et qu'un parlement légal a été élu.

2. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 18, 19, 26. Comp. Brierly, *op. cit.*, p. 321-322; Hume, *Essays*, I, IV.

confond nullement avec lui. Elle peut consacrer les pires injustices, et les réactions sociales qui l'accompagnent, dans ce cas, prouvent justement que quelque chose s'y oppose : c'est justement le droit. Le droit positif subsiste du reste, en général, par sa propre force, et non pas par la contrainte extérieure, car il est normalement accepté en son ensemble par la quasi-unanimité des sujets. C'est ainsi qu'en droit international, par exemple, ceux des politiciens qui conduisent les peuples et qui contestent l'existence de ce droit en tiennent compte plus souvent qu'ils ne le pensent.

Treitschke pouvait bien dire que « le vieux droit naturel est écrit dans les étoiles ». Personne ne saurait cependant tout simplement proclamer la loi de la jungle. « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir », écrivait J.-J. Rousseau. Et il ajoutait : « Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois, non seulement il faut par force donner la bourse, mais, quand je pourrais la soustraire, suis-je en conscience obligé de la donner ?... Le mot droit n'ajoute rien à la force; il ne signifie ici rien du tout. »¹

Il est bien difficile, pour un vrai juriste, de réduire le droit à la force : il n'en manque cependant pas pour le tenter². Ce sont plutôt des politiciens ou de purs sociologues³ qui ont essayé de le faire. On cite parfois des philosophes qui auraient professé cette doctrine, mais il est douteux qu'on ait toujours pénétré le vrai sens de leur pensée.

C'est ainsi que pour Hobbes la conservation et l'expansion de soi sont le fondement du droit naturel. Mais, pour limiter cette égalité naturelle qui devient vaine en conduisant au *bellum omnium contra omnes* et pour chercher « la paix que la morale commande », en évitant que « chacun

1. *Contrat social*, I, 4.

2. K. Strupp, *Vorgeschichte und Ausbruch des Krieges von 1914*, *Zeitschr. für Völkerrecht*, 1914; Treitschke, *Politik*, 2 vol., 3^e éd., 1922; Alessandri, *Le droit international public. Son fondement et sa sanction*, 1920; Seydel, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre*, 1873; Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, 1932.

3. Baldwin, *op. cit.*; Novicow, *op. cit.*; Vaccaro, *op. cit.* Comp. : Max Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum*; R. Anthony, *La force et le droit*, 1917; C. Bunge, *Le droit, c'est la force*, 1924; Le Hanef, *Le droit et les forces*, 1928; Le Dantec, *L'égoïsme seule base de toute société*, 1931.

puisse devenir la proie des méchants », on doit instituer un pouvoir unique prépondérant, en lui remettant le propre pouvoir de droit naturel de chacun. L'obligativité de ce contrat qui fonde le droit positif réside dans l'idée rationnelle que, si elle n'était pas admise, on tomberait dans une « contradiction » et que la sécurité ne serait plus assurée; un contrat obligatoire est ainsi à la base du droit, comme une conséquence de la loi rationnelle qui régit l'activité des hommes recherchant librement la possibilité de poursuivre leur vie en commun. Il y a donc, pour Hobbes, une recherche rationnelle supérieure qui explique le droit, basée sur la nature réelle des hommes vivant en société; Hobbes pose même ainsi un droit objectif de la raison qui limite dans certains cas le pouvoir absolu de l'autorité : il affirme le droit de légitime défense et proclame que, si le pouvoir de protection qui est à la base du consentement donné cesse, le devoir d'obéir cesse aussi de lui-même.

Un autre auteur qu'on cite volontiers comme professant la subordination du droit à la force est Spinoza. Mais, pour Spinoza, la substance a pour essence la nécessité *rationnelle* intérieure. Elle se manifeste par des attributs, et ceux-ci par des modes, mais c'est la raison elle-même qui se manifeste ainsi. La vertu est bien le pouvoir de réaliser sa propre nature, *suum esse conservari*, « les grands poissons mangent ainsi les petits poissons » ¹. Mais la nature de l'homme est justement surtout pensée et nécessité rationnelle. C'est pourquoi l'homme doit vivre *ex ductu rationis*, conformément à la raison, telle qu'elle se montre, « claire et distincte », *ex sola mentis cognitione*. Le droit et l'Etat ne doivent donc pas réduire les hommes à des animaux ou à des machines : il faut qu'ils s'assurent réciproquement de ne rien faire qui puisse préjudicier à personne. C'est ainsi qu'ils doivent se tenir parole et que la société civile s'établit par un consentement commun ².

1. *Tractatus politicus*, 1677, chap. II, § 3; *Tractatus theologico-politicus*, 1670, chap. XVI.

2. *Ethica*, pars IV, propositio XXXVII, scholium II, qu'il faut relire avec attention pour comprendre la conception juridique et politique que Spinoza a développée dans son *Tractatus theologico-politicus* et son *Tractatus politicus*.

En ce qui concerne Hegel, qui semble être l'inspirateur de la doctrine contemporaine de la force, on a déjà remarqué, comme l'a fait avec finesse le professeur Verdross, que sa conception peut présenter le germe d'une autre perspective grâce à son idée centrale d'une dialectique de la raison se réalisant par des synthèses supérieures et unificatrices des thèses et des antithèses.

Le très grand juriste qu'a été Ihering a beaucoup contribué à faire croire que le droit se réduisait à la force. Il a bien dit que le droit serait en politique de la force. Son œuvre, intitulée *Der Zweck im Recht*¹ (et non *l'Esprit du droit romain*) est le résultat de toute sa vie scientifique; elle représente la conception du droit à laquelle il s'est élevé en tout dernier lieu², et qui produit une transformation de la théorie qu'il avait émise sur la nature des droits subjectifs considérés comme de simples intérêts juridiquement protégés. Le traducteur en français de cette œuvre a peut-être eu raison de l'intituler un peu librement : *L'évolution du droit*, car le point de départ de Ihering est bien une recherche sociologique; mais cet ouvrage aboutit à poser un droit objectif en toute sa généralité, et il arrive à déclarer que la morale domine le droit sous forme de « poésie » de ce dernier. C'est là l'affirmation d'une idée supérieure de justice qui infuse sa vie au droit positif, idée qui a été puissamment mise en relief dans l'admirable opuscule *Der Kampf ums Recht*.

La volonté est, pour Ihering, « indépendante de la loi de causalité : l'ondulation indéfinie des causes et des effets s'arrête devant la volonté humaine, seule, la loi de la finalité la régit ». « La volonté est donc la véritable force créatrice. » Le droit, par la volonté, « assure son empire sur l'égoïsme par l'identification des buts et des intérêts opposés ». Cependant, « à chaque pas de la vie, on se heurte à une insoluble énigme, si l'on rapporte à l'égoïsme le motif de tous les

1. Comp. : Durkheim, *Revue philosophique*, 1897, p. 49; Bouglé, *Sciences sociales en Allemagne*, 1896; Aguilera, *Idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours*, 1893; Tanon, *Evolution du droit et la conscience sociale*, chap. IV, 4^{re} partie, 3^e éd., 1911.

2. *L'évolution du droit*, trad. Meulenacre, extraits des Lettres de Ihering, p. VII-VIII.

actes humains ». Seul, « *le sentiment de la destination morale de l'existence* donne la clef du problème. En obéissant à ce sentiment, et en réalisant ainsi le *but suprême* de son existence, *l'homme s'affirme lui-même* ». La société est ainsi « *la vie pour et par autrui* ». « La force impulsive pratique de la notion du but pousse sans cesse plus loin : de la personne au patrimoine, de ceux-ci au droit, du droit à l'Etat. » « La justice n'est autre chose que ce qui convient à tous, ce qui assure l'existence de tous. » La contrainte n'est qu'un second moteur dans l'ordre social. Si, en fait, l'homme n'a pas entrevu toujours l'opposition entre la force et le droit et la primauté de ce dernier, si « ce n'est pas à sa valeur morale, à sa majesté, que le droit est redevable de la place qu'il occupe, dans la civilisation actuelle..., sa suprématie est le résultat final d'un long développement ». « Le droit est la *politique de la force*; la force reste, elle ne disparaît pas devant le droit : elle devient la *force juste*. » C'est elle qui « a façonné l'éducation de l'homme pour la vie sociale ». « L'organisation sociale de la contrainte est tout entière dans cette question : *mettre la prépondérance de la force du côté du droit*. » C'est en ce sens que l' « Etat est source unique du droit ».

Et c'est ainsi que les règles de droit qui obligent le souverain et les règles du droit international ont le caractère de règles du droit et ne sont pas de pures règles morales. Elles sont sanctionnées par la révolution et par la guerre : celles-ci sont les formes primitives de la justice privée dans le domaine du droit public. Une organisation est cependant là impossible, car il faudrait instituer un pouvoir central. « Il est des matières de droit où la contrainte cesse » : le prince qui viole le droit, le juge qui condamne ou absout contrairement à sa conscience, « violent non la morale, mais le droit : seulement le droit ne peut les atteindre ».

Il est encore vrai que « la puissance publique recourt au droit parce qu'elle découvre son propre intérêt bien entendu » et qu'ainsi le pouvoir s'autolimité, mais « l'ordre n'est véritablement garanti que là où l'Etat respecte ce qu'il a lui-même établi : le droit est la *politique bien comprise* ».

du pouvoir. Des siècles s'écoulaient avant que l'Etat, après bien des tâtonnements, ... se range à l'*inviolable observation du droit* ». « Dans le droit et par le droit s'agrandit le sentiment du droit. » « Tel est le dernier terme de ce développement : ... *en dernière analyse, le droit trouve sa garantie assurée dans la puissance morale qu'exerce le sentiment du droit.* »

« Comme le croyant dans sa foi en la divinité, l'homme du droit a une foi inébranlable dans le droit; l'un et l'autre... sentent vivre en eux-mêmes leur Dieu et leur droit... Dieu et droit font partie d'eux-mêmes; nulle puissance au monde ne les leur retranchera, elle ne pourra que les anéantir en eux et avec eux. »

C'est ainsi que « la volonté se juge d'après le *but* qu'elle se propose, et qui caractérise l'acte comme étant juste ou injuste ». Il s'agit donc de « la concordance de la volonté avec ce qui *doit* être », et non d'une conception de « *vérité* de ce qui *est* ». Dans ces conditions, le droit est, il est vrai, « éternellement changeant, ce qui est défendu ici sera prohibé plus loin », car il doit « adapter ses dispositions à l'état du peuple, à son degré de civilisation, aux besoins de l'époque ». Mais l'homme doit être « retenu devant une injustice, qu'il soit assuré de l'impunité », car il y a un mobile « *plus noble* » que ceux « égoïstes du salaire et de la contrainte : ce motif s'appelle *Moralité* ».

En lisant ces citations, on se trouve bien loin, il faut l'avouer, du tableau qu'on fait habituellement de la doctrine de Ihering. Il faut en effet comprendre la manière dont Ihering a écrit : il exprimait ses pensées au fur et à mesure de son inspiration, il recherchait d'abord le mécanisme réel des mobiles des hommes, en faisant un tableau descriptif de l'évolution historique du droit, mais il n'a pas voulu donner une justification de la force, il n'a pas perdu de vue l'idéal de justice vers lequel cette évolution se dirige, et qui doit s'imposer avec force à notre activité. *L'Esprit du droit romain* contient d'ailleurs aussi de beaux passages, qui font nettement voir la croyance de l'auteur dans le droit. On peut facilement, dans ces conditions, trouver dans ses textes

des phrases qui semblent réduire le droit à la force, mais il nous semble que son idée essentielle, qu'il n'a pas eu le temps de développer systématiquement, n'est pas là.

Un grand nombre de juristes se laissent entraîner à l'idée que le droit international n'existerait pas par la croyance que l'autorité supérieure, et par conséquent la sanction, serait de l'essence du droit. Austin et, en partie, Pufendorf et Savigny eux-mêmes l'ont cru.

Mais la sanction n'est pas le droit, et c'est, au contraire, le droit qui fonde la sanction. Ce qui est vrai, c'est que toute idée juridique contient en elle implicitement le commandement de la faire respecter par les moyens matériels qui sont à notre disposition. Cependant, affirmer qu'il n'y a pas de droit sans sanction généralisée serait supposer le chaos et le désordre, car cela rendrait tout droit positif impossible. L'ordre juridique positif, par conséquent, n'est pas caractérisé, ni généralement pratiqué, par la sanction ou par sa crainte. Il y a d'ailleurs, en droit international, en droit public interne et même, en droit privé, des domaines entiers où les règles positives ne sont pas formellement munies de la sanction juridique. L'idée même de sanction juridique implique celle d'une coercition faite en vertu d'un droit, et, par conséquent, elle ne saurait servir à fonder le droit qui, au contraire, la fonde. Les conséquences pratiques du droit ne consistent d'ailleurs pas en sanctions seulement : son respect est le plus souvent lié en fait à une série d'avantages, qui se trouvent de ce point de vue sur le même plan que les sanctions.

Lier le droit à la sanction organisée, c'est considérer l'Etat comme seul créateur de droit positif. Or, cette idée est une grave erreur, car le droit positif se constitue aussi socialement en dehors de l'Etat, même si l'Etat tend à le monopoliser ¹.

Le juriste-philosophe Binder, dans ses derniers ouvrages,

1. Giorgio del Vecchio, *Della statualità del diritto*, sous le titre : « A propos de la conception étatique du droit », *Justice, Droit, Etat*, 1938; G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, 1932, et *Le temps présent et l'idée du droit social*, 1932.

à orientation néo-hegélienne, puisqu'ils partent de la réduction du droit à l'Etat, est un représentant caractéristique de la négation du droit international. « L'ordre juridique — écrit-il — dérive du fondement transpersonnel de la personne. » « Dans l'Etat, l'individu se dépasse en se posant soi-même. » L'Etat lui-même est « l'esprit national », qui veut librement par le droit. Le droit doit donc justement « forcer la volonté de l'individu quand il ne répond pas à cet appel : c'est ce qui signifie s'obliger juridiquement ». C'est pourquoi « le droit n'oblige à rien juridiquement »¹ et « le droit a sa racine dans la morale ». « La fonction du droit n'est pas de s'obliger, mais de plier les volontés... C'est pourquoi le fondement du droit international, qui est dénué de sanction, est purement moral... Les traités eux-mêmes ne sont pas des conventions qui obligent juridiquement²... *Das blosse Sol-len... macht... nicht das Recht aus*³. Ceci ne justifie évidemment pas des *Raub und Eroberungskriege*, ajoute le juriste, mais seulement « les guerres de légitime défense et celles de prévention ». En réalité, « il n'y a ni droit sans puissance, ni puissance sans droit, car la puissance n'est pas du droit et elle ne crée pas le droit ». Sans cela, il faudrait dire que tout groupe puissant fait le droit, que ce soit même celui des brigands. Fries et Nelson ont raison de mettre l'essence du droit dans la morale⁴. Le droit international se fonde donc sur la seule conscience morale de la nation⁵, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que la morale ne domine pas la politique. Il n'y a pas d'organisation politique internationale, il n'y a donc pas de droit international : elle n'est même pas possible, car elle signifierait la domination des plus forts⁶.

1. Comp. Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1911.

2. *Contra*, Schücking (*Die Organisation der Welt, Festgabe für Paul Labaud*, 1908), qui pose une domination pure de la raison. — Comp. : Walz, *Wesen des Völkerrechts* (Somlo, *Handbuch des Völkerrechts*).

3. L. Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, p. 114.

4. L. Nelson, *Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, p. 114.

5. Aussi : Mérignac, *Traité de droit public international*, I, 1905.

6. J. Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 555-586. Comp. 2^e éd., 1937. C'est le second volume d'un *System der Rechtsphilosophie*, dont le premier est *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1933, et le troisième sera *Wissenschaftslehre des Rechtes*.

Larenz soutient les mêmes idées sous la même inspiration néo-hegélienne et il constate que le droit positif représente une fusion du « sein » et du « sollen », du « Sinn » et de la « Geltung », par sa dérivation de la volonté de l'Etat, et notamment par le « Volksgeist » se dirigeant d'après l'idée du droit ¹.

Tous les juristes qui réduisent le droit à une création étatique pure sont dans la même ligne d'idées. Le droit international se transforme alors en un droit étatique externe, comme chez Putter, Bergbohm, Schoen, Wenzel, Jellinek, etc. Wheaton lui-même écrit que c'est une métaphore de parler du *droit* international ². Austin le considère comme une morale.

Il est à remarquer que cette conception est encore assez répandue. Reeves relève le fait intéressant que le Président Wilson a déclaré, dans les discussions poursuivies au sein du Sénat des Etats-Unis sur le pacte de la Société des Nations, qu'il considérerait l'obligation morale comme ayant plus de force effective que l'obligation légale; un de ses partisans a alors affirmé, pour défendre le Pacte, qu'aucun Etat ne pouvait être lié même par un traité et que le droit international se réduit à une moralité positive ³.

Or, il est scientifiquement impossible d'établir cet étaticisme absolu du droit, car il est facile de constater que tout groupe social secrète, pour ainsi dire, son propre droit positif et que les groupes internationaux font de même. La vérité est que l'Etat seul peut d'habitude mettre en mouvement la sanction juridique organisée. Mais ce n'est pas là un motif pour dire que l'Etat est le seul créateur du droit, car ce serait, encore une fois, confondre l'idée de sanction et celle de droit. L'idée d'Etat ne peut, enfin, être juridiquement conçue comme un pouvoir arbitraire de tout faire sans aucune obligation de se soumettre à un droit objectif supérieur.

1. Karl Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929.

2. *Eléments de droit international*, 4^e éd., I, p. 22, cité par L. Renault, *op. cit.*, p. 6.

3. Reeves, *La communauté internationale*, *Recueil des Cours*, 1924-II, p. 52.

On ne saurait admettre ainsi que le droit se réduit à la force, car cette doctrine conduirait à supposer que le droit ne s'adresserait pas à des êtres libres, qu'il se réduirait à de simples lois naturelles et nécessaires. Ce serait oublier que les phénomènes naturels sont connus par la raison; ce serait, en réalité, nier cette raison et, par conséquent, nier la possibilité de connaître les phénomènes naturels eux-mêmes. Voilà la contradiction inéluctable qui réside au fond de la doctrine confondant le droit avec la force, et voilà pourquoi le bon sens commun la repousse instinctivement.

C'est pourquoi aussi les juristes positivistes, qui fondent le droit sur la volonté, font, en général, appel à un autre principe : celui de la force obligatoire des conventions. Ils réduisent aussi le droit international à des consentements exprès ou tacites qu'ils croient reconnaître comme créateurs de droit dans les traités et les coutumes. Tous les classiques d'avant guerre sont dans ce cas et leur doctrine est encore profondément ancrée dans la science et la pratique du droit international¹.

La doctrine de la volonté créatrice du droit par le consentement est voisine de celle de l'autonomie de la volonté. La volonté, au sens où elle est prise dans le droit, est certainement autonome, elle est libre. Elle crée sans aucun doute des situations juridiques nouvelles. Tout droit ne saurait d'ailleurs s'adresser qu'à des sujets possédant cette liberté et usant d'elle pour adhérer aux normes prescrites. Le droit ne prend en considération les phénomènes naturels qu'en tant qu'ils peuvent être considérés comme des intérêts dans les libres relations entre les hommes.

Mais il y a là un malentendu à éviter. La volonté ainsi conçue suppose la raison qui pose les règles de la justice, et elle n'est réellement libre que dans la mesure où elle se conforme à la raison. Ce point de vue, qui est celui de l'éthique, ne doit pas être confondu avec le point de vue

1. Comp. avec des nuances différentes : Renault, Pradier-Fodéré, Laurent, Piédelièvre, Mérignac, Fauchille, Despagnet, Moyé, Sorel, Pillet, Cavaglieri, Diena, Perassi, Gemma, Anzilotti, Oppenheim, Manning, Woolsey, Wheaton, Lawrence, Bluntschli, Heffter, Jellinek, Brie, W. Kaufmann, v. Liszt, Triepel, Jitta, etc.

psychologique, par lequel toute volonté est expliquée dans ses causes comme un simple phénomène naturel. Sans l'idée de justice qui la dirige, la volonté ne saurait être, par elle-même et comme pur fait psychologique, génératrice du droit.

Le rapprochement s'offre de lui-même à notre esprit entre la doctrine qui fait de la volonté psychologique le fondement du droit et celle qui fonde le droit sur la force. Si, en effet, c'est la volonté seule qui se lie, elle peut aussi se délier. Si c'est la volonté des Etats qui constitue le droit international par pur consentement, elle peut s'en délier à volonté : il n'y a donc plus de droit du tout. La volonté injuste d'un agresseur, par exemple, ne saurait fonder par elle seule une nouvelle situation de droit, de même que la volonté de fait d'un voleur ne fait pas passer l'objet volé dans son patrimoine.

La doctrine de la volonté consensuelle n'explique en somme rien, elle n'explique surtout pas pourquoi les conventions en général et les traités en particulier sont obligatoires. Elle ne saurait faire comprendre non plus pourquoi certaines règles posées par des traités sont applicables à des tiers, ni pourquoi certaines règles subsistent même après l'extinction des traités qui les ont posées, ni enfin pourquoi certaines règles conventionnelles disparaissent d'elles-mêmes du droit positif.

Le consentement, observe Brierly¹, ne peut pas être la base du droit. « Il est impossible de dire que l'Etat reste lié (par un traité)... sans revenir à une base d'obligation qui... ne peut pas être le consentement de l'Etat en question, puisque, par hypothèse, ce consentement n'existe plus². » La théorie du consentement est, en réalité, l'ancienne théorie du contrat social. Elle néglige les autres formes de manifestations courantes du droit, par exemple celles qui sont encore consignées dans l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

Pour que le consentement oblige, il faut, en effet, qu'il y

1. J. L. Brierly, Force obligatoire du droit international, *Recueil des Cours*, 1928, III.

2. Comp. Giorgio del Vecchio, *Recueil des Cours*, 1931, IV.

ait une règle qui le proclame : c'est la règle *pacta sunt servanda*. Mais il ne suffit pas encore, non plus, d'affirmer cette règle comme universelle et nécessaire à la manière du droit naturel, il faut pénétrer dans son essence et montrer pourquoi elle oblige dans un grand nombre de cas. Pour le professeur Politis, c'est le principe de la bonne foi qui la domine ¹. Les racines éthiques de notre discipline sont ainsi mises à jour : mais alors ce n'est plus la volonté qui crée le droit.

En sentant ces incertitudes, beaucoup de juristes positivistes se sont dirigés dans d'autres voies.

Tout en admettant que le droit serait le produit de la volonté, on l'a ainsi expliqué par la doctrine de l'autolimitation. Si l'on comprend cette théorie, à l'instar de Duguit, comme conférant à l'Etat qui s'est limité par le droit la faculté de s'en délier par sa volonté arbitraire et uniquement selon ses intérêts, on la réduit, en réalité, à l'affirmation que la force prime le droit. Mais nous avons l'impression que, dans la pensée de ces auteurs et spécialement dans celle de Ihering et de Jellinek, cette doctrine ne se contente pas de cette affirmation superficielle. L'Etat s'autolimité, en effet, par suite d'une nécessité naturelle en créant du droit qui lui devient opposable, et cette nécessité est esquissée par ses auteurs comme étant une nécessité de justice.

Nous espérons que cette idée a été suffisamment dégagée par l'analyse que nous avons faite des idées de Ihering. Jellinek, à son tour, ne prétend pas dire au fond autre chose ². Après avoir soigneusement essayé de faire la distinction entre le point de vue juridique et le point de vue sociologique, il proteste avec force contre ceux qui croient que l'Etat ne saurait être obligé par son droit. Il a été le

1. N. Politis, *Méthode d'interprétation du droit international conventionnel*, *Mélanges Gény*, p. 379; Ehrlich, *L'interprétation des traités*, cité par Politis, *Recueil des Cours*; Hold von Ferneck, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 1930.

2. *Allgemeine Staatslehre* (trad. franç., *L'Etat moderne et son droit*, 1911, p. 549-564); *Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Ein Beitrag zur juristischen Konstruktion des Völkerrechts*, 1880.

premier à proposer pour ce problème l'épithète de « métajuridique », mais il montre que « le droit ne saurait être pour l'Etat non-droit, c'est-à-dire néant juridique ». « Un Dieu seul... pourrait poser des décisions... obligeant tout le monde, sauf lui-même. » L'émission de l'ordre juridique n'est pas arbitraire, il est l'accomplissement d'une *obligation* qui doit avoir une *raison suffisante*. Si on ne l'admettait pas, on ne saurait plus reconnaître qu' « un rapport de force, et non un rapport *juridique* ». « Le droit se décompose en éléments constants (soumis tout au plus à une évolution très lente) et en éléments variables. » Grâce à ces « éléments constants, reconnus tacitement ou expressément comme une commune mesure juridique »... « nous possédons aussi une règle de *lege ferenda*, au contraire de cette doctrine d'école qui considère la puissance législative affranchie de toute obligation et de tout frein » : « ces éléments constants du droit forment le seul fondement possible des devoirs de l'Etat ». C'est dans ces conditions que le droit international possède tous les caractères d'un droit, mais d'un droit de « coordination »¹, et non de « subordination », et que « c'est l'ensemble des rapports sociaux internationaux qui élabore le contenu essentiel du droit international ».

La doctrine de l'autolimitation n'est d'ailleurs pas restée sans adhérents, malgré les violentes attaques dont elle est l'objet. Hauriou écrit qu' « il faut avoir des œillères pour déclarer qu'il n'y a pas d'autolimitation du pouvoir », du moins par l'institution². Nippold dit que l'Etat se lie lui-même par la volonté qu'il exprime³. De même, Bergbohm, Brie, Wenzel, de Vischer, Mérignac, Carré de Malberg, font dériver le droit international du droit constitutionnel interne qui lie chaque Etat⁴.

1. Comp. : Wenzel, *Juristische Grundprobleme*, 1920, I, p. 331 et suiv.; Erich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrecht und die clausula rebus sic stantibus*, 1911, p. 139 et suiv.; de Louter, Fauchille, etc. (toute l'Ecole classique).

2. *Op. cit.*, p. 3.

3. Otfried Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht*, Berne, 1894.

4. Wenzel, *Juristische Grundprobleme*, 1920.

La doctrine de l'autolimitation de l'Etat pose, en réalité, un droit objectif qui s'oppose juridiquement à l'Etat. Son défaut réside cependant dans l'idée que l'Etat seul est créateur de droit, dans les cadres de sa volonté manifestée. Cette volonté unilatérale n'explique pas par elle-même le droit, comme la consensualité ne peut l'expliquer non plus. L'autorité du droit ne peut pas dériver des volontés qu'elle limite, de même que celle de l'obligation morale n'est pas un produit de la volonté de l'individu ¹.

Pour éviter d'accorder ainsi à la volonté individuelle un pouvoir inexplicable de créer le droit, certains juristes de grande autorité essaient une autre construction. Ils professent que les volontés individuelles des parties se fondent en quelque sorte en une volonté commune dans les conventions créatrices de droit positif et que par conséquent les parties ne peuvent plus se dégager par leur volonté unilatérale des obligations auxquelles elles se sont ainsi soumises.

Le point de départ a peut-être été donné en ce sens par les pandectistes ² et par les fameuses théories de Gierke sur la réalité de la volonté collective, quoique Gierke soit arrivé à d'autres résultats ³. Beaucoup d'auteurs ont marché dans cette voie, tels Binding, Hatschek, Anzilotti, etc.

Le professeur Triepel a systématiquement exposé cette doctrine ⁴ : « Ni la loi d'un Etat par elle seule — dit-il — ni les lois concordantes de plusieurs Etats, n'ont qualité pour imposer aux Membres *égaux* de la communauté internationale des règles obligatoires de conduite. » « Or, une règle juridique est le contenu d'une *volonté supérieure* aux volontés individuelles. » « On ne peut donc imaginer qu'une seule chose : c'est qu'une volonté *commune* née de l'*union* de ces volontés particulières (« *Vereinbarung* »), se trouve

1. Comp. Brierly, *op. cit.*, p. 483.

2. Comp. Dernburg, *Pandekten*, I, § 9; Windscheid, *Pandekten*, I, § 37.

3. Pour Gierke, les effets juridiques de la volonté présupposent un ordre juridique qui la régleme : *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 613.

4. Triepel, Les rapports entre le droit interne et le droit international, *Recueil des Cours*, 1923-I.

capable de remplir cette tâche », soit sous forme de traités, soit, en donnant à entendre la volonté d'être obligé, par des coutumes.

Il faut remarquer que Triepel part du principe que la règle de droit n'est pas réductible à un simple acte de volonté. Il nie ainsi, en ce qui concerne la pure volonté, son pouvoir créateur de droit : il n'y a alors aucun motif d'admettre qu'une volonté collective puisse mieux le créer qu'une volonté individuelle. Ainsi que Jellinek l'avait déjà dit, le fondement du droit ne peut être trouvé dans des « Vereinbarungen », car elles ne peuvent se fonder à leur tour sur une « Vereinbarung ». En réalité, Triepel suppose justement ce qu'il doit prouver, car il admet comme principe supérieur sous-entendu l'égalité des Etats. D'ailleurs, il dit lui-même que « les sources du droit doivent être, en dernier lieu, des faits purement éthiques ».

La doctrine de la « Vereinbarung » fait aussi appel à la volonté commune comme à un fait naturel. Mais, même en admettant l'existence dans les traités de cette volonté commune, on ne saurait voir pourquoi les parties ne peuvent s'en dégager si leurs intérêts égoïstes le commandent et si elles peuvent le faire. Cette doctrine sous-entend en réalité, implicitement et nécessairement, l'idée que c'est par une règle rationnelle de justice que les parties s'obligent juridiquement.

Le volontarisme ne peut donc, non plus, sous aucune de ses formes fournir un fondement au caractère obligatoire du droit international. Il est d'ailleurs acculé à voir dans la coutume une volonté tacite, ce qui est souvent inexact en fait et ce qui est une simple fiction, ainsi que le dit très bien le professeur Politis¹. « L'individu ne détermine pas par soi-même la loi qu'il pourra suivre », observe le professeur Niboyet, et il ajoute : « Une volonté tacite n'est pas une volonté, mais une chose imaginaire. »². Le volontarisme

1. N. Politis, Son étude sur Duguit, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nos 1-2, 1932, p. 73.

2. Niboyet, *Recueil des Cours*, Académie de Droit internat., 1927-I, p. 6-7. et p. 63.

sous-entend la liberté de la volonté et les droits fondamentaux des Etats, absolus et inaliénables. Il est impossible de fonder l'affirmation qu'on doit continuer à vouloir ce qu'on a voulu sur l'affirmation qu'on a voulu¹.

Les positivistes du droit international ne voient pas le droit rationnel, qui fonde dans la réalité tout droit positif en s'appliquant aux faits changeants de chaque société. Ils réduisent tout le droit international à des règles posées par les traités et les coutumes, alors qu'il est évident que ce droit s'inspire de jugements de justice rationnelle et qu'il pose ainsi des principes dont la jurisprudence internationale elle-même ne fait pas abstraction :

« Aucun acte de volonté empirique ne peut servir de fondement à un pacte, parce que la volonté humaine, considérée comme un pur fait, s'épuise complètement chaque fois dans son propre objet et n'arrive pas à constituer par elle-même une loi. La vertu obligatoire, la volonté ne l'acquiert que par son repliement sur elle-même. Ce repliement ne s'accomplit que par le moyen de la raison. C'est seulement quand l'ordre empirique est dominé de cette manière que les actes futurs peuvent être régis par la délibération présente. De là, il résulte que, seul, un être raisonnable peut s'obliger valablement. »²

1. Binder, *Philosophie des Rechts*, 1923, p. 558.

2. G. del Vecchio, *Essai sur les principes généraux du droit*, *Justice, Droit, Etat*, 1938, p. 152.

CHAPITRE V

POSITIVISME CRITIQUE : NORMATIVISME

LE naturalisme objectif, avec le positivisme scientifique en général, disjoint les deux idées de nature et de norme autonome éthique comprises dans les doctrines du droit naturel et ne retient que celle de nature. Le positivisme critique n'en retient, au contraire, que celle de « norme », comme étant la seule qui caractérise le droit, et il veut considérer le droit sous son seul aspect normatif, sous sa forme « pure ».

Le professeur Kelsen est le chef brillant de cette Ecole ¹. D'autres essais indépendants de lui ont été faits pour dégager l'élément « pur », « permanent » et « constant », de tout droit, par des auteurs comme Ed. Picard ² et Roguin ³. Mais c'est bien Kelsen qui a provoqué en ce sens l'important mouvement d'idées connu sous le nom d'Ecole viennoise, et représenté non seulement par d'éminents élèves du maître, mais aussi par un certain nombre de valeureux juristes, groupés autour de la *Zeitschrift für öffentliches Recht* et de la *Revue internationale de la théorie de droit*, qui paraît à Brno, en Tchécoslovaquie.

1. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911; *Allgemeine Staatslehre*, 1925; *Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911; *Soziologischer und juristischer Staatsbegriff*, 1922; *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915; *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und das Rechtspositivismus*, 1928; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, 1920*; *Staat und Völkerrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1925; Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *Recueil des Cours*, 1926-IV; Théorie générale du droit international public, *Problèmes choisis, Recueil des Cours*, 1932-IV.

2. Ed. Picard, *Le droit pur*, 1908; *Les constantes du droit*, 1921.

3. Roguin, *La règle du droit*, 1889; *La science juridique pure*, 4 vol. 1923.

La théorie de Kelsen est une affirmation de l'élément normatif dans le droit (ses élèves l'appellent une normologie), mais aussi un positivisme juridique, un positivisme que lui-même qualifie de « critique », en se mettant sous l'autorité de l'École néo-kantienne de Marburg (H. Cohen, Natorp, Vorländer, R. Stammler, etc.).

C'est un positivisme juridique, car la doctrine de Kelsen ne considère comme étant du droit que le droit positif, celui qui, d'après ses propres paroles, est, en fait et *grosso modo*, en état de s'imposer : si le droit n'est pas effectif (s'il est « wirkungslos ») il n'est pas valable (« gültig ») et il n'est même pas du droit. Cette manière de poser dès le début le problème rappelle le positivisme de Jèze, dont nous avons parlé plus haut.

Le positivisme de Kelsen est encore un positivisme critique, car l'auteur se propose de reconnaître les « conditions » sans lesquelles il est impossible de reconnaître dans l'expérience empirique ce qui est droit et ce qui le sépare de ce qui n'est pas droit. Cependant, au lieu de s'attacher, à la manière de Stammler et des autres néo-kantiens, à déterminer le « concept » de droit en le distinguant de l'« idée » de justice et à déterminer les conditions logiques absolues de toute expérience juridique, Kelsen considère la condition du droit positif comme une norme fondamentale qui impose sa validité de manière arbitraire et il nie toute possibilité rationnelle de l'idée de justice, en contestant la possibilité pour la science de juger si une norme positive est juste. La question reste ouverte, dans ces conditions, de savoir si la norme fondamentale de Kelsen correspond exactement à ce que le kantisme nomme les éléments synthétiques à priori de l'expérience.

Nous avons dit que la doctrine de Kelsen est un positivisme juridique. Il ne reconnaît, en effet, comme droit que celui qui s'impose à la suite de « volontés humaines », et conteste ce titre à tout autre droit, c'est-à-dire au droit naturel ou rationnel. Ne saurait être droit que « ce que ce monarque ordonne, ce que cette assemblée décide », ce que cette coutume impose. Le droit suppose cependant encore

« un état de fait »; « il doit toujours être conforme, jusqu'à un certain degré, à la conduite effective des hommes »; jusqu'à un certain degré, car il peut contredire cette conduite « dans les limites d'un minimum et d'un maximum » et il faut que ses normes soient obéies en grand et en tout (*im grossen und ganzen*); ceci résulte d'une espèce de « compromis » entre « les groupes d'intérêts » en lutte continue, compromis qui ne représente jamais un intérêt ou un bien « commun », une solidarité sociale matérielle à la manière de Duguit.

L'Etat lui-même n'existe, en droit international comme en droit interne, que « lorsque des règles conçues par des individus acquièrent une certaine efficacité ». « Ne vaut comme droit que ce que les Membres de la Société ont *coutume* de pratiquer comme tel. » L'effectivité ou efficacité du droit est ainsi posée par Kelsen comme étant une des conditions essentielles d'existence de son caractère obligatoire.

Mais, si elle n'affirmait que cela, la doctrine de Kelsen ne serait pas différente de celle de la plupart des juristes positivistes. L'idée essentielle de l'auteur, idée qui constitue son mérite capital et décisif, est que le droit ne consiste pas en phénomènes de la nature, soumis à la loi de la causalité, qu'ils soient biologiques, psychologiques ou sociologiques, mais en devoirs : le droit n'est pas du « sein », mais du « sollen », il n'a pas à faire avec des « faits », mais avec des « normes ». C'est par là que Kelsen continue avec autorité la magnifique tradition kantienne, dont la science contemporaine ne peut plus faire abstraction. Le « sein » et le « sollen » sont sur deux plans différents; il n'est jamais possible de tirer de la connaissance de l'être autre chose que toujours une connaissance de l'être, comme il est impossible de déduire de la connaissance d'un devoir autre chose que des connaissances de devoirs; les connaissances que nous avons des réalités ne se relient qu'entre elles, et les connaissances que nous avons de ce qui est dû ne se relient également qu'uniquement entre elles pour pouvoir former une science. La science du devoir sera donc différente de celle de l'être, et la tâche d'une méthode scientifi-

que sera de les distinguer avec rigueur : ce n'est que par cette voie que la science du droit arrive à se « purifier » de tout ce qui lui est étranger et à constituer une véritable science du « droit pur ». La science du droit n'est, en réalité, qu'une science de « normes », générales ou individuelles, et c'est par là que la doctrine de Kelsen peut être nommée un normativisme pur.

Il ne faut pas confondre, en effet, l'effectivité du droit (la « *Wirksamkeit* ») qui n'est qu'un fait, avec sa validité (la « *Geltung* »), quoique la première doive correspondre, « jusqu'à un certain degré », à la dernière. Car, si on fait de la validité du droit, qui constitue son existence spécifique, une réalité naturelle, quelle qu'elle soit, on se trouve dans l'impossibilité de comprendre la signification particulière du droit, par laquelle celui-ci porte sur des réalités naturelles pouvant contredire ses normes. Si on conteste toute signification à la « norme » ou au « *sollen* », on ne peut plus soutenir qu'il y a une règle juridiquement permise ou interdite, qu'une chose peut appartenir à quelqu'un, que A a un droit et que, par conséquent, B est obligé : toutes les formules par lesquelles la vie du droit s'exprime journalièrement ont alors perdu leur signification. Car c'est tout autre chose de dire : A est obligé juridiquement à payer à B telle somme, et de dire : il y a telle chance que A va payer à B cette somme; et c'est complètement autre chose d'affirmer : cette action est un délit au sens de la loi devant être ainsi puni, et d'affirmer : si cette action est accomplie, elle sera, selon toute probabilité, punie. Il n'y a donc pas de droit sans un « dû », conçu comme essentiellement différent de l'« être ». L'essence du droit est le « *sollen* ».

Il y a donc un domaine spécial de connaissance qui est aussi celui du droit et qui consiste en normes déterminant des « dus », et non des « êtres ». Le fondement de l'obligativité d'une norme ne peut être qu'une autre norme, car un « dû » ne peut être déduit que d'un autre « dû », et non d'un « être ».

Mais ceci ne suffit pas encore pour caractériser le droit. Le droit est un ordre de contrainte (*Zwangordnung*). Il faut,

en effet, toujours compter avec la possibilité de la violation des normes du droit, et celles-ci doivent aboutir, directement ou indirectement, à ordonner un fait matériel de contrainte. Le positivisme de Kelsen continue la tradition du positivisme juridique du XIX^e siècle, qui fait de la sanction l'essence du droit. La contrainte est un acte étatique, c'est l'imposition d'une peine, l'exécution civile ou administrative, les représailles ou la guerre elle-même. L'organisation de la contrainte, c'est l'Etat : l'Etat est donc la forme achevée du droit positif et il se confond avec le système autonome lui-même des normes effectives.

Les normes juridiques ainsi conçues sont des objets de la pensée, et celle-ci introduit nécessairement un ordre entre elles en les systématisant et en excluant toute contradiction. Le droit positif constitue dès lors un système unitaire de normes, système qui n'est pas réductible à un autre système : en passant d'un système à un autre, c'est la norme fondamentale qui doit logiquement dominer tout le système qu'on change : on lui pose une autre autorité dernière, une autre « source ». Tout droit positif suppose en effet, par sa constitution en système rationnel, une « norme fondamentale », dont il découle. Cette norme attribuée à une première autorité suprême le droit de poser des normes. Car les actes individuels supposent des règlements et des lois, les règlements supposent des lois, et les lois ordinaires supposent des normes constitutionnelles, elles-mêmes dues à l'autorité qu'on doit hypothétiquement conférer au premier constituant. Cette norme fondamentale est une simple hypothèse et elle n'a aucune valeur absolue en soi, elle est un simple moyen logique qu'on suppose sans aucune preuve pour arriver à comprendre pourquoi telle norme du droit positif est obligatoire et elle confère par cette voie la validité au droit positif; mais il est impossible sans elle de fonder l'obligativité de l'ordre juridique positif. Elle a pour contenu de déterminer la « source » première du droit : c'est l'idée que la contrainte doit être appliquée dans les conditions que l'autorité suprême a déterminées ou dans celles que les autorités subordonnées, détenant leur droit de l'autorité suprême, ont

elles-mêmes déterminées : l'idée de légitimité est posée de cette manière, idée qui est rationnelle, car elle exclut toute contradiction, en ordonnant en un système unitaire les normes du droit positif. La norme fondamentale signifie, en somme, la transformation de la force en droit, du « fait » en « devoir ».

En affirmant que la norme fondamentale est hypothétique et qu'elle est relative à la réalité de chaque droit positif, Kelsen pose en principe que le droit par lui-même n'a pas à poursuivre l'absolu. Tout droit naturel et tout idéal, rationnel ou non, est ainsi étranger à l'essence du droit : déterminer une valeur à poursuivre n'est pas le fait du droit, et c'est affaire de politique. Le droit naturel n'est pas du droit, car il ne suffit pas d'essayer de poser des valeurs absolues et de déterminer ce qui est juste, il faut encore le réaliser; le droit naturel laisse cette réalisation essentielle en suspens et reste une utopie. On ne saurait, d'ailleurs, même pas concevoir un système de droit naturel intégré à un système de droit positif, car cette idée est contradictoire; on peut, en se plaçant à un point de vue absolu, arbitrairement choisi, considérer toute norme de droit positif comme injuste, le système du droit rationnel et celui du droit positif représentant alors deux systèmes contradictoires. La science du droit, comme toute science, est à jamais incapable de *poser* des valeurs, et elle doit se contenter de les *comprendre*. Poser l'idée du droit naturel, c'est se laisser aller à la même illusion que celle de la théorie philosophique qui suppose des choses en soi dont nos connaissances ne seraient que la reproduction. La justice est donc un idéal irrationnel. Le rôle du vrai positivisme est de libérer le droit de tout droit naturel, contrairement aux tendances dominantes du positivisme juridique, qui cherche ce qui est « juste » dans tout ordre positif en le considérant comme un essai de réalisation de l'idée absolue de justice et d'un minimum de moralité.

Passons maintenant, pour finir, à la conception que le professeur Kelsen se fait du droit international. En conformité avec sa doctrine, l'ordre juridique positif en droit

international se réduit à un système de normes effectivement pratiquées, qui constituent un ordre de contraintes : les représailles et la guerre représentent ici la sanction. C'est encore un système de « sollen ». La norme fondamentale qui domine ce système est cependant quelque peu différente de celle du droit interne. Elle légitime les forces internationales s'établissant comme effectives dans le système et l'ordre juridique positif, qui comprend dans sa totalité les systèmes et les ordres juridiques internes de tous les Etats. Le droit international consiste en normes qui ont été posées, au moyen de la coutume, par des actes de différents Etats pour régler leurs rapports réciproques. Parmi ces normes, celle qui a pour formule *pacta sunt servanda* autorise les Etats à conclure des traités valables, qui constituent un droit particulier. Le droit conventionnel se trouve ainsi à un étage inférieur et il est subordonné au droit coutumier. Un étage inférieur supplémentaire est constitué par les normes que les juridictions internationales ou autres organes similaires peuvent encore poser en prenant pour base les conventions des parties. Un dernier étage inférieur est enfin constitué par les normes individuelles, qui constituent la signification de tout acte international. C'est ainsi que la norme suprême et fondamentale du droit international est celle qui fait de la coutume le fait dernier dont le droit dérive : le droit est formé par les membres mêmes de la communauté juridique considérés comme organes du droit international, et non par un organe législatif qui leur soit supérieur. Le droit international ainsi fondé confère donc des droits et attribue des obligations directement à des Etats, c'est-à-dire aux différents ordres juridiques étatiques, et indirectement aux hommes individuels. Et ces normes doivent elles-mêmes, comme celles du droit interne, constituer un système unitaire où aucune fissure ou contradiction ne doit subsister; il ne s'agit donc pas de la coordination de plusieurs systèmes de droit interne, ni de la subordination du système international à ceux de droit interne, mais du palier le plus haut dominant l'ordre en général et s'imposant à tous les ordres juridiques particuliers. En admettant,

en effet, que le droit international ne serait qu'un droit public externe, c'est aux absurdités du solipsisme qu'on aboutit, à la négation de tout droit international et même à celle du droit interne des autres Etats; en admettant d'un autre côté, une coordination des Etats, on suppose nécessairement un ordre qui les domine : cet ordre est justement l'ordre international, qui procède ainsi à une « délégation » de ses pouvoirs aux ordres étatiques particuliers, dans la mesure où il leur confère le droit de poser indépendamment des règles de droit interne.

Le mérite incommensurable du professeur Kelsen est d'avoir réaffirmé, à la suite de l'Ecole néo-kantienne, ainsi que nous l'avons dit, la différence essentielle entre le « sein » et le « sollen » et d'avoir établi que le droit a affaire à des « sollen » : il l'a fait à un moment où le positivisme juridique dominant risquait de complètement l'oublier. Sans cette distinction, le droit ne saurait être rien d'autre que de la force. En l'établissant, au contraire, on pose l'idée éthique d'obligation : le droit n'a pour objet que des obligations, et c'est ainsi que l'idée qu'il est obligatoire en son entier, et non seulement imposé par la force, peut être comprise.

Le tout est cependant de bien préciser la manière dont se pose la norme fondamentale dont tout droit positif dérive. La conception de Kelsen, qui fait dépendre cette norme de l'expérience, au lieu de faire dépendre l'expérience de cette norme, peut faire l'objet d'un doute. Il pose, en effet, d'abord logiquement l'expérience juridique, le droit positif, avec son effectivité, et il cherche ensuite une norme fondamentale qui puisse s'adapter à ce droit, afin de pouvoir arriver à le comprendre. Le caractère obligatoire du « sollen » se trouve ainsi subordonné à une validité de fait, au lieu que la validité de fait soit subordonnée au caractère obligatoire. Est-ce bien là une conception dérivée en ligne droite de la pensée kantienne ? Celle-ci pose, au contraire, l'idée d'obligation comme condition logique nécessaire à toute expérience morale et juridique, comme une empreinte à priori, qui, seule, lui confère sa validité objective; on ne doit pas

concevoir, il est vrai, cette idée d'obligation, qui est l'idée même de justice, comme une notion matérielle de justice, comme une pensée ayant pour contenu que telle activité déterminée est juste; mais elle représente effectivement une « méthode » objective pour arriver à reconnaître ce qui est juste, une méthode qui s'impose logiquement partout où on veut raisonner sur le droit. Cette nécessité rationnelle et méthodique est, en réalité, rejetée par Kelsen dans le domaine d'un droit naturel, qui, pour lui, est inconcevable, et il se contente de l'appliquer à l'intérieur même du droit positif, en posant à celui-ci une condition fondamentale arbitraire et que rien ne doit prouver, celle que, de la façon dont il est originairement posé en fait, il est obligatoire.

Kelsen refuse, en somme, d'admettre la possibilité du problème d'un fondement objectif du droit, et c'est ainsi qu'il est fatalement conduit à confondre le droit avec la force, avec la contrainte. « Si la société ne connaissait plus la contrainte — dit-il — le règlement des actions humaines cesserait d'être du droit. » « Dire que, juridiquement, on ne doit pas voler... cela revient à dire que le voleur doit être puni... Et ce n'est qu'à titre secondaire, par voie de déduction, que la norme juridique peut être formée comme prescrivant l'action conforme au droit. »¹ C'est dire que l'essence de cette norme consiste dans l'idée que « le voleur doit être puni » et que « ne pas voler » serait une norme « secondaire » ! Il nous semble, au contraire, que le voleur doit être puni parce qu'il ne doit pas voler et que, s'il ne doit pas voler, ce n'est pas parce qu'il doit être puni.

Il n'est nullement impossible, croyons-nous, de mettre en rapport la norme fondamentale elle-même avec une norme supérieure, celle qu'impose l'idée rationnelle et généralisatrice de justice considérée comme méthode objective de savoir juridique. Kelsen lui-même, d'ailleurs, en subordonnant la validité du système de normes qui constitue chaque Etat en particulier au système du droit international, procède à cette généralisation; quoiqu'il fasse dériver, là encore,

1. Théorie générale du droit international public, *Recueil des Cours*, 1932-IV, p. 124.

la validité du droit international de son efficacité, au lieu de faire dériver cette efficacité de sa validité. Il ne faut pas oublier que Kelsen proclame que la norme ne vaut pas parce qu'elle est obéie, mais parce qu'elle *doit* (« soll ») être obéie¹. Il est inutile, dans ces conditions, de dire que la positivité, comme ordre souverain, comprend en elle la norme qui la fonde², si cette norme elle-même est irrationnelle et n'a aucun fondement. Il n'y a pas d'opposition irréductible entre le droit et la justice. L'idée de système, que Kelsen a reconnue magistralement au sein même du droit positif par l'affirmation de la nécessité de généraliser la non-contradiction entre ses prescriptions, doit être étendue et doit dominer ce droit lui-même : l'application de cette idée ne saurait se limiter à un domaine déterminé.

La logique du système de Kelsen le conduit vers cette conclusion inéluctable³ et l'auteur n'hésite pas à proclamer la primauté du droit international sur le droit interne⁴, même s'il appelle cette idée une « hypothèse métajuridique »⁵. Comme, d'ailleurs, pour Kelsen, le système de droit positif interne se confond avec l'idée juridique d'Etat, le droit international finit par suggérer l'idée d'un Etat universel⁶. Par la primauté logique du droit international, « le droit devient l'organisation de l'humanité et s'identifie ainsi à l'idée morale suprême »⁷. Il y a donc une idée éthique suprême qu'on peut logiquement poursuivre. Et cette idée n'en est pas moins « d'esprit strictement positiviste » : « elle cherche à constituer un système juridique parfaitement un, caractérisé — négativement — par l'absence de contradiction entre les règles qu'il comprend, car elle doit permettre de lever les contradictions apparentes⁸. C'est ainsi, en somme, à l'idée de justice rationnelle, niée au début par la doctrine

1. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 14.

2. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes*, p. 90.

3. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3^e éd., 1932, p. 191-192 : tout droit conduit ainsi, par son procès inhérent d'universalisation, au droit international.

4. *Reine Rechtslehre*, p. 147-150.

5. *Recueil des Cours*, 1926, IV, p. 313.

6. *Recueil des Cours*, 1926-IV, p. 318.

7. *Recueil des Cours*, p. 300.

8. *Recueil des Cours*, p. 314-315.

de Kelsen, que cette doctrine aboutit : elle n'aurait pu faire autrement, poussée par la force irrésistible des vérités fondamentales qu'elle contenait.

La norme fondamentale du droit international n'a alors plus la relation nécessaire avec la coutume que Kelsen indique, car la coutume elle-même, pour créer du droit, n'est qu'un acte, ou une série d'actes matériels qui acquièrent leur valeur juridique par l'idée objective de justice.

La conception normative, si attrayante qu'elle soit, n'est qu'une analyse statique de la structure que possède, en principe, tout droit positif à un moment fixé de son évolution réelle¹ : elle laisse en dehors d'elle toute la vie évolutive du droit et son dynamisme rationnel. En faisant en quelque sorte une coupe dans le corps vivant du droit positif, elle constate les éléments de sa structure et, pour se les expliquer, elle fait appel à une norme hypothétique qui ne représente en rien par elle-même une idée rationnelle nécessaire. Un scepticisme absolu et un pur formalisme essaie ainsi de s'implanter dans le droit, ce que n'ont pas fait, nous semble-t-il, les juristes néo-kantiens, comme R. Stammler, malgré l'accusation qui est trop souvent portée contre eux.

La doctrine de Kelsen a donc le tort de faire à la fois abstraction de l'élément rationnel, qui domine le droit positif en son entier, et des faits sans lesquels le droit ne saurait être conçu. En dehors d'une série d'autres mérites considérables, elle a cependant l'avantage décrit de mettre en relief la nature éthique de la connaissance juridique, qui n'est pas réductible à un naturalisme scientifique. Elle fait décidément voir que la volonté réelle, même la volonté étatique, doit se soumettre à un droit objectif et par lui-même autonome.

La force d'expansion des idées de Kelsen est très grande, mais il a surtout influencé une série d'auteurs de haute valeur, qui s'attachent à développer ses idées sur la « normologie », qui forment ce qu'on appelle son Ecole², et parmi

1. Comp. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 8 et suiv.

2. Spécialement : A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus*

lesquels, faute de place, nous n'allons nous occuper ici que du professeur Verdross.

Pour Verdross¹, le droit international est constitué soit par des règles de droit conventionnel, soit de droit coutumier, fondé sur une entente tacite entre les nations. Sous ces deux formes, les conventions obligent en vertu de la règle supérieure *pacta sunt servanda*, et ce n'est donc pas la volonté comme telle qui fait naître le droit international. Le législateur du droit international n'est pas l'Etat, mais la *communauté internationale*, par sa volonté générale. La souveraineté de l'Etat n'est que l'expression de la compétence conférée directement par le droit des gens. Le droit forme aussi une « pyramide » d'actes juridiques qui présente à sa base des actes individuels et qu'on peut remonter, par des étapes successives, jusqu'au sommet du monument, constitué par la norme fondamentale — *pacta sunt servanda*. Sur l'existence de la norme fondamentale, nous voyons que Verdross est d'accord avec Kelsen; en ce qui concerne le contenu de cette norme, nous voyons qu'il y a une différence entre Verdross et Kelsen et sa signification est tout autre chez Verdross que chez Kelsen.

Notre auteur professe, en effet, que « la doctrine positiviste alla trop loin dans sa lutte légitime contre le mélange des catégories éthiques et juridiques : elle a bien raison de prétendre que le droit positif est une valeur différente de la morale, mais cette différence *n'est pas absolue*, elle n'est que relative. *Car tout droit positif suppose l'idée de la justice* et n'est qu'un essai plus ou moins réussi d'appliquer

dem Rechtsbegriff, 1923; *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927; *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift für Hans Kelsen*, 1931; *Skizzen zu einer Systematik der Völkerrechtlichen Quellenlehre, Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1931; J. L. Kunz, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, 1923; F. Weyr, *Zur Konstruktion des Völkerrechts, Archiv für öffentliches Recht*, 1925. J. Sedlacek, *Il concetto realistico ed il concetto normologico della norma giuridica, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1933. — R. A. Métall, *Skizzen zu einer Systematik der völkerrechtlichen Quellenlehre, Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1921.

1. Zur Konstruktion des Völkerrechts, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914; Grundlagen und Grundlegung des Völkerrechts, *Niemeyers Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1921; *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; Le fondement du droit international, *Recueil des Cours*, 1927-1.

cette idée aux circonstances », ainsi que l'avait déjà dit Stammler. « Le sentiment de la justice, il est vrai, varie selon les personnes et les périodes de l'Histoire. Mais cela n'empêche pas du tout que la justice comme telle soit une valeur objective et absolue, indépendante de la volonté et du sentiment des hommes. Car ce n'est pas l'homme qui crée les règles de justice, il ne peut que les constater. Ces principes existent dans une *sphère idéale*, comme les vérités mathématiques... On doit, par conséquent, distinguer nettement les règles objectives de la justice idéale du sentiment subjectif de la justice, qui n'est qu'un moyen pour les reconnaître. La connaissance de ces principes, il est vrai, est fort difficile... Car, pour reconnaître toutes les règles de la justice, il faudrait embrasser d'une manière absolue le champ entier de l'activité humaine à laquelle elles s'appliquent. Mais, comme chaque homme n'aperçoit qu'une partie plus ou moins restreinte de cette activité, le sentiment de la justice varie également. Ainsi... l'un trouve parfois juste ce qu'un autre condamne. » De même, chaque « conception morale ne peut embrasser qu'une certaine partie du monde objectif des idées éthiques, en négligeant les autres... Il y a cependant des idées éthiques qui sont reconnues par chaque civilisation... Parmi ces idées figure... la sainteté des obligations et des contrats internationaux... Car chaque règle du droit positif... suppose déjà la règle *pacta sunt servanda*... Cette règle n'est donc pas seulement une simple norme juridique, elle est également une règle éthique, c'est-à-dire une valeur *évidente* ou qui se dégage logiquement d'une règle absolue. Ainsi le droit est bien une classe spéciale dans le monde des valeurs. Mais il n'est pas absolument séparé des autres branches de l'ordre normatif. Le droit positif est donc, il est vrai, une valeur *relative*, qui change avec le développement de la civilisation, mais, tout de même, il est fondé sur la valeur *absolue* de l'idée de la justice; comme toute valeur relative, il n'est valeur qu'en *relation* avec une valeur absolue ». C'est pourquoi Kelsen fait fausse route quand il prend « un point de départ relativiste qui nie l'existence

d'une justice objective et absolue, en confondant le *senti-*
ment subjectif de la justice avec la *justice elle-même* »¹.

C'est ainsi que la souveraineté complète, « la compétence des compétences », n'appartient qu'à la communauté internationale, mais celle-ci ne saurait elle-même être arbitraire, car elle a une mission sociale à réaliser.

Il n'y a presque rien à reprendre aux belles pensées du professeur Verdross concernant l'idée de justice : elles correspondent aux objections que nous avons nous-même adressées à la doctrine de Kelsen. Il nous semble seulement que l'idée de la relativité de nos notions de justice aurait pu être encore mieux accentuée, en montrant que ces notions ne sauraient être universelles et nécessaires, parce qu'elles doivent s'adapter chaque fois aux circonstances de fait qu'elles visent à régenter.

Il y a lieu peut-être de faire ici quelques remarques sur la conception que Verdross a des règles de droit, conception par laquelle il aboutit à une position très voisine de celle du droit naturel. Pour Verdross, en effet, il existe une différence essentielle entre la norme fondamentale du droit et les hypothèses scientifiques : car les hypothèses scientifiques se vérifient à l'expérience, tandis que l'expérience n'existe pas pour les normes. Il écrit qu' « il est bien possible également, dans le domaine juridique, de se demander si les hommes auxquels les règles s'adressent se conforment à elles : mais ce fait ne vérifie pas le *devoir* de s'y conformer ». « L'expérience, poursuit-il, ne répond par oui ou par non qu'à la question si ces individus se conforment à certaines prévisions; mais elle n'atteste nullement que les hommes *doivent* agir comme ils agissent réellement. » C'est ainsi que, pour vérifier la norme fondamentale, *une autre méthode* devient nécessaire : c'est celle du droit naturel, qui pose une norme objective, indépendante de la volonté humaine. N'y aurait-il vraiment aucune expérience de l'idée rationnelle de la justice ? Nous sommes en droit de douter de cette néga-

1. *Recueil des Cours*, 1927-I, spécialement p. 283-286.

tion¹. Chacun vit effectivement tous les jours dans la vie sociale des expériences juridiques, en constatant que des actions humaines déterminées sont justes ou injustes. S'il en est ainsi, il ne saurait y avoir de vérités nécessaires, et la règle *pacta sunt servanda* est elle-même, ainsi que nous l'avons déjà montré en analysant les doctrines modernes du droit naturel, une règle qui possède une signification relative et qui, comme telle, ne peut constituer le fondement logique et nécessaire du droit. Ce fondement ne saurait être trouvé que dans l'idée de justice considérée comme pure et seule méthode objective et rationnelle pour nous faire reconnaître ce qui est juste et le distinguer de ce qui est injuste.

1. Comp. : G. Gurvich, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1936; *Morale théorique et science des mœurs*, 1937.

CHAPITRE VI

RATIONALITÉ DU DROIT POSITIF

IL résulte de l'essai de mise au point que nous avons fait sur la doctrine du droit naturel et des observations sur les autres théories relatives au fondement du droit que ce fondement doit résider dans la justice. La justice ne saurait faire abstraction des réalités sociales, changeantes d'une société à une autre; mais elle ne se confond pas avec ces réalités ni avec les manifestations de la force ou les affirmations des purs intérêts. L'idée de justice est une méthode rationnelle et objective de juger les activités libres et réelles, méthode qui conduit à des résultats d'une autre nature que de simples constatations théoriques naturelles. Il y a des « dus » juridiques, essentiellement différents des « êtres » naturels; on peut essayer de déterminer ces « dus » objectivement par la méthode logique de l'identité, de la contradiction et du tiers exclu, et on peut ainsi poursuivre leur vérité. C'est l'idée kantienne de l'impératif juridique qui s'impose ainsi chaque fois que nous essayons de déterminer si une action est juste. On peut donc affirmer l'existence d'un droit rationnel, résultat des jugements que nous portons sur chaque action humaine produite en une société.

Comment l'existence des règles de droit rationnel est-elle cependant possible ? Quelles sont les prémisses philosophique de leur affirmation ?¹

Pour le comprendre il faut d'abord ne pas oublier la distinction qui s'impose entre l'acte rationnel de la pensée et l'objet que cette pensée pense, entre le *factum rationis* et la *res facti*. Les objets pensés constituent ce que nous nommons des phénomènes naturels, qu'ils soient externes ou

1. Voir Mircea Djuvara, principales publications.

internes : ce sont les données des mathématiques, de la physique, de la biologie, de la psychologie, de la sociologie, de la morale, du droit et, enfin, de l'esthétique considérée comme science de la beauté. C'est l'acte rationnel de la pensée qui, au contraire, saisit ces données, en établissant leurs relations systématiques, c'est-à-dire leurs relations reliées entre elles en une unité dénuée intérieurement de contradiction; il constitue ainsi des valeurs rationnelles, valeurs d'existence, valeurs morales, valeurs esthétiques. Toutes ces valeurs représentent des vérités; la vérité ne saurait cependant se confondre avec notre certitude subjective, ni être reconnue à cette mesure : elle n'est qu'un idéal; c'est un processus qui constitue le progrès en sa continuelle formation; c'est une virtualité, et non une actualité, car, en l'actualisant définitivement, la pensée elle-même serait morte; c'est, selon le mot d'Aristote, la pensée qui se pense, c'est une conquête et une prise de possession de la pensée par elle-même ¹.

Les actes de pensée eux-mêmes peuvent être considérés comme phénomènes naturels et ils apparaissent alors comme étant des phénomènes psychologiques ou sociologiques. Dans ce cas, il ne faut cependant pas confondre leur aspect psychologique ou sociologique avec leur contenu comme pensées, c'est-à-dire avec leur signification rationnelle. Cette signification représente une tout autre chose, et c'est elle qui constitue l'acte rationnel de la pensée.

C'est ainsi que, par leur signification rationnelle, les actes de pensée posent ce que nous appelons l'objectivité de nos connaissances : celles-ci se réduisent en dernière analyse à un ordre de relations systématique, c'est-à-dire dénué de contradictions externes ².

Les actes rationnels de pensée sont des actes libres; ils posent des relations objectives et ils sont, en ce sens, créateurs. Ils ne peuvent être assimilés aux relations qu'ils posent sous forme d'activités réelles qui se déterminent les unes par les autres. Cette détermination est elle-même une

1. Brunschwig.

2. Comp. : H. Cohen, Natorp, Stammler.

affirmation ou, autrement dit, un produit des actes rationnels de pensée, et elle ne peut donc pas être leur loi. La liberté se conçoit donc nécessairement comme existant au sein même de la pensée : elle fait son essence même ¹.

Il est impossible de concevoir ainsi la libre pensée rationnelle sans finalité : elle poursuit la vérité; dès lors, tous les phénomènes naturels qu'elle pense se relieut entre eux et ils se trouvent engrenés en une unité rationnelle qui constitue la finalité de la nature ².

Comme phénomènes psychologiques conscients, les actes de pensée peuvent poser des buts d'activité psychologique ou sociale. Mais ces buts eux-mêmes doivent alors pouvoir être conçus dans leur systématisation rationnelle par l'élimination obligatoire de ceux qui se contredisent. Poser ainsi autant que possible des buts rationnels, c'est avoir autant que possible une volonté libre ³, car elle correspond aux significations rationnelles des actes de pensée. La systématisation des buts d'activité réalisés extérieurement en société constitue l'idée de justice ⁴. Cette idée pose ainsi des « valeurs » juridiques ⁵; elle exige un ordre non contradictoire dans nos activités, et par cela même elle coordonne *reciproquement* nos activités, considérée chacune comme *libre et égale*. C'est pourquoi la justice exige, dans des circonstances identiques, la même conduite de la part de chacun ⁶ et son critérium est la possibilité de généralisation. Les pensées sur la justice, en tant que phénomènes psychologiques, sont le plus souvent accompagnées dans notre conscience d'une série de tendances obscures et de sentiments divers qui convergent vers la justice; on les nomme d'habitude, en

1. Comp. : Kant, H. Cohen, Natorp, Stammler, Binder, Larenz, Renouvier, Lachelier, E. Boutroux, Hamelin, Croce, Gentile, etc.

2. Lachelier, Emile Boutroux.

3. Kant.

4. Orestano, *I valori umani*, 1907, p. 288. Comp. : Stammler, Kelsen.

5. Comp. : Windelband, Rickert, Radbruch, Max Ernst Mayer, Lask, Petraschek, W. Sauer, etc.

6. Kant, *Ihering. Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. franç., p. 52-53; Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, p. 204-208. Comp. : Les anciens civilistes de Bologne, *Placentinus summa institutionum*, I, 1; Azon, *Summa I, 1 : Est rerum convenientia quæ in paribus causis paria jura desiderat*.

leur ensemble, le sentiment de la justice, mais ces données psychologiques n'ont rien à voir rationnellement avec la signification objective de l'idée de justice ¹.

L'idée de justice, en tant qu'idée d'une vérité, se réalise par une longue évolution historique dans la conscience humaine et la vérité qu'elle poursuit est en continuelle voie de formation ², comme toute autre vérité : c'est ce qui rend compte de l'idée de progrès juridique ³.

Comme toute idée de vérité, l'idée de justice ne saurait se réaliser que par des expériences, qui consistent à reconnaître dans chaque cas concret et particulier la mesure dans laquelle la justice y est à constater. Il y a donc une expérience des données juridiques ⁴ au même titre qu'une expérience des données mathématiques, physiques, biologiques, psychologiques, sociologiques et même morales et esthétiques. Cette expérience constitue les données de notre savoir juridique et elle sert de point de départ historique à toutes les idées générales que le savoir et la science juridique peuvent concevoir. Comme toute expérience, elle contient une part d'intuition et une part de raisonnement, c'est-à-dire de systématisation logique, mais l'intuition ne représente rien d'autre, là aussi, qu'une concentration virtuelle d'une série de raisonnements discriminatoires, sous la forme d'une connaissance unique et immédiate. Dès lors, l'expérience juridique représente toujours une élaboration logique et, comme toute expérience, elle est tout le contraire d'une donnée élémentaire, elle n'est jamais un donné pur et elle est toujours un construit : elle représente chaque fois une synthèse rationnelle dont le savoir et la science positive font ensuite l'analyse. Elle n'est elle-même que le point de départ d'une élaboration logique qui conduit aux notions que les hommes peuvent acquérir par leur savoir et leur science.

L'expérience juridique prend toujours pour objet à son point de départ une *activité* humaine consciemment rationnelle, ou, pour mieux dire, une activité libre. L'idée de

1. Kant.

2. Stammler.

3. Comp. J. B. Bury, *The Idea of Progress*, 1920.

4. Gurvitch.

personne en général et de personne juridique, c'est-à-dire de sujet de droits et d'obligations juridiques, n'est qu'un produit d'une élaboration subséquente : on l'obtient par la systématisation rationnelle des activités constatées et leur attribution à des centres pensée, qu'on nomme les « personnes »¹; le savoir physique ne fait rien d'autre en concevant des objets, car ils ne sont également que le produit de la coordination et de l'attribution des activités physiques constatées.

L'expérience juridique a pour objet des réalités juridiques. Les réalités juridiques se placent logiquement à un degré de complexité relative très haute dans la hiérarchie par « paliers » successifs des différentes réalités², dont chacune suppose celle qui la précède, mais dont chacune représente une synthèse supplémentaire de relations rationnelles et un degré supérieur de systématisation. C'est ainsi que toute donnée physique suppose des données mathématiques et géométriques, toute donnée biologique suppose des données physiques, toute donnée psychologique suppose des données biologiques, toute donnée sociologique suppose des données psychologiques, toute donnée morale suppose des données sociologiques, et toute donnée juridique suppose des données morales : les données d'un degré inférieur sont ainsi incorporées dans chaque donnée d'un degré immédiatement supérieur pour les constituer en des réalités originales par une synthèse nouvelle de relations³. C'est pourquoi sans relations sociales il n'y a plus de morale ni de droit, car, en supprimant les premières, celles-ci disparaissent, mais les données de ces dernières ne sont pas réductibles en leur entier à de simples relations sociales : de même, il n'y a pas de données sociologiques sans des données psychologiques, mais elles ne se réduisent pas à des données psychologiques⁴, comme il n'y a pas de données psychologiques sans des données biologiques, etc.

1. Comp. : Kant, Jellinek, Kelsen.

2. Comp. E. Boutroux, *De l'idée de loi naturelle dans la conscience et la philosophie contemporaines*, 1901.

4. Comp. comme ouvrages élémentaires : A. Lalande, *Lectures sur la philo-*

3. Comp. : Auguste Comte, Blondel, Lalande.

L'ordre ascendant des réalités ainsi esquissé est cependant leur ordre purement logique; car il est établi du point de vue de leur complexité. En fait, dans leur évolution historique, la connaissance les réalise exactement dans l'ordre inverse, en commençant par les plus compliquées, et notamment par l'intuition esthétique de la conscience, et en finissant par les plus simples; la réalité brute dont notre expérience part est ainsi toujours, en fait, une donnée infiniment complexe et l'opération d'abstraction qu'il faut faire pour en dégager successivement les différents aspects se réalise très laborieusement dans l'Histoire. Les différents genres de données qu'on nomme réalités, et qui sont des objets distincts des diverses sciences, ne sont que des points de vue abstraits pris sur la réalité expérimentale ¹.

Le droit et la morale constituent dans la hiérarchie ainsi déterminée de nos connaissances un ensemble qui possède ses caractères propres et qui est distinct des autres sciences subordonnées, qui sont les sciences de la nature, comme il est distinct aussi de la science de la beauté, qui le domine : c'est ainsi qu'on peut parler de valeurs d'existence, de valeurs éthiques et de valeurs esthétiques, dont la nature est bien différente, mais qui, toutes, sont des valeurs de vérité.

En considérant cette hiérarchie des réalités et, par conséquent, des objets possibles de science, on comprend mieux une série d'idées que nous avons déjà développées. D'abord, il ne saurait y avoir des jugements sur le droit, ou, pour être plus précis, des jugements sur la justice, sans des faits sociaux auxquels ils s'appliquent. Ensuite, la variation des faits sociaux entraîne nécessairement après elle la variation des jugements que nous portons sur leur justice. Enfin, nos jugements rationnels sur la force matérielle ou sociale, de même que ceux sur les intérêts ou sur la volonté psychologique, qui sont toutes des réalités naturelles, ne sauraient se confondre avec nos jugements sur la justice des actions sociales qu'elles représentent ².

sophie des sciences, Classes de mathématiques, 12^e éd., 1936; Cuvillier, Manuel de philosophie, 2 vol., 1937.

1. Durkheim.

2. Comp. : L. Renault, *Introduction à l'étude du droit international, 1879, p. 11; Ch. Bouglé, Leçons sur l'évolution des valeurs, 1922.*

Il nous reste à esquisser la différence que nous faisons entre la morale et le droit, différence par laquelle nous nous croyons autorisé à affirmer que les règles du droit international sont du droit véritable et qu'elles ne se réduisent pas à de simples règles morales. L'idée de justice ne se confond pas avec celle de bien moral, quoiqu'elle suppose cette dernière; le droit est un arbre dont les racines plongent dans la morale pour en extraire la sève, sans laquelle il ne saurait vivre¹. Sans entrer dans les détails, nous croyons pouvoir dire que le droit se distingue de la morale par son objet, qui est la réglementation par des obligations et des droits subjectifs des actions humaines extériorisées dans les groupes sociaux, tandis que cette réglementation se rapporte dans la morale aux mobiles non encore extériorisés². Par exemple, le devoir d'avoir tel sentiment ou telle intention est par lui-même un devoir moral; celui de respecter un contrat ou celui de ne pas enlever le bien d'autrui est un devoir juridique.

Il faut ajouter que le droit, comme la morale, possède une « technique », mais que cette technique est beaucoup plus développée dans le droit et qu'elle est subordonnée, comme le droit lui-même, à la morale; les moyens techniques du droit, même s'ils ne sont pas commandés par la morale et la justice, doivent être moralement et juridiquement permis et ils deviennent moraux et justes une fois que le droit les a ainsi faits siens. Les principes, par exemple, qui fixent des délais déterminés dans le droit (ex. : la majorité civile) ou ceux qui déterminent des règles conventionnelles (ex. : tenir la droite sur les routes) ne sont, avant leur application, ni des impératifs moraux, ni des impératifs juridiques; mais, une fois appliqués, il devient injuste et immoral de ne pas s'y conformer, de ne pas reconnaître

1. Comp. : Schenfeld, *Die logische Struktur der Rechtsordnung*, p. 34; Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, p. 35-36; Dabin, *Règle morale et règle juridique*, 1936, p. 2.

2. Comp. : Grotius, Thomasiaus, Pothier, Kant, Ihering, Jellinek, Kelsen; comp. : Hans Nef, *Recht u. Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant*, St. Gallen, 1937; G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3^e éd., 1932, p. 37; Stammler, Binder, Larenz, etc.

généralement les délais fixés ou de ne pas respecter les règles conventionnelles établies (ex. : ne pas reconnaître, en principe, la capacité entière à celui qui a accompli l'âge fixé par la loi ou ne pas tenir la droite)¹.

Est-ce à dire, dans ces conditions, que le fait ne crée jamais le droit ? Ce serait démentir la vie du droit elle-même et faire du droit une illusion sans contact avec les réalités. Le fait social crée continuellement le droit, mais il est, comme fait social, un pur aspect que notre connaissance tire de la réalité très complexe expérimentale et, comme tel, il ne peut se déterminer sans des éléments éthiques, et spécialement sans des éléments juridiques qui l'encadrent : il n'y a pas de relations sociales sans droit. Si le fait social crée le droit, il ne saurait, par conséquent, le faire sans s'encadrer dans des idées de droit.

C'est ainsi que les précédents peuvent créer le droit. La prescription suppose de même des faits créateurs de droit; elle se fonde cependant d'une autre manière en droit international, quand il s'agit d'acquisitions de population, qu'en droit patrimonial interne, car ce *dominium* spécial sur des êtres libres qui s'appelle souveraineté interne est d'une autre nature. Les situations nouvelles de fait peuvent conduire à une modification du droit positif : l'histoire du droit nous le montre dans les grandes expropriations agraires et dans les réformes de « rajustement » ou même de suppression des dettes; en droit international la Grande Guerre a brisé le droit positif préexistant en imposant certaines situations juridiques nouvelles à cause de la justice, qui le commandait : le démembrement de l'Autriche-Hongrie est dans ce cas. La volonté, en tant que simple fait, crée des droits et des obligations si l'idée de justice l'autorise : l'idée d'obligation conventionnelle ainsi que celle de responsabilité en général est ainsi posée. La volonté peut constituer un droit nouveau, même par adhésion expresse ou tacite à une situation de fait. Une reconnaissance volontaire d'une situation illégalement acquise légalise cette situation : le droit inter-

1. Pour les règles conventionnelles en science exacte : Henri Poincaré. Comp. A. Lalande, *op. cit.*

national en présente d'innombrables exemples. Toute la question est, dans ces cas, de savoir jusqu'à quelle limite la volonté peut légaliser cette situation : si les intéressés eux-mêmes dont le droit a été lésé la reconnaissent, l'illégalité cesse, à condition toutefois que l'acte ne soit pas immoral et que, ce qui est très visible en droit international, il ne représente pas juridiquement une atteinte aux situations des tiers par un trouble porté à tout l'ordre juridique institué. Ces idées expliquent la validité de la plupart des traités imposés par des guerres ou par des menaces, lorsqu'ils constituent un nouvel ordre juridique, même en dehors de la considération de la justice des différentes clauses qu'ils contiennent. Un nouveau droit peut ainsi être institué à la suite d'une guerre, même injuste, d'une révolution ou d'un coup d'Etat : le fait social de la positivité juridique se constitue alors souvent par une adhésion implicite donnée aux nouvelles situations, dont le trouble serait dans ces cas une source évidente d'insécurité générale ou de nouvelles et graves injustices. L'application elle-même de la sanction juridique peut avoir des effets en retour sur le droit; mais elle ne saurait être généralisée; en droit public, et spécialement en droit international, elle ne doit pas être exercée dans les cas où elle provoquerait des risques généralisés de perturbation et où l'ensemble de l'ordre juridique existant serait mis en danger. Il est donc impossible de ne pas reconnaître que les faits sociaux peuvent instituer du droit nouveau, mais, malgré les apparences, ils doivent alors toujours s'encadrer dans des règles de droit.

La conception que nous venons d'esquisser de la réalité juridique est la suite de la doctrine développée par l'Ecole néo-kantienne, dont Rudolf Stammler a été un admirable représentant dans le droit¹. Notre conception se rapproche de celle du néo-hegélianisme, qui réduit tout à l'acte de pensée, réalisé dans les données réelles en posant des relations², mais elle se sépare de Hegel et de son Ecole parce que, tout en fondant le devoir sur l'être, elle en fait un prin-

1. Comp. : Natorp, Renouvier.

2. Comp. Hamelin.

cipe rationnel et autonome d'action ¹, et elle ne saurait ainsi jamais confondre la force ou l'intérêt avec le droit ².

En pénétrant le sens de ces explications sommaires, on comprendra facilement qu'il existe un droit rationnel, différent du droit positif. La positivité n'est pas un élément essentiel de l'idée de justice : elle n'en constitue qu'un attribut adventice. On peut penser qu'une action est juste ou injuste sans que cette pensée soit nécessairement du droit positif, mais elle est, même dans ce cas, une pensée *juridique*, et non purement morale. La positivité accompagne parfois les notions de justice, parfois elle ne les accompagne pas, mais elle est toujours, par le contenu des pensées juridiques qu'elle pose, un essai plus ou moins réussi de réaliser l'idée rationnelle de justice ³.

Un principe de justice objective se trouve ainsi établi, ayant sa source dans la pensée rationnelle en elle-même, et il s'impose comme étant un principe objectif du droit ⁴. C'est pourquoi le droit positif est imprégné de rationalité ⁵. Une preuve évidente en est dans le fait de son élaboration par les juristes positifs eux-mêmes, élaboration ou interprétation ⁶ qui se fait par l'établissement des principes communs et par des déductions applicables aux cas individuels; c'est ainsi que chaque « législation » a son économie logique propre et que chaque loi, une fois entrée en vigueur, se détache des intentions et de la subjectivité de son auteur, ayant sa vie propre, commandée par sa logique interne et par les faits auxquels on l'applique ultérieurement. Ce phénomène est très visible en droit international ⁷, malgré le soin qu'on

1. Parodi, *Le problème moral et la pensée contemporaine*, 1921.

2. Comp. : Binder, Larenz, Jerusalem, Croce, Gentile, Camerata, Battaglia.

3. R. Stammier; Igino Petrone, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, 1887 : « Le droit est un véritable précipité historique des différentes idéations de justice. »

4. Comp. Gény.

5. Pour Emm. Lévy (*Les fondements du droit*, 1933), « Le droit se réduit ainsi à des croyances mesurées ». Comp. : Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1936; Trendelenburg, *Lücken den Völkerrecht*, 1870.

6. Pour le droit international : Grotius, liv. II, chap. xvi; Vattel, liv. II, chap. xvii. Comp. Anzilotti, *Cours I*, trad. franç., p. 112.

7. Comp. : Charles de Visscher, *Contribution à l'étude des sources du droit international*, *Mélanges Gény*, III, p. 392.

doit toujours y avoir de distinguer ce qui est réellement droit positif de ce qu'on voudrait qu'il soit. Les positivistes eux-mêmes ne sauraient faire abstraction de la raison juridique, car ils supposent des volontés libres, et, par conséquent, capables de raison pour poser les règles du droit positif et pour se conformer à celles déjà posées.

Il est donc évident qu'il y a deux sortes de droits. On peut parfaitement concevoir par un jugement, bien entendu sous la réserve d'une erreur toujours possible, qu'une action est juste ou injuste, même avant de penser aux règles établies du droit positif. C'est même là la manière dont le droit est pensé le plus généralement par le commun des hommes. On peut ainsi arriver à juger les règles du droit positif elles-mêmes et à concevoir que telle règle du droit positif établi est injuste. On établit ce jugement en concevant objectivement une règle de raison qui est différente de la règle de droit positif et qu'on considère rationnellement supérieure à celle-ci. Cette règle de raison n'en est pas moins une règle de *droit*¹ : il est bien difficile de l'appeler autrement, puisqu'elle a pour caractère d'établir ce qui est juste.

On appelle très souvent, il est vrai, ce genre de règles des règles morales et on affirme, en conséquence, que la justice idéale qui n'est pas une justice positive est une simple justice morale. Mais il nous paraît préférable de ne nommer moral que ce qui est essentiellement moral, et juridique ce qui est juridique.

Si la plupart des auteurs appliquent l'épithète de moral à tout principe de justice rationnelle qui n'est pas incorporé dans le droit positif², c'est, semble-t-il, parce qu'ils sentent une répugnance à nommer juridique une règle qui n'est pas dotée d'une sanction réglementée et appliquée par une autorité au moyen des forces matérielles dont l'Etat dispose par

1. J. Dabin, Règle morale et règle juridique, Essai de comparaison systématique, *Annales de droit et de sciences politiques*, 1936; *La philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929. Comp. Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 1937.

2. En sens contraire, les pratiquants du positivisme volontariste : Jèze, Bonnard, Kelsen, etc. Pour Gurvitch, *L'idée du droit social*, p. 107), la justice exige de l'efficiencie, de la réciprocité, de la sécurité réelle, la règle droit est donc positive.

l'organisation des actions des hommes. Cette idée est en liaison avec celle qu'une règle de droit doit toujours être pourvue d'une sanction, sans laquelle elle n'existerait même pas.

Mais l'idée de sanction n'est pas essentielle à l'idée de droit. La sanction ne peut pas être ce qui distingue toujours le droit. La règle de droit est une pensée, une pensée qui commande, il est vrai, l'action¹ : il n'est donc pas absolument nécessaire, pour qu'elle existe, qu'elle soit dotée d'une sanction effective. S'il en était ainsi, on devrait affirmer que la partie la plus importante du droit public interne, celle qui concerne les obligations de l'autorité la plus haute, ne peut être nommée du droit et que le droit international en son entier n'est également pas du droit. Ce serait renoncer à concevoir une différence entre le droit et la pure force prépondérante qui se manifeste à un moment donné dans une société. Les règles de droit ne sont pas toujours pourvues de sanction étatique; elles sont généralement pourvues d'une sanction sociale diffuse mais souvent très efficace, comme les règles morales, ou même de sanctions individuelles. C'est ce qui arrive non seulement en droit international, en droit public interne, mais aussi parfois en droit interne privé et en droit pénal, même dans nos législations. La pratique des règles de droit, comme celle des règles morales, conduit le plus souvent à des *avantages*, qui sont, de ce point de vue, sur le même plan exactement que les sanctions. Les règles du droit sont, d'ailleurs, généralement respectées pour elles-mêmes, comme les règles morales, dans le cours normal de la vie sociale, et la généralisation de la sanction serait une action injuste, qui conduirait au désordre, à la dissolution de la société et, avec elle, de son droit positif lui-même. Il est donc bien difficile de faire de la sanction le critérium de la règle de droit. On peut dire, au contraire, que la règle de droit existe en elle-même et qu'elle n'est pas toujours reliée à une autre règle

1. Sur l'élément impératif de toute proposition juridique : Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877-1883, II, p. 13; August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 2-3.

de droit qui représente une sanction effective. La sanction, comme pur fait matériel, est un fait de violence qui n'a rien à voir avec le droit. Pour que cette violence devienne juridique, il faut qu'elle soit l'objet d'un impératif juridique, c'est-à-dire d'une règle de droit. Ce qu'on appelle donc en droit une sanction est une nouvelle règle de droit, reliée d'une certaine manière à une autre règle de droit. Il serait, par conséquent, bien difficile de définir par la sanction toute règle de droit en elle-même.

Il nous semble ainsi possible d'affirmer qu'il existe des règles juridiques même en dehors de celles qui sont imposées par le droit positif : elles sont conçues par notre pensée individuelle, elles peuvent encore devenir la pensée d'une foule, d'une multitude organisée d'êtres humains, elles peuvent s'intégrer dans un phénomène social de positivité; mais elles peuvent aussi ne pas s'incorporer dans le droit positif. « Avant qu'il y eût des lois — disait Montesquieu — il y avait des rapports de justice possibles; dire qu'il n'y a rien de juste et d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent des lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé des cercles tous les rayons n'étaient pas égaux. »¹

La règle de droit rationnel est une pensée qui se cherche en poursuivant la vérité. La règle de droit positif est, au contraire, par les activités sociales dans lesquelles elle se réalise, une règle qu'on ne discute pas, car on admet dans la plupart des cas qu'elle nous oblige même si elle n'est pas vraie, même si elle est injuste : mais elle est imprégnée de droit rationnel². C'est une règle *donnée*, et non une règle qui se cherche; elle est donnée par la société dans laquelle elle possède sa validité. C'est un fait social. Mais elle ne cesse pas pour cela d'être une règle *pensée* par nous individuellement.

Ces observations ne suffisent pas encore à expliquer le droit positif : celui-ci possède un aspect social, sur lequel il importe d'insister.

1. *Esprit des lois*, liv. I, chap. 1.

2. Gény, *Comp.* : Stammeler, Binder, Larenz, Gurvitch, Igino Petrone, Giorgio del Vecchio.

Tout phénomène social humain dérive, à son origine, d'activités individuelles impliquant des pensées, conscientes ou non, et il consiste en un complexe de pensées qui deviennent indépendantes de celles des individus, les dominant et s'actualisent par des activités en commun.

La positivité du droit est un phénomène de « socialisation » de certaines pensées juridiques qui constituent le point logique de départ des règles de droit en vigueur¹. Comme tout phénomène social, elle a son origine de fait dans des pensées impliquées ou affirmées par des pratiques individuelles et elle consiste essentiellement en idées générales tirées, par abstraction et construction, de certains cas individuels d'une importance spéciale soit par leur propre valeur sociale, soit par la fréquence de leur apparition.

Cette socialisation peut se produire non seulement pour nos pensées juridiques, mais aussi exactement de la même manière, pour n'importe quel savoir humain en général. En effet, certaines pensées de savoir théorique, tout comme celles du savoir juridique, acquièrent un caractère social, et elles constituent alors ce qu'on appelle le sens commun. Le sens commun n'est qu'un certain savoir doué de positivité sociale. C'est un capital naturel d'axiomes et d'évidences indiscutées², qui constituent une richesse de notions acquises sur la nature et les choses, que la société se transmet traditionnellement et qui évoluent en fonction des nouvelles connaissances qui se diffusent. Ce savoir du sens commun a une importance très grande, car la science exacte elle-même, par exemple la science physique, le prend dans l'expérience pour point de départ et c'est lui qu'elle essaie aussi de rejoindre par ses conclusions dernières : il est, en général, inclus dans toute expérience scientifique. Tout ce savoir admis

1. « Les textes les plus impératifs, les textes les plus clairs, ne peuvent vivre que si l'opinion du monde est profondément imprégnée de leur nécessité. C'est l'opinion qui donne la vie à la lettre morte des textes, c'est l'opinion qui la leur conserve, c'est l'opinion qui la leur retire un jour. » (Barthélemy [France], *Actes de l'Assemblée de la S. D. N.*, 1923, Procès-verbaux des séances plénières, p. 82.)

2. Comp. D. G. Rengers, Hora Siccama, « Au commencement » de la théorie du droit : éléments critiques d'une philosophie du droit, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1938.

socialement possède, comme la positivité juridique, la même faculté d'exercer des pressions sociales sur les êtres individuels, et ceux-ci souffrent souvent des sanctions sociales s'ils essaient de se libérer complètement de ses injonctions les plus importantes.

Mais en quoi consiste plus particulièrement cet aspect social de la juridicité ?

La plupart des juristes cherchent le phénomène juridique social dans les consciences psychologiques individuelles, et c'est pourquoi ils hypostasient parfois ces consciences en une « conscience » collective : on leur a demandé à juste raison où chercher alors cette conscience collective ailleurs que dans les consciences individuelles. En réalité, la « conscience » collective comme telle n'existe pas, car elle n'est plus, à proprement parler, une « conscience ».

Nous avons essayé un peu plus haut, en parlant de la hiérarchie des différents phénomènes scientifiques, de préciser la nature du phénomène social. Celui-ci suppose, avons-nous dit, des phénomènes psychologiques, mais il les dépasse par une synthèse qui en fait quelque chose d'essentiellement autre et nouveau : cette observation est étayée par les conclusions concordantes auxquelles a abouti la sociologie contemporaine, et spécialement, à la suite de Durkheim, la sociologie française; la sociologie allemande exprime parfois la même idée en appelant ce phénomène Esprit (« Geist »).

C'est pourquoi, ainsi que l'a très bien fait remarquer le professeur Scelle, si on supprime les individus, il n'y a plus ni société, ni droit, ni Etats. Mais la conclusion que les juristes sociologues et même certains sociologues purs croient pouvoir tirer de cette idée en réduisant tout à des individus, n'est pas justifiée. Le phénomène social ne saurait exister sans des individus, mais il possède une nature d'une originalité qui n'est pas réductible à la nature des individus considérés psychologiquement ou biologiquement; même plus : il s'impose en quelque sorte du dehors aux individus.

Dès lors, il est impossible de chercher le social dans les

phénomènes psychologiques, quels qu'ils soient, et même dans les phénomènes psychologiques conscients, qui n'en sont qu'une variété. Chaque donnée psychologique se présente comme ayant une unité, une individualité propre qui en fait sa réalité distincte, et ces données ne font pas encore pressentir par elles-mêmes l'idée d'individu humain, au sens du moins qui intéresse le droit et la sociologie. Cette dernière idée est, au contraire, à base purement sociologique et elle est complémentaire de celle de groupe social; individu et société sont les deux pôles sans lesquels aucune réalité sociologique ne saurait se concevoir. Les données sociologiques sont, en effet, d'une tout autre essence et d'une autre nature que les phénomènes psychologiques ou biologiques.

Une fois ces idées posées, il y a lieu de faire une série de distinctions pour mieux comprendre ce qu'est la positivité du droit. Il faut, en effet, ne pas confondre les faits sociaux en eux-mêmes, dans leur aspect « politique » et souvent égoïste, avec leur aspect juridique : le point de vue sociologique est nettement distinct du point de vue juridique. Mais, du point de vue juridique lui-même, il faut distinguer le droit en vigueur et l'idéal matériel que chaque société se fait de la justice en s'imaginant comment ses relations devraient être juridiquement réglées, idéal sur lequel les développements du droit en vigueur doivent s'étayer. Et il faut encore distinguer cet idéal matériel du droit en vigueur qui en dérive et de l'idée formelle de justice qui se retrouve dans toute pensée juridique pour lui imprimer la direction logique qu'elle poursuit, lui assigner une signification et lui faire rechercher ce qui est juste : cette dernière n'est pas un phénomène sociologique¹.

La positivité du droit en vigueur a pour contenu l'idée impérative que certaines règles de droit doivent être garan-

1. Larenz (*Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929, p. 32) distingue l'idée de droit à priori (« *Rechtsidee als die dialektische Einheit aller in der Geschichte des Rechts hervortretenden Momente* »), le droit juste, qui est un idéal de droit, et le droit positif (« *als die jeweils geltende Verwirklichung der Rechtsidee* »).

ties par la société elle-même. C'est pourquoi le droit positif n'est pas la courtoisie, et le droit international n'est pas la *comitas gentium*. La positivité tend ainsi vers l'idée de sanction juridique organisée, même si cette sanction ne peut toujours se réaliser. Dans ce dernier cas, c'est l'individu qui est tenté de prendre à sa charge la sanction du droit, dans la mesure de ses possibilités, et c'est ce qui arrive partout où il n'y a pas encore d'organisation juridique qui s'impose et où dans le droit primitif, dans le droit public et dans le droit international spécialement (légitime défense, vengeance et justice privée, otages, garanties réelles, représailles, révolutions, guerres). Le problème de la sanction juridique positive se pose donc exactement de même manière en droit interne et en droit international, où il s'agit de la loi des souverains et de leurs ministres¹. Mais il ne faut oublier à aucun moment que la sanction positive est une simple tendance résultant de l'impératif contenu dans toute pensée; il n'est donc pas indispensable et même souvent pas désirable que la sanction soit effective partout et toujours; elle n'est ainsi qu'une conséquence de l'idée de droit se trouvant sur le même plan logique que les avantages ou même les récompenses que le droit confère à celui qui le respecte².

La positivité du droit ainsi déterminée, tout en se posant au-dessus des phénomènes psychologiques que nous appelons individuels et tout en les dépassant par la force de contrainte que tout phénomène social possède en soi, vit au plus profond des individus qui participent à la vie sociale : elle fait partie d'eux-mêmes en les reliant au milieu social ambiant. C'est ainsi, par leur nature elle-même, que le milieu social s'impose à eux et que chacun fait sien le raisonnement ou la pensée qui est devenue un phénomène social prépondérant.

L'Etat représente, en général, l'organisation d'une grande force matérielle. Mais sa plus grande puissance réside dans le phénomène social de la coopération du groupe et des indi-

1. Montesquieu, Wolff, Vattel.

2. Cet aspect du droit est celui spécialement étudié par Ihering (*Zweck im Recht*), sous forme de « salaire ».

vidus, se manifestant dans la multitude des actions sociales de la positivité du droit. Sans cette coopération, l'Etat est paralysé et la société peut ainsi lui refuser la vie.

La positivité ainsi conçue n'est pas une série de simples croyances individuelles juxtaposées, ainsi que paraît le dire Emm. Lévy, et même pas une croyance de « bonne foi »¹, car toute croyance comme telle est un pur phénomène psychologique. Ce n'est pas ce qui se dégage d'une simple « foule » qui est « le plus bas degré de la société, une société amorphe »². On n'a pas à la chercher dans « l'opinion publique », qui n'en est qu'une manifestation passagère et parfois erronée, quoique ses manifestations soient l'élément principal où on doit la chercher³. Les « élites », qui peuvent elles-mêmes se tromper, n'expriment pas toujours exactement le phénomène social de la positivité juridique, elles sont même normalement en avance sur lui.

La positivité sociale est un phénomène social cristallisé en des formes stables qui expriment une valeur, et « nous cherchons au-dessus des consciences individuelles la source de l'autorité dont ces valeurs sont revêtues », dans une « synthèse, productive de propriétés nouvelles », dans « la puissance de coordination impérative dont les jugements de valeur sont comme chargés par des réalités collectives dont ils expriment les tendances »⁴. C'est ainsi que la société est créatrice d'idéal⁵, et la positivité du droit consiste en idées⁶.

Le phénomène social de la positivité du droit a donc pour contenu des « pensées », au même titre que tout savoir et que toute science, des pensées qui, comme telles, tendent par leur signification logique à une systématisation en fai-

1. *Les fondements du droit*, 1933, p. 96-97, 107.

2. C. Bouglé, *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*, 1922, p. 30-31.

3. A. L. Lowell, *Public opinion and popular government*, 1914; *Public opinion in War and Peace*, 1923; W. Lippmann, *Public opinion*, 1922; Wilson, *L'Etat*, trad. franç., 1922, II, p. 378-381, 383-401; Jellinek, *op. cit.*, I, p. 179, 309 et suiv.; Moysset, *L'opinion publique*; A. V. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre*, trad. franç., 1906, p. 1-58.

4. Bouglé, *op. cit.*, p. 33.

5. Durkheim, *Formes élémentaires*, etc., introduction et conclusions.

6. Icilio Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3^e éd., 1908, p. 38-60.

sant établir entre elles des relations rationnelles, non contradictoires, des déductions et des principes. Ces pensées sont des pensées éthiques, spécialement des pensées juridiques : elles imposent des devoirs rationnels. Est-ce à dire alors que « l'intérêt » du groupe prime et « que le groupe peut commander n'importe quoi, pourvu que n'importe comment il survive ?... L'horizon des valeurs est plus large... Ne penser qu'à soi est désormais un idéal paradoxal : la possibilité d'universalisation devient un des critères de la valeur... Ainsi s'expliquerait, par le souci d'universalisation lui-même, le caractère rationnel que tendent à revêtir les systèmes de valeurs... Fournir à chacun les moyens de se développer librement devient un idéal social impératif »¹.

C'est ainsi que la reconnaissance juridique des Etats vivant par eux-mêmes est pour les autres une obligation qui équivaut à celle de la reconnaissance des personnes réelles en droit interne, mais que, s'il est vrai que le droit international existe pour les Etats, et non les Etats pour le droit international, ainsi que l'a proclamé Jellinek², il ne suit nullement de là qu'un Etat puisse être au-dessus du droit international. C'est ainsi, enfin, que le droit international puise sa force dans ces valeurs positives et rationnelles de justice, avec lesquelles — et c'est là l'avantage de ses défauts — il est en contact plus immédiat que le droit interne; il fait en effet souvent appel, pour éclairer ses sources positives, aux principes qui découlent de ces valeurs : les Etats-Unis, pour ne donner qu'un seul exemple, ont proclamé pendant la Grande Guerre les droits des neutres, en se basant sur « des principes évidents d'humanité » qui ne sont pas des « principes purement arbitraires édictés par convention »³.

On voit donc que la positivité, qui est un fait, un fait social, rejoint ici la signification du devoir. Jellinek a pu donc parler de « la puissance normative du fait » et même de la « tendance du fait de se transformer en norme en

1. Bouglé, *op. cit.*, p. 270-275.

2. *Op. cit.*, I, p. 562.

3. Kouters, *Les fondements du droit des gens*, 1925, p. 187.

vigueur »¹. Mais il est dangereux de confondre le fait de la positivité du droit avec la signification qu'il possède de poser des devoirs rationnels, perfectibles par leur généralisation; la philosophie de Hegel a fait cette confusion, Jellinek lui-même n'a pas été loin de la faire, et le néo-hegélianisme continue à la faire². Il est de même impossible de couper les ailes aux idées rationnelles que le fait social de la positivité du droit pose et de nier toute possibilité de droit rationnel³. Le fait social normatif et juridique n'est pas tout le droit et il n'est pas purement intuitif, il a un caractère rationnel qui le féconde et le transforme en vraie valeur qui s'impose⁴; il nous conduit ainsi vers le monde autonome des pures valeurs.

Le phénomène social de la positivité juridique suppose en réalité, comme tout fait social, un schème juridique rationnel, une pluralité de personnes libres vivant en relations entre elles et constituant une société juridique. La sociologie ne saurait même pas déterminer l'idée de société sans poser l'idée éthique, par laquelle les buts des activités sociales se relieut entre eux⁵. Ceci est d'autant plus vrai que le droit est la condition même de la vie sociale et qu'on le retrouve partout et toujours dans tous les actes de notre vie : on n'y échappe même pas dans le sommeil, ainsi que Ihering l'a très bien dit⁶.

Le problème du caractère obligatoire du droit positif est donc un problème de pure raison, telle qu'elle se manifeste avec toutes ses virtualités dans les valeurs sociales de la positivité juridique. Il n'est pas question de se soumettre aveuglément à la « volonté » de la société organisée. Tout homme vit dans la société et chacune de ses actions baigne dans le

1. *Op. cit.*, I, p. 309-311.

2. Binder, Larenz, *op. cit.*

3. Kelsen, N. Politis, L'influence de la théorie de Duguit sur le développement du droit international, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nos 1-2, 1932, p. 79-80; Gurvitch, *op. cit.*

4. Gurvitch, *op. cit.*, et *L'idée du droit social*, 1931. Comp. : Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, p. 163.

5. Stammler, Mircea Djuvara, *Droit et sociologie*, volume d'hommages à D. Gusti, Bucarest, 1936.

6. *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, 12^e éd., 1903.

milieu social, auquel elle est indissolublement liée, et qui est porteur de pensées juridiques à contenu rationnel. Chacune de ses actions bénéficie du droit positif existant, et c'est ainsi qu'il est logiquement conduit à admettre, pour ne pas tomber dans une contradiction avec soi-même, qu'il « doit » se soumettre à toutes les conséquences logiques que cette situation comporte. C'est ce qu'on dit quand on affirme que chacun doit se soumettre à l'ordre social existant par suite de la solidarité juridique qui le lie à ce milieu. Le criminel lui-même invoque les précédents, ceux de sa propre vie et ceux de la vie sociale où il vit. Chacune de nos actions se relie ainsi à nos propres actions passées et à celles des autres. Puisque nous-mêmes bénéficions du droit et que nous attendons d'en bénéficier par son respect de la part des autres, il est logique de l'admettre même quand il est en notre défaveur. Le lien social qui s'établit ainsi par la raison suppose la *réciprocité généralisée*, sans laquelle il est détruit : ceci est surtout clair en droit international, où il apparaît évident qu'il est injuste de se sacrifier pour satisfaire les intérêts de ceux qui ne respectent pas le droit.

Le problème qui nous préoccupe ne saurait par conséquent se résoudre par une simple affirmation de l'adhésion que les membres de la société donnent au droit positif. Cette adhésion n'est pas un pur fait psychologique : elle est un acte de raison et de conséquence logique¹ dérivant des profondeurs de chaque être social. Il faut faire la différence entre la reconnaissance du droit en vigueur comme « acte psychologique » et cette reconnaissance comme « devoir normatif »², c'est-à-dire comme devoir juridique imposé par la raison. C'est pourquoi, enfin, l'idée de droit positif n'est pas essentiellement liée à l'idée de sanction et qu'elle ne représente pas une simple suprématie de la force : là où l'élément éthique ne lui donne plus son élément pour subsister, le droit n'est plus que de la puissance aveugle et il lui est impossible de durer : les révolutions et les guerres se chargent au besoin de l'anéantir.

1. Berling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877, p. 7; Libert, *Das Problem der Geltung*, p. 5, 2^e éd., 1920; Wolf l'avait déjà fait remarquer en fondant sa *civitas maxima* sur un quasi-contrat international.

2. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, p. 79, 80, 169.

L'idée de rationalité domine ainsi le droit positif en se fondant sur celle de réciprocité généralisée, qui est inhérente à la pensée juridique elle-même. Il y a lieu de constater qu'il existe une transposition nécessaire du phénomène social rationnel de la positivité du droit dans les consciences individuelles et que la raison de chacun doit ainsi être amenée à reconnaître son obligation, de se soumettre au droit positif, si réellement celui-ci est droit, et non pure force arbitrairement imposée.

Afin de bien déterminer la nature de l'adhésion rationnelle continue que chacun doit accorder au droit positif, il faut encore préciser que cette adhésion n'est pas à donner individuellement à chaque règle : elle a plutôt pour objet l'ordre juridique positif pris en son ensemble, auquel on ne saurait normalement se soustraire sans devoir reconnaître qu'on commet une injustice. Car un « droit injuste non seulement en telle ou telle de ses règles particulières, mais en son tout fondamental, ne serait plus du *droit* »¹. Le droit positif peut comprendre des éléments partiels injustes, coutumes, règles légales ou même lois entières, car l'idée de la justice ne se réalise jamais complètement². Chaque norme du droit positif s'impose donc seulement par son rapport au système entier du droit positif, et aux principes qui le dominent. C'est le sens profond de l'affirmation de Hauriou, selon laquelle l'adhésion est donnée à « l'institution » entière, que le droit positif représente³.

Dans les cas où une règle particulière de droit positif est manifestement injuste, on reconnaît, en réalité, la compétence de l'organe qui l'a posée ou la procédure légale par laquelle elle s'est introduite effectivement dans le droit positif existant.

La société est en droit de prendre des mesures de précau-

1. Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929, p. 32.

2. Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, p. 33; Schönfeld, *Ueber den Begriff der dialektischen Jurisprudenz*, 1929.

3. Maurice Hauriou, *Précis*, *loc. cit.*; Davy, *Les théories contemporaines de la souveraineté* : M. Hauriou, *Revue philosophique*, 1923; Desqueyrat, *L'institution en droit objectif et la technique positive*, 1933. Comp. : Renard, Romano.

tion contre ceux qui ne sont pas en état de rationnellement procéder dans leur pratique à la reconnaissance du droit positif ou qui ne le veulent pas, car c'est la première de leurs obligations envers la société où ils vivent : la société doit se préserver contre leurs actions inconsidérées. Ces mesures constituent les sanctions juridiques : elles peuvent être des sanctions directes ou indirectes, des sanctions publiques ou privées, même en droit privé interne¹; elles dérivent soit directement des impératifs rationnels que les pensées socialisées du droit contiennent nécessairement en elles, soit des prescriptions catégoriques organisées par le droit dans ce but; elles ne sont applicables que dans les cadres posés par le droit positif, et elles ne sauraient en tout cas être contraires aux principes rationnels de justice sur lesquels repose le système respectif de droit positif. Les violateurs des règles du droit doivent être forcés de les respecter et de réparer les dommages injustement causés. La société peut même faire subir aux infracteurs les plus dangereux, qui sont de mauvaise foi, des traitements spéciaux, qui constituent les pénalités, et qui doivent être destinés en dernière analyse non à assouvir une vengeance, ni à leur faire subir des souffrances inutiles et irraisonnées, mais à obtenir leur amélioration éthique².

C'est ainsi que chacun doit admettre par sa raison la règle positive, qui, comme phénomène social prépondérant, s'impose à sa conscience.

Cette obligation a cependant une limite. Il est impossible d'affirmer que le devoir d'obéissance vis-à-vis du droit positif, et spécialement vis-à-vis de la loi de l'Etat, comme l'a dit Triepel³, d'accord avec tous les « étatistes », serait absolu. Il y a des modifications justes du droit qui peuvent être, au besoin, imposées même par la violence contraire-

1. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911.

2. A ce point de vue, les préoccupations visibles du Conseil de la Société des Nations de surtout obtenir une amélioration de la situation internationale, dans ses séances des 16 et 17 août 1935, à l'occasion de la discussion de la violation du Traité de Versailles par la loi allemande sur le service militaire, sont très suggestives pour comprendre la signification de l'idée de sanction à appliquer en droit international (voir *infra*).

3. Cours cité, p. 104.

ment au droit existant. La limite du devoir de soumission est là où le système du droit positif existant ne répond plus en aucune façon au phénomène social de positivité juridique et où il n'apparaît ainsi en son ensemble que comme un produit de la pure force arbitraire et injuste. L'ordre juridique lui-même est en danger dans ces cas. Les révolutions sont alors légitimes, si la justice ne peut être rétablie par des voies légales; en droit international, la guerre elle-même peut devenir parfois un droit et un devoir.

L'ordre juridique positif ainsi conçu comme un phénomène social ne saurait donc exister et se légitimer en général, et par conséquent également en droit international, que dans la mesure de l'existence du fait social de la positivité juridique. Un droit positif international conçu comme un droit applicable à tout le genre humain n'a plus alors de sens définissable, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut. Où s'arrêter dans cette voie ? Ne faudrait-il pas étendre indéfiniment ce droit au passé et à l'avenir ? Ne faudrait-il pas l'étendre encore à tout être possible doué de raison, c'est-à-dire éventuellement aussi à d'autres êtres que les hommes ? Un tel droit serait un pur droit formel et n'exprimerait plus que les conditions logiques d'existence du droit : il ne contiendrait plus aucune règle de droit positif. Chercher le droit positif dans cette voie serait courir après un mirage en droit international comme en droit interne. En droit interne, on peut bien soumettre tous les sujets aux mêmes normes, et encore faut-il tenir compte des différences de mentalité des groupes sociaux; on ne saurait cependant affirmer l'existence de règles positives devant nécessairement s'appliquer telles quelles dans le droit interne de tous les peuples. Il y a, en réalité, en droit international, des ordres juridiques positifs correspondant aux groupes de civilisations. Dans l'Antiquité, les cités grecques ont constitué un tel groupe. La communauté chrétienne en a été ensuite un autre. La communauté européenne l'a remplacée et s'est peu à peu étendue à d'autres continents. La communauté de l'Empire britannique et celle des Etats américains en

sont d'autres exemples ¹. Il y a de même une communauté, et peut-être même plusieurs communautés de ce genre en Asie et également en Afrique. Ceci ne signifie d'ailleurs nullement que ces ordres juridiques, souvent impliqués entre eux, n'auraient en fait rien de commun ² et qu'il serait impossible de les hiérarchiser. Traiter exactement par les mêmes règles des groupes étatiques à la culture la plus haute et des groupes complètement arriérés, serait une erreur, due au défaut d'observation des faits positifs, erreur qui peut conduire la vie internationale à des mécomptes très graves. L'idée de l'universalité nécessaire des règles de droit international, telles que nous les admettons dans notre propre milieu social, est tout aussi fausse que celle de la possibilité de règles de droit universelles et nécessaires, suggérée par l'École du droit de la nature et des gens.

Après avoir essayé de montrer ainsi en quoi consiste la positivité du droit et après l'avoir réduite à un phénomène social dont le contenu et la signification consistent en des pensées rationnelles de justice, il est utile de montrer encore, au moins en quelques mots, son mode de formation, qui est en relation étroite avec son mode de constatation.

Tout fait social a son origine de formation dans des faits individuels, et les sources du droit positif vues sous un certain angle se réduisent, en somme, à ces faits individuels.

On appelle sources du droit des faits sociaux qui imposent, par la signification de leur contenu de pensée, les règles juridiques positives. C'est par les sources que nous constatons d'habitude le droit à appliquer à chaque cas particulier. Mais, pour le faire, il est indispensable de savoir préalablement quelles sont les sources de ce droit et de les déterminer individuellement. Définir, par conséquent, la source comme le fait dans lequel on trouve le droit à appliquer, ce n'est pas déterminer ce fait, c'est, au contraire, le supposer préalablement établi : ce n'est donc pas définir la source.

On fait d'habitude, en droit interne, une énumération des

1. Comp. Alejandro Alvarez, *Le droit international américain*, 1910.

2. Comp. Alvarez, *Exposé de motifs*, etc., déjà cité, p. 23-24.

sources qui est devenue classique; on dit que la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine sont les sources du droit : on ne remarque pas assez que cette énumération n'est pas facilement adaptable au droit international, ni au droit public interne et que, par conséquent, ce n'est pas une énumération des sources du droit en général. D'ailleurs, même en droit privé interne, l'accord n'est pas complet à ce sujet et des doutes sérieux ont été formulés. Gény et d'autres juristes pénétrants ont déjà montré que les actes individuels, comme les actes juridiques privés, peuvent souvent être sources du droit positif.

En réalité, tout acte qui modifie l'ordre juridique existant est une source de droit par la règle générale qu'il pose à titre de précédent¹. Toute source du droit est, en somme, un acte juridique, même la coutume, car toute source est un acte qui crée des situations juridiques nouvelles. On peut cependant réserver la dénomination de sources, selon l'usage habituel de ce mot, à certains actes seulement, et spécialement à ceux qui sont générateurs de droit positif réellement nouveau, ce qui signifie qu'ils produisent une transformation dans le système même du droit positif. Mais, en cette dernière qualité, la loi n'est pas toujours source du droit, car, si elle pose toujours des règles nouvelles, elle ne change pas toujours le système logique du droit positif existant. Une loi qui est en parfaite conformité avec le droit constitutionnel ne représente qu'une simple application de ce droit, exactement comme un acte privé représente le plus souvent une application de la loi. Toute la théorie des sources est donc susceptible d'un nouvel examen scientifique².

Un acte social ne saurait être réellement source de droit positif, si la règle qu'il pose ne s'intègre pas dans le phénomène social de la positivité : c'est le sens qu'on peut donner à l'affirmation que la source peut poser des règles de droit positif. C'est donc la positivité comme fait social

1. Mircea Djuvara, Droit rationnel et droit positif, *Recueil Gény*, I, 1935; Sources et normes du droit positif, *Annuaire de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1^{re} session, 1934.

2. *Ibid.*

qui confère sa validité juridique à la source. Cette positivité dure et évolue dans le temps : aussitôt qu'elle ne couvre plus les normes antérieurement édictées par des sources, ces normes cessent d'être du droit positif; c'est en ce sens que l'adhésion donnée par les membres de la société aux règles établies par les sources doit être continue¹ et qu'elle doit se produire surtout à l'occasion de l'application de ces règles aux cas particuliers réels qui surviennent et qui doivent être résolus. C'est ainsi, par exemple, que les règles posées par une loi ou par une coutume cessent d'être du droit positif au moment où elles ne sont plus socialement reconnues comme obligatoires et applicables en cette qualité. Par le même mécanisme, le fait social de la positivité produit parfois l'interprétation libre des règles légales; il peut créer, à l'occasion des cas particuliers qui surviennent postérieurement à la loi, des règles de droit positif à côté de la loi et même contre la loi. Le droit positif évolue, en réalité, avec chaque expérience juridique individuelle qui trouve son écho dans la société. Avec chacun de ces cas, il y a des normes qui changent de place dans l'ordre logique du système des règles de droit positif, et elles passent à un rang supérieur ou inférieur en vertu d'un principe sous-entendu par le droit, elles deviennent, de dominantes, subordonnées, ou inversement. Les exemples en droit international abondent. L'unification de l'Italie s'est faite au siècle dernier malgré le droit positif existant, en vertu du principe de liberté nationale, qui venait de s'affirmer; l'union des deux principautés roumaines s'est faite en 1859 de la même manière, pour arriver à la création de la Roumanie d'avant la Grande Guerre; de grands Etats ont pu se dissoudre ou se constituer pendant cette guerre en vertu du même principe; d'autres Etats se sont constitués, agrandis sous nos yeux, malgré les interdictions du droit positif, en invoquant, à tort ou à raison, ce principe.

C'est ainsi qu'en dernière analyse la fonction de la source de constater le droit s'allie à celle de production du droit positif. La source n'est pas le facteur dont dérive la valeur

1. Comp. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, p. 7, 1877.

du droit et c'est encore moins un pouvoir juridique de volonté (« Rechtsmacht »). C'est une manifestation (Erscheinungsform) au sens créateur de formation du droit positif et en ce sens elle ne s'oppose plus à la justice¹. L'affirmation, faite par quelques-uns des auteurs de l'École du droit naturel, que celui-ci se combine avec le droit positif² n'est pas toute à rejeter. Il n'y a pas de différence essentielle entre la source, la formation et le fondement du droit. Les sources constatent le droit positif, car leur obligativité ne découle pas d'elles-mêmes, mais du phénomène social de pensée juridique, qui leur confère leur validité; elles le créent aussi, car c'est par elles que ce phénomène se constitue comme phénomène social, en commençant par des actes individuels.

Cette formation de la positivité peut être très lente, comme elle peut être brusque. Une Constitution nouvelle ou un traité peuvent introduire d'emblée un droit nouveau; nous allons constater tout à l'heure que le même phénomène peut se produire concernant la coutume elle-même. Une loi, un traité, une Constitution, peuvent cependant d'autres fois exiger du temps pour s'introduire effectivement dans la vie sociale réelle comme droit positif : c'est le cas normal de la coutume.

Le phénomène social de la positivité explique dès lors, en réalité, toute la formation juridique positive. Tout acte doit être, par exemple, dans notre système de législation écrite, conforme aux règles du droit constitutionnel : mais comment ce droit constitutionnel lui-même peut-il être du droit positif sinon par le phénomène social de pensée juridique qui le consacre ? C'est en ce sens que Hauriou a pu dire que le fondement du droit constitutionnel, et par conséquent de tout le droit, est dans la coutume³; on peut ajouter que le fondement des traités a la même source en droit international, mais le fondement de la coutume elle-

1. Comp. Krauss, *Morale internationale, Recueil des Cours*, 1927-I, p. 306-307.

2. Voir Koster, *op. cit.*

3. *Précis, cit.*, p. 22, n. 9.

même se trouve dans certaines règles rationnelles de droit socialisées.

C'est ainsi que les traités, pour avoir une validité, supposent une règle de droit qui les fonde, et cette règle ne saurait être, à son tour, le produit d'un traité. C'est une règle coutumière et, comme telle, elle a ses racines dans les idées rationnelles socialisées sur le droit; par exemple, dans les sociétés où prime l'élément religieux, c'est sur cet élément qu'on fonde les traités par des serments prêtés ou des invocations faites aux divinités. Pendant la Renaissance et au temps de la formation des Etats nationaux, la violation des traités est devenue en quelque sorte une coutume basée sur l'idée de réciprocité que commande la justice. Les règles posées par des conventions sont d'ailleurs, en général, très réduites en nombre et en importance par rapport à celles posées par la coutume, surtout en droit international. C'est, enfin, par les activités des tiers non contractants que les conventions ont un effet pratique dans une société; c'est la positivité du droit qui impose aux tiers de les respecter.

Quant à la coutume elle-même, il faut la distinguer des faits matériels qui l'engendrent et des simples usages conventionnels et des habitudes non juridiques que les faits peuvent encore engendrer. Elle ne peut donc avoir une valeur juridique que grâce au phénomène social de la positivité. De ce point de vue, la définition que les canonistes, inspirés par les jurisconsultes romains, en ont donnée, par l'*opinio juris vel necessitatis*, est complètement dénuée de précision, car il s'agit de déterminer la nature de cette opinion ou de cette nécessité; l'*inveterata consuetudo* est, de son côté, une condition qui ne se vérifie pas par les faits. « Il se peut qu'une explosion de sentiments ait éclaté », peut-être de façon instantanée à la suite d'actions individuelles ¹. Au Moyen-Age, on hésitait sur le nombre de faits

1. René Maunier, Folklore juridique, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*. nos 3-4, 1937, p. 15. Dans le même sens : Al. Levi, *La société et l'ordre juridique*, 1941, p. 258; K. Strupp, *Eléments de droit international public, européen et américain*, 2^e éd., 1930, vol. III, p. 13; Perassi, *Teoria dommatica della fonte di norme giuridiche*, 1917, p. 48-49; *Lezioni di diritto internazionale*, 1922, p. 27, 41-42.

nécessaires pour reconnaître la coutume en droit privé; on les a parfois arbitrairement fixés à un nombre très restreint, parfois à dix, parfois même à quatre ou à deux¹. Il n'est pas du tout impossible, surtout en droit international, qu'un nombre très réduit de précédents et même un seul précédent produisent le droit, surtout si l'on réduit la coutume à la jurisprudence², ce qui, d'ailleurs, est inexact : dans ces cas, l'atmosphère sociale est déjà préparée, elle est, pour ainsi dire, à l'état de saturation et un seul fait nouveau et impressionnant peut suffire pour précipiter un nouveau droit coutumier. L'explication civiliste traditionnelle du fondement de la coutume par le consentement tacite du peuple ou celui du prince³, est, d'un autre côté, un semblant d'explication, car on doit revenir alors à la question du fondement du pouvoir obligatoire des conventions. On n'ajoute rien, en droit international, en disant que la coutume se fonde sur un consentement tacite des Etats, ce qui est très souvent une simple fiction, comme Politis l'a très bien dit. La coutume est, du reste opposable, à tous et même, en droit international, à des Etats tiers et, par conséquent, il est impossible de la fonder sur le consentement; elle peut être, enfin, injuste⁴, ce qui conduit à la même conclusion. Le droit international commun, fondé sur la coutume, est intimement lié à des raisons de justice telles qu'elles apparaissent comme phénomène social : c'est pourquoi il souffre une très large interprétation⁵. Le droit coutumier se fonde sur le besoin de se rapporter aux précédents comme à quelque chose d'objectif, sur l'idée de justice, qui, par son élément généralisateur, commande de reconnaître les mêmes droits que ceux qui ont été déjà une fois reconnus, et sur la juste exigence sociale d'une stabilité et, par consé-

1. Pierre de Fontanes, *Conseil à un ami*, éd. Marnier, Paris, 1846, Annexe, p. 492 : « quant chose est fête 11 fois ».

2. Lambert, *Etudes du droit commun législatif*, I, 1903, p. 108-804; *Planiol* : comp. Bartin et Gény, pour lesquelles notre coutume c'est la jurisprudence.

3. Julien, Ulpian, Decret de Gratien, Boutillier, Liger, Guy, Coquille, Grotius, Pufendorf, Rachel, Wolff, Vattel, etc. Comp. art. 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

4. Gentilis, Vattel, *Droit des gens, Préliminaires*, § 21.

5. Comp. Jitta, *op. cit.*, p. 27.

quent, d'une sécurité dans les relations sociales, en évitant des applications divergentes du droit. Le droit anglo-saxon exige ainsi la conformité de la coutume aux principes. Ce sont ainsi les idées socialisées de valeur juridique qui, en s'attachant à certaines pratiques, confèrent à la coutume sa validité. Ces idées se confondent avec ce que nous appelons des « principes généraux »¹. Déjà, au Moyen Age, on invoquait comme condition des coutumes leur « rectitude » et leur caractère « raisonnable »².

Il n'est donc pas étonnant que le droit positif international ait considéré les principes généraux comme sources du droit et qu'il présente par là un contact étroit avec les notions élémentaires rationnelles de justice telles qu'elles sont transparentes dans le milieu social civilisé. Les auteurs de droit interne ne sont pas encore arrivés à ces réalités profondes parce que, dans le droit interne des peuples civilisés, elles sont masquées par l'élaboration beaucoup plus poussée de ce droit. Mais le phénomène est fondamental et il se trouve partout au sein de la formation du droit positif; le droit international le fait cependant mieux apparaître.

Dans ces conditions, l'Etat, comme promoteur de droit positif et créateur de sources, est, il est vrai, une puissance de fait, comme chaque individu humain l'est aussi; mais, du point de vue juridique, il ne saurait être délié de l'obligation de se soumettre aux règles du droit positif international et interne. L'Etat et le droit positif sont deux réalités sociales différentes. Juridiquement, l'Etat doit être lié par le droit. Sa souveraineté est bien un droit subjectif que le droit objectif lui confère; mais ce droit subjectif, qui consiste à consacrer, à appliquer et, éventuellement, à créer du droit positif par l'action continue des organes étatiques, ne saurait être illimité: il est soumis aux règles que le phénomène social de la positivité impose.

1. Brierly, Verdross, Le Fur, etc. *Contra*, avec des nuances: Anzilotti, Salvioli, Strupp. Comp. G. del Vecchio, *Essais sur les principes généraux du droit*, *Justice, Droit, Etat*, 1938.

2. *Magna Charta de 1225; Très ancienne coutume de Bretagne; Grand Coutumier de France; Déclaration de Henri IV sur la piraterie*: Kisters, *op. cit.*, p. 59, 62-63, etc.

CHAPITRE VII

CONSIDÉRATIONS SUR LA STRUCTURE LOGIQUE DE L'ORDRE POSITIF EN DROIT INTERNATIONAL

TOUT ordre juridique positif est régi par un très grand nombre de règles de droit, parmi lesquelles la science s'efforce de dégager surtout celles qui les dominent logiquement. Quelques-unes de ces règles sont relativement faciles à constater : on les trouve dans les lois, dans les traités, dans les coutumes indiscutées, dans les jurisprudences définitivement fixées, dans l'accord admis de la doctrine qui les dégage de ces faits. Mais tout n'est pas dit avec cela. Il y a, en effet, des principes que les règles ainsi constatées supposent et qui leur confèrent la validité juridique. En droit interne, et spécialement en droit privé, un grand effort a déjà été fait depuis longtemps pour dégager ces principes, et cependant, même là, il est douteux que la science soit déjà arrivée à les saisir tous nettement et à les systématiser rigoureusement¹. En droit international, cet effort n'a pas encore abouti à des résultats satisfaisants.

Nous voudrions attirer ici l'attention sur l'importance exceptionnelle de cet effort. En effet, les règles de droit international que les auteurs étudient en prenant pour base les réalités apparentes ne sont pas toujours les plus importantes : elles sont de simples abstractions, souvent fondées sur d'autres règles sous-entendues, et elles peuvent être dépassées par les faits, qui marchent plus vite que les doctrines.

Nous avons montré que le phénomène social de la positivité du droit a pour contenu des pensées, ce qui est

1. G. del Vecchio, *Justice, Droit, Etat*, 1938, Essai sur les principes généraux du droit, spécialement p. 143.

d'ailleurs évident à la réflexion. Mais les pensées s'impliquent et se déduisent les unes des autres. Les pensées juridiques positives consistent en normes générales qui se rangent ainsi logiquement en système en s'ordonnant entre elles : quelques-unes dominant, d'autres sont subordonnées ou coordonnées. Le point de départ logique de la formation des normes générales réside toujours dans des expériences juridiques concrètes. L'ordre logique ascendant des normes générales se constitue non seulement d'après leur généralité, mais, en premier lieu, d'après leur valeur de justice, en tenant compte des besoins réels de la société respective. Les valeurs générales ainsi reliées en un ordre sont des valeurs logiques et, dès lors, comme telles, elles ne sont pas toujours actualisées dans nos consciences réelles individuelles; elles peuvent, au contraire, être logiquement sous-entendues et avoir ainsi une existence latente, qu'il est toujours très important mais parfois fort difficile de dégager.

Des règles inobservées s'introduisent, d'un autre côté, dans le droit positif par les nouvelles expériences sociales et juridiques, qui font toujours évoluer les idées juridiques positives et qui transforment alors d'une manière parfois inattendue le système des règles antérieurement connues. Car le droit positif est celui qui correspond à l'ordre juridique réel, c'est celui réellement pratique, et non un autre : les abstractions admises peuvent ainsi ne plus correspondre aux réalités de la vie, et, dans ce cas, il est indispensable de les vérifier et de les mettre au point. Les pulsations de la vie peuvent briser les textes juridiques. « *Ein Jurist der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding* », disait Luther.

La science juridique a donc pour tâche de dépasser les premières apparences constatées, de contrôler continuellement les vérités admises et de chercher les vrais principes qui régissent la vie juridique réelle. Elle doit toujours être attentive à ne pas confondre des désirs justifiés avec la réalité; elle doit ainsi s'attacher avant tout à découvrir le sens profond du *jus constitutum*. à chaque moment de son évolution.

Si on ne reconnaît d'habitude comme règle de droit

international que celles posées par les coutumes et les traités, cette manière de voir dérive de la conception courante qu'on se fait des sources. On considère les sources comme des commencements absolus qui n'ont aucun besoin de justification. Mais il est impossible de concevoir la loi comme un pouvoir absolu : cette façon de voir est une réminiscence du droit divin des monarques dont s'investirait le législateur démocratique ¹; la loi elle-même doit avoir une justification sociale et, par conséquent, juridique. La coutume, également, ne saurait avoir sa justification en elle-même. Nous sommes loin, aujourd'hui, de la conception classique du droit positif, qui faisait des règles imposées par les sources et surtout par la loi des ordres absolus. L'absolu se réduit d'ailleurs toujours à l'absurde dans la vie sociale, et, dans la pratique juridique, à l'injuste et à l'arbitraire ². Les règles expressément posées par ce qu'on appelle les sources n'ont, en réalité, une validité juridique qu'en vertu des normes imposées par le phénomène social de la positivité, ainsi que nous l'avons déjà expliqué.

Il est même intéressant de constater que la structure logique de l'ordonnement de tout droit positif contient un grand nombre de « couches » plus ou moins distinctes de règles superposées, dont la plupart sont impliquées dans la connaissance de chaque cas particulier : les règles des couches inférieures sont ainsi subordonnées à celles qui les dominent et puisent en elles leur justification. Toutes ces sortes de règles ne sont pas, à proprement parler, des normes juridiques, mais celles des couches les plus hautes sont les conditions logiques, universelles et nécessaires, de la formation des normes juridiques proprement dites, qui, elles, sont variables avec les temps et les lieux, étant, en dernière analyse, le produit indirect de l'expérience juridique ³.

C'est ainsi que les normes juridiques révélées par les cou-

1. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I; Maxime Leroy, *La loi*, 1908, p. 209.

2. Aug. Comte, *Système de politique positive*, IV, Appendice, 3^e partie, p. 102.

3. Comp. M. Djuvara, *Considerazioni sul metodo induttivo nella scienza giuridica*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1931.

tumes, par les traités et aussi par les lois de droit interne, commandent des normes juridiques individuelles, qui montrent la conduite à tenir dans chaque cas particulier. Des normes individuelles se trouvent donc, avec les constatations des activités sociales respectives, à l'étage le plus bas de l'édifice logique de connaissances de tout droit positif, et c'est au-dessus de ces normes que sont logiquement placées les normes générales instituées par des coutumes, par des traités ou par des lois : entre ces deux couches, on peut d'ailleurs encore signaler, surtout en droit interne, des normes résultant d'actes particuliers et de conventions licites. Au-dessus des normes instituées par les coutumes, les traités et les lois, se trouvent celles constituées par certains principes juridiques qui les dominent, comme nous l'avons déjà dit. On peut noter parmi ces dernières normes celles exprimées par ce qu'on nomme surtout et d'habitude des « principes » en droit interne, public ou privé, et aussi les normes commandées par quelques-uns des « principes généraux » établis en droit international; à ces principes sont intimement liés les droits et les devoirs fondamentaux des individus, des collectivités et des Etats. Il faut cependant remarquer que tous ces « principes », de même que les normes établies par les coutumes, les traités et les lois, ne représentent, en réalité, que de simples points de repère abstraits, qui supposent nécessairement dans leur application le recours à un complexe de connaissances sous-entendues : elles n'ont, en effet, aucune signification pour elles-mêmes sans l'atmosphère de connaissances, qui leur donne du dehors la vie et le sens qu'elles ont réellement¹. D'ailleurs, même comme simples points de repère, elles ne sauraient constituer du droit véritable et ne seraient que les commandements d'une force purement arbitraire, si elles ne correspondent pas en leur ensemble à ce qu'on appelle d'habitude le sentiment de justice du groupe social respec-

1. Hauriou disait que « les règles proprement dites du droit positif ne sont que des « limites », de simples « contours des choses ». Elles « n'ont pas assez de vie », « elles sont inférieures aux idées directrices », qui ont assez de vie pour s'incorporer ». (La théorie de l'institution et de la fondation, *Cahiers de la nouvelle journée*, 1923).

tif. Elles se relient ainsi, par des degrés successifs généralement inaperçus, à des impératifs juridiques devenus socialement positifs et constituant, le plus souvent inconsciemment, une nouvelle couche supérieure de normes générales juridiques. L'idée elle-même de la force obligatoire de l'ensemble du droit positif trouve son fondement dans ces impératifs cristallisés sous forme de positivité sociale. Ces impératifs juridiques sont cependant, à leur tour, subordonnés à des principes moraux, positivés de la même manière, et ils ne sont, avec ceux-ci, en dernière analyse, que le produit généralisé et devenu social de certains jugements rationnels particuliers concernant la justice et la moralité des activités les plus importantes ou les plus fréquentes de la société respectivo. Il y a donc une couche de normes rationnelles, d'abord juridiques et puis morales, qui dominent logiquement et justifient éthiquement les impératifs socialement positivés eux-mêmes; ces normes rationnelles sont variables d'après les circonstances de chaque société, d'après ses besoins et la mentalité qui y domine; ce sont elles qui expliquent la variabilité du droit positif et de la morale positive selon les lieux et les temps.

Nous sommes ainsi arrivés à l'étage le plus haut de normes juridiques et morales se trouvant dans la structure de tout droit positif. Mais les normes juridiques rationnelles ne sauraient se constituer sans l'idée logique de la justice, que toutes supposent comme leur condition permanente et identique d'existence, et qui est nécessairement impliquée dans toute connaissance juridique en général. L'idée de justice comprend, d'un côté, la directive méthodique de toute la déontologie juridique et, d'un autre, certaines catégories sans lesquelles il est impossible de la penser (ainsi, une pluralité de sujets de droit, leurs droits et leurs obligations, les objets de ces droits et obligations, consistent en activités sociales). Les normes rationnelles morales, qui fondent les principes moraux positifs et auxquelles les normes rationnelles juridiques sont nécessairement liées, supposent de même l'idée logique de la moralité, avec les mêmes catégories. L'idée de justice et celle de moralité constituent enfin,

en leur ensemble, la logique de l'action réfléchie, et c'est ainsi qu'elles font entrer en jeu, à un dernier étage qui domine de très haut toute la construction du droit positif, les principes généraux de toute connaissance rationnelle, c'est-à-dire les lois de la logique.

On peut donc distinguer approximativement, à l'intérieur même de la structure de tout droit positif ¹, une série d'éléments variables, constitués en couches logiquement superposées, et encore, au-dessus d'eux, une série d'autres éléments, permanents et purement formels, qui constituent les conditions logiques de l'existence des normes juridiques. Les couches d'éléments variables ainsi discernables sont : 1° des connaissances de réalités sociales individualisées, constituant les cas particuliers; 2° des normes juridiques individuelles, régissant chacun de ces cas; 3° des normes juridiques générales posées par des coutumes, des traités ou des lois; 4° des principes généraux du droit positif ainsi posé; 5° des principes juridiques généraux socialement positivés; 6° des principes moraux généraux socialement positivés; 7° des jugements généraux de justice purement rationnelle, obtenus par la généralisation de jugements individuels de justice rationnelle; 8° des jugements généraux de moralité purement rationnelle, obtenus par la généralisation de jugements individuels de moralité rationnelle. Les couches des conditions formelles et permanentes qui continuent cet ordre ascendant sont : 9° l'idée de justice, avec les catégories de connaissance qu'elle comporte, 10° l'idée de moralité, avec les mêmes catégories, et 11° les principes logiques de la connaissance rationnelle en général.

Les principes réellement dominants de chaque ordre juridique positif sont surtout à chercher parmi les normes juridiques variables et matérielles, appartenant aux couches logiquement les plus hautes : on les trouvera notamment parmi les normes, le plus souvent sous-entendues, qui domi-

1. Nous disons « approximativement », car cette structure est en réalité très complexe, de même aussi que les méthodes logiques par lesquelles se forment les éléments de chacune de ces couches successives : ce n'est pas ici l'occasion d'y insister.

nent et justifient, en réalité, les principes reconnus des règles posées par les coutumes, les traités ou les lois et ces règles elles-mêmes, directement posées par les sources. Cette zone, si intéressante pour la connaissance scientifique de chaque droit positif, est un domaine relativement peu exploité par les juristes. Elle contient des principes qu'on dégage avec un certain effort, car, en devenant positifs par leur socialisation, ils ont généralement perdu la qualité d'être conscients et d'être ainsi directement perçus par nos connaissances individuelles.

Il y a ainsi, dans tout droit positif, au-dessus des règles clairement posées et facilement repérables, d'autres règles latentes qui les fondent et les justifient. Celles-ci sont donc la vraie clef de voûte du droit international, et notre science ne commencera à procéder à sa vraie « reconstruction » scientifique qu'au moment où elle essaiera de les découvrir méthodiquement.

La première de ces règles est celle qui justifie l'obligativité du droit positif. Mais, à l'intérieur même de ce droit obligatoire, il y a des paliers successifs qu'il faut déterminer avec précision. L'École de Kelsen, avec Merkl et Verdross, a procédé à un important essai dans cette direction en faisant voir certains étages se superposant dans la structure intime de l'ordre juridique positif jusqu'à une norme fondamentale, qui constituerait le sommet de cette « pyramide ». Mais cette construction est purement formelle. Du point de vue matériel, il y a des normes réelles dominantes, qui ne sont pas toujours faciles à trouver. Les normes généralement admises en droit international sont souvent restées archaïques et on ne s'est pas toujours donné la peine de les vérifier rigoureusement. On les considère comme des absolus, sans remarquer que parfois la vie les a depuis longtemps dépassées. C'est qu'en droit international il n'y a pas de législateur reconnu qui puisse préciser les règles positives, ni de juridiction générale ou de pouvoir exécutif qui puisse consacrer et préciser les règles coutumières. L'institution de la Cour permanente de Justice internationale n'est qu'un faible commencement dans cette direction; sa juridiction n'est pas

encore obligatoirement généralisée et elle ne saurait produire ses pleins effets sans un pouvoir législatif et surtout un pouvoir exécutif international. Le droit international est bien un droit paritaire des Etats, un droit de coordination¹ qui exclut un Super-Etat, en posant l'égalité et l'indépendance de ses Membres, mais cette affirmation ne saurait être fondée qu'en se basant sur un droit de subordination aux règles latentes du droit positif. C'est ainsi que ce qu'on appelle la souveraineté des Etats n'est qu'une idée dérivée.

Le principe national, par exemple, quoique relativement nouveau dans l'Histoire, est un principe qui influence profondément la conception que nous nous faisons des règles du droit international. L'occupation de l'Autriche par l'Allemagne, que nous n'avons pas à juger ici au fond, s'est accomplie sous nos yeux en invoquant ce principe pour briser les règles positives antérieures : c'est très probablement une des causes pour lesquelles cette occupation n'a pas provoqué d'autres interventions. L'idée déjà ancienne d'équilibre, fondée sur celle de sécurité réciproque, influence aujourd'hui encore les jugements juridiques dans la vie internationale. L'idée de réciprocité joue un rôle beaucoup plus grand qu'il ne semble. La puissance morale de la religion a été de même, au Moyen Age, un des moteurs de la vie internationale : il n'est pas impossible qu'elle le soit encore dans certains cas.

Les auteurs de droit international invoquent aussi, en dehors de ces forces latentes, qui sont en réalité des forces juridiques, certains principes généraux et constants qu'ils essaient de préciser et d'énumérer et que la pratique juridique elle-même reconnaît implicitement. (Comp. art. 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.) Les droits fondamentaux des Etats sont de ce nombre. Il y a ainsi sans doute, malgré l'opinion contraire d'éminents auteurs, des principes de droit international constitutionnel, de droit international administratif, de droit international pénal, et de droit international privé dans les relations entre Etats ou entre Etats et particuliers étrangers, comme il y a encore

1. Jellinek, Wenzel, Erich Kaufmann, de Louter, Fauchille, etc. Comp. l'économie du Pacte de la Société des Nations.

des principes de droit international privé entre particuliers sujets de différents Etats. Mais les énumérations essayées sont aléatoires, elles manquent de précision et on n'est jamais bien sûr qu'elles sont complètes. On sent à chaque moment qu'il y a des principes qui les dépassent.

L'arrêt n° 7 de la Cour permanente de Justice internationale (Haute-Silésie) interprète, par exemple, les textes juridiques par des « principes inspirés des considérations de sécurité du droit ». Quelques-unes des idées, qui ont été proclamées à l'occasion de la Résolution historique prise par le Conseil de la Société des Nations à la suite de ses séances du 16 et 17 avril 1933 (violation du Traité de Versailles par l'Allemagne), sont suggestives à ce même égard. En condamnant, en principe, toute répudiation unilatérale d'engagements internationaux, le Conseil a chargé, en effet, un comité d'étudier des mesures efficaces pour sauvegarder la sécurité collective à l'avenir. Le représentant de la France, M. Laval, a déclaré à cette occasion que, « s'il est utile, pour satisfaire aux exigences de la morale internationale (le respect de la foi jurée et des engagements pris) de juger le passé, il est indispensable de ne pas interrompre le travail lent, difficile et si souvent ingrat de l'organisation de la paix ». M. de Mata a fait observer, de son côté, que les sanctions « pourront être souvent non seulement inopérantes contre le violateur, mais dangereuses, sinon punitives, pour ceux qui les appliqueraient ». M. Muncha craint « des difficultés qui puissent compromettre la réussite des négociations futures », et il a ajouté : « Il est vrai que les Allemands reconnaissent eux-mêmes que leur action n'est pas conforme aux traités, ils soutiennent seulement que d'autres faits justifient leur action. »

Il est facile de voir, d'après ces exemples, que la vie juridique réelle internationale fait continuellement appel dans les cas les plus graves à d'autres principes, non encore précisés ni même toujours complètement dégagés, qui ne se trouvent généralement pas dans les écrits des internationalistes, et que ceux-ci semblent, au contraire, souvent répudier sous le nom de « politique ».

Tous les principes qui dominent l'ordre réel juridique de la vie internationale, sont, il est facile de le voir, inspirées de l'idée de justice en tant qu'elle tient réellement compte des besoins et des aspirations de la vie. Le droit international effectivement pratiqué ne saurait faire abstraction des situations réelles et il fait aussi voir, mieux que le droit interne, que toute justice est à base de réciprocité généralisée. Il est ainsi tout près, dans ses tréfonds, des principes rationnels de justice que le phénomène social international de la positivité suggère.

Ces principes constituent même parfois de vraies règles d'ordre public international, à base de morale, de justice et de sécurité générale, règles auxquelles il est impossible de déroger même par des manifestations expresses de volonté. Les actes et les conventions qui sont contraires à cet ordre public spécial n'ont pas de validité juridique. Il est évident, par exemple, en se basant sur la justice, qu'on ne saurait demander à un Etat de se suicider parce qu'il aurait donné une parole à un moment donné : ceci ne signifie cependant en aucune manière que la nécessité ne connaît pas de loi. De même un Etat, pour réparer une situation qui lui porte injustement préjudice, ne doit pas procéder à un de ces actes inconsidérés, quoique peut-être en soi légitimes, qui provoqueraient des complications dangereuses. Certains traités de paix, même imposés par la violence, sont juridiquement valides en vertu d'un principe d'ordre public international qui a pour but d'éviter des guerres nouvelles peut-être même généralisées. Des situations de fait illégalement acquises sont parfois reconnues en droit international afin d'éviter un plus grand mal ou un trouble grave et dangereux de tout l'ordre international. L'ordre juridique positif en droit international se constitue donc parfois par suite de certains faits accomplis, qui s'intègrent dans la positivité juridique au nom de principes supérieurs. Ce phénomène se produit, d'ailleurs, de la même manière également en droit interne, surtout en droit public interne.

L'institution internationale de la reconnaissance des Etats est intéressante à cet égard. Un Etat n'existe-t-il, pour le

droit international, qu'à partir de sa reconnaissance par les autres Etats ?

Il est incontestable que l'acte de cette reconnaissance produit certains effets juridiques, mais tout Etat existe juridiquement par l'effet d'un principe d'ordre public, même avant sa reconnaissance. Il lui faut néanmoins remplir à cet effet certaines conditions. Il faut que cet Etat représente une organisation réelle de puissance publique, expression des aspirations légitimes du groupe social respectif et des individus qui le composent, car une simple organisation de pillage et de brigandage ne saurait être juridiquement un Etat. Tout Etat a, dans ces conditions, un droit d'ordre public à l'existence¹. Mais une organisation étatique peut aussi être dans certains cas illégitime, si elle ne représente par elle-même qu'une activité injuste ou immorale. Un Etat peut ne pas être encore mûr pour l'indépendance complète. Rien n'empêcherait, d'un autre côté, que la reconnaissance une fois accordée puisse être retirée dans des circonstances vraiment graves. Dans ces cas, des mesures moins radicales, comme une intervention étrangère, ne sont pas impossibles en principe non plus; mais le droit doit les organiser avec toutes les garanties nécessaires pour qu'elles ne dégénèrent pas en injustice et en conquête, et l'Histoire prouve qu'on n'arrive pas facilement à ce résultat. Il n'y a donc pas à appliquer à tous les Etats, aux Etats les plus barbares comme aux Etats civilisés, les mêmes règles du droit exactement : celles-ci doivent s'assouplir et se conformer aux faits et aux mentalités des populations respectives. Nous avons déjà montré que l'universalité des règles juridiques est de ce point de vue un simple mirage : elle peut même aller dans certains cas, à l'encontre de l'ordre public international.

Dans ce même ordre d'idées, il est à remarquer, comme l'a déjà fait Wolff, que l'Etat est un autre genre de personne que l'individu. Il représente un fait social de positivité qui doit correspondre aux besoins et aux aspirations sociales des individus qui le composent. Il ne faut donc pas oublier que,

1. Kraus, La morale internationale, *Recueil des Cours*, 1927-I, p. 324.

derrière chaque Etat, il y a une masse plus ou moins grande d'individus dont il serait injuste de méconnaître les besoins légitimes. La théorie des droits et des obligations des Etats ne saurait faire abstraction de cette réalité, et elle est ainsi susceptible d'une mise au point afin de l'adapter au cours réel de la vie internationale.

Les faits influencent donc profondément le droit international et ils sont en état de provoquer l'apparition de règles latentes qu'il est très important d'étudier, qu'elles soient d'ordre public ou non. Mais il est évident que les faits ne sauraient agir sur le droit que dans les cadres des notions positives sur la justice. C'est ainsi que l'idéal, pour le droit international, serait aussi l'institution d'un organisme collectif destiné à remplir les fonctions législatives, juridictionnelles et exécutives. Mais le droit positif international est encore très loin de ce degré de perfectionnement. Il est même possible de penser que le droit international n'admette pas, par définition, des organisations super-étatiques. On peut se demander, il est vrai, si, faute d'organisation internationale, la civilisation européenne n'est pas destinée à une ruine : il est légitime d'exiger une évolution du droit qui la mette à l'abri de toute catastrophe. Mais le droit positif actuel, tel qu'il existe réellement comme fait social, n'a pas encore réalisé les conditions nécessaires à cet achèvement, qui s'est, en général, accompli dans le droit interne des peuples civilisés.

On peut, enfin, se demander quel est le principe directeur de la vie internationale ainsi définie. Les principes premiers du droit international ne peuvent, sans doute, être complètement étrangers à ceux du droit interne. Il y a même certaines ressemblances fondamentales entre le droit international et le droit interne qui méritent d'être mises en lumière. C'est ainsi que le droit se constitue de la même manière dans ces deux domaines. D'un autre côté, le défaut de certaines sanctions, dont on fait si souvent un caractère spécifique du droit international, domine aussi le droit interne, car l'Etat ne saurait se soumettre à des sanctions juridiques qu'il met lui-même en mouvement; le défaut de sanc-

tions constitue d'ailleurs en fait, même en droit privé interne, le phénomène le plus fréquent et il peut aussi être souvent découvert dans les textes mêmes de ce droit.

Les mêmes principes de justice s'appliquent en droit international et en droit interne, mais ils s'appliquent à des matières de nature très différente. Le droit international doit donc posséder un principe directeur propre, qu'il est important de rechercher.

Le droit public interne a réussi dans les derniers temps à se constituer scientifiquement; à cet effet, il a accompli un effort pour se dégager de l'emprise civiliste et il est arrivé à poser ses propres directives en relation avec l'idée de permanence du service public. Les réalités de la vie publique sont, en effet, d'une autre nature que celles de la vie privée. Il faut reconnaître que la différence entre la vie internationale et la vie privée est encore plus forte que celle entre la vie publique et la vie privée. Et cependant le droit international est encore régi, à ce qu'il semble, par les catégories de pur droit privé qui ont inspiré ses fondateurs¹. Les auteurs du droit de la nature ont pris pour modèle le droit romain privé, considéré comme *ratio scripta*, et cette tendance ne manque pas d'influencer encore avec force les doctrines contemporaines; celles-ci font constamment recours, dans leurs raisonnements, aux catégories du droit civil². On peut, dès lors, supposer que la vraie élaboration scientifique du droit international ne commencera qu'au moment où il s'engagera dans une voie autonome en cherchant à systématiser toutes ses matières autour des quelques vrais principes juridiques, qui le dominent en réalité.

Un de ces principes pourrait être la sauvegarde de la paix internationale, que la politique des Etats civilisés doit chercher à préserver par tous les moyens possibles. Il faut d'abord maintenir la paix. La paix entre les Etats et la sécurité de leurs relations pourraient aussi être la fonction primaire du droit international. Cette idée pourrait expliquer beaucoup des déviations apparentes de la vie juridique internationale.

1. Comp. Triepel, *Rapports entre le droit interne et le droit international*, *Recueil des Cours*, 1923-I, p. 100.

2. Lauterpacht, *Private sources and analogies of international law*, 1927.

Mais l'application de ce principe lui-même a assurément des limites dans cet autre principe qui a ses racines dans des valeurs éthiques et selon lequel il faut respecter l'existence et le développement de la vie morale de tous les groupes existants. Car, selon les belles paroles de Politis, s' « il faut d'abord maintenir la paix », c'est qu' « en dehors d'elle, il est vain d'espérer la justice »¹.

On arrive ainsi à reconnaître, en réalité, par cette voie également, que l'idée objective de la justice, telle qu'elle s'est rationnellement cristallisée dans le fait social de la positivité, doit dominer le droit international.

Sans justice objective, en effet, la vie ne mérite plus d'être vécue et aucun progrès réel ne saurait être réalisé pour personne : les hommes qui ont entre leurs mains les destinées des peuples ne doivent pas l'oublier.

1. *Actes de l'Assemblée de la S. D. N., 1927, Procès-verbaux des séances plénières*, p. 39.

BIBLIOGRAPHIE

Le nombre des écrits se rapportant à notre sujet, ayant ou n'ayant pas directement pour objet le droit international, est immense.

Nous ne citerons ci-après que les principaux auteurs utilisés dont les exposés se relient de plus près, dans un sens ou dans un autre, aux idées que nous avons nous-même développées.

Nous trouvons inutile de faire l'énumération des traités et des études générales connues sur le droit international, celle des écrits les plus importants qui portent sur l'historique de notre sujet, ainsi que celle des travaux de philosophie, de philosophie du droit et de sociologie.

AAL. — *Macht und Pflicht*, 1902.

ACCOLAS (E.). — *L'idée du droit*, 1871.

ADICKES. — *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872.

AFFOLTER. — *Naturgesetze und Rechtsgesetze*, 1904.

AGUILERA (M.). — *L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours*, 1892.

AILLET. — *Droit et sociologie*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1923.

ARZIN (B.). — *Les problèmes fondamentaux du droit international public*, 1929.

ALVAREZ (Alejandro). — *La reconstruction du droit international et sa codification en Amérique*, 1928.

— *Le droit international de l'avenir*, 1916.

— *Le droit international américain*, 1910.

ANZILOTTI (D.). — *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, I, 1902.

— *Cours de droit international*, I (trad. franç. Gidel), 1929.

AUSTIN. — *La philosophie du droit positif* (trad. franç.), 1894.

BARR (O.). — *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 1853.

BALLADORE PALLIERI (G.). — *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, *Rivista di diritto internazionale*, 1928.

BASCH (V.). — *Les doctrines politiques des philosophies classiques de l'Allemagne*, 1927.

BATTAGLINI. — *Sul valore imperativo delle norme giuridiche*, 1911.

BEKKER. — *Grundbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, 1910.

BENDIX. — *Das Problem der Rechtssicherheit*, 1914.

BERGBOHM. — *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

— *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechtes*, 1877.

BERTHÉLEMY. — *Le fondement de l'autorité politique*, *Revue de droit public*, 1916.

BIERLING. — *Juristische Prinzipienlehre*, 1894, I.

— *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877-1887.

BINDER (J.). — *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1935.

— *Philosophie des Rechts*, 1925, 2^e éd., 1937.

BINDING (K.). — *Zum Werden und Leben der Staaten*, 1920.

BONNARD (R.). — *Droit naturel et droit positif*, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1929.

— *L'origine de l'ordonnement juridique*, *Mélanges Hauriou*, 1929.

- BOUGLÉ (C.). — *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*, 1922.
 — *Le Solidarisme*, 1907.
- BOUTROUX (E.). — *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaine*, 1901.
 — La conscience individuelle et la loi, *Revue de métaphysique et de morale*, n° 1, 1906.
- BOZI. — *Die natürlichen Grundlagen des Staatsrechtes*, 1901.
- BRIE. — *Theorie der Staatenverbindungen*, 1886.
 — *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1899.
- BRODMANN. — *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur*, 1897.
- BROWN-SCOTT (J.). — Réflexions sur l'universalité du droit des gens, *Annuaire de l'Institut du Droit international*, 1927.
- BRUGEILLES. — *Le droit et la sociologie*, 1910.
- BURCKARDT. — *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927.
 — *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts*, 1923.
- CARLI (F.). — *L'équilibre des nations*, 1923.
- CASSIRER. — *Natur und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie*, 1919.
- CATELLANI. — *I caratteri specifici della società internazionale e del diritto internazionale*, *Rivista di diritto internazionale*, 1915.
- CATHREIN. — *Die Grundlage des Völkerrechts*, 1918.
- CAVAGLIERI. — *La consuetudine giuridica internazionale*, 1907.
- CAVARÉ (L.). — L'idée de sanction et sa mise en œuvre du droit international public, *Revue générale de droit international public*, 1937.
- CHARMONT. — *La renaissance du droit naturel*, 1910.
- CHKLAVER (G.). — *Le droit international dans ses rapports avec la philosophie du droit*, 1929.
- CORBU (A.). — *Essai sur la notion de règle de droit en droit international*, 1935.
- CROCE (B.). — *Filosofia della pratica*, 3^e éd. (trad. franç.), 1923.
 — *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia del economia*, 1907.
- CUCHE (P.). — *En lisant les juristes philosophes*, 1919.
- DABIN (Jean). — *La philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929.
 — Règle morale et règle juridique. Essai de comparaison systématique, *Annales de droit et de science politiques*, 1936.
- DARMSTADTER. — *Recht und Rechtsordnung*, 1925.
- DAVY (G.). — *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, 1922.
 — *Sociologie politique*, 1923.
- DELOS (J. T.). — *La société internationale et les principes du droit public*, 1929.
- DESLANDRES. — *Etude sur le fondement de la loi*, 1908.
- DIENA (G.). — *Considerazioni critiche sul alcune teorie del diritto internazionale*. I : *Le fonti*, 1908.
- DJUVARA (Mircea). — *Voir Publications principales*.
- DUGAST. — *Les lois sociales devant le droit naturel*, 1900.
- DUGUIT (Léon). — *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, I.
- DU PASQUIER (Claude). — *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 1937.
- DUPRAT. — *La solidarité sociale*, 1909.
- DURKHEIM (E.). — *De la division du travail social*, 1893.
 — *Les règles de la méthode sociologique*, 1895.
 — *Société et philosophie*, 1924.
 — Jugements de valeur et jugements de réalité, *Revue de métaphysique et de morale*, 1911.
- DUTHOIT. — *Aux confins de la morale et du droit public*, 1919.
- EHRlich. — *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

- EMGE (E. A.). — *Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, 1916.
- *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1925.
- FEHR. — *Recht und Wirklichkeit*, 1927.
- FEICHENFELD (E.). — *Völkerrechtspolitik als Wissenschaft*, 1922.
- FLEISCHMANN. — *Völkerrechtsquellen*, 1905.
- FÖRSTER (Fr. W.). — *Politische Ethik und Politische Pädagogik*, 1913.
- FRANGULIS. — *Théorie et pratique des traités internationaux*, Académie diplomatique internationale, 1934.
- GENTILE (G.). — *Teoria generale dello spirito come atto puro* (trad. franç., *L'esprit, acte pur*), 1916.
- *I fondamenti della filosofia del diritto*, 1916.
- GÉNY (Fr.). — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1919.
- *Science et technique en droit privé positif*, 1914-1924.
- GIANNI. — *La coutume en droit international*, 1931.
- GIERKE (O. von). — *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1903.
- *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, 1874, 2^e éd., 1915.
- GOMPERZ (H.). — *Die Idee der überstaatlichen Rechtsordnung, nach ihren philosophischen Voraussetzungen kritisch untersucht*, 1920.
- GOUET (Yvon). — *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, 1932.
- GRIESS. — *Jus naturæ et gentium, Zeitschrift für Internat. Recht*, 1925.
- *Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart in Deutschland*, 1926.
- GURVITCH (G.). — *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1936.
- *Morale théorique et science des mœurs*, 1937.
- *L'idée du droit social*, 1932.
- *Le temps présent et l'idée du droit social*, 1932.
- HÄEMMERLE (Jean). — *La coutume en droit des gens d'après la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, 1936.
- HAIJER (O.). — *La sécurité internationale et ses modes de réalisation*, 1930.
- HATSCHEK (J.). — *Völkerrecht als System rechtlich bdeutsamer Staatsakte*, 1923.
- HAURIU (Maurice). — *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929.
- *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes, Revue de métaphysique et de morale*, 1928.
- *La théorie de l'institution et de la fondation, Cahiers de la nouvelle journée*, 1925.
- *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre, la liberté*, 1933.
- *L'ordre social, la justice et le droit, Revue trimestrielle de droit civil*, 1918.
- *De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumier, Cahiers de la Nouvelle journée*, 1928.
- HEILBORN. — *Grundbegriffe des Völkerrechts, Handbuch des Völkerrechts* (Stier-Somlo), 1912.
- HENNEBICQ (L.). — *Philosophie du droit et droit naturel*, 1898.
- HERTLING (V.). — *Recht, Staat und Gesellschaft*, 4^e éd., 1917.
- HOFFMANN. — *Ueber das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, 1929.
- HÖLSCHER. — *Sittliche Rechtslehre*, 2 vol., 1928.
- HUBER. — *Beiträge zur Kenntniss der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1910.
- *Recht und Rechtswirklichkeit*, 1921.
- HUBERT (R.). — *Eléments de sociologie*, 1925.

- HUSSERL (G.). — *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925.
 — *Recht und Welt*, 1929.
- IORGA (N.). — *Essai de synthèse de l'histoire de l'humanité*, 4 vol., 1926-1928.
- JELLINEK. — *Allgemeine Staatslehre*, 1914.
 — *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880.
 — *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882.
- JERUSALEM (FRANZ). — *Soziologie des Rechts*, 1925.
- JÈZE (G.). — *Les principes du droit administratif*, 3^e éd., 1925, I.
- JHERING (R. VON). — *Der Zweck im Recht*, 1877 (trad. franç., *Evolution du droit*).
 — *Der Kampf um's Recht*, 1872.
 — *Geist des römischen Rechts*, 1852 et suiv. (trad. franç.).
- JITTA (J.). — *La rénovation du droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain* (éd. franç.), 1919.
- JOUFFRE DE LAPRADELLE (A.). — *Les principes généraux du droit international*, 1930 (éd. Carnégie).
- JUNG. — *Das Problem des natürlichen Rechts*, 1912.
 — *Das positive Recht*, 1907.
- KALTENBORN. — *Kritik des Völkerrechts*, 1847.
- KANT (IMM.). — *Metaphysische Anfangsgründe des Rechtslehre* (éd. Vorländer), 1907.
 — *Opus postumum dargestellt und beurteilt*, Adickes (éd. Kantstudien), 1920.
 — *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (trad. franç., avec préface d'Emile Boutroux), 2^e éd., 1907.
- KANTOROVICZ. — *Zur Lehre vom richtigen Recht*, 1909.
- KAUFMANN (E.). — *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921.
 — *Das Wesen des Völkerrechts und die « clausula rebus sic stantibus »*, 1911.
- KAUFMANN (F.). — *Die Kriterien des Rechts, eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre*, 1924.
- KAUFMANN (W.). — *Die Rechtskraft des internationalen Rechts*, 1899.
- KELSEN (HANS). — *Allgemeine Staatslehre*, 1925.
 — *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934.
 — *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911.
 — *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Staat und Recht), 1920.
 — *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und des Rechtspositivismus*, 1928.
 — *Das Problem der Souveränität und die Théorie des Völkerrechts*, 1920.
- KIRCHMANN. — *Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 1873.
- KOHLER. — *Not kennt kein Gebot*, 1915.
 — *Das neue Völkerrecht, Zeitschrift für Völkerrecht*, 1915.
- KOSTERS. — *Les fondements du droit des gens*, Biblioteca Visseriana, 1925.
- KRABBE (H.). — *Kritische Darstellung der Staatslehre*, 1930.
 — *Die Lehre der Rechtsouveränität*, 1906.
- LAGORGETTE. — *Le fondement du droit et de la morale*, 1907.
- LALANDE. — *Leçons sur la philosophie des sciences*, 12^e éd., 1936.
- LAMBERT. — *Etudes du droit commun législatif*, I, 1903.
- LARENZ (K.). — *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929.
- LASSON. — *Prinzip und Zukunft des Völkerrechts*, 1871.
- LAUTERPACHT. — *Function of law in the international community*, 1933.
 — *Private law sources and analogies of international law*, 1927.
- LEBRUN (AUG.). — *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, 1932.

- LE FUR (L.). — *Précis du droit international public*, 3^e éd., 1937.
 — *Règles générales du droit de la paix*, 1936.
 — *Les grands problèmes du droit*, 1937.
- LEFEBVRE (M.). — *La coutume comme source formelle du droit*, 1905-1906.
- LEHMANN (Gerhard). — *Das Kollektivbewusstsein*, 1928.
- LEROY (Maxime). — *La Loi*, 1908.
- LÉVI (Al.). — *La société et l'ordre juridique* (trad. franç.), 1911.
- LÉVY (Em.). — *Les fondements du droit*, 1933.
- LÉVY-BRÜHL (L.). — *La morale et la science des mœurs*, 1907.
- LÉVY-ULLMANN (H.). — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques; la définition du droit*, 1917.
- LISZT. — *Vom Begriff der Gerechtigkeit*, 1907.
- LORIMER (J.). — *The Institutes of the law of nations, 1883-1884* (trad. franç. abrégée), 1885.
 — *Principles of natural law* (trad. franç.), 1890.
- LÖWENSTEIN. — *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff*, 1915.
- MALLIEUX. — *Doctrine de l'idéalisme scientifique*, 1934.
- MARCK. — *Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925.
- MAUSBACH. — *Naturrecht und Völkerrecht*, 1918.
- MERKL (A.). — *Skizzen zu einer Systematik der völkerrechtlichen Quellenlehre, Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1934.
 — *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923.
- MEZGER. — *Sein und Sollen im Recht*, 1920.
- MICELLI (V.). — *Il diritto quale fenomeno di credenza collettiva, Rivista Italiana di Sociologia*, 1905.
 — *La forza obbligatoria della consuetudine*, 1899.
- MILLOUCH (B.). — *Le fondement du droit international*, 1928.
- MIRKINE-GUETZEVITCH. — *Droit constitutionnel international*, 1933.
- NEF (Hans). — *Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant, St. Gallen*, 1937.
- NEGULESCO (P. Pierre). — *La genèse des formes de la culture* (en roumain), Bucarest, 1934.
- NELSON (L.). — *Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917.
- NIPPOLD (O.). — *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung zum Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht*, Bern, 1894.
- NOEL. — *De l'autorité des traités comparée à celle des lois*, 1921.
- NYS (E.). — *Les origines du droit international*, 1894.
- ORESTANO (Fr.). — *I valori umani*, 1907.
- ORTMANN. — *Rechtsordnung und Verkehrsitte*, 1914.
- PARODI. — *Le problème moral dans la pensée contemporaine*, 1921.
- PERASSI. — *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, 1917.
- PERIN (Ch.). — *L'ordre international*, 1888.
- PERREAU. — *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, 1911.
- PETRASCHKEK. — *System der Philosophie des Staats und des Völkerrechts*, 1938.
- PETRAZYCKI. — *Ueber die Motive des Handels und über das Wesen der Moral und des Rechts*, 1908.
- PETRONE (I.). — *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto, Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1897.
 — *Il diritto nel mondo dello spirito*, 1919.
- PILLET (A.). — *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats*, 1899.
- POLITIS (N.). — *Les nouvelles tendances du droit international*, 1927.
 — *La justice internationale*, 1924.

- POUND (Roscoe). — *Philosophical theory and international law*, Biblioteca Visseriana, I, 1923.
- PUCHTA. — *Das Gewohnheitsrecht*, 1828.
- RAÏCIU. — *Légalité et nécessité*, 1933.
- RANELETTI. — *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, 1913.
- RÉGLADE (Marc). — *La coutume en droit public moderne*, 1919.
- RENARD (G.). — *Le droit, l'ordre et la raison*, 1927.
— *Ibid.*, 1928.
- RENAULT (L.). — *Introduction à l'étude du droit international*, 1879.
- RICHARD (G.). — *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, 1914.
— *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, 1892.
- RICKERT. — *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7^e éd., 1926.
- RIPERT (G.). — *Droit naturel et positivisme juridique*, 1918.
- RIQUET (M.). — *Enquête sur les droits du droit*, 1927.
— *Sa Majesté la Loi. Le droit contre la loi*, 1925.
- ROMAGNOSI (G. D.). — *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* (opere, A. di Giorgio, III, 1842).
— *Assunto primo della scienza del diritto naturale* (opere, A. di Giorgio, III, 1842).
- ROSS (Alf.). — *Theorie der Rechtsquellen*, 1929.
- ROTHE. — *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, 1912.
- RÜMELIN. — *Die Richtssicherheit*, 1924.
— *Die Gerechtigkeit*, 1920.
— *Ecole historique et droit naturel*, 1902.
— *L'origine du droit et du devoir*, *Revue de philosophie*, 1909.
— *Fondement et développement du droit*, *Revue internationale de l'enseignement*, 1896.
- SALOMON. — *Das Recht als Idee und als Satzung*, 1929.
- SALVIOLI. — *Studi sui caratteri dell'ordinamento giuridico internazionale*, *Rivista di diritto internazionale*, 1921-1922.
- SANDER (F.). — *Staat und Recht*, 1921.
— *Das Wesen der Völkerrecht genannten gesellschaftlichen Gebilde*, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1926.
- SAUER (W.). — *Lehrbuch der Rechts und Sozialphilosophie*, 1929.
— *Rechts und Staatsphilosophie*, 1936.
- SAVIGNY. — *System des heutigen römischen Rechts*, I, 1840.
- SCELLE (G.). — *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, 2 vol., 1932-1934.
- SCHINDLER (D.). — *Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre*, 1928.
— *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932.
- SCHMITT (C.). — *Légalité et légitimité* (trad. franç.), 1936.
- SCHOEN (P.). — *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1913.
- SCHÖNFELD (W.). — *Die logische Struktur der Rechtsordnung*, 1927.
— *Ueber den Begriff der dialektischen Jurisprudenz*, 1929.
- SCHREIER. — *Grundbegriffe und Grundnormen des Rechts*, 1924.
- SCHUPPE. — *Das Gewohnheitsrecht*, 1890.
- SCOTT (J. B.). — *The legal nature of international law*, *The American Journal of International Law*, I, 1907.
- SINZHEIMER. — *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909.
- SPIROPOULOS. — *Théorie générale du droit international*, 1930.

- STAMMLER (R.). — *Die Lehre vom Richtigen Recht*, 1902.
 — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1923.
 — *Rechtsphilosophischen Grundfragen*, 1928.
- STAUDINGER. — *Das Sittengesetz*, 1887.
 — *Ethik und Politik*, 1899.
- STIER-SOMLO. — *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle*, 1900.
- STOOP (A.). — *Analyse de la notion du droit*, 1927.
- SUKIENNICKI (W.). — *Essai sur la souveraineté des Etats en droit international moderne*, 1926.
- TANON. — *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 3^e éd., 1911.
- THON. — *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878.
- TRENDELENBURG. — *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 2^e éd., 1868.
 — *Lücken im Völkerrecht*, 1870.
- TRIEPEL. — *Völkerrecht und Landesrecht* (trad. franç.), 1899.
- VALENSIN (A.). — *Traité de droit naturel*, 1922.
- VANNI (I.). — *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2^e éd., 1908.
- DEL VECCHIO (Giorgio). — *Leçons de philosophie du droit* (éd. franç.), 1936.
 — *Justice, Droit, Etat* (trad. franç.), 1938.
- VERDROSS. — *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926.
- VERDROSS (A.). — *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtverfassung*, 1923.
 — *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914.
 — *Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts*, *Zeitschrift für internationales Recht*, 1921.
- VIERKAND (A.). — *Der geistliche Gehalt des neueren Naturrechts*, 1927.
- VORLANDER (K.). — *Von Macchiavelli bis Lenin. Neuzeitliche Staats- und Gesellschaftstheorien*, 1926.
- WEBER (Max). — *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2^e éd., 1926.
- WFISS. — *Le fondement du droit international*, *Académie des sciences morales et politiques*, 1924-II.
- WENZEL (M.). — *Juristische Grundprobleme*, I, 1920.
- WESTLAKE (J.). — *Chapters on the principles of international law* (trad. franç.), 1895.
- WESTRUP (C. W. Dr.). — *Sur la notion du droit et sur le mode primitif de formation du droit positif*, *Revue d'histoire du droit*, Harlen, 1931.
- WINDELBAND. — *Einleitung in die Philosophie*, 1914.
- WINDSCHEID. — *Recht und Rechtswissenschaft*, 1854.
- WUNDT. — *Staatsphilosophie*, 1923.
- XENOPOL. — *La théorie de l'Histoire*, 1908.
- ZITELMANN. — *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, 1882.
 — *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts*, 1919.

Recueils.

- Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Gény, III, chap. : *Droit international public*, 1935.
- Annales de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 3 vol., 1934, 1936, 1938.
- Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, numéro consacré à Duguit, 1-2, 1932.
- Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, numéro consacré au droit naturel, 3,4, 1933.
- Solidarité sociale, Annales de l'Institut international de sociologie*, 1910.
- Solidarité sociale*, 1911.

Cours faits à l'Académie de Droit international de La Haye.

- BOURQUIN (M.). — Règles générales du droit de la paix, 1931-I.
- BRIERLY (J.-L.). — Le fondement du caractère obligatoire du droit international, 1928-III.
- CAVAGLIERI (Arrigo). — Règles générales du droit de la paix, 1929-I.
- GARNER (W. James). — Le développement et les tendances récentes du droit international, 1931-I.
- GIDEL (Gilbert). — Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des Etats, 1925-V.
- HEILBORN (P.). — Les sources du droit international, 1926-I.
- KELSEN (Hans). — Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, 1926-IV.
— Théorie générale du droit international public, Problèmes choisis, 1932-IV.
- KRABBE. — L'idée moderne de l'Etat, 1926-III.
- KRAUSS. — Morale internationale, 1927-I.
- LE FUR (L.). — La théorie du droit naturel depuis le xvii^e siècle et la doctrine moderne, 1927-IV.
— Le développement historique du droit international. De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée, 1932-III.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH. — Droit international et droit constitutionnel, 1931-IV.
- PHILLMORE (Lord). — Droits et devoirs fondamentaux des Etats, 1933-I.
- REEVES (Jesse S.). — La communauté internationale, 1924-II.
- SCELLE (G.). — Règles générales du droit de la paix, 1933-IV.
- TAUBE (De). — De l'inviolabilité des traités, 1930-III.
- TRIEPEL. — Les rapports entre le droit interne et le droit international, 1933-I.
- VECCHIO (Giorgio del). — La Société des Nations au point de vue de la philosophie du droit international, 1931-IV.
- VERDROSS (A.). — Le fondement du droit international, 1927-I.
— Règles générales du droit international de la paix, 1929-V.
- VISSCHER (Ch. de). — La codification du droit international, 1923-I.
- WHITTON (John B.). — La règle *pacta sunt servanda*, 1934-III.



TABLE DES AUTEURS CLASSÉS PAR CHAPITRES

(Auteurs cités dans la bibliographie ou signalés dans le texte.)

CHAPITRES I ET II. — L'ordre juridique positif international.

Affolter, Alvarez, Anzilotti, Djuvara, Darmstaedter, Hauriou, Fehr, Jellinek, Jitta, Kant, Kelsen, Lawrence, Levi, Mezger, Nelson, Parodi.

CHAPITRE III. — Théorie du droit naturel.

Albert Le Grand, Alexandre de Hales, Anzilotti, Aristote, St. Augustin, v. Bar, Beaussire, Beudant, Blondel, Bluntschli, Bodin, Boistel, St. Bonaventure, Borchard, Bouglé, Bozi, Brie, Brierly, Brown Scott, Lucien Brun, Brunschvicg, Calvo, Cathrein, Cepeda, Charmond, Cohen, Cug, Davy, Deslandres, Delos, Despagnet, Dewwey, Dickinson, Djuvara, Donati, Dugast, Duns Scott, Durkheim, Ebers, Fauconnet, Fauchille, v. Ferneck, Fiore, Fortune, Frazer, Garner, Gény, Gentilis, Gidel, Griess, Grotius, Haessert, Haines, Hauriou, Heffter, Heilborn, Hennebicq, v. Hertling, Hobbes, Hölscher, v. Holtzendorf, Hubert, Isidore de Séville, Janet, Jellinek, Jitta, Jung, Kaltenborn, Kent, Klüber, Knight, Krabbe, Kraus, Kosters, Lapradelle, Lawrence, Leclercq, Legnano, Leibniz, Le Fur, v. Liszt, Lorimer, Macchiavel, Maggiore, Mancini, Manning, Marsile de Padoue, de Martens, Mausbach, Mayer, Mendizabal, Michel, Natorp, Nelson, Niboyet, Nicolas de Cuse, Olgiati, Ortmann, Ortolan, Perreau, Perticone, Phillimore, Piédelièvre, Pillet, Platon, Pollock, Pound, Pradier-Fodéré, Puffendorf, Rauh, Réglade, Reeves, Renard, Renault, Riquet, Ripert, Romagnosi, Rothe, Rousseau, Saleilles, Schilling, Schücking, Spinoza, Suarez, Tabbah, Tapparelli, St. Thomas, Trendelenburg, Twiss, v. Ullmann, Valensin, Vanni, del Vecchio, Vierkand, de Visscher, Vittoria, Weiss, Westlake, Wheaton, Wolff, Woolsey, Wright, Zaccharia.

CHAPITRE IV. — Positivisme scientifique : § 1. Naturalisme objectif.

Affolter, Aillet, Austin, Bähr, Bauer, Baldwin, Barthélémy, Berolzheimer, Berthélemy, Bierling, Bluntschli, de Bonald, Bonnard, Bozi, Bourgeois, Bouglé, Bruegilles, Colonna d'Istria, Comte, Cornil, Darmstaedter, Davy, Delos, Delvolve, Djuvara, Draghicescu, Duguit, Duprat, Durkheim, Ehrlich, Fouillée, Fries, Gény, v. Gierke, de la Grasserie, Gumpłowicz, Gurvitch, Hauriou, Heffter, Hegel, Heilborn, Huber, Hubert, Iorga, Jhering, Jellinek, Jerusalem, Jèze, Lapradelle, Kaltenborn, Kant, Kantorowicz, Kirchmann, Kohler, Kosters, Krabbe, Lagorgette, Laski, Lauterpacht, Leibholz, Léon, Leroy, Levi, Lévy, Lévy-Bruhl, v. Liszt, de Louter, de Maday, de Maistre, Mezger, Micelli, Nelson, Novicow, Oppenheim, Orestano, Ortmann, Ottolenghi, Palante, Palieri, Parodi, Pécaut, Petraschek, Petrazycki, Politis,

Réglade, Renouvier, Richard, Rickert, Ripert, Romano, Ross, Rouvier, Rümelin, Saleilles, Sauer, Scelle, Schindler, Schmoller, Simmel, Sinzheimer, Spencer, Stammeler, Stier-Somlo, Tanon, v. Ullmann, Vaccaro, Del Vecchio, Verdross, Walz, Weber, Wheaton, Windelband, Windscheid, Worms, Wundt, Xenopol.

CHAPITRE IV. — Positivisme scientifique : § 2. Volontarisme.

Aal, Aguiléra, Alvarez, Alessandri, Anthony, Anzilotti, Austin, Baldwin, Bekker, Bergbohm, Berthélemy, Bierling, Binder, Binding, Bluntschli, Bozi, Brie, Bunge, Burckhardt, Brierly, Bouglé, Cavaglieri, Comte, Cuche, Dabin, Darmstaedter, Dernburg, Despagnet Diena, Djuvara, Duguit, Durkheim, Duthoit, Du Pasquier, Ehrlich, Emge, Fauchille, v. Ferneck, Frangulis, Gemma, Gény, Gidel, v. Gierke, Gurvitch, Hatschek, Hauriou, Heffter, Hegel, Heilborn, Hobbes, Huber, Hume, Jhering, Jellinek, Jitta, Kaufmann, Kirchmann, Kohler, Koster, Larenz, Lasson, Laurent, Lawrence, Le Dantec, Le Hanef, Lévy, Lévy-Ulmann, v. Liszt, de Louter, Malberg, Mallieux, Manning, Mérignhac, Moye, Nelson, Niboyet, Nippold, Novicow, Oppenheim, Perassi, Piédelièvre, Pillet, Politis, Pradier-Fodéré, Puffendorf, Pütter, Reeves, Renault, Rickert, Riquet, Ripert, Rousseau, Saleilles, Savigny, Schindler, Schön, Shücking, Seydel, Sorel, Spinoza, Stirner, Strupp, Tanon, Thon, Treitschke, Triepel, Vaccaro, del Vecchio, de Visscher, Walz, Weiss, Wenzel, Wheaton, Windelband, Windscheid, Woolsey, Wundt.

CHAPITRE V. — Positivisme critique : Normativisme.

Anzilotti, Cohen, Gurvitch, Hauriou, Kelsen, Kunz, Merkl, Métall, Natorp, Picard, Radbruch, Roguin, Sedlacek, Verdross, Vorländer, Weyr.

CHAPITRE VI. — Rationalité du droit positif.

Aguiléra, Akzin, Azon, Anzilotti, Bähr, Basch, Battaglia, Battaglini, Bergbohm, Bierling, Binder, Blondel, Bonnard, Bouglé, Bourquin, Boutroux, Brunschvicg, Bury, Camerata, Cassirer, Catellani, Cavaglieri, Chklaver, Cohen, Comte, Corbu, Croce, Cuche, Cuvillier, Dabin, Davy, Demogoe, Deslandres, Desqueyrat, Dicey, Djuvara, du Pasquier, Durkheim, Duthoit, Emge, Fehr, Förster, Gény, Gentile, Gomperz, Grotius, Gurvitch, Hamelin, Hauriou, Hegel, v. Hertling, Hölscher, Husserl, Iorga, Jerusalem, Jellinek, Jèze, Jhering, Jung, Kaltenborn, Kaufmann, Kant, Kelsen, Kosters, Krabbe, Lachelier, Lalande, Lapradelle, Larenz, Lask, Le Fur, Leroy, Levi, Lévy, Liebert, Lippmann, v. Liszt, Lorimer, Lowell, Löwenstein, Mallieux, Mayer, Merkl, Mezger, Miliouch, Mirkine-Guétzévitch, Montesquieu, Moysset, Natorp, Negulescu, Nef, Nys, Orestano, Ortman, Parodi, Petraschek, Petrone, Placentinus, Poincaré, Pothier, Pound, Radbruch, Raïciu, Reeves, Renault, Renard, Rengers, Hora Siccama, Renouvier, Richard, Rickert, Ripert, Romano, Salomon, Salvioli, Sander, Savigny, Sauer, Scelle, Schmitt, Schönfeld, Scott, Spiropoulos, Stammeler, Staudinger, Taube, Thomasius, Thon, Trendelenburg, Vanni, Vattel, del Vecchio, de Visscher, Vorländer, Wenzel, Windelband, Wolff, Zitelmann.

CHAPITRE VI. — Rationalité du droit positif : § 2. Sources du droit positif.

Adickes, Anzilotti, Balladore-Pallieri, Bartin, Bergbohm, Bierling, Brie, Brierly, Boutillier, Cavaglieri, Diena, Djuvara, Fleischmann, de Fontanes, Gentilis, Gény, Gianni, Gouet, Gratien, Grotius, Guy Coquille, Hæmmerle, Hauriou,

Heilborn, Jitta, Julien, Koster, Kraus, Lambert, Lauterpacht, Lebrun, Lefebvre, Le Fur, Levi, Liger, Maunier, Merkl, Micelli, Noël, Perassi, Perreau, Planiol, Puchta, Puffendorf, Rachel, Raneletti, Réglade, Ross, Salvioli, Schuppe, Strupp, Trendelenburg, Vattel, del Vecchio, Verdross, Westrup, Wolff, Zitelmann.

*CHAPITRE VII. — Structure de l'ordre juridique positif
en droit international.*

Alvarez, Bekker, Bendix, Brierly, Brodmann, Burckhardt, Carli, Cavaré, Comte, Duthoit, Dabin, Duguit, Fauchille, Feichenfeld, Garner, Haijer, Hoffmann, Iorga, Jhering, Jellinek, Kaufmann, Kirchmann, Kraus, Lauterpacht, Le Fur, Leroy, de Louter, Rümelin, Scelle, Raïciu, Schmitt, Schönfeld, Schreier, Triepel, Ulpian, del Vecchio, Wenzel, Whitton.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER. — Introduction	9
CHAPITRE II. — L'ordre juridique positif international	11
Signification de cette expression. — Droit positif et ordre juridique positif. — Le problème du fondement.	
CHAPITRE III. — Théorie du droit naturel	18
Définition. — Ses origines et les influences qu'elle exerce. — Sa renaissance. — Le Fur. — Bien commun, communauté internationale, justice. — Impossibilité de règles universelles et nécessaires. — La justice est une méthode. — Renault, Brierly, Krabbe, Jitta, Hauriou.	
CHAPITRE IV. — Positivisme scientifique	54
§ 1. <i>Naturalisme objectif</i> . — Définition. — Utilitarisme. Ihering. — Solidarité sociale. Duguit, Jèze, Politis, Bonnard, Marc Réglade, G. Scelle. — Psychologisme. Ecole historique. — Critique du naturalisme objectif.	
§ 2. — <i>Volontarisme</i> . — Définition. — Le droit et la force. Hobbes, Spinoza, Hegel, Ihering. — Le droit et la sanction. Etatisme, droit étatique externe. Binder, Larenz. — Le consentement. Autonomie de la volonté. — L'autolimitation. Jellinek. — La « Vereinbarung ». Triepel. — Critique du volontarisme.	
CHAPITRE V. — Positivisme critique : Normativisme	91
Définition. — Kelsen. Son positivisme. Son normativisme pur. Le droit, ordre de contrainte. Systématique du droit : la norme fondamentale. Le droit international. — Critique du normativisme pur. — Verdross.	
CHAPITRE VI. — Rationalité du droit positif	106
Prémises philosophiques du droit rationnel. — Droit rationnel et droit positif. — Le droit positif et le phénomène social de la positivité juridique. — La transposition rationnelle de la positivité juridique dans la pensée des individus. — Limites de l'obligativité du droit positif. — Limites de son extension réelle dans l'espace. — La théorie classique des sources du droit et sa critique.	
CHAPITRE VII. — Considérations sur la structure logique de l'ordre juridique positif en droit international	137
Il y a des normes latentes qui dominent l'ordre juridique positif international. — Normes latentes d'ordre public en droit international. — Nécessité de la reconstruction scientifique du droit international.	
BIBLIOGRAPHIE	151
TABLE DES AUTEURS CITÉS	159



