

D 2  
968

MIRCEA DJUVARA

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest

L'idée de convention  
et ses manifestations comme  
réalités juridiques

Donatiune



BUCUREȘTI

Tipografia ziarului „Universul”, Strada Brezoianu 23-25. — C. 12013

1 9 4 1

Donatua autorului

MIRCEA DJUVARA

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest

~~Inv. A. 61.499.~~

Jun 29 1968.

CONTROL 101

L'idée de convention  
et ses manifestations comme  
réalités juridiques

347.44.01(041)

Extras din revista „Analele Facultății de Drept“ din București

Anul II, Nr. 2-3-4

Donatiune

4974

BIBLIOTECA CENTRALĂ  
UNIVERSITARĂ  
BUCUREȘTI



BUCUREȘTI

Tipografia ziarului „Universul“, Strada Brezoianu 23-25. — C. 12013

1 9 4 1

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITĂȚII

BUCUREȘTI

COTA

2968

Rc 259/03

**B.C.U. Bucuresti**



**C4754**



# L'Idée de convention et ses manifestations juridiques <sup>1)</sup>

I.—Le problème posé (p. 3—4). II.—Constatations infirmant la théorie traditionnelle (p. 4—11). III.—Analyse de l'idée de volonté conventionnelle (p. 11—16). IV.—Application aux faits contraires à la théorie traditionnelle (p. 16—19). V.—Caractère conventionnel de tout le droit (p. 19—23). VI.—Justification de la convention (p. 24—27). VII.—L'idée de liberté juridique et la notion d'autonomie de la volonté (p. 27—36). VIII.— L'idée de convention est un élément fondamental de la raison en general; elle se constitue par l'union des idées d'activité, de volonté, et de réalité, sous l'égide de celles de finalité et de liberté (p. 37—54).

## I. *Le problème posé*

Etudier la convention du point de vue de la philosophie juridique, ce n'est pas rechercher les limites, plus ou moins restreintes, de la liberté des conventions telle que le droit positif la consacre ou devrait la consacrer à un moment donné; ce n'est pas non plus énumérer les variétés de conventions que tel droit positif donné reconnaît en fait; ni enfin déterminer les conditions sociologiques de l'apparition et de l'évolution des conventions. C'est essayer de pénétrer la signification même de l'idée de convention et par conséquent le fondement de sa force obligatoire, car toute réalité se réduit dans le droit à sa valabilité.

Nous considérons cette tâche d'autant plus nécessaire que les notions courantes sur la nature de la convention juridique ne nous semblent pas suffisamment élaborées.

---

1) Communication destinée à la quatrième session de l'Institut International de Philosophie juridique et de Sociologie du droit, session qui devait être consacrée au sujet „La Convention, le fondement de sa validité, ses différentes formes en droit interieur et en droit international“. Cette session n'a pas eu lieu à la date qui avait été fixée, en Septembre 1939, étant empêchée par les événements internationaux.



Les conventions, en effet, ne naissent pas uniquement par des accords réels et effectifs conclus en vue de produire les effets de droit voulus comme suite de l'autonomie de la volonté. Il y a encore des conventions implicitement sous-entendues, des conventions se formant sans la volonté des parties et même des conventions nécessaires et obligatoires. La convention s'étend à tout le droit. Elle va même beaucoup plus loin: les principes de toute science et par conséquent de toute connaissance ont une nature conventionnelle; la pensée en général possède toujours en elle-même un élément conventionnel et les conventions juridiques ne sont que l'application particulière de cet élément dans le droit.

Dès lors, nous ne saurions plus nous contenter de la définition habituelle de la convention donnée par les juristes. Le sens exact de cette notion doit être considéré dans toutes ses acceptions et les idées en général d'activité, de volonté et de finalité, sur lesquelles toute convention repose, doivent être elles-mêmes élucidées.

Le problème n'est pas un problème de droit positif. La loi n'invente pas l'idée de convention: elle ne fait que la consacrer en la rendant obligatoire sous certaines formes et en l'interdisant sous d'autres formes, d'après les circonstances et les mentalités des lieux et des temps différents. C'est un problème de droit rationnel.

## II. *Constatations infirmant la théorie traditionnelle*

Selon la théorie traditionnelle, la convention serait un accord réel et complet de la volonté conscience de toutes les parties concernant un objet d'activité en vue d'un effet juridique à obtenir: ces volontés sont considérées comme des faits de nature psychologique. Le droit conférerait ainsi à la volonté concordante des parties le pouvoir de produire les effets juridiques voulus; l'existence de ces effets serait soutenue par la volonté commune et ils devraient durer aussi longtemps qu'un accord similaire contraire n'est pas venu les abroger.

Toute convention se ferait donc et se maintiendrait par une offre et une acceptation effectives portant sur le même objet dans sa totalité, par une intention voulue en commun, par un consentement réciproque consciemment et complè-

tement donné en fait, émanation de la libre volonté réelle de ces êtres raisonnables que sont les parties.

Mais quel est le sens exact de ces formules devenues des lieux-communs ?

Si l'on entend par libre volonté des parties un simple fait psychique conscient, si cette volonté suffit et si les parties doivent toutes vouloir effectivement en commun l'objet de la convention en son entier, une série de difficultés surgissent, insurmontables: aucune convention n'existerait plus, aucune convention ne serait plus possible.

Un tel sens donné à la notion de convention ne s'accorde pas avec les réalités juridiques connues par tous les juristes; l'examen de ces réalités conduit, au contraire, à une toute autre conception.

En effet, un accord psychologiquement effectif et conscient n'existe jamais entièrement dans nos conventions; ensuite, cet accord ne suffit pas à la valabilité et par conséquent à l'existence d'une convention juridique; en troisième lieu, cet accord n'est même pas toujours nécessaire pour produire une convention au sens juridique du mot; enfin, l'accord ainsi conçu et sa liberté de fait sont, à tout prendre, des impossibilités.

Reprenons chacune de ces affirmations et démontrons qu'elles correspondent à des réalités juridiques incontestables.

Première observation: une convention ne représente jamais un accord de volontés conscientes sur tout son objet.

Il est facile de voir que les parties ne veulent jamais tout le contenu d'une convention et qu'elles sont même dans l'impossibilité de le vouloir effectivement en son entier: elles ne peuvent connaître d'avance ni par conséquent vouloir toutes les conséquences possibles, légales ou simplement logiques, souvent très compliquées, de ce qu'elles ont voulu. Nous affirmons cependant que, juridiquement, les parties se sont entendues non seulement sur ce qu'elles ont voulu expressément, mais encore sur „tous les effets du contrat, même les plus lointains et les plus imprévus“, car „les idées s'enchainent avec une force logique et celui qui admet un principe en admet par cela même les conséquences“<sup>2)</sup>. Ces conséquences font partie

---

2) Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, I, N-ro 944.



de la convention, elles obligent comme si elles étaient convenues par les parties, elles constituent en réalité des clauses de la convention, quoiqu'elles ne soient pas consciemment et effectivement voulues au moment de la perfection de l'acte. L'interprétation juridique peut même dégager d'une convention une volonté de droit qui n'a jamais été en fait celle des parties : celles-ci peuvent en être surprises les premières. On doit ainsi reconnaître en tout acte juridique une espèce d'adhésion et les contrats proprement dits d'adhésion n'en sont qu'une variété. Les parties ne veulent jamais et elles ne peuvent même jamais vouloir tout le contenu de leurs conventions: elles ne font, en réalité et pour ainsi dire, que déclancher la convention, qui n'est jamais totalement ce qu'elles ont effectivement voulu et qui peut même être parfois autre chose que ce qu'elles ont voulu. La volonté des parties, considérée comme fait conscient, n'explique donc pas totalement la convention.

Ce fait suffirait à lui seul à infirmer la théorie courante.

Mais il y a plus. Notre seconde observation est que l'accord effectif et conscient des volontés n'est pas suffisant pour l'existence d'une convention juridique valable. Il est évident que la volonté ne peut pas produire par elle-même le droit. Elle doit être conforme à la justice. C'est pourquoi il y a des accords qui existent en fait, mais qui ne sont pas juridiquement valables, qui n'existent pas en droit.

La convention doit être „légalement“ conclue, proclament nos textes. Les accords contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, de même que ceux qui ne remplissent pas certaines conditions requises, n'existent donc pas pour le droit; les accords intervenus en fait entre des personnes dénuées de discernement comme les enfants et les fous, ceux frappés d'un vice de consentement, d'un défaut de capacité, d'un défaut d'objet ou de cause licite, sont dans le même cas.

La notion de nullité juridique signifie justement qu'il y a une différence essentielle entre un accord considéré comme simple fait naturel et la convention considérée comme réalité juridique: un fait, comme tel, ne saurait jamais être nul. Si des accords existent ainsi en fait sans être pourtant des conventions juridiques, ces nullités du droit infirment en réalité de manière radicale la thèse selon la-

quelle l'accord effectif des volontés se confondrait avec la convention juridique ou du moins l'expliquerait suffisamment.

Une réponse pourrait être facilement donnée; on pourrait dire : c'est la loi qui annule certains accords. Mais la question est justement de saisir la signification de cette annulation légale: pourquoi la loi annule-t-elle ces accords? La loi ne fait qu'exprimer à cette occasion une idée généralement reconnue par tout le monde. La loi n'invente pas l'idée de nullité juridique; celle-ci lui préexiste en raison. La loi ne fait que la constater, la consacrer et l'organiser à sa manière en droit positif. Le problème posé est supérieur au droit positif. L'objection ne vaut donc pas comme explication de l'idée de convention: le commandement légal signifie uniquement que la loi doit être respectée et que par conséquent la nullité des conventions doit être reconnue en pratique positive là où la loi l'a prescrite et là seulement, ce qui est tout autre chose.

De même, l'existence de la loi n'explique pas le principe exposé précédemment selon lequel les conséquences de l'objet d'un accord valablement conclu obligent au même titre que cet objet lui-même, car la loi ne fait que reconnaître ce principe; elle n'explique pas davantage le fait qu'il y a des conventions même sans accords réels de volonté. L'étude de la signification de l'idée de convention, sous l'angle sous lequel nous l'avons abordée, est en son entier une étude de droit rationnel et non une étude de droit positif.

Notre troisième observation est que l'accord effectif et conscient des volontés n'est même pas toujours nécessaire pour l'existence juridique d'une convention : ce fait est en contradiction directe et encore plus significative, avec la théorie courante. Un seul phénomène constaté, s'il contredit une hypothèse scientifique, est toujours suffisant pour la faire tomber. Or, il y a dans le droit des cas très nombreux où des conventions se forment sans l'existence en fait de l'accord de volonté de ceux qu'elles lient.

Les conventions collectives obligent ainsi même des personnes qui n'ont pas contracté effectivement. Il y a des conventions liant des personnes encore indéterminées, des conventions-loi, des réglementations conventionnelles à carac-



tère général. Les décisions d'une majorité peuvent lier dans certains cas les membres d'une minorité même sans une convention préalable en ce sens, par exemple dans certains concordats : on peut ainsi conclure un contrat même sans le vouloir. Notre droit connaît les stipulations pour autrui, les conventions qui lient les tiers et les rendent parties à l'acte sans leur volonté. Une simple offre à terme lie provisoirement, mais en réalité conventionnellement, celui qui l'a faite, malgré l'absence de volonté de l'autre partie pendant le laps de temps respectif.

Un nouveau-né ou un fou peut conclure des conventions à son insu, par l'intermédiaire d'un représentant légal : dans ce cas la partie qui se lie par une convention ne veut effectivement rien et c'est une autre qui veut à sa place. C'est ce qui arrive chaque fois qu'une convention est conclue par un représentant légal nécessaire.

Les personnes juridiques dites fictives ou corporatives, les établissements et les fondations, les institutions publiques et privées dotées de personnalité, n'ont par elles-mêmes et dans la plupart des cas aucune volonté psychologique propre et cependant elles s'obligent par des conventions.

Une renonciation unilatérale à un droit peut elle-même quelquefois représenter une véritable convention. De même, il n'est pas impossible qu'une pure abstention, qui peut être un défaut complet de volonté réelle, produise des effets juridiques conventionnels.

On est d'accord pour affirmer que l'expropriation forcée par suite d'une exécution du débiteur ou l'expropriation pour utilité publique aboutit à un „contrat“ de vente, malgré la volonté contraire de l'exproprié.

Les interprètes romains avaient déjà assimilé la novation nécessaire de la *litis-contestation* à la novation volontaire opérée sous la forme d'un contrat.

Certains faits purement unilatéraux peuvent de même produire des situations ayant à beaucoup de points de vue la nature des situations conventionnelles : par exemple la reconnaissance à son insu d'un enfant naturel, les quasi-contrats, les quasi-délits et même les délits, au civil ou au pénal.

Les actes de droits public contiennent un élément conventionnel, et cependant le consentement effectif de tous les inté-

ressés n'y est pas requis. Les clauses réglementaires des conventions du droit public ne sont pas davantage le produit de la volonté concordante et effective des parties contractantes. En droit public, il y a normalement des actes collectifs obligatoires pour un grand nombre de personnes n'ayant pas participé à ces actes.

En droit international les traités de paix peuvent être imposés par les armes et devenir valables sans le libre assentiment des vaincus. En temps de paix même, il arrive que des conventions internationales soient simplement imposées.

On peut d'ailleurs affirmer qu'en principe toute convention produit en un sens des effets même par rapport aux tiers, car elle s'intègre dans l'ordre juridique existant et tous les tiers sont obligés de la respecter s'ils n'ont pas une raison juridique valable à lui opposer: sans ce respect obligatoire de la part des tiers une convention ne signifierait plus rien juridiquement<sup>3)</sup>.

Le contrat social lui-même, fondement de tout droit positif, est presque toujours une convention entièrement sousentendue, car il se constitue par l'adhésion implicite et continue que tout membre d'une société donne à l'ordre juridique existant par le fait même qu'il vit dans cette société, qu'il agit dans ses cadres et qu'il en reçoit les bienfaits.

Si, enfin, l'accord effectif de la volonté des parties faisait l'essence des conventions, cet accord pourrait seul faire durer leurs effets et les conventions ne pourraient plus alors être révoquées que du „commun consentement de ceux qui les ont faites“<sup>4)</sup>, comme si cette volonté pouvait durer elle-même en fait sans discontinuer et exactement la même, parfois très longtemps, jusqu'à ce qu'elle abroge la convention, en se manifestant en sens contraire.

Or, la loi prescrit à juste raison que la volonté effective des parties, telle qu'elle s'est manifestée à l'occasion d'une convention doit exécutée de „bonne foi“ et ceci signifie

---

3) La Cour de Cassation roumaine en Chambres Réunies a décidé l'inconstitutionnalité de quelques lois portant atteinte au droit de créance dérivé d'une convention, en assimilant ce droit à celui de propriété et en reconnaissant ainsi en réalité qu'il implique une obligation passivement universelle (Tramways de Bucarest, 1912; Crédit Rural, 17 Nov. 1932; Soc. du Gaz Méthane, 10 Nov. 1930. etc.).

4) Comp.: art. 1134 Code Napoléon, art. 38 Proj. Franco-Italien.



qu'elle ne produira pas toujours exactement les effets que les parties ont effectivement voulu. De même, les situations conventionnelles peuvent être changées dans certains cas par voie unilatérale (prescription, usucapion, etc.). De simples faits peuvent venir modifier ou même annuler les effets des conventions (par exemple les cas fortuits et la force majeure). La loi consacre les effets juridiques des conventions même *post mortem*, alors que la volonté de fait des parties a complètement disparu. Les législateurs ont souvent porté des atteintes, parfois avec raison, à des conventions effectives antérieurement et valablement conclues et même au droit de propriété. En droit international, la survenance de situations nouvelles, même provoquées par des tiers, peut parfois troubler profondément les effets des conventions, indépendamment de la volonté des parties.

Enfin notre quatrième observation est qu'un libre accord de plusieurs volontés conscientes, considérées comme purs faits psychiques, est même un phénomène impossible.

La coïncidence parfaite et quasi-mathématique de deux intentions ou volontés, même par rapport à un seul psychisme, est, en effet, une impossibilité naturelle évidente, si on les considère comme des pures données psychologiques. Nos états de conscience changent à tout instant en leur structure intime par les transformations continues de la totalité du psychisme respectif. La volition, en tant que phénomène subjectif, constitue un simple aspect continuellement variable d'une „structure“ très complexe qui comprend tout le psychisme : elle ne saurait être arbitrairement détachée de ce tout, pour en faire une réalité distincte par elle-même. Tout élément psychique se transforme par la durée, influencé par la richesse accumulée du passé et préparant l'instant qui va suivre. Tout état psychique possède ainsi un caractère propre et original, sans jamais se répéter exactement le même. Il est toujours une synthèse du passé à laquelle s'ajoutent les éléments du présent pour préparer les synthèses de l'avenir immédiat.

Si deux volitions, considérées comme purs faits psychiques, ne se répètent ainsi jamais dans le psychisme d'un même individu, comment peut-on encore affirmer que deux volitions peuvent être exactement les mêmes dans deux ou

dans plusieurs psychismes différents? Personne ne veut et ne sent de la même manière à deux moments successifs de la vie : à plus forte raison deux êtres différents ne sauraient-ils sentir et vouloir exactement de la même manière. En prenant la notion de volonté en ce sens, aucun „accord“ n'est possible.

D'autre part, encore, les phénomènes psychologiques ne comportent pas de liberté, telle que nous l'entendons dans le droit. Ils se déterminent les uns par les autres. Il y aura toujours des conditions psychologiques ou sociales qui expliquent la volonté de quelqu'un et par conséquent celle-ci ne pourra jamais être considérée comme libre. En fait et en ce sens, les parties ne conviennent jamais librement. La libre volonté devient à son tour une impossibilité.

Dès lors, les théories traditionnelles sur la nature juridique de la convention ne sont pas exactes. Un nouvel effort doit être fait pour saisir avec précision l'idée de convention.

### III. Analyse de l'idée de volonté conventionnelle

Commençons par analyser la signification exacte que nous attribuons au mot volonté, telle que celle-ci doit intervenir dans les cas où elle forme une convention valable.

Dans ces cas, nous ne pensons jamais, en réalité, à une volonté considérée comme donnée réelle actualisée, comme pur phénomène psychique. La volonté juridique, si elle existe, est autre chose qu'une simple réalité naturelle.

En effet, aucun acte juridique n'est valable en droit par le simple fait de l'existence d'une volition psychologique. *Sic volo, sic jubeo* n'est pas un principe suffisant pour la justification juridique. Le phénomène naturel d'une activité volontaire, uniquement par lui-même, ne saurait faire naître le droit<sup>5)</sup>. Il ne pourrait produire que d'autres phénomènes naturels. La volonté effective n'est pas obligatoire par elle-même : si elle pouvait se lier juridiquement, elle pourrait également se délier à tout moment et le droit n'existerait plus. Elle suppose toujours une règle de raison qui lui con-

---

5) „Ein Wollen kann ein Müssen hervorbringen, wenn es von der Macht zu zwingen begleitet ist, niemals aber ein „Sollen“ (Radbruch. Rechtsphilosophie, 1932. pages 42 et 76).



fière sa valeur juridique. La volonté n'oblige pas, elle doit au contraire se produire dans le cadre des droits et des obligations.

Il est d'ailleurs absurde de s'imaginer que le fait psychologique de volonté qui s'est produit au moment de la conclusion de l'acte pourrait subsister dans la conscience des parties, sans aucun changement ni interruption, pendant toute la durée des droits et des obligations qui résultent de l'acte. Ceux-ci sont conçus, au contraire, comme étant essentiellement continus : un acte conclu à un moment donné ne cesse de lier les parties par la suite, avec une continuité pour ainsi dire mathématique, de la même manière et sans interruption, jusqu'à l'extinction de ses effets juridiques.

„La volonté qui lie a été celle d'hier, la volonté liée est celle d'aujourd'hui et celle de demain. La volonté ne se lie par conséquent pas elle-même, mais, en réalité, la volonté empirique changeante est liée par une volonté fictive qui dure“<sup>6)</sup>.

C'est ainsi que la volonté conventionnelle est conçue comme étant constante et conséquente à elle-même, tandis que les volitions de fait sont différentes les unes des autres et le plus souvent interrompues dans la continuité de leur objet ; elles sont fluctuantes, soumises à des éclipses inévitables, et elles sont même parfois contradictoires. La volonté juridique peut toujours expliquer l'obligativité des conventions, tandis que la volonté de fait ne produit des effets juridiques que si elle est conforme à la convention initiale. Il est évident qu'une partie peut changer en fait de volonté effective ; sa volonté conventionnelle reste toujours la même, identique à elle-même.

En quel sens comprendre alors la nature de la coïncidence parfaite des volontés, sans laquelle aucune convention ne saurait être conçue ?

Pour bien saisir l'idée de convention, on doit se rappeler que tout phénomène conscient intellectuel, qu'il soit un acte de pensée ou un acte de volonté, présente un double aspect : un aspect proprement psychologique et un aspect logique indépendant, constitué par le contenu intellectuel auquel on pense. Ce contenu n'est plus un phénomène psychologique ; il est la „signification intellectuelle“ que nous fixons

6) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, page, 143.

„par“ notre acte psychologique : il est „ce que“ nous pensons ou „ce que“ nous voulons „par“ l'acte subjectif, c'est „l'intention“ que nous y mettons, au sens étymologique de ce mot, qui correspond également à son sens juridique.

La volition en tant qu'acte psychologique se dépasse ainsi elle-même ; notre attention se dirige par son intermédiaire vers un „objet“ de connaissance, qui est donné en dehors d'elle, objectivement et indépendamment d'elle. De même, une image en tant que phénomène psychologique est autre chose que l'objet qu'elle représente <sup>7)</sup>.

Toute donnée psychologique et par conséquent toute volonté dans son aspect purement psychique est en réalité un phénomène naturel relié par une chaîne causale à d'autres phénomènes similaires qui l'expliquent dans une série temporelle. Tout „signification intellectuelle“, tout „contenu de pensée“, toute „intention“, représente, au contraire, un objet de connaissance conceptuelle qui n'est déterminée que par ses relations rationnelles, en leur hiérarchie logique ; cet „objet pensé“ ne saurait être incohérent et contradictoire, car s'il implique des contradictions en lui-même, il ne peut plus se constituer et s'il est en contradiction avec d'autres réalités pensées, il n'est plus vrai ou, en d'autres termes, il n'est plus réel comme tel : il possède ainsi un caractère rationnel objectif, il n'est pas déterminé en lui-même par des données psychologiques subjectives, il comporte une continuelle vérification logique.

Il faut même comprendre que ce second aspect constitue l'aspect primordial de toute réalité et qu'il domine à ce titre les données psychologiques elles-mêmes. Car toute donnée psychologique est une réalité qu'il faut constater et vérifier, un objet de pensée ; à ce point de vue, elle est exactement dans le même cas que n'importe quelle donnée d'un autre ordre, une donnée physique par exemple.

Or, les faits de volonté ont une signification juridique dans les conventions justement par ce contenu intellectuel, par leur „intention“. Ils supposent un „but voulu“, c'est à dire un „objet“ de connaissance intellectuelle constituant le contenu logique auquel se réfère chaque fait psychologi-

---

7) Comp. : J. P. Sartre, *Structure intentionnelle de l'image*, Revue de Métaphysique et de Morale, Oct. 1938.



que de volonté conscience. Dans le droit, nous ne pensons pas en réalité aux volitions des êtres humains, mais à „ce qu'ils veulent“. Ce qui intéresse directement le droit est „ce que“ les parties ont voulu en concluant une convention, l'objet intellectuel des actes de volonté consciente, et non ces actes pris en eux-mêmes comme phénomènes psychologiques.

Mais le contenu intellectuel de nos actes psychologiques de pensée possède certains caractères qu'il est important de mettre en lumière.

L'accent de la pensée tombe toujours, dans ce contenu, sur des „relations“ et non sur les „termes passifs“ entre lesquels ces relations s'établissent. Ce n'est que de cette manière que nous pouvons concevoir comme identique ce que nous pensons à des moments différents ou ce que plusieurs hommes pensent: ce n'est que de cette manière que nous pouvons penser ou vouloir „la même chose“. Il n'y a en effet jamais d'„identité“ entre les termes considérés passifs d'une relation: ceux-ci, étant reliés par une relation, s'„opposent“ au contraire entre eux. Seule une relation peut être conçue comme identique à une autre relation. En ce sens, les choses ne sont jamais absolument identiques, mais nous établissons entre elles des relations qui peuvent être les mêmes<sup>8)</sup>. Deux objets dans la nature, deux feuilles d'arbre, n'ont jamais été et ne seront jamais identiques, mais les relations entre ces objets peuvent être absolument identiques. Nous établissons de la même manière des relations communes entre nos actions, quoique chaque action soit différente d'une autre. Nos actes de volonté ont ainsi pour objet uniquement un système de relations. Toute activité est un système cohérent de relations rationnelles susceptibles d'identité, c'est-à-dire un système d'activités combinées entre elles, soit positives, soit même négatives. Le but de tout acte concret est ainsi toujours une totalité de relations cohérentes, totalité en réalité très

---

8) Les relations numériques peuvent être identiques:  $1 + 1 = 2$  sera toujours  $1 + 1 = 2$ ; chaque nombre est au contraire unique en son individualité. Il en est de même des relations spatiales et même des relations de ressemblance: la relation par laquelle nous affirmons que le blanc est, en tant que couleur, plus près du jaune que du noir est pensée comme étant toujours la même, mais il n'existe pas en réalité de blanc qui soit identique à un autre blanc.

complexe. C'est une totalité de ce genre qui est établie par l'acte conscient de volonté : elle possède un caractère rationnel et objectif et c'est par elle que nous prouvons penser et vouloir quelque chose, en commun avec d'autres hommes.

Le contenu déterminé d'un acte de pensée ou de volonté consciente ne représente donc jamais un objet de connaissance passivement donné en son entier : il ne fait au contraire qu'ouvrir une perspective de relations possibles, par l'intermédiaire d'un concept et sous la seule condition que les relations visées soient systématisées par ce concept. Un objet physique lui-même n'est pas logiquement quelque chose de passif, mais une „perspective“ de relations et par conséquent d'actions<sup>9)</sup>. L'acte de connaissance les „vise“, les „intentionne“ ; il ne saisit effectivement, actuellement et consciemment, qu'un nombre très restreint d'entre elles. Une donnée réelle n'est qu'une direction rationnelle et se résout en une série cohérente de virtualités : nous nommons réalité ce système cohérent. Il en est de même de nos actes de volonté consciente : ils visent des actions, des buts et des moyens, c'est à dire des données réelles. L'objet de tout acte de pensée ou de tout acte de volonté n'est donc que l'ouverture d'une large perspective rationnelle, qui ne possède le caractère de réalité que dans la mesure où les relations respectives peuvent se systématiser sans contradictions irréductibles entre elles.

L'acte de volonté intéresse par conséquent le droit par la „direction“ logique qu'il représente et non par lui-même. Cette direction n'est pas un „datum“ passif, psychologiquement actualisé en son entier ; il est au contraire un élément conceptuel dynamique, une perspective de relations ou d'actions rationnellement déductibles d'une indication initiale. Seul ce contenu pensé et voulu peut être le même dans plusieurs actes distincts de volonté. Il ne saurait être

---

9) C'est ainsi par exemple, que nous reconnaissons un objet physique par une série de relations et spécialement par des qualités ou propriétés que nous lui „attribuons“ : elles „appartiennent“ à l'objet et ne sont pas, par conséquent, „l'objet lui-même“ ; nous constatons ces propriétés à leur tour comme objets distincts de connaissance, par une autre série de relations, par les qualités et les propriétés qui leur appartiennent, sans se confondre avec celles-ci : et ainsi de suite, indéfiniment. L'objet se réduit donc à une totalité systématisée de relations virtuelles, indéfiniment nombreuses.



le même que par son caractère conceptuel, c'est à dire rationnel. Ce contenu est autre chose que les volontés passagères et subjectives des hommes. Les volontés des parties „convergent vers lui“, sans l'actualiser dans sa plénitude ; leurs objets ne constituent pour ainsi dire que des „points de repère“ pour servir de départ à des conséquences rationnelles.

En réalité, les volitions psychologiques, conscientes et subjectives, tendent, dans tout accord, vers une espèce de dénominateur commun, de nature rationnelle ; elles visent des „coordonnées“ rationnelles communes, indépendantes, objectives, jamais complètement actualisées, et, naturellement, au point de vue du droit, des coordonnées juridiques.

Il existe également, sans doute, des conventions qui n'ont pas une nature juridique. Plusieurs hommes peuvent se mettre d'accord non seulement sur des faits ayant une valeur juridique, mais également sur des constatations concernant des valeurs de réalité (on est, par exemple, d'accord que telle chose existe, on se met d'accord sur la valeur de telle théorie scientifique) ou sur des constatations concernant des valeurs esthétiques (on est par exemple d'accord sur la valeur d'une oeuvre d'art). L'accord ne sera juridique et n'aura des effets comme tel que lorsqu'il portera sur des valeurs juridiques, c'est à dire, en dernière analyse, sur des droits et des obligations concernant l'activité sociale.

La convention juridique naît donc de volitions psychologiques, mais uniquement par leur objet rationnel et par la vaste perspective que celui-ci ouvre, comme tel, à l'élaboration intellectuelle.

#### IV. *Application aux faits contraires à la théorie traditionnelle*

S'il en est ainsi, seule la cohérence rationnelle de l'objet d'activité voulu confère au faits psychologiques du vouloir une valeur juridique ou, ce qui revient au même, une réalité proprement juridique. Les vouloirs de fait se transforment ainsi en une volonté commune. Celle-ci se dissout de toute évidence et se réduit logiquement à néant si elle est incohérente et contradictoire dans les relations qui constituent son propre objet, et il en sera de même si elle l'est dans les relations de cet objet avec les autres

objets d'activité du sujet ou même dans ses relations avec l'activité sociale des autres sujets.

Les vouloirs des hommes s'imposent, il est vrai, dans le droit, toutes les fois que le droit consacre l'autonomie de la volonté ; ils ne représentent cependant pas encore en eux-mêmes la convention ; ils ne sont que l'occasion de la déclancher. Ces vouloirs constituent une volonté, en ouvrant une perspective rationnelle commune ; la convention réside dans cette perspective même, à laquelle on adhère. L'objet de la convention se constitue ainsi „par“ l'accord de fait, mais ne se confond pas avec celui-ci.

C'est pourquoi toute convention comprend non seulement ce que les parties ont effectivement pensé et voulu, mais encore toutes les conséquences logiques et légales qui peuvent nécessairement se déduire de l'objet de la volonté initiale. En fait, les vouloirs ne portent jamais entièrement sur tout l'objet de la convention. L'interprétation des actes juridiques, de même que celle des actes législatifs, n'est que la recherche et la découverte de leur contenu rationnel. Elle prend pour point de départ l'objet d'un vouloir initial, mais elle le tisse en un réseau complexe de relations rationnelles, parfois multiples et insoupçonnées ; les auteurs de l'acte, de même que les auteurs de la loi, peuvent alors ne plus reconnaître leur propre vouloir dans l'aspect que l'objet de leur acte prend par la suite : tout acte juridique, comme toute loi, possède une vie objective autonome, qui se détache de la vie subjective de ses auteurs. Ainsi, l'objet juridique de la volonté conventionnelle ne consiste pas en quelque chose d'entièrement donné à la conscience des parties une fois pour toutes, mais en une convergence de „directions logiques“, ouvrant la „perspective“ rationnelle de toutes les relations qui peuvent logiquement s'encadrer dans l'indication initiale.

La même raison explique encore pourquoi le vouloir effectif n'est pas suffisant pour devenir une volonté juridique valide. Il ne saurait être question dans le droit de la validité de simples volontés aveugles, comme celle des animaux et même celle d'un *infans* ou d'un fou : celles-ci sont, sans aucun doute, des volontés psychologiques réelles, mais ne produisent cependant pas des effets juridiques. Il s'agit, au contraire, dans le droit, d'„êtres capables de raison“ ; les rap-



ports juridiques ne s'établissent qu'entre des „êtres raisonnables“. Un consentement incontestablement dénué de „raison“ n'existe pas pour le droit: il est juridiquement „nul“. Un vice reconnu de consentement, un défaut de capacité, d'objet ou de cause licite, représente également un défaut de coordination logique de ce qui a été voulu et c'est pourquoi il frappe l'acte réel d'une nullité juridique.

De même, les mesures de protection que le droit impose parfois à la volonté des parties dans leur propre intérêt, par des limitations ou des restrictions de leur autonomie, ne sont que l'expression de la nécessité de mettre leur volonté en harmonie cohérente avec elle-même.

La même idée explique enfin les limitations que le droit impose à la volonté individuelle dans l'intérêt de certains tiers ou dans l'intérêt de la communauté, car ces mesures ne représentent également que la coordination rationnelle de l'objet de la volonté de chacun et celui de la volonté des autres ou de tous.

L'équité et la bonne foi elles-mêmes ne sont que l'expression du même besoin de cohérence rationnelle. En effet, agir ou interpréter un acte en équité ou de bonne foi se réduit en définitive à tenir compte non seulement de ce qu'une norme posée (volontairement ou légalement) contient effectivement, mais encore de ce qu'elle n'a pas prévu: cet imprévu est ainsi coordonné avec le prévu en un tout cohérent supérieur.

La même explication, enfin, doit être donnée au fait, à première vue surprenant, que le vouloir effectif et conscient n'est pas toujours indispensable à la conclusion d'une convention.

Si, en effet, une convention ne vaut juridiquement que par la cohérence supérieure de son objet, elle devra être considérée comme conclue toutes les fois que les nécessités logiques de cette cohérence s'imposeront d'elles-mêmes avec une évidence incontestable et même alors que, dans ces cas, le vouloir effectif fera défaut; tous les exemples que nous avons donné à ce propos trouveront ainsi leur raison juridique suffisante. Dans cette hypothèse, le droit traite les personnes respectives „comme si“ elles avaient voulu en fait quelque chose de rationnel et d'objectif. C'est ainsi que les *infantes* ou les fous eux-mêmes peuvent conclure des con-

ventions par l'intermédiaire de leurs représentants légaux : le droit procède alors, par la logique, à une opération rationnelle, qui représente une nécessité de la pensée juridique et qui conduit ainsi à une réalité qui n'est sans doute pas une réalité naturelle, mais qui est incontestablement une réalité juridique ; on le fait alors soit en considérant ces êtres comme ayant été ou pouvant devenir rationnels, soit en pensant à la liaison inextricable qu'ils ont, par leur existence même, avec les intérêts légitimes des autres membres de la société. On attribue de la même manière une volonté juridique aux personnes dites morales. Car le but de la réglementation juridique, sa valeur et son existence même comme telle, résident dans les possibilités de développement en commun, cohérent et progressif, de toutes les activités humaines, canalisées par les idées morales de la société respective.

Si des conventions peuvent ainsi exister sans le vouloir effectif des parties, le domaine de la convention dépasse en réalité celui attribué à l'autonomie de fait de la volonté. Le vouloir conscient et réel se sublime en définitive pour le droit en une réalité d'une autre nature, d'une nature spécialement juridique qu'on pourrait nommer volonté „juridique“ et qui n'est qu'une réalité purement objective et rationnelle<sup>10)</sup> ; cette réalité peut seule produire des effets juridiques : c'est elle qui les produit dans les cas où le vouloir effectif des parties a existé comme réalité naturelle consciente et aussi dans ceux où il n'a pas existé comme tel, car les mêmes effets ne peuvent être dûs qu'à la même cause.

#### V. *Caractère conventionnel de tout le droit*

Nous recontrons ainsi un important problème qu'il faut élucider. S'il y a des conventions qui ne sont pas des actes de vouloir conscient et effectif, quel est en réalité le domaine de la convention dans le droit ?

Nous pensons qu'en principe le domaine de la convention pénètre le droit dans sa totalité : tout acte ou même tout fait produisant des effets juridiques possède en définitive un caractère conventionnel et tout rapport juridique est dû en dernière analyse à un acte de nature conventionnelle. Il n'y a pas, pour le droit, d'actes à

---

10) C'est la volonté „pure“ de Kant et des néokantiens, inclusive-ment celle dont parle Stammler.



volonté unilatérale, ni de simples faits ou événements producteurs, uniquement par eux mêmes, de rapports juridiques. Toutes les sources de rapports juridiques se réduisent en réalité à la convention, ou, pour employer le terme usité par le code Napoléon, au contrat.

En effet, tout droit et toute obligation ne saurait même pas être conçu s'il n'y avait absolument qu'une seule personne : le droit n'existe qu'entre une pluralité de personnes, il suppose nécessairement une „société“. S'il est vrai que *ubi societas, ibi jus*, il est également vrai que *ubi jus, ibi societas*. Tout rapport juridique s'établit entre plusieurs personnes ; il représente, dès lors, rationnellement un accord plurilatéral. La logique elle-même nous fait voir qu'on ne peut attribuer une obligation à une personne sans le droit correspondant d'une autre personne d'exiger son exécution. Les rapports juridiques s'établissent soit par des manifestations de vouloir, soit même sans ces manifestations. Mais, dans ce dernier cas, le droit suppose, par une fiction qui constitue une nécessité et une véritable réalité au point de vue purement juridique, une offre et une acceptation implicites. Il n'y a pas de relation juridique qui ne puisse être conçue comme le résultat d'une offre et d'une acceptation pour le moins implicite ou nécessaire, c'est-à-dire réelle du point de vue juridique, même si elle n'est pas réelle d'une réalité naturelle.

La notion d'acte à volonté unilatérale signifie uniquement que dans certains cas une offre ou une acceptation se produit en fait et visiblement seule à un moment dans la durée réelle. Mais même pour ces actes, c'est une situation purement apparente ou provisoire. Aucune offre ne saurait produire d'effets „juridiques“ sans son complément indispensable, sans une acceptation, et inversement.

C'est ce qui arrive de toute évidence pour les actes conclus par des offres acceptées ultérieurement. Un paiement et en général tout acte par lequel un débiteur, d'accord avec son créancier, exécute une obligation est également un acte à volonté bilatérale ; de même, tout acte par lequel un créancier, d'accord avec son débiteur, éteint une créance, par exemple une renonciation. Un testament ne signifie lui non plus rien sans un bénéficiaire qui l'accepte. Un titre au porteur enfin, pour reprendre encore un exemple classique, n'est qu'une promesse de paiement au

porteur : il n'aurait plus aucune signification sans un promettant et un porteur qui accepte la promesse.

L'acceptation, dans certains cas, n'est pas visible et effective: elle est alors supposée par le droit comme ayant une existence juridique implicite ou nécessairement obligatoire. Tout acte à volonté effective unilatérale qui lie juridiquement une autre personne suppose l'acceptation, au moins implicite ou même obligatoire, de cette personne.

Tel est le cas des offres obligatoires par elles-mêmes dès le moment où elles se produisent. C'est aussi le cas de tous les actes unilatéraux d'extinction d'une obligation; ils peuvent être obligatoires même pour l'autre partie. La gestion d'affaires, autre exemple généralement donné d'acte à volonté purement unilatérale, doit être analysé de la même manière. De même, la reconnaissance d'un enfant naturel: elle n'est plus rien sans l'enfant qui en bénéficie et qui est ainsi „juridiquement“ supposé en accepter les effets. La prescription acquisitive ou extinctive oblige celui qui perd ses droits par une acceptation juridiquement nécessaire; le résultat juridique de l'opération s'impose même à l'acceptation en général de tous les membres de la société respective. Cette dernière situation est aussi celle de l'occupation de biens sans maître. Les actes unilatéraux du droit public, quand ils sont légitimes, cachent en réalité tous une acceptation implicite et obligatoire des intéressés, acceptation qui fonde en définitive, sous forme d'adhésion implicite, toute l'organisation juridique: tout le droit positif en son ensemble doit s'expliquer de ce point de vue par une convention fondamentale.

Il y a des hypothèses où l'offre elle-même est „juridiquement“ supposée. C'est la seule analyse juridique qu'on puisse faire des actes qui manifestent un vouloir fautivement insuffisant ou un vouloir contraire au droit. Il est impossible d'analyser les effets d'un quasi-délit ou d'un délit autrement que par une volonté obligatoire, impliquant une offre et une acceptation qui n'existent pas comme actes de vouloir naturel, mais qui existent „juridiquement“.

Certains événements naturels sont enfin parfois eux-mêmes producteurs de rapports juridiques, tels la naissance, la mort, l'apparition d'une incapacité naturelle, comme la



folie, celle d'un besoin alimentaire, etc. Mais un évènement naturel ne saurait intéresser le droit sans être l'objet d'un rapport juridique qui se constitue non entre des faits de la nature et des personnes, mais uniquement entre des personnes. Un incendie peut détruire un immeuble et faire aussi disparaître un droit de propriété : mais cela signifie uniquement, pour le droit, que le propriétaire ne peut plus exiger, des autres membres de la société, faute d'objet, le respect de l'obligation passivement universelle qui constitue sa propriété. De même, lorsqu'un enfant vient au monde, sa naissance (ou sa conception) n'intéresse le droit que par les relations juridiques, les droits ou les obligations, qui apparaissent à cette occasion dans ses rapports avec d'autres personnes ; mais s'il a des droits ou des obligations, c'est que „juridiquement“ il les accepte : on lui attribue ces droits et ces obligations „comme si“ il les acceptait. La mort, d'autre part, éteint pour l'avenir la possibilité de l'activité réelle dûe à l'initiative du décédé : mais sa personnalité juridique subsiste en un sens, rationnellement, car sa volonté effective ou supposée, réduite à une pure volonté juridique, s'impose même *post-mortem* ; l'acceptation de son héritage suppose nécessairement son offre qui dure „juridiquement“ même après sa mort ; sa volonté peut même encore s'imposer aux vivants, car un testament peut contenir des conditions essentielles dont la violation entraîne la perte du droit des bénéficiaires. Il en est de même lors de l'apparition d'une incapacité naturelle, comme la perte de la raison. La survenance enfin d'un besoin alimentaire en la personne de celui qui a droit à une pension ouvre ce droit par une obligation du débiteur, supposée nécessairement et par conséquent juridiquement acceptée par lui.

Dès lors, et si aucune situation juridique ne peut exister sans une pluralité de personnes, il n'y a plus en réalité, dans le droit, que des actes de volonté juridique plurilatérale. Tout rapport juridique est dû, au point de vue rationnel qui est celui du droit, à un accord qui peut être réel, implicite ou obligatoire. Tous les actes, les faits ou les évènements produisant des effets de droit ont en dernière analyse un caractère juridique plurilatéral : tous sont donc des accords, des conventions au sens large de ce terme. On peut distinguer dans cette masse les accords conscients pro-

duisant les effets de droit voulus directement par rapport aux parties à l'acte, parties en nombre déterminé : ce sont les conventions au sens habituel ; mais les autres accords sont encore des conventions.

La convention est ainsi un phénomène juridique s'étendant à tous les faits qui sont des sources de rapports juridiques<sup>11)</sup>. En partant de la notion de convention au sens restreint, on arrive à constater que la convention se confond avec le droit lui-même. Les limites entre la convention proprement dite et le sens général de ce terme ne peuvent même pas être toujours déterminés avec précision<sup>12)</sup>.

Reprenons à présent notre conclusion sur le fondement de l'obligativité des conventions.

---

11) Toute la théorie des sources des obligations ou, pour mieux dire, des sources des rapports juridiques, serait ainsi à remettre à point. En tout cas, la loi n'est jamais par elle-même une source de rapports juridiques: elle ne fait que consacrer certains faits qui, eux, sont les vraies sources des rapports juridiques.

12) La notion habituelle de convention, en effet, n'est pas constituée sur des bases logiques.

Cette notion suppose : 1) une activité juridique libre et rationnelle, 2) des volontés de fait conscientes, 3) un accord effectif de toutes les parties, 4) la détermination précise des parties à l'acte et 5) la naissance des effets juridiques voulus dans la personne des participants à l'acte.

Nous croyons cependant avoir démontré, par des exemples, qu'aucun de ces traits ne caractérise réellement la convention et qu'ils se perdent graduellement dans la mesure où nous envisageons d'autres actes voisins, également considérés comme conventionnels.

D'ailleurs, en opposant les conventions considérées comme accords réels de volontés conscientes aux actes et aux faits produisant des effets juridiques sans un tel accord, l'énumération classique des sources, des obligations inclut parmi les conventions des actes dans lesquels la volonté réelle de toutes les parties n'intervient pas effectivement : telles sont les conventions conclues par représentation et, plus visiblement, celles des enfants et des fous, celles conclues par des acceptations ultérieures et même sous-entendues, etc.

En définitive, l'énumération traditionnelle des sources des obligations ne présente pas une classification faite d'après un point de vue juridique, mais un simple essai de grouper certains faits réels, en considérant les conventions elles-mêmes comme des actes réels psychologiques. Mais il est logiquement impossible de classer des phénomènes juridiques en employant un critérium non-juridique : en procédant de cette manière on ne saurait comprendre tous les faits à classer. La théorie traditionnelle arrive ainsi à créer de toutes pièces une source par trop commode, la loi, qui n'est en réalité qu'un réservoir où l'on entasse pêle-mêle les faits qu'on n'arrive pas à classer. La loi consacre en pratique positive toutes les sources d'obligations : elle ne peut donc être elle-même une source.



## VI. *Justification de la convention*

Qu'une convention représente un accord consciemment voulu ou non, le fondement de sa valabilité juridique est en principe le même que celui du droit en général. Pour être reconnu juridiquement valable, l'objet d'une activité doit être cohérent et non-contradictoire non seulement en lui-même, mais encore en rapport avec les objets des autres activités sociales.

A première vue, on peut être enclin à trouver une explication utilitaire à l'obligativité des conventions. Les conventions seraient obligatoires parcequ'il est utile de les considérer comme telles : leur violation conduirait au contraire à la désorganisation et à la désagrégation sociale.

Mais on peut invoquer contre cette manière de voir toutes les objections classiques qui ont été formulées contre l'utilitarisme éthique. Il est possible que, dans certaines situations, la désagrégation de la société soit dans l'intérêt de quelqu'un : alors pourquoi serait-il encore tenu par ses obligations ? Le droit ne se réduit pas à une simple opportunité. L'utilité ne saurait fonder ni l'idée de „droit“, ni l'idée d'„obligation“, qui sont cependant de l'essence de tout rapport juridique. D'ailleurs, les notions d'utilité, de bonheur, de perfection sont tellement indéterminées, comme le disait Kant, que „malgré le désir de chacun d'être heureux, personne ne saurait dire avec précision et sans se contredire ce qu'il veut réellement“. Ces notions ne comprennent pas celle du bien et du mal, elles présupposent au contraire la „direction“ qu'on prétend expliquer par elles<sup>13</sup>). Une convention juste est toujours utile à la société, mais elle l'est parcequ'elle est juste et elle n'est pas juste parcequ'elle est utile : de même, une vérité est utile parcequ'elle est vraie et elle n'est pas vraie parcequ'elle est utile. La loi elle-même ne saurait consacrer la validité positive des conventions que parcequ'elle les considère comme justes et non uniquement parceque, même manifestement injustes, elles seraient utiles, ce que serait en définitive contradictoire.

A quoi pense-t-on en réalité quand on affirme que la violation des conventions désagrègerait la société ? On pro-

---

13) Comp. : D. Parodi, *Les bases psychologiques de la vie morale*, Alcan, 1928.

cède à une généralisation : on veut dire que si les „conventions en général“ étaient violées, la société ne pourrait plus subsister. Ce qui est déterminant dans ce critérium logique est d'éviter les contradictions. L'„utile“, comme toute activité féconde, ne peut être obtenu dans la société que par la cohérence rationnelle généralisée, qui le domine et qui représente justement l'idée de justice. C'est pourquoi nos „attentes ne doivent pas être trompées“ (E. Lévy) : promettre quelque chose et ne pas le tenir est injuste. Le critérium de la cohérence logique de nos fins d'activité, qui est en même temps le critérium de la justice, est par conséquent la véritable mesure de la valeur juridique de la convention.

Ce critérium de cohérence rationnelle n'est pas purement formel, ainsi qu'on a pris l'habitude de le dire à la suite des adversaires du néokantisme, et il n'est pas inefficace. Il conduit, au contraire, à l'intensification de la vie sociale et individuelle. Tout acte injuste est, en effet, en contradiction avec le fait même de la vie, partout où elle existe et tout acte dirigé contre la vie en son essence doit être considéré comme injuste. Même si l'on disait qu'une activité pourrait être conséquente en étant uniquement dirigée contre la vie, on se mettrait ainsi en contradiction avec l'acte même qui pense cette activité, car tout acte de pensée est essentiellement un essor vers une vie toujours nouvelle et toujours plus intense.

Les activités humaines ne sauraient d'ailleurs devenir sociales que par la raison. Tout élément psychologique est individuel et ineffable : les éléments logiques représentent au contraire une liaison et par conséquent une communion inter-individuelle. Les membres d'une même société humaine ne sauraient s'entendre entre eux que par la raison. La raison, consciente ou inconsciente, est la clef de voûte de la convergence qui constitue l'essence des activités sociales : seul ce qui est cohérent, ce qui est raisonnable, relie les activités les unes aux autres. Le progrès ne saurait se réaliser autrement que par la recherche de la cohérence qui est conforme à la raison. L'unité et la convergence introduites par la raison dans les activités humaines constitue le levier de toute solidarité et de toute construction sociale ; sans ce point d'appui, l'édifice des réalités sociales s'écroule. La rai-



son unificatrice est agrégation sociale ; l'incohérence est désagrégation. La raison est organisatrice : elle institue la structure profonde et indispensable de toute vie sociale humaine ; les oppositions irréductibles amènent sa mort. Les actes contradictoires s'annihilent par eux-mêmes : la non-contradiction entre les activités sociales et par conséquent leur constitution en système logiquement cohérent est justement la justice.

La libre recherche consciente de ce qui est cohérent et raisonnable est ainsi une valeur dernière. C'est pourquoi le droit protège les conventions justes faites consciemment. La multiplication des conventions conscientes conclues sous l'égide de l'idéal de justice et de moralité représente toujours une création sociale d'une valeur nouvelle. Vouloir consciemment en commun et coopérer d'accord avec les autres est d'une haute signification. La volonté, en exerçant sa liberté juridique, crée en réalité le droit et l'amplifie ; elle féconde les relations sociales. C'est pourquoi la convention en général et surtout la convention consciente de ses fins joue un rôle primordial dans le droit. Sa rationalité explique sa validité.

C'est par des volontés réelles que l'ordre juridique positif existant à un moment donné est soumis à des changements historiques. Les transformations juridiques et sociales peuvent constituer une évolution lente et à première vue imperceptible, elles peuvent parfois se produire par des éruptions violentes, par des révolutions : mais elles existent à tout moment et elles tendent toujours en principe vers une adaptation rationnelle, vers un progrès, car elles se produisent au nom d'un ordre juridique idéal et meilleur, consciemment pensé eu subconsciemment senti dans les tendances et émotions sociales d'une époque. Sans des volontés réelles, avec leurs libres initiatives, le progrès social et juridique deviendrait donc impossible et la structure sociale se figerait en des formes surannées qui finiraient par tuer la société elle-même.

Aussi notre conception de la volonté juridique ne signifie-t-elle nullement que le bien d'un individu ou d'une société devrait être imposé du dehors.

Cette interprétation négligerait ce fait essentiel que la raison est immanente à toute activité humaine réelle. Somme

toute, cette interprétation signifierait une incohérence rationnelle. La volonté juridique est autonome et non hétéronome.

Imposer, en effet, quelque chose à quelqu'un, fût-ce son bien, contrairement à ce qu'il pourrait en principe savoir et vouloir, c'est effectuer par définition un acte contradictoire. Cet acte ne devient possible logiquement et il ne se transforme en bien véritable que par l'adhésion rationnelle ultérieure, consciente ou implicite, des intéressés.

D'ailleurs celui qui imposerait ainsi le bien ferait un acte de libre volonté : non seulement, les mêmes conditions étant données, ce bien doit alors pouvoir être généralisé pour ne pas être contradictoire avec lui-même et cesser ainsi d'être un bien, mais encore l'acte qui l'impose doit, à son tour et dans les mêmes conditions, pouvoir être généralisé en principe : dès lors, chacun doit pouvoir l'imposer aux autres, ce qui est encore contradictoire, à moins que les volontés de fait de chacun et de tous ne s'arrangent à coexister par une canalisation rationnelle commune ou, en d'autres termes, par la justice.

Enfin, toute norme juridique doit se fonder sur des faits sociaux et le bien devient une référence à des faits sociaux rendus non-contradictaires en leur libre essor en avant. Si le droit doit ainsi tenir compte de tous les faits sociaux et qu'il les exprime, il doit promouvoir avant tout les initiatives que toute activité comprend nécessairement en elle.

C'est pourquoi la société vit et les activités progressent et s'ordonnent entre elles avant tout par la liberté réalisée.

#### VII. *L'idée de liberté juridique et la notion d'autonomie de la volonté*

Les explications qui précèdent ne seraient pas complètes sans quelques indications supplémentaires plus précises sur la signification de l'idée de liberté juridique, telle qu'elle se dégage des observations que nous avons faites, et sur les rapports de cette idée avec la notion d'autonomie de la volonté.

La convention suppose toujours, sous tous ses aspects protéiformes, la liberté juridique ; celle-ci est impliquée dans tout phénomène juridique, même obligatoire. La convention au sens restreint, la libre convention consciente, est, au contraire, une des manifestations de l'autonomie de la volonté.



par le principe de la liberté des conventions : nous possédons une „faculté“ octroyée par le droit positif de conclure des conventions, dans le domaine où il ne les défend pas. Mais l'exercice de l'autonomie de la volonté ne peut pas se concevoir sans la liberté juridique.

Kant a employé le plus souvent le terme autonomie de la volonté au sens de liberté éthique et non avec la signification usuelle que nous lui donnons dans le droit. Pour lui, cette autonomie est le caractère de la volonté „pure“ de se déterminer en vertu de sa propre essence, par la raison éthique, à l'exclusion de tout motif sensible. Il ne pense pas à une volonté psychologique donnée, qui, en posant d'elle-même une loi, serait nécessairement déterminée par des „motifs sensibles“ et conduirait par conséquent à l'arbitraire ; il ne pense pas à un fait, à une donnée immédiate de la conscience, mais à une „idée“ *a priori* ; la libre volonté qui, pour être „autonome“, se donne ainsi sa propre loi est une „volonté pure“ : on n'a pas à la chercher dans le domaine de l'observation.

L'autonomie de la volonté est au contraire, pour les juristes, un pouvoir de se donner à soi-même des lois, de faire un acte juridique et de lui donner les effets qu'on voudra, mais uniquement parcequ'aucun obstacle ne lui est opposé par le droit positif et non par la raison superpositive elle-même.

La liberté juridique ne se base pas sur les règles du droit positif ; ce sont au contraire ces règles qui se basent sur la liberté juridique, qui est un principe antérieur à ses règles et simplement reconnu par elles.

Nous devons donc éviter les confusions.

Commençons par préciser la signification de la liberté juridique.

La liberté, au sens général et telle que le droit l'entend également, n'est pas une „réalité“ naturelle ; elle s'oppose au déterminisme des données de la nature, tel que les sciences positives le connaissent et qui n'est pas en lui-même une „réalité“ non plus. Ces deux idées ne sont que des postulats de notre pensée. Un phénomène naturel est nécessairement conçu par notre pensée sous l'angle du déterminisme ; connaître un „objet“, c'est le déterminer d'une façon ou d'une autre ; sans déterminisme, aucune connaissance et à plus forte



raison aucune science ne serait plus possible. Les sciences prennent pour point de départ en principe la présupposition que les données qu'elles étudient doivent pouvoir s'expliquer par le déterminisme, sans quoi leur recherche même perdrait son ressort intime et toute activité scientifique s'arrêterait court<sup>14</sup>). Un phénomène éthique est au contraire, mais de la même manière, conçu nécessairement par notre pensée sous l'angle de la liberté ; la morale et le droit présupposent comme point de départ la liberté des sujets ; ces deux disciplines ne seraient plus rien sans cette liberté, car il n'y a ni morale ni droit pour les choses mécaniques.

Précisons en ce sens que tout „objet“ logique de connaissance est conçu d'avance comme déterminé par des objets de même nature ; tout „acte“ logique de connaissance, en tant que tel, est conçu d'avance, au contraire, comme libre et il est attribué, avec ce caractère, à un sujet : nous pouvons ainsi parler de véritables créations spirituelles dans l'histoire. De ce point de vue, les sciences dites naturelles (comme la physique, la biologie, la psychologie, la sociologie) „constatent“ la réalité naturelle de différents „objets“ logiques de pensée, fixés en leur détermination, et par conséquent elles les expliquent en les qualifiant par des causes ; la morale et le droit qualifient au contraire des „sujets“ qui n'ont aucune réalité naturelle comme tels, en leur attribuant des activités et en les appréciant ainsi par ces activités libres et créatrices.

D'autre part, quand nous disons „objet“ et „sujet“, nous ne pensons pas nécessairement à des données conscientes. Un phénomène physique n'est jamais conscient ; les phénomènes biologiques, psychologiques, sociologiques peuvent l'être ou ne pas l'être. De même, un phénomène moral

---

14) Les soi-disant faits d'indétermination que la physique contemporaine décele ne sont pas en ce sens des faits indéterminés. On fait à ce sujet trop fréquemment une confusion inacceptable, en disant que dans ces cas le subjectif intervient dans les données. Ce sont toujours des phénomènes physiques (effets de la lumière, par exemple) qui nous empêchent de constater soit le mouvement soit la position des particules ; il y a donc là un déterminisme physique et c'est lui qui met obstacle subjectivement et espérons-le provisoirement à la détermination de ces phénomènes : en expliquant ce fait par les déviations provoquées sous l'action de la lumière, le physicien, loin d'éliminer le déterminisme, le suppose, le reconnaît et en use.



ou juridique n'est pas nécessairement conçu comme psychologiquement conscient.

Il y a même plus : l'„acte“ logique de la connaissance n'est pas conçu comme étant un phénomène psychologique conscient et subjectif ; il en est distinct par son objectivité et par les virtualités rationnelles qu'il contient. Un raisonnement est conçu comme existant par lui-même, d'une existence objective qu'il faut découvrir, même si personne ne l'a encore pensé subjectivement ; d'ailleurs, une fois pensé par quelqu'un, il ne s'épuise pas dans cette pensée psychologique et il est toujours susceptible de développement et de vérification ; par nos actes psychologiques intellectuels nous „tendons“ vers la logique, c'est à dire vers la vérité, sans jamais pouvoir la saisir effectivement et absolument dans toute sa plénitude.

Dès lors, la liberté logique n'est jamais une liberté d'indifférence. Elle représente un acte de création soumis à ses nécessités logiques internes. En ce sens, elle est même une obligation et en même temps un droit, par la nécessité intérieure et l'essor intime qui la constituent.

La liberté est donc la conformité, consciente ou non, de l'activité à la raison objective. Etre libre, c'est agir raisonnablement. C'est pourquoi nous disons que celui qui agit par d'autres causes d'action que celles que la raison impose n'est pas libre. Celui qui se laisse entraîner par ses impulsions ou par ses passions aveugles<sup>15)</sup>, de même que celui qui est mécaniquement contraint d'agir d'une certaine manière par des forces naturelles, n'est pas libre.

Dans ces conditions, toute nécessité naturelle est étrangère à l'idée de liberté. Il est impropre de parler de liberté, et spécialement de liberté juridique, à l'occasion de l'impossibilité physique d'un homme d'enfoncer un mur, de toucher du doigt le ciel<sup>16)</sup>, ou de vaincre une nécessité biologique, psychologique ou sociologique s'imposant inéluctablement.

La liberté juridique, comme toute réalité juridique en général, suppose l'existence de réalités sociales et, par cela même, elle suppose l'existence de réalités psychologiques, biologiques et physiques. La liberté juridique n'existera donc

---

15) Comp. : art. 104 et 827 c. c. allemand.

16) „Si Titius coelum digito tetigerit“, Gaius, 3,98 ; Inst. 19, De inut. stip. 11.

que là où les lois et les nécessités naturelles sociales, psychiques, biologique ou physiques, sont satisfaites et permettent à cette liberté de s'exercer. Il ne peut donc être question de liberté juridique là où des obstacles de fait, quelle que soit leur nature, s'opposent nécessairement à une activité ; une prestation juridique ne doit pas devenir impossible, *ad impossibilia nemo obligatur* : la théorie de la force majeure, sous tous ses aspects, intervient dans ce cas.

Il ne faut donc jamais confondre la liberté naturelle, physique, biologique, psychologique ou sociologique, avec la liberté juridique. En affirmant que la volonté doit être „libre“ dans les actes juridiques, on ne nie pas que le vouloir des parties est „déterminé“ par des conditions psychologiques et sociales. Le sujet qui possède la liberté physique de faire quelque chose, la liberté psychologique de penser, ou même la liberté sociale d'agir dans des circonstances données, n'exerce pas sa liberté juridique. Il peut exercer une „liberté“ naturelle, tout en n'exerçant pas une liberté „juridique“. Tous ceux qui violent les règles du droit sont dans ce cas. L'homme dont l'activité est antisociale est „naturellement“ libre de la réaliser, mais il ne l'est pas „juridiquement“ : on n'a pas le droit de faire tout ce qu'on veut et ce qu'on peut. Le droit arrive même à réputer juridiquement libres des volontés qui ne le sont pas effectivement, par exemple celles des débiteurs en général au moment de l'exécution forcée de leurs obligations.

La liberté juridique n'existe que si l'activité sociale, consciente ou non, est conforme à la cohérence des fins que la raison impose, que si cette activité est, en d'autres termes, juste. Le voleur n'est pas juridiquement libre de s'approprier le bien d'autrui ; l'honnête homme qui respecte le bien des autres réalise au contraire sa liberté juridique. La norme qui interdit un crime n'est pas en son essence un obstacle à la liberté de commettre le crime : cette liberté n'existe pas juridiquement. La liberté juridique a uniquement une signification rationnelle et normative.

Dès lors, la liberté juridique ne résidera que dans la réalisation d'une activité sociale ou d'une abstention conformément aux normes juridiques, c'est à dire aux droits et aux obligations du sujet. Le droit peut ainsi refuser de reconnaître une liberté juridique dans des cas où les volitions psychologiques conscien-



tes existent et où matériellement, psychologiquement, ou socialement les actes sont, pour ainsi dire, libres : cette dernière liberté n'est pas la liberté juridique. De même, le droit peut reconnaître la liberté juridique dans des cas où la conscience fait défaut et même dans des cas où l'acte n'existe pas comme réalité naturelle matérielle, biologique, psychologique ou sociale. Il y a donc une vraie opposition entre l'idée de liberté juridique et celle de liberté de fait : ces deux idées ne coïncident pas.

La liberté juridique ainsi conçue est, dès lors, impliquée dans tout acte conventionnel en général : elle s'étend à tout le domaine du droit et elle n'est pas nécessairement conçue comme consciente. Notre activité habituelle de tous les jours est en général conforme au droit et elle implique par conséquent l'exercice de la liberté juridique, quoiqu'elle ne soit pas toujours consciente „actuellement“ de ses droits et de ses obligations. Un sujet réalise ainsi sa liberté juridique quand, de toute façon, il fait ce que la raison juridique l'oblige et qu'il ne fait pas ce qu'elle lui défend.

Déterminer ce qui est libre selon la justice rationnelle, c'est rendre les activités sociales fécondes, car c'est les rendre cohérentes et en créer toujours de nouvelles. La liberté juridique représente l'essor même de la raison en ses réalisations progressives.

Le droit positif a justement pour mission de promouvoir de toutes manières la liberté juridique, en l'entourant de toutes les garanties sociales et en imaginant tous les moyens sociaux qui peuvent la protéger et la rendre plus efficace.

Mais le droit positif est un produit réel de la pensée des hommes et non la pensée elle-même. Il a ainsi tous les inconvénients des produits humains de la pensée : il est perfectionnable et, par cela même, il est provisoire, incomplet et imparfait ; il constitue un objet déterminé de connaissance et ses prescriptions, par cela même et de par leur nature logique, ont un caractère de fixité ne s'adaptant qu'imparfaitement à la vie elle-même ; produit de notre pensée, il est par cela même comme une espèce de scordification solidifiée, refroidie et rejetée en dehors par l'essor de notre pensée en sa marche en avant vers ses réalisations sociales, quoiqu'il soit en même temps un appui nécessaire à cette ascension continue.

La liberté juridique est donc pensée vivante et créatrice. Le droit positif pris en lui-même est au contraire figé et mort dans ses prescriptions fixées d'avance et qui devraient s'imposer comme telles.

Mais les mailles du réseau juridique positif ne peuvent couvrir, de toute nécessité, qu'une partie très réduite de l'immense réalité mouvante, de l'élan efficace et multiforme qui fait la vie sociale. Si toute la vie était commandée, elle ne serait plus vie.

Ce qui est ainsi laissé libre de toute prescription positive forme le domaine de l'autonomie de la volonté. La notion juridique de l'autonomie de la volonté n'a une signification que par rapport au droit positif. C'est la portion de liberté sociale octroyée par le droit positif. Elle est tout autre chose que la liberté juridique.

Le droit positif ordonne de ne pas tuer et de respecter les obligations acceptées ; il nous ordonne ainsi d'être juridiquement libres et il ne confère pas dans ces cas une autonomie à notre volonté : il la lie, au contraire à des prescriptions qu'il lui impose. La liberté juridique est donc une notion opposée à l'autonomie de la volonté.

Il faut donc distinguer ici deux catégories juridiques. Nous devons faire ce que la raison juridique nous impose et nous ne devons faire que cela : nous exerçons alors notre liberté juridique, qu'elle soit consciente ou non. D'autre part, les normes du droit positif ne prescrivent pas seulement des obligations ou des droits déterminés, elles réservent encore nécessairement au sujet certaines „facultés“ où leur libre choix s'exerce à sa guise, sous la forme de l'exercice d'un droit en général ; dans ce dernier cas le sujet peut faire ou ne pas faire, par rapport au droit positif, certains actes juridiques conscients. La conclusion des conventions au sens restreint est dans ce cas : ces conventions sont permises par le droit positif, il nous reconnaît la „faculté“ de les conclure. La faculté ou possibilité réservée par le droit positif de procéder à ces actes juridiques constitue ce qu'on nomme l'autonomie de la volonté. Mais c'est tout autre chose que la liberté juridique : celle-ci doit exister même là où le droit positif ne reconnaît aucune autonomie à la volonté.

On a dit en ce sens que l'autonomie de la volonté n'est que „partielle“ dans le droit : il ne nous est permis que ce qui n'est



pas interdit par la loi<sup>17)</sup>; Portalis a même fait prévoir dans le projet de code civil que „la loi répute licite tout ce qu'elle n'interdit pas“<sup>18)</sup>. Cela veut dire tout simplement que, dans certains domaines, la loi n'impose apparemment rien et que, dans ces domaines, les actes ainsi faits sont valables juridiquement. Cependant, il ne saurait être ici question de la liberté juridique à proprement parler : si celle-ci n'était que „partielle“, elle n'existerait plus, car elle ne peut exister qu'en son entier.

La liberté juridique est en réalité présupposée par l'autonomie de la volonté.

Le droit permet ou impose, en effet, certains actes, positifs ou négatifs ; il conçoit des droits ou des obligations, selon l'aspect sous lequel ces actes sont considérés. Mais, même lorsque le droit permet un acte et qu'il confère un droit sous la forme d'une „faculté“, il est loin de considérer cet acte comme arbitraire. Il serait absurde d'affirmer qu'on reconnaît des droits à quelqu'un dans le but de lui faciliter une activité immorale ou contraire à l'idée de justice : aucun juriste et aucun législateur ne saurait prendre pour point de départ ce principe négatif. Le but du droit est la réalisation d'un idéal éthique dans la vie sociale et non la consécration de l'arbitraire, ce qui équivaldrait à la suppression de l'ordre social. Il n'y a pas de droit qui ne soit inspiré et imprégné par une éthique ; lorsque cette éthique est reconnue injuste, le droit positif cesse d'être du droit et n'est plus que force qui s'impose.

Le droit subjectif reconnu par le droit positif ne constitue donc pas „un domaine où la volonté individuelle règne indépendante“, ainsi que le disait Savigny<sup>19)</sup> ; il n'est pas „une volonté de domination“, un pur „pouvoir de volonté“ (Bekker, Windscheid). D'après cette conception, chacun aurait, dans le cadre de limites déterminées, la faculté d'agir d'après ses propres appétits, de satisfaire ses caprices et ses impulsions, quelques injustifiables qu'il soient : là serait la condition d'une humanité supérieure<sup>20)</sup>. L'arbi-

---

17) Par ex. : Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, V-e éd., I, No. 288.

18) *Livre préliminaire du code civil*, T. IV, art. 8.

19) Schuppe, *Der Begriff des subjektives Rechts*, p. 39 et 49.

20) *Ibidem*.

traire de l'individu se trouverait élevé au rang de fin en soi et la détermination morale de la volonté par la raison s'évanouirait bientôt, en réduisant le droit à ce vain formalisme, ironisé par Jhering<sup>21</sup>).

Le droit ne saurait consacrer l'autonomie de la volonté qu'uniquement dans un but supérieur : il estime en définitive que le développement moral de la société et de ses membres est mieux garanti par cette autonomie et il la supprime là où il lui semble raisonnable et nécessaire d'imposer des prestations déterminées. Lorsque les situations juridiques impliquent pour le sujet, conformément au droit positif, des possibilités de droit, leur contenu doit être déterminé par un idéal éthique : c'est la véritable signification de la reconnaissance d'une sphère de libre activité à la volonté des sujets ; le droit positif fait alors de tout sujet actif de droits subjectifs un législateur et, comme tout législateur celui-ci doit être inspiré dans chacun de ses actes par les idées de bien moral et de justice.

Tout droit est ainsi toujours dans sa totalité une tâche éthique à accomplir. De même, toute obligation est le reflet de cette tâche. Tout droit et toute obligation sont alors inextricablement liés, dans la réalité sociale, à la totalité des rapports qu'implique la société ; sous une apparence de simplicité, ces éléments sont l'expression fidèle de la complexité des phénomènes sociaux correspondants.

Une activité ne reçoit donc pas sa signification juridique de la volonté du sujet, mais de l'idéal de justice et de bien moral qu'elle doit réaliser. Nous trouvons ici la seule explication possible du fait incontestable que, dans le domaine où la loi n'impose rien, les actes faits sont valables pour le droit et qu'ils doivent l'être.

La législation positive se réserve d'ailleurs le droit d'intervenir par de nouvelles prescriptions toutes les fois que le législateur estime une activité comme ne correspondant plus à son but social de justice supérieure. Il est certain que le propriété et surtout la propriété foncière, le commerce, la production économique et intellectuelle, la famille enfin et

---

21) Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht : zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. Grundfragen den neuen Rechtswissenschaft*, 1935.



les droits publics, remplissent en ce sens une fonction sociale qui confère au législateur un droit d'intervention dans les cas où les fins sociales sont mises en danger.

A l'intérieur du droit positif lui-même, tel qu'il est posé à un moment donné, la reconnaissance de l'abus du droit conduit à limiter d'autonomie de la volonté, quand elle se manifeste contrairement au but rationnellement légitime de l'institution juridique : tel est le sens profond des théories du professeur Josserand en France et du professeur Siebert en Allemagne <sup>22)</sup>.

Nous ne sommes pas libres d'abuser de notre droit ; nous devons en user de manière à satisfaire aux nécessités sociales qui lui correspondent. L'exercice de l'autonomie reconnue de la volonté est ainsi surveillé par le droit positif lui-même en vue de sa manifestation correcte sous un aspect plus élevé. Cette autonomie a une base éthique qui lui confère seule sa véritable signification juridique.

La liberté juridique, nécessité intérieure de la raison elle-même, est donc autre chose que l'autonomie reconnue à la volonté par le droit en certains domaines. La liberté juridique domine cette autonomie de très haut. Une activité n'est juridiquement libre que lorsqu'elle est polarisée vers un idéal éthique rationnel. En principe et en raison, une activité n'est jamais libre au sens que le sujet serait absolument maître du choix de ses actes juridiques. Les nécessités techniques du droit positif forcent cependant celui-ci à reconnaître aux sujets certains domaines où aucun choix ne leur est juridiquement imposé ; c'est même là une des conditions du progrès et de l'humanité supérieure, car le droit positif, figé et mort, doit lui-même reconnaître, pour ne pas être une pure force qui s'impose, un domaine qui lui est supérieur, celui de la justice vivante et créatrice : l'autonomie de la volonté est un hommage que le législateur doit rendre à la justice. Une convention juste, même nécessaire et obligatoire en droit positif, implique toujours la liberté juridique.

---

22) Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauches*, dans *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 189—224, et *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung* 1937, spécialement p. 83 et. s.



VIII. *L'idée de convention est un élément fondamental de la raison en général ; elle se constitue par l'union des idées d'activité, de volonté et de réalité, sous l'égide de celles de finalité et de liberté*

Nous avons essayé de dégager les éléments essentiels de l'idée de convention et nous sommes arrivés à la conclusion que la convention s'étend à tout le domaine du droit. En réalité, une observation attentive pourra montrer que l'idée de convention est beaucoup plus générale et qu'étant inhérente à tout acte de pensée elle est liée à toute réalité connue ou connaissable. La Philosophie vient ainsi à l'aide du droit et l'explique.

Nous avons vu que l'idée de convention comporte l'idée d'activité volontaire, comprise d'une certaine manière. Cependant l'idée de volonté conduit à celle d'activité en général, à celle de finalité et de liberté et par cela même à celle de raison. Toutes ces idées sont ainsi reliées à celle de convention. C'est ce qui nous reste à expliquer.

Commençons par quelques considérations générales sur l'idée d'activité et sur les divers aspects possibles sous lesquels elle peut se manifester. Car l'idée d'activité en général se rapporte en réalité à plusieurs groupes distincts d'activités et celles-ci sont complètement différentes, par leur nature même, d'un groupe à l'autre.

La notion courante de l'activité ne se rapporte, au contraire, qu'à certains groupes spéciaux d'activité qui sont d'ailleurs confondus en un tout peu scientifique. En effet, lorsque nous pensons à une activité, nous pensons à nos propres actions réelles, à des comportements bio-psychologiques. Ces comportements se décomposent en réalité en activités spécialement biologiques (physiologiques) et en activités psychologiques, qui sont cependant deux ordres d'activités complètement différents entre eux.

Mais il y a encore en dehors des activités biologiques et psychologiques d'autres genres d'activités ; une étude scientifique doit les distinguer sans les confondre entre eux.

Il faut ainsi reconnaître, en tout premier lieu, l'existence d'une activité logique. Celle-ci existe objectivement, par elle-même, indépendamment de toute donnée psychologique individuelle : l'activité logique d'identification et de différenciation est conçue comme préexistant à toute connaissance subjective. La vérité existe ainsi, même si, en fait, nous



sommes incapables de la comprendre. Mais c'est elle et son activité logique que nous tendons à saisir par notre activité réelle intellectuelle.

L'activité logique est même le principe créateur de toute pensée objective. Grâce à elle, tout ce que nous pouvons penser et connaître se constitue sous forme de synthèses toujours nouvelles de relations rationnelles.

C'est ainsi que nous constatons par l'activité logique les données mathématiques. Mais les nombres et les formes géométriques représentent également un genre spécial d'activité, une activité proprement mathématique, car ils se „déterminent“ les uns par les autres : nous exprimons cette détermination par des équations. L'activité mathématique suppose l'activité logique pure, mais la dépasse par une synthèse créatrice de relations nouvelles, car toute connaissance mathématique implique la logique, mais n'est pas complètement réductible à la pure logique <sup>23</sup>).

L'activité logique, tout en se basant sur des données mathématiques, nous fait encore reconnaître des activités physiques, telles que la science les constate. Elles sont également d'une nature originale et se distinguent nettement de tout autre genre d'activité. Les données physiques supposent cependant toujours des données mathématiques, car elles se présentent nécessairement sous l'aspect d'unités et de formes ; mais elles les dépassent par une synthèse créatrice de relations nouvelles : un phénomène physique est incontestablement quelque chose de plus qu'un composé de simples relations numériques et géométriques.

L'activité biologique, qui est pensée par la notion courante d'activité et qui est étudiée par la physiologie, représente de même une synthèse nouvelle et irréductible par rapport aux données physiques, mais elle est dotée en plus de ce que nous nommons la vie biologique.

A son tour, l'activité psychologique doit être également reconnue comme réalité indépendante. Elle représente encore un palier nouveau dans cette ascension rationnelle de l'activité logique vers la complexité, car toute donnée psychologique est conçue comme nécessairement liée à des données biologiques,

---

<sup>23</sup>) On est généralement d'accord pour reconnaître que les efforts de la logistique n'ont pas réussi à démontrer la réductibilité absolue des mathématiques à la logique.

mais la vie psychologique est sans doute autre chose et elle contient quelque chose de plus que la vie purement biologique.

Il y a, de même, une activité sociologique conçue comme indépendante, qui suppose des êtres psychologiques en relation entre eux. Ce n'est pas seulement une pure activité psychologique, car la sociologie est une science distincte et ne peut se réduire simplement à la psychologie.

L'activité éthique, telle que nous avons essayé de la dégager dans cette étude en la considérant sous son aspect original et distinct de l'activité sociologique et psychologique, se produit de la même manière ; elle prend à son tour pour base des données sociologiques, et par conséquent aussi des données psychologiques et physiques, mais elle les dépasse en se constituant sous sa forme de donnée originale. C'est ainsi que des activités d'abord morales et ensuite juridiques s'affirment comme des objets distincts de cor naissance, en s'appuyant directement sur des données sociologiques.

Enfin, il y a même une activité esthétique qui doit contenir en elle des données de tous les autres ordres énumérés jusqu'ici, mais qui les dépasse en se présentant sous son aspect propre et original : c'est l'activité que le beau contient nécessairement et que nous saisissons en pénétrant le caractère de toute beauté, même celui des oeuvres d'art qui présentent apparemment une forme statique, par exemple dans l'architecture, la sculpture et la peinture.

L'idée d'activité se manifeste ainsi par une gamme variée de réalités, où l'activité juridique trouve, à son rang, sa place distincte<sup>24</sup>). L'activité spécialement juridique est, sous une forme propre et originale, une activité qui ne doit être confondue avec aucun autre ordre d'activité.

C'est pourquoi il ne suffit pas, pour le droit, de constater une activité naturelle pour que, par cette constatation même, on puisse déterminer des relations juridiques : le „Sollen“ n'est pas le „Sein“, le „Dû“ n'est pas l'Être“, l'Impératif n'est pas l'Indicatif. Le fait que l'activité juridique est une réalité d'un genre et d'une nature spéciale nous fait de même comprendre comment le droit peut nous présenter parfois des activités juridiques auxquelles, ainsi que nous l'avons vu, ne correspond di-

24) Voir pour un exposé plus détaillé de ces idées : *Mircea Djuvara, Dialectique et expérience juridique*, Revue Internationale de la Théorie du Droit, 1938.

Donatium





rectement aucune autre activité naturelle du sujet: les activités juridiques ne supposent nécessairement que l'existence de certaines activités sociales en général.

Il faut encore retenir de ce qui vient d'être dit que l'activité, sous toutes ses formes et aspects, n'est pas toujours nécessairement consciente. Les activités sociologiques, psychologiques ou biologiques ne sont pas toujours conscientes; les activités physiques ne le sont jamais.

C'est pourquoi l'activité juridique n'est pas conçue, elle non plus, comme étant toujours et nécessairement consciente. Cette observation explique même les nombreux cas juridiques où certaines personnes physiques sont investies de droits et d'obligations sans même le savoir; quant aux personnes juridiques dites morales, ou ne saurait même pas comprendre de quelle manière elles pourraient posséder en tant que telles une conscience propre, au sens courant de ce terme, distincte de la conscience des personnes physiques qui sont leurs simples organes ou leurs simples bénéficiaires.

C'est à la lumière de ces considérations sur l'idée d'activité qu'on peut arriver à mieux saisir la nature de la volonté juridique et, en même temps, celle de la liberté et de la finalité.

L'idée de volonté est l'idée même d'activité, mais on la pense d'habitude sous son seul aspect psychologique. Elle a été encore étendue par analogie en biologie. De la psychologie, elle a passé également dans la sociologie, la sociologie supposant des réalités psychologiques. L'idée de volonté, conçue comme activité, passe de la même manière dans l'éthique, dans la morale et dans le droit, car ces deux disciplines supposent à leur tour des réalités sociologiques et par conséquent également des réalités psychologiques. Mais, en se transposant de la psychologie dans la sociologie, l'activité volontaire change de nature, elle devient quelque chose de plus et autre chose qu'une simple volonté psychologique, elle se transforme en volonté sociologique. L'activité volontaire devient encore et de la même manière dans le droit une volonté originale spécialement juridique, et elle est, sous ce nouvel aspect, d'une autre nature que la volonté sociologique et à plus forte raison que la volonté psychologique: elle suppose d'une certaine manière des réalités sociales, car il est impossible de concevoir le



droit autrement qu'entre des êtres réels en relations sociales entre eux, mais elle les dépasse.

La volonté est donc activité et, tout comme celle-ci, elle change de nature, en passant d'un ordre de réalités à un autre. C'est pourquoi l'activité volontaire juridique possède une nature spéciale : elle devient pour le droit, sous cette forme nouvelle et originale, une réalité incontestable.

L'idée de volonté comprend cependant non seulement celle d'activité, mais aussi celle de finalité et de liberté.

Toute activité en général implique la finalité et la liberté, parcequ'elle représente un système de relations et que toute relation contient en elle une libre activité déterminante s'exerçant sur ses termes, déterminés entre eux, ce qui signifie une finalité vers ces termes. C'est là une vérité que la Philosophie et la Logique ne peuvent plus mettre aujourd'hui en doute. La liberté doit donc exister partout où existent des relations ou des activités. Elle doit se manifester sous des aspects tout aussi nombreux et tout aussi variés que les différents ordres distincts d'activités.

Dès lors, la liberté doit pouvoir être découverte non seulement en éthique, c'est-à-dire dans le droit et dans la morale, mais aussi dans les données sociologiques, psychologiques, biologiques et même dans les données physiques. Mais il est évident, après ce qui a été dit, que la liberté se présentera avec un aspect tout à fait spécial et différent dans chacun de ces ordres divers de réalité.

Commençons par l'analyse de l'activité d'un phénomène physique. Cette activité est conçue comme libre si on la prend en soi, en considérant uniquement ce qu'elle produit et en faisant abstraction de ce qui la produit ; mais elle est déterminée, si on pense à sa relation avec les phénomènes qui la produisent. Toute réalité physique est ainsi un „sujet“ actif par rapport à ce qu'elle produit et un „objet“ passif par rapport à ce qui la produit. En réalité elle sera donc toujours à la fois un sujet actif et un objet passif, mais nous pouvons isoler par la pensée chacun de ces deux aspects. En visant uniquement l'activité physique prise en soi, celle-ci sera nécessairement conçue comme libre. En la concevant au contraire comme produit d'une autre activité, la réalité physique sera toujours déterminée : dans ce dernier cas, on ne la considère plus comme pure activité de détermination, mais comme „donnée“ ou „objet“, c'est à dire comme un des „termes“ déterminés et identifiés de la relation active déterminante. La



science physique se constitue en adoptant cette dernière perspective, elle ne considère que des „objets“ identifiés ; c'est pourquoi les réalités physiques apparaissent comme nécessairement déterminées par d'autres réalités physiques. C'est ainsi que les lois des phénomènes physiques sont conçues comme exprimant des activités fatales et nécessaires. Cependant, la liberté et la finalité physiques deviennent évidentes, ainsi qu'on l'a déjà depuis longtemps reconnu, par la mise en relation des phénomènes avec la totalité des autres phénomènes possibles du monde physique : ce monde total, considéré comme système clos, apparaît alors comme un pur sujet, car il devient par définition impossible de concevoir ce qui pourrait encore le déterminer du dehors ou ce qu'il pourrait encore déterminer en dehors de lui.

L'activité biologique de la vie est constatée comme appartenant à des sujets individualisés spontanés, à des organismes : la finalité est alors conçue comme finalité interne de chaque phénomène biologique et les mouvements, même réflexes ou instinctifs, des organismes biologiques apparaissent systématisés autour d'un but dans chaque cas particulier constaté.

De la même manière, l'activité et la volonté psychologique, qui plonge par ses racines dans les profondeurs de l'inconscient, est attribuée à un psychisme vivant, dont l'activité est conçue comme spontanée et non comme déterminée.

L'activité et la volonté sociologique, enfin, se manifeste de même comme étant celle d'un groupe ou d'un individu social en tant que sujet spontané ou, en d'autres termes, en tant que libre.

Toutes ces dernières manières d'être de l'activité ou de la volonté sont toutefois étudiées par la biologie, la psychologie et la sociologie, en tant qu'activités „objectives“, en faisant abstraction des „sujets“ respectifs. C'est ainsi que la biologie n'a pu véritablement se constituer comme science qu'au moment où elle a réussi à faire abstraction de l'existence des organismes biologiques considérés comme entités spontanées pour n'étudier que de purs phénomènes biologiques déterminés ou déterminables : elle poursuit ainsi systématiquement une méthode déterministe en prenant pour modèle la physique. Les plus grands progrès de la psychologie n'ont pu être réalisés également que lorsque cette science

a éliminé de ses préoccupations l'âme comme entité et qu'elle a pris pour point de départ pour ses élaborations des activités psychiques constatées comme se déterminant les unes par les autres. La méthode objective de la véritable science sociologique consiste enfin également à circonscrire ses recherches aux seules activités sociologiques, et non a prendre pour point de départ les entités sociales que sont les groupes et les individus.

Toutes les sciences énumérées jusqu'ici, en tant que sciences „naturelles“, étudient par conséquent des „objets“, en les qualifiant rationnellement par certains attributs, et non des „sujets“ proprement dits, dans leur libre spontanéité.

L'activité éthique, par contre, est attribuée à des sujets libres spontanés, c'est à dire à des sujets conçus, également par la raison, comme de véritables sujets. En effet, la science du droit et de la morale qualifie des sujets et non des objets ; on a reconnu depuis longtemps que la connaissance éthique se constitue *a parte subjecti* et non *a parte objecti*. Elle le fait au moyen de l'idée éthique du „bien“ et du „mal“, en attribuant aux sujets des droits et des obligations par rapport à leurs actions sociales. En un mot, la science morale et la science juridique étudient des „sujets“ comme tels, par leurs activités, alors que les sciences naturelles étudient ces activités considérées comme des „objets“.

C'est en ce sens que l'éthique suppose nécessairement la spontanéité ou en d'autres termes la liberté des sujets.

Mais cette liberté n'est plus une liberté naturelle, au sens biologique, psychologique ou sociologique ; c'est une liberté éthique. Elle ne se réduit pas à des possibilités ou à des impossibilités naturelles, mais à un dû éthique. Il serait d'ailleurs contractoire d'attribuer la liberté à des „objets“ biologiques, psychologiques qui, comme tels, sont conçus d'avance comme étant soumis à une détermination rigoureuse les uns par les autres.

Nous ne recherchons donc pas dans le droit une constatation quelconque de la liberté naturelle des sujets, mais leur liberté juridique. La liberté et la volonté juridique peuvent ainsi sans doute apparaître comme étant au point de vue de la réalité naturelle de pures constructions rationnelles, mais, pour cela, elles ne cessent pas d'être, de toute évidence, des réalités juridiques.

Ceci ne signifie évidemment pas que les réalités juridiques n'auraient pas à leur base des réalités naturelles : il



ne peut y avoir du droit que là où il y a des activités sociales en général, c'est-à-dire une société réelle, avec des psychismes individuels en relation entre eux et avec tous les phénomènes biologiques et physiques que ces phénomènes supposent. Ceci signifie seulement qu'il ne faut pas chercher une volonté naturelle dans chaque cas juridique particulier, dans chaque activité juridique de quelqu'un, dans l'activité juridique de chaque personne isolée. La connaissance juridique n'exige donc pas, directement, pour se constituer, des activités psychologiques ou biologiques, mais uniquement des relations sociales, et nous savons déjà que la réalité sociologique est tout autre chose que la réalité psychologique et qu'elle la dépasse : l'activité sociologique est d'un tout autre ordre que l'activité et la volonté individuelle psycho-biologique et elle peut exister même dans les cas où une activité ou une volonté individuelle fait défaut. La connaissance juridique ne prend donc pas son point d'appui directement dans des réalités psychologiques, mais dans des réalités sociales comme telles ; l'accent ne tombe pas en sociologie sur des individus isolés, il tombe au contraire sur leurs relations sociales. Ce sont ces relations, en elles-mêmes, que le droit prend pour point de départ. L'existence d'une société suffit pour que le droit, en s'appuyant sur elle, puisse construire une activité et une volonté juridiques.

Mais il faut aller encore plus loin : l'idée de liberté et de finalité se confondent avec celle de la raison elle-même.

L'aspect le plus haut de la connaissance se réalise par des actes de raison devenus conscients (O. Hamelin). Par ces actes, nous „découvrons“ les diverses réalités, nous découvrons des activités mathématiques, physiques, biologiques, psychologiques, sociologiques, morales ou juridiques, rationnellement objectives et par conséquent empiriquement antérieures à nous. Nous arrivons ainsi à saisir, pas des actes rationnels de connaissance devenus conscients, les virtualités cachées dans les connaissances précédentes. Par les mêmes actes, nous dirigeons et nous canalisons les activités et finalités réelles dans les voies désignées par la raison objective. Notre esprit arrive ainsi à dominer la matière et à l'utiliser : *mens agitât molem*. La conscience, forme complète d'un système de relations possibles, apparaît par conséquent comme un fait suprême grâce auquel la vie



se réalise et par lequel elle se manifeste librement, en dirigeant les réalités naturelles.

C'est ce qui est évident pour le droit également.

Les actes de volonté juridique consciente sont d'une importance capitale ; malgré les apparences, ils sont les plus rares ; mais ils constituent le moyen de la vie sociale des hommes et c'est par eux que peut être dirigée, canalisée et même créée plus intensément la vie juridique en société. Nous désignons en particulier et ordinairement sous le nom de convention juridique la convergence rationnelle des volontés juridiques conscientes de plusieurs personnes.

Mais l'existence dernière de toute réalité en général se réduit à une cohérence rationnelle : l'existence de toute convention réside de même dans la convergence rationnelle des volontés juridiques conscientes ou non. Il est évident qu'il s'agit là de la systématisation par le droit des fins rationnelles des activités sociales. C'est ainsi que la raison constitue le fondement de la validité de tout acte produisant des effets juridiques et que, dans ces conditions, toute activité physique, biologique ou psychologique, en devenant sociale et en produisant des effets juridiques, possède un caractère conventionnel.

Tout acte juridique suppose, dès lors, une adhésion rationnelle, une activité logique, devenue consciente ou non. Le droit, comme toute autre science, est dominé par la logique, avec l'activité, la finalité et la liberté qui lui sont propres et qui sont déterminées par les lois de la raison. Cette activité, cette finalité et cette liberté purement logiques deviennent éthiques et spécialement juridiques lorsqu'elles sont transposées sur le plan des réalités juridiques : elles deviennent de la même manière sociologiques, psychologiques, biologiques, physiques, etc., lorsqu'elles sont transposées sur le plan spécial des réalités de chacune de ces sciences.

L'idée de raison implique nécessairement celle d'activité et celle de connaissance théorique : la volonté ne fait que les exprimer.

Il est clair que toute activité, de n'importe quel ordre, est dirigée vers une fin qui la détermine et la définit. La vouloir, c'est la vouloir pour réaliser sa fin. Vouloir est poser par une activité la fin d'une autre activité, et c'est ce que nous nommons dans le droit un intérêt. La volonté est par conséquent



un rapport entre des activités et par suite entre leurs fins. Toute volonté implique ainsi toujours, par la raison, une finalité, de même que toute finalité implique une activité. Agir et penser ne sont pas d'essence différente ; agir c'est poser un but à la recherche et penser c'est „chercher ce qu'on espère trouver“ (Brunschvicg).

Vouloir c'est connaître par la raison, car c'est poser un but qui lui-même ne saurait être que l'objet d'une pensée. Cet objet intellectuel ne peut cependant être conçu, individualisé et précisé, que par ses rapports d'identité et de contradiction avec d'autres objets pensés ; cet objet est, en d'autres termes, déterminé par des relations rationnelles cohérentes : nous le constituons donc par la raison. D'un autre côté, concevoir par l'intelligence, c'est fixer une fin nouvelle à des volontés actuelles ou du moins possibles. Volonté et raison sont ainsi deux réalités pénétrées d'activité et de finalité et elles se pénètrent elles-mêmes réciproquement et nécessairement.

Il est certain qu'il y a aussi des vouloirs inconscients. Mais ces vouloirs eux-mêmes ne peuvent être conçus que par une finalité qui leur appartient et qui est rationnellement déterminable. Tout vouloir en général et toute finalité rationnelle sont en fonction l'un de l'autre.

Mais, si vouloir est toujours vouloir par la raison, on peut encore se demander ce que signifie une volonté dénuée d'objectivité, une volonté déraisonnable. Il est en effet évident qu'on peut vouloir déraisonnablement et qu'on ne le fait que trop souvent. Le grand problème traditionnel de l'erreur se trouve ainsi posé et, par lui, le problème du mal moral et de l'injustice.

Celui qui veut de manière déraisonnable, de même que celui qui connaît mal une chose, isole arbitrairement l'idée qu'il pose comme but de son activité ; il ne saisit pas ou il ne veut pas saisir cet objet dans ses rapports avec les autres objet ; il ne le situe pas à la place qui lui convient rationnellement parmi les autres données de connaissance ; il ne comprend pas ou ne veut pas comprendre l'unité et la cohérence logique qui relie cet objet aux autres objets de pensée. La volonté déraisonnable est cependant elle même une volonté déterminée par une idée rationnelle prise comme fin, car il est impossible de vouloir une fin sans la déterminer

comme objet intellectuel, sans l'identifier et la différencier. Mais la volonté déraisonnable s'arrête sans motif objectif à mi-chemin, à un premier degré arbitraire de détermination rationnelle ; c'est une volonté amoindrie, une volonté mutilée, une volonté en puissance, qui perd ou qui coupe elle-même les ailes de son élan.

On peut ainsi vouloir une chose déraisonnable, en ne retenant par exemple que le propre intérêt individuel au lieu de la considérer dans tous ses rapports objectifs avec les intérêts possibles des autres ; la pensée s'arrête alors arbitrairement sur son chemin et elle ne saisit pas objectivement tous les rapports de ce qu'on veut. Mais, objectivement, on doit reconnaître par la raison que cette volonté n'est pas allée normalement jusqu'au bout et qu'elle n'arrive pas à être ce qu'elle *devrait* être. Nous disons alors que cette volonté est moralement mauvaise ou qu'elle est juridiquement injuste.

Le sujet peut avoir parfois la conscience claire de cette automutilation de sa volonté. Dans ce cas, il sait ce qu'il devrait vouloir, mais il refuse arbitrairement de le vouloir ; il voit la vérité, mais il ne la suit pas ; il adhère dans sa conscience à une pensée rationnelle, mais il ne la met pas en pratique. Cette adhésion ne deviendra complète que si le sujet réalise par son activité la pensée qu'il a saisie et les conséquences dont il en a conscience.

L'adhésion à une vérité est, dès lors, toujours un acte de volonté. Mais cet acte est dominé par l'intelligence d'une pensée rationnelle qui le pénètre. C'est donc en même temps une libre adhésion volontaire et une adhésion nécessaire, se confondant avec la nécessité elle-même du rationnel ou de ce qui nous apparaît comme étant rationnel. En reconnaissant que deux et deux font quatre, nous adhérons librement à cette vérité par une acceptation logique voulue ; mais notre volonté est en même temps contrainte de le faire par la logique elle-même : cette libre nécessité doublée d'une contrainte rationnelle n'est rien d'autre que le *droit* et l'*obligation* de considérer comme vrai tout ce que nous arrivons à concevoir comme tel, c'est-à-dire comme rationnellement cohérent, en soi et en dehors de soi. Les idées de droit et d'obligation, telles que nous les connaissons dans le droit, ont ainsi leur source lointaine dans le principe même de toute connaissance rationnelle en général.



Nous découvrons ainsi en nous-mêmes un fait d'une importance capitale: la liberté de la volonté s'unit dans toute connaissance au droit de la raison en général et à sa force obligatoire, en constituant l'élan créateur du pouvoir de connaître et sa propre nécessité intérieure, c'est-à-dire la vie elle-même.

Ce fait ouvre de larges perspectives. Il met à nu le mécanisme dialectique de la pensée objective, créatrice des réalités. Il montre que l'idée d'activité peut être conçue sous un aspect beaucoup plus élevé que celui de son acception ordinaire et qu'elle constitue, comme activité de la raison et en particulier comme activité créatrice reliant les deux termes corrélatifs de toute relation élémentaire, le sommet philosophique de toutes les réalités. Ce même fait expliquera le droit lui-même en son entier, car il découvre le germe lointain des idées de droit et d'obligation telles qu'elles forment la connaissance morale et juridique.

Toute découverte ou progrès de la pensée de tout homme qui raisonne et qui cherche une vérité, constitue en réalité une libre adhésion de ce genre. Notre pensée n'est continuellement faite que d'adhésions volontaires et rationnelles qui s'ajoutent les unes aux autres dans la marche ascendante et progressive de nos connaissances. Tout acte de pensée est une volonté d'adhésion à un nouvel objet rationnellement conçu dans toutes ses conséquences logiques possibles. Toute conquête de vérité, toute découverte d'une réalité, toute création de beauté et toute pratique du bien éthique, est une acceptation nécessaire, un véritable consentement en même temps qu'une libre activité. Une vérité nouvellement acquise représente en même temps une nécessité et une liberté créatrice par le fait même qu'elle est une unification logique, une systématisation nouvelle. Elle s'appuie sur des données déjà acquises, mais elle ordonne leurs divergences et les rend cohérentes: cette unification objective, cette identification du multiple et du divers, est toujours une synthèse nouvelle, c'est une création spirituelle par la raison. L'histoire humaine n'est faite que de telles victoires successives de l'esprit.

Dès lors, toute idée ou connaissance nouvelle est activité, ainsi que nous l'avons déjà dit. Certains auteurs ont même pu affirmer que toute connaissance est un simple signe et un pur symbole d'activités diverses unifiées. La systématisation des données antérieures à laquelle on procède par tout pro-

grès intellectuel est donc en réalité une systématisation d'activités. Toute vérité nouvellement acquise est l'unification rationnelle d'une série multiple d'activités et, par cela-même, une meilleure détermination de ces activités.

Cependant, en découvrant une vérité, en l'identifiant et en la saisissant comme telle, on la pose de manière objective comme valable pour tout le monde, pour tout être capable de la vouloir et de la comprendre. Toute vérité représente en principe une convergence rationnelle et nécessaire des volontés libres des autres: elle, est, en ce sens, un „droit“ et une „obligation“ pour tous.

On peut être ainsi amené à concevoir la vérité comme étant le produit d'une convention et à affirmer que toute la science repose sur des conventions. Ces conventions sont sans doute libres; mais, remarquons-le bien, elles ne sauraient être arbitraires. Car nous les réalisons par la raison, par l'activité logique de systématisation des relations des objets connus et cette méthode distingue justement ce qui est objectif de ce qui est arbitraire. La vérité ne saurait être subjective; elle s'impose objectivement par le fait qu'elle réside dans la cohérence logique, toujours plus poussée, de nos connaissances.

Henri Poincaré a pu ainsi affirmer que les idées dernières de la science sont de pures conventions, dûes à la commodité. Mais lorsqu'on a voulu lui faire dire que ces conventions étaient absolument arbitraires, il a protesté et il a expliqué que la vérité scientifique ne saurait être l'objet de notre caprice. Il aurait même pu aller plus loin et ajouter, en creusant l'idée de commodité qu'il avait posée comme critérium des conventions scientifiques, que la commodité elle-même est une forme de systématisation des activités, une manière d'établir leur cohérence logique et objective qui est l'essence même de la vérité. Nous croyons cependant que Henri Poincaré aurait hésité à aller jusque là, car, comme tout physicien, il ne s'était pas suffisamment dégagé du préjugé qui fait croire qu'au début de toute connaissance serait un „donné“ extérieur, impénétrable et passif. E. Le Roy semble être allé plus loin, car il a montré que si, dans le syllogisme, la conclusion représente une troisième con-



vention, celle-ci est la conséquence „nécessaire“ des deux autres conventions qui sont les prémisses<sup>25)</sup>.

Il est donc vrai que toute connaissance suppose le choix d'un système de référence et se résoud ainsi en simples relations; mais ces relations ne s'établissent pas au hasard, d'après notre caprice, car les différents systèmes de référence choisis dans chaque cas doivent pouvoir être reliés entre eux et donner naissance à un tout unitaire et systématique de relations hiérarchisées par les directives nécessaires de la logique; le dernier point de référence est la pensée elle-même; sans cela, on devrait se résigner à voir dans chacun des systèmes adoptés de simples commencements non achevés et inconciliables entre eux: on devrait définitivement admettre un pluralisme stérile et vain, qui peut bien être un point de départ, mais qui ne saurait être conçu comme l'idéal nécessaire de notre connaissance.

En suivant jusqu'au bout la pensée d'Henri Poincaré, on doit ainsi reconnaître que les conventions scientifiques ne sont pas arbitraires: elles sont logiquement objectives par leur systématisation rationnelle, elles représentent des réalités effectives et chacune contient en elle implicitement, par ses relations avec les autres, toute une série indéfinie de conséquences nécessaires que la raison impose comme obligatoires à la libre adhésion de tout esprit capable de les comprendre.

N'oublions pas cependant que l'idée de convention rationnelle ainsi établie comme base de toute vérité scientifique représente chaque fois une synthèse créatrice nouvelle par rapport aux connaissances et aux activités qu'elle systématise: chaque „donnée“ ainsi obtenue et une fois posée sert, à son tour, de point de départ à des systématisations, c'est à dire à des synthèses créatrices nouvelles. Il existe, dès lors, en dehors et au-dessus de tout „donné“, une activité rationnelle qui le dépasse de très haut et qui en réalité le crée. On ne doit donc pas admettre, avec le positivisme naïf, des données premières irrationnelles placées à la source de toute élaboration scientifique et devant lui servir de points d'appui logique irréductibles. Toute „donnée“ est une création objective de la pensée, par la

---

25) *Science et philosophie*, Revue de Métaphysique et de Morale, 1899.



méthode d'ordination qui lui est propre. Il n'y a pas de „données“ premières, comme il n'y a pas de „données“ dernières non plus, dans la marche continue en avant de la pensée à travers les paliers successifs de son ascension. La méthode positive peut bien servir de point de départ provisoire dans l'élaboration de nos connaissances, mais, ainsi que l'a admirablement montré O. Hamelin, ce n'est que pour mieux arriver à discerner, en fin de compte, cette vérité profonde et dernière que l'activité créatrice de la pensée domine toute connaissance et construit tout donné à analyser: l'expérience n'est une expérience véritable que par la pensée que nous en avons. Cette activité de la raison doit donc tout expliquer et elle constitue la clef de voûte de l'édifice de toutes nos connaissances, à chaque moment de son évolution.

Il nous semble devoir rappeler ici, en conclusion de ce qui précède, une observation que nous avons déjà faite et qui est très importante pour l'intelligence du droit. La conception que nous avons présentée démontre, en effet, que la raison implique en général l'idée d'un droit et d'une obligation rationnelle, ainsi que celle de la liberté. Tout en étant libres, nous sommes soumis à la nécessité d'admettre les vérités que nous arrivons à comprendre. La raison est ainsi la source de l'idée de nos droits subjectifs et de nos obligations en général; l'idée de droit et d'obligation juridique n'est qu'une des multiples faces sous lesquelles l'idée générale du droit et de l'obligation peut logiquement se manifester<sup>26)</sup>.

Il y a des droits et des obligations rationnels partout où il y a connaissance. Il existe des droits et des obligations purement logiques. Il existe des droits et des obligations dans le droit et dans la morale. Il existe même une sorte de droits et d'obligations dans toute connaissance de la beauté, car, chaque fois que nous la ressentons, nous sommes saisis par la logique du beau comme par une nécessité interne, tout en restant libres. L'intelligence des lois fatales de la nature elle-même externe ou interne est également l'expression d'obligations et de droits rationnels variables avec la nature de ces lois: ce sont eux qui constituent les nécessités mathématiques, physiques, biologiques, psychologiques ou sociologiques.

---

26) Comp.: D. Parodi, *La conduite humaine et les valeurs idéales*, Alcan, 1939, p. 90, *Le problème moral et la pensée contemporaine*, Alcan, 1930, pg. 304.



Nous nommons juridique un droit ou une obligation qui se rapporte aux sujets des activités sociales extériorisées. Mais c'est, la encre, comme partout ailleurs, un droit et une obligation imposés par la raison, dans le libre essor de l'activité de la pensée.

Les juristes affirment ainsi avec raison que les droits et les obligations appartiennent à des êtres libres, à des êtres raisonnables, pour régler leur activité sociale, et qu'ils constituent en même temps des nécessités imposées objectivement. Il n'y a pas là, comme il pourrait sembler, une contradiction. Car l'accent de notre pensée se porte dans ces cas sur la nécessité rationnelle à laquelle chacun doit librement adhérer et dont la violation peut même parfois conduire à des mesures de contrainte matérielle.

La volonté juridique doit être libre, et en même temps se conformer au droit. Elle prend ainsi pour la science juridique un tout autre aspect que pour la psychologie ou la sociologie. Il est visible que les juristes eux-mêmes tendent à distinguer dans leurs spéculations, et même à leur insu, la volonté juridique de la volonté psychologique ou sociologique : ils profitent ainsi de l'atmosphère intellectuelle que des penseurs comme Kant, Cohen, Natorp, Stammler, etc., ont préparée à la suite de Platon. Il est en effet évident que toute volonté ou activité naturelle n'est pas par cela même une volonté ou activité juridiquement valable. Les normes juridiques sont au contraire destinées à mettre un frein dans certains cas aux volontés ou activités de fait : il y a donc une véritable opposition entre l'idée de droit, et par conséquent aussi entre celle de libre activité volontaire juridique, et la notion de volonté naturelle. Les normes juridiques ne consacrent en principe que les volontés ou activités sociales considérées comme rationnelles ; en marchant dans cette voie, le droit arrive à concevoir dans certains cas des volontés ou activités juridiques même sans le support de volontés ou d'activités de fait correspondantes.

Ce n'est qu'à la lumière de ces principes qu'on peut se rendre compte de la nature des conventions juridiques. Le fait de convenir est, en effet, un élément spirituel beaucoup plus répandu qu'on ne le pense. Il a une importance décisive pour la théorie générale de la pensée elle-même. On ne peut pas nier l'existence des conventions non seule-

ment juridiques, mais encore morales, ni celle des conventions purement sociologiques : les usages, les règles de politesse et un grand nombre d'autres règles sociales sont des exemples de conventions sociales et elles peuvent même toujours se transformer en règles juridiques positives; mais on doit également reconnaître l'existence des conventions en psychologie, en biologie, en physique, en mathématiques et même en logique, celles-ci dominant toutes les autres. Le domaine de la convention est donc beaucoup plus étendu que celui du droit; il le déborde indéfiniment: il y a des conventions à la base même de toute pensée. Les conventions juridiques ne sont que la manifestation dans le droit, comme réalités juridiques, de l'idée de convention contenue dans la raison elle-même et elles impliquent l'application des idées générales et conjuguées d'activité, de volonté, de réalité, de finalité et de liberté.

C'est pourquoi, à l'intérieur du droit et même à l'intérieur de cette partie du droit qu'on nomme positif, l'étude attentive de la convention conduit nécessairement à reconnaître qu'elle ne se manifeste pas uniquement dans le droit privé et en particulier dans le domaine restreint de l'autonomie de la volonté où nous sommes habitués à la reconnaître couramment, mais qu'elle domine tout le droit.

Le droit réglemente les activités sociales exteriorisées non d'un seul être, mais d'une multiplicité d'êtres: c'est pourquoi la convention juridique, — comme la convention morale et comme la convention sociologique, — apparaît sous l'aspect d'un accord entre les activités de plusieurs sujets. La convention juridique présente spécialement à première vue la convergence de plusieurs volontés conscientes vers un même objet. Mais les droits et les obligations qui en résultent n'ont une validité juridique que parce que cet accord crée, qu'il unifie, qu'il rend cohérentes et fécondes les activités sociales: ces droits et obligations peuvent donc être non seulement exprès mais même sousentendus, et même nécessaires. S'il en est ainsi, l'élément subjectif „conscience“ n'apparaît plus comme indispensable et l'on arrive à découvrir que la convention se retrouve partout dans le droit. Mais cela ne signifie nullement la négation de l'importance capitale qu'ont effectivement les conventions conscientes et voulues: leur multiplication et leur intensification constituent une des conditions dominantes de tout progrès humain.



La convention est de l'essence même de la sociabilité, à base de vérité, c'est à dire de justice. Elle forme le lien intellectuel et, par là même, elle est le lien social par excellence. Elle se manifeste tout d'abord dans le droit par les différentes formes des régimes politiques et établit ainsi le droit positif. Elle autorise ensuite, par l'intermédiaire du droit positif, sa propre multiplication sous l'aspect de faits sociaux producteurs d'effets juridiques et représentant de nouveaux liens de sociabilité : ce sont les sources positives des rapports juridiques.

On peut ainsi concevoir une grande variété de conventions. Mais, quel que soit le genre envisagé, le fondement obligatoire de toute convention doit être trouvé dans la hiérarchisation rationnelle des fins des activités sociales par un système chaque fois nouveau de droits et d'obligations se reliant logiquement les uns aux autres.

La raison, par son activité de cohérence et d'ordre, commande en effet le droit, comme elle commande toute autre science ou discipline intellectuelle, comme elle commande la connaissance et l'activité en général. C'est donc dans la raison et dans son activité logique de systématisation éthique qu'on doit également trouver en dernier ressort le fondement obligatoire de la convention juridique.

Le positivisme juridique, soit qu'il essaie de fonder le droit sur l'idée exclusive de volonté considérée comme fait naturel, soit qu'il se base sur des constatations sociologiques, est une conception dangereuse, car il élimine justement ce qui fait le propre du droit, l'idée d'un impératif éthique rationnel. Cet impératif est tout le contraire d'une réalité sensible. En supprimant l'idée normative de la justice, le positivisme conduit en réalité et par la voie la plus directe à la désorganisation sociale. Il supprime ce qui fait le communion sociale. Il fait arbitrairement abstraction de l'intelligence dans l'action, intelligence qui produit la cohésion des activités sociales et qui, seule, peut rendre leur organisation harmonieuse.

MIRCEA DJUVARA

Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université de Bucarest

nationalisme



VERIFICAT  
2017

BIBLIOTECA CENTRALĂ  
UNIVERSITĂȚII  
BUCUREȘTI

