



HOMMAGE
D'UNE
GÉNÉRATION DE JURISTES
AU
PRÉSIDENT BASDEVANT

PROFESSEUR HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
JUGE A LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

C.I.J.
8582

PARIS
ÉDITIONS A. PEDONE
LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot, 13

—
1960

LE DROIT POSITIF
SES RAPPORTS AVEC LA PHILOSOPHIE ET LA POLITIQUE

par

Emile GIRAUD

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lille
Membre associé de l'Institut de Droit International
Ex-Membre du Secrétariat des Nations Unies

SOMMAIRE

INTRODUCTION.

CHAPITRE I^{er}. — LE DROIT POSITIF.

- 1° *Les sources du droit.*
- 2° *Il n'y a de droit que le droit positif.*
- 3° *Le droit en vigueur.*
- 4° *L'opposition du droit positif et du « droit » idéal.*
- 5° *Appartient-il au juriste de critiquer le droit positif ?*
 - A) Critiques d'ordre politique.
 - B) Critiques d'ordre technique.
- 6° *Le rôle du juriste.*

CHAPITRE II. — LA PHILOSOPHIE ET LA POLITIQUE FOURNISSENT SA SUBSTANCE AU DROIT POSITIF.

- 1° *La philosophie qui domine le droit.*
De la « philosophie » du droit.
- 2° *La politique qui conditionne le droit.*
 - A) Les mobiles de la politique.
 - B) Les forces politiques qui s'opposent.

CONCLUSION.

Dans toutes les sphères de la vie, l'homme est favorisé ou défavorisé par la chance. L'étudiant n'échappe pas à cette loi commune. L'enseignement qu'il reçoit est de valeur très variable. Certes, il est à peu près assuré de trouver un bon nombre de professeurs honnêtes qui enseignent convenablement les matières relevant de leur spécialité. Mais ce n'est que d'un petit nombre de maîtres qu'il reçoit un enseignement propre à illuminer son esprit et à orienter sa pensée. Encore ces maîtres sont-ils très différents ; s'ils ont le don commun d'impressionner et de stimuler leurs auditeurs, la valeur de l'empreinte qu'ils laissent est inégale.

Ce fut la chance de l'auteur de ces lignes d'avoir entendu les derniers cours donnés par Louis Renault à la Faculté de Droit de Paris et d'avoir eu pour maître de conférences d'agrégation celui dont nous célébrons cette année le quatre-vingtième anniversaire.

Assez souvent les professeurs et auteurs qui se sont fait une renommée sont ceux qui ont construit des théories originales ou considérées comme telles. Ces théories séduisent les jeunes juristes qui cherchent à acquérir ce qu'on est convenu d'appeler une connaissance scientifique du droit. Le but des théories est d'une part de donner une vue générale et systématique du droit et en même temps de favoriser le développement de celui-ci. Mais trop souvent, ces théories manquent leur but. Les théoriciens qui prétendent expliquer la réalité courent le risque de la déformer en en retenant un aspect et négligeant les autres. La théorie qui n'a de valeur que si elle se fonde sur les faits, perd facilement le contact avec ceux-ci pour verser dans l'abstraction. Arbitraires les théories sont en outre souvent tendancieuses. Leurs auteurs qui sont inspirés par des préoccupations politiques visent à développer le droit existant voire à le changer. Ces préoccupations politiques ne sont pas blamables mais elles procèdent d'une erreur de conception et elles engendrent des confusions. L'erreur est de perdre de vue que les changements du droit relèvent principalement de la politique et que les théories juridiques ne sont pas le moyen normal de provoquer ces changements. La confusion consiste à représenter un droit qui sera peut-être le droit de l'avenir comme étant déjà le droit du présent, si bien qu'on ne sait

plus au juste ce qui est constatations et ce qui est désir et aspiration.

Carré de Malberg, dans son grand ouvrage « Contribution à la théorie générale de l'Etat », a exposé magistralement des théories de droit public dont les auteurs sont, pour la plupart, des juristes de grande classe. Ces théories subtiles et ingénieuses dénotent d'incontestables talents d'analyste et de dialecticien de la part de leurs auteurs. Mais si on réfléchit bien on se prend à douter de leur utilité. En effet, sur le plan intellectuel, le plus souvent ces théories qui s'opposent sans que l'une d'elles s'impose, laissent perplexe le lecteur qui voudrait aboutir à une conclusion tant soit peu sûre et satisfaisante. Sur le plan pratique, ces théories sont de peu d'utilité. Si on veut les appliquer, procédant par voie de déduction, on risque d'en tirer des solutions mal adaptées aux besoins de la vie sociale !

Nous ne voulons pas dire qu'il faille proscrire les théories, mais il ne faut y recourir qu'avec grande modération et circonspection. Pour être valables les théories doivent garder un contact étroit avec les faits dont elles visent à rendre compte. Si elles sont mal adaptées aux faits, elles sont fausses. Si, comme c'est trop souvent le cas, elles ne retiennent qu'un aspect de la réalité, alors sans être à proprement parler fausses, elles sont superficielles ou artificielles et ne représentent que d'ingénieuses vues de l'esprit.

Le grand mérite du Professeur Basdevant était de ne pas être un homme à théories. Cela ne l'empêchait point de dominer les questions, bien au contraire. Il les exposait d'une façon concrète, objective et claire, montrant comment elles se présentaient dans la réalité historique et actuelle. Il indiquait les intérêts qu'elles mettaient en jeu, les difficultés qu'elles soulevaient, donnant à chaque élément sa vraie valeur. Ses jugements fondés sur une observation attentive et perspicace, et que ni les préjugés, ni la mode, ni la fantaisie intellectuelle n'influençaient, étaient solides et sûrs. L'étudiant éprouvait la satisfaction d'avoir été informé et éclairé sans avoir été endoctriné. Il se rendait compte de quoi il s'agissait.

Nous allons essayer en suivant une méthode réaliste et concrète de définir des notions fondamentales qui sont celles

du droit, de la philosophie et de la politique. Ces notions sont essentiellement différentes. Cependant elles ont d'étroites relations entre elles. Il est donc nécessaire que les juristes aient des idées claires concernant leur nature et leurs rapports, faute de quoi ils s'exposent à de graves erreurs.

Une de ces erreurs consiste à introduire dans le droit, par des voies détournées, la philosophie et la politique, qui n'y ont pas leur place. Ce « panjuridisme » conscient ou inconscient, ne sert pas la philosophie et la politique et ne peut que faire du tort au droit. Un juriste ne doit pas, *lorsqu'il fait du droit*, sortir de son domaine propre, sous peine de faire mal son métier.

Une autre erreur, inverse de la précédente, consiste à ignorer ou à mépriser la philosophie et la politique alors qu'elles sont à l'origine du droit et qu'elles conditionnent sa vie et ses transformations.

CHAPITRE I

LE DROIT POSITIF

Le droit est essentiellement constitué par des règles qui ont pour caractère d'être générales, impersonnelles et obligatoires. Sur ce point, les juristes sont à peu près d'accord.

1° Les sources du droit

Quelles sont les sources du droit ? Il faut distinguer les sources formelles et les sources matérielles. Par source formelle il faut entendre l'instrument qui exprime la règle de droit. La notion de source ainsi entendue est essentiellement juridique. La source matérielle est constituée par les idées et les conceptions qui ont inspiré la règle de droit. Cette source est extrajuridique. Elle relève de la philosophie et de la politique.

Les sources formelles du droit sont la loi et la coutume. Par loi on entend non seulement les règles édictées par le pouvoir législatif, mais toutes les règles formulées dans des actes réglementaires (décrets, ordonnances, arrêtés, etc...) et

qui, en général, sont subordonnés à la loi. L'autre source formelle du droit est la coutume. La coutume est une règle non écrite, découlant de l'usage, et qui, comme la loi, a un caractère obligatoire. Il est une coutume d'un genre particulier qui est la coutume juridictionnelle, c'est-à-dire la jurisprudence. Les tribunaux en appliquant et en interprétant la loi établissent des règles nouvelles. Ces règles se dégagent de l'ensemble des jugements concernant un même point de droit.

On sait que le droit international caractérisé par l'absence d'une autorité superétatique a des traits particuliers. Sans doute on retrouve les deux sources précitées, la loi et la coutume, mais elles n'ont pas la même valeur que dans le droit interne où l'autorité de l'Etat s'impose. La « loi » au sens strict du mot n'existe pas dans l'ordre international. Elle est remplacée par la Convention collective qui établit des règles de droit. Le « traité-loi » ne saurait être assimilé à la loi comme le font à tort certains auteurs. En effet, à la différence de la loi, la Convention n'est pas un acte d'autorité, c'est un contrat. Les règles adoptées par une Convention internationale n'obligent en principe que les Etats qui ont consenti à devenir parties à la Convention. Il est des Conventions qui lient presque tous les Etats existants mais elles ne sont pas nombreuses, certaines ne lient qu'une minorité d'Etats, parfois un nombre très restreint d'Etats. Il s'agit donc d'une « loi » dont le champ d'application est très variable et qui ne régit pas toute la communauté internationale.

La jurisprudence internationale a elle aussi une moindre autorité que la jurisprudence nationale. S'il s'agit d'un tribunal arbitral établi par l'accord de deux ou plusieurs Etats, qui ont constitué le tribunal à leur guise, les sentences rendues n'ont qu'une autorité restreinte pour les Etats tiers puisque tout s'est fait en dehors de ces derniers. S'il s'agit d'une Cour internationale, telle la Cour Internationale de Justice instituée par la Charte des Nations Unies, dont presque tous les Etats sont membres, la situation est différente. Les Etats ne peuvent, en effet, prétendre que la Cour leur est étrangère puisqu'ils sont parties à son statut. Mais du fait que la juridiction de cette Cour est facultative, l'auto-

rité de sa jurisprudence, pour les Etats qui n'ont pas accepté la juridiction de la Cour Internationale de Justice en application de l'article 36 de son statut, est moindre que l'autorité de la jurisprudence d'une Cour nationale (1). En effet la règle jurisprudentielle ne s'impose pratiquement à tous que quand ceux qui refuseraient de l'observer courent le risque d'une condamnation, ce qui suppose qu'une partie quelconque à un différend peut saisir le Tribunal. Telle est la situation dans l'ordre interne et telle n'est pas la situation dans l'ordre international.

La loi et la coutume sont, à notre avis, les seules sources formelles du droit, alors même que l'on considérerait que des normes fondamentales, des principes généraux font partie du droit en vigueur. En effet, ces normes et principes ne s'appliquent effectivement que s'ils ont été incorporés dans la loi ou dans la coutume ou sanctionnés par les tribunaux.

2° Il n'y a de droit que le droit positif

Cette proposition semble d'une vérité si évidente qu'on est presque tenté de s'excuser de la formuler et encore plus d'en faire la démonstration.

Elle est l'expression de ce qu'on peut appeler le positivisme juridique (2). Mais le positivisme dans l'ordre du droit est

(1) On sait que seulement une minorité d'Etats a accepté la juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice, et la plupart de ces Etats ont accompagné leur engagement de réserves qui en diminuent parfois considérablement la portée (voyez Etats-Unis).

M. Basdevant ne sera peut-être pas d'accord avec nous sur ce point. Il a déclaré en effet : « Lorsque le juge international admet un principe de droit, et que celui-ci devient un élément de sa jurisprudence, ce principe vaut pour tous les Etats qui sont soumis à la juridiction de ce tribunal. Or, presque tous les Etats du monde sont ou *peuvent être* soumis à la juridiction de la Cour Permanente de Justice Internationale » (Règles du droit de la paix, Académie de Droit International, 1937, p. 21).

Nous avons quelques doutes en ce qui concerne les Etats qui pourraient être soumis à cette juridiction mais qui ne veulent pas l'être.

(2) Le positivisme juridique ne s'identifie pas avec le positivisme doctrine philosophique. Il a cependant avec lui un certain rapport. En effet le positivisme philosophique implique le positivisme juridique. Mais la réciproque n'est pas vraie. (Marcel Waline, voir : « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges*, Carré de Malberg, Sirey, 1933).

entendu par les auteurs de façons diverses. Cela tient à ce que la terminologie juridique générale est assez pauvre et qu'elle est mal fixée, les auteurs présentent sous une dénomination connue des conceptions différentes.

Dans une acception du mot, le positivisme juridique est la doctrine qui ne considère comme étant du droit que les règles « posées » par la volonté expresse de l'Etat. Roberto Ago, qui voudrait que la terminologie employée par les théoriciens soit plus sûre et plus précise, estime que c'est à cette doctrine, et à elle seule, qu'il faudrait réserver la qualification de positivisme (3). Cependant il constate que pour certains auteurs le mot « positif » a un autre sens. Il sert à désigner le « droit en vigueur » ou « le droit effectivement appliqué ».

Nous pensons qu'il faudrait réserver le terme de « positivisme » à cette dernière conception parce qu'elle est la plus générale et la plus simple. Elle vise en effet à délimiter la notion même du droit, à fixer la frontière entre le droit et le non droit, tandis que la conception précédemment mentionnée vise plutôt à établir une distinction entre diverses catégories du droit.

Cette conception simple du droit positif est affirmée par les auteurs de droit privé qui est un droit complètement développé (4). Elle l'est par Carré de Malberg qui déclare : « Le droit suppose nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle-même a édictés. Par là même il est manifeste qu'il ne peut se concevoir en fait de droit que du droit positif. La notion de droit naturel n'est pas une notion juri-

(3) Voir « Positive law and international law », *American Journal of International Law*, October 1957, pp. 691 à 733.

(4) Henri Capitant définit le droit positif comme étant « le droit qui est en vigueur ». (Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e édit., Paris, 1925, p. 32).

Julliot de la Morandière le définit comme « le droit appliqué en fait », « l'ensemble des faits qui gouvernent en fait à une époque donnée une société humaine déterminée » (*Introduction à l'étude du droit civil français*, Paris, 1951, p. 173).

Carbonnier le définit « le droit effectivement appliqué dans l'Etat et dans le moment où l'on se trouve » (*Droit civil*, 1935, p. 24).

dique (5). Cette conception est professée par de nombreux auteurs de droit international. Jules Basdevant dit que : « le droit positif se caractérise par le fait qu'il est revêtu d'une force d'application, force d'ailleurs plus ou moins complète suivant l'état de développement juridique de la société dans laquelle le droit va jouer », tandis que « les règles de droit naturel ou théoriques sont une conception de l'esprit » (6).

Karl Strupp disait, parlant du droit : « Il doit s'agir du droit existant du *jus conditum*, non du *jus condendum*, car ce qui est seulement un idéal désirable n'est pas du droit » (7).

Maurice Bourquin déclare : « Le droit positif implique une idée de nécessité. Une norme ne devient positive que quand ceux qu'elle régit sont dans la nécessité de s'y soumettre, qu'ils le veuillent ou non, sous peine de s'exposer tout au moins à un préjudice matériel ou moral » (8).

Charles Rousseau parle du droit positif comme de « celui qui est effectivement suivi par les Etats et pratiqué par les tribunaux internationaux » (9).

Robert Ago est d'avis qu'il faut réserver l'appellation de « Positivisme juridique » à la première notion parce que celle-ci est traditionnelle et qu'elle répond exactement aux expressions latines de *lex positiva* et de *jus positum*.

A la vérité, si on se place sur le terrain linguistique, ce n'est pas à l'étymologie et à la tradition qu'il faut principalement faire appel pour déterminer le sens des mots. Il faut prendre les mots avec le sens ordinaire que leur donne le langage courant et actuel. Littré définit ainsi « positif », « ce qui existe en fait », tandis qu'il donne cette autre définition relative au droit : « Le droit positif humain, ce qui est établi par les lois et les coutumes des hommes ». Cette

(5) Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 57.

(6) J. Basdevant, « Règles du droit de la paix », *Académie de droit international de La Haye*, 1937, p. 8.

(7) Carl Strupp, « Règles du droit de la paix », *Académie de droit international de La Haye*, 1934, t. I, p. 264.

(8) Maurice Bourquin, « Règles du droit de la paix », *Académie de droit international de La Haye*, 1931, t. I, p. 75.

(9) Charles Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944, p. .

définition nous semble irréprochable. Le dictionnaire Larousse entend par positif « ce qui repose sur quelque chose de certain, d'assuré, de réel ».

3° *Le droit en vigueur*

Le droit positif est le droit en vigueur dans un pays donné à un moment donné.

A cet égard, une précision est nécessaire. Il faut entendre par droit en vigueur le droit qui s'applique effectivement. Par là est exclus le droit établi par une loi ou une convention qui sans avoir été abrogée ou dénoncée, en fait ne s'applique plus. Il arrive en effet que des lois tombent en désuétude et ne s'appliquent plus alors que théoriquement elles sont encore en vigueur. Une situation analogue se présente en droit international pour les conventions internationales. A la différence du droit interne, où le cas de lois tombées en désuétude est assez rare, cette situation est assez fréquente dans le droit international. Ainsi certaines parties du droit de la guerre établi par les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 et par des Conventions ultérieures peuvent être considérées comme sans valeur, un usage général et contraire ayant prévalu (10).

Dans le droit interne la non application totale ou partielle d'un texte théoriquement en vigueur peut résulter de circonstances diverses : ou bien personne ne voudrait prendre la responsabilité de demander que la loi s'applique, ou bien les tribunaux, par une jurisprudence audacieuse, privent la

(10) Un exemple typique est celui des bombardements dirigés contre la population civile. L'article 25 du Règlement de La Haye, annexé à la Convention n° IV du 18 octobre 1907, dispose : « Il est interdit d'attaquer ou de bombarder par quelque moyen que ce soit les villes, villages ou bâtiments qui ne sont pas défendus ». Cette règle a été abolie par un usage général et contraire et l'on peut dire qu'elle a été éliminée du droit positif.

Un autre exemple qui ne concerne pas le droit de la guerre est celui des traités pour la protection des minorités conclu après la première guerre mondiale. Certains de ces traités n'ont plus d'objet du fait que les minorités ont disparu, on peut penser que d'autres de ces traités ont été affectés directement par les événements de la guerre. Mais certains traités ne rentrant pas dans ces deux catégories pourraient encore s'appliquer. Cependant l'ensemble de ces traités considérés comme liés au système de la Société des Nations ne s'applique plus. Ils n'ont pas été dénoncés, mais ils sont tombés en désuétude.

loi de ses effets, ou bien les jugements rendus par les tribunaux ne peuvent être mis à exécution (expulsion de locataires de locaux d'habitation), ou bien la pratique administrative ne tient pas compte de la loi. Comme le dit René Capitant : « Le droit positif est le droit effectivement appliqué. Faire le tableau du droit positif à un moment donné c'est faire une synthèse du droit édicté par les différentes sources, législation écrite, coutume, jurisprudence, pratique administrative, où ne figurent que les règles arrivant effectivement à application et où figurent toutes ces règles » (11).

Marcel Waline distingue le positivisme juridique du positivisme sociologique, le premier considérant la règle en vigueur, le second la règle telle qu'elle est appliquée (12). Nous croyons cette distinction un peu subtile. Le positivisme juridique doit logiquement aller au bout de son principe et ne considérer que la réalité, c'est-à-dire l'application du droit.

Il est nécessaire de préciser que le fait qu'une règle de droit a subi des violations graves et répétées ne suffit à l'abolir. Toutes les règles de droit sont destinées à être violées. Mais tant que la règle de droit a conservé sa valeur, ces violations suscitent des réactions telles que mesures de répression à l'égard des violateurs, représailles, protestations qui attestent le caractère anormal et illicite de la violation. Au contraire quand la règle paraît perdue de vue ou quand une pratique contraire à la règle se généralise, la règle en question a cessé de faire partie du droit positif.

4° *L'opposition du droit positif et du droit « idéal »*

Du fait que l'on parle du droit positif, n'implique-t-on pas qu'à côté du droit ainsi qualifié il existe un autre droit ? Ce droit est celui que, faute d'une expression plus appropriée, on appelle souvent le droit « idéal ». Le droit « idéal » est celui que l'on propose de substituer au droit positif ; l'expression est défectueuse. En effet, elle peut être entendue de deux façons. Ce droit est « idéal » en ce sens qu'il n'a

(11) R. Capitant, *L'illicite*, I. L'impératif juridique, p. 113.

(12) Marcel Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, pp. 519 à 534.

d'existence que dans l'esprit, par opposition au droit positif qui est un fait puisqu'il régit la société. Mais on a une tendance à prendre le mot « idéal » dans un autre sens. Le droit « idéal » serait plus près de la perfection que le droit positif, et ce dernier devrait se modeler sur lui. Or il n'en est pas nécessairement ainsi. Le droit « idéal » que l'on veut substituer au droit positif peut n'être que l'expression d'intérêts sordides et lui être inférieur.

Mais même si les esprits les plus éclairés et généreux reconnaissent à ce droit idéal une valeur philosophique et morale très grande, il reste que ce droit idéal n'est pas plus le droit que le plan d'une maison n'est une maison. On peut habiter une maison qui n'est qu'un taudis, mais on n'habite pas un plan de maison même magnifiquement conçu.

Aussi bien pour le juriste comme tel, seul existe le droit positif qui est la donnée qui s'impose à lui comme elle s'impose à tous les individus soumis à la règle de droit édictée ou reconnue par l'Etat et sanctionnée par lui. Le droit idéal du fait qu'il ne représente pas le droit est complètement en dehors du domaine du juriste.

5° *Appartient-il au juriste de critiquer le droit positif ?*

Le rôle du juriste est essentiellement d'expliquer et d'interpréter le droit positif. Mais critiquer est autre chose qu'expliquer et interpréter, quoique dans la pratique on passe facilement et sans s'en rendre compte de l'exposition à la critique.

Le droit positif peut être l'objet de critiques d'ordre politique et de critiques d'ordre technique.

A) *Critiques d'ordre politique*

Si le droit positif est seul le droit, il ne s'en suit nullement qu'il soit toujours satisfaisant. Il peut être contraire à la justice et à l'équité. Le droit qui admet l'esclavage, qui donne au chef de famille une autorité illimitée, qui réduit la femme à une condition quasi servile, nous semble révoltant. Le positivisme juridique ne professe nullement l'opinion que ce qui est, est ce qui doit être. Il ne dira pas avec Hegel que tout ce qui est est rationnel. Sans doute l'existence de ce

qui est s'explique toujours, l'historien, le sociologue considérant l'existence de ce phénomène qu'est le droit dans un pays donné à un moment donné, chercheront à en discerner les causes. Mais une explication n'est pas une justification du point de vue philosophique et moral.

Si le droit positif peut et même doit être critiqué parce qu'il est toujours imparfait, une telle critique n'est pas du ressort des juristes. Ceux-ci ont essentiellement pour rôle d'appliquer le droit positif ou de faciliter son application. Ils trahissent leur mission s'ils s'insurgent contre la loi ou s'ils cherchent à en fausser l'application en méconnaissant sa lettre et son esprit. Aussi bien verra-t-on rarement un plaideur déclarer que la loi au nom de laquelle on demande qu'il soit condamné est injuste. Il s'efforcera de démontrer soit qu'il n'a pas commis l'acte qu'on lui reproche, soit que cet acte n'est pas contraire à la loi. Certes il arrive que des accusés se comportant autrement, qu'ils revendiquent la responsabilité d'une violation de la loi commise délibérément par eux. Ainsi en fut-il quand Lacordaire et Montalembert, sous la Monarchie de Juillet, ouvrirent une école sans l'autorisation exigée par la loi. Mais en pareil cas ils ne se plaçaient plus sur le terrain du droit, ils s'insurgeaient contre le droit existant et cherchaient par leur geste à frapper l'opinion publique. La violation du droit était une attitude politique qui visait un but politique, en l'espèce l'établissement de la liberté d'enseignement.

On n'a pour ainsi dire jamais vu des tribunaux refuser d'appliquer le droit existant parce qu'ils le désapprouvaient. Il est arrivé que sans critiquer le principe d'une loi, des tribunaux aient exprimé plus ou moins ouvertement des regrets pour l'application qu'ils se trouvaient obligés d'en faire dans un cas particulier. Le devoir des juges est d'appliquer loyalement la loi même si elle ne répond pas à leurs préférences politiques. Si elle blesse leur conscience au point qu'elle leur paraisse inique, ils n'ont qu'une ressource, c'est de démissionner. Aussi bien a-t-on vu en France sous la Troisième République, des juges démissionner pour ne pas avoir à condamner des personnes qui avaient contrevenu aux lois concernant les Congrégations religieuses ou à la loi de séparation.

L'attitude du juriste, quel qu'il soit, doit plus ou moins correspondre à celle du juge. Son rôle est de concourir à l'application du droit et non de juger le droit. Sans doute le juriste étant citoyen en même temps que juriste peut, dans certaines circonstances, critiquer le droit et les institutions. Dans l'exercice de leurs fonctions juges et administrateurs doivent non seulement observer la loi mais se montrer respectueux vis-à-vis d'elle. L'avocat qui est entièrement libre, à condition de ne pas offenser les Pouvoirs publics, dit ce qu'il veut sauf à desservir son client. Quant aux professeurs, usant de la large liberté que la coutume leur laisse, ils peuvent, sans qu'on le leur reproche, adresser au droit positif des critiques d'ordre moral et politique. Comme les opinions du corps professoral varient, la diversité des critiques n'aboutit pas à un endoctrinement systématique des étudiants. A la condition qu'elles ne soient pas étroitement partisans, qu'elles restent mesurées dans la forme et qu'elles ne tiennent pas une large place, les critiques d'ordre politique sont admissibles, elles animent l'œuvre et elles stimulent la pensée de l'auditeur ou du lecteur. Ces critiques gagnent à être franches et directes de façon à ce que celui qui les écoute sache exactement à quoi s'en tenir. Le rôle du professeur de droit est essentiellement de faire un exposé exact, fidèle et clair du droit positif qui puisse satisfaire tout le monde, quelque opinions qu'on ait de ce droit. S'il peut ensuite critiquer les principes de ce droit, il doit éviter de mêler l'exposé du droit positif et la critique de ce droit. Mais ce qu'un professeur ou un auteur doit surtout éviter c'est de présenter le droit sous un jour factice ou tendancieux qui amènerait l'étudiant ou le lecteur à se représenter le droit existant autrement qu'il n'est. Il ne faut pas, en un mot, que les aspirations du professeur si généreuses et progressives qu'elles soient, aient pour effet d'engendrer des théories confondant désirs et réalités, selon la méthode du wishful thinking.

B) *Critiques d'ordre technique*

Les critiques d'ordre technique ne visent point les principes et les buts de la loi, elles concernent sa facture. Un

texte est mal fait s'il contient des obscurités, des équivoques, des imprécisions, des contradictions.

La rédaction des textes juridiques est un art et un art fort difficile qui requiert des connaissances et une expérience juridiques. Il peut rarement être bien pratiqué par des gens qui n'ont pas reçu une formation juridique. C'est pourquoi les gouvernements souvent confient à des corps composés de juristes, tel le Conseil d'Etat français, la rédaction de projets de lois ou soumettent pour avis à ces corps les projets en cours de préparation ou de discussion. De même, ils désignent des juristes comme délégués dans les organes des Institutions internationales ou dans les Conférences internationales qui doivent élaborer des Conventions. Mais ce serait une erreur de croire qu'un bon juriste est nécessairement un bon rédacteur. Relativement peu de juristes possèdent l'art de rédiger des textes législatifs.

Si cet art suppose, comme tous les arts, des aptitudes naturelles, il peut, comme les autres arts, être enseigné et cultivé. En fait il est généralement négligé. La raison en est que traditionnellement les Facultés de Droit ont eu surtout en vue la formation des juges et des auxiliaires de la justice, avoués et avocats, dont le contentieux constitue le principal de leur activité. On a peu pensé à la formation des légistes et des législateurs, qui sont relativement peu nombreux et qui ne se recrutent pas nécessairement parmi les juristes. Cependant le besoin d'experts en législation est en réalité plus grande encore que celui d'experts en contentieux. Les avantages qu'il y a à avoir des lois techniquement bien faites sont nombreux et considérables. Un de ces avantages est justement de diminuer le nombre des contestations et des litiges qui, pour les particuliers de bonne foi, représentent des pertes de temps et d'argent et des ennuis qui doivent être réduits au minimum. Le contentieux relève de la pathologie juridique. Or, comme on le sait, il vaut mieux prévenir le mal que de le guérir. L'hygiène est préférable à la thérapeutique. C'est ce qu'a compris la médecine moderne. Les juristes ne devraient pas être en retard par rapport aux médecins. Pour qu'ils ne le soient pas, il faut que, surmontant la tendance traditionaliste conservatrice voire miso-néiste qui est celle de leur corporation, ils comprennent que

le droit constructif, bien qu'il ait moins d'occasions d'alimenter l'activité professionnelle des juristes que n'en a le droit contentieux, présente du point de vue social autant, sinon plus d'intérêt.

En quoi consiste l'art de rédiger des textes législatifs (lois, règlements, conventions, etc...) ? Il consiste en premier lieu à user d'une terminologie appropriée. Il faut employer le mot qui convient et ne pas employer des termes différents pour désigner la même chose, au rebours des littéraires qui, par souci d'élégance, évitent la répétition des mêmes mots. Il faut rechercher la clarté et la simplicité. Eviter l'ésotérisme, ne pas employer des mots savants, des termes spéciaux quand un terme du langage courant fait tout aussi bien l'affaire. Il faut rechercher la concision et ne pas, dans le dessein de mieux éclairer le lecteur, introduire dans le texte des explications et des commentaires. Les commentaires sont très utiles, mais c'est aux commentateurs qu'il appartient de les donner et non au législateur (13).

Le législateur réduira au minimum le besoin de commentaires en faisant des lois de bonne qualité.

Mais pour que la loi soit techniquement satisfaisante, il ne suffit pas que la rédaction proprement dite soit irréprochable du point de vue de la terminologie et du style, il faut encore que la loi ait été convenablement construite, c'est-à-dire qu'elle ait été bien ordonnée et divisée de façon que chaque chose ayant été mise à sa place, le lecteur trouve facilement ce qu'il cherche. A cet égard, on peut dire que les textes rédigés par des latins se présentent en général mieux que ceux rédigés par des anglo-saxons et spécialement par des américains. Par ailleurs, quand un texte a été bien construit, divisé et subdivisé, les doubles emplois, les contra-

(13) Il arrive que des lois et des conventions internationales donnent la définition de certains termes correspondant aux phénomènes que la loi ou la convention vise à régir. L'emploi de cette méthode est à recommander dans certains cas et particulièrement s'il s'agit de Conventions internationales pour lesquelles il y a le risque que la diversité des langues et des systèmes juridiques entraîne des incompréhensions et des confusions, mais il s'agit alors de quelques définitions et non de commentaires. Ces dispositions sont rassemblées généralement au début de la convention.

dictions et les lacunes sont faciles à relever et par conséquent à éliminer.

Enfin, il faut que le rédacteur d'un texte législatif possède une connaissance complète du sujet traité. La loi, en effet, est destinée à régir un ensemble de faits et d'activités qui représente le domaine qu'on lui assigne. Il faut donc se représenter les principales hypothèses concrètes dans lesquelles on voudra qu'elle s'applique ainsi que celles qu'on voudra exclure de son champ d'application. Il est à craindre que quelques arbres cachent la forêt, cette situation se présente quand l'attention du législateur est rivée sur quelques cas particuliers dont il a eu personnellement à connaître ou qui, pour une raison ou une autre l'ont frappé. La loi, en effet, n'est pas en général conçue pour régler un cas particulier qui s'est présenté hier ou se présente aujourd'hui (14). Elle vise le plus souvent à régir un domaine plus ou moins étendu. Pour que la loi atteigne son objectif et n'atteigne que celui-ci, sans produire des effets qui n'auraient été ni prévus ni voulus, il faut que le législateur ait une solide expérience pratique du sujet qu'il traite. Mais cela ne suffit pas encore, il faut qu'il ait du jugement et un peu d'imagination car la loi est destinée à régler le futur et non le passé. Sans qu'il faille envisager toutes les éventualités futures et percer les secrets de l'avenir, ce qui est impossible, il faut tenir compte des évolutions qui se dessinent. Tout cela, un juriste de qualité est plus apte qu'un non juriste à le faire, et en le faisant il ne sort pas de son rôle, il ne fait pas de la politique, il trouve simplement les formules qui s'adaptent aux hypothèses pratiques qu'il fallait dégager soit pour les retenir, soit pour les exclure.

6° *Le rôle du juriste*

Le rôle du juriste est d'interpréter et d'appliquer le droit, et en principe il n'est pas de le créer. Le juriste n'est pas législateur, la volonté du législateur s'impose à lui et il ne saurait chercher à la mettre en échec ou à l'éluder.

(14) Il peut arriver qu'il en soit ainsi. Il s'agit alors d'une loi de circonstance dont le champ d'application sera très étroit. Encore dans ce cas faudra-t-il veiller soigneusement que la formule de la loi ne dépasse pas l'objet très limité qu'on lui assigne.

Chaque fois que la loi est catégorique, le juriste n'a qu'à l'appliquer. Mais comme on le sait, la loi pose souvent de difficiles problèmes d'interprétation. Cela provient de ce que la loi est défectueuse, elle est obscure, contradictoire ou incomplète ; mais les lois les mieux faites posent encore des problèmes d'interprétation. Cela tient à ce que le législateur ne peut pas prévoir tous les cas d'espèce qui rentreront dans le champ d'application de la loi, ni les situations nouvelles résultant du changement des techniques et des conditions de la vie sociale. Ainsi, en France, le juge qui d'après l'article 4 du Code civil ne peut « refuser de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », devra, dans certains cas, suppléer à ses lacunes et passer outre à ses incertitudes, et ainsi il développera le droit par la jurisprudence qui constitue une source du droit.

Pour ce, le juriste se réfère à l'esprit général de la loi, à l'intention du législateur qui est une intention politique, mais il se réfère aussi à l'esprit général du droit actuel, aux besoins de la société tels qu'ils apparaissent au moment présent. Ce que faisant, le juge, à la différence du législateur, ne se comporte pas comme un pouvoir créateur autonome, ce n'est pas à proprement parler sa volonté propre qu'il exprime, il se réfère à l'intention des auteurs de la loi, et aussi à l'esprit qui anime la législation de son époque. Le juge est une source de droit à la fois accessoire, subalterne et subordonnée.

Cependant il faut à cet égard noter la situation un peu particulière de la juridiction internationale. Celle-ci représente une source de droit plus importante que la juridiction nationale. Cela tient à ce que le droit international est beaucoup moins développé et plus incertain que le droit national. Il s'en suit que le juge international est davantage appelé à créer une jurisprudence qui supplée aux insuffisances du droit. C'est pour cette raison (à côté d'autres) que nombre d'Etats aujourd'hui se refusent à accepter la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, en usant de la faculté que leur donne l'article 36 du Statut de la Cour. Ils ne veulent pas que dans l'incertitude du droit l'appréciation d'une Cour, si éminente soit-elle, soit amenée à fixer le droit qui leur sera appliqué. Ils le veulent d'autant moins que,

tandis que le juge national pour décider dans le silence ou l'obscurité de la loi se réfère aux principes et à l'esprit du droit qu'il a pour mission d'appliquer, le juge international se trouve en présence d'une communauté internationale dont les membres sont aujourd'hui divisés et se réclament de principes politiques et juridiques parfois très différents, voire contraires. Les conceptions du droit des pays de régime communiste s'opposent à celles des pays démocratiques et capitalistes, celles des pays développés à celles des pays sous-développés. On remarque du reste que, quand il s'agit de conventions collectives qui établissent une « législation » que les Etats acceptent en devenant parties aux dites conventions, les Etats, à part quelques exceptions, ne font pas d'objection à ce qu'une clause compromissaire prévoie la soumission à la Cour des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention. C'est qu'en effet, dans ce cas, on sait exactement quel droit la Cour aura à appliquer.

CHAPITRE II

LA PHILOSOPHIE ET LA POLITIQUE FOURNISSENT SA SUBSTANCE AU DROIT POSITIF

Le droit positif procède de la philosophie et de la politique qui sont ses sources non pas formelles mais substantielles. Cependant il est nettement séparé d'elles.

1° *La « philosophie » qui domine le droit*

La « philosophie » d'une société ce sont les opinions, les croyances, les idéaux, les aspirations qui animent plus ou moins la vie de cette société et sur lesquels repose son organisation.

La philosophie ainsi entendue ne se confond pas avec l'ensemble de la philosophie telle qu'elle est cultivée et enseignée et dont les diverses branches sont la psychologie, la logique, la morale, la métaphysique et la sociologie. Cependant ses éléments relèvent de ces diverses disciplines particulièrement des trois dernières.

Cette philosophie ainsi entendue, n'est pas une théorie, c'est un fait, une chose vécue.

Toute vie personnelle repose sur une philosophie de la vie. Certains individus expriment leur philosophie par des professions de foi — ils sont rares — d'autres l'expriment par des adhésions à une Eglise, à une Société, le choix des journaux qu'ils lisent, etc... D'autres, les plus nombreux, l'expriment simplement par leur comportement. La préoccupation exclusive de l'intérêt personnel ou du plaisir est l'expression d'une philosophie de la vie.

Il faut noter par ailleurs que d'une part, un même individu peut s'inspirer de plusieurs philosophies, soit qu'il arrive à les concilier sans peine, soit qu'il soit déchiré par leur conflit et que, d'autre part, même sans hypocrisie ou mauvaise foi, il arrive que la philosophie dont un individu fasse profession compte moins que celle que spontanément ou inconsciemment il applique. Comme on l'a fait judicieusement observer, il y a ce que nous croyons croire et ce que nous croyons.

La vie des sociétés comme celle des individus repose sur une philosophie qui n'est autre que celle professée par ses membres. Mais à cet égard il y a lieu de distinguer entre les sociétés autoritaires et homogènes (sociétés primitives, sociétés totalitaires) ou une philosophie imposée règne de façon exclusive, et les sociétés évoluées et comportant un élément plus ou moins grand de liberté dans lesquelles des philosophies diverses coexistent avec des oppositions et des compromis.

La philosophie ainsi définie représente le substratum du droit. Elle fixe ses traits originaux et ses caractères moraux sans toutefois rendre compte de tout. En effet, le droit de toutes les sociétés poursuit un but commun qui est d'assurer un certain ordre pacifique et de ce fait tous les droits ont des traits communs (15).

L'observation nous montre l'influence de la philosophie d'une société sur son droit.

(15) Ainsi tous les droits pénaux visent à assurer la paix publique et à réprimer ou à réglementer le recours individuel à la violence. Ainsi toutes les polices de la circulation visent à éviter les accidents.

Le droit de l'ancienne France était fondé sur le catholicisme.

Le droit de la France actuelle est fondé sur le principe de la liberté et de l'individualisme. Cependant les principes chrétiens y tiennent encore une place. Par ailleurs un matérialisme pratique, ayant pour fin la poursuite exclusive et égoïste des biens matériels, indifférent à toute considération doctrinale, qui peut être considéré comme une dégradation de la philosophie démocratique, y tient aussi une place.

Le droit des pays anglo-saxons reposait à la fois sur le calvinisme et la philosophie libérale ; le matérialisme pratique y a fait une large irruption.

Le droit de l'Italie fasciste et de l'Allemagne nationale-socialiste reposait sur l'exaltation de la communauté nationale. Hitler donnait du droit une définition parfaitement adaptée à sa philosophie : « Le droit c'est l'intérêt du peuple allemand ». Cela signifiait que l'intérêt des autres peuples ne comptait pas. Dans ces conditions la violation des engagements, le déchaînement de guerres hyperboliques et implacables, l'anéantissement des Juifs, l'asservissement et l'exploitation des peuples étrangers, de même que l'élimination brutale des adversaires du régime à l'intérieur devenaient des procédés normaux s'ils étaient avantageux pour le peuple allemand dont l'intérêt recherché dans l'expansion et la domination était placé au-dessus de tout.

Le droit soviétique repose sur une philosophie : le matérialisme historique défini par Marx et Lénine et qui donne une explication complète de la Société et de ses fins. L'objet de la politique est de fonder une société sans classes dans laquelle le développement économique et culturel sera poussé au maximum. Les droits et les libertés de l'individu qui sont un obstacle à la réalisation de ce but ne comptent pas. C'est la Société qu'il faut protéger contre l'individu et non pas l'individu contre la Société, disait récemment M. Mikoyan dans une interview. Lénine déclarait : « Qu'importe la vie de vingt millions d'hommes si je puis faire triompher mes idées dont j'ai la certitude qu'elles sont les meilleures » (16),

(16) Il disait encore : « Il ne faut pas juger une guerre selon le nombre des victimes mais selon ses conséquences politiques.

« Au-dessus des intérêts des individus qui périssent et qui souffrent,

et appliquant ses principes à des hypothèses concrètes, il parlait de la nécessité d'anéantir physiquement la bourgeoisie, chose qui fut faite dans une certaine mesure en Russie.

Le droit traditionnel des pays islamiques repose sur le Coran.

On pourrait continuer cette revue. On constaterait que partout la « philosophie » d'une société détermine le caractère et l'orientation de son droit. Il y a là une donnée fondamentale que toute science politique digne de ce nom devrait mettre en évidence, ce qui n'exigerait du reste pas une grande peine.

Si l'influence de la philosophie d'une société sur son droit est très grande, il reste que la philosophie et le droit qui en procède, ne s'identifient pas.

Leurs caractères sont différents. La philosophie est une pensée, une attitude de l'esprit et de la sensibilité. Le droit lui, est un système de règles diverses et précises qui sont construites selon une technique particulière.

Par ailleurs l'influence de la philosophie d'une société ne s'exerce pas seulement sur le droit, mais sur toute la vie sociale, c'est-à-dire la vie religieuse (la religion est elle-même une philosophie et quelque chose de plus), sur la vie morale, sur les mœurs, sur la vie économique, etc...

Il faut noter en terminant un point très important. L'influence de la philosophie d'une société sur son droit d'une façon générale n'est pas directe. Entre la philosophie et le droit s'interpose la politique.

De la « philosophie du droit ».

On sait qu'il existe une discipline ainsi dénommée qui intéresse certains théoriciens du droit. On pourrait croire que son objet est d'étudier les rapports qui existent entre la philosophie qui anime une Société et le droit de cette Société. Il en est autrement. En réalité les juristes qui font de la philosophie du droit appartiennent à une Ecole qui pro-

il y a les intérêts de la classe. Si une guerre assure la libération de la classe ouvrière, elle est à saluer, quel que soit le nombre de ses victimes et les souffrances qu'elle engendre. »

fesse l'existence d'un droit, droit naturel, droit rationnel antérieur et supérieur au droit positif, et ils s'efforcent de déterminer les principes ou les normes fondamentales de ce droit. Les « philosophes du droit » qui s'opposent plus ou moins à l'école positiviste ne traitent pas cet aspect fondamental des choses que nous venons d'indiquer (17).

2° La politique qui conditionne le droit

La philosophie d'une Société domine son droit, mais elle le domine de haut et de loin. Elle ne formule pas même sous forme de proposition des règles juridiques précises (18).

C'est l'Etat, c'est-à-dire l'Institution politique qui va fixer les règles de droit. Dans le cadre de l'Institution Etat agissent et s'opposent des forces. C'est la force qui sera finalement prépondérante qui imposera sa politique, laquelle sera traduite en articles de lois et en d'autres actes de l'autorité publique.

Il faut définir les divers éléments de la politique. Il y a en premier lieu des mobiles qui sont les principes et les intérêts. Il y a les hommes qui, individuellement ou collectivement, luttent pour ces principes et ces intérêts. Il y a enfin les procédures et les procédés par lesquels est établi le droit nouveau.

A) Les mobiles de la politique

Les mobiles de la politique sont les principes et les intérêts.

Nous avons déjà parlé des principes. Ils relèvent de la philosophie. Les principes d'une Société chrétienne, d'une Société islamique, d'une Société libérale-rationaliste, d'une Société marxiste-léniniste ne sont évidemment pas les mêmes.

Mais les principes philosophiques ne sont pas seuls à ré-

(17) Telle qu'elle se présente la philosophie du droit, à qui l'on a reproché de n'être ni philosophique ni juridique, a souvent le défaut d'être trop théorique et superficielle et surtout d'être trop étroite.

(18) Il arrive que la religion établisse des règles de droit. C'est ce que fait le Coran. Cependant le Coran est loin de constituer tout le droit des pays islamiques fidèles au Coran.

gler la vie politique des Sociétés. A côté des principes il y a les intérêts.

Dans les Sociétés qui sont idéologiquement les plus homogènes, on assiste à des luttes politiques parfois très vives. Ainsi en fut-il dans la Rome républicaine, à Byzance, dans la Genève de Calvin. Ainsi en est-il aujourd'hui dans l'U.R. S.S. tant qu'un dictateur n'est pas parvenu à éliminer ses opposants et à asseoir définitivement son pouvoir.

Ces conflits d'intérêt opposent les unes aux autres des classes, des catégories sociales, des professions, qui cherchent à maintenir ou à acquérir aux dépens des autres, des avantages matériels et moraux. — Ce ne sont pas seulement des intérêts collectifs, ce sont encore les ambitions des individus visant à la possession du pouvoir qui engendrent des conflits politiques. Ainsi à Rome à la période du bas-empire les généraux soutenus par leurs légions luttaient pour la couronne impériale. Enfin il y a les conflits portant sur le choix des techniques. On peut être parfaitement d'accord sur les buts de la politique étrangère d'un pays et le rôle à assigner à l'armée, et cependant différer profondément d'opinion sur la façon d'organiser l'armée et l'armement à lui donner.

La politique traduit l'ensemble des conflits qui existent dans un pays concernant l'usage qui doit être fait du pouvoir.

B) *Les forces politiques qui s'opposent*

Les forces politiques qui s'affrontent expriment des positions diverses déterminées par la diversité des philosophies, des intérêts collectifs et individuels. Ces forces revêtent des formes variées : partis, factions, clans, classes, castes.

Le parti politique moderne qui a une organisation développée et opère au grand jour est particulièrement caractéristique. Le parti a une philosophie et un programme. La doctrine du parti exprime cette philosophie. Généralement le parti n'a pas construit lui-même sa philosophie. Il l'a empruntée à d'autres. Ainsi un parti confessionnel professe la philosophie de l'Eglise à laquelle il se rattache ; un parti « laïque » au sens particulier que ce mot a reçu en France, professe la philosophie d'une Ecole. Le parti se borne à des

affirmations philosophiques générales et sommaires. Mais il va tirer de sa philosophie et de ses principes, des applications pratiques que le programme présentera sous forme de propositions ou de revendications. Ainsi on proposera d'établir le suffrage universel, l'enseignement obligatoire, l'impôt sur le revenu, les Assurances sociales, l'abolition ou la réduction des droits de douane, la nationalisation d'une industrie, etc... — Si le parti l'emporte aux élections, ses chefs détiendront le pouvoir. Si ceux-ci sont fidèles à leurs promesses et capables de surmonter les résistances qu'ils sont appelés à rencontrer, ils appliqueront le programme du parti. Une fois la chose faite, l'article de programme est devenu article de loi et action gouvernementale.

C'est sur ce processus qu'il faut fixer l'attention car il révèle le rapport qui existe entre le droit et la politique. C'est la politique qui provoque la création du droit nouveau. Entre un projet de loi déposé par un parti ou par le Gouvernement, émanation d'un parti, et la loi à laquelle, après un vote du Parlement, il a abouti, il peut n'y avoir aucune différence quant à la substance, mais le projet relève de la politique et n'a aucun effet juridique, tandis que la loi représente le droit : ses dispositions obligent et doivent être appliquées.

L'exemple que nous avons donné se réfère aux procédures du régime représentatif et il est particulièrement typique. Dans un autre gouvernement, telle la monarchie absolue ou la dictature dans lesquelles tout le pouvoir appartient à un seul homme, on ne trouve évidemment pas la même procédure, mais avec des procédés différents on retrouve la même distinction entre le politique et le juridique, le premier engendrant le second. Ce sont des ministres, des fonctionnaires, des auteurs, des particuliers qui proposent un changement du droit. Le Chef suprême auquel a été soumise l'idée, l'écarte ou la retient. Tant que l'idée n'a pas été réalisée et mise en formule juridique, elle ne relève que de la politique ; à partir du moment où elle est devenue loi, elle relève du droit.

Il s'agit à la vérité de notions simples, claires, à notre avis, difficilement contestables, mais qui, à cause de leur simplicité même, peuvent sembler peu intéressantes aux

théoriciens qui ont trop souvent le goût de l'abstraction et de la complication.

Ces notions ont pourtant un intérêt à la fois spéculatif et pratique. Elles rendent compte de la réalité qu'on a toujours davantage à percevoir clairement. Elles ont par ailleurs une utilité.

En premier lieu elles rappellent aux juristes qui ont parfois à l'égard de la politique une attitude supérieure et méprisante, que tout droit est issu de la politique. Le droit représente une politique qui a réussi. Le droit n'est donc pas par nature supérieur à la politique, à moins que l'on admette que ce qui a réussi est nécessairement supérieur à ce qui a échoué, comme le vulgaire a tendance à le croire.

En second lieu, ce qu'on appelle le droit naturel, le droit rationnel et tous les droits idéaux que l'on oppose au droit existant, c'est-à-dire au droit positif, rentrent dans le domaine de la politique ou de la philosophie. Ils relèvent de la philosophie dans la mesure où il s'agit de principes généraux, ils relèvent de la politique dans la mesure où il s'agit d'applications pratiques et particulières de ces principes et de conflits d'intérêts qui ne mettent pas en cause ces principes. En conséquence, un juriste qui traite de ces droits idéaux se comporte en philosophe, en politique, non en juriste. Nous ne prétendons nullement qu'il a tort, mais il commet une erreur et une maladresse, si faisant de la philosophie et de la politique, il croit faire du droit.

On peut quelquefois, avec profit, cumuler les genres, on ne doit jamais les confondre.

CONCLUSION

I. — Nous nous sommes efforcés de créer la clarté en définissant le droit, la philosophie, la politique qui sont des notions très différentes et qui cependant ont entre elles des liens étroits. Le positivisme juridique a le mérite de fixer clairement la frontière du droit là où elle doit être sans conduire à l'ignorance ou à la sous-estimation des domaines contigus au droit.

Suivant une tendance impérialiste souvent inconsciente, les spécialistes d'une discipline sont parfois inclinés à annexer le domaine du voisin. Cette tendance est fâcheuse, car le domaine annexé se révèle inassimilable en même temps qu'il est mal compris et mal traité. Que personne ne fasse le métier du voisin, en croyant faire le sien. Il est sans doute bon que certains fassent plusieurs métiers, mais c'est à la condition qu'ils les distinguent et qu'ils les fassent convenablement. D'un juriste sociologue, les juristes disaient : « C'est peut-être un bon sociologue mais ce n'est pas un bon juriste », tandis que les sociologues disaient : « C'est sans doute un bon juriste, mais c'est un mauvais sociologue ».

Mais, s'il ne convient pas d'annexer le domaine du voisin, il ne convient pas davantage de l'ignorer et de méconnaître son intérêt comme si les phénomènes que l'on étudiait formaient un monde complètement à part séparé par un immense vide des autres phénomènes sociaux. Sans doute le droit est très différent de la philosophie et de la politique, mais celles-ci engendrent le droit. A moins d'être très bornés, des juristes ne peuvent pas ne pas s'en rendre compte, mais ils peuvent perdre de vue l'importance de cette parenté.

II. — Pour nous résumer, nous dirons que :

1° Le droit est constitué exclusivement par le droit positif, c'est-à-dire les règles qui s'appliquent effectivement à un moment donné dans une Société donnée. Ce qu'on appelle droit idéal, droit naturel ou droit rationnel, par opposition au droit positif, n'est pas en réalité du droit. Il représente simplement des notions philosophiques ou politiques.

2° Le rôle du juriste est exclusivement d'interpréter et d'appliquer le droit positif. En accomplissant cette tâche il est naturellement amené à faire des critiques techniques du droit positif qui sont de son ressort. Pour ce qui est de la critique politique du droit positif, elle relève de la politique et non du droit.

3° Les changements du droit comme la critique politique du droit relèvent de la politique. Les juristes qui croient, au moyen de théories juridiques, amener des changements du droit, commettent une erreur fondamentale. Une théorie

juridique, comme toute théorie, est faite pour expliquer la réalité. Une théorie juridique, en principe, explique le droit existant et elle n'a de valeur que si elle en rend exactement compte. Une théorie juridique qui explique le droit du passé se rattache à l'histoire du droit. Elle peut avoir à ce titre un intérêt. Mais une théorie juridique qui se modèle sur le droit de l'avenir, ou ce que l'on suppose être appelé à constituer le droit de l'avenir, est une œuvre d'imagination de peu de valeur. En effet, si elle prétend expliquer le droit présent, elle est fausse ou spécieuse et à ce titre elle égare. Si elle prétend expliquer le droit de l'avenir, elle vient prématurément et elle est inutile. Car le droit de l'avenir n'est pas du droit, pas plus que l'enfant qui naîtra dans 50 ans n'est aujourd'hui un être humain. Pour le décrire il faut attendre qu'il existe.

4° Par leur nature droit et politique ne présentent pas de différence. La politique c'est la volonté de maintenir le droit existant ou de créer un droit nouveau. Le droit nouveau c'est la réalisation d'une idée, d'une aspiration politique.

5° Le droit positif repose sur des fondements philosophiques et moraux. D'une façon générale le juriste ne peut l'ignorer, quand il remplit sa mission qui est d'interpréter et d'appliquer le droit. Il doit, quelque jugement qu'il porte sur eux, avoir présent à l'esprit ces fondements philosophiques et moraux ainsi que les intérêts dont les auteurs du droit ont voulu le respect ou l'épanouissement.

Nous ne prétendons point que nos conclusions s'imposent, mais nous pensons que pour être féconde, la discussion des notions que nous avons examinées doit se fonder sur l'observation à la fois des faits juridiques, politiques et moraux, que tous ces faits et non pas seulement une catégorie de ceux-ci doivent être retenus.

Les idées *a priori*, l'abstraction, les subtilités de la raison raisonnante qui tiennent souvent une grande place dans les théories générales du droit doivent être mises de côté, et c'est à notre avis la Science politique positive qui est le plus apte à éclairer et préciser les notions auxquelles nous nous sommes attaqués.

E. GIRAUD.