Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 49 (1930)

Artikel: Le conflit du droit naturel et de la loi positive

Autor: Geny, François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896399

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Le conflit du droit naturel et de la loi positive.

Par M. FRANÇOIS GENY,
professeur à la Faculté de Droit de Nancy.[1])

Les problèmes, que soulèvent la notion du droit naturel, c'est-à-dire d'un prototype de justice que l'ordre providentiel du monde impose à la raison, et son opposition au droit positif, soit aux prescriptions effectivement formulées par l'autorité sociale, reconnue ou subie, en un temps et pour un pays donnés, sont à la base de toute investigation juridique et commandent toutes les règles, qui président à la conduite des hommes vivant en société.

Ces problèmes, pourtant, jouissent de fortunes singulières. Tantôt, ils entraînent les esprits, prompts à l'enthousiasme et attirés vers l'idéal. Tantôt, ils rebutent, par leurs obscurités mêmes, ceux qui ont charge d'assurer les destinées, pressantes et inéluctables, de l'humanité.

Vers le milieu du dix-neuvième siècle, alors qu'étaient tombées peu à peu les illusions grandioses de l'âge précédent, sous les influences successives, de l'École historique du droit, du positivisme philosophique, du culte idolâtrique de l'État, une doctrine se constituait en Europe, correspondant assez bien aux tendances réalistes et utilitaires de l'Angleterre, favorisant les visées déjà menaçantes de l'impérialisme allemand, acceptée même par certains coryphées de la pensée française, et, suivant laquelle, il est vain de demander aux spéculations de l'esprit les directions dont a besoin la vie sociale, l'État a, d'ailleurs, toute puissance pour les formuler, il n'est de droit que positif. De 1860 à 1890 surtout, „l'horreur du droit naturel" pénétrait tous les juristes européens, ou peu s'en faut, et les inclinait vers un positivisme absolu dans le domaine du droit.

[1]) Conférance à la Société zurichoise de juristes, le 21 mars 1929.

Depuis lors, les choses ont bien changé. Grâce aux vues d'une philosophie plus large, et aussi parce qu'on sentait que la constitution même de l'État dépendait de règles situées au-dessus de lui, parce que semblables règles pouvaient seules inspirer une législation rationnelle, parce que l'insuffisance même des lois écrites ne trouvait un remède adéquat que dans les directions venues d'un autre domaine, parce qu'enfin l'ordre international postulait un règlement spécifique, puisé dans une source indépendante des États, on est revenu, sous la pression des nécessités sociales élémentaires, à reconnaître — en dépit du flottement des idées et de l'incertitude des formules — l'existence objective de ce que beaucoup de juristes ont timidement désigné par les expressions équivoques de „droit idéal" ou „droit supérieur", de ce que je veux continuer d'appeler plus franchement le „droit naturel".

Mais, tout n'est pas dit par là. Et, la notion de droit naturel étant tenue pour indispensable, les questions se pressent encore, quand on veut en préciser la nature et la portée. Le droit naturel se sépare-t-il proprement de la morale sociale, ou bien n'y a-t-il d'elle à lui qu'une différence de sanction, qui, susceptible de se réduire par les affinements de la civilisation, ne constituerait qu'une démarcation variable et peu profonde? Faut-il en distinguer nettement l'„économie", ou ne devrait-on pas plutôt voir, en celle-ci, un élément intégrant de la justice? Cette justice elle-même sera-t-elle une et immuable? Du moins, semble-t-il, si l'on veut en maintenir la valeur effective, qu'il convienne de discerner, autour d'un centre, ferme et fixe, à base strictement morale, une enveloppe, incessamment renouvelée et faite de considérations contingentes, qui naissent, se transforment et meurent, pour le plein développement de l'ordre social.

Comment, surtout, déterminer le contenu du droit naturel, si, faisant abstraction de la révélation divine, on se laisse uniquement guider par la raison et la conscience, aux prises avec toutes les fluctuations d'une nature des

choses le plus souvent insaisissable, et qu'il s'agit de dominer, pour l'assujettir aux fins suprêmes de la justice? Ici se dressent les plus grosses difficultés. Le sujet, qui a été, maintes fois, étudié au cours des siècles, doit constamment être repris, en tenant compte du mouvement ininterrompu de la vie sociale. Et il semble que ce ne soit que peu à peu, et par une conjugaison adroitement organisée d'efforts collectifs qu'on puisse arriver à une construction d'ensemble.

Toutefois, sans attendre qu'on ait pu spécifier un contenu, à peu près plein, des préceptes du droit naturel, il est de ces préceptes, qui sont tenus, d'ores et déjà, pour incontestables, sous le dictamen de la conscience, et par les simples suggestions de la raison, que confirme la tradition, à la fois immémoriale et progressive, de l'humanité. — Au premier rang se placent les principes, qui consacrent ce qu'on a appelé l',,ordre individualiste", soit un ensemble de droits subjectifs ou libertés indispensables pour permettre à l'homme de vivre et d'atteindre la fin que lui assigne sa nature: liberté individuelle proprement dite complétée par l'inviolabilité du domicile, liberté d'opinion, liberté religieuse, liberté du travail, du commerce ou de l'industrie, avec leurs prolongements dans les libertés de réunion, d'association, d'enseignement, de la presse. A quoi se rattachent le principe de l'égalité de droits entre les hommes, le principe de la sûreté personnelle, le principe de propriété permettant à chacun de conserver ce qu'il a acquis par occupation légitime ou par son effort: ces libertés et ces principes comportant, d'ailleurs, des modifications ou tempéraments, qui n'en atteignent pas le fonds devant rester inviolable. Il y faut ajouter un statut de famille permettant à la race de se maintenir, d'une façon régulière, avec le mariage, la parenté, les pouvoirs protecteurs, puissance maritale, puissance paternelle, tutelle, et, comme ciment patrimonial indispensable pour la cohésion des liens familiaux, le droit d'héridité ou de succession ab intestat. — D'autre part, dans le domaine

des obligations ou engagements qui peuvent s'établir entre les hommes, nous rencontrons également des principes de justice incontestables, qui ne sont pas sans rapport avec les précédents, tels que: Chacun doit observer les engagements, qu'il a librement assumés par sa volonté; — Chacun doit réparer le préjudice qu'il a causé à autrui par sa faute; — Nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. — Et, à côté de tous ces préceptes traditionnels, un sentiment plus poussé de la solidarité humaine tend à multiplier des prescriptions juridiques capables de maintenir l'équilibre entre le fort et le faible, en constituant, face aux „droits individuels", un „droit social" qui en limite les excès. — Ainsi apparait, suffisamment constitué déjà, un corps de règles élémentaires dominant les rapports entre les hommes, et formant un noyau substantiel de droit naturel; — abstraction faite des rapports du droit public et de ceux de l'ordre international, que je laisse à part, pour simplifier le problème.

Tous ces principes tendent à reconnaître à l'homme, sous le nom de droits subjectifs, certaines facultés ou pouvoirs, essentiels pour remplir sa destinée.

Dans les sociétés humaines, parvenues à un certain stade de civilisation, ces pouvoirs ne doivent plus dépendre de la force de chacun. Ils seront assurés par une autorité suprême, celle de l'État, seul capable de maîtriser les volontés rebelles. Et l'État exprime la règle du droit, devenant ainsi positif, par un acte formel, la loi, que mettront en oeuvre l'Administration et la Justice publiques.

Or, il se peut que l'État, sous des influences diverses, tenant souvent à l'imperfection des organes qui le constituent, au lieu de consacrer le droit naturel, et de garantir les pouvoirs, que celui-ci reconnaît aux sujets, fasse échec à ces pouvoirs, heurte violemment les libertés individuelles ou méconnaisse les préceptes élémentaires de la justice. Il y aura lutte entre l'individu qui, conscient de son droit, le réclame, le défend, le maintient, et l'État, qui, au lieu de le protéger, l'outrage.

Ce conflit peut affecter mille formes. Il se traduit dans les problèmes les plus délicats du droit public.

Pour en présenter ici l'aspect le plus caractéristique, et le plus général en même temps, je le pose comme conflit entre le droit naturel, représentant la justice immanente, et la loi positive proprement dite, prise comme l'expression la plus nette de l'autorité de l'État. (On dit quelquefois: conflit entre la conscience individuelle et la loi. Formule critiquable, parce qu'elle évoque un idéal subjectif, tandis qu'à mes yeux l'idéal s'impose et ne doit pas prêter aux interprétations diverses de chacun.)

I.

Ce conflit tragique entre le droit naturel et la loi positive s'est exprimé, sous une forme magnifique, en deux des plus belles oeuvres de la littérature et de la philosophie helléniques: Antigone de Sophocle et Criton de Platon.

Dans Antigone, nous voyons la vaillante héroïne se dresser ouvertement et hautement contre l'ordre injuste de Créon, qui avait interdit de rendre les honneurs de la sépulture à Polynice. Rappelons-nous sa fière réponse au tyran, qui lui reproche d'avoir transgressé sa loi: „Oui, car ce n'est pas Zeus, qui a promulgué pour moi cette défense, et Diké, celle qui habite avec les dieux souterrains, n'a pas établi de telles lois parmi les hommes; je ne croyais pas non plus que ton édit eût assez de force pour donner à un être mortel le pouvoir d'enfreindre les décrets divins, qui n'ont jamais été écrits et qui sont immuables: ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier qu'ils existent; ils sont éternels et personne ne sait à quel passé ils remontent." (Collection des Universités de France: Sophocle, trad. franc. P. Masqueray, t. I, 1922, p. 93—94.) — Antigone préfère donc suivre la loi naturelle ou divine, plutôt que d'obéir à l'injonction arbitraire du tyran. Et, c'est au péril de sa vie. La suite de sa réplique nous montre qu'elle ne l'ignore pas. Elle accepte le supplice et la mort qui l'attendent, que, de fait, elle subira.

Passons maintenant à l'austère, mais sublime, dialogue de Platon. Socrate, à la veille de sa mort, a reçu la visite de Criton, qui lui offre les moyens de fuir et le sollicite de se dérober à l'exécution de l'odieuse condamnation qu'il a encourue. Après hésitations, discussion et délibération, Socrate, qui n'est pas un impulsif, refuse. Il décide d'obéir aux lois, même injustes, d'Athènes. Et ici encore, il convient de citer les raisons ou applications qu'il en donne: „Suppose", dit-il à Criton, „qu'étant sur le point de nous évader — appelle, d'ailleurs, la chose comme tu voudras —, nous voyions venir à nous les lois et l'État, qu'ils se dressent devant nous et nous interrogent ainsi: Dis-nous, Socrate, qu'as-tu dessein de faire? Ce que tu tentes, qu'est-ce autre chose que de vouloir nous détruire, nous les lois, et tout l'État, autant qu'il est en ton pouvoir? Crois-tu, vraiment, qu'un État puisse subsister, qu'il ne soit pas renversé, lorsque les jugements rendus y sont sans force, lorsque les particuliers peuvent en supprimer l'effet et les détruire?" (Collection des Universités de France, Platon, trad. franç. M. Croiset, t. I, p. 226—227). Telle est l'attitude de Socrate. Si elle apparaît moins crâne, moins flambante que celle d'Antigone, elle est tout aussi courageuse. En définitive, Socrate refuse de sauver sa vie, pour respecter la loi. Et, lui aussi, il va sciemment à la mort.

Je crois qu'en auscultant le sens profond et, si je puis dire, la philosophie intime des deux cas ainsi mis en présence, nous pouvons immédiatement en dégager quelques directions précieuses.

Envisageons, en effet, le conflit signalé plus haut.

Quand nous le considérons a priori — dans le domaine de la théorie spéculative —, il semble incontestable que la justice doive l'emporter sur la loi écrite. Évidemment, dirons-nous, c'est le vrai, c'est le juste, c'est le donné, dont le règne s'impose avant tout et en face duquel la décision du tyran, qui n'est que forme passagère et arbitraire, ne saurait compter. Et ceci parait bien justifier la protestation d'Antigone, qui représente la spontanéité

de la conscience, et, en quelque sorte, le prime-saut de l'instinct moral.

Oui. Mais cherchons à pénétrer plus au fond l'essence même de la justice. Scrutons la, non pas en poète, en imaginatif, en enthousiaste, mais en homme réfléchi, avec notre raison plutôt qu'avec le sentiment. Nous y découvrons sans peine ceci: La justice objective requiert, avant tout, l'ordre général, en l'absence duquel les droits subjectifs particuliers ne peuvent valoir et s'exercer. Or, l'ordre général implique le respect du Pouvoir, du moment qu'il est régulièrement constitué, même simplement accepté en fait. C'est ce que suggère la raison. C'est ce qu'admettent, en fait, toutes les nations. C'est ce qu'on reconnait également dans l'ordre international. C'est aussi ce que proclame la grande puissance spirituelle que représente l'Église catholique. Or, le Pouvoir établi exprime sa volonté dans la loi écrite faite et promulguée suivant la constitution. Ainsi s'explique et se légitime, à nos yeux, l'attitude de Socrate, s'inclinant devant le Pouvoir d'Athènes et subissant sa loi.

Elle s'explique si bien, conformément à la nature et à la raison, qu'en principe, et comme direction générale, elle devra l'emporter sur l'autre. La règle pratique de la vie sociale sera la prédominance de l'autorité, plus spécialement la prévalence de la loi écrite. D'autant mieux que le juste objectif concret est souvent matière à doute. Nous pouvons y croire très-fermement, sans être assurés de ne pas nous tromper. Dans ces circonstances, la décision de l'autorité, constituée avec toutes garanties, a pour elle une présomption de justesse. Elle mérite provisoirement la suprématie.

Il n'en reste pas moins que la loi écrite, oeuvre de technique humaine, peut se mettre au travers du „donné". Elle émane de la puissance effective du jour, issue elle-même de majorités précaires, sujettes à erreur. Aussi ne saurait-elle l'emporter, absolument et définitivement, sur la justice immanente. Ici, la révolte d'Antigone va reprendre l'avantage.

Il faut donc des redressements à notre solution fondamentale. Ces redressements n'anéantiront pas le principe. Ils ne devront intervenir qu'exceptionnellement, pour en énerver certaines conséquences, qui se montreraient de nature à ébranler, dans ses bases mêmes, le droit naturel.

Les correctifs, dont il s'agit, peuvent être de deux sortes, ou comporter, en quelque façon, deux degrés:

Les uns, formant comme un premier degré, seront puisés dans l'ordre positif lui-même, qui, sentant sa faiblesse, cherche à s'affiner, à trouver en soi les moyens de se redresser. Ce seront donc des moyens légaux, ou politiques, comme tels, sujets à doute et à changement, précaires en somme.

Les autres, que nous rencontrerons à un second degré, viennent d'un domaine supérieur, du droit naturel lui-même, affirmant et maintenant sa primauté nécessaire. Ce sont des moyens de droit proprement dits, bien qu'extra-légaux, d'ordre idéal. Ils seront infrangibles, mais d'un emploi délicat.

Il nous faut passer successivement en revue ces deux séries de moyens.

II.

Il est, d'abord, des tempéraments à la domination de la loi positive, qui se tirent de celle-ci même. Grâce à la puissance dont il jouit, le droit positif — telle jadis la lance d'Achille — peut parfois guérir les maux qu'il occasionne.

Il le peut, en s'organisant, se disciplinant en quelque mesure, et notamment en hiérarchisant ses préceptes, d'après la source qui les produit, ou suivant la valeur qu'il leur assigne. Pareille discrimination ne peut venir que de la partie la plus élevée du droit positif: le droit public ou constitutionnel, qui met en oeuvre la souveraineté de l'État.

Préalablement, la Constitution, qui détermine, spécifie et limite les pouvoirs publics de l'État, investis de la mission de porter les règles de droit et de les ramener à exé-

cution, devra organiser et combiner ces pouvoirs, de façon à restreindre leur emprise sur le domaine réservé du droit naturel, et à rendre plus difficiles, plus compliquées, partant moins fréquentes et moins graves, les atteintes qui lui seraient portées. A cela tendent, dans la plupart des pays modernes, les pièces les plus notables du mécanisme constitutionnel de la législation, lesquelles établissent une sorte d'équilibre et comme un balancement des pouvoirs constitués dans cette vue.

A côté de ces précautions de forme, — sur lesquelles je ne veux pas insister, — on peut trouver une protection de fond, plus directe et plus pleine, des préceptes du droit naturel, dans le système des lois constitutionnelles rigides. On entend, par là, des lois, qui, en raison de leur origine les rattachant à la constitution même du pays, sont environnées d'un prestige spécial, et qui ne peuvent être modifiées ou supprimées que, tout au plus, suivant les involutions complexes d'une procédure de révision constitutionnelle, les rendant, pratiquement, à peu près intangibles. Étant ainsi supérieures aux lois ordinaires, — comme celles-ci le sont aux décrets ou ordonnances réglementaires, — ces lois constitutionnelles rigides ne peuvent être atteintes par elles. Il suffirait donc d'y couler les préceptes du droit naturel, que l'on tient à mettre à l'abri des emprises législatives, pour énerver à l'avance les lois qui s'aviseraient de les enfreindre.

En suivant logiquement ces idées, on dirait: 1° que toute proposition de loi, contraire aux lois constitutionnelles rigides, doit être écartée par le Président de l'Assemblée, à laquelle elle serait soumise, ou bien, au moyen de la question préalable; 2° que contre l'application d'une loi heurtant la constitution, on peut faire valoir, devant tout tribunal, l'exception dite d'inconstitutionnalité; 3° que, même à défaut de cette exception, un moyen devrait être organisé de faire annuler la loi inconstitutionnelle; 4° qu'en tout cas, l'application d'une loi semblable engage la responsabilité de l'État législateur.

Si, maintenant, nous envisageons les choses in concreto, d'après la pratique du droit public français (le seul que je veuille considérer ici), nous constatons que ces conclusions sont loin d'y être pleinement suivies. Il y a bien le premier moyen indiqué: arrêt par le Président de l'Assemblée ou question préalable. Mais il est purement préventif, et, comme tel, manifestement insuffisant. Si le législateur y a passé outre, il n'existe, contre sa loi, aucun moyen de nullité direct. Nous n'avons plus, en France, aucune Assemblée chargée d'empêcher les atteintes à la Constitution, comme avait été le Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII. Nos tribunaux, même administratifs, répugnent à reconnaître, en ces hypothèses, la responsabilité de l'État législateur. Sans doute, l'exception d'inconstitutionnalité devrait être reçue devant toutes les juridictions appelées à appliquer une loi, comme est reçue l'exception d'illégalité contre l'application des règlements qui dérogent à la loi. Elle l'est aux États-Unis de l'Amérique du Nord. Elle ne l'est pas, en France, sous prétexte de séparation des pouvoirs, et aussi parce qu'on veut empêcher les tribunaux d'entraver l'action législative. Mauvaises raisons, à mon avis, mais qui ont, jusqu'ici, retenu notre jurisprudence.

Alors même qu'on se rejimberait contre ces résistances, et que l'on admettrait, au moins comme moyens possibles de faire respecter les lois constitutionnelles par le législateur ordinaire, — outre les moyens préventifs incontestables mais insuffisants, tels que la question préalable, — l'exception d'inconstitutionnalité opposable devant toutes les juridictions et la responsabilité de l'État législateur, sous l'autorité du tribunal administratif supérieur, le Conseil d'État, il resterait, à l'application pratique de ces moyens, du point de vue où nous nous sommes placés ici, une grosse difficulté. C'est que nos lois constitutionnelles, incontestablement en vigueur en France (lois de 1875), ne sont que des lois de forme. Elles règlent l'organisation et le fonctionnement des Pouvoirs publics. C'est tout.

Elles ne consacrent aucun principe de fond. Peut-on y rattacher la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dite déclaration de 1789, placée en tête de la Constitution des 3—14 septembre 1791? Si on l'admet — ce qui est douteux — on se trouve en présence d'un certain nombre de principes abstraits, dont la portée est souvent indéfinie, et, par la même inquiétante, tant qu'ils ne se précisent pas dans les dispositions concrètes de lois ordinaires.

Cette difficulté — si on la prend de plus haut et si l'on en pénètre tout le sens — nous révèle une infirmité irrémédiable dans tous les correctifs, aux excès de la loi positive, qu'on n'emprunte qu'aux lois constitutionnelles. C'est que ces lois elles-mêmes, comme lois formelles, participent nécessairement, inévitablement, à toutes les défaillances, à toutes les faiblesses de la loi positive écrite, attendu qu'elles ne sont pas autre chose. Si haute et si perfectionnée qu'en soit la source, ces lois constitutionnelles, oeuvres humaines, seront toujours, par quelque côté, incomplètes, insuffisantes, imparfaites. Bien plus, elles peuvent être mauvaises, contraires elles-même au droit naturel; auquel cas, leur suprématie ne fera qu'aggraver leur malfaisance. Rien d'étonnant à cela. Les défectuosités, inhérentes à la technique, parce qu'elle est artifice, ne peuvent disparaître dans le moyen technique qui en constitue seulement l'affinement, sans charger de nature.

Du moins, faudrait-il reconnaître un minimum de „droit supérieur" à tout droit écrit quelconque. Et nos grands publicistes français, Hauriou, Duguit, Michoud, l'ont reconnu sous des dénominations diverses. Mais à quel titre ce droit supérieur s'imposerait-il, au point de vue strictement constitutionnel? Il faudrait, pour le consacrer effectivement, de nouveaux moyens, que nous n'avons pas en France, comme vous les avez en Suisse: l'appel à l'opinion par le referendum et l'initiative populaire. Encore ces moyens, vous le savez, ne sont pas parfaits, même sur un terrain préparé comme était le vôtre. Ils le seraient moins encore dans un vaste pays, à la sensibilité frémis-

sante, comme est la France. Nous appréhendons qu'ils ne nous exposent à de gros risques, qui compromettraient plus qu'ils ne soutiendraient le „droit supérieur".

En somme, tant que nous sommes cantonnés sur le domaine strictement constitutionnel, nous ne rencontrons que des palliatifs aux abus de la loi positive. Si nous voulons mieux, il faut franchir hardiment ce cercle formel et fermé, il faut aborder résolument le domaine de la justice objective.

III.

A défaut, donc, des moyens précédents, qui se tenaient dans les strictes limites d'une légalité formelle, nous envisagerons maintenant des moyens extra-légaux, des moyens de force, qui peuvent, d'ailleurs, exceptionnellement, être reconnus par la Constitution, cherchant des contre-poids à la puissance de l'État, mais qui, en réalité, restent en dehors du jeu normal des organes de la vie nationale, car ils tendent directement à faire échec au Pouvoir établi et à la loi positive qui exprime sa volonté. En d'autres termes, et suivant une parole fameuse, en réalité profonde sous son apparence brutale, qui n'a été décriée et bafouée, que faute d'avoir été comprise, faute surtout d'avoir été correctement appliquée, il s'agit, désormais, de „sortir de la légalité pour rentrer dans le droit".

Les moyens, que nous devons considérer ici, se ramènent tous à ce que certaines des constitutions révolutionnaires de la France ont nommé „la résistance à l'oppression", susceptible de mille formes ou degrés, depuis la simple inertie, qui évite de se plier aux injonctions tyranniques, jusqu'à l'insurrection, soit individuelle, soit collective, qui dégénère aisément en révolution.

Ce problème du „droit à l'insurrection contre les pouvoirs établis" a été étudié, avec une particulière dilection, par les philosophes, les théologiens, les canonistes. Nous n'avons pas à nous montrer plus réservés qu'eux.

Nous devons aborder hardiment le problème en face, tel qu'il est réellement, sans nous laisser entraver par des scrupules de juristes cauteleux, ni par les appréhensions de politiques trembleurs. Nous ne pouvons sacrifier l'essence même du droit à la forme „*nec propter vitam vivendi perdere causas*".

Supposons donc que le tyran, ou le parti qui en tient la place, — la tyrannie du nombre est souvent la plus intolérable, — s'avise de méconnaître, outrageusement et violemment, le droit naturel tenu pour incontestable, par exemple qu'il supprime ou contrarie gravement certaines libertés essentielles, sans lesquelles l'homme ne peut poursuivre hautement sa vie, remplir pleinement sa destinée, ou bien qu'il rompe arbitrairement les liens de famille ou qu'il confisque impudemment les propriétés, qu'il bouleverse les engagements conclus, quand on aura, contre ces abus criants du pouvoir, épuisé toutes les ressources légales, que pourra-t-on faire encore, si non se refuser à obéir et aller jusqu'au bout des résistances?

Ici, toutefois, on nous arrête pour nous dire: Ce n'est plus un problème de droit. Ce n'est qu'un fait, un événement historique. Au fond, c'est le désordre, la révolte, l'émeute, la révolution, que parfois rien ni personne ne sauraient empêcher, qui, s'ils se produisent, peuvent échouer ou réussir, mais réussir, en fait, seulement. Le jurisconsulte n'a pas à les considérer; à aucun point de vue, du moins, ne peut-il les légitimer. — J'estime qu'il y a, à la base de ces raisonnements, une équivoque grave, qu'il importe de dissiper. Assurément, on peut rencontrer, et, effectivement, on rencontre, le plus souvent, dans la vie sociale, de simples résistances de fait contre l'ordre établi, qui ne sont que de purs désordres, des violations inadmissibles de l'autorité de l'État. Contre ces désordres, celui-ci se défendra, en les empêchant ou les réprimant, au besoin, par la force, dont il est muni, à cet effet. Mais, il s'agit de savoir si, dans certaines conditions judicieusement reconnues et étroitement déterminées, le désordre pré-

tendu ou apparent, voire la contestation violente de l'ordre établi, ne devient pas un droit (subjectif), j'entends une faculté de vouloir et d'agir, qui doive être tenue pour légitime et entrer même dans le cadre de „l'ordre juridique". — On se récrie: Il y a contradiction dans les termes. Le désordre ne saurait être ramené à l'ordre. A quoi je réponds que le soi-disant désordre n'est ici que le cri de révolte d'un idéal plus parfait, et qu'au témoignage de l'expérience, — j'y reviendrai tout-à-l'heure, — les progrès les plus décisifs de la civilisation et du droit ne sont conquis qu'au prix des révolutions. — Toutefois, on nous objecte encore, sous une forme plus pratique: Qu'importent ces considérations spéculatives! En fait, il faut bien que l'ordre établi se défende et cherche à mater la révolte. Dès lors, toute discussion, sur la valeur de celle-ci, est inutile et dépourvue d'intérêt: „Si l'insurrection triomphe", a écrit un de nos publicistes les plus éminents,[1]) „le Gouvernement, qui en sortira, ne fera certainement pas poursuivre, pour attentat à la sûreté de l'État ou pour complot, ceux auxquels il doit le pouvoir, et, si l'insurrection échoue, il n'y aura pas un tribunal, qui ose déclarer qu'il n'y a pas eu complot ou attentat à la sûreté de l'État, parce que le Gouvernement était tyrannique et que l'intention de le renverser était légitime." — Ce dilemme, d'apparence rigoureuse, formulé pour un cas extrême, se maintient mal devant la considération attentive des hypothèses, les plus fréquentes, de résistance à l'oppression des lois injustes ou despotiques. Pareille résistance implique toujours l'idée d'une crise, morale ou sociale, plus ou moins grave (les crises font d'ailleurs partie de l'ordre général du monde), où règne, dans les consciences, quelque flottement, quelque trouble même, sur la valeur profonde de la règle de droit contestée. Sans qu'il soit besoin de prévoir un bouleversement complet de la Constitution, ni même un changement de régime gouvernemental, la crise, dont il s'agit, se

[1]) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd, t. III, 1923, p. 749 (§ *101*).

résoudra, un jour ou l'autre, et sa solution pourra aboutir au triomphe de ce „droit supérieur", qu'on opposait au droit positivement établi. En pareil cas, bien que le changement effectif du droit ne soit définitivement réalisé que par la promulgation d'une loi nouvelle, on peut, si l'on en admet la légitimité, tenir pour licites les faits de résistance à la loi, qui auraient devancé ce changement; et même, à défaut d'une mutation formelle du droit positif, on pourra, sur le fondement d'une faculté de critique prudemment reconnue, absoudre, faute d'intention coupable, certains agissements contraires aux prohibitions formelles de la loi. Que si l'on est allé jusqu'à la révolution proprement dite, encore faut-il marquer à quel signe on la tiendra pour définitivement acquise et sous quelles conditions on en devra légitimer les résultats. — Il n'est donc, ni absurde, ni superflu, il est, tout au rebours, nécessaire, indispensable, de parler d'un droit à l'insurrection et de considérer la résistance à l'oppression comme une véritable institution juridique.

Le problème étant ainsi nettement posé comme problème de droit, nous pouvons, avant d'en tenter la solution directe, nous demander s'il n'existe pas des prodromes, des indications, des encouragements, en vue d'un dénouement favorable au droit naturel.

Or, nous pouvons, je crois, faire valoir, tout d'abord, un sentiment profond et comme un instinct moral irrésistible à l'appui de ce dénouement. En réalité, il n'est pas un homme, qui, à un moment donné, ne se sente le droit, bien plus, le devoir de se refuser aux injonctions, brutales et arbitraires, d'un pouvoir tyrannique. Supposez que celui-ci nous ordonne de maltraiter nos proches, ou, plus simplement, de commettre un acte d'inhumanité ou de flagrante injustice. Nous nous révoltons contre l'idée que nous devrions néanmoins lui obéir. Nous poussons intérieurement le cri vengeur d'Antigone devant Créon. Ou, mieux encore, dirai-je sur cette noble terre de la libre

Helvétie, nous prenons hautement la fière attitude de votre héros national, Guillaume Tell, en face de l'oppresseur Gessler. Vous savez quels échos puissants et sympathiques ce cri, cette attitude éveillent encore aujourd'hui dans tous les coeurs. C'est la voix de l'opinion publique s'associant au sentiment intime de l'individu, et qui, forte de ce double appui, ne peut demeurer sans réaction dans le for extérieur.

Rappelons-nous aussi la résistance, des habitants de pays occupés, pendant la guerre, aux exigences tyranniques, et souvent brutales, des envahisseurs. Cette résistance a été admirée, louée, exaltée par tous les esprits indépendants. Et notamment, dans la Belgique, foulée, malmenée, pillée par la soldatesque ennemie, la grande et haute figure du Cardinal Mercier, protestant contre les violations du droit, encourageant la résistance de son peuple, est restée la représentation éminente de l'éternelle Justice. Sans doute, en pareil cas, il y avait une situation particulière, en ce sens que le pouvoir légitime du pays était supplanté par les envahisseurs, chez qui n'apparaît pas l'autorité, à qui obéissance soit due. Il n' en restait pas moins que cette autorité de fait devait être subie, jusqu'au jour pourtant, où, méconnaissant violemment le droit, elle soulevait toutes les consciences.

Et, si nous revenons à la situation normale d'un pays régi par les autorités constitutionnelles, toutes les fois que celles-ci outragent évidemment la justice, même sous prétexte de légalité, des mouvements d'opinion se produisent, tendant à excuser les résistances, parfois même à les justifier et les approuver. Et ces mouvements ne restent pas toujours confinés à une masse, qu'on pourrait taxer d'aveuglement, ou, du moins, d'emballement irréfléchi. Ils se prolongent jusqu'aux intellectuels, même jusqu'aux magistrats, chargés de rendre la justice, pour les inciter, quand ils ont à juger les prétendus faits de rébellion, à une jurisprudence „lénitive", qui prépare généralement un retour, plus ou moins prononcé, de la légalité

formelle à la vraie justice et au droit. — C'est ce qu'on a pu observer dans toutes les crises de ce genre, qui se sont produites en France: depuis le procès célèbre d'Armand Carrel, poursuivi en 1832 pour provocation à la rébellion, jusqu'aux résistances des catholiques contre les mesures prises en exécution des lois portant atteinte à la liberté religieuse, par une dénaturation des libertés d'association ou d'enseignement et contre les spoliations consécutives à la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905, et en passant même par cette malheureuse „affaire", qui a si profondément divisé les Français il y a quelque trente-cinq ans. Dans tous ces cas, où les droits individuels ont été, ou ont semblé (je ne tranche pas ce point), méconnus, on a pu constater une révolte assez générale de l'opinion, s'associant aux rébellions individuelles, une extrême bienveillance et une application édulcorée dans la mise en oeuvre de la loi critiquée, enfin, peu à peu et en quelque mesure du moins, omission ou abolition volontaires de celle-ci.

Ces mouvements sont encore plus fréquents, plus décidés, plus énergiques en Angleterre, où le sens profond du droit individuel amène, d'une part la justification des révoltes contre les atteintes à la légalité protectrice de l'individu, d'autre part, l'apologie de la résistance modérée à la loi, estimée contraire au droit, résistance qu'on apprécie et qu'on vante comme une cause certaine de progrès pour la législation générale.

Et voilà ce que j'appellerai l'argument, instinctif et expérimental, de cette discussion.

Si, maintenant, nous voulons compléter notre enquête, en consultant ce qu'on peut nommer les autorités scientifiques et juridiques en la matière, nous constatons que les théologiens et canonistes, du Moyen-âge à nos jours, ont accepté, sous des modalités et avec des réserves variables, le principe d'un droit de résistance et de sédition, destiné à lutter contre les décisions illégales ou les lois injustes. Et, c'est ce principe, proclamé sous une forme nouvelle

par Locke (Du gouvernement civil, chap. XVII, n°s 5—11 et chap. XVIII, n°s 11—26), qui reparaît, sous les noms de „résistance à l'oppression", de „droit et devoir d'insurrection", dans les Déclarations françaises de droits, de 1789 (art. 1) et de 1793 (art. 10/11, 33—35). Le plan de Constitution, présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793, et connu sous le nom de „Constitution girondine", allait plus loin encore. Car, après avoir prévu la résistance à l'oppression dans les articles 31 et 32 de sa Déclaration des droits, il prétendait en régler le mode, avec certaines précisions, dans ses titres VIII—X.

Mais, laissons ces autorités, dont le développement et l'appréciation critique nous entraîneraient trop loin, pour aborder, directement et nous-mêmes, le problème.

Comment donc justifier, à titre de droit, la „résistance à l'oppression des pouvoirs établis"? Il est très important d'être fixé sur ce point, non seulement pour le principe lui-même, mais à fin de déterminer les modalités, conditions, restrictions, extensions ou assouplissements qu'il comporte. Car il ne saurait être absolu. — A cet égard, plusieurs idées ont été proposées:

Les uns ont dit: Ce principe est fondé sur la nécessité, ou, pour préciser, sur un „état de nécessité" (*„Nothstand"*). Des circonstances majeures se présentent, parfois, dans la vie sociale, qui nous justifient de sacrifier le droit d'autrui à notre droit propre, quand celui-ci est évidemment plus important que le premier. De même, ici, la sauvegarde d'un bien essentiel de l'homme lui permettra de passer outre aux exigences du Pouvoir, à l'autorité de la loi positive. *„Noth kennt kein Gebot."* — Explication qui affirme sans démontrer: car l'ordre assuré par l'autorité n'est-il pas le bien le plus essentiel? Et comment mesurer avec lui les autres biens? On ne nous fournit aucun critère pour limiter la résistance.

D'autres, poussant plus avant, pensent trouver la démonstration et le critère, à la fois désirables, dans la

notion de la „légitime défense". Et voici comment se peut résumer l'argument. A l'origine de l'humanité, dit-on, c'est „l'ère de la liberté primitive". Chacun se fait justice à soi-même. Plus tard, l'État se constitue: il établit un droit organisé et sanctionné régulièrement. Désormais, nul ne se fait plus justice à lui-même. Toutefois, ce principe nouveau comporte, en des cas graves, des dérogations indispensables, où l'on voit reparaître, sous la forme de résistance aux abus du despotisme, le „droit extérieur à l'État", que soutient seule l'idée résiduelle de cette „légitime défense", qui formait la règle dans „l'ère de la liberté primitive" et qui se justifie toujours comme la réaction naturelle de la victime de l'agression contre celle-ci. — Cette explication est assurément supérieure à la précédente. Elle rattache, du moins, la „résistance à l'oppression" à un principe de justice incontestable et peut permettre de lui tracer certains contours plus précis. Cependant, je la crois encore insuffisante. Car, par cela qu'elle suppose une réaction instinctive contre une agression nettement caractérisée, elle implique, en sa notion même, des conditions, qu'une métaphore hardie (et fausse) pourrait seule reconnaître dans les circonstances motivant l'insurrection. Et elle tend à limiter celle-ci, réduite toujours à une simple défense, par des exigences, qui en rendraient le secours absolument inadéquat aux besoins.

Je préfère donc, pour ma part, renonçant aux théories abstraites appuyées à de trompeuses analogies, me placer simplement, pour apprécier, d'un point de vue critique, la résistance à l'oppression et en délimiter le champ, sur le terrain mieux connu, où se déterminent tous les droits, celui de „l'équilibre des intérêts en présence".

Ainsi orientés, nous constatons, avant tout, que le principe essentiel du droit, consistant dans l'ordre à maintenir au sein de la vie sociale, commande le respect de la loi régulièrement établie. D'autre part, pourtant, la loi, ayant comme raison d'être incontestable la consécration

et le maintien des droits individuels de l'homme, on conçoit que si, loin de les affermir, elle les heurte, de parti pris, contrairement à la Justice, elle justifie une réaction de ces droits outragés, qui la dominent, comme le but domine le moyen. Mais encore, cette réaction devra être strictement limitée par la considération, que les droits individuels eux-mêmes ont, pour leur protection, un besoin absolu de l'ordre social et que, s'ils ébranlaient jusqu'à ses bases, sous la seule garantie du jugement personnel de qui les exerce, ils risqueraient de périr avec lui.

Dès lors, la considération, le balancement et la combinaison des éléments divers, qui s'opposent et s'entrechoquent, vont aboutir à nous permettre, d'une part, de borner le droit de résistance par certaines exigences, faute desquelles il serait intolérable, d'autre part, d'en graduer l'ampleur et l'énergie, suivant la gravité des situations, où il intervient légitimement.

C'est ainsi, tout d'abord, que nous subordonnerions la légitimité de toute résistance à la loi aux conditions suivantes: 1° Pareille résistance n'est admissible que pour le maintien des droits individuels de l'homme. Car, ce sont les seuls, dont la base naturelle soit assez fermement établie, pour justifier une réaction contre le Pouvoir chargé de les sauvegarder. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que la notion de ces droits individuels se développe singulièrement par toutes les ramifications qui s'y rattachent, et qu'elle embrasse, à la bien entendre, toutes les parties essentielles de la Justice. — 2° En tout cas, la défense de ces droits contre la loi oppressive ne saurait être exercée que par les individus mêmes, dont les droits sont foulés aux pieds. Eux seuls, en effet, ont qualité, pour apprécier la situation dont ils se plaignent et réagir contre le mal qu'ils veulent écarter. Ici encore, il est vrai, une conception, un peu large, de l'intérêt garanti par le droit, pourra conduire à étendre notablement le cercle de ceux que touche la méconnaissance flagrante d'un droit individuel quelconque. Toutefois, la précision, faite plus haut, exclut,

du moins, de toute faculté de résistance à une loi, même évidemment oppressive des droits des citoyens, les agents de l'État. La question est particulièrement délicate pour les agents de l'ordre judiciaire, les magistrats, dont c'est la mission propre de dire le droit aux sujets. Sans doute, leur conscience peut leur imposer de refuser l'application de la loi, qu'ils estiment injuste. Et l'on en a vu obéir à leur conscience, en quittant leur siège, en démissionnant. On ne peut que s'incliner devant la noblesse de pareil geste. Mais il y aurait de graves inconvénients à permettre au juge de négliger ouvertement la loi, tout en restant en fonctions. Et le principe, posé précédemment pour limiter la résistance, savoir la sauvegarde du droit de l'individu par lui-même, nous soustrait à ce résultat, d'approuver une défaillance, qui mettrait en péril l'ordre social. — 3° Pour que l'individu puisse opposer son droit à la loi qui l'opprime, il faut que cette loi soit entachée d'une injustice grave, évidente, irréparable. Naturellement, tous ces points donneront souvent lieu à des appréciations délicates. Et, leur diagnostic ne pourra, en bien des cas, être fixé que par le mouvement général de l'opinion publique, par un ensemble de réactions dirigées contre la loi oppressive, quelquefois par la force irrésistible d'un sentiment très profond. Encore faut-il qu'ils soient reconnus. — 4° A quoi s'ajoute naturellement, que la résistance, se présentant comme sanction nécessaire de la Justice, ne pourra jamais se porter à des excès plus funestes que le mal qu'elle prétend empêcher. Et c'est ce qui condamne absolument le tyrannicide.

Ceci nous conduit — en supposant réunies les conditions qui viennent d'être spécifiées — à distinguer aussi divers degrés de la résistance légitime.

A un premier degré et, pour ainsi dire, au bas de l'échelle, ce sera la simple inaction de l'intéressé, qui attend l'exécution de la loi par l'autorité, refusant seulement d'y coopérer activement. Cette résistance, purement passive, n'est même pas prohibée spécialement par la loi, qui or-

ganise seulement les moyens d'en triompher par la contrainte. On peut l'admettre largement, sans la subordonner à des exigences trop strictes dans l'application des conditions posées plus haut.

Mais, quand l'autorité publique intervient par la force, la résistance devient facilement résistance défensive; et c'est de celle-ci, constituant un deuxième degré, que la légitimité commence à prêter à doute. Les considérations, précédemment exposées, nous amènent cependant à la tenir pour légitime, moyennant les conditions indiquées, pourvu qu'elle ne trouble pas violemment l'ordre général. C'est dire, qu'en principe, elle devrait se contenir au domaine individuel et ne pas dégénérer en violences concertées, voire simplement collectives, qui tendissent à ébranler la puissance même de l'État. Tout, d'ailleurs, dépend ici de la nature et de la gravité des injustices, contre lesquelles on réagit. Et nous voici insensiblement conduits à un nouveau stade de justice privée, formant comme un troisième degré, et qui demande à être nettement circonscrit.

En effet, si, dépassant l'emprise sur les droits individuels et la ligne des injustices particulières, la tyrannie s'érige en système, pour sacrifier, de parti pris, les libertés d'un chacun au caprice d'un clan tout-puissant, voire d'une majorité intolérante, si non même d'un despote unique, et si tous les moyens légaux ou individuels de résistance ont été épuisés en vain, alors surgit, par la vertu, plus ou moins consciente, d'aspirations communes, l'idée d'une résistance proprement agressive, en réalité de l'insurrection collective contre les pouvoirs établis. Et, bien qu'elle se résolve en une question de force, comme, tout de même, sur ses résultats va s'édifier le Droit, il n'est pas superflu d'en apprécier aussi la légitimité. — Or, s'agissant d'un trouble social extrêmement grave, susceptible d'entraîner des ruines irréparables, on ne peut en accepter le risque que comme moyen extrême de sortir d'une situation autrement inextricable. Encore faut-il que cette situation se soit montrée vraiment intolérable, en dépit

de tous les efforts régulièrement tentés pour l'abolir et que l'insurrection s'appuie sur une opinion publique assez évidemment favorable et sur des forces de réalisation suffisantes pour en assurer, à peu près, le succès. A ces conditions seulement, la révolution apparaîtra légitime, dans la paix et l'assentiment général, qui en consacreront définitivement les résultats.

Ainsi, nous arrivons, avec tous les théologiens, les philosophes, les moralistes, avec les publicistes les plus modernes, avec ceux, du moins, qui ont étudié la question à fond, notamment avec les deux grands maîtres du droit public français, tout récemment enlevés à la science qu'ils ont si magnifiquement illustrée, Maurice Hauriou et Léon Duguit, en parfait accord sur ce point, à reconnaître, comme indispensable et légitimé par sa nécessité même, cet ultimum subsidium, la résistance à l'oppression, pouvant, dans les cas extrêmes, aller jusqu'à l'insurrection et la révolution.

Je sais bien que les jurisconsultes, de la stricte observance, ont accoutumé de se voiler la face devant les révolutions, qu'ils se refusent nettement à faire entrer en compte, sous prétexte qu'elles sont de pur fait, et que, comme l'a dit l'un d'eux, „il n'y a pas place dans la science du droit pour une théorie juridique des révolutions"[2]). — Mais ces accès de pudeur doctrinaire ne peuvent rien contre les réalités. Et, nous voyons les mêmes jurisconsultes, qui les ont solennellement désavouées, asseoir la Constitution elle-même sur la base des résultats conquis par les Révolutions[3]).

De fait, l'expérience générale de l'humanité, et, plus particulièrement, celle de la France contemporaine, nous présente ce paradoxe: la révolution, née d'une insurrection

---

[2]) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie juristique de l'État*, Paris, 1920, t. I, p. 223, note 15 (n° 77). Adde: t. II, 1922, p. 497, texte et note 10 (n° 444).

[3]) R. Carré de Malberg, *op. cit.* t. I, p. 63 (n° 22). Adde: p. 63—67 (n°s 22, 23).

plus ou moins ouverte, renouvelant le Droit, l'épurant peu à peu, le protégeant, du moins, contre les atteintes qui lui sont portées. Non pas, assurément, que les révolutions soient toujours favorables au droit naturel. Il serait absurde de le prétendre et le contraire se manifestera trop souvent. Mais, il reste que, tenant en échec la tyrannie, la possibilité constante des révolutions arrête les abus de la puissance publique, et assure, en quelque mesure, le maintien des droits individuels. Si les détenteurs du pouvoir étaient garantis contre toute déchéance par une doctrine condamnant absolument la résistance collective, ils inclineraient aisément au despotisme. La simple appréhension de réactions légitimes contre leurs excès, les contiendra en de sages limites. Et, plus cette appréhension sera ferme et fondée aux yeux de tous, plus elle écartera le danger des révolutions effectives, en procurant aux droits individuels une sécurité, qui les soustraira à la tentation de s'affirmer par la force. Rappelons-nous la parole, énergique et pleine, de Manlius au peuple de Rome: „Ostendite bellum, pacem habebitis."