



1532



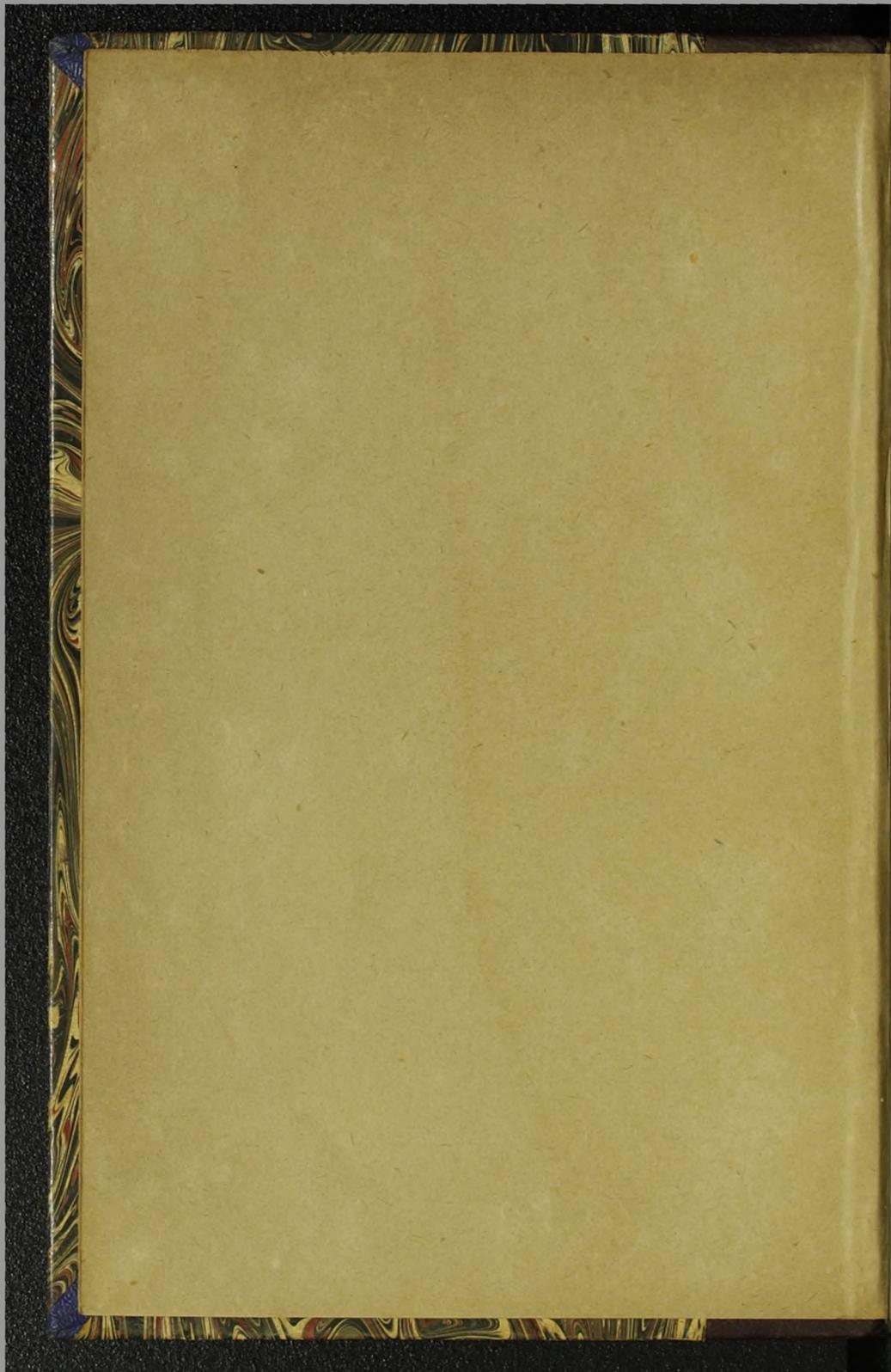
Bibliotéca do Ginásio Estadual  
"VIRGILIO CAPOANI"

Procedência Eco.

Doação Origens Lem

Lençóis Paulista, 8 / 5 / 58

N.º ~~778~~ 1532



LA LUTTE POUR LE DROIT



DÉPOSÉ

---

Gand, imp. C. Annoot-Braeckman, Ad. Hoste, succr.

LA



# LUTTE POUR LE DROIT

PAR

RUD. VON JHERING

PROFESSEUR ORDINAIRE DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE GETTINGEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND

AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

O. DE MEULENAERE

CONSEILLER A LA COUR D'APPEL DE GAND

A large, flowing handwritten signature in dark ink, likely belonging to O. de Meulenaere.

BIBLIOTECA MUNICIPAL

"ORIGENES LESSA"

Tombo N.º 33.972

MUSEU LITERARIO

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AÎNE

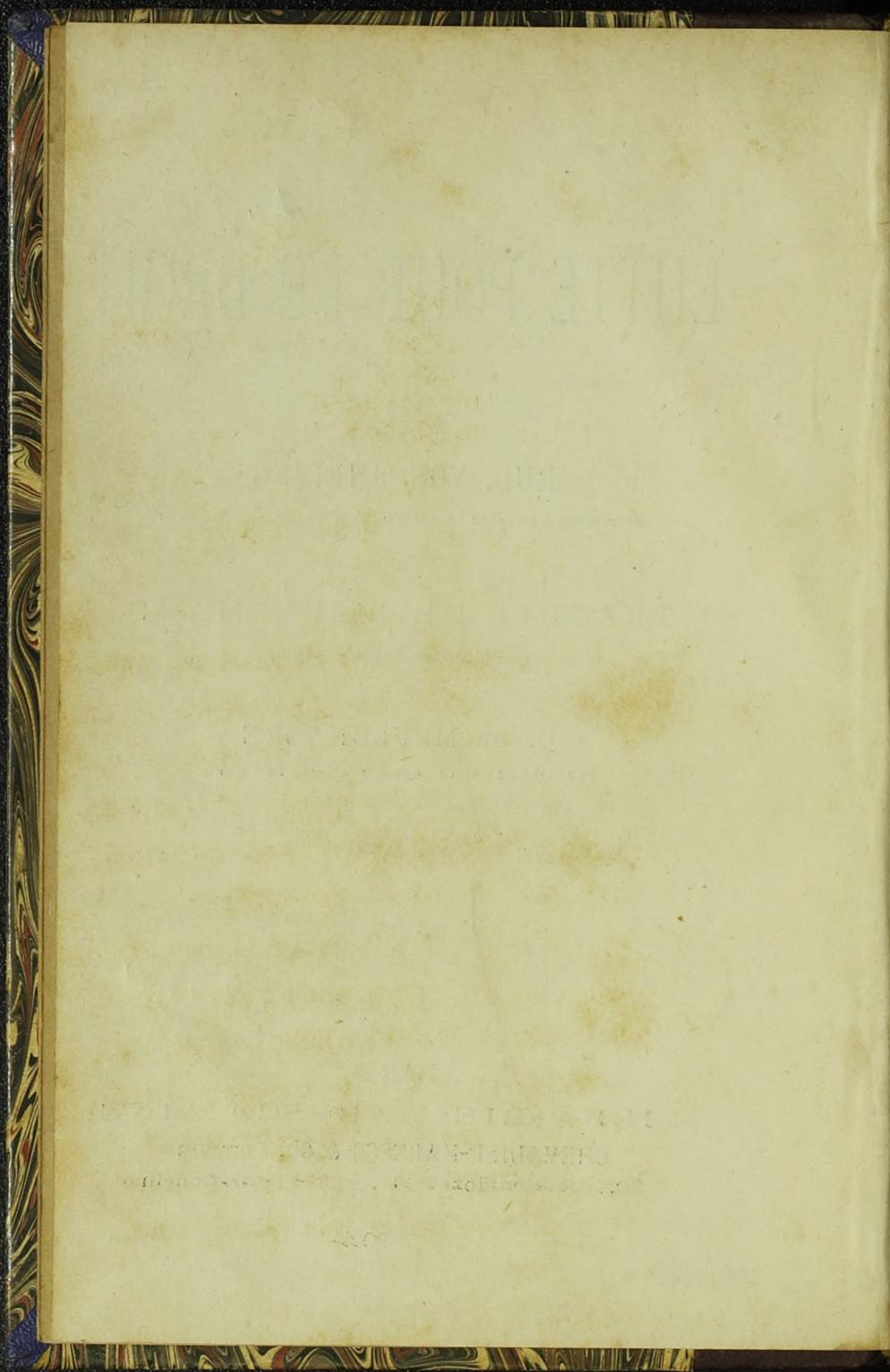
CHEVALIER-MARESCQ & C<sup>ie</sup>, ÉDITEURS

20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

1890

BIBLIOTECA MUNICIPAL "ORIGENES LESSA"

Lençóis Paulista - SP.



## PRÉFACE DU TRADUCTEUR.

---

La *Lutte pour le droit* s'adresse au grand public. Je crois pouvoir me dispenser d'appuyer ici sur le mérite intrinsèque de l'œuvre, car on peut dire sans exagération qu'elle a fait le tour du monde. En 1875, il en a paru une traduction française, mais il est devenu difficile de la trouver en librairie, et, soit dit sans élever aucun reproche contre son auteur, elle n'a pas eu grand retentissement. Il faut l'attribuer, je pense, à cette circonstance qu'à cette époque le public français n'avait pas encore pu lire, dans sa langue, l'admirable chef d'œuvre intitulé : *l'Esprit du Droit romain*, que j'ai eu la satis-

faction de lui faire connaître. Depuis cette publication, en effet, on m'a plus d'une fois demandé la traduction que je me décide à faire paraître aujourd'hui, et comme elle s'adresse en partie à un public nouveau, je crois utile de la faire précéder de quelques notes biographiques et bibliographiques que j'emprunte, en les complétant, à l'introduction de ma traduction : *Du fondement de la protection possessoire*, publiée en 1875.

« RUD. VON JHERING naquit en 1818 à Aurich,  
« sur les bords de la mer du Nord, dans l'ancien  
« royaume du Hanovre. Il fit ses études juridi-  
« ques à l'Université de Berlin, où il devint  
« *privat docent* en 1843, à l'âge de 25 ans à  
« peine. Bientôt après, en 1845, il fut nommé  
« professeur à Bâle. L'année suivante, il accepta  
« une chaire à Rostock, en Mecklenbourg, et  
« passa successivement, en 1849 à Kiel en  
« Holstein, et en 1852 à Giessen, dans le  
« grand-duché de Hesse. Il resta dans cette  
« dernière ville jusqu'en 1868, année où il fut

« appelé à Vienne. Après la guerre de France,  
« il déclina l'offre d'une chaire à l'Université  
« nouvellement réorganisée de Strasbourg, mais  
« il accepta, en 1872, celle d'une chaire à  
« Goettingen, ville située sur le territoire de  
« son ancienne patrie, où il compte achever,  
« dans une active et laborieuse quiétude, une  
« carrière marquée par tant de déplacements  
« et de voyages. Les offres les plus brillantes,  
« celles de chaires à Berlin, à Leipzig, à Heidel-  
« berg n'ont pu le séduire, bien qu'il eût pu  
« trouver dans ces villes une résidence plus  
« agréable au point de vue de la vie matérielle,  
« parce qu'il voulait se consacrer tout entier à  
« la science. »

Ces lignes ont été écrites en 1875, et il suffira, pour compléter la biographie de l'auteur, d'ajouter que son nom n'a cessé de grandir, qu'il a été l'objet des plus grands honneurs et que la célébration de son jubilé de 70 ans, le 22 août 1888, a été l'occasion d'une manifestation grandiose et touchante où la nation allemande toute

entière a voulu acclamer celui qu'elle reconnaît comme un de ses plus puissants penseurs et de ses plus grands jurisconsultes.

La liste des œuvres de JHERING témoigne d'une incroyable activité d'esprit et d'une admirable puissance de travail. La voici dans l'ordre chronologique :

- I. *De hereditate possidente*. Diss. inaug. Berol. (Brandes), 1842, 8° (IV-40 pp.). Cette thèse de doctorat, où se révélait déjà le puissant esprit de Jhering a été reproduite dans ses *Ver-mischte Schriften*. (V. plus loin n° X.)
- II. *Abhandlungen aus dem Römischen Recht*. (Dissertations de droit romain.) Leipzig (Breitkopf et Härtel), 1844, 8°. — Contenant trois dissertations.
  1. Dans quelle mesure celui qui doit prêter une chose doit-il restituer le gain qu'il a fait au moyen de cette chose? (Commentaire très ingénieux de la maxime : *Cujus est periculum ejus et commodum esse debet*.)
  2. Des analogies qui existent entre la protection de la propriété, celle de la possession de bonne foi et celle des droits réels.
  3. Théorie de l'hérédité jacente.
- III. *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*. (Questions

de droit civil, sans solutions.) Leipzig, 1847, 8°. — 3<sup>e</sup> édition Iena, 1876, 8°. — La seconde partie de cet ouvrage destiné à l'enseignement du droit civil, était intitulée : *Jurisprudenz im täglichen Leben* (Jurisprudence de la vie quotidienne). Elle fut publiée à part, la même année et bientôt traduite en italien par Vito Perugia et Filippo Serafini, sous le titre : *La giurisprudenza della vita quotidiana*. Bologne, 1871, 8° (48 pp.). Une seconde édition, revue et augmentée par l'auteur, parut à Iena (Mauke) en 1873; les éditions se succédèrent, et la 7<sup>e</sup> parut à Iena (G. Fischer) en 1889. (IV-124 pp.).

IV. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Iena. (Mauke), depuis 1856.

Cette revue spécialement consacrée à la discussion des principes du droit civil romain et du droit privé allemand, compte aujourd'hui 28 volumes et renferme un grand nombre de dissertations écrites par JHERING, qui les a réunies en trois volumes, sous le titre de *Gesammelte Aufsätze*. Iena (G. Fischer). 1881-1886. — Je crois utile de donner ici une courte notice des plus importantes. Ce sont de véritables petits chefs d'œuvre d'esprit, d'ingéniosité et de fine critique.

1. Notre programme. Préface de la revue fondée par Jhering. C'est en quelque sorte une profession de foi, un manifeste dans lequel l'auteur indique les tendances de toute sa vie scientifique.
2. Transport de la revendication au non-propriétaire (cession, *reivind. utilis*, connaissance).
3. Coopération aux actes juridiques d'autrui.
4. Etudes sur la théorie des risques et périls dans le contrat de vente; trad. italienne : *sulla teoria del rischio e pericolo nel contratto di compera e vendita*. F. Serafini Pavia (Fusi), 1862.
5. *Culpa in contrahendo*, ou des dommages-intérêts dans les contrats nuls ou restés imparfaits.
6. Études sur la théorie de la possession. — Publiées à part en 1868. Iena (Mauke), 8° (196 pp.). Une seconde édition parut sous le titre *Ueber den grund des Besitzzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*. Iena (Mauke), 1869, (IX-224 pp.), 8°. — Trad. franç. de O. de Meulenaere, sous le titre : *Du fondement de la protection possessoire*. Gand et Paris, 1875, 2° édit. Paris 1882. — Trad. ital. par Forlani, prof. à Milan, 1872, (XIV-248 pp.), augm. de notes et suivie d'une étude de droit comparé.

7. Biographie de F. C. de Savigny.
  8. Théorie des restrictions de la propriété foncière dans l'intérêt du voisinage.
  9. Des actions réflexes ou de la réaction des faits juridiques sur les tiers.
  10. De l'action passive des droits.
  11. Notes d'exégèse.
  12. Responsabilité du possesseur de bonne foi qui a cessé de posséder.
  13. Des lésions injurieuses. — Trad. française, avec notes, sous le titre : *Actio injuriarum*. — *Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, par O. de Meulenaere. Paris (Marescq), 1888, 8°.
  14. De la solidarité active.
- V. *Geist des römischen Rechts*.... (Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement). Leipzig 1852-63, 4 vol., 8°. — 4<sup>e</sup> édition corrigée, Leipzig 1878-1888, 4 vol. 8°. — Trad. française par O. de Meulenaere, Paris, 1875. 4 v. 8°. — 3<sup>e</sup> édition, ibid. 1886-1888. 4 v. 8°. Cette traduction a eu la fortune rare d'être traduite à son tour, d'abord en espagnol (Madrid chez Carlos Bailly-Baillièrre) puis en portugais (par J.-J. Pinto, junior. Recife 1887) et enfin en japonais (par Isobe, procureur général à la Cour de cassation de Tokio, 1888). — Il y a aussi une traduc-

- tion italienne dont le 1<sup>r</sup> vol. a paru en 1855.
- VI. *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel.* Leipzig (Breitk. u. H.), 1862, 8°. Consultation officielle sur un procès relatif aux fortifications de la ville de Bâle. — (Reproduite dans les *Vermischte Schriften*, n° X.)
- VII. *Der Lucca Pistoja Actien Streit. Ein Beitrag zu mehreren Fragen des Obligationen Rechts.* Darmstadt (Zernim), 1867, 8°. Autre consultation relative à plusieurs questions du droit des obligations. — (Également reproduite dans les *Vermischte Schriften*, n° X.)
- VIII. *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht.* Giessen, 1867, 8°. (De la faute en droit privé.) — Reproduit dans les *Verm. Schriften*. — Traduction française par O. de Meulenaere. Paris 1880.
- IX. *Der Kampf um's Recht.* (La lutte pour le droit.) Vienne, 1872, 8°. — 9<sup>e</sup> édit. Vienne 1889, 8°.
- X. *Vermischte Schriften.* Leipzig, 1879, 8°.
- XI. *Der Zweck im Recht.* (L'évolution du droit.) Leipzig, T. I, 1877; T. II, 1883. — 2<sup>e</sup> édition remaniée. Leipz., T. I, 1884; T. II, 1886. — L'auteur a détaché de cet ouvrage un chapitre des plus curieux où il traite du pourboire (Das Trinkgeld. Brunsw., 1882, VI-64 pp.).
- XII. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.* (Choses

sérieuses et gaités de la jurisprudence.) Leipzig., 1884, 8°. Ecrit humoristique et satirique dans lequel l'auteur reproduit une série de lettres qu'il avait publiées antérieurement sous le voile de l'anonyme et où il critiquait vivement certains travers de la science allemande.

I. *Der Besitzwille*. Iena 1889, 8°. C'est une vigoureuse et magistrale étude sur l'*animus possidendi*. L'auteur y poursuit son examen critique de la doctrine de Savigny. Circonstance bien digne de remarque, cet ouvrage où se rencontrent au plus éminent degré toutes les brillantes qualités qui distinguent JHERING, a été publié au moment où il célébrait son 70<sup>e</sup> anniversaire, et je suis heureux d'ajouter que l'illustre auteur n'est pas encore près de déposer la plume, car il prépare, en ce moment même une : Histoire du développement du droit romain; sans préjudice à la conclusion des deux grands ouvrages (n<sup>o</sup> V et XI) qui lui assurent, dès à présent, le premier rang parmi les plus illustres jurisconsultes de l'Allemagne.

Les œuvres de JHERING se distinguent toutes par l'originalité des idées et par la puissance du sonnement. Elles sont essentiellement sugges-

tives. Bien que le style en soit excellent, elles présentent parfois de grandes difficultés de traduction. Aussi ai-je besoin de toute l'indulgence de mes lecteurs. Ils me pardonneront si j'ai parfois sacrifié l'élégance à l'exactitude, pour conserver dans toute son intégrité la puissante saveur de l'original.

Avril 1890.

O. DE MEULENAERE.

---

## PRÉFACE DE L'AUTEUR.

(9<sup>e</sup> ÉDITION, 1889.)

---

Au printemps de l'année 1872, je fis à la société juridique de Vienne une conférence que je publiai pendant l'été de la même année, notablement augmentée et adressée au grand public des lecteurs, sous le titre : *La lutte pour le droit*. Ce n'est point une thèse de pure théorie juridique, mais une thèse de morale pratique que j'ai poursuivie, dès l'origine, dans l'élaboration et la publication de cet écrit. J'ai eu moins en vue de faire progresser la connaissance scientifique du droit que d'éveiller dans les esprits la disposition morale qui doit faire la force suprême du droit : la manifestation courageuse et ferme du sentiment juridique.

Les éditions successives qu'il a fallu faire de ce petit écrit constituent pour moi la preuve qu'il n'a pas dû son premier succès à l'attrait de la nouveauté, mais à la conviction régnant dans le grand public de la justesse de l'idée fondamentale qui s'y trouve débattue.

Cette conviction est fortifiée par le témoignage de l'étranger manifesté par de nombreuses traductions.

En 1874 parurent les traductions suivantes :

1. En hongrois, par G. WENZEL, à Pesth;
2. En russe, dans une revue de droit paraissant à Moscou, par un anonyme;
3. Une seconde traduction en russe, par WOLKOFF, à Moscou;
4. En néo-grec, par M. A. LAPPAS, à Athènes;
5. En néerlandais, par S. A. VAN HAMEL, à Leyde;
6. En roumain, dans la revue : *Romanula*, paraissant à Bucharest (24 juin et n<sup>o</sup> s.);
7. En serbe, par CHRISTIC, à Belgrade.

En 1875 :

8. En français, par A. F. MEYDIEU, Vienne et Paris;
9. En italien, par RAFFAELE MARIANO, Milan et Naples;
10. En danois, par C. G. GRAEBE, à Copenhague;
11. En tchèque, par un anonyme, à Brunn;

12. En polonais, par A. MATAKIEWICZ, à Lemberg;
13. En croate, par II. HINKOVIC, d'abord dans la Revue : *Pravo*, puis tirée à part à Agram.

En 1879 :

14. En suédois, par IVAR AFZELIUS, à Upsala;
15. En anglais par JOHN J. LALOR, à Chicago; traduction rééditée une seconde fois depuis cette époque;
16. En espagnol, par ADOLFO POSEDA Y BIASCA, à Madrid;
17. Une seconde traduction en espagnol par ALFONSO DE PANDO Y GOMEZ, à Madrid.
18. Une seconde traduction anglaise par PHILIP A. ASWORTH, à Londres.

En 1885 :

19. Une traduction portugaise de JOÃO VIEIRA DE ARANJO, à Recife (Brésil);
20. Une traduction japonaise, par NISCHI, à Tokio.

Dans les dernières éditions, j'ai supprimé l'introduction primitive parce qu'elle exprimait une idée qui manquait un peu de clarté, faute de pouvoir être suffisamment développée. Je ne sais si en répandant l'écrit parmi les gens du monde je n'aurais pas dû supprimer toutes les parties qui ont plutôt en vue les juristes que les gens du monde, et notamment le chapitre final sur le droit romain et sa théorie moderne (p. 86

et ss.). Si j'avais pu me douter de la popularité qui devait échoir à cet écrit, je lui aurais, dès le principe, donné une autre forme ; mais issu, comme il l'était, d'une conférence devant des juristes, c'était à ceux-ci qu'il s'adressait en première ligne, dans sa forme primitive, et j'ai cru ne devoir y apporter aucun changement, puisque cette circonstance n'en a pas empêché la diffusion parmi les gens du monde.

Je n'ai rien changé au fond même de la thèse dans toutes les éditions subséquentes. L'idée fondamentale de mon écrit est, à mon avis, si incontestablement juste et irréfutable, que je croirais perdre du temps à la défendre contre ceux qui la combattent. A celui qui ne sent point, lorsque son droit est insolemment méconnu et foulé aux pieds, qu'il ne s'agit pas seulement de l'objet de ce droit, mais de sa propre personne : à celui qui, en pareille situation, n'éprouve point l'irrésistible besoin de défendre sa personne et son bon droit, il n'y a nulle aide à donner et je n'éprouve aucun intérêt à le

convertir. C'est un type dont il faut simplement constater l'existence en fait, le *philistin du droit* comme on pourrait le nommer. Egoïsme et matérialisme incarnés sont les traits qui le caractérisent. Il ne serait point le Sancho Pansa du droit s'il ne voyait un Don Quichotte dans tout homme qui poursuit, dans la défense de son droit, d'autres intérêts que ceux de sa caisse. Pour lui, je n'ai pas d'autre parole que les mots de KANT, que je n'ai connus qu'après la publication de mon écrit : « Celui qui rampe comme « un ver ne doit pas se plaindre ensuite d'être « foulé aux pieds<sup>(1)</sup>. » A un autre endroit (p. 185, *ibid.*) KANT nomme cette façon de jeter ses droits sous les pieds d'autrui : *la violation des devoirs de l'homme envers lui-même*, et parlant des devoirs qu'impose la dignité humaine, il établit la maxime : « Ne laissez pas « impunément fouler votre droit aux pieds « d'autrui. » C'est la même idée que j'ai déve-

---

(1) KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 2<sup>e</sup> édit., Kreuznach, 1800, p. 155.

loppée dans mon écrit ; elle est écrite et exprimée de mille manières dans le cœur de tous les individus et de tous les peuples énergiques. Le seul mérite que je puisse revendiquer consiste à l'avoir systématiquement établie et exactement développée. Une suite intéressante à mon ouvrage a été faite par A. SCHMIEDL dans son écrit : *Die lehre vom Kampf um's Recht im Verhältniss zu dem Judenthum und dem ältesten Christenthum*, Vienne 1875. La décision formulée par le professeur juif en ces termes, p. 15 : « Qu'il soit indifférent à tes yeux que « l'objet du litige soit un centime ou cent « francs » est en parfaite harmonie avec ce que j'ai développé à la p. 21. Ce thème a été traité par KARL EMIL FRANZOS, dans son roman : *Der Kampf um's Recht*, dont j'ai parlé dans mon ouvrage (p. 74). Les comptes-rendus qui ont été faits de mon écrit en Allemagne et à l'étranger sont si extraordinairement nombreux que je renonce à les énumérer.

Laissant à l'écrit lui-même le soin de con-

vaincre le lecteur de l'exactitude de l'idée qu'il défend, je me borne ici à faire une double prière à ceux qui se croient appelés à me refuter. Je les prierai d'abord de ne pas commencer par dénaturer et fausser mes idées, en me faisant l'apôtre de la discorde, des querelles, de l'esprit batailleur et procédurier, alors que je ne préconise nullement la lutte pour le droit dans toutes les contestations, mais seulement là où l'atteinte au droit implique en même temps une mésestime de la personne (p. 24 et ss.). La condescendance, la mansuétude, la douceur et l'amour de la paix, la transaction et la renonciation à faire valoir son droit trouvent aussi, dans mon écrit, toute la place qui leur revient. Il repousse uniquement l'indigne tolérance de l'injustice qui est l'effet de la lâcheté, de l'indolence, de l'amour du repos.

Le second désir que j'exprime, c'est que celui qui veut sérieusement se rendre compte de ma théorie, essaie d'opposer à la formule positive de conduite pratique qu'elle développe une

autre formule positive : il verra bientôt où il aboutit. Que doit faire l'intéressé, lorsque son droit est foulé aux pieds? Celui qui pourra opposer à ma réponse, une autre solution soutenable, c'est-à-dire conciliable avec le maintien de l'ordre juridique et de l'idée de la personnalité, m'aura battu. Celui qui ne le peut n'a que le choix, ou bien de se rallier à mon opinion ou de se contenter de cette demi mesure, signe distinctif de tous les esprits troubles, qui consiste à désapprouver et à nier sans avoir une opinion propre. Dans les questions purement scientifiques, on peut se contenter de réfuter simplement l'erreur, même lorsqu'on n'est pas en mesure de mettre à la place la vérité positive ; mais dans les questions pratiques, où il est certain qu'il y a quelque chose à faire et où il ne s'agit que de savoir quoi, il ne suffit pas de rejeter comme fausse l'indication positive donnée par un autre ; il faut la remplacer par une autre. J'attends qu'on agisse de cette façon par rapport à ce que j'ai dit ; jusqu'à ce jour on n'a pas même essayé.

Quelques mots encore sur un point accessoire qui n'a rien de commun avec ma théorie comme telle, mais qui a été révoqué en doute même par des auteurs avec lesquels je suis d'accord pour le surplus. Il s'agit de ce que j'ai dit à propos de l'injustice faite à Shylock (p. 67 ss.)

Je n'ai pas soutenu que le juge aurait dû reconnaître comme valable l'écrit de Shylock, mais j'ai dit qu'une fois cela fait, il ne pouvait après coup, par une vile rouerie, éluder l'exécution du jugement. Le juge avait le choix ou de déclarer l'écrit valable, ou de le déclarer nul. Il a pris le premier parti, et SHAKESPEARE expose l'affaire de telle façon qu'il faut admettre que cette décision était aux termes du droit la seule possible. Personne à Venise ne doutait de la validité de l'écrit; les amis d'Antonio, Antonio lui-même, le Doge, le tribunal, tout le monde était d'accord pour admettre que le juif était dans son droit<sup>(1)</sup>. C'est avec cette

---

(1) Acte III, sc. 3. *Antonio* : « Le Doge ne peut arrêter le cours de la loi, car... Acte IV, sc. 1. *Le Doge* à *Antonio* : J'en suis

confiance assurée dans son droit reconnu par tous que Shylock réclame l'aide de la justice, et le *sage Daniel* après avoir d'abord vainement tenté de décider le créancier criant vengeance à renoncer à son droit, le lui reconnaît. Et ensuite, lorsque le jugement a été prononcé, lorsque tout doute sur le droit du juif a été écarté par le juge lui-même, qu'aucune contestation n'ose plus se faire entendre, lorsque toute l'assemblée, y compris le doge, s'est soumise à la sentence inévitable, lorsque le vainqueur,

---

« navré pour toi... *Antonio* : puisque... nul *moyen légal* ne peut  
« me soustraire aux atteintes de sa rancune... *Portia* : ...vous  
« êtes si bien en règle que la loi de Venise ne peut pas faire  
« obstacle à vos poursuites... Cela ne doit pas être : il n'y a pas de  
« puissance à Venise qui puisse altérer un *décret établi*... La glose  
« et l'esprit de la loi agréent tout à fait avec la pénalité stipulée  
« clairement dans ce billet... Tu as droit à une livre de la chair de  
« de ce marchand. *La cour te l'adjudge et la loi te la donne.* » —  
Ainsi la *règle juridique*, d'après laquelle l'écrit est pleinement  
valable, le *jus in thesi*, est non-seulement reconnu unanimement  
comme incontestable, mais le *jus in hypothesi* est déjà prononcé et  
c'est alors, au moment de l'exécution, qu'il est éludé par le juge  
lui-même, au moyen d'une honteuse perfidie. Un juge pourrait  
tout aussi bien condamner le débiteur et obliger ensuite le  
créancier à prendre l'argent, de ses mains, dans un haut fourneau,  
ou à le recevoir au sommet d'une tour si le débiteur est un  
couvreur, ou au fond d'un lac si c'est un plongeur, car dans la  
reconnaissance il n'est rien dit du lieu du payement.

bien sûr de son droit, veut exécuter ce à quoi le jugement l'autorise, le même juge qui a solennellement reconnu son droit, l'élude par une objection, par une ruse si misérable et si nulle qu'elle n'est pas digne d'une réfutation sérieuse. Y a-t-il de la chair qui ne contienne point de sang ? Le juge qui reconnaissait à Shylock le droit de couper une livre de chair du corps d'Antonio lui reconnaissait par cela même le droit au sang, sans lequel il ne peut y avoir de chair, et celui qui a le droit de couper une livre, peut prendre moins s'il le veut. Le juif se voit refuser l'un et l'autre, il ne peut prendre que de la chair, point de sang, et il ne peut découper qu'une livre tout juste, ni plus ni moins. Ai-je trop dit en soutenant que le juif se voit ici frustré de son droit ? Certes tout cela se fait dans l'intérêt de l'humanité, mais l'injustice commise dans l'intérêt de l'humanité cesse-t-elle donc d'être une injustice ? Et si la fin justifie les moyens, pourquoi n'est-ce qu'après le jugement et non point avant ?

Depuis la 6<sup>e</sup> édition (1880) deux juristes, dans deux brochures, se sont faits les organes des objections nombreuses qui ont été faites depuis l'apparition première de cet écrit, contre l'opinion que je défends ici et dans le texte même.

L'un est A. PIETSCHER, Président du tribunal de Dessau, dans son écrit intitulé : *Jurist und Dichter. Versuch einer Studie über Jherings Kampf um's Recht und Shakespeare's Kaufmann von Venedig*. Dessau 1881. Je reproduis la substance de l'opinion de l'auteur en conservant ses propres termes (p. 25) : « Victoire sur  
« la perfidie par une perfidie plus forte; le  
« coquin pris dans ses propres embûches. »  
Le premier membre de cette proposition ne fait que reproduire ma propre opinion; je n'ai pas dit autre chose : Shylock a été frustré de son droit par perfidie; mais le droit peut-il et doit-il avoir recours à de pareils moyens? C'est ce que l'auteur n'a pas dit et je doute fort que, comme juge, il applique jamais pareil moyen. En ce qui concerne la seconde partie de la

proposition, je le demande : du moment que la loi de Venise déclarait un pareil écrit valable, le juif était-il un coquin parce qu'il s'en prévalait, et s'il faut voir là une embûche était-ce à lui ou à la loi à en porter la responsabilité ? Pareil raisonnement, loin de refuter mon opinion, ne fait que la renforcer.

Le deuxième écrit suit une autre voie. C'est celui de Jos. KOHLER, professeur à Wurzburg : *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Wurzburg, 1885. D'après lui, la scène du tribunal, dans le *Marchand de Venise*, contient en soi « la quintessence du droit ; elle « renferme une jurisprudence plus profonde que « dix traités de Pandectes et nous ouvre un « coup d'œil plus profond sur l'histoire du droit « que tous les ouvrages depuis SAVIGNY jusqu'à « JHERING (p. 6). »

Espérons que de ce mérite phénoménal de SHAKESPEARE vis-à-vis de la jurisprudence, il reviendra une partie au Christophe Colomb qui a découvert le premier ce nouveau monde du

droit, dont l'existence est restée ignorée jusqu'ici de toute la jurisprudence. D'après les règles sur le trésor il aurait droit à la moitié, et c'est une récompense dont il pourrait déjà se contenter, vu la valeur inappréciable qu'il y attribue.

Je dois laisser au lecteur le soin d'apprendre dans l'écrit même « la foule d'idées juridiques que Shakespeare a versées sur le sujet » (p. 92), bien que je n'ose conseiller à personne d'envoyer les jeunes étudiants à cette école de Portia qui est le nouvel évangile du droit. Pour le surplus, honneur à Portia ! Sa sentence est « le « triomphe de la conscience juridique épurée « sur la sombre nuit qui pesait sur le droit « antérieur ; c'est un triomphe qui se cache « derrière des raisons apparentes, qui prend « le masque des faux motifs parce qu'il est « nécessaire ; mais c'est un triomphe, un grand, « un énorme triomphe, non seulement dans ce « procès isolé, mais dans l'histoire du droit « en général ; c'est le soleil du progrès qui a de « nouveau jeté ses rayons réchauffants dans

« le sanctuaire de la justice; c'est le royaume  
« de Sarastro triomphant des puissances de la  
« nuit. » A Portia et à Sarastro, aux noms  
desquels s'attache le commencement de la nou-  
velle jurisprudence inaugurée par notre auteur,  
il faut ajouter le doge qui, enlacé jusqu'alors  
dans les liens de la « jurisprudence anté-  
rieure » et voué aux « puissances de la nuit, »  
se voit délivré par la parole libératrice de  
Portia, et parvient à reconnaître la mission  
historique universelle qui lui incombe. Il répare  
à fond sa précédente négligence. D'abord il  
déclare Shylock coupable de tentative de  
meurtre. « Il y a bien là encore une injustice,  
« mais une injustice pareille est parfaitement  
« justifiée selon l'histoire universelle; elle est  
« une nécessité universelle, et en accueillant cet  
« élément, Shakespeare s'est lui-même surpassé  
« comme historien du droit. — Que Shylock  
« soit non-seulement débouté, mais encore  
« puni, cela est nécessaire pour couronner la  
« victoire qui accompagne la glorieuse entrée

« de la nouvelle idée du droit (p. 95). Ensuite  
« il condamne le juif à devenir chrétien. Cette  
« exigence, elle aussi, contient une vérité  
« historique universelle. L'exigence est condam-  
« nable à notre sens, et contraire à la liberté des  
« croyances, mais elle répond à la marche de  
« l'histoire universelle qui a jeté des milliers  
« d'hommes dans les liens d'une croyance, non  
« par la douce parole de la conversion mais par  
« la menace du bûcher » (p. 96).

Tels sont les rayons réchauffants que le « soleil du progrès jette dans le prétoire de la justice. » Les Juifs et les hérétiques ont autrefois appris à connaître leur force réchauffante sur les bûchers de Torquemada! C'est ainsi que le règne de Sarastro triomphe des puissances de la nuit. Une Portia qui, sous le déguisement du sage Daniel, jette à bas le droit existant, un Doge qui suit ses traces, un juriste ami de la jurisprudence profonde et de la quintessence du droit qui justifie ses décisions au moyen de la formule « historique universelle », et le tour est joué! Tel est

le « forum de la jurisprudence » devant lequel l'auteur m'a cité. Il doit renoncer à ce que je l'y suive; il y a en moi encore trop de l'ancienne jurisprudence des « traités de pandectes » pour que je puisse prendre part à la nouvelle ère de la jurisprudence qu'il nous ouvre; je continuerai donc, dans le domaine de l'histoire du droit, à suivre la voie que j'ai toujours suivie. Je ne me laisserai pas égarer par la nouvelle écrasante, que si seulement j'avais été doué du regard pénétrant de cet auteur j'aurais pu emprunter au marchand de Venise des vues plus profondes sur l'histoire du droit que dans toutes les sources du droit positif et dans toute la littérature de l'histoire du droit de notre siècle, depuis Savigny jusqu'à ce jour.

Un compte-rendu de la traduction anglaise, parue à Chicago dans le journal américain : *Albany law Journal* du 27 décembre 1879, m'a appris que l'opinion que j'ai défendue dans mon ouvrage sur le jugement de Portia, a déjà été exprimée avant moi, dans une des années

précédentes de cette revue, par un de ses collaborateurs, et l'auteur de l'article ne sait autrement expliquer cette coïncidence qu'en admettant un plagiat de ma part (*volé* dit-il, en termes peu obligeants).

Je n'ai pas voulu cacher cette intéressante découverte au public allemand. C'est le comble du plagiat, car à l'époque où je l'aurais commis je n'avais jamais eu la revue en question sous les yeux et j'ignorais même son existence. Peut-être apprendrai-je un jour que mon ouvrage même n'émane pas de moi, mais que je l'ai traduit en allemand sur la traduction anglaise parue en Amérique. Au surplus, sur mes protestations, la rédaction de l'*Albany Journal* a déclaré dans un numéro subséquent (n° 9 du 28 février 1880) que le tout n'était qu'une plaisanterie. Singulières plaisanteries que celles dont on s'amuse au-delà de l'Océan.

Göttingen, 24 décembre 1888.

DR RUDOLF VON JHERING.

U. Viator

La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre. Aussi longtemps que le droit devra s'attendre aux attaques de l'injustice — et cela durera tant que le monde existera — il ne sera pas à l'abri de la lutte. La vie du droit est une lutte : lutte des peuples, de l'État, des classes, des individus.

Tous les droits du monde ont été acquis en luttant; toutes les règles importantes du droit ont dû commencer par être arrachées à ceux qui s'y opposaient, et tout droit, droit d'un peuple ou droit d'un particulier, suppose que l'on soit constamment prêt à le soutenir. Le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive. Aussi la justice, tient-elle d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée

au moyen de laquelle elle le défend. L'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit. L'une ne peut aller sans l'autre, et il n'y a d'ordre juridique parfait que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance.

Le droit est un travail incessant, non seulement du pouvoir public, mais du peuple tout entier. La vie entière du droit, considérée dans son ensemble, nous représente le même spectacle de la lutte et du travail sans trêve de toute une nation, que nous offre l'activité des peuples dans le domaine de la production économique et intellectuelle. Chaque particulier, obligé de soutenir son droit, prend sa part à ce travail national, et apporte son obole à la réalisation de l'idée du droit sur la terre.

Sans doute, cette nécessité ne s'impose pas à tous dans la même mesure. La vie de milliers d'individus s'écoule inattaquée et sans obstacles, dans les voies réglées du droit; et si nous leur disions : le droit est une lutte, ils ne nous comprendraient point, car ils ne le connaissent que comme l'état de la paix et de l'ordre. Au point de vue de leur expérience personnelle, ils ont parfaitement raison, tout autant que le riche héritier qui, sans peine, a vu tomber entre ses mains le fruit du travail d'un autre, lorsqu'il nie que

la propriété c'est le travail. L'illusion de l'un comme celle de l'autre provient de ce que les deux faces que présentent la propriété et le droit peuvent, subjectivement, être séparées de façon à attribuer à l'un la jouissance et la paix, à l'autre le travail et la lutte.

La propriété comme le droit est la tête de Janus au double visage; aux uns elle montre exclusivement celui-ci, aux autres celui-là; de là la diversité complète de l'image qu'ils en reçoivent de part et d'autre. Par rapport au droit, cela est vrai non seulement pour les individus en particulier, mais pour des générations entières. La vie de l'une est la guerre, la vie de l'autre, la paix, et par suite de cette diversité dans la répartition subjective, les peuples sont exposés exactement à la même illusion que les individus. Après une longue période de paix, la croyance à la paix perpétuelle atteint l'apogée de sa floraison, jusqu'à ce que le premier coup de canon fasse s'évanouir le beau rêve et qu'à la place d'une race qui a joui sans peine de la paix, vienne s'en placer une autre qui doit la mériter d'abord par les rudes labeurs de la guerre. La paix sans lutte, la jouissance sans travail n'ont existé qu'au paradis terrestre; l'histoire ne les connaît que comme le résultat d'incessants, de laborieux efforts.

J'ai l'intention de développer ici cette idée que la

lutte est le travail du droit, et que sous le rapport de la nécessité pratique comme de l'importance morale, elle est, pour le droit, ce que le travail est pour la propriété. Je ne crois pas faire en cela un travail superflu; je crois, au contraire, réparer une omission commise par notre théorie (et j'entends parler ici non seulement de la philosophie du droit, mais aussi de la jurisprudence positive). Notre théorie du droit, cela n'est que trop clair, s'occupe plus de la balance que de l'épée de la justice; l'exclusivisme du point de vue purement scientifique sous lequel elle considère le droit et qui fait, en somme, qu'elle se le représente non point de son côté réel, comme notion de puissance, mais plutôt de son côté purement logique, comme système de règles abstraites, a imprimé d'après moi, à toute sa conception du droit, un caractère qui ne concorde nullement avec la rude réalité. La suite de ce travail nous fournira maintes preuves à l'appui de ce reproche.

Le mot *droit*, comme on le sait, s'emploie dans un double sens: dans le sens *objectif*, et dans le sens *subjectif*. Le droit, dans le sens *objectif*, est la somme des principes juridiques appliqués par l'État, l'ordre légal de la vie. Le droit, dans le sens *subjectif*, est la trans-  
fusion de la règle abstraite dans le droit concret de la

personne intéressée. Dans l'une comme dans l'autre direction, le droit rencontre la résistance ; dans l'une comme dans l'autre, il doit la surmonter, c'est-à-dire conquérir ou maintenir son existence en luttant. C'est la lutte pour le droit subjectif, que j'ai choisie comme le véritable objet de mon étude, mais je ne puis omettre de démontrer, pour le droit objectif également, l'exactitude de mon assertion que la lutte est de l'essence même du droit.

Quant à la *réalisation* du droit de la part de l'État, c'est une vérité incontestée et qui n'a pas besoin, dès lors, de plus ample démonstration. Le maintien de l'ordre juridique, de la part de l'État, n'est autre chose qu'une lutte incessante contre l'anarchie qui l'attaque. Mais il en va autrement de la *naissance* du droit, non seulement de sa naissance originnaire au commencement de l'histoire, mais du rajeunissement, de la renovation qui s'opère tous les jours sous nos yeux, du remplacement des règles du droit existantes par des règles nouvelles, bref, du *progrès* dans le droit. Ici, en effet, contre mon opinion qui soumet l'évolution du droit à la loi qui régit son existence toute entière, se dresse une autre opinion qui jouit encore, du moins dans notre science romaniste, d'un crédit général et que je désignerai pour abrégé, d'après les noms de

ses deux partisans principaux, comme la théorie de SAVIGNY et de PUCHTA sur la naissance du droit. D'après cette théorie, la formation du droit se poursuit aussi imperceptible, aussi exempte de peine que la formation du langage; elle ne demande ni effort, ni lutte, ni même une recherche, mais c'est la force tranquillement agissante de la vérité qui, sans effort violent, lentement mais sûrement, se fraie sa voie; c'est la puissance de la conviction à laquelle se soumettent insensiblement les âmes, et qu'elles expriment par leurs actes. Une règle nouvelle du droit naît avec aussi peu de peine qu'une règle du langage. D'après cette opinion, la règle du droit antique de Rome que le créancier peut vendre son débiteur insolvable en servitude étrangère ou que le propriétaire peut enlever sa chose en quelques mains qu'il la rencontre, s'est formée dans la Rome antique à peu près comme la règle du *cum* régissant l'ablatif.

Telle est la conception de l'origine du droit que j'emportais, moi-même, au sortir de l'Université, et sous l'influence de laquelle je suis resté pendant nombre d'années. Est-elle vraie? Il faut avouer que le droit, pareil en cela au langage, admet un développement du dedans au dehors, imperceptible, inconscient, ou organique pour me servir de l'expression traditionnelle. C'est à ce mode de développement

que se rattachent toutes ces règles du droit que dépose peu à peu dans les relations civiles la conclusion autonome et uniforme des actes juridiques, de même que toutes ces abstractions, ces conséquences, ces règles que la science découvre par voie analytique dans les droits existants et qu'elle révèle à la conscience. Mais la puissance de ces deux facteurs : des relations civiles comme de la science, est limitée. Ils peuvent, dans les limites fixées par le droit existant, régler, favoriser le mouvement, mais ils ne sauraient renverser les digues qui empêchent le fleuve de se précipiter dans une autre direction. C'est là ce que peut seule la loi, c'est-à-dire le fait intentionnel et déterminé de la puissance publique.

Ce n'est donc pas par hasard, mais par une nécessité profondément établie dans l'essence du droit, que toutes les formes substantielles de la procédure et du fond du droit se rattachent à des lois. Il se peut, il est vrai, qu'une modification apportée par la loi au droit existant, reste dans la sphère de l'abstraction et restreigne son influence à ce droit même, sans faire descendre ses effets jusque dans le domaine des rapports concrets qui se sont formés sur la base du droit existant. Il n'y a alors dans le mécanisme du droit qu'une simple modification qui remplace une vis ou un rouage défectueux par un autre plus par-

fait. Mais il arrive très souvent aussi que la modification ne peut être obtenue qu'au prix d'une atteinte très sensible à des droits et à des intérêts privés existants. Dans le cours du temps, les intérêts de milliers d'individus et de classes toutes entières se sont liés au droit existant de telle manière que celui-ci ne peut plus être aboli sans les toucher au vif. Mettre en question la règle ou l'institution du droit, c'est déclarer la guerre à tous ces intérêts, c'est arracher un polype qui s'est accroché par mille bras. Par l'action naturelle de l'instinct de la conservation, toute tentative de ce genre provoque la plus vive résistance des intérêts menacés. De là une lutte, dans laquelle, comme dans toute lutte, ce n'est pas le poids des raisons, mais la puissance relative des forces mises en présence qui fait pencher la balance et qui produit souvent le même résultat que celui du parallélogramme des forces, savoir une déviation de la ligne droite, dans le sens de la diagonale. C'est la seule manière de s'expliquer comment des institutions depuis longtemps condamnées par l'opinion publique parviennent encore souvent à prolonger leur vie. Ce qui les maintient, ce n'est pas la force d'inertie de l'histoire, mais la force de résistance des intérêts défendant leur possession.

Dans tous les cas où le droit existant trouve ce

soutien dans l'intérêt, le droit nouveau ne peut venir à bout de s'introduire qu'au prix d'une lutte qui souvent se prolonge pendant plus d'un siècle et qui atteint le plus haut degré d'intensité lorsque les intérêts ont pris la forme de droits acquis. On voit alors en présence deux partis qui tous les deux prennent pour devise la sainteté du droit ; l'un porte la bannière du droit historique, du droit du passé, l'autre celle du droit toujours se formant, toujours se rajeunissant, du droit primordial de l'humanité de se régénérer constamment. C'est un exemple du conflit de l'idée du droit avec elle-même. Il prend un caractère tragique pour ceux qui ont exposé toute leur force, tout leur être pour leur conviction, et qui succombent enfin sous le jugement suprême de l'histoire. Toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit : l'abolition de l'esclavage, de la servitude personnelle, la liberté de la propriété foncière, de l'industrie, des croyances etc. ont dû être remportées ainsi au prix de luttes ardentes, souvent continuées pendant des siècles ; parfois ce sont des torrents de sang, mais toujours ce sont des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit. Le droit, c'est bien Saturne dévorant ses propres enfants(1); il ne peut se rajeunir qu'en faisant table

---

(1) V. Esprit du droit romain, III. p. 69 (5<sup>e</sup> édit. française).

rase de son propre passé. Un droit coneret qui se targue de son existence pour prétendre à une durée illimitée, éternelle, ressemble à l'enfant qui lève la main sur sa propre mère. Il insulte à l'idée du droit en l'invoquant, car l'idée du droit est éternellement le *devenir*; mais ce qui est devenu doit céder la place à ce qui devient à son tour, car.. *tout ce qui naît est marqué pour rentrer dans le néant* (GOETHE, Faust).

Le droit, dans son mouvement historique, nous présente donc le tableau de recherches, de combats, de luttes, bref, de pénibles efforts. L'esprit humain qui exerce inconsciemment son travail de modelage sur le langage ne rencontre point de résistance violente, et l'art n'a pas d'autre ennemi à vaincre que son propre passé : le goût régnant. Mais le droit considéré comme cause finale, placé au milieu de l'engrenage chaotique des buts, des aspirations, des intérêts des hommes, doit sans cesse tâtonner et chercher pour trouver la bonne voie et quand il l'a trouvée il doit terrasser la résistance qui lui oppose sa barrière. Si incontestable qu'il soit que cette évolution est légitime et simple, aussi bien que celle de l'art et du langage, elle n'en diffère pas moins de cette dernière dans sa manière et dans sa forme de procéder. Sous ce rapport, il faut repousser catégoriquement le parallèle établi par SAVIGNY et si rapide-

ment parvenu à une autorité générale entre le droit d'une part, le langage et l'art de l'autre.

Faux comme opinion théorique, mais sans danger, il contient, comme maxime politique, une des hérésies les plus redoutables que l'on puisse concevoir, car dans un domaine où l'homme doit *agir*, agir avec la pleine et claire conscience du but et avec l'application de toutes ses forces, elle le leurre en lui faisant croire que les choses s'arrangent d'elles mêmes, qu'il n'a rien de mieux à faire que de se croiser les bras et d'attendre plein de confiance ce que met au jour, peu à peu, la prétendue source primordiale du droit : la conscience nationale. De là l'aversion de SAVIGNY et de tous ses disciples contre l'intervention de la législation<sup>(1)</sup>, de là la méconnaissance complète de la vraie nature de la coutume, dans la théorie de PUCHTA sur le droit coutumier. La coutume n'est pour PUCHTA qu'un simple moyen de reconnaître la conscience juridique. Que cette conscience se forme d'abord elle-même, puisqu'elle *agit*, que ce soit seulement par cette action qu'elle affirme sa force et par cela même sa mission de régir la vie, bref, que pour le droit coutumier également

---

(1) Aversion poussée jusqu'au ridicule par STAHL, dans le passage de l'un de ses discours rectoraux reproduit dans l'Esprit du D. R., T. II p. 29, n. 21 (Ed. fr.).

il soit vrai de dire que le droit est une notion de puissance, tout cela a complètement échappé à cet éminent esprit. Il n'a fait en cela que payer son tribut à l'époque dans laquelle il vivait. C'était le temps de la période romantique pour notre poésie, et si on ne s'effraie point d'appliquer cette idée en matière de droit, si on veut se donner la peine de comparer les tendances dont il s'agit dans les deux domaines, on ne me blâmera pas de soutenir que l'école historique mériterait tout aussi bien de s'appeler école romantique. C'est une conception véritablement romantique, c'est-à-dire reposant sur une fausse idéalisation des circonstances du passé, que d'admettre que le droit se forme sans douleur, sans peine, sans action, comme l'herbe des champs; l'âpre réalité nous enseigne le contraire. Et nous ne parlons pas seulement ici du minime fragment que nous en avons nous-mêmes sous les yeux, et qui nous offre presque partout l'image des violents efforts des peuples modernes. L'impression reste la même quelle que soit la partie du passé sur laquelle se portent nos regards. Il ne reste à la théorie de SAVIGNY que l'époque préhistorique, sur laquelle tous les renseignements nous manquent. Mais s'il est permis d'exprimer à cet égard des présomptions, j'opposerai à celle de

SAVIGNY qui a caractérisé cette époque comme le théâtre de cette formation paisible, pacifique du droit dans les entrailles de la conscience populaire, la mienne propre, diamétralement opposée, et l'on devra m'avouer que celle-ci a en sa faveur l'analogie du développement réel et visible du droit dans l'histoire et, d'après moi, l'avantage d'une plus grande vraisemblance psychologique. Les temps primitifs ! Il a été de mode autrefois de les parer de toute espèce de belles qualités : la vérité, la franchise, la loyauté, la candeur, la foi pieuse, et certes, sur un pareil terrain, le droit aurait pu croître sans autre impulsion que la force de la conviction juridique ; il n'aurait pas eu besoin du poing ni de l'épée. Mais tout le monde sait aujourd'hui que cette pieuse époque se caractérisait précisément par des traits diamétralement opposés, la rudesse, la cruauté, l'inhumanité, la ruse et la perfidie, et il serait difficile de réussir encore à faire croire qu'elle a pu établir son droit plus facilement que toutes les époques postérieures. Je suis convaincu, quant à moi, que le travail qu'elle a dû y consacrer a été beaucoup plus pénible et que même les règles du droit les plus simples, comme celles dont j'ai parlé ci-dessus, le droit accordé au propriétaire d'arracher sa chose des mains de n'importe quel possesseur, et celui accordé au créancier de vendre

en servitude à l'étranger son débiteur insolvable ont dû être conquises par une lutte opiniâtre avant de parvenir à une autorité générale incontestée. Quoi qu'il en soit, faisons abstraction de l'époque primitive. Les renseignements que nous donnent les documents de l'époque historique sur la naissance du droit peuvent nous suffire; ils proclament tous que la naissance du droit, comme celle des hommes, a régulièrement été accompagnée des vives douleurs de l'enfantement.

Faut-il s'en plaindre? La circonstance que le droit n'échoit pas sans peine aux peuples, mais qu'ils doivent, pour l'obtenir, s'agiter et lutter, combattre et verser leur sang, cette circonstance précisément noue entre eux et leur droit ce lien intime que l'enjeu de la vie dans l'enfantement noue entre la mère et le nouveau né.

Un droit acquis sans peine ne vaut ni plus ni moins que l'enfant trouvé sous les choux, dans le conte que l'on fait aux bambins. Cet enfant, tout le monde peut aller le prendre. Mais la mère qui a mis l'enfant au monde ne se le laisse pas prendre, et un peuple ne se laisse pas davantage prendre les droits et les institutions qu'il a dû conquérir au prix de son sang. On peut l'affirmer sans détour : l'énergie de l'amour avec lequel un peuple est

attaché à son droit et le défend, se mesure à la peine et aux efforts qu'il lui a coûtés. Ce n'est point la simple habitude mais le sacrifice qui forge entre le peuple et son droit la plus solide des chaînes, et lorsque Dieu veut la prospérité d'un peuple, il ne lui *donne* pas ce dont il a besoin, il ne lui *facilite* pas même le travail pour l'acquérir, mais il le lui rend plus dur et plus difficile. Je n'hésite pas à le dire, en ce sens : la lutte qu'exige le droit pour se faire jour, n'est pas une fatalité, mais une bénédiction.

---

Venons-en à la lutte pour le droit *subjectif* ou *concret*. Elle est provoquée lorsque le droit est lésé ou usurpé. Aucun droit n'étant à l'abri de ce danger, ni celui des individus, ni celui des peuples, — car l'intérêt de l'un à le défendre se heurte toujours à l'intérêt de l'autre à le mépriser — il en résulte que cette lutte se représente dans toutes les sphères du droit, dans les basses régions du droit privé aussi bien que sur les hauteurs du droit public et du droit international. La défense internationale du droit violé, sous forme de guerre, la résistance d'un peuple sous forme d'émeute, de rébellion, de révolution contre les actes arbitraires et les violations de la

constitution de la part du pouvoir public, la réalisation turbulente du droit privé en forme de loi de Lynch, le cartel au moyen-âge et son dernier vestige dans les temps modernes : le duel, la légitime défense de soi-même et enfin le mode réglé de défendre son droit sous forme de procédure civile, tous ces phénomènes, malgré toute la diversité de l'objet du litige et de son enjeu, des formes et des proportions de la lutte, ne sont que des formes et des scènes d'une seule et même lutte pour le droit. Si, parmi toutes ces formes, je choisis la moins idéale : la lutte légale pour le droit privé sous forme de procédure, ce n'est point parce que, comme juriste, elle présente le plus d'intérêt pour moi, mais parce que le véritable rapport des choses y est le plus exposé à être méconnu, non seulement de la part des gens du monde, mais même de la part des juristes. Dans tous les autres cas, la chose est évidente. L'intelligence la plus bornée comprend qu'il s'agit là de biens qui valent les plus grands sacrifices et personne ne demandera dans ces cas : pourquoi lutter, pourquoi ne pas plutôt céder? Il en va tout autrement dans cette lutte du droit privé. La modicité relative des intérêts qu'elle concerne, bornés régulièrement à la question du mien et du tien, le prosaïsme inévitable qui s'attache à cette question, la range exclusivement, en

apparence, dans les régions du froid calcul et de la vie positive. Les formes dans lesquelles elle se meut, leur caractère mécanique, l'exclusion de toute manifestation libre et énergique de la personne sont peu faites pour affaiblir cette impression défavorable. Il n'en est pas moins vrai qu'il fut un temps où de pareilles questions appelaient en lice les personnes mêmes et où, par cela même, la signification de la lutte était clairement indiquée. Lorsque l'épée décidait encore la querelle du mien et du tien, lorsque le chevalier du moyen-âge envoyait un cartel à son adversaire, le tiers désintéressé lui-même était forcé de se dire qu'on ne luttait pas seulement pour la simple valeur de la chose, pour éviter une perte pécuniaire, mais qu'on exposait et défendait, dans cette chose, son droit, son honneur, sa personne même.

Mais à quoi bon évoquer ici un état de choses depuis longtemps évanoui pour y trouver une explication que l'histoire du présent, bien que différente dans la forme, mais exactement semblable quant au fond, peut nous fournir aussi bien que le passé. Un coup d'œil sur les événements de notre vie actuelle et l'observation psychologique de nous mêmes nous rendront le même service.

Quand un individu est lésé dans ses droits, il doit se demander s'il les soutiendra, s'il résistera à son

adversaire, donc s'il luttera, ou bien si, pour échapper à la lutte, il désertera son droit. Toutes ces questions, il peut les résoudre comme bon lui semble. Quelle que soit, du reste, sa décision, elle comporte toujours un sacrifice. Dans l'un cas, le droit est sacrifié à la paix; dans l'autre, la paix est sacrifiée au droit. La question semble dès lors se réduire en définitive à savoir quel est le sacrifice le plus supportable d'après les circonstances du fait et les conditions individuelles de la personne. Le riche renoncera dans l'intérêt de la paix au montant du litige qui est insignifiant pour lui; le pauvre, au contraire, pour qui cette somme est relativement plus importante, renoncera plutôt à la paix. La question de la lutte pour le droit se réduirait ainsi à une pure opération mathématique, dans laquelle on devrait poser de part et d'autre les avantages et les désavantages, pour conformer sa décision au résultat.

Chacun sait qu'en réalité il n'en va nullement ainsi. L'expérience de tous les jours nous montre des procès dans lesquels la valeur de l'objet en litige est hors de toute proportion avec la somme probable des peines, des émotions et des frais. Celui qui a laissé tomber un franc à l'eau, n'en dépensera jamais deux pour le ravoir; pour lui la question de savoir combien il y mettra est un pur

calcul d'arithmétique. Pourquoi ne fait-il pas ce même calcul à propos d'un procès? Que l'on ne dise pas : il compte sur le gain du procès et s'attend à ce que les frais tomberont à charge de l'adversaire. Le juriste sait que souvent la certitude de payer chèrement le triomphe ne détourne pas d'un procès. Que de fois l'avocat qui représente à la partie le côté faible de sa cause et la détourne du procès ne doit-il pas entendre cette réponse : je suis décidé à plaider, peu m'importent les frais !

Comment expliquer pareille façon d'agir franchement absurde au point de vue de l'intérêt intelligemment entendu ?

La réponse que l'on entend faire habituellement est connue : c'est le triste mal de la manie des procès, de l'esprit de chicane, l'humeur querelleuse, l'envie de passer sa colère sur son adversaire, même avec la certitude de devoir le payer aussi cher, sinon plus cher que lui.

Laissons un instant de côté la querelle de deux particuliers et mettons à leur place deux peuples. L'un a injustement pris à l'autre une lieue carrée de terrain inculte et sans valeur. Ce dernier va-t-il déclarer la guerre? Examinons la question au point de vue où la place la théorie de la manie des procès, lorsqu'il s'agit d'un paysan qui, à l'aide de sa charrue,

a enlevé quelques pieds du champ de son voisin ou qui a jeté des pierres sur le terrain de ce dernier. Qu'est-ce donc qu'une lieue de terrain vague en comparaison d'une guerre qui coûtera des milliers de vies, qui sèmera le chagrin et la misère dans les chaumières comme dans les palais, qui engloutira des millions et des milliards du trésor public et peut-être menacera l'existence de l'État? Quelle folie que de faire de pareils sacrifices pour un pareil enjeu!

Voilà ce qu'il y aurait à dire s'il y avait lieu d'appliquer la même mesure au paysan et au peuple. Mais personne ne donnera au peuple le même conseil qu'au paysan. Chacun sait qu'un peuple qui se tairait devant une pareille violation de son droit, aurait du coup scellé sa propre condamnation à mort. Le peuple qui se laisse impunément enlever une lieue carrée se verra bientôt prendre toutes les autres, jusqu'à ce qu'il ne lui reste plus rien en propre et qu'il ait cessé d'exister comme État, et un pareil peuple ne mérite pas un sort meilleur.

Mais si un peuple doit se défendre pour une lieue carrée sans s'occuper de sa valeur, pourquoi le paysan ne se défendrait-il pas également pour une bande de terrain? Va-t-on le renvoyer avec la maxime : *quod licet Jovi non licet bovi*? Non! de même que le peuple lutte non point pour la valeur

de cette lieue carrée, mais pour lui-même, pour son honneur et pour son indépendance, de même, dans les procès où il s'agit pour le demandeur de résister à une outrageante mésestime de son droit, il ne lutte pas pour le misérable objet du litige, mais pour un but idéal : *la défense de sa personne même et de son sentiment du droit*. Vis-à-vis de ce but, tous les sacrifices et les désagréments qui sont la suite du procès n'entrent plus en balance pour l'intéressé ; — le but justifie les moyens. Ce n'est point le prosaïque intérêt pécuniaire qui pousse le lésé à entamer le procès, mais la douleur morale que lui cause l'injustice soufferte ; il ne s'agit point pour lui de récupérer simplement l'objet du litige — peut-être même l'a-t-il d'avance consacré à une institution de bienfaisance, ainsi que cela arrive fréquemment dans des cas de ce genre, pour bien établir le véritable motif du procès — mais il s'agit de faire valoir son bon droit. Une voix intérieure lui dit qu'il ne doit pas reculer, qu'il s'agit pour lui, non de cette vétille sans valeur, mais de sa personnalité, de son honneur, de son sentiment du droit, du respect de lui-même ; — bref, le procès cesse d'être pour lui une simple question d'intérêt, pour devenir une question de *dignité* et de *caractère* : l'affirmation ou l'abandon de sa personnalité.

Néanmoins l'expérience nous apprend que d'autres individus se trouvant dans la même position prennent une décision toute opposée ; ils aiment mieux la paix qu'un droit péniblement soutenu. Que devons-nous penser de ces personnes ? Nous bornons-nous à dire : c'est là affaire de goût, et de tempérament individuels, l'un est plus batailleur, l'autre est plus pacifique, et au point de vue du droit, les deux manières peuvent également se justifier, car tout intéressé a le choix de faire valoir son droit ou de l'abandonner ? Je regarde cette opinion, qui comme on le sait, se rencontre assez souvent dans la vie, comme souverainement condamnable et contraire à l'essence la plus intime du droit. Si l'on pouvait concevoir qu'elle pût devenir générale n'importe où, c'en serait fait du droit lui-même ; car, tandis que le droit réclame pour se maintenir une virile résistance à l'injustice, elle prêche une lâche fuite devant cette dernière. Je lui oppose la thèse suivante : c'est un *devoir* de résister à l'injustice outrageante qui provoque la personne même, c'est-à-dire, à la lésion du droit qui, d'après la manière dont elle est commise, porte le caractère d'une *mésestime* du droit, d'une lésion *personnelle*. C'est un devoir de l'intéressé envers lui-même, car c'est un commandement de la conservation morale de soi ; c'est un devoir

envers la société, car cette résistance est nécessaire pour que le droit se réalise.

---

*La lutte pour le droit est un devoir de l'intéressé envers lui-même.*

La conservation de l'existence est la loi suprême de toute la création animée; elle se manifeste dans toute créature sous la forme de l'instinct de la conservation. Pour l'homme, cependant, il ne s'agit pas seulement de la vie physique, mais en même temps de l'existence morale, dont l'une des conditions est la défense du droit. Dans son droit, l'homme possède et défend la condition de son existence morale. Sans le droit, il descend au niveau de l'animal<sup>(1)</sup>, et les Romains étaient parfaitement conséquents, lorsqu'au point de vue du droit abstrait, ils mettaient les esclaves sur la même ligne que les animaux. La défense du droit est donc un devoir de la conservation morale de soi-même; l'abandon complet, aujourd'hui impossible, mais autrefois possible, est un suicide moral. Or, le droit n'est que la somme

---

(1) Dans la nouvelle intitulée *Michael Koolhaas*, de HEINRICH VON KLEIST, sur laquelle je reviendrai plus loin, le poète fait dire à son héros : Plutôt être un chien qu'un homme, si je dois être foulé aux pieds.

des diverses institutions isolées qui le composent; chacune de celles-ci contient une condition d'existence particulière, physique ou morale<sup>(1)</sup>: la propriété aussi bien que le mariage, le contrat aussi bien que l'honneur; un abandon de l'une d'elles est donc juridiquement aussi impossible qu'un abandon de tout le droit. Mais ce qui est en tous cas possible, c'est l'atteinte d'un autre à l'une de ces conditions, et c'est repousser cette atteinte qui est le devoir du sujet. En effet, il ne suffit pas de la garantie purement abstraite de ces conditions de vie de la part du droit; elles doivent être concrètement défendues par le sujet et l'occasion lui en est fournie par l'arbitraire quand il ose y porter atteinte.

Toute injustice, cependant, n'est pas un acte d'arbitraire, c'est-à-dire, une révolte contre l'idée du droit. Le possesseur de ma chose qui s'en croit propriétaire ne dénie point dans ma personne l'idée de la propriété; au contraire, il l'invoque pour lui-même; tout le différend entre nous consiste uniquement à savoir qui est le

---

(1) J'en ai donné la preuve dans mon : *Zweck im Recht* (T. I, p. 434 ss., 2<sup>e</sup> édit. p. 443 s.) et j'y ai défini le droit : la protection des conditions de vie de la société, réalisée par le pouvoir public au moyen de la contrainte.

propriétaire. Mais le voleur et le brigand se mettent en dehors de la propriété, ils déniaient du même coup, dans ma propriété; l'idée de celle-ci et par cela même une condition de vie essentielle de ma personne. Que l'on suppose leur manière d'agir généralisée, et la propriété se trouve déniée en théorie comme en pratique. Aussi leur fait attaque-t-il non seulement ma chose, mais en même temps ma personne, et s'il est de mon devoir de défendre cette dernière, ce devoir s'étend aussi à la défense des conditions sans lesquelles la personne ne peut exister. Dans sa propriété, la partie lésée se défend elle-même, défend sa personnalité. Seul, le conflit du devoir de défendre sa propriété avec celui plus élevé de conserver sa vie, peut justifier l'abandon de la propriété. Tel est le cas où un brigand nous met en demeure de choisir la bourse ou la vie. Abstraction faite de ce cas, c'est un devoir de tout homme vis-à-vis de lui-même de combattre par tous les moyens dont il dispose, la mésestime du droit dans sa personne. S'il la souffre, il laisse pénétrer dans sa vie un élément d'illégalité, et c'est à quoi nul ne doit prêter la main. Toute différente est la position du propriétaire vis-à-vis du possesseur de bonne foi de sa chose. Ici la question de savoir ce qu'il a

à faire ne touche point son sentiment du droit, son caractère, sa personnalité, mais c'est une pure question d'intérêt, car il n'y a ici d'autre enjeu, que la valeur de la chose. Il est dès lors parfaitement légitime qu'il pèse entre eux le gain, les frais, la possibilité d'un double résultat et qu'il se décide en conséquence : à intenter un procès, à y renoncer ou à transiger<sup>(1)</sup>. La transaction est le point de coïncidence de pareil calcul de probabilités établi de part et d'autre, et dans les circonstances où je l'admets ici, elle constitue non seulement un moyen licite mais même le moyen le plus correct de trancher le différend. Si malgré cela il est souvent si difficile à réaliser, si les deux parties appelées avec leurs conseils devant les tribunaux déclinent parfois d'avance toutes proposi-

---

(1) Le passage ci-dessus aurait dû me protéger contre le reproche de prêcher d'une manière absolue la lutte pour le droit sans me préoccuper du conflit qui l'a provoquée. Ce n'est que là où la personne même est foulée aux pieds, dans son droit, que j'ai déclaré la défense du droit, une défense de la personne même et par suite un point d'honneur et un devoir moral. Pour pouvoir oublier cette distinction que j'ai si fortement établie et m'attribuer l'idée absurde que les querelles et les disputes sont quelque chose de beau, que la manie des procès et l'esprit de chicane sont des vertus, je ne vois pas d'autre alternative possible que la déloyauté qui consiste à défigurer une opinion incommode pour pouvoir la réfuter ou la légèreté qui fait oublier à la fin d'un livre ce qu'on y a lu au commencement.

tions de transaction, cela vient non seulement de ce que quant à l'issue du procès, chacune des parties croit à son triomphe, mais aussi de ce qu'elle suppose chez l'autre une injustice voulue, une intention méchante. C'est ainsi qu'alors même que la question débattue en justice se rapporte à une injustice objective (*rei vindictio*), elle prend psychologiquement pour l'intéressé la même physionomie que dans le cas ci-dessus : celle d'une violation consciente de son droit, et la ténacité avec laquelle il repousse ici l'atteinte à son droit est, à son point de vue, tout aussi bien motivée et moralement justifiée que celle dont il fait preuve vis-à-vis d'un voleur. Dans un cas pareil, vouloir détourner une partie d'un procès en lui en faisant voir les frais et les autres conséquences, voire l'incertitude du résultat, constitue une méprise psychologique ; car il ne s'agit pas pour elle d'une question d'intérêt mais de la lésion de son sentiment juridique. Le seul point sur lequel on puisse appuyer avec succès, c'est la supposition de la mauvaise intention chez l'adversaire par laquelle la partie se laisse conduire ; si l'on réussit à réfuter cette supposition, le véritable nerf de la résistance est coupé et l'on peut amener la partie à examiner la question au point de vue de son intérêt et par

suite à transiger. Le juriste praticien ne sait que trop bien quelle résistance entêtée oppose à toutes tentatives de ce genre l'opinion préconçue des parties et l'on m'accordera, je suppose, que cette inaccessibilité psychologique, cette ténacité dans la méfiance ne sont point chose purement individuelle, causée par le caractère accidentel de la personne, mais que les contrastes généraux de l'éducation et de la profession en donnent toute la mesure. Cette méfiance est le plus invincible chez le paysan. La manie des procès dont on l'accuse n'est que le produit de deux facteurs qui lui ont été départis plus qu'à nul autre : un énergique sentiment de la propriété, pour ne pas dire l'avarice, et la méfiance. Nul ne comprend son intérêt aussi bien que lui, nul ne tient à ce qu'il a aussi fortement que le paysan et nul cependant, comme on le sait, ne risque aussi souvent tout son avoir dans un procès. Contradiction apparente, mais en réalité chose parfaitement explicable. En effet, c'est précisément son sentiment de la propriété si énergiquement développé qui lui fait ressentir d'autant plus fortement la douleur d'une lésion de sa propriété et qui rend la réaction d'autant plus vive. La manie de procéder du paysan n'est que l'aberration que cause la méfiance dans son sentiment de la propriété, et qui, comme

celle que la jalousie cause dans l'amour, finit par tourner son effort contre elle-même et détruit précisément ce qu'elle voulait sauver.

Le droit romain antique nous offre une intéressante constatation de ce que je viens de dire. Cette méfiance du paysan, qui dans tout conflit juridique faire l'intention méchante de l'adversaire, y a pris tout uniment la forme de règles du droit. Partout, même dans les cas où chacune des parties litigantes peut être de bonne foi, celle qui succombe doit expier par une peine la résistance qu'elle a opposée au droit de son adversaire. Le sentiment juridique excité n'est pas satisfait par le simple rétablissement du droit; il réclame encore une satisfaction particulière pour la contestation que, méchamment ou non, l'adversaire a opposée à son droit. Si nos paysans d'aujourd'hui avaient à faire le droit, il serait vraisemblablement le même que celui de leurs confrères de Rome anciennè. Mais à Rome même la méfiance a été vaincue en principe par la civilisation, au moyen de la distinction précise établie entre deux espèces d'injustice : l'injustice coupable et non coupable, ou subjective et objective (l'injustice sans prévention dans le langage de HEGEL).

Cette distinction de l'injustice subjective ou objective est, au point de vue législatif comme au point de

vue scientifique, d'une importance extraordinaire. Elle exprime bien la manière dont le droit envisage la question au point de vue de la justice, et la mesure différente qu'il applique aux conséquences de l'injustice d'après la nature de celle-ci. Pour la conception de l'individu, au contraire, pour la manière dont son sentiment juridique, qui ne se meut pas d'après des notions abstraites et systématiques, est excité par l'injustice qu'il a éprouvée, cette distinction n'a qu'une importance secondaire. Bien que le conflit, d'après la loi, ne concerne qu'une simple lésion objective, les circonstances du cas particulier peuvent être telles que l'intéressé ait toute raison de partir de la supposition d'une intention méchante, d'une injustice consciente de la part de son adversaire, et cette appréciation décidera à bon droit de son attitude vis-à-vis de ce dernier. Si contre l'héritier de mon débiteur, qui ignore la dette et qui exige avant de payer que je la prouve, le droit me donne exactement la même *condictio ex mutuo* que contre le débiteur lui-même qui nie effrontément le prêt ou refuse sans fondement de le restituer; cela ne m'empêchera pas de juger tout différemment la conduite de l'un et celle de l'autre, et d'agir en conséquence à leur égard. Le débiteur, pour moi, se trouve sur la même ligne que le voleur; il cherche

sciemment à me frustrer de mon bien ; dans sa personne, c'est l'injustice consciente qui se dresse contre mon droit. L'héritier du débiteur, au contraire, est pareil au possesseur de bonne foi de ma chose ; il ne conteste point qu'un débiteur doive payer, mais il conteste qu'il soit lui-même débiteur, et tout ce que j'ai dit ci-dessus du possesseur de bonne foi s'applique à lui. Avec lui je puis transiger ou me désister avant même d'intenter le procès, si je ne crois pas être certain du résultat ; mais vis-à-vis du débiteur qui cherche à me frustrer de mon bon droit, qui spécule sur ma crainte d'un procès, sur mon amour de mes aises, sur mon indolence, sur ma faiblesse, il faut que je poursuive mon droit, coûte que coûte ; si je ne le fais point, je lui abandonne non seulement *ce* droit, mais *le* droit tout entier.

Mais le peuple, dira-t-on peut-être, sait-il donc que le droit de la propriété et celui de l'obligation sont des conditions de l'existence morale de la personne ? S'il le sait ? Nullement, peut-être ; mais autre chose est de voir s'il en a le sentiment et j'espère pouvoir démontrer qu'il l'a. Que sait donc le peuple des reins, des poumons, du foie comme conditions de la vie physique ? Chacun pourtant sent un élancement dans les poumons ou une

douleur dans les reins ou dans le foie, et chacun comprend l'avertissement que ce mal lui adresse. La douleur physique est le signal d'un trouble dans l'organisme, de la présence d'une influence ennemie; elle nous ouvre les yeux sur le danger qui nous menace, et par le mal qu'elle nous donne, elle nous avertit de nous soigner.

Il en va exactement de même de la douleur morale que cause l'injustice intentionnelle, l'arbitraire. D'intensité différente, tout comme la douleur physique, selon la différence de la sensibilité subjective, selon la forme et l'objet de la lésion, dont nous nous occuperons plus loin, elle ne se manifeste pas moins comme douleur morale chez tout homme qui n'est pas entièrement abruti, c'est-à-dire qui ne s'est pas habitué aux faits d'illégalité, et lui adresse la même mise en demeure que la douleur physique, non point cette mise en demeure immédiate de mettre fin au sentiment de la douleur, mais celle plus étendue de recouvrer la santé que minerait une souffrance inactive. — Elle rappelle au devoir de la conservation morale de soi-même, comme la douleur physique rappelle au devoir de la conservation physique. Prenons le cas le moins douteux, celui de la lésion d'honneur et le corps où le sentiment de l'honneur a atteint le plus haut degré de sensibilité, celui

des officiers. Un officier qui a patiemment enduré une offense à son honneur s'est rendu impossible comme tel. Pourquoi? Défendre son honneur est un devoir pour tout le monde; pourquoi les officiers poussent-ils plus loin l'accomplissement de ce devoir? Parce qu'ils sentent, et avec raison, que la courageuse affirmation de la personnalité est, pour eux précisément, une condition indispensable de toute leur position, et qu'un corps qui d'après sa nature doit être l'incarnation du courage personnel, ne saurait souffrir la lâcheté de ses membres sans déchoir lui-même<sup>(1)</sup>.

Que l'on compare maintenant le paysan. Cet homme qui défend sa propriété avec une ténacité extrême montre une étrange insensibilité par rapport à son honneur. Comment cela s'explique-t-il? Par le même sentiment exact des conditions particulières de son existence. Sa profession ne lui commande point le courage, mais le travail, et c'est celui-ci qu'il défend dans sa propriété. Le travail et la propriété sont l'honneur du paysan. Un paysan fainéant qui néglige sa terre ou qui dissipe étourdiment son avoir est aussi méprisé

---

(1) Idée développée dans mon : *Zweck im Recht*, T. II, p. 302-304 (2<sup>e</sup> édit. p. 304-306).

par ceux de sa classe que l'est par les siens un officier qui n'est pas jaloux de son honneur. Aucun paysan ne fait un reproche à un autre de ce que pour une injure il n'a pas entamé une rixe ou un procès, de même qu'aucun officier ne fait un reproche à un autre de ce qu'il n'est pas un bon administrateur. Pour le paysan, le champ qu'il laboure et le bétail qu'il élève sont la base de toute son existence, et contre le voisin qui, au moyen de sa charrue, lui a enlevé quelques pieds de terrain ou contre le marchand de bétail qui ne lui paie pas son bœuf, il entame à sa manière, c'est-à-dire, dans la forme d'un procès conduit avec la passion la plus exaspérée, la même lutte pour son droit que soutient l'officier, l'épée à la main, contre celui qui a blessé son honneur. Tous deux se sacrifient sans réserve; — les conséquences leur sont absolument indifférentes. Et ils *doivent* agir ainsi, car ils ne font en cela qu'obéir à la loi particulière de leur conservation morale. Que l'on mette ces mêmes hommes sur les bancs des jurés; que l'on soumette à des officiers un délit contre la propriété et à des paysans un délit contre l'honneur, puis que l'on fasse l'épreuve inverse, et l'on verra la diversité de leurs jugements. Il est avéré qu'il n'y a pas de juges plus sévères pour les délits contre la propriété que les paysans, et bien

que personnellement je n'aie aucune expérience à cet égard, je gagerais que dans le cas assurément fort rare, où un paysan intenterait une action d'injures, le juge aurait bien moins de peine à lui faire accepter des propositions de transaction que dans une action dirigée par le même homme pour une question du mien et du tien. Le paysan de Rome antique se contentait de 23 as pour un soufflet, et lorsqu'on lui avait crevé l'œil, il se laissait circonvenir et transigeait au lieu de rendre la pareille à son adversaire. En revanche, il réclamait de la loi le droit de garder comme esclave le voleur qu'il avait surpris sur le fait, même de le tuer s'il résistait, et la loi le lui accordait. Là il ne s'agissait que de son honneur, de son corps; ici il s'agissait de son bien, de sa fortune.

Complétons la comparaison par l'exemple du marchand. Le crédit est pour le marchand ce qu'est pour l'officier l'honneur, ce qu'est pour le paysan la propriété. Le maintien de son crédit est pour lui une question de vie, et celui qui l'accuse de négligence dans l'accomplissement de ses obligations, l'atteint d'une manière plus sensible que s'il l'injurait personnellement, ou le volait. C'est en tenant compte de cette position particulière du marchand que les codes modernes ont de plus en plus restreint à sa

personne et à ceux qui peuvent lui être assimilés les peines de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse.

Le but de ces dernières explications n'était point de constater ce simple fait que d'après la diversité de la position et de la profession le sentiment juridique montre une sensibilité différente, puisqu'il mesure le caractère blessant d'une lésion du droit uniquement à l'intérêt qu'une classe peut avoir à ne pas la souffrir. Ce fait lui-même ne doit me servir qu'à mettre dans son vrai jour une vérité bien autrement importante, à savoir que dans son droit, chaque intéressé défend les conditions morales de son existence. Dans les trois classes nommées ci-dessus l'irritabilité extrême du sentiment juridique se manifeste précisément dans les points que nous avons reconnus comme offrant les conditions de vie particulières de ces classes, et cela prouve que la réaction du sentiment juridique ne se détermine point comme une émotion ordinaire, d'après la nature spéciale du tempérament et du caractère, mais qu'il s'y joint un élément social : le sentiment du caractère indispensable de telle institution juridique déterminée pour le but particulier de la vie de ces classes. Le degré d'énergie avec lequel le sentiment juridique réagit contre une

lésion du droit, est à mes yeux une mesure certaine de la force avec laquelle un individu, une classe ou un peuple comprend, pour lui et pour le but spécial de sa vie, l'importance du droit, aussi bien du droit en général que d'une institution isolée du droit.

Cette idée est, à mon avis, d'une vérité absolument générale et s'applique aussi bien au droit public qu'au droit privé. La même susceptibilité que manifestent les diverses classes par rapport à la lésion de toutes les institutions qui forment avant tout la base de leur existence se représente également chez les divers États, par rapport aux institutions dans lesquelles paraît réalisé le principe particulier de leur vie. Le thermomètre de leur susceptibilité, et par cela même la mesure de la valeur qu'ils attachent à ces institutions, est le *droit criminel*. Le contraste surprenant qui existe entre les législations pénales par rapport à la douceur et à la sévérité des peines s'explique, pour la plus grande partie, par cette considération des conditions de vie. Chaque État punit le plus sévèrement les délits qui menacent son principe vital particulier, tandis que pour les autres, il montre une indulgence qui fait parfois un étrange contraste. La Théocratie fait du sacrilège et de l'idolâtrie un crime capital tandis qu'elle ne voit dans le déplacement des bornes qu'un simple délit (droit

mosaïque). L'État agricole, au contraire, poursuivra ce délit avec la dernière rigueur tandis qu'il ne punira les blasphémateurs que de la peine la plus légère (droit antique de Rome). L'État commerçant mettra en première ligne la falsification des monnaies et le faux en général; l'État militaire y mettra l'insubordination, les fautes de discipline, etc.; l'État absolu y mettra les délits de lèse-majesté, et la République les prétentions à la royauté. Tous montreront à cette première place une rigueur qui forme un contraste heurté avec la manière dont ils poursuivent les autres délits. Bref la réaction du sentiment juridique des États et des individus atteint la plus grande vivacité là où ils se sentent immédiatement menacés dans les conditions particulières de leur existence<sup>(1)</sup>.

Si les conditions de vie particulières d'une classe ou d'une profession peuvent attribuer à certaines institutions du droit une importance plus grande, et agrandir par conséquent la sensibilité du sentiment juridique aux violations de ces institutions, elles peuvent également en amener un affaiblissement.

---

(1) Les légistes savent que dans les remarques ci-dessus je n'ai fait qu'utiliser des idées que MONTESQUIEU (*Esprit des lois*) a eu l'impérissable mérite de reconnaître et de formuler le premier.

La classe des gens de service ne peut pas conserver le sentiment de l'honneur de la même manière que les autres couches de la société; sa position entraîne certaines humiliations contre lesquelles l'individu isolé se révolte en vain aussi longtemps que la classe même les supporte; à un individu dans cette position, doué d'un vif sentiment de son honneur, il ne reste qu'à baisser ses prétentions au niveau de celles de ses pairs ou à renoncer à sa profession. Ce n'est que lorsque pareille manière de voir devient générale que s'ouvre pour l'individu isolé la perspective de ne plus épuiser sa force dans des luttes stériles, mais de la consacrer utilement, d'accord avec ceux qui sont animés des mêmes sentiments, à rehausser le niveau de l'honneur professionnel; et j'entends par là non-seulement le sentiment subjectif de l'honneur, mais sa reconnaissance objective de la part des autres classes de la société et de la législation. A ce point de vue la position des gens de service s'est notablement améliorée dans les cinquante dernières années.

Ce que j'ai dit de l'honneur s'applique aussi à la propriété. La susceptibilité par rapport à la propriété, le véritable sentiment de la propriété peut également s'affaiblir sous l'influence de circonstances et de rapports malsains. Et ici j'entends parler, non de la

soif d'acquérir, de la chasse à l'argent et au bien, mais de ce sentiment viril du propriétaire dont j'ai cité comme exemple typique le paysan, du propriétaire qui défend son bien, non parce que c'est un objet de valeur, mais parce que c'est *son bien*. On entend parfois dire : qu'y a-t-il de commun entre ma chose et ma personne ? Elle me sert de moyen de pourvoir aux besoins de la vie, d'acquérir, de jouir ; mais s'il n'y a point de devoir moral à faire la chasse à l'argent, il n'y en a pas davantage à commencer pour une bagatelle un procès qui coûte du temps, de l'argent et trouble mon repos. Le seul motif qui doive me guider dans la défense juridique de mon patrimoine est le même qui me détermine dans son acquisition et dans son usage : mon intérêt ; — un procès du mien et du tien est une pure question d'intérêt.

Je ne puis voir, pour ma part, dans une pareille conception de la propriété qu'une dégénération du sentiment sain de la propriété et je n'en puis trouver la cause que dans un déplacement des bases naturelles de la propriété. Je n'incrimine ici ni la richesse ni le luxe, dans lesquels je n'aperçois aucun danger pour le sentiment du droit dans le peuple, mais l'immoralité du gain. La source historique et la justification morale de la propriété est le travail. J'entends par là non-seulement le travail des mains

et des bras, mais aussi celui de l'esprit et du talent, et je reconnais un droit au produit du travail non-seulement au travailleur même, mais aussi à ses héritiers. En d'autres termes, je vois dans le droit de succession une conséquence nécessaire du principe du travail, car j'estime que l'on ne saurait refuser au travailleur le droit de renoncer à jouir lui-même et de transmettre à d'autres après sa mort aussi bien que pendant sa vie. La propriété ne peut se conserver saine et vivace que par une connexion continuelle avec le travail. C'est dans cette source seulement, où incessamment elle se régénère et se revivifie, qu'elle montre clairement et lucidement jusqu'au fond, ce qu'elle est pour l'homme. Mais plus le courant s'éloigne de cette source pour descendre dans les régions du gain facile ou même exempt de toute peine, plus aussi il devient trouble, jusqu'à ce qu'enfin il perde, dans la fange du jeu de bourse et dans les fourberies de l'agiotage, toute trace de ce qu'il était à l'origine. Quand les choses en sont là, quand tout reste de l'idée morale de la propriété a disparu, il est évident qu'il ne peut plus être question du devoir moral de la défendre; on n'a plus même l'intelligence du sentiment de la propriété tel qu'il vit dans l'âme de tout homme qui doit gagner son pain à la sueur de son front. Le malheur est que

l'humeur et l'habitude de vie engendrées par de pareilles causes se répandent peu à peu dans des classes où elles ne seraient pas produites spontanément sans le contact (1). On peut suivre jusque dans les chaumières l'influence des millions acquis par le jeu de bourse et tel homme qui, transplanté dans un autre milieu, aurait compris par sa propre expérience la bénédiction qui repose sur le travail, n'y voit plus sous l'influence énervante d'une pareille atmosphère qu'une malédiction. Le communisme ne prospère que dans ce marais où l'idée de la propriété s'est égarée; à la source du courant on ne le connaît point.

On peut vérifier à la campagne, dans un sens diamétralement opposé, ce fait d'expérience que la manière dont les classes dirigeantes envisagent la propriété ne se restreint point à elles seules, mais se communique aussi aux autres classes de la société. A moins d'être placé en dehors de toute relation avec les paysans, celui qui vit continuellement à la campagne prendra involontairement, sans même que ses relations et sa personnalité l'y poussent, quelque

---

(1) On en trouve un exemple intéressant dans nos petites villes universitaires allemandes qui vivent principalement des étudiants. Les goûts et les habitudes de dépense de ces derniers se communiquent involontairement à la population civile.

chose du sentiment de la propriété et de l'économie du paysan. Le même homme, pris dans la moyenne et toutes choses égales d'ailleurs, deviendra économe à la campagne s'il vit avec les paysans, et dissipateur dans une ville comme Vienne, s'il vit avec des millionnaires.

Quelle que soit, au surplus, la cause de cet affaiblissement du caractère qui par amour des aises se dérobe à la lutte pour le droit, aussi longtemps que la valeur de l'objet ne l'excite point à la résistance, il suffit pour nous de le reconnaître et de le signaler tel qu'il est. La philosophie pratique de la vie qu'il prêche n'est autre chose que la politique de la lâcheté. Le lâche qui fuit le champ de bataille sauve également ce que d'autres sacrifient : sa vie, mais il la sauve au prix de son honneur. Seule, la circonstance que les autres tiennent pied, le sauve, lui et la société, des suites que devrait inévitablement entraîner, sans cela, sa manière d'agir. Si tous pensaient comme lui, tous seraient perdus. Il en va de même de ce lâche abandon du droit. Inoffensif comme acte d'un seul, il amènerait la ruine du droit s'il devenait la règle générale des actions. Sous ce rapport même, l'apparence inoffensive d'une pareille manière d'agir n'est rendue possible que parce que, en somme, elle ne nuit pas autrement à

la lutte du droit contre l'injustice. Cette lutte, en effet, n'est pas restreinte aux individus, mais dans les états développés, le pouvoir public y prend la plus large part, car il poursuit d'office et punit toutes les infractions graves contre le droit des individus, contre leur vie, leur personne et leur fortune. La police et le juge criminel prennent d'avance sur eux la plus grande partie du travail. Même pour les lésions du droit dont la poursuite reste exclusivement abandonnée aux particuliers, il a été pourvu à ce que la lutte ne soit jamais délaissée, car tout le monde ne suit pas la politique du lâche, et celui-ci lui-même se place parmi les combattants au moins lorsque la valeur de l'objet du litige triomphe de ses aises. Mais supposons des circonstances où disparaisse le soutien que l'individu trouve dans la police et dans la loi criminelle; plaçons-nous à l'époque où comme dans Rome antique, la poursuite du voleur et du brigand était l'affaire exclusive de lésé; qui ne voit où cet abandon du droit aurait dû conduire? à l'encouragement des voleurs et des brigands. Il en est exactement de même de la vie des peuples. Chaque peuple en effet est livré à lui-même; aucune puissance supérieure ne le décharge du soin de défendre son droit, et il suffit que je rappelle l'exemple de la lieue carrée (p. 19) pour montrer

quelles conséquences aurait pour la vie des peuples l'application de cette théorie qui prétend mesurer la résistance contre l'injustice à la valeur matérielle de l'objet en litige. Or il est impossible qu'une maxime qui, partout où nous la mettons à l'épreuve, se montre insoutenable et tend à la mort, à l'anéantissement du droit, soit reconnue exacte, même lorsque par exception ses suites funestes se trouvent paralysées à la faveur d'autres circonstances. J'aurai tout à l'heure l'occasion de montrer l'influence funeste qu'elle exerce même dans un de ces cas relativement favorables.

Rejetons donc loin de nous cette morale commode qu'aucun peuple, qu'aucun individu de sens juridique sain n'a jamais faite sienne. Elle est la marque et le témoignage d'un sentiment juridique morbide et impuissant ; elle n'est autre chose que le pur et épais matérialisme dans le domaine du droit. Il a bien dans ce domaine aussi sa pleine raison d'être, mais dans de certaines limites. Acquérir le droit, en user et même le défendre, n'est, quand il s'agit d'une injustice purement objective (p. 23) qu'une pure question d'intérêt ; — l'intérêt est le foyer pratique du droit dans le sens subjectif<sup>(1)</sup>. Mais en présence

---

(1) V. pour les développements, *Esprit du D. R.*, T. IV, § 70 (trad. fr.).

de l'arbitraire qui lève le bras contre le droit, ce point de vue matérialiste qui confond la question du droit avec celle de l'intérêt perd toute valeur, car le coup que l'arbitraire porte au droit ne peut l'atteindre sans frapper en même temps la personne.

Peu importe quelle chose forme l'objet du droit. Si c'était un simple hasard qui l'avait poussée dans le cercle de mon droit, on pourrait l'en faire sortir sans me léser moi-même. Mais ce n'est pas le hasard, c'est ma volonté qui a noué un lien entre elle et moi, au prix d'un travail préalable de moi-même ou d'un autre. C'est un travail antérieur, propre ou étranger, qu'en elle je possède et je défends. En la faisant mienne je lui ai imprimé le sceau de ma personnalité; qui la touche, touche cette dernière; le coup qu'on lui porte, m'atteint moi-même qui suis en elle; — la propriété n'est que la périphérie de ma personne étendue aux choses.

Cette connexion du droit avec la personne confère à tous les droits, de quelque nature qu'ils soient, cette valeur incommensurable que je désigne sous le nom de valeur *idéale*, pour la distinguer de la valeur purement substantielle qu'ils ont au point de vue de l'intérêt. C'est ce rapport intime qui produit cette abnégation, cette énergie dans la défense du droit que j'ai décrite tout à l'heure. Cette conception idéale

du droit ne forme point le privilège des natures d'élite ; la plus grossière la comprend aussi bien que la plus affinée, le plus riche comme le plus pauvre, les peuples sauvages comme les nations les plus civilisées ; et c'est précisément là ce qui nous montre combien cet idéalisme est fondé sur l'essence la plus intime du droit : — il n'est autre chose que la santé du sentiment juridique. Le droit qui d'un côté semble enchaîner les hommes dans les basses régions de l'égoïsme et du calcul, les élève d'un autre côté à une hauteur idéale où ils oublient toutes les subtilités, tous les calculs qu'ils ont appris et l'échelle d'utilité qui jusqu'alors leur a servi à tout mesurer, pour combattre purement et complètement pour une idée. Prose dans la région des choses purement matérielles, le droit devient poésie dans la sphère personnelle, dans la lutte pour défendre la personnalité : — *la lutte pour le droit est la poésie du caractère.*

Qu'est-ce donc qui produit toutes ces merveilles ? Ce n'est pas l'expérience, ni l'éducation, mais le simple sentiment de la douleur. La douleur est le cri d'alarme et l'appel au secours de la nature menacée. Cela est vrai de l'organisme moral, comme de l'organisme physique (p. 32).

La pathologie du sentiment juridique est pour le juriste et pour le philosophe, ou plutôt devrait être,

car il serait faux de soutenir qu'il en soit déjà ainsi, ce que la pathologie de l'organisme humain est pour les médecins. En elle se trouve tout le secret du droit. La douleur qu'éprouve l'homme quand il est lésé dans son droit contient l'aveu spontané, instinctif et violemment arraché, de ce qu'est son droit, d'abord pour lui, individu, et ensuite pour la société humaine. La vraie nature et l'essence véritable du droit se révèlent plus complètement dans ce seul moment que pendant de longues années de paisible jouissance. Celui qui n'a pas éprouvé cette douleur par lui-même ou par un autre, ne sait pas ce qu'est le droit, eût-il dans la tête le *corpus juris* tout entier. Ce n'est pas la raison, mais le sentiment qui peut seul résoudre cette question ; aussi le langage a-t-il bien nommé la source primordiale psychologique de tout droit en l'appelant : le sentiment juridique. Conscience du droit, conviction juridique sont des abstractions de la science que le peuple ne comprend point ; la force du droit git dans le sentiment, exactement comme celle de l'amour ; la raison et l'intelligence ne peuvent remplacer le sentiment quand il fait défaut. Mais de même que souvent l'amour ne se connaît pas, et qu'il suffit d'un seul moment pour lui donner pleine conscience de lui-même, de même le sentiment juridique ne sait

régulièrement pas, à priori, ce qu'il est et ce qu'il renferme, mais la lésion juridique est la mise à la question qui l'oblige à parler, qui fait éclater sa vérité et sa force. J'ai dit tout à l'heure (p. 23) en quoi consiste cette vérité ; — le droit est la condition de l'existence morale de la personne, la défense du droit constitue la conservation morale de la personne.

La violence avec laquelle le sentiment juridique réagit en fait contre la lésion qui lui est causée est la pierre de touche de sa santé. Le degré de douleur qu'il éprouve lui apprend quelle valeur il attache au bien menacé. Mais ressentir la douleur sans tirer profit de l'avertissement qu'elle donne d'éloigner le danger, la supporter patiemment sans se défendre, est la négation du sentiment juridique. Les circonstances peuvent l'excuser, peut-être, dans un cas particulier, mais, à la longue, elle ne peut qu'entraîner les plus funestes conséquences pour le sentiment juridique même. En effet, l'essence de celui-ci est l'action ; — là où il doit se passer d'action, il dépérit et s'émousse peu à peu jusqu'à perdre presque entièrement le sentiment de la douleur. L'excitabilité, c'est-à-dire la faculté de sentir la douleur causée par la violation du droit, et l'énergie, c'est-à-dire le courage, la résolution de repousser l'attaque

sont, à mes yeux, les deux critères de la santé du sentiment juridique. Je dois renoncer à développer plus amplement ici ce thème aussi intéressant que fécond de la pathologie du sentiment juridique, mais on me permettra encore quelques indications.

L'excitabilité du sentiment juridique n'est pas la même chez tous les individus; elle s'affaiblit ou s'augmente dans la mesure où un individu, une classe, un peuple considère le droit ou une institution du droit comme une condition morale de son existence. Je l'ai établi ci-dessus par rapport à la propriété et à l'honneur (p. 32-36). J'ajouterai ici le mariage. Que de réflexions à faire sur la manière dont les individus, les peuples, les législations envisagent l'adultère!

Le deuxième élément du sentiment juridique : l'énergie, est une pure question de caractère. L'attitude d'un homme ou d'un peuple en présence d'une atteinte portée à son droit est la pierre de touche la plus sûre de son caractère. Si nous entendons par caractère, la personnalité pleine, se reposant sur elle-même et se défendant elle-même, il n'y a pas de meilleure occasion de juger de cette précieuse qualité que lorsque l'arbitraire atteint la personne en même temps que le droit. Les formes que prend en cette occurrence la réaction du sentiment du droit

et de la personnalité, soit que, sous l'influence de la douleur, elle se traduise en voies de fait brutales et emportées, soit qu'elle se manifeste par une résistance mesurée mais durable, ne peuvent nullement servir à mesurer l'intensité du sentiment juridique et il ne saurait y avoir de plus grande erreur que d'attribuer au peuple sauvage ou à l'homme sans éducation pour lesquels la première de ces formes est la forme normale, un sentiment juridique plus vivace qu'à l'homme civilisé qui prend le second parti. Les formes sont plus ou moins une question d'éducation et de tempérament; la fermeté, l'inflexibilité et la durabilité de la résistance valent autant que la brutalité, la violence et la passion. Il serait malheureux qu'il en fût autrement. Les individus et les peuples perdraient de leur sentiment juridique à mesure qu'ils gagneraient en civilisation. Un regard sur l'histoire et sur la vie civile suffit pour nous prouver le contraire. La richesse et la pauvreté ne sont pas davantage décisives en cette matière. Si différente que soit la mesure économique d'après laquelle le riche et le pauvre estiment les choses, elle n'a aucune influence lorsqu'il s'agit de la mésestime du droit, car, nous l'avons déjà vu ci-dessus, il ne s'agit point ici de la valeur matérielle d'une chose, mais de la valeur idéale du droit, de

l'énergie du sentiment juridique dans son application spéciale au patrimoine, et ce n'est point la composition du patrimoine mais la nature du sentiment juridique qui fait ici pencher la balance. La meilleure preuve nous en est fournie par le peuple anglais; sa richesse n'a point porté préjudice à son sentiment juridique et nous avons eu assez souvent, sur le continent, l'occasion de nous convaincre de l'énergie avec lequel il s'affirme, même dans de simples questions de propriété, par l'exemple devenu typique de l'anglais en voyage qui résiste à une fourberie d'hôtelier ou de cocher avec autant de virilité que s'il s'agissait de défendre le droit de la vieille Angleterre, qui remet au besoin son départ, reste plusieurs jours sur place et dépense dix fois le montant de ce qu'il se refuse à payer. Le peuple en rit et ne le comprend point; — plutôt à Dieu qu'il le comprit! Car dans les quelques francs que défend cet homme, se trouve en réalité contenue la vieille Angleterre elle-même; là-bas, dans son pays, chacun le comprend et ne tente pas aussi facilement de lui porter préjudice. Je suppose un Autrichien de la même condition, de la même fortune, placé dans la même situation; comment agira-t-il? Si j'en crois ma propre expérience sous ce rapport, il n'y en aura pas dix sur cent qui suivront l'exemple de l'anglais.

Les autres craindront le désagrément de la querelle, l'esclandre, la possibilité des fausses interprétations auxquelles ils peuvent s'exposer, interprétations qu'un anglais en Angleterre ne doit point redouter et dont il ne s'inquiète point chez nous; bref, ils paient. Mais dans le franc que refuse l'anglais et que paie l'autrichien, il y a plus qu'on ne croit; il y a quelque chose de l'Angleterre et de l'Autriche, il y a l'histoire séculaire de leur développement politique et de leur vie sociale<sup>(1)</sup>.

J'ai cherché jusqu'ici à expliquer la première des deux propositions établies ci-dessus (p. 23) : la lutte pour le droit est un devoir de l'intéressé envers lui-même. Examinons maintenant la seconde propo-

---

(1) Je prie de ne pas oublier ici, que la conférence dont est sorti cet écrit a été tenue à Vienne où le parallèle ci-dessus était tout indiqué. De plusieurs côtés on l'a trouvé déplacé, et on l'a mal interprété. Au lieu de comprendre que ces mots ne m'ont été inspirés que par l'intérêt le plus chaleureux pour nos frères autrichiens et par le désir de contribuer pour ma faible part à renforcer chez eux le sentiment juridique, on m'a attribué des sentiments malveillants dont nul n'est aussi éloigné que moi et que j'ai eu si peu l'occasion de concevoir pendant mes quatre années de professorat à l'Université de Vienne, que je ne suis au contraire parti de là qu'avec les sentiments de la plus profonde reconnaissance. Je nourris la conviction que le motif qui m'a guidé dans les explications ci-dessus et les sentiments dont il est l'expression seront de plus en plus justement appréciés par mes lecteurs viennois.

sition : *la défense du droit est un devoir envers la société.*

Pour justifier cette proposition, je suis obligé d'examiner d'un peu plus près le rapport du droit dans le sens objectif avec le droit dans le sens subjectif. En quoi consiste ce rapport ? Je crois rendre très fidèlement l'idée courante en disant : en ce que le premier forme la condition du second ; il n'existe de droit concret que là où existent les conditions auxquelles la règle juridique abstraite attache l'existence de ce droit. C'est là tout ce que la théorie dominante trouve à nous dire. Mais elle néglige tout un côté de la question ; elle se préoccupe exclusivement de la dépendance du droit concret vis-à-vis du droit abstrait et perd de vue qu'un pareil rapport de dépendance existe également en sens tout opposé. Le droit concret ne *reçoit* pas seulement la vie et la force du droit abstrait, mais il les lui *rend* à son tour. L'essence du droit est la réalisation pratique. Une règle du droit qui n'a jamais été réalisée ou qui a cessé de l'être, ne mérite plus ce nom, c'est devenu un rouage inerte qui ne fait plus aucun travail dans le mécanisme du droit et que l'on peut enlever sans qu'il en résulte le moindre changement. Cette proposition est vraie, sans exception, de toutes les parties du droit, du droit public aussi bien que

du droit criminel ou privé, et le droit romain l'a expressément sanctionnée en reconnaissant la *desuetudo* comme cause d'abolition des lois. De là vient la perte des droits concrets par suite de non-usage prolongé (*non usus*). Or tandis que la réalisation juridique du droit public et du droit criminel est devenue un devoir des autorités publiques, celle du droit privé a été réduite dans la forme d'un droit des particuliers, c'est-à-dire exclusivement abandonnée à leur initiative et à leur spontanéité. Dans le premier cas il faut pour la réalisation juridique de la loi que les autorités et les fonctionnaires de l'État accomplissent leur devoir, dans le second cas il faut que les particuliers défendent leur droit. Si, dans un cas quelconque, par ignorance, par paresse, ou par lâcheté, ces derniers restent constamment et généralement inactifs, la règle du droit se trouve paralysée en fait. Nous pouvons donc le dire : la réalité, la force pratique des règles du droit privé se révèle dans et par la défense des droits concrets, et si d'une part, ces derniers reçoivent la vie de la loi, d'autre part ils la lui rendent à leur tour. Le rapport du droit objectif ou abstrait avec les droits subjectifs ou concrets rappelle la circulation du sang dont le courant part du cœur pour y revenir.

La réalisation des principes du droit public

**BIBLIOTECA MUNICIPAL "ORIGENES LESSA"**

Lençóis Paulista - SP.

dépend de la fidélité des fonctionnaires dans l'accomplissement de leurs devoirs; celle des règles du droit privé dépend de l'efficacité des motifs qui portent l'intéressé à défendre son droit : son intérêt et son sentiment juridique. Si ces mobiles refusent leurs services, si le sentiment juridique est débile et émoussé, et si l'intérêt n'a pas assez de puissance pour vaincre la paresse, l'aversion contre les querelles et la crainte des procès, il en résulte simplement que la règle du droit ne reçoit point d'application.

Qu'importe? m'objectera-t-on; l'intéressé lui-même n'est-il pas seul à en souffrir? Je reprends l'exemple dont je me suis servi tout à l'heure (p. 43) de la fuite d'un seul du champ de bataille. Lorsque mille hommes ont à combattre, l'éloignement d'un seul peut passer inaperçu, mais lorsque cent d'entre eux désertent le drapeau, la position de ceux qui restent fidèles devient de plus en plus critique; tout le poids de la lutte retombe sur eux seuls. Cet exemple montre exactement, je crois, le véritable état des choses. En matière de droit privé il y a également une lutte contre l'injustice, une lutte commune de toute la nation, dans laquelle tous doivent rester fermement unis. Ici également celui qui fuit commet une trahison envers

la chose commune, car il augmente la force de l'ennemi, en faisant grandir son assurance et son audace. Lorsque l'arbitraire et l'illégalité se hasardent audacieusement à lever la tête, c'est toujours un signe certain que ceux qui avaient pour mission de défendre la loi n'ont pas fait leur devoir. Or en droit privé, chacun dans sa position a mission de défendre la loi ; chacun dans sa sphère est appelé à être le gardien et l'exécuteur de la loi. Le droit concret qui lui appartient peut se concevoir comme une autorisation qui lui est accordée par l'État, d'entrer en lice pour la loi et de repousser l'injustice, dans la limite du cercle de ses intérêts. C'est une mission conditionnelle et spéciale, différente de la mission générale et sans conditions qui incombe aux fonctionnaires. Qui défend son droit, défend dans le cercle étroit de ce droit, le droit tout entier. L'intérêt et les conséquences de son action s'étendent donc bien au delà de sa personne. L'intérêt général qui s'y rattache, n'est pas seulement l'intérêt idéal de défendre l'autorité et la majesté de la loi, mais c'est l'intérêt très réel, très pratique, qui se manifeste à tous et que tous comprennent, même ceux qui n'ont pas la moindre intelligence de l'autre, que l'ordre établi de la vie sociale auquel chacun pour sa part est intéressé, soit assuré et maintenu.

Lorsque le maître n'ose plus appliquer les règlements sur le travail, lorsque le créancier n'ose plus saisir son débiteur et que le public achetant n'ose pas exiger des poids exacts et l'observation des taxes, ce n'est pas seulement l'autorité idéale de la loi qui est compromise, mais c'est l'ordre réel de la vie civile qui est sacrifié et il est difficile de dire jusqu'où peuvent aller les conséquences funestes. Qui sait si tout le système du crédit ne se trouvera pas atteint; car là où je dois m'attendre à des querelles et à des contestations pour réaliser mon droit évident, je chercherai plutôt à les éviter. Mon capital prendra le chemin de l'étranger et je prendrai mes marchandises aux étrangers plutôt qu'aux nationaux.

En de pareilles circonstances, le sort de ceux qui ont le courage de mettre la loi en application devient un véritable martyre; l'énergique sentiment du droit qui ne leur permet point de céder la place à l'arbitraire devient pour eux une véritable malédiction. Abandonnés de tous ceux qui étaient leurs alliés naturels, ils restent seuls en présence de l'illégalité secondée par l'apathie et la lâcheté générales, et lorsqu'au prix de rudes sacrifices ils ont acheté du moins la satisfaction d'être restés fidèles à eux-mêmes, ils ne récoltent régulièrement, au lieu de la reconnaissance, que les railleries et le mépris. La

responsabilité de pareils états de choses ne retombe point sur la partie de la population qui enfreint la loi, mais sur celle qui n'a pas le courage de la défendre. Ce n'est pas l'injustice que l'on doit accuser lorsqu'elle chasse le droit, mais c'est le droit qui laisse faire; et si j'avais à apprécier, d'après leur importance pratique pour les relations, les deux maximes : *ne faites point d'injustice* et *ne souffrez point d'injustice*, je donnerais comme première règle : ne souffrez point d'injustice, et comme seconde : n'en faites point. En effet, si nous prenons l'homme tel qu'il est, la certitude de rencontrer une résistance ferme et résolue de la part de l'intéressé, détournera mieux de commettre une injustice qu'un commandement qui, abstraction faite de cet obstacle, ne possède au fond que la force d'un simple précepte de morale.

Est-ce trop dire, maintenant, que de soutenir que la défense du droit concret attaqué n'est pas seulement un devoir de l'intéressé envers lui-même mais encore un devoir envers la société ? S'il est vrai, comme je l'ai expliqué, que dans son droit il défend en même temps la loi, et dans la loi, l'ordre indispensable de la communauté, qui contestera que cette défense lui incombe comme un devoir envers la société ? Si celle-ci peut l'appeler à marcher contre l'ennemi, en exposant son corps et sa vie, si chacun

a le devoir de défendre contre l'étranger les intérêts communs, cela n'est-il pas tout aussi vrai à l'intérieur, et tous les gens bien pensants et courageux ne doivent-ils pas se réunir et tenir fermement ensemble contre l'ennemi intérieur aussi bien que contre l'ennemi extérieur? Et si dans la lutte contre l'étranger la fuite lâche est une trahison de la chose commune, pouvons-nous dire ici qu'il en soit autrement? Le droit et la justice ne prospèrent dans un pays que lorsque le juge est toujours prêt sur son siège et lorsque la police veille par ses agents, mais chacun doit y contribuer pour sa part. Chacun a la mission et l'obligation d'écraser partout où elle se dresse, la tête de cette hydre qu'on appelle l'arbitraire et l'illégalité. Tous ceux qui jouissent des bénédictions du droit doivent aussi contribuer pour leur part à soutenir la puissance et l'autorité de la loi; bref, *chacun est un lutteur-né, pour le droit, dans l'intérêt de la société.*

Inutile de faire ressortir combien par cette conception se trouve ennoblie la mission du particulier par rapport à la défense de son droit. Elle met à la place de l'attitude purement égoïste et réceptive vis-à-vis de la loi, telle que l'enseigne notre théorie actuelle, un rapport de réciprocité dans lequel l'intéressé restitue dans toute son étendue le service

que lui rend la loi. Elle lui reconnaît la mission de coopérer à une grande tâche nationale. Peu importe qu'il la conçoive lui-même comme telle. Car ce qu'il y a de grand et d'élevé dans l'ordre moral du monde, c'est précisément qu'il n'a pas seulement à compter sur les services de ceux qui les comprennent, mais qu'il possède des moyens efficaces en assez grande quantité pour forcer à y coopérer sans le savoir et sans le vouloir, même ceux qui ne comprennent point ses ordres. Pour forcer les hommes au mariage il met en mouvement, chez l'un la plus noble de toutes les impulsions humaines, chez un autre les grossiers appétits des sens, chez un troisième l'amour de ses aises, chez un quatrième la cupidité, mais tous ces motifs conduisent au mariage. Que dans la lutte pour le droit l'un soit poussé par le prosaïque intérêt, l'autre par la douleur d'une injustice subie, un troisième par le sentiment du devoir ou par l'idée du droit, tous ne s'en donnent pas moins la main pour travailler à une œuvre commune : la lutte contre l'arbitraire.

Nous avons ici atteint le point culminant idéal de la lutte pour le droit. Partant du motif vulgaire de l'intérêt nous nous sommes élevés au point de vue de la conservation morale de la personne, pour arriver enfin à celui de la coopération de l'individu

à l'œuvre commune de la réalisation de l'idée du droit.

Dans *mon* droit, c'est le droit tout entier qui est violé et contesté; c'est lui qui est défendu, soutenu et rétabli. Quelle haute importance acquiert ainsi la lutte de l'individu pour son droit! Et combien cet intérêt idéal, parce qu'il est général, est au dessus de la basse région du pur individualisme, des intérêts, des desseins égoïstes et des passions personnelles, dans lesquels l'ignorant voit les seuls mobiles de la lutte pour le droit.

Mais cet idéal, dira-t-on, est placé si haut qu'il n'est perceptible que pour la philosophie du droit; personne ne soutient un procès par amour de l'idée du droit. Pour réfuter cette assertion, je pourrais renvoyer au droit romain, où la réalité effective de ce sens idéal a reçu l'expression la plus claire dans l'institution des actions populaires<sup>(1)</sup>, mais nous

---

(1) Pour ceux de mes lecteurs qui ne connaissent point le droit, je ferai remarquer que ces actions (*actiones populares*) donnaient à tous ceux qui le voulaient l'occasion de se constituer les défenseurs de la loi et de demander compte à ceux qui la bravaient, non seulement dans les cas où il y allait des intérêts du public entier et par conséquent aussi du demandeur, comme par exemple, en cas de trouble ou d'entrave à un passage public, mais encore lorsqu'il s'agissait d'une injustice commise envers une personne privée qui ne pouvait point efficacement se défendre elle

serions injustes envers le présent si nous voulions lui contester ce sens idéal. Tout homme qui éprouve de l'indignation, de la colère morale à la vue de la violence faite au droit par l'arbitraire possède incontestablement ce sens. Car tandis qu'au sentiment que provoque la lésion du droit que l'on éprouve soi-même se mêle un motif égoïste, le sentiment qu'il éprouve a sa base exclusive dans la force morale de l'idée du droit sur le cœur humain. C'est la protestation d'une nature morale énergique contre l'outrage au droit, le témoignage le plus beau et le plus élevé que peut rendre de lui-même le sentiment juridique ; — c'est un phénomène moral aussi attrayant et aussi fécond pour le psychologue que pour le poète. Il n'y

---

même, par exemple en cas de préjudice causé à un mineur dans un acte juridique, en cas d'infidélité du tuteur, d'extorsion d'intérêts usuraires. V. sur ces cas et d'autres analogues *l'Esprit du Droit*, R. T. IV, p. 112 et ss. (Ed. fr.). Ces actions contenaient donc un appel à ce sentiment idéal qui, sans aucun intérêt propre, défend le droit uniquement pour le droit ; quelques unes faisaient également appel au mobile très vulgaire de la cupidité, en promettant au demandeur les sommes à obtenir, à titre de peine, du défendeur, mais à cause de cela précisément pesait sur elles, ou plutôt sur leur exercice à titre d'industrie, la même défaveur que chez nous sur les dénonciations faites dans le but d'obtenir des primes. Lorsque j'ajoute que la plupart des actions de cette seconde catégorie avaient déjà disparu dans le dernier état du droit romain et que les autres ont disparu de notre droit actuel, tous mes lecteurs sauront quelle conclusion il faut en tirer : c'est que le sens de l'utilité publique qui en faisait la base a disparu.

a point, que je sache, d'autre sentiment qui puisse provoquer ainsi soudainement dans l'homme une aussi profonde transformation. On sait, en effet, que précisément les natures les plus douces et les plus pacifiques ont alors des élans de passion qui leur sont, en tout autre cas, absolument étrangers — preuve qu'elles sont atteintes dans ce qu'elles ont de plus noble, dans leur essence la plus intime. C'est le phénomène de l'orage dans le monde moral. Il est sublime, majestueux dans ses formes, par la soudaineté, l'impétuosité, l'intensité de son expression, par le pouvoir de cette force morale qui, semblable à un ouragan ou à des éléments en furie, se déchaîne et renverse tout devant elle, mais dont les effets bien-faisants et purifiants produisent pour l'individu comme pour le monde une éclaircie dans l'air moral. Mais si la force limitée de l'individu se brise contre des institutions qui fournissent à l'arbitraire le soutien qu'elles refusent au droit, alors l'orage retombe sur son auteur même, à qui il ne reste d'autre sort que celui du criminel par sentiment juridique lésé, dont je parlerai tout à l'heure, ou celui, non moins tragique de l'homme qui garde constamment dans son cœur l'aiguillon qu'y a laissé l'injustice endurée par impuissance et qui perd peu à peu la vie morale et la foi dans le droit.

Je concède que le sens idéal de l'homme qui ressent plus vivement l'outrage et l'insulte à l'idée du droit que la lésion personnelle, et qui, sans aucun intérêt personnel, se fait le champion du droit opprimé comme si c'était le sien propre, forme le privilège des natures d'élite. L'homme au sens froid et incapable de tout élan idéal a cependant la pleine intelligence du rapport que j'ai établi entre le droit concret et la loi, et que j'ai résumé dans cette proposition : mon droit est *le* droit ; dans mon droit, c'est le droit qui est lésé et défendu. C'est un paradoxe en apparence, mais il est vrai néanmoins que c'est précisément au juriste que cette conception est le moins familière. La loi, d'après son idée, n'est pour rien absolument dans la lutte pour le droit concret ; ce n'est point pour la loi abstraite que se poursuit la lutte, mais pour son incarnation dans un droit concret, pour la photographie, en quelque sorte, dans laquelle elle s'est fixée, mais dans laquelle elle n'est pas immédiatement atteinte elle-même. J'accorde la nécessité technique et juridique de cette idée ; mais cette concession ne doit pas nous empêcher de reconnaître la légitimité de la conception opposée qui, plaçant sur la même ligne la loi et le droit concret, voit dans une violation de celui-ci, une attaque à celle-là. Pour tout esprit non prévenu, cette dernière

conception est infiniment plus exacte que la première. La meilleure preuve en est l'expression qu'elle a reçue dans le langage. Chez nous, le demandeur invoque *la loi et le droit*; le Romain appelait l'action *legis actio*. La loi même est mise en question; c'est elle-même qu'il s'agit de discuter dans un cas particulier. Cette idée est de la plus haute importance, spécialement pour l'intelligence de la procédure antique des *legis actiones*<sup>(1)</sup>. A la lumière de cette idée, la lutte pour le droit est donc en même temps une lutte pour la loi; il ne s'agit donc point seulement, au débat, de l'intérêt du sujet, d'un rapport isolé dans lequel la loi s'est incorporée, d'une photographie, comme je disais tout à l'heure, dans laquelle un rayon fugitif de la loi a été saisi et fixé, et que l'on peut briser et anéantir sans atteindre la loi elle-même, mais c'est la loi même qui est outragée, foulée aux pieds; la loi doit se défendre ou elle n'est qu'un vain mot; — avec le droit de l'intéressé, c'est la loi même qui s'écroule.

J'ai expliqué ci-dessus que cette conception, que j'appelle pour abrégé la solidarité de la loi et du droit concret, contient l'expression réelle de leur véritable rapport dans son essence la plus intime. Ce rapport, néanmoins, n'est pas si profond et si

---

(1) V. *Esprit du D. R.*, T. III, p. 525 ss. (Ed. f.).

caché qu'il ne soit intelligible même pour l'égoïste, inaccessible à toute conception élevée; il y a plus, il a peut-être, pour l'apercevoir, le regard le plus perçant, car il est de son intérêt d'avoir l'État pour allié dans sa lutte. Sans le savoir et sans le vouloir, alors, il se trouve élevé au dessus de lui-même et de son droit, jusqu'à cette hauteur idéale où l'intéressé devient le défenseur de la loi. La vérité reste la vérité, même lorsque l'individu ne la reconnaît et ne la défend que sous le point de vue étroit de son intérêt propre. La haine et la vengeance amènent Shylock devant le tribunal pour couper sa livre de chair sur le corps d'Antonio, mais les paroles que le poète lui fait dire sont aussi vraies dans sa bouche que dans celle d'un autre. C'est le langage que le sentiment du droit violé tiendra toujours, en tous lieux et en tous temps. Il exprime la force inébranlable de la conviction que le droit doit rester le droit, et il y met l'élan et l'emphase d'un homme ayant conscience que dans la chose pour laquelle il lutte il s'agit non seulement de sa personne, mais de la loi. La livre de chair, lui fait dire Shakespeare :

La livre de chair que je demande  
Je l'ai chèrement achetée, c'est la mienne et je veux l'avoir;  
Si vous me la refusez, fi de vos lois!  
Le droit de Venise alors est sans force.  
. . . . . J'invoque la loi;  
. . . . . Je m'en tiens à mon billet.

« J'invoque *la loi*. » Dans ces quatre mots le poète a indiqué le rapport du droit subjectif avec le droit objectif et l'importance de la lutte pour le droit, plus justement que n'aurait pu le faire aucun philosophe du droit. Par ces quatre mots la prétention de Shylock devient d'un seul coup la question du droit de Venise. Comme la figure de cet homme devient puissante et gigantesque quand il prononce ces paroles ! Ce n'est plus le juif qui réclame sa livre de chair, c'est la loi de Venise elle-même qui frappe à la porte du prétoire, — car *son* droit et le droit de Venise, ne font qu'un ; dans son droit c'est le droit de Venise qui s'effondre. Et lorsque lui-même s'effondre sous le poids de la sentence qui, par une misérable plaisanterie, élude son droit<sup>(1)</sup>, lorsque poursuivi d'insultes amères, rompu, brisé,

---

(1) C'est là dessus que repose à mes yeux l'intérêt souverainement tragique que nous offre Shylock. Il est en réalité frustré de son droit. C'est ainsi du moins que le juriste doit envisager la chose. Le poète est naturellement libre de se faire lui-même sa propre jurisprudence, et nous ne voulons pas nous plaindre de ce que Shakespeare en ait profité, ou plutôt de ce qu'il ait conservé intacte l'antique légende. Mais si le juriste veut la soumettre à un examen critique, il ne peut que dire : la reconnaissance, en soi, était nulle puisqu'elle contenait quelque chose d'immoral, le juge aurait donc dû la repousser pour ce motif dès le premier instant. S'il ne l'a point fait, si le « sage Daniel » en reconnaissait la validité, c'était employer un misérable faux-fuyant, commettre un déplorable trait de chicane que d'interdire à l'homme auquel

il fléchit les genoux en tremblant, qui peut se défendre du sentiment qu'en lui c'est le droit de Venise qui a été humilié, que ce n'est pas le juif Shylock qui se glisse hors du prétoire, mais la figure typique du juif au moyen-âge, de ce paria de la société qui vainement criait justice! Le côté violemment tragique de son sort repose non point sur ce que le droit lui a été refusé, mais sur ce que lui, ce juif du moyen âge, a foi dans le droit comme dans le Christ! une foi inébranlable que rien ne peut égarer et que le juge lui-même entretient, jusqu'à ce que, comme un coup de foudre, fonde sur lui la catastrophe qui l'arrache de son illusion et lui apprend qu'il n'est que le juif méprisé du moyen âge dont on reconnaît le droit tout en l'en frustrant.

---

il venait d'accorder le droit de couper une livre de chair d'un corps vivant, l'effusion de sang qui devait en être la conséquence inévitable. Un juge pourrait avec autant de raison reconnaître à l'ayant droit une servitude de passage, mais lui défend de laisser des traces de pas, sous prétexte que cela n'a pas été convenu lorsqu'on a établi la servitude. On serait tenté de croire que l'histoire de Shylock s'est passée à l'époque la plus ancienne de Rome, car les auteurs des XII tables ont jugé nécessaire de remarquer expressément à propos de la dissection du débiteur (*in partes secare*) de la part des créanciers, que quant à la grandeur des morceaux ils avaient le champ libre (*si plus minusve secuerint, sine fraude esto*)! — Quant aux attaques qui ont été dirigées contre l'opinion exprimée ci-dessus, v. la préface.

L'image de Shylock m'en rappelle une autre qui n'est ni moins historique ni moins poétique, celle de *Michel Kohlhaas* que HENRI VON KLEIST a représenté avec une vérité si saisissante dans le roman qui porte ce nom<sup>(1)</sup>. Shylock se retire brisé, sa force est abattue, il se soumet sans résistance à la décision du juge. Michael Kohlhaas agit autrement. Quand il a épuisé tous les moyens de recouvrer son droit indignement méconnu, quand un acte de criminelle justice de cabinet lui a fermé les voies du droit, et que la justice s'est jusque dans son plus haut représentant, le prince souverain, rangée du côté de l'injustice, il est accablé d'une douleur infinie par le crime que l'on a commis à son égard et s'écrie : « Plutôt être un chien qu'un homme si l'on doit me « fouler aux pieds » (p. 23). Sa résolution est dès ce moment arrêtée : « Celui qui me refuse la protec-  
« tion des lois me repousse parmi les sauvages du  
« désert, il me met en main la massue qui me  
« servira à me protéger moi-même. » Il arrache à la justice vénale son glaive souillé et le brandit de façon si redoutable que la crainte et l'épouvante se répandent au loin dans le pays. L'État vermoulu est

---

(1) Les citations qui suivent se rapportent à l'édition des œuvres complètes du poète, par ТИЕК. Berlin, 1826, T. 5.

ébranlé dans ses fondements et le prince tremble sur son trône. Mais ce n'est pas le sentiment sauvage de la vengeance qui l'anime; il ne devient pas brigand et meurtrier comme Karl Moor, qui « voulait « faire retentir dans toute la nature le cri de la « révolte, pour mener au combat contre l'engeance « des hyènes, l'air, la terre et la mer, » qui, par sentiment de son droit violé déclare la guerre à l'humanité toute entière; non, c'est une idée morale qui le pousse, l'idée « qu'avec ses forces, il a reçu « vis à vis du monde le *devoir* de se procurer satisfaction pour la lésion soufferte et d'assurer ses « concitoyens contre des lésions futures. » A ce devoir il sacrifie tout, le bonheur de sa famille, son nom honoré, son bien, son corps et sa vie. Il ne poursuit pas une guerre d'extermination sans but, il ne veut atteindre que le coupable et ceux qui font cause commune avec lui. Et lorsqu'il a la perspective de recouvrer son droit, il dépose volontairement les armes. Mais comme si cet homme avait été choisi pour montrer, par son exemple, à quel degré d'opprobre pouvaient descendre à cette époque l'illégalité et l'infamie, on viola le sauf conduit qui lui avait été donné, on revint sur l'amnistie et il finit sa vie sur l'échafaud. Avant de mourir, pourtant, il recouvre son droit, et l'idée qu'il n'a pas lutté en

vain, qu'il a remis le droit en honneur, qu'il a soutenu sa dignité d'homme, élève son cœur au-dessus des affres de la mort. Réconcilié avec lui-même, avec le peuple et avec Dieu, il s'abandonne avec résignation et de bon gré au bourreau. Que de réflexions ne doit pas faire naître ce drame judiciaire ! Un homme honnête et bon, plein d'amour pour sa famille, candide comme un enfant, devient un Attila détruisant par le fer et le feu la retraite où s'est réfugié son ennemi. D'où vient donc cette transformation ? Elle naît précisément de cette qualité qui le rend moralement si supérieur aux ennemis qui finissent pourtant par triompher de lui. Elle vient de sa haute estime du droit, de sa foi en la sainteté du droit, de la force d'action de son sentiment juridique absolument juste et sain. Voilà le côté tragique et profondément émouvant de son sort. Ce qui tourne à sa perte c'est précisément ce qui fait la supériorité et la noblesse de sa nature : l'élan idéal de son sentiment juridique, son dévouement héroïque, oubliant tout et sacrifiant tout pour l'idée du droit, en contact avec les misères du monde de cette époque, avec l'insolence des grands et des puissants et avec la prévarication et la lâcheté des juges. Les crimes qu'il a commis retombent d'un double et triple poids sur le prince, sur ses juges et ses fonctionnaires qui l'ont

violemment rejeté des voies du droit dans celles de l'illégalité. Car aucune injustice infligée à l'homme, quelle que soit sa gravité, ne peut être comparée, — au moins pour le sentiment moral non prévenu — à celle que commet l'autorité élue par Dieu, lorsqu'elle brise elle-même le droit. Le meurtre judiciaire, suivant l'expression frappante de notre langage, est le véritable péché mortel du droit. Le conservateur et le gardien de la loi devient son meurtrier. C'est un médecin qui empoisonne son malade, un tuteur qui étouffe son pupille. Dans Rome ancienne le juge corrompu encourait la peine de mort. Pour la justice qui a violé le droit il n'y a pas d'accusateur plus écrasant que la figure sombre et pleine de reproches de celui que le sentiment juridique blessé a rendu criminel. C'est pour elle une ombre sanglante. L'homme victime d'une justice vénale ou partielle se trouve presque violemment rejeté hors des voies du droit; il se fait de sa propre main le vengeur et l'exécuteur de son droit et dépassant le but immédiat, il devient même parfois un ennemi juré de la société, un brigand, un meurtrier. Celui même que sa nature noble et morale protège contre cet égarement, comme Michel Kohlhaas, devient criminel et, frappé de la peine attachée à sa faute, il reste martyr de son sentiment juridique. On

dit que le sang des martyrs ne coule pas en vain, cela peut bien avoir été vrai de lui et il se peut que son ombre menaçante ait suffi longtemps encore à rendre impossible une oppression du droit semblable à celle dont il a été victime.

J'ai évoqué cette ombre pour montrer par un exemple saisissant jusqu'où peut s'égarer précisément celui dont le sentiment juridique est énergique et idéal, quand l'imperfection des institutions juridiques lui refuse une satisfaction légitime (1). La lutte pour la loi devient alors une lutte contre la loi. Le sentiment juridique délaissé par le pouvoir

---

(1) KARL EMIL FRANZOS dans son roman : *Ein Kampf um's Recht*, Breslau 1882, inspiré par mon ouvrage, a traité ce sujet d'une façon nouvelle, tout à fait indépendante de son prédécesseur KLEIST et très saisissante. Michael Kohlhaas est appelé en lice par l'odieuse violation de son propre droit; le héros de ce roman l'est par la violation du droit de la commune dont il est le doyen, droit qu'il a cherché à faire reconnaître par tous les moyens légaux, au prix des plus grands sacrifices, mais en vain. Le motif de cette lutte pour le droit git donc dans une région encore plus élevée que chez Michael Kohlhaas; c'est l'idéalisme du droit qui ne réclame rien pour lui-même, mais seulement pour les autres. Le but de mon écrit ne me permet pas de mettre convenablement en lumière la manière magistrale dont l'auteur s'est acquitté de sa tâche, mais je ne puis cependant omettre de recommander vivement cette version au lecteur qu'intéresse le thème que je traite. Elle forme un digne pendant au Michael Kohlhaas de KLEIST et trace un tableau d'une telle vérité et d'une telle intensité d'émotion, que l'on ne saurait le lire sans en être vivement frappé.

qui devrait le protéger, abandonne lui-même le terrain de la loi et cherche, en se faisant justice à lui-même, à obtenir ce que la sottise, le mauvais vouloir, l'impuissance lui refusent. Et ce n'est même pas seulement dans les natures douées d'une énergie ou d'une violence particulière que le sentiment juridique national s'élève et proteste contre de pareilles situations. Ces accusations et ces protestations se renouvellent parfois de la part de la population toute entière, dans certaines manifestations qui, d'après leur destination ou d'après la façon dont les considère et les applique le peuple ou une classe déterminée, peuvent être considérées comme des suppléments et des ajoutés populaires aux institutions de l'État. De ce nombre sont, au moyen-âge les tribunaux vehmiques et le duel judiciaire, témoignages accablants de l'impuissance ou de la partialité des tribunaux criminels de ce temps et de la faiblesse du pouvoir public ; je citerai dans le présent l'institution du duel qui prouve en fait que les peines que l'État commine contre les lésions à l'honneur ne donnent pas satisfaction au sentiment délicat de certaines classes en fait d'honneur. De ce nombre sont la *Vendetta* des Corses et cette justice populaire du Nord de l'Amérique que l'on connaît sous le nom de loi de Lynch. Tous ces phéno-

mènes attestent que les institutions de l'État ne sont pas en harmonie avec le sentiment juridique du peuple; ils élèvent en tous cas, contre celles-ci, le reproche de les rendre nécessaires ou de les tolérer. Lorsque la loi les a prohibés mais n'a pu réussir, en fait, à les réprimer, ils peuvent devenir pour l'individu la source d'un grave conflit. Le Corse qui obéissant aux défenses de l'État s'abstient de la Vendetta, est proscrit par les siens; celui qui sous la pression de l'idée populaire s'y livre, tombe sous le bras vengeur de la justice. Il en va de même chez nous, en cas de duel. Celui qui le décline dans des circonstances qui en font un devoir d'honneur, entache son honneur; celui qui l'accepte est puni, — position également pénible pour l'intéressé et pour le juge. Dans Rome ancienne nous cherchons vainement des phénomènes analogues; les institutions de l'État et le sentiment juridique national s'y trouvaient en complète harmonie.

---

Je n'ai plus rien à dire de la lutte du particulier pour son droit. Nous l'avons suivie dans la progression des motifs qui l'amènent, nous élevant du motif inférieur, le pur calcul d'intérêt, au motif plus idéal la défense de la personnalité et de ses conditions de vie morales, pour aboutir enfin à la réali-

sation de l'idée de justice, — point extrême où un faux pas peut précipiter l'homme que l'on a lésé dans l'abîme de l'illégalité.

Mais l'intérêt de cette lutte n'est nullement restreint au droit privé ou à la vie privée; il s'étend beaucoup au delà. Une nation n'est en définitive que la somme de tous les individus qui la composent, et elle sent, pense et agit, comme sentent, pensent, agissent ces individus. Si, dans les rapports du droit privé, le sentiment juridique du particulier se montre affaibli, lâche, apathique; si, à cause des obstacles que lui opposent des lois injustes ou des institutions mauvaises, il ne trouve pas la latitude nécessaire pour se déployer librement et fortement; s'il rencontre la persécution là où il devrait attendre appui et avancement; si par suite de toutes ces circonstances il s'habitue à souffrir l'injustice et à la considérer comme une chose qui ne peut être changée; qui croira jamais qu'un sentiment juridique ainsi asservi, étiolé, indifférent puisse s'élever soudainement à une impression vive et à une action énergique quand il s'agit d'une lésion du droit qui n'atteint point l'individu, mais la nation tout entière, quand il s'agit d'un attentat à sa liberté politique, de la violation ou du renversement de sa constitution, d'une agression de l'ennemi étranger? Comment celui qui n'a

pas pris l'habitude de défendre courageusement son propre droit, se sentirait-il poussé à exposer volontairement sa vie et sa fortune pour le droit de la généralité? Si en abandonnant son bon droit par amour de ses aises ou par lâcheté un homme n'a pas su comprendre le dommage idéal causé à son honneur et à sa personne, s'il n'a jamais connu, en matière de droit d'autre mesure que celle de son intérêt matériel, comment espérer qu'il prendra une autre mesure et pensera autrement lorsqu'il s'agira du droit et de l'honneur de la nation? D'où sortirait donc tout à coup cet idéalisme de pensée qui s'est toujours démenti jusqu'à ce jour? Non! Celui qui lutte pour le droit public et pour le droit international n'est autre que celui qui lutte pour le droit privé; les qualités qu'il s'est acquises dans les rapports de ce dernier, l'accompagnent aussi dans la lutte pour la liberté civile et contre l'ennemi étranger. Ce qui a été semé dans le droit privé porte ses fruits dans le droit public et dans le droit international. C'est dans les basses régions du droit privé, dans les rapports les plus infimes de la vie que se forme et s'amasse goutte à goutte cette force; c'est là que s'accumule ce capital moral dont l'État a besoin pour les grandes œuvres de sa mission. Le droit privé, et non point le droit public,

est la véritable école de l'éducation politique des peuples, et si l'on veut savoir comment un peuple défendra s'il le faut ses droits politiques et sa position internationale, il suffit de regarder comment le simple particulier défend son droit propre dans la vie privée. J'ai déjà cité plus haut l'exemple de l'anglais toujours prêt à la lutte et je ne puis que répéter ici ce que j'en ai dit : dans la lutte acharnée qu'il soutient pour un simple franc, se trouve le développement politique de l'Angleterre. Personne n'essaiera d'arracher ce qu'il a de plus précieux à un peuple où chacun, même dans les choses les plus infimes, a pour habitude de défendre intrépidement son droit. Aussi n'est-ce point un effet du hasard que le même peuple de l'antiquité, le peuple romain, qui eut à l'intérieur le développement politique le plus élevé et étala à l'extérieur le plus grand déploiement de force, ait possédé en même temps le droit privé le plus perfectionné. Droit est synonyme d'idéalisme, si paradoxal que cela paraisse. Et j'entends ici non point l'idéalisme de l'imagination, mais celui du caractère, c'est-à-dire celui de l'homme qui sent qu'il est lui-même son propre but et qui compte tout le reste pour peu de chose lorsqu'il est atteint dans ce foyer intime et sacré. Qu'importe pour lui que cette atteinte à ses droits parte d'un

particulier, de son gouvernement ou d'un peuple étranger? La résistance qu'il oppose à ces atteintes se mesure non point à la personne de celui qui l'attaque, mais à l'énergie de son propre sentiment juridique, à la force morale avec laquelle il a l'habitude de se défendre lui-même. Aussi est-il éternellement vrai de dire que le rang politique d'un peuple, à l'intérieur et à l'extérieur, correspond toujours à sa force morale. L'empire du milieu avec ses coups de bambous et de verges pour les adultes, n'occupera jamais aux yeux des nations étrangères, malgré ses centaines de millions d'habitants, le rang honoré qu'occupe dans le concert des nations le petit pays de la Suisse. Le naturel des Suisses n'est rien moins qu'idéal, dans le sens de l'art et de la poésie; il est calme, pratique comme celui des Romains. Mais dans le sens où j'ai pris le mot idéal en parlant du droit, il s'applique aussi bien au Suisse qu'à l'Anglais.

Cet idéalisme du sentiment juridique sain minerait sa propre base si l'homme se bornait à défendre exclusivement son propre droit sans prendre part au maintien du droit et de l'ordre. Il sait qu'en défendant son droit, il défend le droit en général, mais il sait aussi qu'en luttant pour le droit en général, il lutte pour son droit personnel. Là où domine cette manière de voir, ce sens profond de la stricte

l'égalité, on cherchera vainement à rencontrer le phénomène affligeant que l'on rencontre si souvent ailleurs et qui fait que lorsque l'autorité poursuit ou veut faire punir les délinquants ou les violateurs de la loi, la masse du peuple prend le parti de ces derniers et regarde le pouvoir public comme l'adversaire naturel du peuple. Chacun sait là que la cause du droit est sa propre cause; le criminel seul sympathise avec le criminel; l'honnête homme au contraire tend avec empressement une main secourable à la police et à l'autorité.

Il est à peine besoin que je formule la conclusion que je déduis de tout ce qui précède. Elle se résume en cette simple proposition : l'État qui veut être estimé au dehors, tout en étant solide et inébranlable au dedans, n'a pas de bien plus précieux à préserver et à cultiver dans la nation que le sentiment du droit. Ce soin est un des devoirs les plus élevés et les plus importants de la pédagogie politique. Dans la santé, dans l'énergie du sentiment juridique de chaque citoyen, l'État possède la source la plus féconde de force pour lui-même, la garantie la plus sûre de sa propre durée à l'intérieur comme à l'extérieur. Le sentiment juridique est la racine de l'arbre tout entier; si la racine ne vaut rien, si elle se dessèche dans les roches ou dans le sable aride, tout

le reste n'est qu'un mirage. Vienne une tempête, et tout l'arbre sera déraciné. Mais la tige et la cime ont cet avantage qu'on les voit, tandis que les racines s'enfoncent dans le sol et se cachent aux regards. L'influence dissolvante qu'exercent sur la force morale du peuple les lois injustes et les mauvaises institutions juridiques se manifeste sous la terre, dans ces régions que tant de dilettantes de la politique ne jugent pas dignes de leur attention. Pour eux, il ne s'agit que de la cime superbe; ils n'ont aucun soupçon du poison qui, de la racine, remonte dans la couronne. Mais le despotisme sait bien où il doit frapper pour faire tomber l'arbre; il n'a garde de toucher tout d'abord à la cime, et il va droit aux racines. Le despotisme a commencé partout par des atteintes au droit privé, par des violences envers les individus. Dès qu'il a fini son œuvre de ce côté, l'arbre s'écroute de lui-même. C'est donc là avant tout qu'il faut lui résister, et les Romains savaient bien ce qu'ils faisaient lorsqu'ils profitèrent d'un attentat à la pudeur et à l'honneur d'une femme pour mettre fin à la royauté et au décemvirat. Pour tuer dans un peuple tout sentiment viril et toute force morale, pour assurer au despotisme une victoire sans résistance, Machiavel n'aurait pu trouver mieux que de détruire chez les paysans le sentiment de la liberté

personnelle, en les écrasant de charges et de corvées, de placer l'habitant des villes sous la tutelle de la police, de soumettre l'autorisation de voyager à la production d'un passe-port, de répartir les impôts au gré du caprice et de la faveur. On ne réfléchit pas, il est vrai, que la porte par laquelle entrent le despotisme et l'arbitraire est également ouverte pour l'ennemi étranger, et c'est seulement lorsqu'il est là que les sages reconnaissent, mais trop tard, que la force morale et le sentiment juridique du peuple auraient pu former contre l'ennemi étranger le rempart le plus efficace. La Lorraine et l'Alsace furent perdues pour l'empire allemand à l'époque où les paysans et les bourgeois étaient l'objet de l'arbitraire féodal et absolutiste; — comment leurs habitants et leurs frères de l'empire auraient-ils pu s'émouvoir pour l'empire quand ils avaient désappris de s'émouvoir pour eux-mêmes?

Mais c'est notre propre faute si nous ne comprenons les leçons de l'histoire que lorsqu'il est trop tard; il ne tient pas à elle que nous ne les apprenions à temps, car elle nous les prêche en tout temps, à haute et intelligible voix. La force d'un peuple répond à celle de son sentiment juridique. (Cultiver le sentiment du droit dans la nation, c'est donc cultiver la santé et la force de l'État. Par cette

culture je n'entends point, bien entendu, la culture théorique de l'école et de l'enseignement, mais la réalisation pratique des principes de la justice dans tous les rapports de la vie. Le mécanisme extérieur du droit ne suffit pas à lui seul. Il se peut qu'il soit organisé et manœuvré avec tant de perfection que l'ordre le plus complet règne et que cependant la nécessité ci-dessus soit méconnue de la manière la plus éclatante. C'étaient également la loi et l'ordre que la servitude de la glèbe, la taxe des juifs et tant d'autres institutions d'un temps passé qui étaient en profonde contradiction avec les exigences d'un sentiment juridique énergique et sain, et par lesquelles l'État se nuisait peut-être plus à lui-même qu'aux bourgeois, aux paysans, aux juifs sur lesquels elles pesaient en première ligne. Fixité, clarté, précision du droit matériel, abolition de toutes les règles contre lesquelles doit se heurter un sentiment juridique sain, et cela dans toutes les sphères du droit, non seulement du droit privé, mais de la police, de l'administration, des lois financières; indépendance des tribunaux, organisation aussi parfaite que possible de la procédure; — telle est la voie prescrite à l'État pour amener à son complet développement le sentiment juridique de ses membres et par cela même sa propre force. — Toute disposition injuste, toute

institution mauvaise et reconnue comme telle par le peuple porte atteinte au sentiment juridique de la nation et par cela même à la force nationale. C'est une offense contre l'idée du droit, qui retombe sur l'État lui-même et que souvent il doit payer cher et avec usure. On a vu de pareilles fautes lui coûter une province ! Je n'ai garde de soutenir que ces considérations d'opportunité seules doivent engager l'État à éviter ces fautes ; je pense au contraire que le premier et le plus sacré de ses devoirs est de réaliser cette idée pour elle-même ; mais c'est là, peut-être, de l'idéalisme doctrinaire et je ne veux point blâmer les politiciens pratiques et les hommes d'État lorsqu'ils repoussent pareille exigence en haussant les épaules. Aussi est-ce précisément pour cela que je leur ai montré le côté pratique de la question qu'ils sont à même de comprendre parfaitement. L'idée du droit et l'intérêt de l'État marchent ici la main dans la main. Quelque sain que soit le sentiment juridique, il ne résiste pas à un droit corrompu ; il s'émousse, s'étiole et périt. C'est que l'essence du droit, comme nous l'avons déjà souvent répété, consiste dans l'action. L'action libre est pour le sentiment juridique ce que l'air libre est pour la flamme : la lui retrancher ou la troubler, c'est l'étouffer lui-même.

---

Je pourrais terminer ici cet écrit, car mon sujet est épuisé. Le lecteur, néanmoins, me permettra de réclamer encore son attention pour une question qui est intimement liée à cette matière.

Jusqu'à quel point notre droit actuel, ou pour parler plus exactement, le droit romain actuel, le seul que je me sente capable de juger, répond-il aux exigences que j'ai développées dans les pages qui précèdent? Je n'hésite pas à dire de la manière la plus catégorique qu'il n'y satisfait point. Il reste bien loin des exigences légitimes d'un sentiment juridique sain, non point parce que par ci par là il n'a pas frappé juste, mais parce que, dans tout son ensemble, il est dominé par une manière de voir diamétralement contraire à ce qui précisément, d'après mes explications précédentes, forme l'essence du sentiment juridique sain; — j'entends par là cet idéalisme qui dans la lésion du droit ne voit pas seulement une atteinte à la chose mais à la personne elle-même. Notre droit commun ne donne pas le moindre soutien à cet idéalisme; la mesure à laquelle il réduit toutes les lésions du droit, à l'exception de la lésion de l'honneur, est exclusivement celle de la valeur matérielle. Le vulgaire et plat matérialisme y est arrivé à son expression la plus complète.

Mais le droit doit-il donc, lorsqu'il s'agit du tien et du mien, garantir au lésé autre chose que l'objet du litige ou sa valeur?(1) Si cela était juste, on pourrait aussi laisser aller le voleur, lorsqu'il a rendu l'objet volé. Mais le voleur, objecte-t-on, ne s'attaque pas seulement à la personne qu'il a lésée; il contre-vient aussi aux lois de l'État, à l'ordre juridique, à la loi morale. Ne faut-il pas en dire autant du débiteur qui conteste sciemment le prêt, du vendeur, du bailleur qui brise le contrat, du mandataire qui abuse, pour me tromper, de la confiance que j'ai placée en lui? Est-ce donner satisfaction à mon sentiment juridique lésé que de ne m'accorder après une longue lutte que ce qui me revenait dès le principe? Faisons même abstraction complète de ce désir de satisfaction que je n'hésite pas à déclarer absolument légitime, quel bouleversement de l'équilibre naturel entre les deux parties! Le danger dont les menace l'issue *défavorable* du procès, consiste pour l'une à perdre ce qui est à elle, et pour l'autre seulement à devoir rendre ce qu'elle retenait injustement. L'avantage que leur promet l'issue *favorable* consiste pour l'une à ne rien perdre et pour l'autre à s'enrichir aux dépens de son

---

(1) Je le pensais autrefois. V. La faute en droit privé (éd. fr.) p. 75. Si je pense autrement à cette heure, c'est grâce aux longues méditations que j'ai consacrées au sujet de cet écrit.

adversaire. N'est-ce pas là tout uniment encourager le mensonge le plus éhonté et donner une prime à la déloyauté? Je ne fais pourtant ici que caractériser en réalité, notre droit actuel.

Pouvons-nous en faire remonter la responsabilité au droit romain?

Je distingue sous ce rapport, trois phases du développement de ce droit : celle du droit ancien où le sentiment juridique, sans mesure dans sa véhémence, n'était pas encore parvenu à se maîtriser lui-même, celle du droit intermédiaire où son énergie était mesurée, et enfin celle de la fin de l'Empire et spécialement du droit de Justinien où il s'était affaibli et étioilé.

J'ai fait et publié antérieurement des recherches sur l'état des choses dans cette phase primitive<sup>(1)</sup>; j'en résume brièvement ici les conclusions. Le sentiment juridique irritable de l'époque ancienne considère toute lésion ou contestation du droit propre comme une injustice subjective, sans tenir compte de l'innocence ou du degré de culpabilité de l'adversaire. Il réclame la même satisfaction de l'innocent et du coupable. Celui qui conteste la dette évidente (*nexum*) ou le dommage qu'il a causé

---

(1) V. l'ouvrage cité à la note précédente p. 11 à 22.

à la chose de l'adversaire paie le double s'il succombe; celui qui, dans l'instance en revendication, a perçu les fruits, comme possesseur, doit en restituer le double, sans préjudice à la perte du *sacramentum* qu'il encourt pour avoir succombé sur le principal. Le demandeur encourt la même peine lorsqu'il perd son procès, car il a réclamé le bien d'autrui. S'il s'est trompé, si peu que ce soit, sur le montant de la dette, pour le reste absolument certaine, il perd son procès pour le tout<sup>(1)</sup>.

Plus d'une de ces institutions et de ces règles du droit ancien a passé dans le droit nouveau, mais les créations particulières de celui-ci respirent un tout autre esprit<sup>(2)</sup>. On peut le caractériser, en somme, comme l'établissement et l'application de la mesure de la *faute* à toutes les relations du droit privé. L'injustice objective et l'injustice subjective sont rigoureusement séparées; la première entraîne seulement la simple restitution de l'objet dû; la seconde entraîne en outre une peine, tantôt une peine pécuniaire, tantôt l'infamie, et cette application mesurée des peines est précisément une des idées les

---

(1) V. d'autres exemples loc. cit. p. 16.

(2) V. sur ce point la seconde partie de l'ouvrage cité p. 24 ss.

plus saines du droit romain de l'époque intermédiaire. Qu'un dépositaire qui avait eu la déloyauté de dénier ou de retenir le dépôt, que le mandataire ou le tuteur qui avait exploité sa mission de confiance à son propre profit ou sciemment négligé son devoir, pût s'en tirer au moyen de la seule restitution de la chose ou du simple paiement du dommage, c'était ce que le Romain ne pouvait comprendre ; il voulait en outre qu'ils fussent punis, d'abord pour donner satisfaction au sentiment juridique lésé et ensuite dans le but de détourner les autres de pareils actes. Parmi les peines que l'on appliquait se trouvait en première ligne l'infamie. C'était dans les relations romaines une des peines les plus sévères que l'on pût concevoir, car outre la proscription sociale qu'elle amenait, elle entraînait après elle la perte de tous les droits du citoyen, la mort politique. On l'appliquait dans tous les cas où la violation du droit avait un caractère particulier de déloyauté. Venaient ensuite les peines pécuniaires dont on faisait un usage incomparablement plus étendu que de nos jours. Pour celui qui, pour une cause injuste, se laissait attirer en justice, ou intentait lui-même un procès, il y avait tout un arsenal d'épouvantails de ce genre ; ces peines consistaient d'abord en des fractions de la valeur de l'objet en litige ( $\frac{1}{10}$ ,  $\frac{1}{5}$ ,  $\frac{1}{4}$ ,  $\frac{1}{3}$ ), puis elles s'élevaient

jusqu'au double de cette valeur et s'étendaient même, dans les circonstances où il n'y avait pas d'autre moyen de briser l'obstination de l'adversaire, d'une manière illimitée, c'est-à-dire jusqu'au chiffre que le demandeur jugeait bon de fixer par serment. Il y avait spécialement deux institutions de la procédure qui mettaient le défendeur dans l'alternative ou bien de renoncer, sans autres suites préjudiciables, à son audace, ou de s'exposer au danger d'être jugé coupable d'une violation intentionnelle de la loi et d'être puni comme tel; c'étaient les interdits prohibitifs du Préteur, et les *actiones arbitrariæ*. S'il ne donnait aucune suite à l'ordre que lui adressait le magistrat ou le juge, il y avait désobéissance, rébellion; ce n'était plus désormais le droit du demandeur qui était seul en question, mais en même temps la loi, dans l'autorité de ses représentants, et le mépris de celle-ci s'expiait par des peines pécuniaires qui profitaient au demandeur.

Le but de toutes ces peines était le même que celui de la peine du droit criminel. C'était d'abord le but purement pratique d'assurer les intérêts de la vie privée, même contre les lésions qui ne constituent point des délits, et ensuite le but moral de donner satisfaction au sentiment juridique lésé, de restaurer l'autorité méprisée de la loi. L'argent n'était donc

pas le but, mais seulement le moyen d'atteindre le but(1).

A mes yeux cet état des choses dans le droit romain de l'époque intermédiaire est digne d'être pris pour modèle. Egalement éloigné du parti extrême du droit ancien qui mettait sur la même ligne l'injustice objective et l'injustice subjective, et du parti extrême de notre droit actuel qui, dans la procédure civile, a refoulé l'injustice subjective entièrement au niveau de l'injustice objective, il donnait pleine satisfaction aux légitimes exigences d'un sentiment juridique sain, non seulement en tenant strictement séparées les deux espèces d'injustice, mais encore en s'entendant avec l'intelligence la plus fine à distinguer dans le cadre de l'injustice subjective

---

(1) Cela est accentué avec une netteté particulière dans les actions connues sous le nom de *vindictam spirantes*. L'idée que dans ces actions il ne s'agit pas d'argent et de biens matériels mais d'une satisfaction du sentiment lésé du droit et de la personnalité (*magis vindictæ, quam pecuniæ habet rationem*, L. 2 § 4 de coll. bon. 57-6) y est poursuivie dans toutes ses conséquences. C'est pour cela qu'elles sont refusées aux héritiers, qu'elles ne peuvent point être cédées et qu'en cas de faillite elles ne peuvent être intentées par les créanciers de la masse; c'est pour cela qu'elles s'éteignent dans un délai relativement court, et qu'elles n'ont pas lieu lorsqu'il est établi que le lésé n'a pas ressenti l'injustice qu'on lui a faite (*ad animum suum non revocaverit*, L. 11 § 1 de injur. 47-10).

toutes les nuances possibles quant à la forme, au genre, à la gravité de la lésion.

Abordant maintenant la dernière phase du développement du droit romain, telle qu'elle a trouvé sa conclusion dans la compilation de Justinien, je ne puis m'empêcher de remarquer combien l'hérédité est importante pour la vie des peuples comme pour celle des particuliers. Qu'aurait été le droit de cette époque moralement et politiquement déchue si elle avait dû le créer elle-même ! De même que tant d'héritiers vivent de la richesse de leurs auteurs parce que, de leurs propres forces, ils pourraient à peine subvenir aux besoins de leur vie, de même une race épuisée et déchue subsiste encore longtemps du capital intellectuel de l'époque énergique qui l'a précédée. J'entends dire non seulement qu'elle jouit sans peine personnelle des fruits du travail d'autrui, mais surtout que les œuvres, les créations, les institutions du passé peuvent conserver pendant un certain temps, et raviver même, l'esprit qui a présidé à leur naissance. Il y a en elles une réserve de force comprimée que le contact transforme de nouveau en force vive. C'est ainsi que le droit privé de la république, dans lequel s'était reflété le robuste et énergique sentiment juridique de l'ancien peuple de Rome a pu fournir pendant quelque temps encore à l'époque

impériale une source vivifiante et rafraîchissante. Ce fut, dans la vaste solitude du monde de l'époque postérieure, l'oasis où jaillissait la seule source pure qui existât encore. Mais nulle vie indépendante ne pouvait résister longtemps au brûlant simoun du despotisme et le droit privé seul ne pouvait retenir et conjurer un esprit qui était proscrit partout ailleurs. Il céda, lui aussi, bien qu'après tous les autres, à l'esprit de l'époque nouvelle. Il a une étrange physionomie, cet esprit de l'époque nouvelle ! On s'attendrait à trouver en lui les traits du despotisme : la rigueur, la dureté, l'inhumanité ; eh bien, non, l'expression de sa physionomie est précisément le contraire ; elle ne respire que la douceur et l'humanité. Mais cette douceur est elle-même du despotisme ; car ce qu'elle donne à l'un, elle l'a enlevé à un autre. C'est la douceur de l'arbitraire et du caprice et non celle du caractère ; c'est le trouble de la violence cherchant à réparer l'injustice qu'elle a commise en en commettant une autre. Ce n'est pas ici le lieu d'énumérer toutes les preuves de cette assertion<sup>(1)</sup> ; il suffit, me semble-t-il, que j'attire l'attention sur un seul trait

---

(1) Telle est entre autres l'abolition des peines les plus graves de la procédure (l. c. p. 66) ; — la saine rigueur de l'époque ancienne déplaisait à la molle faiblesse de l'époque postérieure.

de caractère particulièrement significatif et abondant en preuves historiques; je veux parler de la douceur et de l'indulgence montrées au débiteur aux dépens du créancier<sup>(1)</sup>. Je crois que l'on peut établir en thèse

---

(1) On en trouve de nombreux exemples dans les dispositions de Justinien. Il donne aux cautions le bénéfice d'ordre, aux débiteurs solidaires l'exception de division; il établit pour la vente de la chose hypothéquée le délai absurde de deux ans depuis la dénonciation, et accorde encore au débiteur, après l'adjudication de la chose hypothéquée, un nouveau délai de deux ans pour la racheter. Il lui réserve même après l'expiration de ce délai un droit à la plus value de la chose vendue par le créancier. Je citerai encore, à titre d'exemples, l'extension exagérée du droit de compensation, la *datio in solutum* et le privilège de l'Eglise en cette matière, la réduction au double des demandes d'intérêts dans les rapports contractuels, l'extension absurde de la prohibition des *usuræ supra alterum tantum*, la position de pacha accordée à l'héritier bénéficiaire par rapport au paiement des dettes. Le sursis imposé par résolution de la majorité des créanciers, qui émane également de Justinien, avait déjà fourni le digne modèle des lettres moratoires qui ne firent leur apparition que sous Constantin, et ce dernier doit également laisser à ses prédécesseurs à l'Empire le mérite de l'invention de la *querela non numeratæ pecuniæ*, de la *cautio indiscreta* et de la *Lex Anastasiana*, tandis que la gloire d'avoir le premier sur le trône reconnu dans toute sa prétendue inhumanité la contrainte par corps et de l'avoir bannie au nom de l'humanité revient à Napoléon III. Celui-ci, il est vrai, ne s'est pas ému de la guillotine sèche de Cayenne, pas plus que les derniers empereurs romains ne se sont émus de préparer aux enfants innocents des coupables de haute trahison un sort qu'ils caractérisent eux-mêmes en disant : *ut his perpetuam egestatem sordentibus sit et mors solatium et vita supplicium* (L. 5, Cod. ad. Leg. Jul. maj. 9. 8); — le contraste de leur humanité envers les débiteurs n'en est que plus beau! Il n'est pas de manière plus commode de satisfaire l'humanité que

générale que c'est le signe d'une époque affaiblie que de sympathiser avec les débiteurs. Elle-même appelle cela de l'humanité. Une époque forte soigne avant tout pour que le créancier obtienne son droit, et elle ne craint pas même la rigueur contre les débiteurs, lorsqu'elle est nécessaire pour maintenir la sûreté des relations, la confiance et le crédit.

Venons-en enfin à notre droit romain actuel. Je devrais presque regretter d'en avoir fait mention, car je me suis exposé à porter sur lui un jugement que je ne pourrai, à cette place, justifier comme je le désirerais. Je ne veux pas cependant laisser de dire au moins ce jugement<sup>(1)</sup>.

Pour le résumer en quelques mots, je place le caractère particulier de toute l'histoire et de l'autorité du droit romain moderne dans la prépondérance particulière, rendue nécessaire jusqu'à un certain point par les relations elles-mêmes, de l'érudition pure sur

---

de le faire aux dépens d'autrui. L'hypothèque privilégiée que Justinien accorda à la femme mariée provenait de cette même aspiration humaine de son cœur dont il ne peut s'empêcher de se féliciter lui-même à chaque accès nouveau; mais c'était l'humanité de St-Crépin qui volait du cuir aux riches pour en faire des chaussures pour les pauvres.

(1) Je prie le lecteur français de ne point perdre de vue qu'il s'agit ici du droit commun de l'Allemagne.

(Note du trad.).

tous les facteurs qui, ailleurs, déterminent la formation et le développement du droit : le sentiment juridique national, la pratique, la législation. C'est un droit étranger, écrit en une langue étrangère, introduit par les savants qui peuvent seuls le comprendre parfaitement et exposé d'avance à l'opposition et aux variations de deux intérêts complètement différents de nature et souvent contradictoires entre eux : la science historique pure et l'application pratique et progressive du droit. La pratique est dépourvue de la force nécessaire pour dominer complètement la matière. Elle reste condamnée par conséquent à une éternelle dépendance vis-à-vis de la théorie, autant dire à la minorité. De là vient que le particularisme l'emporte, dans la jurisprudence et dans la législation, sur les timides et faibles essais que l'on fait pour arriver à la centralisation. Faut-il s'étonner qu'entre le sentiment juridique national et un pareil droit se soit produit un vide béant ; que le peuple n'ait point compris son droit ; que le droit n'ait point compris le peuple ? Des institutions et des règles qui ont été compréhensibles à Rome, avec les relations et les usages d'alors, sont devenues ici une véritable malédiction par la disparition complète des circonstances que les rendaient nécessaires, et jamais, depuis que le monde existe, une jurispru-

dence ne peut avoir autant que celle-ci ébranlé dans le peuple la foi et la confiance dans le droit. Que doit dire la simple et saine raison de l'homme du monde lorsqu'il comparait devant le juge avec l'écrit dans lequel son adversaire reconnaît lui devoir cent francs et que le juge déclare cet écrit non obligatoire comme constituant une *cautio indiscreta*? que doit-il dire en apprenant que la reconnaissance qui dit expressément que la dette a pour cause un prêt n'a point de force probante avant l'expiration d'un délai de deux ans?

Mais je ne veux point me jeter dans les détails ; nous n'en finirions pas. Je me bornerai plutôt à signaler deux aberrations, — car je ne puis y donner d'autre nom — de notre jurisprudence du droit commun, qui tiennent aux principes mêmes et qui renferment en eux une véritable semence d'injustices.

La première consiste en ce que la jurisprudence moderne a tout à fait oublié l'idée très simple que j'ai développée, et qui se résume en disant que dans une lésion du droit il ne s'agit pas seulement de la valeur pécuniaire, mais d'une satisfaction à rendre au sentiment juridique lésé. Notre jurisprudence n'a d'autre mesure que celle d'un vulgaire et plat matérialisme ; elle ne connaît que le pur intérêt pécuniaire. Je me souviens avoir entendu parler d'un juge qui, en

présence de la minime valeur du litige et pour être débarrassé d'un procès difficile avait offert paiement de sa propre poche au demandeur. Il s'indigna vivement de ce que celui-ci refusât ses offres. Cet homme de droit ne pouvait se mettre en tête que pour le demandeur il s'agissait de son droit et non pas de son argent, et nous ne lui en ferons pas un grave reproche, car il pouvait renvoyer ce reproche à la science. La condamnation pécuniaire qui, dans les mains du juge romain, offrait le moyen le plus efficace de rendre justice à l'intérêt idéal qu'on avait lésé<sup>(1)</sup>, s'est transformée, sous l'influence de notre théorie moderne des preuves, en un des plus vains palliatifs dont se soit jamais servie la justice pour essayer de refréner l'injustice. On exige du demandeur qu'il démontre jusqu'au dernier centime son intérêt pécuniaire. Que l'on juge donc ce que devient la protection du droit lorsqu'il n'existe point d'intérêt pécuniaire. Le bailleur interdit au locataire l'accès du jardin dont il a, selon son contrat, la jouissance commune ; qu'il essaie donc de prouver

---

(1) Ce point a été développé par JHERING, dans une consultation reproduite dans ses *Jahrbücher*, T. 18, p. 1. C'est ainsi également que les tribunaux français font usage des condamnations pécuniaires avec un tact parfait qui fait contraste avec la manière absolument fautive des tribunaux allemands.

la valeur pécuniaire de quelques heures passées dans un jardin ! Ou bien le bailleur loue à un autre avant que le locataire prenne possession, et celui-ci doit, avant de trouver une autre demeure, se contenter pendant toute une année, du plus misérable abri. L'hôtelier refuse de recevoir le voyageur auquel il a télégraphiquement promis une chambre, et ce dernier doit errer pendant des heures au milieu de la nuit pour trouver un modeste refuge. Que l'on réduise donc cela en argent ou plutôt que l'on essaie de voir ce que le tribunal allouera de ce chef ! Rien du tout, en Allemagne, car le juge allemand ne peut passer sur ce scrupule théorique que des désagrémens, si grands qu'ils soient, ne peuvent être évalués en argent, tandis que cela ne cause pas le moindre scrupule au juge français. Un professeur privé qui a accepté un engagement dans une institution privée, trouve ensuite une place plus avantageuse ; il brise son contrat et on ne peut se procurer immédiatement quelqu'un pour le remplacer. Que l'on essaie d'évaluer en argent la circonstance que pendant plusieurs semaines ou quelques mois peut-être, les élèves ont été privés de leçons de français ou de dessin, ou bien le dommage pécuniaire du directeur de l'école ! Une cuisinière quitte sans

BIBLIOTECA MUNICIPAL  
raison son service, et comme on ne peut la rem-

"ORIGENES LESSA"

Tombo N.º 33.9721

MUSEU LITERÁRIO

placer dans la localité, ses maîtres se trouvent dans le plus grand embarras. Que l'on démontre donc la valeur pécuniaire de cet embarras ! Dans tous ces cas, on est complètement sans aide d'après le droit commun, car l'aide offerte à l'intéressé suppose une preuve que régulièrement il ne pourra point fournir. Et quand même elle pourrait être facilement fournie, la seule valeur pécuniaire ne suffirait point pour réparer efficacement l'injustice soufferte. Il s'agit donc d'un état de franche absence du droit. Ce qui est accablant et blessant dans cet état de choses, ce n'est pas l'embarras dans lequel on se trouve ainsi placé, mais c'est le sentiment amer que le bon droit peut être foulé aux pieds sans qu'il y ait moyen d'y remédier.

On ne peut rendre le droit romain responsable de cette lacune, car bien qu'il ait toujours tenu au principe que le jugement final ne peut être conçu qu'en argent, il a cependant su faire de la condamnation pécuniaire un usage tel que non-seulement l'intérêt pécuniaire, mais aussi tous les autres intérêts légitimes y trouvaient une protection efficace. La condamnation pécuniaire était le moyen de pression qu'employait le juge civil pour assurer l'observation de ses ordonnances. Le défendeur qui se refusait à faire ce que le juge lui imposait, n'en

était pas quitte en payant simplement la valeur pécuniaire de la prestation imposée. La condamnation pécuniaire prenait ici le caractère d'une peine, et c'est précisément ce résultat du procès qui procurait au demandeur une chose qui, selon les circonstances, lui importait infiniment plus que l'argent, savoir la *satisfaction morale pour la lésion frivole du droit*. Cette idée de satisfaction est complètement étrangère à la théorie moderne du droit romain; celle-ci ne la comprend point; elle ne connaît pas autre chose que la valeur pécuniaire de la prestation inexécutée.

A cette insensibilité de notre droit actuel pour l'intérêt idéal de la lésion du droit se rattache aussi l'abolition par la pratique moderne des peines privées du droit romain. Plus d'infamie, chez nous, pour le dépositaire ou le mandataire infidèle; la plus grande coquinerie, pourvu qu'elle sache adroitement éviter le code pénal, s'en tire aujourd'hui complètement libre et sans peine<sup>(1)</sup>. On voit certes

---

(1) Que l'on se rappelle que je parle du droit romain actuel (p. 96). Si j'insiste ici sur ce point, c'est parce que je me suis vu faire le reproche d'avoir oublié en cette circonstance le code pénal de l'empire allemand, § 246 et 266. Le critique avait déjà oublié, au bout de cinq pages, que je fais un examen critique du *droit romain actuel*.

encore figurer dans les livres, les peines pécuniaires et les peines de la dénégation sans base, mais c'est à peine si on les rencontre dans la jurisprudence. Or, qu'est-ce à dire? Uniquement que chez nous l'injustice subjective a été refoulée au niveau de l'injustice objective. Entre le débiteur qui dénie impudemment le prêt qui lui a été fait, et l'héritier qui le fait *bona fide*, entre le mandataire qui m'a trompé et celui qui a seulement fait erreur, bref entre la violation intentionnelle et sans base du droit et l'ignorance ou l'erreur, notre droit actuel ne connaît plus de différence. C'est partout le simple intérêt pécuniaire qui est le pivot du procès. L'idée que dans le droit privé comme dans le droit criminel, la balance de Thémis doit peser *l'injustice* et non *l'argent* seulement, est si éloignée de la conception de nos juristes actuels que lorsque j'essaie de l'exprimer, je dois m'attendre à me voir objecter que c'est en cela précisément que consiste la différence entre le droit criminel et le droit privé. Cela est vrai pour le droit *actuel*, et j'ajoute : malheureusement; mais pour le droit en soi? Je le conteste formellement, car il restera toujours à me prouver qu'il y a un seul domaine du droit dans lequel l'idée de la justice ne peut point se réaliser dans sa complète étendue. Or l'idée de la justice

est inséparable de la réalisation de l'idée de responsabilité.

La deuxième des aberrations, devenues vraiment funestes, de la jurisprudence moderne, consiste dans la théorie établie par elle sur les preuves<sup>(1)</sup>. Il semblerait que cette théorie a été inventée dans l'unique but d'éluder le droit. Si tous les débiteurs de la terre s'étaient conjurés pour déjouer le droit de leurs créanciers, ils n'auraient pu inventer un moyen plus efficace dans ce but, que celui que notre jurisprudence a puisé dans cette théorie des preuves. Nul mathématicien ne peut établir une méthode de preuve plus exacte que celle qu'applique notre jurisprudence. Elle atteint le comble de l'absurdité dans les procès en dommages-intérêts. L'affreux abus, pour me servir des paroles d'un juriste romain<sup>(1)</sup> que l'on fait ici du droit lui-même en se couvrant en apparence de l'autorité du droit, et le bienfaisant contraste que fait avec cela l'intelli-

---

(1) Que l'on se rappelle que les explications qui suivent se rapportent à la procédure du droit commun qui existait encore à l'époque où cet écrit a vu le jour (1872) et dont nous n'avons été débarrassés que par l'ordonnance sur la procédure civile pour l'empire allemand (en vigueur depuis le 1 oct. 1879).

(1) Paul, dans la L. 91 § 5 (45-1)... *in quo genere plerumque sub autoritate juris scientiæ perniciose erratur*; le juriste avait ici en vue une autre aberration.

gente jurisprudence des tribunaux français a été, dans plusieurs ouvrages récents, dépeint d'une manière si piquante, que je puis m'abstenir d'insister, mais je ne puis m'empêcher de dire : Malheur au demandeur dans une pareille procédure, et bonne chance au défendeur !

Ce cri, je pourrais presque, pour résumer tout ce qui précède, le donner comme la devise de notre jurisprudence et de notre pratique modernes. Elles ont vaillamment avancé dans la voie inaugurée par Justinien. C'est au débiteur et non point au créancier, qu'elles croient devoir s'intéresser ; plutôt faire ouvertement injustice à cent créanciers que de courir le risque d'être trop rigoureux pour un seul débiteur.

L'homme étranger au droit aura peine à croire que cette absence partielle du droit que nous devons à la fausse doctrine des théoriciens du droit civil et de la procédure fût encore susceptible d'une aggravation, et cependant elle est encore dépassée par une aberration de certains criminalistes anciens que l'on peut désigner franchement comme un attentat contre l'idée du droit et comme la plus affreuse offense contre le sentiment juridique qui ait jamais été commise par la science. Je veux parler de la honteuse restriction du droit de légitime défense, de ce droit

primordial de l'homme qui, comme dit Cicéron, est une loi de la nature même, innée dans l'homme, et dont les juristes romains avaient la naïveté de croire qu'aucun droit au monde ne pouvait la méconnaître. (*Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt.*) Dans les siècles derniers, et même dans notre siècle encore, ils auraient pu se convaincre du contraire. En principe, il est vrai, les savants ont reconnu ce droit, mais animés de la même sympathie pour le délinquant, que les auteurs du droit civil et de la procédure pour le débiteur, ils ont cherché, dans l'application, à le restreindre et à le rogner de telle manière que dans la plupart des cas le délinquant était protégé, tandis que sa victime était sans protection. Quel abîme de décadence du sentiment de la personnalité, de faiblesse efféminée, d'abâtardissement et d'étiollement du simple et sain sentiment juridique, lorsqu'on descend dans la littérature de cette doctrine<sup>(1)</sup>; — on croirait presque être transporté dans une société de castrats moraux! L'homme que menace un danger ou une offense à l'honneur doit se retirer, fuir<sup>(2)</sup>; — c'est donc un devoir juridique de

---

(1) Elle se trouve rassemblée dans l'ouvrage de K. LEVITA, *Das Recht der Nothwehr*. Giessen, 1856, p. 138 et s.

(2) LEVITA, l. c., p. 237.

laisser le champ libre à l'injustice. Les savants n'étaient en désaccord que sur un seul point, celui de savoir si les officiers, les nobles et les personnes de haut rang devaient également fuir<sup>(1)</sup>. Un pauvre soldat s'était retiré deux fois en conformité de ces indications, mais poursuivi une troisième fois par son ennemi, il se mit en défense et le tua. Il fut passé par les armes « pour lui donner à lui-même une « leçon efficace et pour offrir aux autres un exemple « salulaire. »

Il doit être permis, dit-on, à des personnes de très haut rang ou de haute naissance, comme aussi aux officiers d'opposer une légitime défense modérée pour défendre leur honneur<sup>(2)</sup>; mais, ajoute immédiatement un autre, ils ne doivent pas aller jusqu'à la mort de leur adversaire pour une simple injure verbale. Quant aux autres personnes, et même aux fonctionnaires publics, on ne peut leur en accorder autant. Aux fonctionnaires de la justice civile on se contente de dire que « simples gens de loi, ils n'ont « d'autre droit que les lois du pays et qu'ils n'ont pas « d'autres réclamations à faire. » Le sort des marchands est encore plus fâcheux. « Les marchands,

---

(1) LEVITA, l. c., p. 240.

(2) *Ib.*, p. 205 et 206.

« dit-on, même les plus riches, ne font point  
« exception; leur honneur est leur crédit; ils n'ont  
« de l'honneur qu'aussi longtemps qu'ils ont de  
« l'argent; ils peuvent donc, sans danger, perdre  
« leur honneur et leur réputation, souffrir d'être  
« affublés de sobriquets injurieux et lorsqu'ils appar-  
« tiennent à la classe la plus basse, souffrir qu'on leur  
« applique un léger soufflet ou quelques chiquenaudes  
« peu douloureuses. » Si le malheureux transgresseur  
de la loi est un paysan ordinaire ou un juif, on doit lui  
appliquer la peine ordinaire comminée contre ceux  
qui se défendent eux-mêmes tandis que les autres ne  
doivent être punis qu'aussi légèrement que possible.

Ce qui est surtout édifiant, c'est la manière dont  
on a cherché à exclure la légitime défense dans le  
but de défendre la propriété. La propriété, pensaient  
les uns, est aussi bien que l'honneur un bien répa-  
rable; elle est garantie par la *reivindicatio* comme  
l'honneur l'est par *l'actio injuriarum*. Mais si le  
voleur a pris la clef des champs en emportant la  
chose et si l'on ne sait qui il est ni où il se trouve?  
On répond imperturbablement : le propriétaire con-  
serve toujours *de jure*, la revendication, « et si cette  
« action n'aboutit point dans un cas particulier, ce  
« n'est que par suite de circonstances fortuites abso-  
« lument indépendantes de la nature du droit de

« propriété lui-même<sup>(1)</sup>. » Telle est la consolation offerte à celui qui doit livrer sans résistance toute la fortune, composée de valeurs mobilières, qu'il porte sur lui; il conserve toujours la propriété et la *reivindicatio*, le brigand n'a que la possession de *fait* ! Cela rappelle le volé qui se consolait en pensant que le voleur n'avait pas en main les instructions sur la manière de se servir de l'objet volé. D'autres, poussés par la nécessité, dans les cas où il s'agit d'une valeur *considérable*, permettent l'usage de la violence, mais ils font un devoir à celui qui est attaqué de peser très exactement, et malgré la plus violente émotion, combien il faut de force pour repousser l'attaque. S'il brise inutilement le crâne à l'agresseur, quand celui qui aurait pu d'avance rechercher exactement la dureté de ce crâne et s'exercer convenablement à frapper juste, aurait pu le mettre hors d'état de nuire par un coup moins violent, il est responsable. Pour eux, la position de l'homme attaqué ressemble à celle d'Odysée se préparant au duel contre Iros (Odysée, XVIII, 90 s.) :

Ulysse délibère alors s'il l'enverra d'un seul coup aux enfers ou si, le frappant avec moins de violence, il se contentera de l'étendre à ses pieds. Le héros se détermine à ce dernier parti. (Trad. ΒΙΤΑΟΥÉ, Paris, 1788, T. XI, p. 181.)

---

(1) Ib. p. 210.

Pour des objets moins précieux, au contraire, par ex. une montre en or ou une bourse avec quelques francs, pour quelques centaines de francs même, l'homme menacé ne peut faire aucun mal corporel à son adversaire. Qu'est-ce, en effet, qu'une montre en comparaison de la vie et des membres intacts? L'un est un bien très réparable, l'autre est absolument irréparable. C'est une vérité incontestable! — mais on n'oublie qu'une petite chose, c'est d'abord que la montre appartient à la *victime* et les membres au *brigand*. Sans doute ils ont pour celui-ci une très grande valeur, mais ils n'en ont aucune pour sa victime. On oublie ensuite, quant à la réparabilité tout à fait incontestable de la montre, de dire qui la remplacera. Sera-ce le juge, au moyen d'une condamnation?

Mais en voilà assez sur la sottise et les erreurs des savants. Quelle profonde confusion ne devons-nous pas éprouver en voyant que cette idée si simple, si juste, si conforme au vrai sentiment du droit, qui voit dans toute attaque, l'objet n'en fût-il qu'une montre, une atteinte à tout le droit de la personne et à la personnalité même, ait pu être oubliée par la science au point d'élever l'abandon du droit, la lâche fuite devant l'injustice à la hauteur d'un devoir juridique. Peut-il être étonnant qu'à une époque où la

science osait émettre de pareilles opinions, l'esprit de lâcheté et d'apathique tolérance de l'injustice ait déterminé aussi les destinées de la nation ? Nous sommes heureux, nous qui avons passé par là, que les temps aient changé. De pareilles idées sont aujourd'hui devenues radicalement impossibles ; elles ne pouvaient prospérer que dans le marasme d'une vie nationale politiquement et juridiquement déchuë.

La théorie de la lâcheté et de l'obligation d'abandonner le droit menacé, forme l'antithèse scientifique extrême de l'opinion que je défends et qui fait au contraire un devoir de la lutte pour le droit. Un philosophe moderne, HERBART, a émis sur la base du droit une opinion qui n'est point aussi fausse mais qui reste néanmoins bien trop au dessous de la hauteur idéale du sentiment juridique sain. Il découvre le fondement dernier du droit dans un motif que l'on ne peut qualifier que d'esthétique : l'aversion de la lutte. Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer combien cette thèse est insoutenable, et je suis heureux de pouvoir m'en référer aux explications d'un ami<sup>(1)</sup>. S'il pouvait être question d'esthétique dans le domaine du droit, je ne sais si au lieu de voir le beau juridique

---

(1) JUL. GLASER, *Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil und Strafprocess*. Wien, 1868, T. 1, p. 202 s.

en ce qu'il *exclut* la lutte, je ne le verrais pas bien plutôt en ce qu'il *implique*. Pour juger la lutte comme telle esthétiquement contraire au beau, ce qui laisse déjà hors de question sa justification morale, il faut effacer toute la littérature et l'art, depuis l'Illiade d'Homère et les chefs d'œuvre de la statuaire grecque jusqu'à nos jours, car il n'y a guère de matière qui ait exercé sur eux une aussi grande force d'attraction que la lutte dans toutes ses formes diverses. Resterait même encore à chercher un homme à qui le spectacle de la tension extrême des forces humaines qui ont illustré l'art plastique et la poésie inspire, au lieu d'un sentiment de satisfaction esthétique, celui de la répulsion esthétique. Le problème le plus élevé et le plus efficace pour l'art et pour la littérature reste toujours la défense d'une idée, que celle-ci soit le droit, la patrie, la foi, la vérité. Or, cette défense est toujours une lutte.

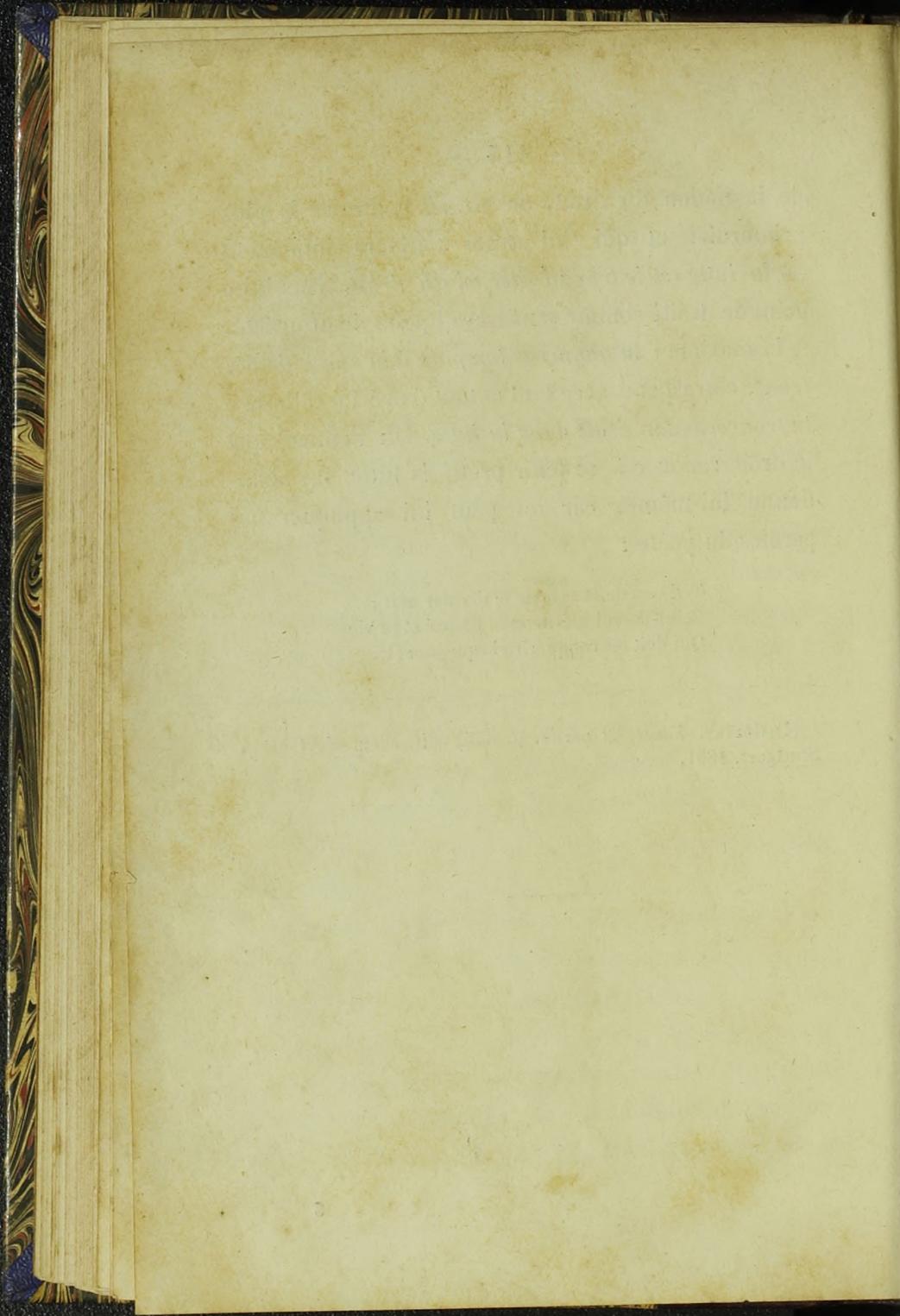
Ce n'est point l'esthétique, mais bien l'éthique qui doit nous apprendre ce qui répond à l'essence du droit, et ce qui y est contraire. Or, l'éthique, bien loin de repousser la lutte pour le droit, l'assigne comme devoir aux individus comme aux peuples, partout où existent les conditions que j'ai développées dans cet écrit. L'élément de la lutte que HERBART veut éliminer

de la notion du droit, en est au contraire le plus primordial et qui lui reste toujours immanent — *la lutte est le travail éternel du droit*. Sans lutte point de droit, comme sans travail point de propriété. A la maxime : *tu gagneras ton pain à la sueur de ton front*, correspond avec tout autant de vérité celle-ci : *tu trouveras ton droit dans la lutte*. Du moment que le droit renonce à se tenir prêt à la lutte, il s'abandonne lui-même, car on peut lui appliquer ces paroles du poète :

Telle est de la sagesse le dernier mot :  
Celui-là seul mérite et la liberté et la vie  
Qui doit les conquérir chaque jour (1).

---

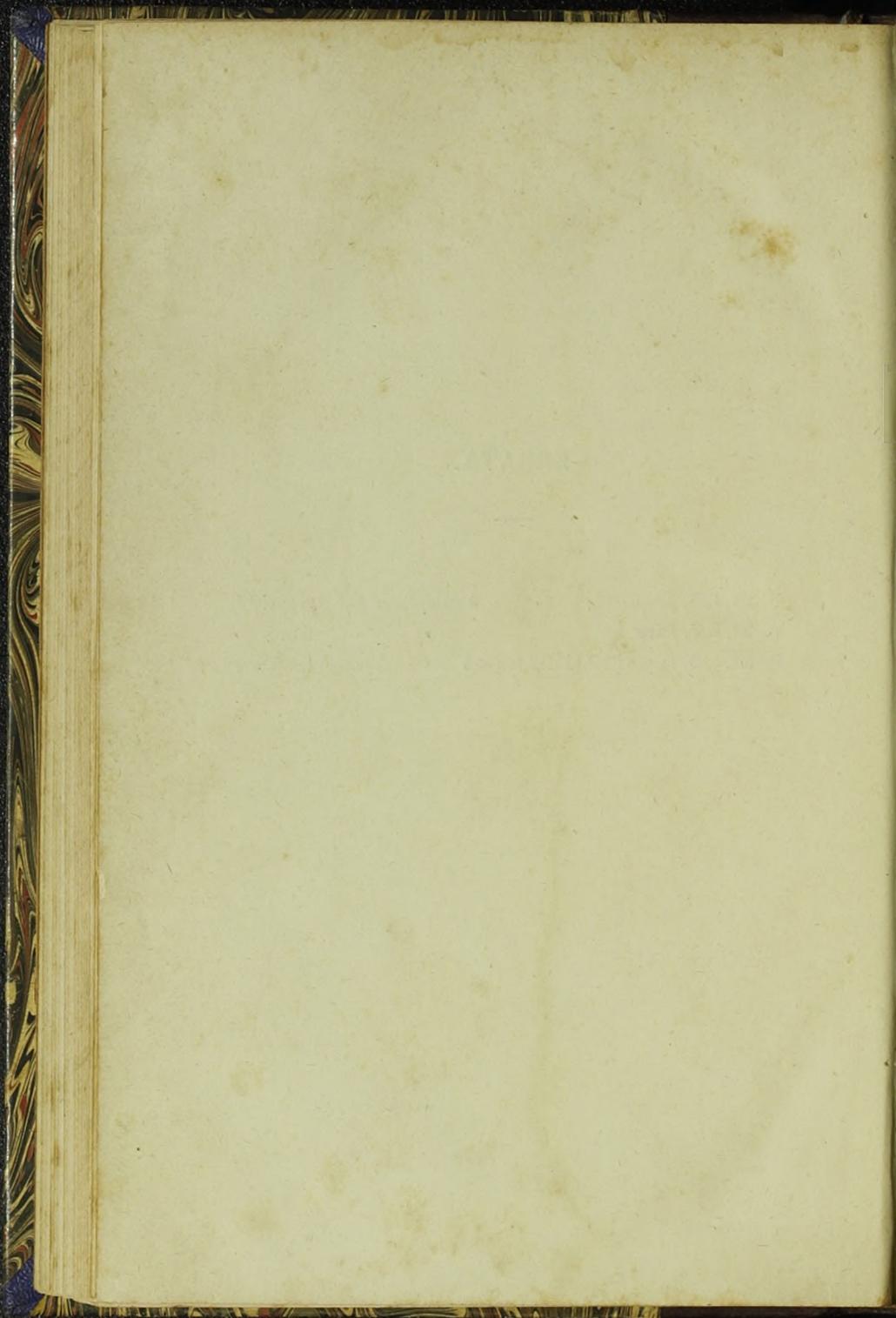
(1) GOETHE, *Faust*, 2<sup>e</sup> partie, p. 453, édit. allem. de Cotta à Stuttgart, 1831.

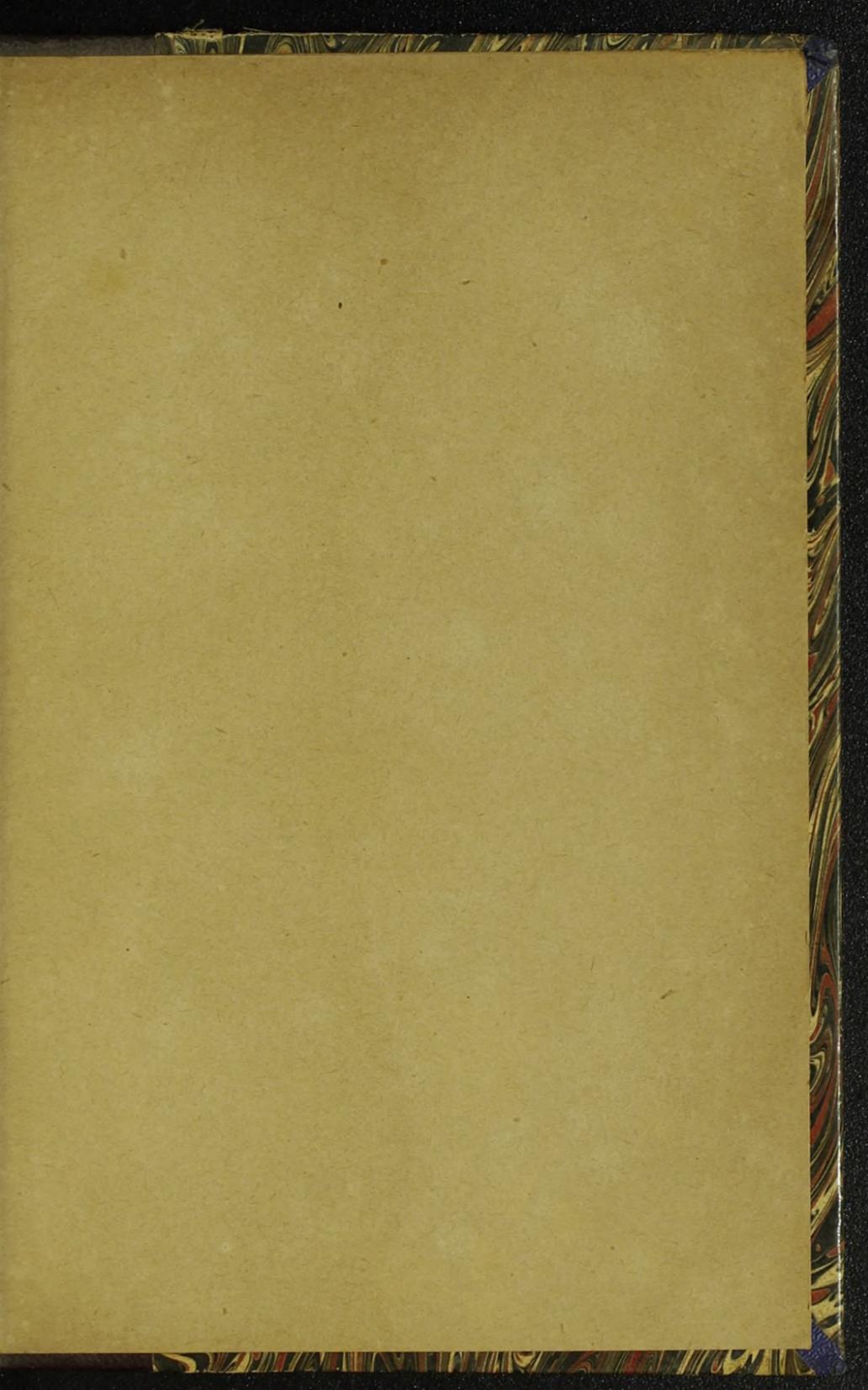


## ERRATA.

---

- |   |                 |               |
|---|-----------------|---------------|
| P. 23, l. 5, propriété;                 | à remplacer par | propriété,    |
| P. 29, l. 7, faire                      | »               | » flaire      |
| P. 35, l. 2, la possibilité des fausses | »               | » les fausses |
-





1532

