

# LA DOCTRINE DU DOYEN BONNARD SUR LE DROIT NATUREL

Le problème des sources du droit, et particulièrement la question du droit naturel, n'a été envisagé par le Doyen Bonnard (1) que par référence à Duguit dont il se présente, sur ce point plus encore que sur d'autres, comme le continuateur.

Ce faisant, Bonnard a, d'ailleurs, le sentiment de rester fidèle à l'essentiel de la pensée de son maître. Duguit, écrit-il, « avait une préférence marquée pour la partie philosophique de sa doctrine. Il l'envisageait comme l'élément le plus personnel, le plus original et aussi le plus important de son effort (...). Or, ce sentiment que Duguit professait à l'égard de sa doctrine est incontestablement exact (...). Il est certain que la partie philosophique est la plus intéressante, celle qui a le plus de valeur, celle qui sera la plus durable, celle enfin qui finira avec le temps par exercer l'influence la plus profonde sur les esprits. C'est qu'en effet il y a en elle et par elle une véritable révolution accomplie dans la pensée juridique » (2). C'est donc dans la présentation faite par Bonnard des idées de Duguit qu'il convient de rechercher sa position personnelle sur le problème qui nous occupe.

Ainsi circonscrit, le problème se ramène à la question que posait M. Waline au lendemain de la mort de Duguit : « Duguit fut-il positiviste ? » (3). Cette question appelle une précision terminologique que M. Waline lui-même s'est senti tenu d'apporter quelque temps plus tard (4). Le terme « positiviste » revêt, en effet, un sens très différent selon le qualificatif qui lui est accolé. Le posi-

---

(1) Roger Bonnard (1878-1944), reçu au concours d'agrégation des Facultés de droit, section droit public, en 1910, enseigna d'abord à la Faculté de droit de Rennes puis, à partir de 1922, à la Faculté de droit de Bordeaux, dont il devint le doyen en 1940.

(2) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *Revue du droit public (R.D.P.)*, 1929, p. 23-24.

(3) « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'année politique française et étrangère*, 1929, p. 386.

(4) « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 517-534.

tivisme « philosophique » consiste à penser que, « pour faire œuvre scientifique, il faut repousser toute idée *a priori*, ne tenir pour établi que ce qui est vérifié expérimentalement et, par conséquent, exclure de la philosophie toute induction dont la vérification expérimentale est impossible, c'est-à-dire (...) toute spéculation métaphysique, tout ce qui dépasse l'étude des phénomènes pour essayer d'atteindre l'essence des choses en soi, l'absolu » (5). Le positivisme « juridique » se caractérise par « l'emploi d'un critère unique pour juger de la valeur juridique des normes : leur conformité à une norme dite fondamentale, qui sera ordinairement la Constitution », étant entendu que « la valeur de la Constitution est une question qui n'est plus juridique mais sociologique », et que, « pour le juriste positiviste, la valeur de la Constitution est un postulat sans lequel il n'y a plus de droit possible, comme le postulat d'Euclide doit être accepté *a priori* si on veut faire de la géométrie euclidienne » (6). Enfin, le positivisme « sociologique » considère comme droit « ce qui est effectivement appliqué en pratique comme règle de droit dans un pays donné, à un moment donné » (7). Cette présentation appelle deux remarques. Tout d'abord, le positivisme sociologique, au sens où l'entend M. Waline (8) n'apparaît, en définitive, que comme une forme exaspérée du positivisme juridique qui, si elle a compté d'illustres représentants, demeure un courant assez marginal, la plupart des juristes répugnant à adopter une doctrine qui « établit une échelle des valeurs juridiques toute différente de celle à laquelle nous sommes habitués, puisque le législateur s'y trouve primé par le juge, et celui-ci à son tour par le gendarme », de sorte qu' « on arrive à cette conclusion paradoxale que la plus haute autorité juridique du pays, en définitive, c'est le gendarme, puisqu'il n'y a de règles juridiques, par définition, que celles qu'il veut bien faire appliquer » (8 *bis*). Aussi bien, personne n'a jamais songé à taxer Duguit de positivisme sociologique au sens précité. Par ailleurs, et c'est la seconde remarque, positivisme philosophique et positivisme juridique sont l'expression de deux attitudes intellectuelles qui ne sont pas sans rapport entre elles : en effet, l'acceptation ou le refus du positivisme juridique dépend directement du degré de « réalisme » que l'on prétend introduire dans l'approche des phénomènes juridiques (9). Le problème ici soulevé se ramène donc à rechercher si — et dans quelle mesure — Duguit fut positiviste au sens « philosophique » et « juridique » du terme et, plus spécialement, à dégager l'opinion de Bonnard sur cette question, en précisant jusqu'à quel point il adhère aux idées de son maître.

(5) « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *loc. cit.*, p. 521.

(6) *Ibid.*, p. 523.

(7) *Ibid.*, p. 526.

(8) WALINE, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *loc. cit.*, p. 528.

(9) C'est précisément là le thème de l'article précité de M. Waline, qui ne procède aux définitions que nous avons rappelées qu'en prologue à une étude des rapports existants entre les différents types de positivisme.

A cet effet, nous envisagerons successivement la question du positivisme philosophique, puis celle du positivisme juridique, en essayant chaque fois de « situer » Bonnard par rapport à Duguit. Nous serons ainsi amenés à souligner entre eux une double continuité. En effet, Bonnard s'est d'abord attaché à préciser la véritable position de Duguit sur cette question des positivismes. Ce n'était pas chose facile, car cet aspect de la pensée de Duguit est certainement l'un de ceux qui justifient le mieux la constatation de Bonnacase, écrivant qu' « il n'est certainement pas dans l'histoire des doctrines juridiques contemporaines de fait plus extraordinaire que la série des opinions chaque jour plus contradictoires portées sur la qualification susceptible de rendre compte pour le mieux de l'essence de la doctrine de Léon Duguit » (10) (11). Par ailleurs, Bonnard a repris totalement à son compte les options fondamentales de Duguit ainsi rétablies dans leur authenticité et les a affirmées, à la fois en éliminant certaines outrances (12) et en complétant sur certains points importants les développements de Duguit.

## I. — L'ADHESION AU POSITIVISME PHILOSOPHIQUE

On sait avec quelle vigueur celui que l'on présente couramment comme le chef de l'Ecole positiviste a constamment affirmé le caractère « réaliste » ou « positif » de sa doctrine (13). Considérant que le seul procédé de découverte acceptable dans le domaine des sciences sociales, dont le droit n'est qu'une branche nettement spécifiée, est la « méthode d'observation combinée avec le puissant moyen d'investigation qu'est l'hypothèse déductive » (14), il prétend s'en tenir aux réalités observables, à l'exclusion de toute considération excédant la stricte constatation des faits : « j'en accom-

(10) *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933, II, p. 250. Dans le même sens, cf. LANGROD, « L'influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, n° 3-4, p. 132-133.

(11) BONNARD laisse clairement entendre l'importance qu'avait, à ses yeux, ce premier temps de sa démarche, tourné vers un éclaircissement des idées de Duguit, lorsqu'il remarque que beaucoup des « critiques formulées contre Duguit révèlent une certaine incompréhension de ses idées » (« La doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat », *Revue internationale de théorie du droit*, t. I, 1926-27, p. 23, note 13). Nous verrons, d'ailleurs, qu'il a été amené à faire le même travail d'explication à propos d'autres aspects de la pensée de son maître.

(12) Il s'agit essentiellement du problème des « concepts *a priori* », que Duguit prétend exclure de l'étude scientifique du droit, et sur lesquels Bonnard adopte une position beaucoup plus nuancée : cf. NOYER, *Essai sur la contribution du doyen Bonnard au droit public français*, thèse Bordeaux, 1984, multigr. p. 107 et suiv.

(13) Comme le fait remarquer BONNARD (« Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 24-25), s'agissant de la doctrine de Duguit, les deux mots sont synonymes, et « réalisme » n'est pas pris « avec le sens qu'il reçoit en philosophie pour désigner une certaine théorie de la connaissance ».

(14) *Traité de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Fontemoing, 1921, t. I, p. 526-527.

plirai la tâche, écrit-il de la troisième édition de son *Traité de droit constitutionnel*, en préfaçant le premier volume, dans l'esprit dont je me suis inspiré... dans les précédentes éditions et dans les divers ouvrages que j'ai publiés : constater les faits, n'affirmer comme vrai que ce que l'on constate par l'observation directe » (15). Or, ce caractère de la doctrine de Duguit a soulevé de nombreuses contestations, procédant, d'ailleurs, de points de vue fort différents. Il convient de les rappeler brièvement avant d'examiner la réfutation que leur a opposée Bonnard et la position propre de celui-ci sur cette question.

### A. — La controverse sur le positivisme philosophique de Duguit

Le positivisme philosophique de Duguit a été contesté de deux points de vue radicalement opposés.

#### *Duguit infidèle à son option positiviste ?*

Certains auteurs, adhérant à la profession de foi positiviste de Duguit, reprochent à celui-ci de ne pas être resté fidèle à cette option, et d'avoir multiplié les affirmations à *priori* tout en prétendant s'en tenir à une rigoureuse observation des faits. Telle est la critique que lui adresse M. Waline, qui va jusqu'à écrire que, pour avoir une vue exacte de la pensée de Duguit, il faut prendre le contre-pied des affirmations répétées de celui-ci. « Loin d'être le positiviste strict qu'il a dit et cru être », Duguit, affirme cet auteur, « s'est montré, au contraire, avant tout, un moraliste, un moraliste qui n'est certes pas égaré dans le Droit, un moraliste qui, bien au contraire, a apporté à la science juridique de très précieux concours d'une habileté technique de premier ordre, mais un moraliste tout de même, et surtout » (16). On trouve le même reproche sous la plume de M. Eisenmann qui, après avoir relevé que, « devant la contradiction des faits, M. Duguit a (...) recours à des affirmations catégoriques, mais qui ne sont pas très pertinentes ni très probantes », écrit que le « sociologue durckheimien (...) regrettera (...) de ne pas trouver dans l'œuvre de M. Duguit l'application concrète de la doctrine dont il se réclamait », et conclut : « M. Duguit aimait à se qualifier de juriste sociologue ; il nous paraît plus juste de le ranger parmi les philosophes ou moralistes politiques » (17). Notons que ces auteurs ne mettent nullement en cause la bonne foi de Duguit et voient, au contraire, dans ce tiraillement constant entre deux attitudes contradictoires « l'origine et l'explication des conflits

(15) *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, t. I, p. XV.

(16) « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *loc. cit.*, p. 387.

(17) « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1930, p. 246-247.

intérieurs de sa pensée » (18). Ils sont même prêts à reconnaître que cette résurgence des préoccupations morales à chaque phase du raisonnement juridique donne à la pensée de Duguit un caractère particulièrement attachant. « Duguit a écrit avant tout des "livres de bonne foi", écrit M. Waline, les livres d'un homme profondément droit, d'une conscience extrêmement scrupuleuse et éprise de justice, que la moindre iniquité révoltait » (19). Mais ils constatent que ce résultat est atteint au détriment de la rigueur scientifique à laquelle Duguit a prétendu se tenir.

*Duguit trop fidèle à son option positiviste ?*

Une seconde catégorie de critiques vise le principe même du positivisme philosophique dont se réclame Duguit. On en trouve une expression particulièrement nette chez Gény, qui stigmatise constamment l'indigence de la philosophie sur laquelle Duguit prétend appuyer ses recherches. « La philosophie générale — si l'on peut appeler ainsi ce qui n'est guère plus qu'un état d'esprit — qui sert de point de départ à Duguit, et dont celui-ci se fait gloire, apparaît des plus rudimentaires, écrit-il. Elle se ramène... à un positivisme purement et simplement agnostique, qui prétend se passer de tout *a priori* et faire fi de toute métaphysique » (20). De même, Le Fur voit dans la philosophie de Duguit « un matérialisme absolu, maintenant bien discrédité et qui se fonde sur un argument que nul philosophe peut-être aujourd'hui n'oserait reprendre. Le refus d'admettre toute métaphysique apparaît volontiers à notre époque comme une de ces affirmations aventurées que bien peu de personnes osent reprendre à leur compte » (21). L'idée commune à cette seconde catégorie de critiques est que la philosophie de Duguit, comme, d'ailleurs, celle de l'École de sociologie scientifique de Durkheim qui l'inspire (22), méconnaît la spécificité des phénomènes juridiques et, plus généralement, des phénomènes touchant aux normes qui régissent la conduite humaine. En effet, si une investigation positiviste, fondée sur la simple observation des faits, peut permettre la connaissance du monde physique, elle est inadaptée au monde des normes, car celles-ci postulent des jugements de valeur, lesquels posent le problème des fins, qui échappent à l'expérience et ne peuvent faire l'objet que d'une approche métaphysique (23). D'ailleurs, Duguit a lui-même démontré, sans le vouloir, l'impossibilité d'é luder, dans les sciences normatives, toute considération transcendante à l'expérience en recourant à maintes reprises

(18) *Ibid.*, p. 247.

(19) « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *loc. cit.*, p. 387.

(20) *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Sirey, 1915, p. 196-197.

(21) *Les grands problèmes du droit*, Paris, Sirey, 1937, p. 424.

(22) Cf. GENY, *op. cit.*, I, p. 87 et suiv.

(23) GENY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, I, p. 91-92, II, p. 264-265 ; LE FUR, *Les grands problèmes du droit*, *op. cit.*, p. 423-424.

à des notions étrangères à toute observation directe, de sorte que l'on peut dire que ce qui manque à son œuvre, « ce n'est pas précisément une métaphysique, mais plutôt, seulement, la pleine conscience et l'aveu sincère de sa métaphysique (...). Toute sa construction manque d'un fondement métaphysique ouvertement reconnu » (24). En définitive, Duguit a succombé à ce péché de jeunesse de la science qu'est le scientisme, lequel consiste à donner pour scientifiquement connaissables des choses qui échappent à l'expérience. Le Fur l'en accuse expressément lorsqu'il écrit que sa doctrine « fait penser au mot fameux d'un chirurgien du siècle dernier, qu'il ne croyait pas à l'âme parce qu'il ne l'avait jamais trouvée sous son scalpel » (25).

Comme on le voit à partir de ces quelques exemples, qu'il serait aisé de multiplier, ces deux catégories de critiques s'accordent à relever, dans l'œuvre de Duguit, une même faiblesse, tout en l'appréciant de façons diamétralement opposées. Pour les uns, Duguit a eu raison de prétendre s'en tenir à l'observation des faits, et il est regrettable qu'il ne soit pas resté fidèle à ce principe. Pour les autres, Duguit a eu tort de prétendre s'en tenir à l'observation des faits, et la nécessité des choses l'a contraint, à son insu, à assouplir une attitude incompatible avec l'objet même de sa recherche. Pour tous, Duguit n'a pas évité la métaphysique dont il prétendait pouvoir se passer.

## B. — Mise au point et position personnelle de Bonnard

Bonnard reconnaît que Duguit n'a pas réussi à éliminer de sa doctrine tout élément non expérimental, en soulignant, d'ailleurs, qu'on ne saurait lui en faire grief. « L'effort était trop nouveau, écrit-il, les préjugés dont il fallait se dégager trop enracinés pour trouver une exécution parfaite de la part de celui qui s'y lançait pour la première fois, quelle que fût, par ailleurs, la puissance de son éminent esprit » (26). Mais il estime que cela ne diminue en rien la valeur de l'effort que Duguit a accompli pour constituer le droit en une véritable science, au sens positiviste du terme. Autrement dit, si Duguit n'est pas totalement parvenu à atteindre l'idéal qu'il s'était fixé, on ne saurait contester la valeur de cet idéal ni la rigueur avec laquelle Duguit a tenté de s'y tenir. C'est autour de ces deux idées que Bonnard ordonne la défense de son maître, en s'attachant à montrer, d'une part, que le positivisme philosophique est valable en lui-même, et, d'autre part, qu'il domine toute la doctrine de Duguit, en dépit des quelques faiblesses dont certains de ses adversaires prétendent faire des vices irrémédiables. Et ce

(24) GENY, *Science et technique en droit privé positif*, op. cit., p. 271-272.

(25) *Les grands problèmes du droit*, op. cit., p. 424.

(26) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », loc. cit., p. 27.

plaidoyer manifeste une adhésion des plus nettes à la position philosophique de Duguit.

*La légitimité de l'option positiviste de Duguit.*

Tout d'abord, donc, Bonnard s'efforce de montrer que l'option positiviste de Duguit est, en soi, légitime, et réalise dans la pensée juridique « une grande révolution (...), en tous points comparable à celle qui fut accomplie dans les sciences de la nature lorsque fut établie pour elles cette même idée du primat de la connaissance expérimentale » (27). L'idée qu' « il faut constituer d'abord une science expérimentale avant de passer aux spéculations métaphysiques et critiques » (28) lui paraît, en effet, correspondre à la démarche normale de la connaissance humaine et se prêter, en droit, à une application tout aussi féconde que dans les sciences de la nature.

a) « L'ordre normal de la connaissance humaine, écrit Bonnard, est constitué d'abord par la science, ensuite par la métaphysique, enfin par la critique. Chacun de ces degrés s'appuie sur le précédent et va un peu plus loin que lui » (29). La science se limite aux données de l'expérience : elle observe les phénomènes et cherche à en dégager « des lois dites phénoménales, c'est-à-dire des lois de coexistence et de succession » (30). La métaphysique dépasse la science en cherchant à saisir « les substances, les causes et les fins », qui sont des données « métascientifiques » échappant à l'expérience : mais elle s'appuie sur la science, car « la substance, la causalité et la finalité sont des concepts qui transcendent l'expérience mais qui la supposent » (31). Enfin, la critique pose, « sur la base de données métaphysiques, le problème de la connaissance et de l'action » (32). S'agissant de la connaissance, elle se demande « si on peut connaître », « ce qu'on peut connaître » et « comment nous connaissons » (33). Au sujet de l'action, elle s'interroge sur la possibilité des normes et sur le contenu idéal qui peut leur être attribué (34). Le positivisme — et Bonnard insiste beaucoup sur ce point — se borne à respecter cet ordre ternaire de la connaissance humaine en revendiquant pour la science expérimentale la primauté qui lui revient, sans condamner aucunement la métaphysique et la critique. En effet, il ne nie pas qu'il puisse y avoir quelque chose au-delà des phénomènes observables et considère que la connaissance en est humainement impossible « faute de moyens humains pour

(27) *Ibid.*, p. 26.

(28) *Ibid.*, p. 27.

(29) *Ibid.*, p. 28.

(30) *Ibid.*

(31) *Ibid.* p. 28.

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*

(34) *Ibid.*, p. 29.

l'acquérir et non pas faute d'objet pour en fournir matière » (35). Ainsi défini, le positivisme se distingue nettement d'un certain nombre de doctrines philosophiques qui méconnaissent peu ou prou les principes qui viennent d'être évoqués. Tel est le cas du kantisme, qui admet la possibilité « d'une connaissance métaphysique préalable ou tout au moins indépendante de la connaissance scientifique » (36), grâce à sa distinction du phénomène et du noumène, relevant chacun d'un ordre de connaissance respectivement accessible à la raison théorique et à la raison pratique (37). Tel est également le cas du néo-kantisme, qui nie l'existence des noumènes, mais conserve la position du kantisme quant à la connaissance des phénomènes, en soutenant que nous ne connaissons pas les phénomènes tels qu'ils sont en réalité, mais tels que nous les révélent les formes *a priori* de notre esprit, qui sont indépendantes de l'expérience en même temps qu'elles conditionnent toute expérience (38). Tel est, plus généralement, le cas du phénoménisme, qui « n'admet comme réellement existant que le phénomène et nie l'existence de quoi que ce soit derrière lui » (39). Tel est, enfin, le cas du scientisme, qui

(35) *Ibid.*, p. 33.

(36) *Ibid.*, p. 29.

(37) Cette présentation du kantisme appelle quelques réserves. En fait, Kant considère que la seule connaissance possible est celle des phénomènes, c'est-à-dire du monde sensible réfracté à travers les formes *a priori* de la perception et ordonné par les catégories, également *a priori*, de l'entendement. La connaissance des noumènes, c'est-à-dire des choses en soi, est impossible, car privée du concours de l'expérience, la raison tourne à vide et ne pense que des chimères. C'est précisément ce qui conduit Kant à fonder sa morale non pas sur une connaissance métaphysique de l'essence des choses et de leur finalité, comme le faisaient, avant lui, la plupart des philosophes, mais sur une obligation émanant de la conscience humaine qualifiée de « raison pratique », car elle se confond avec la raison et donne sa loi à l'action en déterminant sa volonté. Sans doute Kant formule-t-il, à partir de là, des propositions à caractère métaphysique (liberté de l'homme, immortalité de l'âme, existence de Dieu) : mais il ne s'agit que de postulats, objets de croyance et non de connaissance.

(38) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 35-36. C'est là, notamment, la position de l'école de Marburg, et en particulier de Stammler, qui, poussant à l'extrême le formalisme kantien, s'attache à dégager de la diversité des régimes juridiques « l'élément constant et purement formel qui donne à ces systèmes divers la qualité commune de droit et, qui plus est, celle de droit juste (...) concept de droit, idée du juste » (VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 90).

(39) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 33. Bonnard constate que « le néo-kantisme n'est au fond qu'une sorte de phénoménisme » (p. 35). On peut dire, plus précisément, que le néo-kantisme applique au droit la révision de la doctrine kantienne à laquelle le phénoménisme procède sur un plan général. Il ne faut, d'ailleurs, pas se méprendre sur la portée de cette révision, et l'interpréter comme un appauvrissement du domaine ouvert à la connaissance humaine. En effet, si la réalité des choses que l'homme ne peut connaître est niée, parallèlement l'étendue des choses que l'homme peut connaître est élargie. FRIEDMANN souligne très justement que le néo-kantisme partage avec le positivisme « la foi en le pouvoir de la science d'explorer la totalité de la vie humaine, sans rien laisser de côté comme étant au-delà de toute connaissance » (*Théorie générale du droit*, L.G.D.J., 1965, p. 130). Dans cette mesure, le néo-kantisme peut être considéré comme l'inspirateur du courant le plus moderne du phénoménisme : la phénoménologie. C'est ce que remarque le même auteur : « l'une des applications les plus significatives de cette nouvelle façon d'aborder la théorie de la connaissance a été le mouvement généralement connu sous le nom de phénoménologie » (*ibid.*, p. 150 ; dans le même sens, v. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 100).

prétend « tirer de l'opération scientifique, c'est-à-dire de l'opération expérimentale, ce qui ne peut résulter que de l'opération métaphysique ou critique » (40) : travers dans lequel tombe Spencer, lorsqu'il assimile les phénomènes sociaux aux phénomènes biologiques, ou Durkheim, lorsqu'il prétend fonder la spécificité du fait social sur l'idée de conscience collective (41).

b) Cet ordre ternaire de la connaissance humaine avec primauté de la connaissance scientifique appuyée sur l'expérience « est actuellement reconnu et appliqué dans les recherches relatives au monde théorique, soit au monde des choses inanimées et des êtres vivants », constate Bonnard (42). Or il s'impose de façon tout aussi impérieuse dans les recherches relatives au « monde pratique », c'est-à-dire au monde « de l'action humaine et de ses normes » (43), auquel appartient le droit. En effet, « là aussi, on peut dégager pour la recherche la même série des trois problèmes qui s'offrent à la connaissance » (44). Ici, la science a pour objet l'être et le devoir être de l'activité humaine, c'est-à-dire, d'une part, les actes humains volontaires, dont la « science des mœurs » dégage les lois de coexis-

(40) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 33.

(41) *Ibid.*, p. 36. Bonnard rappelle que Duguit a commencé par adhérer pleinement à la philosophie de Spencer et remarque que, s'il a répudié assez vite les analogies superficielles de l'organicisme social (« L'Etat, le droit subjectif et la loi positive », paru en 1901, manifeste nettement cette émancipation), c'est dans la pensée du philosophe anglais qu'il a trouvé le premier exemple de ce positivisme agnostique auquel il devait rester attaché toute sa vie.

(42) *Ibid.*, p. 29. Cette terminologie est directement empruntée à la distinction kantienne entre la raison théorique, qui s'applique au monde des phénomènes, et la raison pratique, qui détermine l'action humaine par le canal de l'impératif moral (V. note 37). Mais elle a, chez Bonnard, une portée profondément différente. Pour Bonnard, elle désigne « deux mondes de connaissances (...) ». Le monde théorique comprend ce qui est. La connaissance y porte sur l'être sous ses diverses formes, choses ou actes... Le monde pratique est celui de l'action. Il comprend les activités humaines saisies sous leurs deux formes : d'une part, sous la forme de ce qu'elles sont et du mode suivant lequel elles se réalisent, d'après le rôle qu'y joue la volonté et, d'autre part, sous la forme de ce qu'elles doivent être, dans leur expression par les normes qui les régissent » (« Les concepts de la science de l'Etat, *R.D.P.*, 1943, p. 233-234). Ces deux mondes de connaissances sont, pour lui, l'un et l'autre accessibles à la raison humaine et étroitement complémentaires, « car la connaissance théorique précède et prépare la connaissance pratique » (« L'origine de l'ordonnement juridique », *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, p. 62). Pour Kant, au contraire, le monde pratique est totalement indépendant du monde théorique, et c'est une raison de nature différente qui permet d'accéder respectivement à chacun de ces deux mondes (V. plus haut, note 37). C'est ce « tragique fossé entre l'action et la connaissance » (FRIEDMANN, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 150) que récuse le néo-kantisme dans les conditions qui ont été évoquées plus haut (V. note 39). Bonnard le récuse également, comme on vient de le voir, mais dans des conditions différentes : d'une part, il ne pousse pas aussi loin que le néo-kantisme l'élargissement du champ de la connaissance scientifique et, d'autre part, il ne nie pas la réalité d'un monde transcendant, échappant à cette connaissance (sur la distinction théorie/pratique chez Bonnard, v. les deux articles précités, respectivement p. 61-63 et p. 233-242 ; *adde* LEVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, cité in « L'origine de l'ordonnement juridique », p. 61, note 2 ; V. également REGLADE, « Valeur sociale et concepts juridiques », *Rec. Sirey*, 1950, p. 29 et suiv.).

(43) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 33.

(44) *Ibid.*, p. 29.

tence et de succession, et, d'autre part, les normes de cette activité volontaire, dont il s'agit d'établir les diverses catégories, le mode de formation, le contenu, et enfin la valeur, celle-ci étant appréciée non pas dans l'absolu, mais par rapport aux données recueillies expérimentalement sur l'origine et le fondement de la norme (45). La métaphysique cherche à saisir « la substance de la norme et, notamment, le concept de devoir, ainsi que les questions de causalité et de finalité de la norme » (46), éléments qui dépassent l'expérience mais qui la supposent. Enfin, la critique s'interroge sur « ce que nous connaissons de la norme et comment nous le connaissons », sur « la possibilité logique de la norme », et sur « le problème de la norme de valeur absolue » (47). Bref, la primauté de la science expérimentale doit être admise dans les sciences normatives comme elle l'est dans les sciences de la nature, avec les limites que commande une juste appréciation des domaines respectifs des trois ordres de connaissance, mais aussi avec toute l'ampleur qu'implique la nécessité de donner pour point de départ à toute connaissance l'expérience sensible. Le grand mérite de Duguit est de l'avoir compris et d'avoir travaillé à faire du droit, « d'abord et avant tout, une science expérimentale » (48). « Il a voulu que les phénomènes juridiques... fussent saisis et traités comme des phénomènes, c'est-à-dire scientifiquement, sauf ensuite, pour ceux qui le croient possible, à les traiter du point de vue métaphysique et critique » (49).

c) C'est donc une adhésion sans réserve que Bonnard apporte au positivisme philosophique de Duguit. En somme, il voit dans les travaux de Duguit la dernière étape de la lente émancipation des sciences à l'égard de la métaphysique, avec laquelle elles étaient primitivement confondues par des philosophies estimant que la raison humaine pouvait atteindre à la connaissance de l'Être en soi, dont le monde sensible ne serait qu'une imparfaite image. D'abord revendiquée par les sciences de la nature, qui se prêtaient mieux que toute autre à une distinction entre les données de l'expérience et les pures spéculations de l'esprit, cette émancipation avait été étendue aux sciences sociales par Durkheim et l'École sociologique scientifique. Prolongeant cet effort, Duguit a affranchi le secteur des sciences sociales où la tutelle de la métaphysique s'exerçait de la manière la plus insidieuse, celui des sciences normatives, en formulant, selon l'heureuse expression de M. Brimo, « les

(45) *Ibid.*, p. 30-31. Le problème de la connaissance scientifique du monde « pratique » est également abordé in « Les concepts de la science de l'Etat », *loc. cit.*, p. 239-242.

(46) *Ibid.*

(47) *Ibid.*, p. 32.

(48) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 25.

(49) *Ibid.*, p. 26.

règles de la méthode sociologique juridique » (50). Il n'est donc pas étonnant que Bonnard ait encouru, à son tour, les critiques de ceux qui contestaient la prétention de Duguit à faire du droit une science expérimentale. C'est ainsi que Gény se refuse à « admettre, avec R. Bonnard, comme chose évidente, que l'observation doit précéder la métaphysique dans l'élaboration scientifique », et affirme que « dans les sciences normatives, les deux procédés s'accompagnent nécessairement (...). L'observation ne peut suggérer les règles à suivre que moyennant un minimum d'impératif, que fournira seule une source plus haute, indépendante des faits » (51). Et de même qu'il dénonce, comme on l'a vu, la présence, dans l'œuvre de Duguit, d'une métaphysique inavouée, Gény décèle chez Bonnard un « besoin métaphysique » auquel les plus chauds partisans de Duguit ne sauraient, selon lui, échapper (52). Mais l'exemple sur lequel il s'appuie apparaît des plus contestables. Il cite, en effet, un passage de Bonnard où celui-ci, opposant le néo-kantisme au positivisme de Duguit, déclare que Duguit « admet l'objectivité du phénomène par rapport au sujet qui le constate et l'appréhension directe du phénomène par le sujet », mais « n'essaie pas de justifier cette objectivité et cette compréhension », car « le positivisme professe un réalisme et une ontologie purement empiriques, sans fondements métaphysiques » (53). Or, replacé dans son contexte, ce passage n'apparaît nullement comme l'aveu d'une lacune, ainsi que le laisse entendre Gény, mais comme la constatation des limites que le vrai positivisme sait respecter et au-delà desquelles les prétentions de la science cessent d'être légitimes. Quoiqu'il en soit, ces critiques sont le meilleur témoignage que l'on puisse donner de la fidélité de Bonnard au positivisme philosophique de Duguit. Gény écrit même, à ce propos, que Bonnard « a complété et peut-être dépassé son maître en cherchant à justifier sa doctrine » (54). En réalité, Bonnard adopte totalement la position philosophique de Duguit, et s'il la complète ou la dépasse, c'est seulement en lui donnant une forme plus systématique, susceptible à la fois de mieux l'affermir et d'en dégager toutes les implications.

#### *L'authenticité de l'option positiviste de Duguit.*

Répondant ensuite à ceux qui, partageant le positivisme philosophique de Duguit, reprochent à celui-ci de n'être pas resté fidèle

(50) *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pédone, 2<sup>e</sup> éd., 1968, p. 194. Bonnard admet que « le positivisme s'était déjà attaqué aux problèmes juridiques », mais souligne que « c'est la première fois qu'un juriste de profession — et quel juriste ! — pousse à fond (...) l'application du positivisme à la connaissance du droit et de l'Etat » (« Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 26).

(51) « La notion de droit en France », *Archives de philosophie du droit*, 1931, n° 2, p. 15, note 2.

(52) *Ibid.*, texte et note 1.

(53) *Ibid.*, p. 15, note 2.

(54) *Ibid.*, texte et note 1.

à cette option, Bonnard s'attache à montrer que le positivisme est au centre de toute la doctrine de Duguit, tant de sa théorie du droit et de l'Etat que de sa technique juridique. Il n'est pas sans intérêt de le suivre dans cette démonstration, car elle présente, du point de vue de ses idées propres, un triple intérêt. D'abord, elle résume d'une façon saisissante les grands traits d'une doctrine que Bonnard a, pour l'essentiel, adoptée. Par ailleurs, elle éclaire l'esprit des aménagements apportés par Bonnard à la doctrine de son maître, aménagements qui se veulent inspirés, comme on le verra, par un positivisme épuré, plus conscient à la fois de ses limites et de ses possibilités. Enfin, elle souligne la forte cohérence logique de la doctrine de Duguit, cohérence qui n'est certainement pas étrangère à l'influence que cette doctrine a exercée sur un esprit aussi épris de rigueur que celui de Bonnard.

a) En ce qui concerne, tout d'abord, la théorie du droit et de l'Etat, Bonnard montre que c'est son rigoureux positivisme qui a conduit Duguit à réagir contre la doctrine couramment acceptée en la matière. En effet, cette doctrine donne pour fondement au droit la notion de droit subjectif : ceci est vrai tant pour la doctrine individualiste, qui place à l'origine de l'ordonnement juridique des droits individuels naturels, que pour le positivisme juridique, qui considère que l'élément premier de l'ordonnement juridique est le droit objectif créé par l'Etat, mais voit des droits subjectifs dans les pouvoirs résultant pour les individus de ce droit objectif (55). Sur cette base, l'Etat est conçu comme une personne titulaire de droits subjectifs, sauf à lui attribuer, grâce à la notion de souveraineté, une supériorité sur les individus permettant d'expliquer le pouvoir dont il dispose à leur égard (56). Or, la notion de droit subjectif apparaît à Duguit comme le type même de l'idée métaphysique, posée *a priori* en dehors de toute expérience. Au terme d'une évolution dont Bonnard retrace les étapes (57), il voit, en effet, dans le droit subjectif de la doctrine classique « un pouvoir de volonté de s'imposer à une autre volonté » (58) dont aucune donnée expérimentale ne permet d'établir l'existence (59). Sont également dénuées de tout fondement scientifique les notions de personnalité et de souveraineté de l'Etat, par lesquelles on s'efforce d'adapter à l'Etat le droit subjectif conçu comme une qualité inhérente à certaines volontés (60). Ce n'est pas ici le lieu de s'attarder sur cette critique de la notion de droit subjectif par Duguit et de montrer comment Bonnard a été amené à en dénoncer

(55) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 37.

(56) *Ibid.*

(57) Sur cette évolution, v. NOYER, *op. cit.*, p. 339.

(58) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 18.

(59) *Ibid.*, p. 37.

(60) *Ibid.*

le caractère excessif (61). Ce qu'il convient de relever ici, c'est que la doctrine courante du droit et de l'Etat est apparue à Duguit « comme procédant d'idées métaphysiques, comme constituant ainsi une métaphysique du droit et non une science du droit, comme offrant une construction métaphysique au lieu d'une construction scientifique, comme ne fournissant pas une vraie science, comme enfin — ce qui est plus grave — prétendant être une science alors qu'elle n'est qu'une métaphysique » (62). Ce qui l'amène à « faire table rase de toutes ces données métascientifiques et (à) élaborer... une connaissance du droit et de l'Etat procédant rigoureusement de données expérimentales » (63). Développant cette idée, Bonnard montre comment Duguit entend tirer de l'expérience tous les éléments de sa conception du droit et de l'Etat : donnée expérimentale que l'existence d'une règle sociale, car les individus ont conscience de la solidarité qui les unit et du fait qu'elle implique certaines règles de conduite (64) ; donnée expérimentale que le contenu de cette règle sociale, car les individus ont conscience de ce que doit être la règle eu égard à un certain état de la solidarité sociale (65) ; donnée expérimentale que le caractère vital de la règle sociale pour l'individu, car cette règle constitue la loi de fonctionnement de l'organisme social dont l'individu est membre (66) ; donnée expérimentale que le caractère social d'une règle, car la règle sociale se reconnaît à la réaction collective que provoque sa violation (67) ; donnée expérimentale que le caractère juridique d'une règle sociale, car la règle de droit se reconnaît au fait que la masse des consciences individuelles considère que la réaction collective que provoque sa violation doit être socialement organisée (68) ; donnée expérimentale, enfin, que l'existence, au sein de toute collectivité, d'une différenciation entre les forts et les faibles et d'une contrainte exercée par les premiers sur les seconds, ce qui permet de dégager une conception expérimentale de l'origine de l'Etat (phénomène de différenciation entre les individus en raison de leurs forces inégales) et de sa nature (phénomène de contrainte exercé par les gouvernants en raison de leur plus grande force) d'où découlent deux conséquences essentielles : comme c'est la contrainte étatique qui réalise la réaction sociale organisée contre la violation de la règle de droit, l'Etat apparaît comme le gardien et le réalisateur du droit ; d'autre part, comme l'Etat est constitué par des

---

(61) Sur cette question, v. NOYER, *op. cit.*, p. 308 et suiv. Bonnard conteste l'assimilation faite par Duguit entre la notion même de droit subjectif et la conception dont cette notion fait l'objet dans la doctrine classique, mais il souscrit à la condamnation de la conception classique du droit subjectif.

(62) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 25.

(63) *Ibid.*, p. 38.

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*, p. 38.

(66) *Ibid.*, p. 39.

(67) *Ibid.*

(68) *Ibid.*, p. 30-40.

individus de même nature que les autres, l'Etat est soumis au droit (69). Il n'y a pas lieu de s'apesantir ici sur ces éléments de la théorie du droit et de l'Etat édiflée par Duguit, et de préciser dans quelle mesure Bonnard les reprend à son compte (70). Bornons-nous, ici, à noter que Bonnard y voit le résultat d'une réflexion entièrement dominée par le souci de faire du droit une science expérimentale, fortement ancrée dans la réalité observable, et que cette inspiration positiviste fait, à ses yeux, l'originalité et la valeur de la démarche de Duguit.

b) S'agissant de la technique juridique de Duguit, Bonnard montre qu'elle est, elle aussi, étroitement liée au rejet de la conception métaphysique du droit et de l'Etat. « C'est (...) parce que la technique courante procède de la conception métaphysique du droit et de l'Etat, écrit-il, que Duguit a été amené à la rejeter » et à lui substituer une technique « procédant de données expérimentales » (71). En effet, dès lors que Duguit rejetait la notion de droit subjectif conçu comme un pouvoir de volonté, il lui fallait démontrer, d'une part, que l'effet de droit produit par un acte juridique ne résulte pas de la volonté de l'auteur de l'acte, et, d'autre part, qu'un acte juridique, fut-il individuel, ne peut jamais avoir pour effet de produire un droit subjectif. C'est ce qui l'a amené à écarter la théorie courante de l'acte juridique, c'est-à-dire la « Willens-theorie » complétée par l'idée de l'autonomie de la volonté, et à la remplacer par une théorie fondée sur l'application à l'acte juridique d'une analyse psychologique de l'acte de volonté en général, au terme de laquelle il montre que la volonté ne peut pas créer d'effet de droit, mais seulement déclencher l'application du droit objectif à un cas particulier, et que, par conséquent, « si le droit objectif n'implique pas de droit subjectif par lui-même et avant tout acte juridique, il en est de même lorsque son effet se fait sentir après l'accomplissement d'un acte juridique » (72). De même, dès lors que Duguit concevait le sujet de droit non pas comme le titulaire d'un droit subjectif, mais comme l'individu soumis au droit objectif, il était amené à réserver cette qualité aux individus capables d'activités conscientes et volontaires, ces activités étant seules prises en compte par le droit objectif : d'où son rejet si discuté de la notion de personne morale, dans laquelle il ne voit qu'une pure fiction incompatible avec un droit réaliste (73). Ce même souci de réalisme est encore à la base de sa classification des situations et des actes juridiques. C'est lui qui le conduit à soutenir que la soumission du sujet de droit au droit objectif peut revêtir une forme générale et impersonnelle (situation objective, donnée directement par le

---

(69) *Ibid.*, p. 41.

(70) Sur cette question, v. NOYER, *op. cit.*, p. 227 et suiv. et p. 766 et suiv.

(71) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 41.

(72) *Ibid.*, p. 42.

(73) *Ibid.*, p. 43.

droit objectif) ou individuelle et spéciale (situation subjective, individualisée par un acte juridique), et à distinguer, à partir de là, les actes règles, générateurs de situations objectives, les actes subjectifs, générateurs de situations subjectives, et les actes-condition, qui ont pour effet d'attribuer à un individu déterminé une situation objective sans la transformer pour autant en situation subjective (74). C'est encore lui qui l'amène à compléter cette distinction « matérielle » des actes juridiques par une distinction « formelle » entre actes unilatéraux et actes plurilatéraux, en donnant à cette dernière une portée beaucoup plus générale que ne le faisait la doctrine classique qui, voyant dans l'effet de droit produit par l'acte juridique une création de la volonté fondée sur le droit subjectif, réservait pratiquement la possibilité de l'acte unilatéral à l'Etat, seul capable d'imposer sa volonté en vertu de sa souveraineté (75). C'est toujours lui qui lui fait combiner les points de vue matériel et formel pour distinguer, parmi les actes unilatéraux, les contrats, qui tendent à établir une situation subjective, les actes collectifs, qui tendent à établir une situation objective, et les actes-union, qui tendent à attribuer individuellement une situation objective (76). Enfin, la conception réaliste de l'Etat que prône Duguit est, elle aussi, à l'origine d'une technique juridique imprégnée de réalisme, qui rompt profondément avec les conceptions communément reçues. Dès lors, en effet, que l'Etat n'est plus conçu comme une personne souveraine, mais comme « un groupe d'individus détenant la plus grande force et pouvant exercer ainsi une puissance de contrainte sur les gouvernés », il est possible d'éliminer « toutes ces théories destinées à construire les rapports de la personne Etat ou de la personne Nation avec les individus qui exercent l'activité étatique (...). La théorie de la représentation politique, de l'organe juridique disparaissent du domaine du droit public. Tout se ramène à cette simple idée que les gouvernants et leurs agents sont de la même façon et au même titre que les particuliers investis de situations juridiques par le droit objectif » (77). De même, point n'est besoin de rechercher le fondement de la séparation des pouvoirs dans une insolite divisibilité de la volonté étatique, ni de présenter la décentralisation comme reposant sur une délégation de pouvoir consentie par la personne Etat aux collectivités locales : tout se réduit à « une simple question de répartition de compétence qui se résout suivant de pures considérations d'opportunité » (78). Enfin, « de ce que la caractéristique (...) unique des individus, gouvernants et agents, qui exercent l'activité étatique est de posséder la puissance de contrainte parce qu'ils sont les plus

---

(74) « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *loc. cit.*, p. 44.

(75) *Ibid.*, p. 44-45.

(76) *Ibid.*, p. 45.

(77) *Ibid.*, p. 46.

(78) *Ibid.*

forts, de ce qu'il ne s'ajoute pas à cela l'idée d'un pouvoir de commandement dû à la souveraineté, il résulte une conception technique plus complète et plus large de l'Etat de droit » : du simple Etat légal de la doctrine allemande, imparfaitement lié par le droit positif émanant du législateur, on passe à l'Etat de droit au sens plein du terme, où le législateur lui-même se trouve lié par le droit objectif dont il se borne à opérer la constatation (79).

Nous n'avons pas ici à approfondir ces divers aspects de la technique juridique mise au point par Duguit et à examiner les aménagements que Bonnard a pensé devoir leur apporter (80). Limitons-nous à enregistrer l'hommage que Bonnard rend au souci de réalisme qui les inspire, et à prendre acte de ce nouveau témoignage de l'adhésion que suscite, de la part de notre auteur, cette « application de la méthode expérimentale à la science du droit », dans laquelle il voit « l'idée maîtresse de Duguit (...), la grande révolution dans la recherche juridique, qui a été réalisée par le savant maître de Bordeaux » (81).

## II. — LE REFUS DU POSITIVISME JURIDIQUE

Si la prétention, émise par Duguit et soutenue par Bonnard, à faire du droit une science expérimentale, fondée sur l'observation des faits, a été si vivement critiquée par certains auteurs au nom de la spécificité des sciences normatives, c'est, en définitive, parce que ces auteurs considéraient qu'elle aboutissait inéluctablement à nier l'existence de tout droit donné objectivement à la conscience humaine et supérieur, de ce fait, au droit positif. Autrement dit, pour Gény, Le Fur et de nombreux autres juristes attachés, comme eux, à la notion de droit naturel, le positivisme philosophique professé par Duguit et Bonnard conduirait obligatoirement au positivisme juridique et, par là, à une véritable démission du juriste face au législateur positif (82). Nous allons tenter de démontrer ici qu'il n'en est rien et que le positivisme philosophique de Duguit et Bonnard, loin de les amener à rejeter le droit naturel, leur a, au contraire, permis de donner à celui-ci une vigueur nouvelle, en

(79) *Ibid.*

(80) Sur cette question, cf. NOYER, *op. cit.*, p. 222 et suiv., 382 et suiv., 637 et suiv.

(81) Compte rendu de LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'Etat. Essai d'une théorie réaliste du droit positif*, R.D.P., 1929, p. 350.

(82) M. VILLEY exprime parfaitement cette appréhension lorsqu'il écrit, à propos du positivisme scientifique : « L'idée réaliste du droit, c'est la démission du juriste, passif devant les désordres et les injustices, bientôt la désagrégation du droit. De toutes les philosophies qui persisteraient à défendre un positivisme absolu, c'est-à-dire à identifier la constatation des faits et l'appréciation des valeurs, je (...) dirai (...) qu'elles représentent un danger dont nous attendrions plutôt que la philosophie nous garde » (*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 95).

le faisant descendre de l'empyrée où l'on prétendait l'enfermer sur le terrain plus sûr des réalités sociales. A cet effet, nous procéderons comme précédemment, en évoquant d'abord la controverse à laquelle a donné lieu la position de Duguit sur le problème du droit naturel, puis en examinant la mise au point de Bonnard sur cette question et sa position personnelle (83).

#### A. — La controverse sur la position de Duguit à l'égard du droit naturel

La position de Duguit à l'égard du droit naturel a donné lieu à une controverse sinon plus vive, du moins plus embrouillée, que celle soulevée par son positivisme philosophique. La pensée du chef de l'Ecole de Bordeaux était, en effet, sur ce point, plus confuse. Comme le remarque Le Fur, Duguit « n'a jamais poussé à fond cette question de l'objectivité du droit » (84), et ses écrits autorisent, à ce sujet, les interprétations les plus divergentes. D'un côté, Duguit affirme nettement que le droit objectif s'impose aux gouvernants, législateur compris, au même titre qu'aux gouvernés. « La loi positive, écrit-il, ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit. Le législateur ne la crée pas ; il la constate ; et la loi positive ne s'impose que dans la mesure où elle est conforme à cette règle » (85). Mais, d'un autre côté, « jusqu'à la fin de sa vie, il a toujours protesté qu'il n'était pas un partisan du droit naturel » (86). Or, la supériorité du droit objectif sur le droit positif, note très justement Le Fur, « ne peut s'expliquer que de deux façons : ou bien il faut admettre la théorie sociologique qui affirme l'existence d'une volonté de la société dont la réalité est aussi certaine que celle de l'homme, et qui a une puissance très supérieure ; mais Duguit rejette cette explication... comme purement imaginaire ; ou bien il faut retourner à un droit naturel (ou rationnel, objectif), indépendant de la volonté des individus » (87). Il n'est donc pas étonnant que la pensée de Duguit ait donné lieu, sur ce point, à des interprétations particulièrement divergentes. « Ceux qui se tiennent logiquement à son idée maîtresse d'un droit sortant du fait, écrit Le Fur, rejettent son prétendu droit objectif distinct du droit posé par les gouvernants... Un second groupe comprend à la fois certains de ses disciples, qui veulent le tirer vers le droit naturel, et des adversaires qui lui reprochent de s'en

(83) Il ne sera question ici que du caractère objectif de l'ordonnement juridique, qui seul intéresse la question présentement envisagée. Sur les idées de Bonnard quant à la nature de l'élément objectif qui se trouve à l'origine des règles de droit, v. NOYER, *op. cit.*, p. 226 et suiv.

(84) *Les grands problèmes du droit, op. cit.*, p. 426.

(85) *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, I, p. 171.

(86) LE FUR, *op. cit.*, p. 427.

(87) *Ibid.*, p. 424-425.

trop rapprocher » (88). Encore cette présentation est-elle simplifiée, car il convient d'ajouter, d'une part, certains adversaires de Duguit qui lui reprochent non pas de trop se rapprocher du droit naturel, mais de ne pas admettre ouvertement une tendance qui leur paraît éminemment positive, et, d'autre part, certains de ses disciples, qui prétendent concilier son affirmation de l'existence d'un droit supérieur aux règles édictées par les gouvernants avec le positivisme juridique. Examinons rapidement ces différents points de vue.

*Duguit, contempteur obligé du droit naturel ?*

Le refus d'admettre l'existence d'un droit objectif distinct du droit édicté par les gouvernants et s'imposant à lui trouve une illustration particulièrement nette dans la doctrine de Jèze. On connaît la vigoureuse profession de foi qui ouvre la première édition des *Principes généraux du droit administratif* : « le droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux. Tout exposé théorique qui s'écarte de cette définition est, à mon avis, très critiquable : c'est une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste, le pire dans le genre ennuyeux, monument d'orgueil et d'inutilité certaine. Au lieu de règles ayant une valeur et une force sociale, on y trouve des préceptes qui n'ont d'autre appui que les préférences personnelles de celui qui les formule, d'autre fondement que son sentiment subjectif de la justice » (88 *bis*). A partir de là, Jèze ampute résolument la doctrine de Duguit de tout ce qui paraît la rapprocher du droit naturel, sans, d'ailleurs, approfondir autrement la nature exacte de ces rapports. En définitive, il considère qu'il y a, dans l'œuvre de Duguit, une contradiction entre la volonté proclamée de s'en tenir à l'observation stricte des faits et l'affirmation qu'il existe un droit supérieur à celui qui émane des gouvernants ou plus exactement, Jèze étant davantage positiviste « sociologue » que positiviste « juridique » (89), à celui qui est effectivement appliqué, et il résoud cette contradiction en sacrifiant purement et simplement celui de ces termes qui lui paraît le plus critiquable. Au fond, on retrouve là l'idée, précédemment évoquée, que le positivisme philosophique ne peut conduire qu'au positivisme juridique, à ceci près que cet enchaînement est considéré non plus comme la manifestation d'une démission de juriste, mais comme l'expression du seul rôle qu'il puisse légitimement revendiquer.

---

(88) *Ibid.*, p. 425.

(88 *bis*) *Les principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904.

(89) *V. supra*, p. 162.

*Duguit, adepte inavoué du droit naturel ?*

La seconde attitude, qui consiste à voir dans Duguit un adepte inavoué du droit naturel — que ce soit pour lui reprocher cette tendance ou, au contraire, pour la mettre à son crédit — est commune à un assez grand nombre d'auteurs. On la trouve, entre autres, chez Deslandres (90), Charmont (91), Michoud (92), Nézard (93), Gény (94), Le Fur (95), Ripert (96), Davy (97). La thèse commune à ces auteurs peut être résumée de la façon suivante. Si Duguit a toujours affirmé son hostilité au droit naturel, c'est qu'il a confondu cette notion avec la forme particulière, qu'elle a revêtu à une certaine époque, d'un « droit idéal, absolu, vrai d'une vérité géométrique, dont les hommes doivent travailler à se rapprocher constamment davantage » (98), forme sous laquelle elle était évidemment incompatible avec les exigences du positivisme philosophique. Or, si l'on écarte les présentations contingentes dont l'idée de droit naturel a fait l'objet au cours de sa longue histoire pour dégager l'essence même de la notion, on s'aperçoit qu'elle se ramène à « l'idée d'une règle s'imposant à l'homme en société, à part et au-dessus de la contingence des faits, capable, comme telle, de brider les volontés divergentes, et seule fondée à justifier les directions fondamentales du droit positif » (99). Ainsi conçu — et toute autre conception est à écarter comme confondant l'essentiel avec l'accessoire —, le droit naturel apparaît comme quelque chose de très proche du droit objectif de Duguit. Bien plus, le droit objectif de Duguit ne peut comporter les conséquences que celui-ci lui rattache que s'il est ouvertement rétabli dans sa véritable nature d'avatar du droit naturel. A partir de là, les auteurs précités se divisent : selon qu'ils sont ou non partisans du droit naturel, ils considèrent qu'il est « essentiel de réintroduire dans le système du droit objectif de L. Duguit ou, du moins, d'y redresser dans toute sa valeur la notion de droit naturel, faute de laquelle il devient ruineux » (100), ou reprochent, au contraire, à Duguit « un appel plus ou moins inconscient et contradictoire à cet idéalisme métaphysique qu'il combat » (101).

(90) « Etude sur le fondement de la loi », *R.D.P.*, 1908, p. 10.

(91) *La renaissance du droit naturel*, Duchemin, 1927, p. 198-199.

(92) *Les transformations du droit privé*, p. 185-188.

(93) *Revue générale d'administration*, 1912, p. 140-141.

(94) Compte rendu de *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, p. 508-510 ; *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, II, p. 248-253, IV, p. 173-175.

(95) *Les grands problèmes du droit*, *op. cit.*, p. 426.

(96) « Droit naturel et positivisme juridique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, n° 1, 1918, p. 34.

(97) « L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit », *Revue philosophique*, 1920, p. 272-276.

(98) *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 2<sup>e</sup> éd., 1911, p. 10.

(99) GENY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, II, p. 253.

(100) GENY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, IV, p. 174.

(101) DAVY, « L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit », *Revue philosophique*, janvier-juin 1930, p. 276.

*Duguit, partisan délibéré du droit naturel ?*

La troisième attitude, qui prétend concilier le positivisme juridique avec l'affirmation par Duguit de l'existence d'un droit supérieur au législateur positif, est celle de Réglade, qui écrit à propos de son maître : « Ses conceptions morales, son amour de la justice l'ont confirmé dans cette position (positiviste) qui permet de mieux réaliser la suprématie du droit vis-à-vis de l'Etat, et il ne cesse pas pour cela (...) d'être positiviste, aussi bien au point de vue juridique qu'au point de vue philosophique » (102). Réglade appuie cette affirmation quelque peu surprenante sur l'idée que « le droit supérieur de Duguit est déjà du droit positif dans sa pensée » (103). Sans doute Duguit ne dit-il nulle part expressément que la norme qui apparaît à la grande masse des consciences individuelles comme devant faire l'objet d'une sanction organisée est du droit positif. Mais, remarque Réglade, « il fait précisément de cette idée l'application qui en est la conséquence logique ; il dit que l'agent public doit, en cas d'insuffisance de la loi, rechercher quel est l'état de la conscience juridique d'une époque, faire application de cet état en cas de contradiction trop manifeste de la loi avec lui, modeler l'interprétation de la loi à chaque instant sur cet état » (104). Par ailleurs, cette idée cadre parfaitement avec sa conception de la loi, dans laquelle il voit un acte fait par les gouvernants, qui « sont des individus comme les autres et n'ont en aucune façon le pouvoir de formuler des ordres » (105). Il résulte, en effet, de cette conception, commente Réglade, que la loi « n'a pas de force impérative par elle-même, mais parce qu'elle constate et dans la mesure où elle constate et met en œuvre une règle de droit qui est la règle formée dans la masse des consciences individuelles d'une époque » (106). Et la conséquence que Duguit tire de cette conception de la loi — à savoir la possibilité pour les particuliers et les tribunaux de refuser d'appliquer une loi contraire au droit — confirme, aux yeux de Réglade, que « ce droit supérieur au législateur positif est bien lui-même du droit positif, puisqu'il doit être appliqué de préférence à la loi elle-même par les citoyens et par les tribunaux et qu'il doit, par conséquent, recevoir une sanction effective par la force matérielle de contrainte dont dispose l'Etat » (107). On voit tout de suite le point faible de cette argumentation. Il ne suffit pas d'affirmer que le droit supérieur de Duguit est du droit positif sur la foi d'affirmations — au surplus implicites — de Duguit lui-même. Il faut démontrer que le droit supérieur

---

(102) « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », *Archives de philosophie du droit*, 1932, p. 22.

(103) *Ibid.*, p. 57.

(104) *Ibid.*, p. 55-56.

(105) *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, II, p. 196.

(106) « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », *loc. cit.*, p. 56.

(107) *Ibid.*, p. 57.

tel que le conçoit Duguit est du droit positif, en s'appuyant sur une analyse de la notion de positivité permettant d'établir logiquement cette coïncidence. Tel est précisément l'apport essentiel de Bonnard.

## B. — Mise au point et position personnelle de Bonnard

Si Bonnard part, lui aussi, de l'idée que le droit supérieur de Duguit est déjà du droit positif ou, du moins, possède les caractères essentiels du droit positif, il n'en conclut pas, contrairement à Réglade, que Duguit doit être rangé parmi les adeptes du positivisme juridique. C'est là, semble-t-il, une attitude de bon sens. L'expression de « positivisme juridique » étant universellement comprise comme désignant les doctrines qui confondent les sources formelles et les sources matérielles du droit, il apparaît abusif de l'appliquer à une doctrine qui voit dans les sources formelles du droit un simple procédé de constatation du droit au sens matériel, même si l'on démontre, par ailleurs, que celui-ci comporte la même substance que le droit positif. Il est évident, en effet, que la notion de positivité reçoit, dans les deux cas, une portée profondément différente. Aussi Bonnard préfère-t-il compter Duguit parmi les partisans du droit naturel, en donnant à celui-ci une acception plus large que celle qu'il a généralement. Tel est le premier aspect de sa contribution au problème qui nous préoccupe, l'autre aspect étant constitué par la notion de positivité qu'il oppose à celle du positivisme juridique, et sur laquelle il fonde la démonstration de la coïncidence, simplement relevée par Réglade, entre le droit objectif tel que l'entend Duguit et le droit positif.

### *Duguit et la doctrine du droit naturel social.*

Reprenant l'idée que nous avons déjà trouvée sous la plume de Gény (108), Bonnard considère que l'expression « droit naturel » ne doit pas être limitée au droit universel et immuable, fondé sur une raison transcendante ou sur les prérogatives inhérentes à l'être humain, qu'elle a longtemps désigné. Elle doit être étendue à « tout droit donné objectivement à la conscience humaine » (109), même

(108) V. *supra*, p. 179.

(109) « Droit naturel et droit positif », *Revue internationale de la théorie du droit*, t. III, 1928-1929, p. 1, note 1. A rapprocher de la définition du droit naturel donnée in *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 22 : la doctrine du droit naturel, écrit Bonnard dans cet ouvrage, englobe toutes les conceptions des sources du droit qui distinguent les sources matérielles et les sources formelles, en envisageant « comme opérations séparées et émanant d'éléments distincts, d'une part, la détermination du contenu du droit et la formation de son caractère obligatoire et, d'autre part, l'extériorisation et l'expression du droit ».

si ce droit varie selon le temps et les pays (110). Dans ces conditions, il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer aux doctrines qui, comme celle de Duguit, voient dans les faits sociaux une source objective de règles de droit. C'est la doctrine du « droit naturel social », à laquelle Bonnard déclare expressément se rallier (111). Mais Bonnard va plus loin. Partant de l'idée que la doctrine française admet traditionnellement l'existence, au-dessus du droit positif, d'un droit naturel objectif, il considère que, sur ce point, Duguit est non seulement resté fidèle à la tradition juridique française, mais encore qu'il lui est resté plus fidèle que certains adeptes déclarés du droit naturel, qui lui ont pourtant reproché de ne pas s'y conformer. Cette affirmation surprenante appelle quelques explications.

a) Selon Bonnard, hormis quelques exceptions — à vrai dire notables, comme Carré de Malberg et Ripert —, les juristes français n'ont jamais adhéré au positivisme juridique qui a trouvé outre-Rhin des adeptes si nombreux et si fervents (112). L'affirmation a de quoi surprendre. Si, jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, notre histoire juridique témoigne d'une incontestable permanence de la notion de droit naturel, qui n'est, d'ailleurs, pas propre à la France, il en va tout autrement à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle où, « après la grande vogue de l'École historique et sous l'influence des tendances positives et agnostiques accréditées par l'« esprit scientifique », le mouvement de réaction contre le droit naturel (s'est) fort développé... en Angleterre, en Allemagne, même en France » (113). « Il n'est pas contestable, constatait Jèze en 1924, que l'essence du positivisme juridique imprègne encore, à l'heure qu'il est, la mentalité d'un grand nombre de jurisconsultes français » (114). Et, de fait, il serait possible d'ajouter aux deux auteurs cités par Bonnard bien d'autres auteurs dont l'attachement au positivisme juridique ne saurait être discuté (115). D'ailleurs, Bonnard ne reconnaît-il pas

(110) Aussi Bonnard estime-t-il inutile de forger des néologismes pour désigner le droit qui, tout en étant supérieur au droit positif, ne présente pas les caractères d'universalité et d'immuabilité du droit naturel « classique » : cf. sa réserve à l'égard de l'expression « droit transpositif » utilisée par G. BURDEAU, in « Les concepts de la science de l'Etat », *loc. cit.*, p. 256-257.

(111) V. *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 23.

(112) « Droit naturel et droit positif », *op. cit.*, p. 8, note 11 : « La plupart des juristes français, à la différence en cela des juristes allemands, ne sont pas allés au positivisme juridique. Ils admettent qu'au-dessus du droit positif, il y a un autre système de droit qui le domine : c'est l'idée du droit naturel ».

(113) GENY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, IV, p. 223.

(114) *Ibid.*, p. 224. Cette forte implantation du positivisme juridique au début du siècle est, d'ailleurs, attestée par les diverses études qui, à cette époque, s'efforcent de déceler les prodromes d'une « renaissance » du droit naturel (v. CHAUMONT, *La renaissance du droit naturel*, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1927, p. 7-8).

(115) A commencer par Jèze. On peut également citer May, Cuche, ainsi que Haesaert et Dabin, qui sont couramment mentionnés, à l'époque, à propos des grandes tendances de la doctrine française : V. GENY, « La notion de droit en France » *Archives de philosophie du droit*, 1931, n<sup>o</sup> 1-2, p. 26 ; LE FUR, *Les grands problèmes du droit*, *op. cit.*, p. 125. Pour une présentation rapide des

lui-même ce succès du positivisme juridique lorsqu'il écrit, dans la quatrième édition de son *Précis de droit administratif* : « Actuellement, le positivisme juridique, qui avait de nombreux adhérents, est de plus en plus abandonné » (116) ? Mais sans doute est-ce précisément le caractère éphémère de ce succès qui explique l'affirmation de Bonnard : envisageant les choses sur une longue période, il considère que le positivisme juridique n'a correspondu qu'à une rupture temporaire dans une longue tradition de fidélité au droit naturel (117). Peut-être, aussi, faut-il tenir compte du fait, souligné par Gény, que, même lorsque le positivisme juridique jouissait de sa plus grande faveur, de nombreux auteurs répugnaient à s'en réclamer formellement (118).

b) Quoi qu'il en soit, Bonnard affirme, de façon non moins surprenante, que Duguit se montre plus fidèle à l'idée de droit naturel que Gény et Le Fur, dont on a vu pourtant qu'ils reprochent à Duguit de méconnaître la véritable notion du droit naturel. Gény et Le Fur, constate-t-il en effet, « réduisent le droit naturel à quelques principes généraux en vertu desquels doit s'élaborer le droit positif » (119). Effectivement, considérant que l'admission du droit naturel soulèverait moins de difficultés si on cessait de le confondre avec des théories contingentes dont la commune erreur est « de prétendre en trouver de larges applications en toutes matières juridiques » (120), ces deux auteurs soutiennent que l'essentiel du droit naturel consiste seulement « en principes de justice extrêmement généraux et susceptibles de variétés et d'assouplissements infinis », et que, ainsi « réduit à un minimum de contenu », le droit naturel est « d'autant plus puissant et fécond (...) pour maintenir, dans le développement des règles juridiques, la poussée incessante vers l'idéal sans laquelle l'humanité resterait éternellement ballottée dans la lutte des intérêts et le tumulte des passions » (121). C'est ainsi que Gény place « le fonds essentiel du droit naturel classique » dans ce qu'il appelle le « donné rationnel », en précisant bien que celui-ci ne conserve « la valeur éminente dont il est digne » que dans la mesure où « il ne comprend que les

---

principaux tenants du positivisme juridique dans l'entre-deux guerres, cf. BRËTHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, p. 12 et suiv.

(116) *Op. cit.*, p. 23.

(117) L'avenir semble lui avoir donné raison : déjà, en 1939, M. WALINE estimait devoir présenter une « Défense du positivisme juridique » (*Archives de philosophie du droit*, 1939, n° 1-2, p. 83-96), et, en 1954, M. L'HUILIER, renouvelait ce plaidoyer en constatant que « le peu de crédit dont jouit le positivisme juridique auprès des auteurs français contemporains est un fait digne de remarque » (« Défense du positivisme juridique », *R.D.P.*, 1954, p. 941-956). Dans le même sens, cf. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », *Annales de philosophie politique*, n° 3, 1959, p. 205-229.

(118) *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, IV, p. 224.

(119) « Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 8, note 11.

(120) GENY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, II, p. 383.

(121) *Ibid.*, IV, p. 173-174.

préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme » (122), et qu' « on risque de l'épuiser, de le dépouiller de sa forte substance, à vouloir en tirer des solutions trop nombreuses et trop précises » (123). Et l'on sait qu'il ramène finalement ce donné rationnel à une « notion de justice » (124) à laquelle il découvre, il est vrai, une fécondité dont Ripert a pu légitimement s'étonner (125). De son côté, Le Fur considère que « le droit naturel proprement dit (...) ne contient que les applications immédiates de ce sens de la justice, universel chez l'homme, ce qui précisément lui a fait donner le nom de naturel, conforme à sa nature. Il ne comprend essentiellement qu'un très petit nombre de règles de fond, qui peuvent à la rigueur se ramener à deux. La première est l'obligation de respecter les engagements librement conclus (...). La seconde (...) est l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé... Si on y ajoute un troisième principe nécessaire, le respect de l'autorité, puisqu'il n'y a pas de société nombreuse sans autorité, et que, la société étant un moyen nécessaire à l'homme, l'autorité sans laquelle elle ne peut subsister doit donc aussi être respectée par lui, on a tous les principes du droit naturel » (126). Le danger de ces positions est évidemment, sous prétexte de sauver l'essentiel du droit naturel, de réduire celui-ci à quelques vagues principes incapables d'influencer de manière effective l'élaboration de la législation positive. Comme le remarque M. Waline, « le droit naturel devient quelque chose de si vague qu'il perd à peu près toute signification. Il revient, en somme, à dire, comme le fait remarquer M. le doyen Berthélémy dans les *Mélanges Hauriou*, que le droit positif doit autant que possible s'inspirer de ces trois maximes : " *honeste vivere* ", " *suum cuique tribuere* ", " *neminem laedere* " » (127). La doctrine de Duguit est, à cet égard, beaucoup plus ambitieuse, et le droit supérieur dont elle impose le respect au législateur positif trouve dans les faits sociaux une matière beaucoup plus riche que les quelques principes éthérés auxquels Gény et Le Fur prétendent se tenir. Le Fur a, d'ailleurs, bien vu le dilemme, et a tenté d'y échapper en distinguant le « droit naturel *stricto sensu* », évoqué plus haut, et le « droit naturel au sens large, dit aussi droit rationnel ou objectif » (128), qui consisterait dans un « développement du précédent pour le mettre en harmonie avec les besoins d'un temps et d'un pays donnés » (129) et se présenterait ainsi comme « infiniment plus complet, mais aussi plus variable que le droit naturel proprement dit, puisque, par hypothèse, il doit

---

(122) *Ibid.*, II, p. 380-381.

(123) *Ibid.*, p. 390.

(124) *Ibid.*, p. 390 et suiv.

(125) « Droit naturel et positivisme juridique », *loc. cit.*, p. 13-14.

(126) *Les grands problèmes du droit*, *op. cit.*, p. 181-183.

(127) « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *loc. cit.*, p. 531.

(128) *Les grands problèmes du droit*, *op. cit.*, p. 182.

(129) *Ibid.*, p. 194.

s'adapter aux besoins infiniment variés des sociétés qu'il est appelé à régir » (130). Mais, ce faisant, Le Fur tombe, semble-t-il, dans un nouveau dilemme. En effet, ou bien ce droit naturel au sens large participe de l'illusion dénoncée par Gény et lui-même, qui consiste à demander au droit naturel plus qu'il ne peut donner, ou bien il ne se distingue guère de la mise en œuvre des données du droit naturel au sens strict par la législation positive (131). En réalité, on ne peut échapper au dilemme précédemment évoqué, et garantir à la fois au droit naturel une certaine consistance et une action effective sur le droit positif, qu'en renonçant au dualisme entre droit naturel et droit positif et en voyant dans ces deux droits deux aspects distincts d'un seul et même droit. Autrement dit, le monisme que Le Fur a si véhémentement reproché à Duguit (132) apparaît comme la condition d'une doctrine du droit naturel pleine et cohérente. Telle est précisément l'idée sur laquelle Bonnard se fonde pour donner à la pensée de Duguit toute son ampleur et la défendre contre les critiques renouvelées du positivisme juridique.

#### *Droit naturel social et droit positif.*

Bonnard constate, en effet, que les arguments du positivisme juridique dans sa lutte contre le droit naturel se sont adaptés à l'évolution qu'a connue la doctrine du droit naturel. Tant que celui-ci fut présenté comme un droit universel et immuable, reposant sur un fondement transcendant ou sur des prérogatives inhérentes à l'être humain, le positivisme juridique opposa à cette prétention à l'universalité et à l'immutabilité les résultats des travaux de l'École historique. Puis, lorsqu'est apparue la doctrine du droit naturel social, qui donne au droit naturel un fondement social et le conçoit, dès lors, comme variable dans le temps et dans l'espace, le positivisme juridique a renoncé à l'objection politico-historique, devenue inopérante, pour se placer « à un point de vue purement dogmatique », lui permettant « de combattre le droit naturel sous toutes ses formes, aussi bien sous la forme individualiste que sous la forme sociale » (133). Son argument essentiel, de ce nouveau point de vue,

(130) *Ibid.*, p. 188.

(131) C'est ce qui ressort des déclarations de LE FUR lui-même, lorsqu'il écrit que le droit naturel au sens large est « celui dont les directives, suivies par les gouvernants d'une collectivité donnée, les amènerait à édicter en droit positif les règles (...) les plus conformes au bien public, en tenant compte de l'idée de justice qui le domine tout entier » (*Les grands problèmes du droit*, op. cit., p. 182). En effet, dans la mesure où le droit positif est ainsi présenté comme découlant du droit naturel au sens large, on est fondé à conclure que l'un et l'autre se ramènent à une même mise en œuvre du droit naturel au sens strict, sauf à admettre que celui-ci est impuissant à informer la législation positive.

(132) « Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », *Archives de philosophie du droit*, 1932, p. 194.

(133) « Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 2. L'ouvrage fondamental pour cette critique dogmatique du droit naturel, précise Bonnard, est *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* de BERGBOHM (1892). L'idée a été reprise par Kelsen dans divers écrits, notamment en langue allemande.

est que la coexistence du droit naturel et du droit positif crée, au sein du droit, un dualisme logiquement inacceptable, car ces deux systèmes de normes risquent de comporter des impératifs contradictoires et d'aboutir ainsi « à connaître une même norme juridique sous une double forme dont l'une est la négation de l'autre » (134), ce qui est évidemment contraire au principe de non-contradiction. Si tel est bien le cas, reconnaît Bonnard, le droit naturel est effectivement condamné et le droit positif doit être seul admis. Mais tel n'est précisément pas le cas, car la dualité irréductible que le positivisme juridique prétend établir entre le droit naturel et le droit positif repose sur une conception éminemment discutable de celui-ci. C'est ce que Bonnard s'attache à démontrer en dégageant d'abord les faiblesses de la notion de positivité retenue par le positivisme, puis en lui substituant une notion plus satisfaisante.

a) La notion de positivité dont le positivisme juridique fait découler la dualité irréductible du droit naturel et du droit positif se caractérise par deux éléments d'inégale importance, qui ont trait respectivement à la nature et à l'origine du droit positif.

1° Selon le positivisme juridique, le droit positif serait, par nature, une création artificielle d'une autorité humaine, de sorte qu'il n'exprimerait qu'un « devoir être » à caractère hypothétique, dont la réalisation exigerait une contrainte extérieure. Il s'opposerait par là au droit naturel qui, découlant avec évidence de la nature des choses, exprimerait un « nécessairement être » à caractère catégorique dont la réalisation s'imposerait d'elle-même, sans qu'il soit besoin de recourir, pour l'assurer, à une contrainte quelconque. Or, pour Bonnard, cette opposition est tout à fait factice et procède d'une série de confusions. En effet, « malgré son origine objective, le droit naturel n'a pas cette évidence qui l'impose à tous et entraîne son respect » (135). D'ailleurs, à supposer que la norme naturelle soit évidente, cela « détermine la représentation qu'elle doit être obéie », mais « n'implique pas du tout qu'elle sera obéie en fait » (136), car sa réalisation rencontre dans l'être humain, doué d'une conscience et d'une volonté libres, les mêmes obstacles que celle du droit positif. Dans ces conditions, on ne peut pas dire que le droit naturel exprime un « nécessairement être », une nécessité causale analogue à celle que comporte la loi de nature : il exprime seulement un « devoir être », au même titre que le droit positif. Par conséquent, la sanction est aussi utile à la réalisation du droit naturel qu'elle l'est à la réalisation du droit positif. Sans doute, en fait, le droit positif est-il seul sanctionné.

Mais il n'en résulte pas que les deux droits constituent des

---

(134) *Ibid.*

(135) *Ibid.*, p. 14.

(136) *Ibid.*

systèmes juridiques distincts. En effet, « la sanction (...) est pour la norme juridique un élément purement externe qui ne lui est pas nécessaire et qui ne contribue pas à constituer sa substance » (137) : elle n'intervient que pour transformer en être le devoir être de la norme, c'est-à-dire pour faire que la norme soit obéie en fait. Encore n'est-elle pas, même à ce niveau, absolument indispensable, car « pour les individus chez lesquels la représentation que la norme doit être obéie est assez forte, la sanction ne joue aucun rôle pour les déterminer à observer et réaliser la norme » (138). Ainsi, on ne peut opposer le droit naturel au droit positif en se fondant sur leur nature respective, car les différences que l'on prétend relever de ce point de vue « ou bien n'existent pas comme éléments de la positivité, ou bien, s'ils existent comme tels, ne déterminent pas de dualisme dans l'ensemble du système juridique » (139).

2° L'argument que le positivisme juridique tire de l'origine du droit positif mérite davantage d'attention. Il repose sur l'idée que le droit positif, créé arbitrairement par l'homme en dehors de tout donné objectif, tirerait son contenu et sa valeur impérative de la seule intervention de l'autorité qualifiée pour l'édicter, alors que le droit naturel, issu d'un donné objectif qui s'offre de lui-même à la conscience humaine, tirerait son contenu et sa valeur impérative de sa conformité à la nature des choses. Ainsi, « le droit naturel aurait une base purement matérielle, tandis que celle du droit positif serait purement formelle » (140), et il en résulterait une différence irréductible entre les deux droits, génératrice d'un risque permanent de contradiction : car « rien n'impose que le droit créé artificiellement par l'homme coïncide avec le droit qui lui est donné naturellement » (141). Selon Bonnard, cette conception de l'origine du droit positif est inadmissible, car elle implique une conception volontariste du droit qui se heurte à une impossibilité logique. En effet, si le droit positif, dans son contenu et sa valeur impérative, est une œuvre purement humaine, cela implique, de la part des individus qualifiés pour l'édicter, non seulement un acte de conscience, mais aussi un acte de volonté : « La norme existe parce qu'ils veulent qu'elle ait tel contenu et que ce contenu... soit doué d'un caractère impératif » (142). Or, si la volonté peut déterminer le contenu d'une norme, elle est impuissante à déterminer sa valeur impérative. En effet, « le contenu d'une norme est la formule d'une certaine activité humaine : il exprime comment doit être cette activité humaine. Or l'intelligence peut concevoir ce mode d'activité et la volonté peut vouloir qu'il devienne le contenu de la norme. Logiquement, cette

---

(137) *Ibid.*, p. 15.

(138) *Ibid.*

(139) *Ibid.*, p. 14.

(140) *Ibid.*, p. 3.

(141) *Ibid.*, p. 4.

(142) *Ibid.*

opération de volonté se conçoit parfaitement » (143). Tout au plus y a-t-il, à admettre l'origine volontariste du contenu d'une norme, un inconvénient pratique, qui tient à ce que, si la volonté détermine seule le contenu de la norme, sans qu'aucun élément externe s'impose à elle, ce contenu risque d'être arbitraire. En revanche, la valeur impérative d'une norme ne peut logiquement résulter d'un acte de volonté, et ceci pour trois raisons. Tout d'abord, « la création de l'impératif de la norme par une volonté suppose que cette volonté est une volonté commandante et, par suite, qu'elle possède une supériorité sur les volontés auxquelles la norme vient s'adresser » (144) : or Duguit a montré qu'une telle supériorité est inadmissible d'un point de vue positif, car les volontés humaines sont par nature égales entre elles. Par ailleurs, même en admettant qu'un impératif puisse être créé par une volonté supérieure, il ne peut en être ainsi « que lorsque cette volonté créatrice est autre que celles soumises à cet impératif », car « il est antinomique que l'individu se donne des ordres à lui-même » : ce qui rend la conception volontariste du droit logiquement inapplicable en régime démocratique, où, « théoriquement, la norme juridique positive et son impératif émanent des sujets mêmes de la norme », sauf à créer artificiellement un dualisme entre le producteur et le sujet du droit positif par la personnification de la nation ou de l'Etat (145). Enfin, le principe même de la création d'un impératif par une volonté paraît contraire à la logique, car il semble que la volonté puisse produire un être, mais non le devoir être en vertu duquel elle se détermine : s'agissant des normes, la volonté « peut faire que le devoir être de la norme se transforme en être », mais « ne saurait vouloir (...) l'impératif de la norme », car, « voulant en vertu de l'impératif, (elle) ne peut en même temps vouloir cet impératif » (146).

b) Si on écarte ainsi, comme logiquement inadmissible, la conception volontariste de l'origine du droit positif, les rapports du droit naturel et du droit positif apparaissent sous un jour tout à fait nouveau. En effet, remarque Bonnard, en reprenant une observation de Jellinek (147), l'origine du droit ne peut être conçue que d'une façon volontariste (le droit est le produit de la volonté humaine) ou d'une façon objective (le droit est le produit d'éléments extérieures à l'homme qui l'imposent à la conscience et à la volonté de celui-ci). Dès lors, récuser l'origine volontariste du droit positif conduit à donner à celui-ci une origine objective, c'est-à-dire une origine de même nature que celle du droit naturel : car « il n'est pas contesté que le droit naturel est un droit d'origine objective quant à

---

(143) *Ibid.*, p. 5.

(144) *Ibid.*, p. 6.

(145) *Ibid.*, p. 6-7.

(146) *Ibid.*, p. 7.

(147) *Ibid.*, p. 4, note 5. Cf. « l'origine de l'ordonnement juridique », *loc. cit.*, p. 49, note 1.

son impératif et quant à son contenu », et « on ne discute que sur la nature de l'élément objectif qui est le facteur de production du droit naturel » (148). Il n'y a plus, alors, qu'une source unique pour toutes les normes juridiques, et un monisme se substitue ainsi au dualisme dénoncé par le positivisme juridique. En définitive, l'erreur fondamentale d'un Gény ou d'un Le Fur est de prétendre faire coexister un droit naturel à fondement objectif et un droit positif à fondement volontariste, ce qui non seulement est illogique, mais encore les accule, pour conjurer le risque de contradiction que comporte un tel dualisme, à réduire le droit naturel à quelques vagues principes. Comme le constate M. Waline au vu de cette argumentation, « au fond, le grand problème est peut-être moins celui du droit naturel et du positivisme que celui de l'objectivisme et du volontarisme », que Bonnard a su poser « d'une façon tout à fait lumineuse » (149) (150).

c) Une fois admis que le droit positif ne peut avoir que la même origine objective que le droit naturel, il reste à situer ces deux droits l'un par rapport à l'autre, c'est-à-dire à dégager une conception de la positivité qui soit en harmonie avec ce monisme retrouvé. C'est ce que Bonnard s'attache à faire, en montrant que la positivité n'est qu'une qualité qui vient s'ajouter au droit naturel sans en modifier l'essence (151).

---

(148) *Ibid.*, p. 7. Bonnard rappelle, à ce propos, que l'individualisme du XVIII<sup>e</sup> siècle place ce facteur dans les droits individuels innés de l'être humain, que Duguit le place dans les rapports sociaux, qu'Hauriou a tenté d'établir une combinaison du point de vue social et du point de vue individualiste, et que lui-même « a essayé d'établir une doctrine purement sociale du droit sur la base de la théorie des valeurs humaines objectives » (p. 7-8). Sur cet aspect de sa pensée, cf. NOYER, *op. cit.*, p. 226 et suiv.

(149) « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *loc. cit.*, p. 530 (cf. « L'individualisme et le droit », Domat Montchrestien, 1949, p. 115). M. Waline se réfère, en la qualifiant de « remarquable », à la note précitée de « L'origine de l'ordonnement juridique », note qui ne fait que résumer l'argumentation contenue dans « Droit naturel et droit positif », sur laquelle nous nous sommes appuyé.

(150) Dans « Les concepts de la science de l'Etat » (*loc. cit.*, p. 230-274), Bonnard relève chez G. Burdeau une tentative analogue pour établir l'unité du droit malgré la coexistence du droit naturel et du droit positif. En effet, partant de l'idée que le pouvoir est une « énergie incluse dans le droit qui pousse à la réalisation du droit pour gouverner les hommes en vue de réaliser leur bien commun » et que cette énergie comporte « une puissance qui n'est que la puissance interne du droit tendant vers son exécution » (p. 259), G. Burdeau fait du pouvoir l'introduit du droit naturel dans le droit positif : « Le pouvoir est, par rapport au droit naturel, l'énergie qui est incluse dans ce droit, la force qui tend à réaliser son dynamisme. D'autre part, le pouvoir, par rapport au droit positif, a pour mission de formuler ce droit. Ainsi (...) il établit la liaison entre les deux droits (...). Il ne peut plus y avoir entre eux dualisme de fondement et de contenu » (p. 260-261). Mais Bonnard voit dans cette explication un exemple du risque de complication gratuite que comporte l'usage des concepts *a priori*.

(151) BONNARD (« Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 9, note 13) note que Duguit ne s'est guère penché sur la notion de positivité du droit « pour la bonne raison qu'il n'en tient pas compte ». En effet, pour Duguit, la règle de droit existe pleinement dès qu'elle a été saisie par la masse des consciences individuelles, et la coutume ou la loi viennent la constater sans rien y ajouter. On peut cependant dire, ajoute-t-il, que, dans le système de Duguit, la positivité

1° La démonstration de Bonnard s'appuie sur la distinction de la « valeur » du droit et de son « efficience ». La valeur de la norme juridique est faite de son impératif. La norme « vaut » dès lors que l'élément objectif — variable selon les conceptions — qui détermine son contenu établit également le devoir être de l'activité qu'elle prévoit : « Dès lors que ce qu'elle prévoit est à l'état de devoir être, d'impératif, elle vaut comme norme » (152). Cette valeur est l'élément essentiel de la norme qui, sans elle, n'existe pas en tant que norme, et qui, inversement, constitue une norme dès qu'elle possède la valeur (153). D'autres éléments viennent s'y ajouter qui, eux, ne sont pas des qualités substantielles de la norme. C'est d'abord l'efficience, que la norme possède « lorsqu'elle est conçue par ses sujets comme devant être obéie » (154) : c'est là une qualité tout à fait indépendante de la valeur de la norme, car l'élément objectif qui détermine la valeur de la norme ne dépend nullement de la représentation que les sujets se font de l'obéissance due à la norme. C'est, ensuite, l'efficacité, qui apparaît lorsque la norme est obéie en fait par les sujets auxquels elle s'adresse. C'est, enfin, la réalité, qui implique que le devoir être de la norme soit transformé en être par sa réalisation. Efficacité et réalité diffèrent de l'efficience en ce qu'il s'agit d'états de fait et non d'un état de conscience, mais elles sont tout aussi indépendantes de la valeur de la norme et pour les mêmes raisons. Ainsi, « la norme peut se concevoir comme passant par plusieurs états qui sont logiquement subordonnés les uns aux autres dans un certain ordre. D'abord, la norme est simplement valable lorsque son contenu est constitué en impératif. Puis, étant valable, elle peut devenir efficiente : c'est lorsqu'elle est conçue par ses sujets comme devant être obéie. Enfin, efficiente, elle devient efficace et réalisée lorsqu'en fait elle est obéie et lorsque son devoir être devient un être » (155).

2° Dans cette évolution, la positivité de la norme se situe au niveau de l'efficience. Elle apparaît lorsque la grande masse des sujets auxquels la norme est destinée conçoit celle-ci comme devant

---

du droit se réalise par la coutume et la loi, c'est-à-dire par certains modes de constatation de la règle de droit (sur le rôle de la loi et de la coutume dans la doctrine de Duguit, cf. REGLADE, « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », *loc. cit.*, p. 47 et suiv.). Il s'agit donc d'une conception purement formelle de la positivité, qui demande à être complétée par une conception matérielle allant plus au fond des choses. C'est là précisément l'objet de la conception qu'il propose. Cette présentation appelle, toutefois, quelques réserves : V. plus bas, p. 193.

(152) « Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 9.

(153) Il ressort clairement des lignes qui précèdent que la notion de valeur est employée ici pour désigner la portée impérative d'une norme, abstraction faite de l'élément subjectif qui détermine cette portée impérative. Cette notion apparaît sous une autre forme dans l'œuvre de Bonnard, pour désigner, cette fois, l'élément objectif dans lequel l'impératif de la norme prend sa source : cf. NOYER, *op. cit.*, p. 226 et suiv.

(154) « Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 10.

(155) *Ibid.*, p. 10.

être obéie (156) (157). Dès lors, le processus de formation du droit se présente de la façon suivante. Tant qu'il est simplement valable et ne possède aucune efficience, le droit est un droit naturel purement idéologique (158). Lorsqu'il acquiert une efficience limitée, c'est-à-dire lorsque l'idée qu'il doit être obéi gagne une élite restreinte, il perd son caractère purement idéologique, mais demeure du droit naturel. Enfin, à partir du moment où son efficience se généralise, il devient du droit positif. Dans ces conditions, le droit naturel ne se présente plus comme une sorte de droit idéal offert en modèle au droit positif, mais comme l'état premier d'un droit unique et toujours identique dans sa nature, dont le droit positif représente un état ultérieur. Droit naturel et droit positif se situent, en quelque sorte, à deux moments successifs d'un « *continuum* » juridique, qui va du droit simplement valable au droit réalisé en passant par diverses phases, lesquelles correspondent à des degrés différents de pénétration de la substance juridique dans le corps social, mais non à une mutation dans cette substance même. De cette façon, non seulement le risque de conflit entre droit positif et droit naturel est écarté, mais la subordination du droit positif au droit naturel est solidement assurée, puisque le droit positif n'est que le droit naturel lui-même auquel vient s'ajouter cette simple prise de conscience à quoi se réduit l'efficience (159).

---

(156) Bonnard précise qu'il n'est pas nécessaire que cette conscience de l'obéissance à la norme soit absolument générale : il suffit que les réfractaires « ne constituent qu'une minorité relativement restreinte » (« Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 10).

(157) Bonnard se sépare ici de Duguit. Alors que celui-ci considère que l'adhésion de la masse des consciences individuelles est à l'origine même du droit, Bonnard ne la fait intervenir qu'au niveau de l'efficience. Nous verrons, en effet, que, tout en demeurant fidèle à la doctrine du « droit naturel social », il adopte une conception différente de l'élément social dont procède le droit : V. *supra*, note 148.

(158) Ce droit naturel idéologique paraît assez proche de ce que GENY désigne sous le nom de « droit idéal » et qu'il présente comme un droit « dépouillé de toute réalité effective », se réduisant à « une représentation subjective dont le contenu (est), au plus haut point, influencé (...) par nos conceptions morales (...), par nos sentiments intimes (...), par notre pénétration rationnelle plus ou moins profonde du sens de la vie, du but de la société, de ses exigences et des besoins de l'individu » (*Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, I, p. 52-53). D'ailleurs, Geny admet que ce droit idéal n'est pas sans rapport avec le droit naturel (*ibid.*, p. 53, note 2). La notion de droit idéal se retrouve également chez des auteurs se réclamant du positivisme juridique, mais elle s'applique alors à tout droit antérieur à la constatation coutumière ou légale, fût-il conçu par la masse des consciences individuelles comme devant être obéi : cf. GENY, IV, p. 215-216 ; REGLADE, « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », *loc. cit.*, p. 58-59.

(159) Sur la fin de sa vie, BONNARD, s'interrogeant sur la légitimité du pouvoir issu de la « révolution nationale » de 1940, fera application de cette analyse au problème que soulève la juridicité de l'œuvre constitutionnelle élaborée par un pouvoir constituant originaire (cf. *Les actes constitutionnels de 1940*, L.G.D.J., 1942, p. 8-14). Quand un pouvoir constituant s'exerce en dehors de toute habilitation constitutionnelle, lors de la création d'un nouvel Etat ou à la suite d'une révolution qui a fait table rase du régime en place, l'œuvre constitutionnelle qu'il réalise, en substituant aux institutions anciennes des institutions nouvelles, repose-t-elle sur « des actes juridiques produisant des situations juridiques » ou constitue-t-elle seulement « des opérations de fait n'entraînant que des situa-

3° Reste à savoir comment se manifeste cette efficience généralisée qui marque le passage du droit naturel au droit positif. A cet égard, Bonnard reprend le critère classique de la constatation légale ou coutumière (160), mais la logique même de la notion de positivité sur laquelle il s'appuie l'amène à en modifier sensiblement la portée. En effet, lorsqu'on voit dans le droit positif le droit formulé et sanctionné par l'Etat, comme le fait la doctrine courante, on est conduit à donner la première place au droit écrit, qui seul fait l'objet d'une intervention expresse de l'autorité étatique, et à reléguer la coutume dans un rôle secondaire, qui, d'ailleurs, paraît encore

tions de fait » ? Pour les adeptes du positivisme juridique, remarque Bonnard, c'est évidemment la seconde solution qui s'impose : si le droit « n'existe que par et dans la loi positive » émanant « des organes institués par la constitution, les actes (...) d'un pouvoir constituant originaire étant faits en dehors de toute constitution ne peuvent pas avoir valeur juridique parce qu'ils ne comportent pas émission de la loi positive ». Mais c'est là une solution « tellement (...) contraire aux faits » qu'elle ne peut être retenue, si ce n'est comme une preuve supplémentaire des insuffisances du positivisme juridique. Reste, alors, à expliquer comment un pouvoir dénué de toute habilitation constitutionnelle peut néanmoins accomplir des opérations d'ordre juridique et produire des effets de droit. C'est ce que permet la conception de l'origine du droit fondée sur l'idée de droit naturel social complétée par la notion d'efficience. Si l'on admet, en effet, que le droit est composé d'un ensemble de règles considérées par la masse des consciences individuelles comme étant indispensables à la survie du corps social et comme devant faire l'objet, à ce titre, d'une sanction socialement organisée, il peut parfaitement arriver, « vu les changements dans la situation politique et sociale des nations et (...) les déformations inévitables des régimes politiques, (...) qu'une constitution cesse d'être l'exact ordonnancement vital de la nation, parce qu'elle ne correspond plus aux nécessités de l'existence nationale ». Or, en pareil cas, « la constitution perd (...) sa valeur juridique », et sa suppression n'est donc pas une violation du droit mais, « au contraire, (...) un acte conforme au droit ». Par ailleurs, « vu le nouvel état politique et social qui s'est établi dans la nation, il existe nécessairement une nouvelle constitution qui correspond aux exigences actuelles de l'existence nationale et forme ainsi l'ordonnancement vital de la nation. C'est cette nouvelle constitution qui a valeur juridique et qui constitue le droit constitutionnel existant. Ce nouvel état du droit constitutionnel devient efficient lorsque la masse des consciences individuelles (...) le reconnaît et y adhère ». Dès lors, les opérations constitutionnelles d'un pouvoir constituant originaire « ont un caractère juridique et sont conformes au droit puisqu'il s'agit de faire disparaître des institutions devenues contraires au droit et de faire surgir celles qui se trouvent être actuellement conformes au droit ». Ainsi, « avec cette conception du droit qui existe par cela seul qu'il est l'ordonnancement vital de la société assorti de sanctions, qui devient efficient par l'adhésion de la masse des consciences individuelles, les révolutions peuvent produire du droit constitutionnel en dehors de toute légalité constitutionnelle ou ordinaire lorsqu'elles élaborent une constitution conforme à l'ordonnancement vital de la communauté politique résultant des nécessités de l'existence nationale. C'est par les mêmes raisons que s'explique la juridicité de la constitution d'un Etat nouvellement créé. La constitution de cet Etat aura valeur juridique (...) dans la mesure où elle contiendra réellement l'ordonnancement vital du nouvel Etat ».

(160) Il semble que Bonnard ait parfois été tenté d'admettre l'existence de règles de droit non écrites d'origine purement rationnelle, qui figureraient dans le monde du droit sans avoir fait l'objet d'une quelconque élaboration coutumière. C'est, tout au moins, ce que donne à penser un passage du *Précis de droit administratif* (4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 105), dans lequel la règle selon laquelle l'administration est tenue de donner à ses actes un motif réellement existant est présentée comme « un principe (...) imposé au monde du droit par la pure raison », sans aucune référence à la notion de coutume. Cet exemple demeure, toutefois, isolé, et cette règle elle-même est présentée dans d'autres écrits de Bonnard, comme une règle coutumière (V. plus loin, note 164).

excessif au regard de cette conception, dont les tenants devraient normalement dénier à la coutume le caractère de droit positif (161). Au contraire, dès lors qu'on définit le droit positif par l'efficience, la coutume, qui se caractérise précisément par le fait que la masse des individus se la représente comme devant être obéie (162), apparaît comme « l'état normal du droit positif avant qu'il ne soit un droit écrit, c'est-à-dire droit positif formulé par l'Etat. La forme coutumière est l'étape normale que franchit le droit positif avant d'être droit écrit » (163) (164). Ainsi la notion de positivité dégagée

---

(161) BONNARD (« Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 12) remarque, en effet, que cette conception courante de la positivité, fondée sur l'intervention de l'Etat, conduit logiquement à refuser à la coutume, qui se forme sans cette intervention, le caractère de droit positif, voire le caractère de droit tout court si on se réclame du positivisme juridique. Et il constate qu'aucune des théories imaginées pour échapper à ce dilemme n'est satisfaisante. La théorie romano-canonique, qui voit dans la coutume une loi tacitement consentie par le législateur, se heurte au fait que l'Etat subit la coutume plus qu'il ne l'accepte (elle vise, d'ailleurs, à permettre à l'Etat de modifier la coutume par la loi positive). Quant à la théorie anglo-saxonne, qui voit dans la coutume un « *judge made law* », elle se heurte au principe selon lequel le juge ne crée pas le droit, mais se borne à appliquer à des cas particuliers un droit préexistant.

(162) REGLADE (« Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », *loc. cit.*, p. 59) récuse cette conception de la coutume au motif que « la coutume, comme la loi, est un mode de constatation et non un mode de création du droit » et que « le droit coutumier est non seulement efficient mais efficace puisqu'il est en fait obéi ». Il y a là, semble-t-il, une double méprise sur la pensée de Bonnard.

1° Bonnard considère la coutume non comme un mode de création, mais bien comme un mode de constatation du droit. L'erreur de Reglade sur ce point vient de ce qu'il confond les positions de Duguit et de Bonnard quant au rôle de la masse des consciences individuelles dans le processus de formation du droit. C'est ce qui apparaît clairement lorsqu'il écrit que, pour Bonnard, « le stade de la coutume semble... se confondre avec le stade du droit formé par la grande masse des consciences individuelles » et en conclut que Bonnard voit dans la coutume un mode de création du droit. Or l'adhésion de la masse des consciences individuelles ne joue pas le même rôle dans la formation du droit pour Duguit et pour Bonnard : alors que Duguit la fait intervenir à l'origine même du droit, pour transformer la norme sociale en norme juridique, Bonnard ne la fait intervenir qu'au niveau de l'efficience, comme manifestation de la prise de conscience par la masse des individus de l'obéissance due à une norme juridique préexistante : V. plus haut, note 157.

2° Bonnard ne nie pas que la coutume puisse être efficace, c'est-à-dire pratiquement obéie. Il soutient seulement que ce n'est pas là le caractère essentiel de la coutume, et que celle-ci existe pleine et entière dès lors que la masse des individus considère qu'elle doit être obéie. C'est ce qui ressort nettement des termes mêmes qu'il emploie : « la coutume (...) n'existe pas du fait que la norme est pratiquement obéie. Elle existe parce que la masse des individus se la représente comme devant être obéie » (« Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 13). Ceci dit, on peut admettre, avec Reglade, que l'efficacité conditionne, dans une certaine mesure, l'efficience de la coutume, car c'est l'obéissance répétée à la coutume qui permet de déceler le sentiment de la masse des individus quant à l'obéissance qui lui est due.

(163) « Droit naturel et droit positif », *loc. cit.*, p. 13. Le fait que les Etats de droit écrit n'admettent la coutume comme droit positif qu'à titre exceptionnel n'infirmes en rien cette thèse, précise Bonnard, car « il n'y a là qu'une question de compétence reconnue au juge par l'organisation étatique ». En effet, dans un système de droit écrit, le juge n'est pas habilité à tenir compte de la coutume. Mais « de ce que le juge ne peut pas tenir compte d'une norme qui n'est pas encore formulée par l'Etat, mais qui, cependant, est généralement reconnue comme devant être obéie, il ne s'ensuit pas que le phénomène d'efficience ne puisse pas subsister : donc il y a coutume et droit positif. Seulement

par Bonnard fait une large place au mode le plus spontané de constatation du droit, que la notion courante de positivité tend à écarter au profit de la constatation par l'autorité étatique. Elle ne se borne donc pas à fournir un fondement matériel à la conception formelle de la notion de positivité retenue, au moins implicitement, par Duguit, qui reste tributaire, semble-t-il, à cet égard, de la doctrine courante. Elle réagit sur ces éléments formels de la positivité en modifiant, sinon leur nature, du moins leurs rapports, par une réduction de la part faite à l'intervention étatique dans la constatation du droit. De cette restauration de la coutume (165) résulte un élargissement notable du droit positif, qui cadre parfaitement avec la doctrine du droit naturel social, laquelle implique que la qualité de droit positif soit reconnue aussi largement que possible aux normes juridiques issues des faits sociaux. Et c'est probablement pour avoir négligé de se pencher sur cette notion de positivité, que Duguit est arrivé au paradoxe, relevé par Réglade, de ne jamais qualifier expressément son droit objectif de droit positif tout en

---

ce droit reste à l'état purement théorique. Les individus, sachant que le juge n'en tiendra pas compte, ne seront pas portés à le réaliser, quoiqu'ils le considèrent comme devant être obéi ». La situation est évidemment toute différente lorsque c'est le juge lui-même qui se trouve à l'origine de la coutume, c'est-à-dire lorsqu'on se trouve en présence de règles de droit « consacrées par le long usage (...) après avoir été formulées par la jurisprudence » (*Précis*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 96 ; nous verrons plus loin que cette hypothèse est à distinguer de celle où la jurisprudence est érigée en source « autonome » du droit, et que Bonnard se montre beaucoup plus réservé à l'égard de cette seconde forme d'intervention du juge dans l'élaboration des règles de droit : V. la note 166 et les passages auxquels elle renvoie).

(164) Comme exemples de règles coutumières consacrées par le droit public français, BONNARD cite, au fil des développements de la quatrième édition de son *Précis de droit administratif*, le pouvoir réglementaire reconnu au chef de l'Etat sous le régime des lois constitutionnelles de 1875 (V. p. 285), la possibilité donnée au gouvernement, sous ce même régime, de légiférer par voie de décrets-lois (V. p. 295 ; V. également « La réforme des taxes locales », *Revue de science et de législation financière*, 1927, p. 377, « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *R.D.P.*, 1927, p. 250, note 1, et *La guerre de 1940 et le droit public*, L.G.D.J., 1940, p. 14), le principe de l'égalité d'admission à la fonction publique (V. p. 464), certaines dispositions concernant les positions des fonctionnaires avant que la loi du 14 septembre 1941 ne vienne régler la matière (V. p. 473), la définition de la faute et de la peine disciplinaires (V. par 488 et 489 ; V. également *De la répression des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, Impr. Cadoret, 1903, p. 28, et note sous C.E., 3 juillet 1931, LE SCORNET, *Recueil Sirey*, 1932, III, p. 58). On peut ajouter la règle selon laquelle l'administration est tenue de donner à ses actes des motifs réellement existants, encore que Bonnard semble ne pas être parfaitement fixé sur la nature exacte de cette règle (V. plus haut, note 160). Doivent, enfin, être considérées comme des règles coutumières les règles contenues dans des textes de droit privé et qui font l'objet d'une transposition en droit public, où elles ne sont pas, en principe, applicables (« Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p. 387).

(165) La formule d'Hauriou à propos de la doctrine de Duguit — « un retour offensif de la coutume, opposée à la loi, supérieure à l'Etat » — convient mieux, on le voit, à l'œuvre de Bonnard, qui fait à la coutume une place beaucoup plus privilégiée que celle de Duguit : en ce sens, V. LANGROD (« L'influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », *loc. cit.*), qui rappelle la formule d'Hauriou pour en souligner le caractère excessif (V. note 62).

y rattachant des conséquences qui impliquent clairement ce caractère (166).

Ainsi, la notion de positivité dégagée par Bonnard aboutit, à la fois, à réconcilier le droit naturel et le droit positif au sein d'un ordonnancement juridique unique, à subordonner étroitement le droit positif au droit naturel, et à étendre au maximum le champ du droit positif. Triple résultat qui fait de la doctrine du droit naturel social l'un des efforts les plus hardis jamais tentés pour fonder théoriquement l'emprise d'un droit supérieur sur le législateur étatique, et assurer par là la limitation de l'Etat par le droit.

Bernard NOYER,

*Maître de conférences*  
à la Faculté de droit de Bordeaux.

---

(166) Une autre manifestation, d'ailleurs complémentaire, de la place privilégiée que Bonnard fait à la coutume, est la définition très large qu'il donne de cette notion. Pour lui, il faut entendre par « coutume » non seulement les « véritables coutumes » que sont les « règles de droit consacrées par le long usage », mais aussi les autres sources non écrites de la légalité, qui doivent être assimilées à la coutume proprement dite. La notion de coutume englobe donc, à ses yeux, les principes généraux du droit, et même les simples usages administratifs, dans la mesure, plus réduite, où ceux-ci constituent une source de droit pour l'administration (V. *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 96-97). Cette conception témoigne, comme on le voit, d'une certaine méfiance à l'égard de la jurisprudence, qui n'est pas considérée comme un mode de constatation « à part entière » du droit supra-positif, et n'est reçue comme source du droit, tout au moins en ce qui concerne la partie générale de l'ordonnancement juridique, que dans la mesure où elle s'appuie sur une coutume, dont elle peut, d'ailleurs, être l'origine (*cf.* plus haut note 164). Cette méfiance est tout à fait dans la logique de la notion de positivité proposée par Bonnard. En effet, si la forme coutumière est l'état normal du droit positif avant que celui-ci ne soit formulé par les autorités étatiques, il va de soi que cette base coutumière est aussi nécessaire pour les règles dégagées par le juge que pour les règles dégagées par le législateur. Le fait que la jurisprudence puisse être elle-même à l'origine d'une coutume ne change théoriquement rien à l'affaire, puisqu'elle ne devient source de droit, dans cette hypothèse, qu'après avoir reçu une consécration coutumière.