

Jules VUILLEMIN *

RÉSUMÉ

On distingue *société civile* ou société gouvernée par la loi et *régime civil* ou régime des droits subjectifs protégés par la loi. On s'interroge pour savoir si le fondement du régime civil est l'expérience ou la raison.

SUMMARY

Civil System, Law and Reason.

Civil society and civil system are distinguished. Civil society is ruled by law. Civil system has subjective rights protected by law. The question is whether civil system is founded upon experience or upon reason

L'AUTEUR

Professeur honoraire de philosophie de la connaissance au Collège de France. A consacré la plupart de ses travaux à la philosophie des sciences exactes et à l'histoire de la philosophie. Le présent article est sa première publication en langue française sur la philosophie du droit.

Les révolutions à l'Est de l'Europe, la crise du communisme en Russie et en Chine ont montré l'inviabilité intérieure des collectivismes totalitaires.

La fin de la guerre froide met quelque peu dans l'embarras juristes et philosophes. Car si quelques-uns ont refusé de faire l'apologie de l'oppression, tous ont cru viable ce qu'ils voyaient exister depuis près de trois-quarts de siècle. Sans pour autant tenir la balance égale entre les parties, ils s'étaient efforcés de comprendre ces sociétés où l'on brocardait les libertés bourgeoises au nom de l'égalité et de la justice. Par une pente naturelle, beaucoup d'entre eux en étaient venus à ne plus examiner et critiquer ces libertés que sous le jour le plus sévère.

Le moment est venu d'une appréciation plus sereine.

Je décrirai d'abord ce que sont le régime civil et les droits personnels qui lui sont propres. Je chercherai ensuite ce qui spécifie ces droits, juridiquement parlant. L'enquête conduira enfin à s'interroger sur les rapports du droit et de la raison.

* Collège de France (Paris).

I - Le régime civil

Quelqu'opposition qu'on relève entre le régime civil d'une démocratie occidentale et ce qui en tient lieu dans un État communiste, il reste qu'ici et là on reconnaît un certain nombre de droits qui font partie du régime civil. Ces droits sont des statuts qui s'attachent à l'homme et au citoyen dans un état donné de civilisation. Citons, parmi les libertés civiles, l'égalité civile qui suppose abolis esclavage et servage, les individus ne dépendant que d'eux-mêmes pour le choix de leur travail et disposant d'une certaine liberté d'aller et de venir, d'un nom qui leur est propre et qu'il leur appartient de faire valoir sans avoir à vaincre l'obstacle de castes ou d'états héréditaires et le *connubium* aujourd'hui entendu comme contenant le libre consentement des époux à leur union, et, parmi les libertés politiques, les différents droits dans lesquels la trace d'une lutte pour l'égalité vient se confondre avec l'exercice d'une fonction sociale : droit de suffrage et d'éligibilité, droit d'égalité devant la justice, d'égale aptitude aux fonctions publiques, droit d'être juré, témoin et soldat, droit d'être imposé suivant un tarif fixé par la loi. Du principe de fraternité découle d'autre part un faisceau de droits relatifs au bénéfice des services et des avantages publics, à l'instruction, à la sécurité sociale et à l'assistance. La liste de ces droits communs marque assez l'affinité entre la condition juridique d'un Russe et celle d'un Français et l'écart qui l'oppose à celle d'un Yéménite. On est donc fondé à appeler *société civile* en général toute société qui sanctionne la violation des droits qu'on vient d'énumérer. On nommera *régime civil* au sens propre une société civile pleinement développée, c'est-à-dire dans laquelle ces droits, caractéristiques de statuts et de fonctions, sont complétés et renforcés en venant s'intégrer dans le système plus ou moins achevé de ce qu'il est convenu de ranger dans la rubrique des droits subjectifs. La société civile et ses droits relèvent de la vie publique. Les droits spécifiques du régime civil paraissent tous servir une fin unique : séparer de la sphère de cette vie publique une sphère de la vie privée. A cet effet, ils mettent en jeu trois moyens : asseoir l'existence matérielle sur un fondement juridique solide, développer l'autonomie morale par des droits appropriés, protéger enfin cette séparation et cette autonomie en confiant leur aménagement au droit public, finalement subordonné, pour sa légitimité, à la réalisation des droits subjectifs.

Le droit de propriété définit l'existence matérielle de la vie privée. Conçu dans sa plénitude, il s'étend aux moyens de production et se transmet par succession. Il qualifie le droit d'égalité civile en établissant l'égalité dans le partage des successions. Il contient l'*abusus* et donc la liberté d'aliéner, de commercer, d'entreprendre. La liberté des contrats recouvre, en principe, le contrat

de travail, en dépit des bornes imposées par les ententes patronales et le droit syndical. L'inviolabilité du domicile, la sûreté, la liberté de conscience, à certains égards la liberté de culte et la liberté d'enseignement garantissent l'autonomie morale de la vie privée. Les droits de pétition, de réunion, d'association, la liberté de la presse et la publicité des opinions, complétées par la liberté religieuse et la liberté d'enseignement subordonnent la vie publique aux fins de la vie privée.

La nature particulière de ces nouveaux droits s'entendra mieux par comparaison avec celle des droits reconnus à toute société civile. Celle-ci accordait la prééminence à l'élément de fonction et de statut social. Le régime civil attache le droit sinon à la présence, du moins à la présomption d'un intérêt privé. L'expérience n'associe ni directement ni immédiatement une fonction à cet intérêt. En conséquence, le droit est pour l'individu, non plus statut social, mais propriété de l'individu. Lorsqu'un droit découle d'une fonction en tant que telle, objectivement identifiable, il se trouve automatiquement et actuellement acquis à celui à qui il échoit. Le statut fait foi. Bien au contraire, les droits du régime civil ont quelque chose de virtuel. Chacun les possède, mais en puissance seulement et sous des conditions qui dépendent de son sort et de son talent. Incompatible avec les classes juridiques, ce régime est donc compatible avec des classes de fait et avec l'existence d'un prolétariat effectivement exclu de ces titres juridiques. De tels droits ne sont donc, pour ainsi dire, appropriables par l'individu qu'en vertu d'une initiative dont l'entreprise privée fournit le meilleur exemple. Juridiquement, c'est un élément de volonté (plutôt que d'intérêt) et une déclaration de volonté qu'on demandera au droit public de protéger. Le positivisme considère même que, le droit se définissant par la sanction qui s'attache à la violation d'une norme, le droit subjectif ne se distingue du droit objectif sur lequel il est fondé que par la faculté laissée aux individus de mettre en mouvement la sanction en cas de violation de la norme en opposition avec les sanctions qu'appelle automatiquement la violation d'une norme objective, sur l'initiative de l'organe désigné par la norme, sans rapport avec la partie lésée, comme le fait voir le droit pénal ¹.

II - Le droit

J'ai tenté, jusqu'à présent, de décrire l'opposition entre société civile et régime civil. Mais en précisant que les droits subjectifs n'expriment qu'une technique juridique particulière², le positivisme avertit que les prétentions spécifiques que nous leur avons associées : virtualités appropriées par des individus et surtout fins qui se subordonneraient le droit public tout entier, loin d'appartenir au contenu de ces droits, n'expriment que des vœux ou des

1. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard Un. Press, 1945, I, VI C d.

2. *Ibid.*, I, VI, D.

exigences idéologiques répondant à l'institution du capitalisme privé³. Il est bien vrai que, parce qu'elle trouve son compte dans l'intérêt individuel, cette institution confie à l'acteur potentiel, victime de la lésion, par exemple la partie d'un contrat que l'autre partie refuse d'exécuter, le soin de mettre en mouvement la sanction⁴. Il est même vrai que le droit pénal emprunte au droit civil sa forme de controverse entre deux parties : l'organe public et l'accusé⁵. Ces techniques, cependant, n'impliquent aucune priorité des droits subjectifs sur le droit objectif. Le droit peut d'ailleurs s'en passer : « La sanction pourrait très bien être appliquée par un organe public, sans être aucunement précédée par l'action d'un autre organe public dans le cas du droit pénal ou d'une partie privée dans le cas du droit civil. Si l'ordre juridique était de cette nature, il créerait encore un devoir juridique de s'abstenir de l'illicite, mais il ne donnerait plus à personne un droit subjectif à l'accomplissement d'un tel devoir. On ne peut concevoir aucun droit subjectif sans un devoir correspondant, mais il peut très bien exister un devoir juridique sans un droit subjectif (au sens strict) correspondant »⁶.

J'ai cité Kelsen.

Sa méthode était doublement prometteuse. La *Théorie générale du droit et de l'État* décrivait un ordre juridique universel et neutre, sans s'engager dans les revendications contradictoires des démocraties capitalistes et des systèmes à parti unique du communisme ou du capitalisme d'État. D'autre part, en purifiant le droit des idéologies rivales pour borner l'attention du juriste à ce qu'il y a d'objectif dans les justifications normatives, en substituant, par conséquent, aux concepts finalistes que contiennent les traités d'autrefois des concepts purement techniques, Kelsen pouvait passer pour le Galilée du droit. Tant qu'on regardait le droit objectif comme établi pour protéger les droits subjectifs, on procédait en effet à la manière des philosophes de l'École quand ils prétendaient qu'on n'a compris un mouvement que lorsqu'on a identifié sa fin. S'en tenir aux techniques, c'est renoncer à assigner au droit un but, c'est le définir intrinsèquement, comme fait le physicien avec le principe d'inertie.

Ne tirons pas ici argument de l'écrasement du fascisme et du nazisme. La défaite n'est pas une réduction à l'absurde. Le dépérissement intérieur des régimes communistes, en revanche, met en question le positivisme et la *Théorie générale* s'il montre que la société civile, laissée à elle-même, aspire à se transformer en régime civil et ressent l'absence des droits subjectifs comme une privation, la contrainte communiste comme une prison. L'Europe de l'Est a connu et connaît encore une période de flottement juridique dont la description fait difficulté pour le positivisme. Ce dernier fait sa place à la désuétude des lois⁷, quand la coutume

3. *Ibid.*, I, VI, E.

4. *Ibid.*, I, VI, D.

5. *Ibid.*, I, VI, D.

6. *Ibid.*, I, VI, D.

7. *Ibid.*, I, X C f.

leur fait obstacle en tirant d'ailleurs de la constitution sa légitimité destructrice. Mais, dans le cas qui nous occupe, la désuétude naît d'un défi que n'ose plus relever l'autorité. Les individus interprètent la faiblesse de l'autorité comme une permission tacite. Bientôt, ils ne se contenteront plus de voir l'illicite toléré. Ils demanderont qu'une sanction punisse ceux qui, conformément à la norme constitutionnelle, s'opposeraient à l'exercice de la liberté nouvelle. Cependant, tant que cette concession n'est pas arrachée, le droit auquel prétend le contestataire reste purement subjectif, non pas relativement à un acteur potentiel mettant en branle une procédure de réparation, mais au sens où l'individu s'arroge un titre que l'État ne lui a pas reconnu et qu'il n'a pas accepté de protéger. Un tel titre, dont le droit objectif n'associe la violation à aucune sanction, relève du droit naturel. Le positivisme rejette le droit naturel dans l'idéologie. L'histoire présente fait foi, pourtant, qu'il est la source des changements juridiques qui permettent de passer de la désuétude d'une interdiction à la permission du comportement interdit, puis de cette permission à la reconnaissance de la légitimité du comportement désormais protégé sous le nom de liberté.

Dans les sciences de la nature, on peut, on doit renoncer aux fins, car en dépit de Dante, il n'y a pas d'amour qui meut le soleil et les autres étoiles⁸. Le droit en revanche et ses institutions sont inconcevables hors des croyances et des volontés humaines.

Kelsen use d'un argument péremptoire pour réfuter ceux qui refusent de réduire les droits subjectifs à des techniques juridiques particulières. « S'il y a, écrit-il, un problème du droit subjectif, on doit supposer une règle juridique. Il ne peut y avoir de droits subjectifs s'il n'y a pas d'abord la loi... Tant qu'un droit subjectif n'a pas été garanti par l'ordre juridique..., il n'est pas encore un droit à proprement parler. Il est transformé en un droit à proprement parler par la garantie de l'ordre juridique. C'est dire que le droit objectif précède les droits subjectifs ou leur est concomitant »⁹.

L'argument ajoute un sophisme à un truisme. C'est un truisme d'affirmer que les droits subjectifs demeurent incomplets tant que la loi n'a pas mis à leur service la force de sa sanction. C'est une pétition de principe, interdisant toute intelligence de l'évolution juridique, de rejeter hors du droit positif les droits subjectifs non garantis, en dépit des transformations qu'ils font subir au droit objectif, sous prétexte qu'ils n'ont pas acquis leur effet entier. A ce sophisme on doit encore l'étrange doctrine qui définit le droit par la sanction attachée à la violation de la norme. Car c'est ainsi confondre la question de la modalité du droit avec la question de son contenu. En principe et aux réserves près qui résultent des prélèvements, des contrôles et des limitations inévitables de l'autorité de tutelle pour organiser la garantie des droits subjectifs, la thèse de Kant reste valable : les droits subjectifs dans leur

8. « L'amor che move il sole e l'altre stelle » (dernier vers du Paradis).

9. Hans Kelsen, *Ibid.*, I, VI C c.

état présomptif ou provisoire, c'est-à-dire comme prétentions du droit naturel, ont même contenu que ces mêmes droits devenus péremptoires ou définitifs par la grâce de la protection publique et une fois constitués en régime civil¹⁰. C'est une chose de déduire la transformation modale que reçoit un droit subjectif lorsqu'il est sanctionné et qu'il acquiert, pour ainsi dire, force de loi. C'est une autre chose de déduire comme tel et dans son contenu un droit en attente de sanction, que, le cas échéant, un citoyen ou un homme revendique au mépris des lois et des sanctions établies.

L'élément de but fait partie intégrante du droit. C'est par où tout droit est, par quelque côté, subjectif. Ainsi, le droit de nationalité ou d'autodétermination circonscrit géographiquement le droit public auquel le droit privé demande la reconnaissance. Encore faut-il identifier avec exactitude l'élément du but dans le droit. Attentif à la lutte pour le droit et aux risques encourus, une tradition qui remonte à Hegel, trouve chez von Ihering et Marcel Hauriou son expression mesurée et sa forme caricaturale chez Sorrel et les partisans de l'action directe, définit le but par le risque : on est prêt à sacrifier le tout pour sauver la partie. Quelque valeur toutefois qu'on accorde à la volonté et au courage, quelque affinité qu'on découvre entre risques politiques encourus dans le combat pour le droit et risques civils caractéristiques du régime de la propriété et de l'entreprise privée, on ne saurait assimiler le but du droit avec les moyens souvent violents auxquels les individus recourent pour imposer sa reconnaissance. L'émeute peut être pour le droit ou contre lui. L'émeute ne fonde donc ni le droit, ni le droit à la reconnaissance du droit¹¹. Ce n'est donc pas non plus parce qu'il risque le tout pour la partie qu'un individu ou un groupe contraint, pour ainsi dire, le pouvoir politique à protéger le droit, objet du risque. Comment la société se sentirait-elle obligée si elle regardait par exemple cet objet comme un privilège ou comme un abus ? Il faut donc qu'elle y décèle un intérêt commun ou du moins quelque objet que la majorité tient, tacitement peut-être, mais indéniablement, pour un bien. Ce bien, chacun devrait pouvoir le revendiquer pour soi. La formule qui légitime le risque n'est pas ici : « le tout pour la partie »¹², mais « un pour tous ». A cette condition, à cette unique condition le sacrifice fonde la reconnaissance du droit. Que la matière du droit relève du civil ou du politique, peu importe. La déduction de la reconnaissance est, dans tous les cas, achevée quand on a démontré que la réclamation est faite au nom de l'universalité.

10. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (1797), *passim*; J. Vuillemin: « Ist Kants Begründung des Besitzrechts vollständig », *Actes du Congrès kantien de Mainz* (sous presse).

11. Qu'on lise le chapitre VIII (« Le Régime Civil ») des *Principes de Droit Public* de Maurice Hauriou (Larose et Tenin, Paris, 1910); sur le lien étroit qu'Hauriou établit entre régime civil et faire valoir d'une propriété (p. 351). L'émeute n'est pas l'état souhaité pour ce faire valoir.

12. Selon l'expression d'Hauriou (*op. cit.*, pp. 547-548). L'idée de combat pour le droit a été développée dans l'opuscule d'Ihering, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1872.

III - La raison

La facilité de la déduction quand il s'agit de modalité et qu'il ne faut plus que passer du présomptif au péremptoire ne doit pas laisser présumer qu'une égale simplicité devra se retrouver et se

retrouvera dans la déduction qui porte sur le contenu du droit. Une telle présomption sert de prétexte à ceux qui, dans les systèmes totalitaires, refusent les droits subjectifs. « La société civile, disent-ils, contient tous les droits dont la prétention est incontestable. Avec les droits subjectifs et le régime civil commence la protection des intérêts égoïstes et des avantages particuliers. On a quitté le droit pour la lutte des classes ».

Ce qui rend ce discours captieux, c'est que l'obligation morale est spécifiquement sinon uniquement universelle, et qu'en calquant l'obligation juridique sur l'obligation morale on crée la pire des confusions entre deux sortes de devoir, d'obéissance, de sanction et de liberté. Tout ce qu'on peut et qu'on doit concéder au collectivisme, c'est cet argument négatif que le contenu des droits subjectifs ne doit pas être contradictoire avec l'universalité. C'est à quoi se résume la thèse libérale : le marché fait agir une main invisible et les intérêts égoïstes tournent, tout bien compté, à l'avantage général. En régime civil et tout animés qu'ils soient par l'égoïsme, les hommes ne peuvent, grâce à la coïncidence des buts, avancer leurs propres affaires sans avancer, peu ou prou, l'affaire collective de la satisfaction des besoins¹³. Dire que les droits subjectifs ne contredisent pas l'universalité du droit, c'est affirmer que le capitalisme et la division de la société en classes, supposés par ces droits, ont, en général, assuré la satisfaction des besoins de tous. Ils l'ont fait au détriment de l'égalité, ou du moins sans se soucier d'elle. Mais l'égalité juridique, réquisit universel du droit, n'implique pas l'égalité de fait. D'autre part les performances avérées du socialisme en ce domaine dispensent des raisonnements comparatifs. Laisser-Faire et compétition ont plus d'efficacité que les plans administratifs pour régler une production et des échanges qui dépendent de techniques en évolution permanente, aléatoire et imprévisible.

On se rapprochera de la déduction proprement dite du contenu des droits subjectifs si l'on remarque que l'universalité est une condition nécessaire, mais non suffisante de leur reconnaissance. La reconnaissance, en effet, attache à la violation d'un droit présumptif une sanction qui le rend péremptoire. Or l'application de la sanction relève non plus des sujets du régime juridique, mais d'organes publics qui ont désarmé les citoyens, monopolisé la force et qui exercent des droits qu'on a justement appelés droits de domination. De tels droits, par définition, s'exercent sur des hommes libres. Mais libres en quel sens ? Au sens de la simple société civile ou à celui du régime civil dans sa plénitude ?

Choisir le premier sens, c'est opter pour la doctrine du contrat social. Certes cette doctrine, au moins sous la forme que lui a donnée Rousseau, déduit du contrat social le droit de propriété¹⁴ et elle ne laisse pas d'associer à l'acte moral qui nous fait passer de l'état de nature à l'état de citoyen la considération d'un échange

13. von Ihering, *Der Zweck im Recht*.

14. *Du contrat Social*, Livre I, Chap. IX: « Ce qu'il y a de singulier dans cette aliénation, c'est que, bien qu'en acceptant les biens des particuliers la communauté les en dépouille, elle ne fait que leur en assurer la légitime possession, changer l'usurpation en un véritable droit, et la jouissance en propriété ».

Jules Vuillemin

Régime civil, droit et raison

15. *Ibid.*, Livre II, Chap. IV: « ... il est si faux que dans le contrat social il y ait de la part des particuliers aucune renonciation véritable, que leur situation, par l'effet de ce contrat, se trouve réellement préférable à ce qu'elle était auparavant, et qu'au lieu d'une aliénation, ils n'ont fait qu'un échange avantageux d'une manière d'être incertaine et précaire contre une autre meilleure et plus sûre, de l'indépendance naturelle contre la liberté, du pouvoir de nuire à autrui contre leur propre sûreté, et de leur force que d'autres pouvaient surmonter contre un droit que l'union sociale rend invisible ».

16. *Ibid.*, Livre III, Chap. XVI.

17. *Ibid.*, Livre II, Chap. XI; Livre III, Chap. IV.

18. *Ibid.*, Livre IV, Chap. I.

19. On notera la sympathie du positivisme pour la doctrine du contrat social (Kelsen, *op. cit.*, II, IV, B a 2).

20. Mommsen, *Droit Public Romain*, trad. française, VI.1, 351, 356. « Le mot *lex* désigne l'engagement d'un sujet de droit envers un autre sujet et cela, toujours en ce sens qu'une partie formule les conditions de l'engagement et a l'initiative, tandis que l'autre se soumet à ces conditions. L'idée s'étend à tout le domaine du droit, sauf à modifier son application dans chaque milieu. En droit privé, la *lex* est le contrat proposé par une partie, accepté par l'autre; en droit international, les *leges* sont les conditions de traité de paix imposées par le vainqueur au vaincu; dans le droit public, la *lex* est l'engagement proposé au peuple par son chef. La relation inégale des deux parties qui se présente dans toute *lex* n'implique d'ailleurs pas nécessairement la subordination de l'une à l'autre, mais l'inégalité inhérente aux rapports de celui qui fait une proposition à celui qui l'accepte » (cité par M. Hauriou, *op. cit.*, p. 219).

avantageux, profitable aux situations acquises¹⁵. Mais parce que ce contrat suppose l'aliénation et qu'il interdit la possibilité d'aucun contrat politique¹⁶, la liberté qu'il produit, d'ailleurs indissociable de la liberté morale, ne fait qu'un avec l'obéissance absolue à la loi, et c'est la loi qui fixe les degrés d'inégalité et de richesse qu'il convient de tolérer¹⁷. La volonté générale est supposée perdre de vue l'intérêt commun quand les intérêts particuliers s'affrontent, que de petites sociétés les défendent¹⁸. L'universalité est encore ce qui fixe, quoiqu'indirectement, le contenu de la liberté¹⁹.

Des deux constituants de la volonté, l'autonomie légalisatrice et l'arbitre, la doctrine du contrat social ne retient que la première. Plus proche des données de l'histoire, la doctrine du contrat politique fait à la seconde sa place. Un tel contrat, par exemple sous la forme de la loi comitiale romaine, suppose la séparation des deux constituants. Le magistrat convoque le peuple et lui propose un texte : c'est là l'action législative. Le peuple répond *oui* ou *non* : c'est ici le jeu de l'arbitre. En vertu de la stipulation par laquelle le peuple s'engage s'il dit *oui*, le contrat, rencontre instantanée de deux volontés, se transforme sur le champ en une institution durable. De plus, autonomie et arbitre, sans être inégaux par nature, le deviennent du fait de leurs rôles respectifs²⁰. La première propose et propose en vue de l'universel. Le second, qui empiète sur ce rôle dès qu'on lui accorde le droit d'amendement, ne peut qu'accepter ou refuser. Mais il peut refuser. Et cette volonté-là, infinie pour reprendre le mot de Descartes, ne se subordonne à aucune condition d'universalité.

Dans le pacte d'aliénation l'arbitre résilie toute faculté de dire *non*. Rien ne saurait limiter la puissance terrible du Souverain. Dans le contrat politique, en revanche, préfigurant tous les équilibres de séparation, l'arbitre se maintient séparé de l'autonomie. Le problème de l'autolimitation du Souverain s'évanouit aussitôt, puisque les droits de domination viennent à s'exercer sur des hommes libres, par définition pourvus du droit de *veto* quand ils sont assemblés en comices.

Le contrat social anéantirait les droits subjectifs. Il ne lui est donc pas possible de les reconnaître. Si ces derniers sont possibles, leur reconnaissance relève d'un droit public fondé sur un contrat politique. Reste à les déduire dans leur contenu.

Il est commode de les regrouper, avec Kant, sous les trois rubriques des droits réels, personnels et personnels-réels : propriété foncière, contrats commerciaux, mariage. Qu'on fonde la propriété du sol sur la première occupation ou sur le travail, qu'on réduise les contrats aux conventions synallagmatiques ou qu'on les étende aux conventions dans lesquelles une partie adhère à la proposition de l'autre partie, qu'on limite le mariage au contrat ou qu'on l'ana-

lyse comme une institution, dans tous les cas on part d'un intérêt individuel exclusif dont la donnée n'est due qu'au hasard des rencontres, au privilège des dons naturels, au mieux aux mérites qui auront fait fructifier ces dons. *Beati possidentes!* Comment un droit a-t-il pu naître de ces accidents? Comme on peut aisément dans chacun des trois droits qu'on a distingués faire la part de l'élément égoïste et individuellement appropriable, on se bornera à poser la question et à essayer d'y répondre pour le droit de propriété.

Les droits subjectifs sont ceux d'une sociabilité insociable.

On aura garde de ne pas simplifier leur déduction qui, si l'on fait abstraction de la reconnaissance qui sanctionne leur violation, procède en trois moments distincts.

Le premier est de nature empirique. Locke, qui l'a mis en valeur, s'en est contenté²¹. L'usage d'un bien matériel, durable et *a fortiori* périssable, exclut autrui pendant la consommation. C'est là une vérité analytique puisqu'en empêchant l'exclusivité on empêcherait la consommation. Il est également vrai qu'en consommant on s'exclut de la consommation qui occupe autrui au même instant. Ce double fait d'expérience suggère une réciprocité d'exclusion et les besoins de la vie imposent l'extension de la réciprocité d'exclusion à la consommation différée, au travail qui la rend possible, à la terre qu'on travaille. En somme, c'est à la nature que remonterait le droit de propriété entendu comme exclusion réciproque acceptée d'un commun accord, puisque c'est la nature qui a associé de façon nécessaire l'idée de l'usage d'un bien à l'idée d'exclusivité et qui facilite la généralisation de cette association à cause des avantages que tous en tirent.

L'empirisme des situations acquises ne suffit pas. Puisque la propriété est un droit en lui-même virtuel, compatible, on l'a vu, avec l'existence des classes, il faut que le renoncement réciproque de tous les possédants, qui s'explique assez par l'intérêt de chacun d'eux, s'étende, cette fois sans requérir de réciprocité, à ceux qui sont privés de propriété, faute de quoi la guerre des classes détruira le régime civil. Cette extension n'est imaginable que si l'on accorde à la propriété, outre sa faculté de satisfaire les intérêts des possédants, une fonction d'utilité générale propre à gagner la volonté d'adhésion des non possédants. Ces derniers pourront, à mesure de leurs soins, de leurs dons et de leur chance, accéder à la propriété. La réalisation de leur espérance dépendra de la mobilité sociale, chose précaire et variable mais dont je ne crois pas que les sociologues aient démontré que les régimes civils causaient, par eux-mêmes, la stagnation.

Ni les exigences de l'usage des biens, ni les espérances de posséder n'épuisent le contenu juridique du droit de propriété. Ces deux moments, en effet, s'accorderaient avec un droit qui exigerait un constant exercice pour subsister. Or c'est le trait le plus singu-

21. J. Locke, *Concerning Civil Government, Second Essay*, V, surtout 26-27. Le travail n'est accompli qu'en vue d'une consommation différée.

lier de la propriété – mais un trait qui se généralise à tous les droits personnels – qu'elle veut un titre de reconnaissance exorbitant du simple exercice. Le surplus requis porte à la fois sur la durée et sur la valeur sociale. La propriété stabilise la possession et donne à l'exclusion une portée indéfinie que le droit de succession prolonge au-delà de la mort. En fixant la valeur sociale du bien, elle précise, d'autre part, la nature subjective du droit. Au-delà de la valeur d'usage, ce qui est devenu librement aliénable a acquis une valeur d'échange. Si la valeur d'usage se rapporte à un sujet empirique fait de désirs et de volontés intermittents, la valeur d'échange met en présence des substances subjectives identifiables toujours et par tous et elle appelle donc la personnalité juridique²².

Les deux premiers moments de la déduction se réclamaient le premier de l'empirisme de l'usage, le second de la sociologie de l'espérance. Pour isoler le troisième, il fallait le rationalisme pratique d'un Kant. « La raison, dit à peu près Kant, est au principe des droits subjectifs – et par là du droit objectif qui a pour seule fin de la protéger – parce que la convention générale d'exclusion par laquelle chacun s'engage à ne pas troubler la jouissance paisible de son droit par autrui ne serait ni complète ni sûre si elle demeurait emprisonnée dans les bornes des mobiles qui l'ont imposée ou suggérée. L'individu qui réfléchit sur les conditions de l'usage, le groupe qui s'interroge sur l'intérêt d'une classe sera toujours tenté d'exciper de circonstances exceptionnelles d'espace et de temps pour retirer ou monnayer son consentement. La raison seule est propre à nous sortir d'embarras et elle ne le peut qu'en déclarant *a priori* vaines – comme c'est sa vocation de le faire – les prétendues exceptions d'espace et de temps opposées à l'universalité de l'exclusion réciproque. C'est encore une maxime d'universalité que la raison adopte ici, non plus cependant pour mettre la force de tous au service de la loi, mais pour affranchir de toute condition empirique l'exclusion consentie au regard des situations privées. C'est donc un acte d'abstraction relatif au divers de l'espace et du temps qui fonde la distinction entre possession et propriété et cet acte est le sceau que la raison pratique impose sur les droits personnels »²³.

Fondement de la propriété, des droits subjectifs en général et finalement de tout l'édifice du droit, l'exclusion réciproque, universelle et inconditionnelle réalise la synthèse de l'intérêt, de la fonction et de la personnalité. Chacun des trois éléments possède une signification et une portée spécifiques. Retirez l'intérêt. Vous retirez à la liberté le gage qui la sert à borner le Souverain. Mais la possession qui est rare et suppose l'exercice spécialise le sujet dans telle ou telle activité professionnelle. La fonction est au service de tous : sans elle, pas de paix civile. Mais, faite de croyance et d'espérance, cette paix ne se maintient ou ne s'impose que lors-

22. Sur ces différents traits, M. Hauriou, *op. cit.*, p. 286, p. 345, p. 666, p. 674.

23. J. Vuillemin, *op. cit.*

que les groupes s'accordent pour constater l'intérêt commun. A cette fin, ils se tournent vers les institutions politiques et le droit public, dont l'arbitrage ne saisit les individus que distribués dans les factions en lutte : là Ectémores²⁴, et Eupatrides, ici Plébéiens et Patriciens. C'est seulement dans la jouissance d'un droit sans contrepartie d'exercice actuel que le sujet acquiert la personnalité, libéré des entraves de la spécialisation professionnelle et des engagements de la vie publique. C'est alors qu'il fait l'expérience de sa condition juridique comme vie privée, rendu par le loisir, ainsi que le voulaient les Anciens, libre d'éduquer à sa guise sa personnalité morale. Ainsi, la vie privée, centrée sur le domicile inviolable, là où vit la famille et viennent les amis, n'a plus, sauf quand il faut précisément la défendre, de but qui lui soit extérieur. Elle est à elle-même son propre but. Elle est l'acte du droit.

* *
*

L'atomisme social est la philosophie du régime civil.

Heidegger, Gentile, Sartre ont répudié celle-ci sous le prétexte que celui-là émiette, qu'il isole, qu'il assoupit. Un droit qui n'est pas une fonction n'est pas un droit, une fonction qui donne un titre qu'on n'exerce pas est une dérobade aux obligations qui découlent du droit. La Belgique punit ceux qui n'accomplissent pas leur devoir électoral. Y a-t-il rien de plus dérisoire que ces droits subjectifs à l'exercice desquels le régime civil est tenu d'obliger exactement comme le Souverain de Rousseau contraint ses citoyens à la liberté ?

On s'étonne que des philosophes n'aient pas pris le temps de comparer avec les défauts du régime civil les inconvénients des régimes qui amputent l'homme de ses droits subjectifs. Il est vrai que ces inconvénients avérés, proclamés même, et les désordres civiques qui en résultent ne dessillent pas tous les yeux.

La question est ailleurs. Elle est dans la qualité de la vie privée, puisque l'atomisme subordonne le droit à la vie privée. Mais cette qualité, qui ne fait qu'un avec l'éducation de soi par soi et qui définit l'état de la civilisation, dépend évidemment de l'éducation générale et du but que celle-ci se propose. L'atomisme requiert impérieusement que ce but ce soit la formation de la liberté en comprenant sous ces mots aussi bien l'exercice méthodique de l'attention et de l'esprit critique pour assurer à l'esprit l'autonomie du jugement et du goût que la discipline de travail et de vie sans laquelle la volonté si forte, si constante que l'ait faite la nature ne parviendra pas à l'autonomie de décision ou, si elle y parvient, ne la soutiendra jamais.

En cette matière fondamentale, nos régimes civils d'aujourd'hui sont loin du compte. Nos systèmes éducatifs avouent-ils la

24. Ectémores: paysans de l'Attique cultivant les terres des Eupatrides et ne gardant pour eux que la sixième part (M. Hauriou, *op. cit.*, p. 232).

poursuite d'une fin ? Si cette fin demeure la formation de la liberté, l'omniprésence et l'uniformité des médias, les loisirs de masse, l'idéologie égalitaire, la substitution de l'image au concept, la subordination de l'éducation générale aux apprentissages techniques, tout jusqu'aux prétendues sciences pédagogiques, tout se ligue dans la société et à l'école pour empêcher les régimes civils d'aujourd'hui d'avoir les moyens de leur fin.

La crise de l'éducation, si, comme il est probable, elle tient ses promesses, ne détruira pas le régime civil, car elle n'est pas incompatible avec l'atomisme. On continuera de reconnaître aux atomes sociaux des droits subjectifs en tant que ces droits sont fondés sur un intérêt et sur une fonction. L'élément de raison pratique, en revanche, tombera en désuétude. On apercevra alors dans l'histoire que nous avons vécue une fausse perspective construite sur le conflit entre systèmes libéraux et collectivistes. Une fois dissipée l'illusion socialiste, on verra que s'affrontaient sourdement, à l'intérieur des systèmes libéraux, deux conceptions opposées des libertés civiles et politiques, l'empirisme de Locke et le rationalisme de Kant. En paraissant recevoir l'atome social au principe du droit, l'histoire que nous vivons nous place devant le choix. Ou bien la liberté consentie par la nature à l'atome se situe, pour reprendre un thème cher aux sciences du comportement, « au-delà de la responsabilité et de la dignité » ; elle n'agrée la raison qu'à titre d'instrument destiné à optimiser l'usage des biens. Ou bien, née peut-être de l'évolution des instincts mais présentement affranchie de ses origines, la liberté a partie liée avec la responsabilité et la dignité de l'homme. Le droit ne se confond pas avec la morale pas plus que la légalité d'une action ne permet de présumer sa moralité. Mais si la liberté morale n'était pas l'acte de la raison pratique, c'est vainement qu'on chercherait à déduire l'inconditionnalité des droits subjectifs.