

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GénY. 1934.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

- *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

RECUEIL D'ETUDES
SUR
LES SOURCES DU DROIT

EN L'HONNEUR DE
FRANÇOIS GÉNY

TOME II

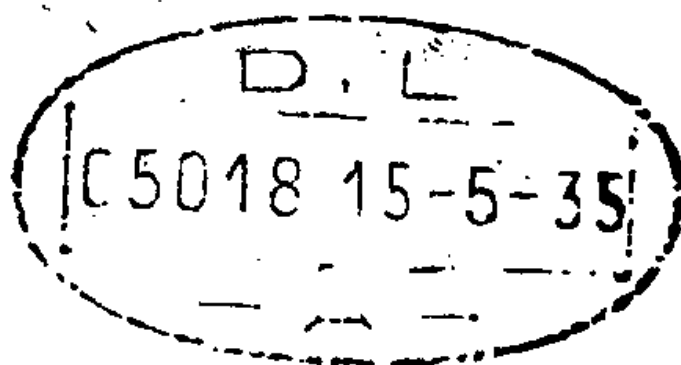
LES SOURCES GÉNÉRALES DES
SYSTÈMES JURIDIQUES ACTUELS

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

Société Anonyme
22, rue Soufflot, PARIS (V.)



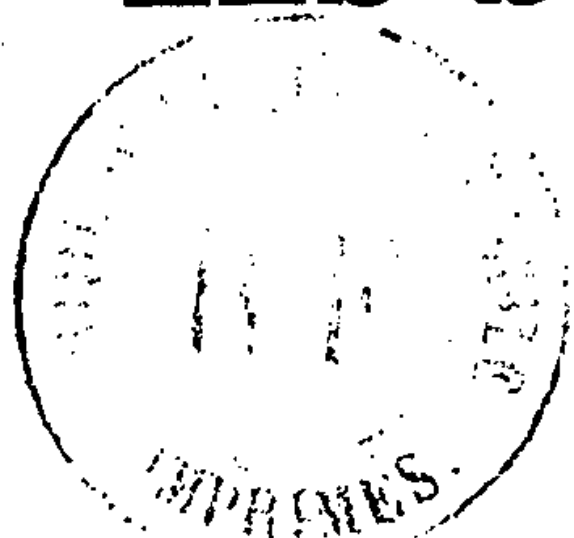
LES SOURCES DU DROIT



Li F
3144 (2)

B

RECUEIL D'ETUDES
SUR
LES SOURCES DU DROIT



EN L'HONNEUR DE
FRANÇOIS GÉNY

LES SOURCES GÉNÉRALES DES
SYSTÈMES JURIDIQUES ACTUELS

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

Société Anonyme
22, rue Soufflot, PARIS (V.)

Table des matières du tome II

	Pages
TITRE I. — L'influence de l'œuvre de Gény dans ce domaine d'études	1
CHAPITRE I. — L'œuvre de Salcilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit, par Eugène GAUDEMET, <i>professeur à l'Université de Strasbourg</i>	5
CHAPITRE II. — La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise, par B. A. WORTLEY, <i>professeur à l'Université de Birmingham</i>	16
CHAPITRE III. — L'influence de Gény sur les conceptions et les méthodes aux Etats-Unis, par Mitchell FRANKLIN, <i>professeur à Tulane University, New Orleans</i>	30
CHAPITRE IV. — L'œuvre de François Gény et ses résultats, par P. VASILESCO, <i>professeur à l'Université de Cernăuți, Roumanie</i>	48
TITRE II. — Le système juridique. — Les instruments de son unité organique	61
CHAPITRE I. — Les principes généraux du droit, par Alberto DEL VECCHIO, <i>professeur de philosophie du droit à l'Université de Rome</i>	69
CHAPITRE II. — Les sources du droit au point de vue général de la pédagogie, par Xavier JANNE, <i>doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège</i>	85
CHAPITRE III. — La « regula juris » et la « definitio in jure civili », par J. STELLA-MARANCA, <i>Université de Bari</i>	91
CHAPITRE IV. — L'action d'enrichissement sans cause dans le projet italo-français de code des obligations, par Mario RICCA-BARBERIS, <i>professeur à l'Université de Turin</i>	112
CHAPITRE V. — Le legs avec charge, catégorie juridique, par Henri SIMONNET, <i>professeur à l'Université de Nancy</i>	128
CHAPITRE VI. — La notion de règle de conduite, par Adrian STOOP, <i>Université de Leyde</i>	140

	Pages
CHAPITRE VII. — Le Standard juridique par Al. <u>SANBOURY</u> , professeur à l'Université Egyptienne	144
CHAPITRE VIII. — Quels motifs donnent naissance à la fiction légale historique, par L.-L. FULLER, professeur à l'Université d'Illinois	157
CHAPITRE IX. — Les survivances d'une forme de la propriété collective et leur interprétation, par Joseph DELPECH, professeur à l'Université de Strasbourg	177
TITRE III. — La législation dans ses rapports avec les autres sources du droit	191
CHAPITRE I. — L'objet commun des titres III à VIII et la répartition des matières entre ces titres	191
CHAPITRE II. — Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, par Henri CAPITANT, professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut	204
CHAPITRE III. — Modes d'interprétation, par Gustav RADBRUCH, Université d'Heidelberg	217
CHAPITRE IV. — Le problème des sources du droit et la fonction de la loi, par J.-M. PÉRITCH, professeur à l'Université de Belgrade	227
CHAPITRE V. — Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme juridique aux Etats-Unis, par Fowler Vincent HARPER, Indiana University Law School	243
TITRE IV. — La coutume	269
CHAPITRE I. — Le droit coutumier espagnol moderne, par Rafael ALTAMIRA, juge à la Cour Permanente de Justice Internationale, professeur à l'Université de Madrid	269
CHAPITRE II. — Recherches sur la problématique du droit coutumier, par Walter HEINRICH, professeur de droit à l'Ecole supérieure de Brno	277
TITRE V. — La jurisprudence	303
CHAPITRE I. — L'interprétation du droit civil d'après la jurisprudence roumaine, par Alexandre COSTIN, président à la Cour d'appel de Bucarest	303
CHAPITRE II. — La jurisprudence peut-elle instituer en Hongrie des règles de droit privé, par Edmond KUNCZ, professeur à l'Université de Budapest	314
TITRE VI. — Le contrat	333
CHAPITRE I. — L'essor moderne du concept contractuel, par Louis JOSSERAND, doyen de la Faculté de droit de Lyon.	333

CHAPITRE II. — L'ordre économique et la liberté contractuelle, par Georges RIPERT, <i>professeur à l'Université de Paris</i>	347	_____
CHAPITRE III. — Une évolution vers un statut légal des contrats, par E. H. PERREAU, <i>professeur à l'Université de Toulouse</i>	354	_____
CHAPITRE IV. — La volonté dans la formation des contrats, par Trajan R. JONASCO, <i>professeur à l'Université de Jassy</i>	368	
CHAPITRE V. — Le droit des juges de sous-entendre des conditions dans les contrats, par Edwin W. PATTERSON, <i>professeur à Columbia University, New-York</i>	379	
TITRE VII. — L'équité	403	
CHAPITRE UNIQUE. — Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien, par Mario ROTONDI, <i>professeur à l'Uni- versité de Pavie</i>	403	
TITRE VIII. — La libre recherche scientifique.	423	
CHAPITRE I. — A quel critère peut-on reconnaître les cas d'appli- cation de la libre recherche scientifique, par Marc DESSERT- EAUX, <i>professeur à l'Université de Dijon</i>	423	_____
CHAPITRE II. — Méthode d'interprétation en droit privé positif, par Frédéric ZOLL, <i>professeur à l'Université de Cracovie</i>	434	
CHAPITRE III. — La loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé, par Naojiro SUGIYAMA, <i>pro- fesseur à l'Université Imperiale de Tokio</i>	446	
CHAPITRE IV. — Libre recherche en Amérique, par Albert KOKOU- REK, <i>professeur à Northwestern University, Chicago</i>	459	
CHAPITRE V. — Le problème du cas non prévu, par John DICKINSON, <i>professeur à l'Université de Pennsylvanie</i>	503	
CHAPITRE VI. — Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire, par le juge Joseph C. HUTCHESON Jr.	531	X
CHAPITRE VII. — Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire, par James Grafton ROGERS, <i>University of Colorado Law School</i>	552	

TITRE I

L'INFLUENCE DE L'ŒUVRE DE GÉNY DANS CE DOMAINE D'ÉTUDES

Un ensemble de recherches sur le fonctionnement du droit dans les systèmes juridiques du temps présent, rassemblées contre offrande à Gény, ne pouvait pas ne pas débiter par un inventaire, — ou un essai d'inventaire — des influences que l'œuvre du maître — dont on célèbre le jubilé — a exercées sur le mouvement général d'une branche d'études qu'il a scrutée et remuée en tous sens.

Les présentes contributions ne sont pas les seules — bien s'en faut — qui coopèrent à l'établissement de cet inventaire. Les auteurs de beaucoup d'autres ont apporté de fort utiles témoignages sur le rayonnement produit par la pensée de Gény dans leurs pays respectifs, soit dans les pays germaniques et en Italie (par Di Carlo), soit en Roumanie (Djuvara, Costin, Ionasco), en Tchécoslovaquie (Sedlacék) ou en Yougoslavie (Péritch), soit en Hongrie (de Kiraly et Kuncz) ou en Pologne (Zoll), soit en Angleterre, aux Etats-Unis ou au Japon (c'est le cas de la plupart des contributions venues de ces trois grands pays). C'est la majeure partie des trois volumes du *Recueil Gény* qu'il faudra parcourir pour prendre un sentiment exact de l'action exercée sur les orientations actuelles de la science juridique mondiale par les vues de celui auquel le Recueil est dédié.

Ce premier titre ne contient que les contributions dont l'objet direct et exclusif est de « faire le point » dans cette marche de diffusion internationale de l'œuvre méthodologique de Gény.

Pourquoi faut-il que la première de ces contributions — ce n'est malheureusement pas la seule dans l'ensemble du Recueil — doive être marquée d'un signe funéraire, et que son auteur — un professeur dont l'enseignement développait une puissante action sur les étudiants de l'Université de Strasbourg — ait été enlevé, en pleine force de vie et d'activité scientifique, à l'affectueuse estime de ceux qui ont goûté le charme de son commerce intellectuel, et de ceux-là même qui ne l'ont connu qu'au travers d'une production scientifique d'une rare finesse et d'une rare sûreté de pensée. Sa dernière

publication aura sans doute été celle qui forme le chapitre premier de ce titre, et dans laquelle Eugène Gaudemet ouvre un parallèle entre *L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*. Il était particulièrement compétent pour procéder à cette comparaison — car il avait été leur élève commun — entre deux maîtres qui ont été unis par une étroite amitié et entre les pensées desquels se sont produites de nombreuses et fécondes interactions.

Les lecteurs des « pays de droit civil » considéreront sans doute, comme particulièrement instructives pour eux les contributions renfermées dans les deux chapitres suivants, car elles recherchent et exposent l'une et l'autre dans quelle mesure les vues de méthodologie juridique de Gény, — qui nous sont devenues familières à nous, hommes du continent européen — sont susceptibles de s'acclimater finalement dans les pays de *common law* et d'y fournir une formule satisfaisante aux aspirations réformatrices d'une élite de juristes d'esprit critique et soucieux d'adapter le droit aux exigences du milieu social.

C'est l'examen auquel, dans le chapitre II, B. A. Wortley procède pour le droit anglais, — tronc commun d'où sont sortis tous les droits anglo-saxons et qui, pour cette raison, garde, par rapport à eux, le même rôle de maison-mère, ou de centre historique de culture commune que le droit romain par rapport aux droits européens continentaux. Cette étude sur *La théorie des sources du droit positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise* a été écrite par l'un des juristes des pays de *common law* qui connaissent le mieux l'ensemble de l'œuvre de Gény et qui, par leur travail antérieur de discussion critique, sont le mieux préparés à apprécier quelles sont celles des conclusions de cette œuvre qui ont chance de pénétrer un jour dans la jurisprudence anglaise et quelles sont celles, au contraire, auxquelles il semble bien qu'elle doive rester durablement fermée. Car c'est là un sujet qu'il avait déjà traité dans la série de conférences consacrées aux œuvres des principaux représentants actuels de la pensée juridique mondiale par la *London School of Economics*, en l'envisageant sous l'angle qui convient dans une maison où l'enseignement du droit est donné dans le cadre, et en fonction, d'un enseignement général des sciences économiques et politiques. Cette revue de problèmes de méthodologie juridique anglaise est d'ailleurs rendue plus rapidement accessible à la claire compréhension des lecteurs français par le fait même qu'elle a été pensée et écrite directement en leur langue par un écrivain qui — comme j'ai pu le voir au cours d'un congrès tenu à Lyon en juillet 1934 par l'*Union Internationale des Villes* — manie le français avec la même dextérité que sa langue nationale.

Un travail de même genre, et non moins fécond en enseignements pour les représentants du « droit civil » ou « continental »

a été fait, dans un troisième chapitre, pour l'autre branche essentielle de la science juridique des pays de *common law* par Mitchell Franklin sous cette rubrique : *M. Gény and juristic ideals and method in the United States*.

Nous nous sommes enfin conformé au vœu exprimé par son auteur sous la forme de l'intitulé donné par lui à sa contribution en rangeant dans le titre I, comme chapitre IV, l'étude de M. Vasilescu : *L'œuvre de François Gény et ses résultats*.

CHAPITRE PREMIER

L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de GénY en méthodologie juridique et en philosophie du droit

par Eugène GAUDEMET

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Strasbourg

Unir, en un même titre et pour un même hommage, le nom de Saleilles au nom de GénY, c'est sans doute évoquer un passé qui déjà s'éloigne : car il y a quelque trente ans que ces deux noms devinrent le mot d'ordre et le mot de ralliement des jeunes civilistes qui menaient alors en France le bon combat pour la méthode. Mais c'est aussi indiquer une direction d'avenir : s'il est vrai, comme je voudrais essayer de le montrer ici, que les deux œuvres, que notre admiration se refuse à séparer malgré leur opposition, se complètent mutuellement, et que les enseignements de ces deux grands maîtres doivent, dans le progrès futur des doctrines, perpétuer en pleine harmonie leur action commune. Elève de l'un et de l'autre, par un privilège dont je ne saurais trop dire le prix, tenant de leur enseignement et de leurs écrits le meilleur de ma formation scientifique, j'ai eu bien rarement à choisir entre les voies qu'ils ont ouvertes devant moi, et le double bienfait que je leur dois, se confond en une ardente reconnaissance. C'est ce témoignage que, très simplement, j'apporte ici.

Les faits, — avant même qu'on en vienne aux doctrines — attestent cette union intime de pensées et d'efforts. C'est Saleilles, qui, en 1899, présente aux lecteurs, dans une préface célèbre, le premier des deux grands livres de GénY : *Méthode d'interprétation et Sources* ; et c'est Saleilles qui, dix ans plus tard, organise au Collège libre des Sciences sociales cette série de conférences sur les méthodes juridiques, où GénY trouva la première occasion d'exposer publiquement l'idée maîtresse qui devait inspirer *Science et Technique*¹. Comment oublier d'autre part que nous devons à GénY l'étude la plus profonde qui ait été écrite sur *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond Saleilles*², jugement magistral où la sympathie intellectuelle n'aveugle point le critique et où l'admiration des résultats acquis se joint à l'appréciation très sûre de la cause d'un travail brutalement arrêté

par la mort. Et comment oublier enfin que la même année, Gény, entreprenant une tâche nouvelle, où il dépassera son devancier, dédia, par une pensée touchante, le premier volume de *Science et Technique* « à la mémoire illustre et chérie de Raymond Saleilles », et salue l'ami perdu par la parole de Dante à Virgile :

*Or, va, ché un sol volere è d'ambedue ;
Tu duce, tu signore e tu maestro.*

« Un seul vouloir pour tous deux!... » On sait assez quelle fut cette volonté commune : résoudre la redoutable antinomie qui domine le droit tout entier, et pour cela concilier la double nécessité d'intégrer dans l'ordre juridique la vie sociale avec sa mobilité changeante et fuyante, et de garder pourtant à la règle de droit ce caractère ferme, précis, normatif, sans quoi elle cesse d'être un principe directeur pour devenir un simple résumé d'observations sociologiques. De cette double nécessité, les deux auteurs ont eu un sentiment égal : mais l'effort de Saleilles s'est surtout porté vers la première, tandis que Gény, s'engageant dix ans plus tard

... per lo cammino alto, e silvestro,

a surtout cherché, l'élan vital étant désormais rendu à la science juridique, à réaliser la stabilisation des principes et de l'affermissement des préceptes. C'est une grave erreur d'opposer cet effort au premier, comme une contradiction dont le succès devrait consommer sa ruine. Il n'y a rien ici d'analogue à l'inconciliable lutte de principes philosophiques ou juridiques, qu'on aperçoit, par exemple, entre la pensée d'un Hauriou et les doctrines d'un Duguit. Si Gény s'oppose à Saleilles, c'est en tant qu'il le complète, et c'est pour l'avoir suivi qu'il le dépassa ³...

I. Il y a tantôt vingt ans que Raymond Saleilles nous a été enlevé, au moment où son talent atteignait une perfection nouvelle, et permettait pour l'avenir des espérances sans bornes ⁴. Depuis lors le temps a fait son œuvre : et les résultats acquis en 1912, commençant, sans que notre admiration et notre reconnaissance en soient atteintes, à reculer dans le passé. On a beaucoup travaillé en France, durant cet intervalle qui, même dans l'ordre de la pensée, a vu tant de ruines et tant de reconstructions. Saleilles a disparu trop tôt. Initiateur génial, il n'a pas eu le temps de suivre, dans l'ère nouvelle qui allait s'ouvrir, le développement des efforts qu'il avait lui-même suscités. De là, pour une grande part, l'impression d'inachèvement que l'on éprouve, à relire aujourd'hui telle de ses études, les plus célèbres, comme l'article publié en 1902 dans la *Revue trimestrielle du droit civil* sous le titre : *Ecole historique et droit naturel*, et qu'il faut aujourd'hui, replacer à sa date pour l'apprécier sans injustice : car cet effort, si original et hardi en son temps, pour rappeler l'attention des juristes français sur la notion alors décrite du droit naturel, est aujourd'hui définitivement dépassé par les tra-

vaux de Charmont ⁵ et surtout de Gény ⁶. J'en dirais autant de la notion d'évolution qui pénètre toute l'œuvre, et qui se serait affinée, sans nul doute, au contact de la critique philosophique de ces dernières années ⁷. Ce ne sont là bien entendu que des exemples.

Aussi bien trouverait-on peut être une seconde cause de ce même sentiment. On a souvent exprimé, et je l'ai fait moi-même autrefois ⁸, le regret que Saleilles, ayant un des premiers dirigé l'attention des juristes français vers la philosophie générale, n'ait nulle part laissé une synthèse de ses idées philosophiques directrices et de ses conclusions dernières, de sorte que l'ensemble de ses travaux apparaît comme un édifice interrompu, dont rien ne relie au sommet les parties inachevées. Je crois aujourd'hui que, même s'il lui avait été donné de disposer du temps, Saleilles n'aurait jamais cherché à construire cette théorie supérieure. « Semblable tentative, dit justement M. Gény, eût répugné à son tempérament essentiellement progressif et dynamique ⁹. » En fixant par des formules arrêtées les traits essentiels de sa doctrine, il aurait craint de briser l'essor d'une pensée indéfiniment créatrice ¹⁰. Je me suis souvent demandé, depuis 1912, si, en essayant alors, dans une très modeste étude, cette synthèse que l'auteur n'avait pas entreprise, je n'ai pas risqué de prêter contre mon désir à de fausses interprétations : non par inexactitude ou par substitution d'idées, mais uniquement par le caractère précis et arrêté que l'enchaînement des formules attribuait à une doctrine toujours en voie de développement et de perpétuel devenir. La pensée de Saleilles n'était pas système logique, mais vie et puissance. La fixer, c'est l'immobiliser, donc la trahir. Il est dans sa nature de se renouveler toujours, sans consentir à s'emprisonner dans une forme définitive. Quant au reproche qu'on n'a pas manqué d'en faire, à l'auteur, il paraît quelque peu puéril, si l'on songe que cette critique s'adresse à la contre-partie nécessaire d'une de ses qualités les plus rares. Autant vaudrait reprocher à Claude Monet de ne pas dessiner comme M. Ingres, à Debussy de ne pas rester fidèle aux rythmes de Mozart, ou à M. Bergson de n'avoir pas écrit *l'Evolution créatrice* dans la forme de *l'Ethique* de Spinoza.

La même cause explique enfin que ce très grand esprit, penseur profond, professeur incomparable, n'ait jamais fait ni cherché à faire école, en groupant autour de lui des disciples, au sens vrai et précis de ce mot. Il a eu, ce qui vaut mieux, d'innombrables élèves, beaucoup d'admirateurs et beaucoup d'amis. Mais, créateur merveilleux d'énergie, il ne cherchait pas à régler par une direction personnelle l'effort qu'il suscitait chez autrui. Outre son respect de l'indépendance de la pensée scientifique, le caractère essentiel de sa doctrine lui imposait cette attitude. Quand il avait, d'un brusque éclair, illuminé tout un angle d'horizon, il savait bien qu'une jeune phalange enthousiaste allait se lever, pour s'élancer sur la route désormais repérée. Alors il jugeait que son œuvre était faite, et ne songeait plus qu'à tourner vers un autre point un nouveau faisceau de lumière éblouissante. Et ce n'est point ainsi, sans doute, que se

crée une « école » où des « disciples » enseigneront plus tard à des « arrière-disciples » la leçon apprise du maître. Mais quel meilleur moyen pour répandre, dans toute une génération, la passion de la libre recherche, et pour animer de sa pensée toujours présente un mouvement de rénovation qu'on a créé?

Faut-il conclure de là qu'il ne survit aujourd'hui, de l'œuvre de Saleilles, que l'effet encore profond d'une action brisée depuis vingt ans, et le trésor des ouvrages spéciaux où nous trouvons aujourd'hui des instruments de travail si précieux? Ce serait certes déjà un résultat admirable. Car les livres s'appellent *l'Essai sur la théorie générale de l'Obligation*, *l'Individualisation de la peine*, *la Déclaration de volonté*, *l'Introduction à l'étude du droit civil allemand*, *la Possession des meubles*, *la Personnalité juridique*, sans parler de la contribution inappréciable apportée à la grande traduction du B. G. B. de 1900 par le Comité de législation étrangère. Et quant à l'action, elle fut telle, surtout à partir du début de ce siècle, qu'aujourd'hui pas un civiliste en France ne serait ce qu'il est, si Saleilles n'avait commencé dès 1888 à secouer le sommeil exégétique de la science juridique classique ¹¹. Mais il y a plus : dans le domaine même où sa doctrine est maintenant le plus largement dépassée, celui de la philosophie méthodologique du droit, Saleilles nous a enseigné deux principes qui gardent tout leur prix, et que la science future du droit privé ne saurait méconnaître, sous peine d'une régression fatale.

C'est d'abord la nécessité de la méthode historique ¹². Venu au droit privé par l'histoire, Saleilles, civiliste, est resté strictement fidèle en cela aux enseignements de deux maîtres pour qui souvent il a dit sa reconnaissance, Paul Gide et Labbé. Ce n'est pas qu'il exige du civiliste les qualités d'un historien spécialisé, habile à la critique érudite des textes et de tous les documents du passé. Ce n'est pas non plus qu'il se range à la doctrine, magistralement réfutée par M. Gény ¹³, qui fait de la tradition historique une source formelle du droit positif ; ou qu'il adhère au mysticisme historique de l'école de Savigny, dont il a lui-même présenté la critique ¹⁴. Mais il veut du moins que le jurisconsulte, avant d'étudier une institution contemporaine, pour en appliquer les principes ou pour les perfectionner, l'insère d'abord dans le développement dont elle procède, et en trace, pour ainsi dire, la courbe révélatrice du rapport qui unit l'évolution juridique à l'évolution sociale. La règle de droit est toujours fonction du fait social. Or, pour étudier une fonction, un mathématicien ne se contente pas d'en calculer la valeur pour une valeur unique de la variable : il dresse le tableau des valeurs successives, et définit, lui aussi, la courbe représentative de leurs variations. Il y a peut être moins de différence qu'on ne l'imagine entre ces deux opérations intellectuelles : l'analyse mathématique et l'analyse juridique conduites par l'aspect historique. C'est en tout cas avec juste raison que Saleilles voyait dans cette dernière, en même temps qu'une garantie contre le subjectivisme et l'arbitraire, un instrument

incomparable de constitution et de progrès des doctrines, bien différent du jeu de dilettantisme érudit auquel on veut trop souvent la réduire. Il l'a montré lui-même par un exemple en écrivant *La Personnalité juridique*, le dernier de ses grands ouvrages et peut-être le plus beau.

Inséparable de la méthode historique, apparaît maintenant la méthode comparative, qui d'ailleurs, dans l'esprit de Saleilles n'en est guère qu'un second aspect. Ici, il apparaît surtout comme l'élève de Bufnoir ; mais il apporte à la pensée de son grand devancier un complément précieux, en faisant du droit comparé, non seulement un auxiliaire pour la législation, mais un élément de la méthode de l'interprète du droit positif, un instrument sûr et solide pour la recherche scientifique de ce que Gény appellera bientôt *le donné*. Par là, il prépare le grand essor des travaux, d'ailleurs profondément originaux, de mon éminent collègue Edouard Lambert, et les beaux résultats acquis depuis quelques années par l'Institut de droit comparé de Lyon. Observons que cette action toujours vivante due à Saleilles échappe au reproche de germanisme, qu'on lui a injustement adressé. Saleilles n'a jamais cherché, sous prétexte de comparatisme, à détourner l'esprit juridique français de la ligne normale et droite de son développement national, pour l'engager dans les chemins de la pensée allemande, ou pour le subordonner à aucune direction étrangère. Il a accordé au grand fait législatif contemporain du début de son activité scientifique : la préparation et la mise en vigueur du Code civil allemand, la place éminente qu'en bonne méthode il devait lui faire ; il a, toujours en bonne méthode, préparé l'analyse des textes étrangers par une étude profonde des théories doctrinales dont ils procèdent, et suscité par là en France un merveilleux éveil de pensée. Mais jamais il n'a abdiqué, en face des idées d'Outre-Rhin, l'indépendance d'une critique qui savait être sévère ¹⁵, et jamais il n'a négligé de faire aux législations suisses, anglo-saxonnes ou latines la part qui leur doit justement revenir. La liste des titres de ses cours professés à la Faculté de Paris dans les dernières années de sa carrière suffit à l'attester ¹⁶. N'oublions pas que ses deux études de jurisprudence les plus développées ont pour objet, l'une le droit vaudois ¹⁷, l'autre un arrêt de la Cour supérieure du Canada ¹⁸. Bien loin d'asservir la science française, la méthode comparatiste de Saleilles l'a enrichie, élargie et libérée.

Et maintenant, cette valeur persistante et définitive de son œuvre étant bien reconnue, je ne ferai aucune difficulté pour concéder qu'il ne nous a pas laissé une technique du droit solidement établie. Il en a maintes fois aperçu la nécessité. Souvent il a parlé de cette *frappe juridique* nécessaire pour que l'idée scientifique devienne concept juridique et norme pratique. Il a même prononcé le mot *technique doctrinale constructive* ¹⁹ ; et assigné pour tâche essentielle à la doctrine « de modifier les concepts ou d'en introduire de nouveaux..., de traduire en formules juridiques, ayant la frappe du droit, les conceptions de pure justice..., enfin de concilier

ces formules nouvelles avec l'ensemble de la construction juridique »²⁰. Il a donc évité, en pleine connaissance du péril, l'attraction dangereuse qui aurait pu emporter sa doctrine vers le plan sociologie historique. Et M. Gény a montré très finement que ce souci s'affirme de plus en plus dans les ouvrages de ses dernières années²¹. Mais ce ne sont là que des indications, reconnaissance très nette d'un but à atteindre, sans étude approfondie de la route et des moyens. Peut-être, hélas, ici encore, le temps a-t-il manqué! Mais peut-être aussi faut-il reconnaître ici la limite qui s'impose fatalement à un génie plus fait pour créer que pour construire, pour conquérir que pour organiser, pour donner l'élan que pour le diriger. Saleilles, voyant la barque enlisée sur la grève, l'avait, d'un magnifique effort, lancée en plein courant. Il fallait assurer le gouvernail, régler la boussole, montrer dans le ciel les étoiles directrices. Ce fut l'œuvre de M. Gény²².

II. On voit que cette œuvre présente deux aspects, et s'est poursuivie, avec quinze années d'intervalle, sur deux plans logiques successifs et très différents, l'auteur ayant d'abord considéré le problème du droit sous l'aspect unique de la méthode (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, 2^e éd. en 1919) pour en venir ensuite aux difficultés plus hautes qui concernent l'origine et la formation du droit (*Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., 1914-1924). La tâche s'est étendue ainsi sur un espace de vingt-cinq ans : plus encore, si l'on songe que l'auteur méditait les questions de méthode bien avant la publication de son premier livre, et que la *Revue bourguignonne*, plusieurs années auparavant, avait publié des articles remarquables où s'indiquaient déjà l'idée maîtresse et les grandes lignes de l'ouvrage. Pendant cette durée, le travail s'est poursuivi, sauf les retards imposés par les travaux accessoires²³, avec une rigueur dans la direction, une constance dans la recherche, une prudence dans les démarches scientifiques les plus hardies, dont je ne crois pas qu'aucune œuvre juridique de notre temps puisse offrir un modèle plus achevé. Nous sommes loin ici de la méthode impétueuse et enthousiaste d'un Saleilles, intuitif beaucoup plus qu'analyste, et qui marche à la conquête de la vérité comme on monte à l'assaut. Et s'il est vrai que les affinités des esprits sont souvent en raison directe de leur dissemblance, l'exemple de ces deux grands maîtres est là pour l'attester. Nul mieux que Gény n'était apte à endiguer le courant de vie intense déchaîné par l'action de son ami, à en canaliser l'énergie, à la reporter logiquement en vue d'un travail utile. S'il est permis de croire, dans l'ordre de la pensée scientifique, aux rencontres providentielles, il sera difficile de n'en point trouver l'exemple ici.

A vrai dire, il faut bien reconnaître que le livre nouveau ne fut pas compris ainsi, dans les premières années de ce siècle, par certains lecteurs, qui furent tentés de n'y voir rien moins qu'un régulateur de la méthode. Gény, reprenant et adaptant la devise célèbre

d'Ihering en tête de ses *Jahrbücher*, avait dit : « Par le Code civil, mais au delà du Code civil », et, en exergue, sur la première page de son livre, il avait écrit le mot d'Hamlet :

*There are more things, Horatio, in heaven and earth
Than are dreamt off in your philosophy.*

C'est qu'ayant établi l'erreur fondamentale de la méthode classique, qui prétendait découvrir par voie d'exégèse et de construction logique tout le droit dans la loi, il rétablissait la coutume, à côté de la loi écrite, comme source formelle, au moins subsidiaire. Et surtout, c'est qu'en cas de lacune des sources formelles, il ouvrait à l'interprète le champ illimité de la libre recherche scientifique, sans restreindre cette liberté par aucune référence à la loi, muette par hypothèse, et incapable dès lors de fournir aucune direction qui ne soit arbitraire et artificielle. Il apparaissait assez que la liberté de recherche ainsi instaurée n'avait rien d'anarchique, contenue qu'elle était par la frontière du domaine réservé aux sources formelles, (d'ailleurs élargi par la théorie de l'analogie), et aussi par toutes les règles de logique générale qu'impose à la recherche l'idée même de science. Mais tout le monde ne l'entendit point ainsi, certains lecteurs visant surtout dans le système proposé la liberté conquise, sans apercevoir les précieux éléments de stabilisation et de modération qu'il impliquait. Saleilles lui-même, dans la belle préface que j'ai déjà rappelée, laissait poindre quelque inquiétude. A la devise de l'auteur, il en opposait une autre qu'il eût préférée : « Au delà du Code civil, mais par le Code civil », marquant ainsi la nécessité de placer toute solution positive sous l'égide du texte légal, sauf à « élargir », à « assouplir » ce texte par l'interprétation, au point d'en faire presque une forme vide, dont le contenu changeant suivrait la variation du développement social. Par une sorte de timidité, dont il n'est guère coutumier, il hésitait à limiter nettement, à l'encontre de la tradition classique, le domaine de la loi écrite, et il croyait tout concilier en opposant à la stabilité de la lettre la nature évolutive de l'esprit.

On a depuis longtemps répondu que cette théorie du « texte évolutif » a un double défaut : elle prive la loi écrite de son rôle social essentiel : assurer la stabilité et la fixité de la norme juridique, et d'autre part elle laisse subsister, pour le juriste qui doit régler des situations nouvelles, l'entrave inutile d'une forme dont le contenu nouveau ne sera pas déterminé sans artifice ²⁴. La doctrine de Saleilles sur ce point apparaît comme une transition entre la doctrine classique et la méthode de Gény, qui maintient aux sources formelles toute la précision et la stabilité de leur force obligatoire, en les renfermant toutefois dans leur domaine propre, et en prohibant tout empiétement sur le champ de la libre recherche, soumise à des règles indépendantes.

Est-il vrai maintenant que, dans ce dernier domaine du moins, l'œuvre de 1899 soit restée imparfaite, faute d'une analyse assez

profonde du problème et des éléments de sa solution? Avec un scrupule émouvant, et une admirable conscience de la responsabilité scientifique, M. Gény, dans les premières pages de *Science et technique*, s'est montré pour lui-même plus sévère que ne l'avait été la critique. Il a parlé de « l'infirmité radicale des conclusions positives » de son livre, « du trou béant de l'œuvre entière », qu'il à senti « s'élargir encore davantage », en voyant « de trop confiants disciples utiliser, parfois sans hésitation ni mesure », « des lambeaux de vérité »²⁵. Il y a là, semble-t-il, quelque exagération. Sans doute une partie de *Méthodes d'Interprétation et sources* (non point toute la partie positive, mais celle qui décrit la libre recherche scientifique), pouvait ne point paraître aussi définitive et complète que les autres : ce qui ne saurait surprendre, puisque l'auteur s'avance ici, d'ailleurs avec sa prudence habituelle, sur un terrain tout à fait inexploré avant lui. Sans doute, dans les premières années de ce siècle, certaines outrances de jeunes enthousiastes, trop pressés de secouer les entraves traditionnelles, purent faire craindre un mouvement analogue à l'anarchisme du *freies Recht*, qui commençait alors à sévir en Allemagne. Mais je puis attester que la très grande majorité des admirateurs de l'œuvre sut dès les premiers jours, en pleine connaissance de cause et sans aucune inquiétude, faire crédit pour certaines précisions désirables ou pour certaines directions complémentaires attendues. Et parmi ceux qui s'essayèrent alors à la mise en œuvre des principes nouveaux, beaucoup sentirent immédiatement la nécessité d'une technique guidant la libre recherche. Je n'en veux pour preuve que quelques belles thèses de doctorat, toutes antérieures à la seconde phase de l'œuvre de Gény, et dont il m'a été donné de suivre de plus près l'élaboration : celles par exemple de Marc Desserteaux, sur *l'Effet déclaratif* ; de René Japiot, sur *Les Nullités* ; d'Emmanuel Gounot, sur *L'Autonomie de la Volonté*, auxquelles je joindrai celle de Pierre Louis-Lucas, (*Volonté et Cause*), qui, parue seulement en 1928, avait été conçue et arrêtée dans ses grands traits dès 1914.

Il fallait donc, après avoir borné, en 1899 le domaine des sources formelles, et établi leur autorité dans l'enceinte de ces frontières, compléter ce premier résultat définitif en déterminant les règles auxquelles obéira le jurisconsulte, lorsque, franchissant cette limite, il exerce une libre recherche qui pour être scientifique doit elle-même se soumettre à des principes rationnels. Or, c'était là changer complètement l'axe des études antérieures : car à vrai dire il ne s'agit plus ici d'interprétation, mais de création du droit. Il faut déterminer les éléments que la nature des choses offre ou impose à l'homme, comme matériaux *donnés* pour l'élaboration de l'ordre juridique positif ; et il faut décrire les procédés dont l'esprit doit user pour réduire le donné brut à l'état de règle, de norme sociale obligatoire, pour *construire* le droit.

Science et technique : ces deux mots, dans le titre du livre, résu-

ment le plan de l'œuvre et la solution du problème : la *science* s'appliquant au « donné », la *technique* au « construit » ; la science apportant la matière et la technique la forme ; la science faisant appel à tous les procédés de connaissance dont l'homme dispose : non seulement connaissance rationnelle, mais intuition et croyance, la technique, œuvre de raison sans doute, mais aussi de volonté, « informant » le donné, le modifiant quelquefois, pour l'adapter aux nécessités toutes pratiques de la construction du droit positif ; toutes deux, la technique comme la science, en même temps nécessaires et en même temps légitimes à la condition que la première se borne à son rôle d'élaboration et que la seconde ne prétende point s'y soustraire. Ainsi se réalise, avec une précision qui n'avait jamais été atteinte, la conciliation toujours cherchée par Saleilles entre l'élément évolutif et l'élément stable du droit.

Je ne pousse pas plus avant l'analyse du livre. La place me fait ici défaut. Mais, outre le bienfait de cette distinction féconde, devenue immédiatement l'une des idées directrices de la pensée juridique française, je veux marquer ici une autre cause de la reconnaissance profonde que nous devons aujourd'hui à l'œuvre du maître de Nancy. Saleilles avait rapproché le droit de l'histoire. Gény, en le rapprochant de la philosophie générale, achève de le mettre à sa place dans l'ensemble de la haute culture. Sans doute, Saleilles a suggéré maintes fois de hautes pensées philosophiques : mais l'œuvre de Gény par elle-même est une philosophie. C'est là, pour la science du droit, un progrès inappréciable. Trop longtemps philosophes et sociologues d'une part, juristes d'autre part, ont vécu séparés, s'ignorant et se méconnaissant mutuellement. Gény a fait plus que personne, par son exemple et son action, pour aider à leur union²⁶, et pour provoquer le tout récent essor de la philosophie du droit qui honore, depuis quelques années, nos Facultés françaises. Dans l'admirable second volume de *Science et Technique* sur l'« irréductible droit naturel », on peut, même si l'on fait des réserves sur certaines conclusions, apercevoir le prodrome de toute une renaissance de la pensée juridique.

Ajouterai-je en terminant un conseil de prudence ? En devenant philosophes, que les juristes n'oublient pas qu'il y faut, avec un esprit critique très averti, une culture très étendue et très spéciale, et qu'ils n'oublient pas surtout que la philosophie, si elle apprend à poser les grands problèmes, apprend moins sûrement à les résoudre : si bien que d'illustres systèmes métaphysiques sont simplement l'expression toute subjective de la personnalité de leurs auteurs. L'histoire, le droit comparé, sciences de fait et toutes positives, demeurent un lest utile dans les envolées trop audacieuses. Voilà comment le nom de Saleilles, invinciblement, revient à l'esprit quand on analyse l'influence de l'œuvre de Gény. Ces deux actions fécondes se modèrent l'une l'autre. *Cura ut fias realis artifex* disait Pétrarque aux humanistes de son temps. « Sois un artisan de réalité ». C'est en latin du xiv^e siècle, une pensée, presque un style, du xx^e.

¹ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, leçon faite au Collège libre des sciences sociales, le 10 janvier 1910, dans *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, pp. 173-196.

² Dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, pp. 1-63.

³ V. la conclusion de l'étude précitée : « Puisque la marque distinctive et le mérite éminent de la doctrine générale de Saleilles consistent à avoir su élever le droit à la hauteur de la philosophie générale, nous serons fidèles à son esprit en rattachant de plus en plus fort les problèmes de la vie juridique à des idées supérieures et, suivant une devise qu'il aimait, et dont toute son œuvre offre la plus admirable illustration, en nous efforçant, dans la recherche du « juste objectif », de monter plus haut, toujours plus haut. *Excelsior!* » (Dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 63.)

⁴ V. *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, précitée. — Cf. Eug. GAUDEMET, *Raymond Saleilles*, extrait de la *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, 1912, t. XXII, n° 4. — Sur l'état actuel des études de méthodologie juridique et de philosophie du droit en France, v. l'article publié par M. le professeur Simonius, à propos du livre de M. BONNECASE, *Science du droit et romantisme ; Neuere Methodenlehre und Rechtsphilosophie in Frankreich* dans *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Neue Folg., Band XLVIII, Bâle, 1929.

⁵ *La Renaissance du droit naturel*, 1910.

⁶ V. surtout le tome II de *Science et technique en droit privé positif* : « *Elaboration scientifique du droit positif (l'irréductible droit naturel)*, 1915.

⁷ V. parmi les travaux philosophiques ou scientifiques les plus récents où cette critique s'est affirmée : LALANDE, *Les illusions évolutionnistes* ; LE ROY, *Les origines humaines et l'évolution de l'intelligence* ; GUYÉNOT, *Variation et évolution* ; VIALLETON, *L'origine des êtres vivants ; l'illusion transformiste*.

⁸ *Op. cit.*, p. 51.

⁹ Dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 5.

¹⁰ C'est un fait remarquable que Saleilles ait énoncé ses idées philosophiques les plus générales, beaucoup moins dans ses grands ouvrages que dans des articles, des discours ou des monographies disséminés dans des brochures ou des revues spéciales, difficiles à réunir aujourd'hui et parfois introuvables. (V. la *Bibliographie* publiée en 1914 en tête du recueil : *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, pp. I-XXVII.) Il serait désirable que ces *Opera minora*, si importants pour l'étude complète et exacte de sa pensée, fussent aujourd'hui réédités et groupés en un seul volume facile à consulter.

¹¹ Cf. l'éloge adressé à la mémoire et à l'influence de Saleilles, devant les Chambres réunies de la Cour de Cassation, par M. le procureur général Matter, dans ses belles conclusions sur l'arrêt solennel du 13 février 1930. *Gaz. Pal.*, 20 février 1930.

¹² V. pour tout ce qui va suivre mon étude précitée, *Raymond Saleilles*, pp. 70-83.

¹³ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. II, pp. 1 et suiv.

¹⁴ *Ecole historique et droit naturel*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 95.

¹⁵ V. son appréciation finale du Code civil allemand, dans l'*Intro-*

duction à l'étude du droit civil allemand, pp. 117 et suiv. — Cf. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles et le Code civil allemand*, dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, pp. 149 et suiv.

¹⁶ V. cette liste dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, pp. XXIX-XXX.

¹⁷ *Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français* (Supplément au 1^{er} fascicule de la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1914).

¹⁸ *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1911, pp. 23 et suiv.

¹⁹ *Droit civil et Droit comparé*, dans *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1911, I, p. 18.

²⁰ *Ibid.*, pp. 23-24.

²¹ *La conception générale du droit dans l'œuvre de R. Saleilles*, dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, pp. 32-35.

²² J'ai, de parti pris, évité dans ces quelques pages qui n'ajoutent rien aux études antérieures sur l'œuvre de Saleilles, toute discussion qui pût ressembler à une polémique. Toute autre attitude m'eût paru convenir mal, soit au caractère de ce recueil, soit au respect dû à la mémoire d'un maître qui n'aimait point ces luttes inutiles, et qui a su faire triompher, au cours de sa carrière, les idées les plus neuves et les plus hardies, sans jamais attaquer personne. — C'est pourquoi, bien que je n'en ignore rien, je n'ai pas cru devoir répondre ici directement aux critiques répétées de M. Bonnecase contre Saleilles, ses « disciples » et ses « arrière-disciples ». (V. surtout BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, t. I ; et *Science du droit et romantisme*, nos 229 et suiv. et 232). Aussi bien ma réponse se dégagera-t-elle facilement, du moins pour ce qui concerne Saleilles, de la très modeste « mise au point » que j'ai cherché à établir dans cette étude.

²³ Tel le livre sur les *Lettres missives*, qui est lui-même, d'ailleurs, dans l'esprit de l'auteur, un essai pratique de la méthode.

²⁴ GÉNY, *Conception générale du droit dans l'œuvre de R. Saleilles*, dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 49. — Cf. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles*, p. 85.

²⁵ *Science et technique*, t. I, pp. 10-11.

²⁶ Cette union vient d'être tout récemment symbolisée par la fondation des *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, dont le premier fascicule a été présenté à l'Institut par M. Capitant en juin 1931.

CHAPITRE II

La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise

B. A. WORTLEY,

London School of Economics and Political Science
Professeur à l'Université de Birmingham

I. Les deux divisions historiques du droit anglais le « common law » et l'équité, sont comparables à deux sources jaillissant en deux endroits différents d'un même pays ; les deux sources s'élargissent en rivières et leurs eaux se confondent, dans le même fleuve qui, quoique détourné et barré de temps à autre pour servir à quelques besoins temporaires ou permanents, continue et se jette dans l'océan. Dans les deux rivières flottent parfois de grands glaçons qui, entraînés dans le fleuve, s'y rencontrent, s'entrechoquent et à mesure que le fleuve s'approche de l'océan, disparaissent. Rien n'empêche le cours majestueux des eaux, sauf les barrages construits plus ou moins scientifiquement par l'homme. Les glaçons flottants, qui s'entrechoquent, représentent les conflits épisodiques entre les deux sources primaires du droit, et les barrages l'action législative du Parlement. Une telle métaphore résume en quelques mots l'histoire du droit anglais, dont le développement n'a été point scientifique.

On se rappellera comment les conquérants normands ont su imposer au petit pays compact qu'est l'Angleterre un gouvernement fort centralisé, et l'on se rappellera aussi comment cela a permis aux juges de la cour du roi d'interpréter d'une façon large les coutumes du royaume pour en fabriquer un système de droit, dit coutumier, et commun au royaume entier, le « Common law ». Dans les premiers temps la *curia regis* suivait la personne du roi ; mais cette pratique donnait lieu à tant d'inconvénients que la *Magna Charta* (1215) ordonna que les procès civils devraient dès lors être jugés à Londres ¹. Depuis le temps de Henri II, c'est-à-dire depuis le commencement du xii^e siècle ², il existe un système de cours d'assises siégeant périodiquement dans les provinces, dont les juges sont ceux de la *curia regis*. Ces juges ont dû, dès les premiers temps, se

rencontrer à Londres très fréquemment, ce qui leur a permis de s'entendre et de faire une déclaration uniforme de la coutume. C'est peut-être dans cette déclaration de la coutume que l'on trouve le germe de la théorie des précédents. Une seconde conséquence importante provenant de l'établissement des juges à Londres, sera l'établissement dans cette ville des « Inns of Court ». Les « Inns of Court », étaient des sortes de collèges d'avocats, où ceux-ci se logeaient et se réunissaient pour discuter et pour apprendre leur métier³. C'est dans ces « Inns » que les hommes de loi ont appris leur métier d'une façon essentiellement pratique et divorcée de l'enseignement académique des deux grandes universités d'Oxford et de Cambridge, lieux fréquentés surtout par les canonistes de tradition romaine.

Le « Common Law », essentiellement formel, traditionnel et empirique a été parfois trop rigide pour s'accommoder aux besoins croissants de la communauté. Pour empêcher de manifestes injustices, les plaideurs ont commencé à faire appel au roi, et plus tard à son chancelier, comme source de justice. Finalement au temps de Richard II, c'est-à-dire à la fin du xiv^e siècle, la cour du chancelier, « the Court of Chancery », est devenue une cour auxiliaire permanente⁴. Avant la « Réforme » les chanceliers avaient été presque toujours, choisis parmi les ecclésiastiques qui avaient étudié dans les écoles de droit romain et de philosophie scholastique, et ils ont formé l'équité comme système suppléant au « Common law » et, l'ont établi, comme l'a bien dit Sir Henry Maine, en vertu d'une morale supérieure⁵. L'histoire des deux systèmes de droit et les scandales de leurs conflits sont déjà bien connus : il suffit de dire qu'après « la Réforme » et dans l'ère moderne des chanceliers laïques peu influencés par la tradition romaine, l'équité est presque insensiblement devenue tout aussi rigide que le « Common law » qu'elle avait modifié⁶. Pourtant de grands juges ont su parfois élargir les sphères respectives du « Common law » et de l'Equité. Lord Mansfield, par des appels à la justice naturelle et aux coutumes des marchands, a certainement augmenté le prestige et l'utilité du « Common law »⁷. De grands chanceliers comme Ellesmere (1596-1617), ont su, par un maniement habile des principes qui leur avaient été légués, élargir le champ de l'équité et assurer aux cours de « Chancery » le monopole de certaines classes d'affaires.

L'ère fertile d'action législative ne commença qu'au début du xix^e siècle, mais cette action, comme dans les siècles précédents, n'a été destinée qu'à corriger les vices apparents du système légal d'origine féodale, mal adaptable aux conditions suscitées par les grands changements d'ordre économique de ce siècle. Nous n'avons pas eu, en Angleterre, de grande révolution catastrophique qui nous ait permis de recommencer notre vie juridique sans égard pour la tradition de l'antiquité; nous n'avons pas eu de *tabula rasa* dans l'ordre légal; et notre droit a toujours continué à se développer dans les voies traditionnelles et empiriques en harmonie avec la forte trempe de la

race, en harmonie surtout avec l'esprit conservateur de la profession légale organisée dans ces sociétés puissantes et jalouses de leurs privilèges, les quatre « Inns of Court ». Le recrutement des juges s'est fait parmi les avocats les plus célèbres, occupés pendant la plus grande partie de leur vie de problèmes concrets plutôt que de questions de philosophie. Mais au XVIII^e siècle ces « Inns » ont dégénéré comme institutions d'éducation légale. Au milieu du XIX^e siècle l'étudiant en droit ne subissait pas d'examen sérieux avant de se faire inscrire au barreau, l'important était que l'étudiant se fasse accepter comme membre d'un « Inn » et qu'il passe quelque temps dans l'étude d'un praticien⁸. Là, il se familiarisait avec le droit en suivant les affaires de l'étude et en étudiant les livres écrits surtout par des praticiens pour des praticiens. Il est vrai que vers la fin du XVIII^e siècle Blackstone a enseigné le droit aux étudiants de l'Université d'Oxford, et que d'après ses conférences il a écrit ses commentaires sur les lois de l'Angleterre. Mais ces cours n'étaient guère qu'une introduction au droit pour des jeunes gens qui, pour la plupart, allaient passer leur vie à diriger leurs propriétés et qui n'avaient pas l'intention d'apprendre le métier d'avocat. La possession d'une licence en droit n'a jamais été obligatoire pour l'avocat anglais. Pourtant la complexité du droit dans le XIX^e siècle, due dans une large mesure à l'action législative du Parlement, a fait sentir plus que jamais le besoin d'un enseignement scientifique du droit pour y mettre de l'ordre et pour le rendre compréhensible aux étudiants. Bentham a été un des premiers à comprendre ce besoin, et son admirateur, John Austin, professeur à la nouvelle université de Londres, a écrit en 1832 son œuvre, *The Province of Jurisprudence determined*.

Dans cette œuvre, Austin a essayé d'expliquer les bases théoriques du droit alors en vigueur en termes d'une philosophie formelle, divorcée des besoins sociaux et basée surtout sur l'absolutisme parlementaire. Plus tard, Sir Henry Sumner Maine préconisa une explication du droit plutôt historique que dogmatique. D'autres savants comme Maitland et Bryce ont ressenti la même nécessité, et peu à peu l'étude du droit et de la théorie du droit a été regardée avec plus de faveur dans nos facultés. En cent ans le nombre des universités de l'Angleterre et du pays de Galles a augmenté de quatre à douze. Dans cette même période l'étude du droit romain a été ressuscitée, et l'étude scientifique du droit et de la doctrine est née sous le titre de « Jurisprudence ». Le tempérament anglais n'est que peu philosophique, et même aujourd'hui au moment où les examens professionnels prennent de plus en plus le caractère d'examens universitaires, et où une proportion considérable d'étudiants en droit subissent volontairement les épreuves de la licence en droit, le caractère des études professionnelles comme le caractère des hommes de droit est essentiellement empirique et pratique.

Cette esquisse quelque peu longue et imparfaite du droit et des études de droit en Angleterre, est tracée pour faire ressortir combien les problèmes légaux de l'Angleterre diffèrent des problèmes sou-

levés pour le système légal de la France. En France, il y a une belle tradition d'études en droit romain. Depuis plus de cent ans les codes ont formé la base d'une croissance progressive du droit en France. Par conséquent la question la plus importante semble avoir été une question d'interprétation. En Angleterre, au contraire, il a fallu résoudre avant tout, le problème des sources du droit, afin d'en faire une unité capable d'exposition scientifique. Les bases du droit français se trouvent dans les codes écrits, basés sur l'énonciation *a priori* des principes : Les bases du droit anglais se trouvent dans une multitude de décisions des cours de « Common law » et d'Equité et dans une accumulation de statuts. Ces décisions et ces statuts n'ont été faits qu'au fur et à mesure que les exigences de la vie le demandaient. La tradition française est donc en général de juger *a priori* d'après des principes déjà énoncés ; la tradition anglaise est plutôt de juger *a posteriori* d'après les faits.

II. A première vue il semblerait qu'il y ait peu de ressemblance entre la pensée légale française et celle de l'Angleterre ; mais personne ne nierait que les grands progrès récents, d'ordre social et économique, aient soulevé dans les deux pays de nouveaux problèmes et de nouvelles situations juridiques qui se ressemblent dans une large mesure. Un idéal commun de Justice a demandé que ces nouvelles situations soient réglées par la création d'un nouveau droit certain dans son opération et en même temps en harmonie avec le droit traditionnel. Par conséquent, comme GénY l'a démontré, l'on a fait appel en France à des sources de droit que les auteurs des codes n'avaient guère envisagées : en Angleterre le volume et l'importance de la législation ont augmenté à un point qui n'était nullement envisagé par les grands juges, formulateurs du « Common law » et de l'équité. Il arrive donc que l'adaptation du droit aux circonstances actuelles de la vie, — c'est-à-dire la tâche dont s'est occupé François GénY, — est tout aussi importante en Angleterre qu'en France, et c'est pourquoi les recherches du maître français ont certainement une grande valeur pour nous autres Anglais.

III. On se rappellera que, dans *La Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, l'on découvre deux sources primaires de droit, la loi écrite et la coutume, et deux sources subsidiaires, l'autorité et la tradition. Quant à l'interprétation du droit écrit, l'on sait que GénY a rejeté la supposition que la loi écrite puisse suffire à tout si seulement elle est interprétée d'après une logique serrée. Nul législateur ne peut prévoir toutes les circonstances changeantes de la vie d'un grand peuple, et l'abus de la logique, nous dit GénY, « consiste à envisager comme douées d'une réalité objective permanente des conceptions idéales provisoires et purement subjectives de leur nature ». Or, comme il a été déjà démontré ci-dessus, on n'a jamais cru en Angleterre que le droit fût un système symétrique taillé d'avance et contenu dans un nombre limité de catégories logi-

ques. L'état imparfait et fragmentaire de la législation anglaise et les lacunes dans le « case law » ont épargné aux Anglais une telle illusion. En Angleterre on n'a jamais vécu dans un paradis artificiel où tout problème légal doive se résoudre par un simple procédé de déduction de prémisses en conclusion.

On sait aussi que Gény n'approuve pas cette interprétation fictive qui consiste à employer le texte de la loi avec l'idée préconçue d'élargir ou de restreindre le champ de son activité selon le but que l'on veut atteindre parce que, à son avis, cela ne donnerait pas aux paroles du législateur la signification voulue. Il faut, dit Gény, restreindre l'application du texte de la loi au sens voulu par le législateur, en tant qu'il est possible d'apprécier ce sens après avoir regardé, si besoin est, les travaux préparatoires et les débats parlementaires. Il est donc possible, dans les conditions modernes, que cette méthode laisse à la libre appréciation de l'interprète un champ d'action beaucoup plus grand que la méthode traditionnelle d'interprétation logique ne lui eût laissé. Pour combler les lacunes de la loi Gény a eu le courage de faire un appel ouvert à la coutume et à la libre recherche scientifique au profit du juge. Donc, la question se pose : est-il possible d'employer les méthodes d'interprétation de Gény pour résoudre les difficultés que rencontrent aujourd'hui les juristes anglais. Pour répondre à cette question on doit d'abord se demander quel serait l'équivalent anglais de la loi écrite de Gény. On répondra immédiatement que la loi écrite anglaise consiste, en premier lieu, en des statuts du Parlement, lois qui ne peuvent être abrogées que par d'autres lois provenant de la même source. Les statuts anglais ne peuvent jamais tomber en désuétude. Il arrive souvent à ceux qui plaident, de faire appel à quelque statut rédigé dans l'antiquité. Dans le procès de *Hemmings c. Stoke Pops Golf Club* [1920] 1 K. B. 720, on a fait appel à un statut de Richard II, statut qui défendait les entrées *vi et armis* dans les propriétés, quand il s'agissait d'une demande d'un domestique renvoyé de la maisonnette qu'il occupait au bon plaisir de ses employeurs, qui avaient cessé de l'employer et voulaient revendiquer leur droit de possession. Tout récemment une jeune personne, agissant sans doute selon les instructions de ses employeurs propriétaires d'un théâtre, a pu invoquer un statut de 1780, le « Sunday Observance Act », pour obtenir certaines amendes, comme « common informer », d'une compagnie qui donnait des représentations cinématographiques le dimanche⁹. La demanderesse a réussi, quoique le juge ait dit que, « nul plaid ne pouvait être fait en circonstances moins favorables » : le statut avait comme but la préservation du dimanche traditionnel, et voilà qu'il était invoqué pour des raisons de concurrence commerciale ! Pour pouvoir continuer de telles représentations, comme on en avait coutume, il a fallu faire un statut, et le Parlement a voté le « Sunday Performances (Temporary Regulation) Act 1931 » pour maintenir le *statu quo*¹⁰. Encore un exemple, même plus frappant, de la reconnaissance de la validité d'un statut presque oublié s'est vu plus

récemment. Un juriste de l'université d'Oxford a surpris tout le monde en montrant que le « *Président of the Board of Trade* », n'avait pas le droit d'occuper son poste ministériel et en même temps de remplir ses fonctions de député au Parlement, sous peine de certaines amendes très sévères. Là encore la situation a dû être réglée par un appel à la législature.

La première règle anglaise d'interprétation juridique ne diffère nullement de celle que propose GénY, « la loi écrite... subsiste indéfiniment jusqu'à ce qu'elle soit détruite par une loi contraire » ¹¹, et encore, « il convient de repousser toute coutume formellement opposée à la loi écrite » ¹². L'on sera d'accord aussi avec GénY quand il dit qu'une disposition légale, surannée mais non abrogée, peut être écartée « comme inapplicable » ¹³ quand les conditions de fait explicitement prévues dans le statut n'existent plus. Mais un juriste anglais aura beaucoup plus de difficulté à admettre que l'absence des conditions tacites sur lesquelles un statut est basé empêche l'application de ce statut. Le feu professeur Kenny nous a donné des exemples du refus des cours d'abroger les statuts pénaux, même quand ils apparaissent les plus féroces en présence des changements des conditions sociales. Par exemple c'était une offense capitale, en l'an 1808, de voler dans une maison habitée un article d'une valeur de plus de quarante shillings. Pour éviter le scandale de la pendaison d'un voleur pour un crime devenu relativement peu grave en vue des changements sociaux et des transformations dans la valeur de l'argent, produits depuis la date du statut, un jury a dû même trouver qu'un billet de banque de dix livres ne valait que trente-neuf shillings ¹⁴. L'interprétation des statuts a toujours été faite sans égard aux conditions sociales même tout à fait changées : il a fallu employer de véritables fictions puisqu'on n'osait pas écarter franchement, comme périmées et inapplicables, de telles lois barbares. Aujourd'hui que les fictions sont tombées en défaveur le seul moyen d'éviter les injustices causées par une pareille interprétation littérale, serait de faire un appel à la législature, méthode bien peu commode de nos jours où le Parlement a déjà trop d'affaires. Si seulement l'on pouvait faire accepter en Angleterre une interprétation sociologique telle que l'envisage GénY, — qui reconnaîtrait les conditions tacites d'un statut, — nous éviterions les situations telles que celles qui ont été esquissées, et qui font tomber notre droit en défaveur.

La tradition anglaise d'interprétation de la loi écrite a été établie par des juges jaloux de tout changement législatif du « *Common law* » et de l'équité. Cette tradition a barré toute enquête au sujet de l'intention de la législature dans les cas où il était possible de construire les mots d'un statut grammaticalement et littéralement. Le « *Common law* » et l'équité ont été les agents primaires pour fournir des solutions aux problèmes de la vie juridique. Ce que GénY appelle, « la fiction d'unité organique » ¹⁵, se trouvait plutôt dans les deux branches historiques du droit anglais et non dans le fonds

permanent et indéfectible de la loi écrite ». Aujourd'hui même ce n'est guère que dans les cas d'ambiguïté que les juges recherchent le but social d'un statut pour l'interpréter. Dans un procès récent, *Morris c. Britannic Assurance Company* [1931], 2 K. B. 125 ¹⁶, le juge décida qu'il était, « plus consonnant avec l'objet du statut », (c'est-à-dire « l'Industrial Assurance Act, 1923 »), d'interpréter le mot « enfant », dans un sens large qui comprendrait et les enfants légitimes et les enfants illégitimes. Le but du statut n'avait pas été déclaré explicitement dans ses dispositions, et le juge a dû le suppléer lui-même : procédé quelque peu vague. Jadis, le but de tout statut était indiqué dans le préambule. Un préambule est d'utilité apparente quand il faut rechercher le but d'un statut ; mais comme on l'a vu dans le célèbre procès de *Bourne c. Keane* [1919], A. C. 815 ¹⁷, il ne peut nullement augmenter ou restreindre l'opération du statut s'il n'existe pas d'ambiguïtés dans les parties légiférantes de ce statut. Mais, déjà depuis longtemps, les statuts ne contiennent plus de préambules, et ils ne contiennent qu'une indication très sommaire de leur substance dans leur titre, comme par exemple le « Road Traffic Act 1930 ».

Donc il n'existe pas de moyen sûr de trouver l'intention du Parlement, puisque la tradition actuelle ne permet pas qu'on tienne compte des débats parlementaires ni des travaux préparatoires pour l'y trouver. La question de l'interprétation judiciaire des statuts a été vigoureusement discutée par le professeur Laski de l'université de Londres, dans une savante note qu'il a ajoutée au rapport fait pour le Parlement par le comité formé par celui-ci pour considérer les pouvoirs des ministres de la Couronne ¹⁸. « Les canons de la méthode historique qui sont actuellement en vigueur », dit le professeur, « me paraissent défectueux en plusieurs détails : 1° ils exagèrent le degré dans lequel l'intention du parlement se dégage des mots d'un statut ; 2° ils n'estiment pas assez le rôle joué par la personnalité du juge — ce que M. Justice Holmes a appelé « his inarticulate major premiss » — dans la détermination de l'intention qu'il attribue au parlement ; 3° ils exagèrent et l'importance et l'universalité du « Common law » comme *corpus* de principes applicable, en l'absence de statut, à tous les cas possibles ; ils réduisent au minimum la possibilité que le juge emploie librement, dans son travail d'interprétation, le principe de *Heydon's Case*, qui consiste à considérer le mal auquel on a voulu remédier par le statut afin que la construction du statut puisse éviter ce mal et puisse développer le remède proposé. Donc, surtout dans les périodes de grands changements sociaux, ces canons peuvent trop limiter la considération des relations des statuts au but social, désigné par la législature, ou par suite d'« assomptions » inconscientes du juge, ou parce que le juge observe des principes d'interprétation énoncés pour servir à des intérêts qu'on n'est plus désireux de protéger autant qu'autrefois. » Un remède que suggère le professeur Laski serait de fournir avec chaque statut une explication officieuse de l'intention

du parlement, soit au moyen d'un préambule, soit au moyen d'une note explicative de cette intention. Evidemment cette suggestion a une très grande valeur. Une fois adoptée elle permettrait aux juges de suivre une méthode d'interprétation pareille à celle que propose Génv : une méthode qui ne s'accorde pas avec la méthode traditionnelle anglaise qui ne demande une recherche de l'intention de la législature qu'en dernier ressort. Une explication possible de cette tradition anglaise se trouve dans le fait que les cours d'Angleterre ont adopté les mêmes procédés d'interprétation pour les statuts que pour les actes privés ¹⁹. Un acte privé est quelque chose de formel : quand un acte de vente a été formellement rédigé, il n'est pas licite de le modifier par un appel à quelque expression informe de la volonté des parties contractantes. L'intention des parties a été, dit-on, de réduire leurs conclusions en un acte solennel et définitif. Cela explique aussi pourquoi le préambule (récitals) d'un document ne peut jamais modifier l'opération des parties solennelles de ce document qui transfèrent le titre d'une propriété, les « operative parts ». Même, si on croit pouvoir mieux suivre l'intention d'un statut en partant du sens ordinaire de ses alinéas, on est obligé d'accepter le sens ordinaire des mots. Deux procès de l'année dernière montrent qu'il n'est seulement possible de faire appel à l'intention du parlement que quand il existe une réelle ambiguïté.

Au cours de ces procès, *Stephen c. Stephen* [1931], P. 197 et *Rugg-Gunn c. Rugg-Gunn* [1931], P. 147, on a plaidé que le « Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925 », n'est qu'un statut qui a pour but de codifier la législation antérieure et d'y mettre de l'ordre, c'est-à-dire un « consolidating act », et en conséquence ne change pas le droit énoncé par cette législation, droit qui a été interprété d'après une jurisprudence bien connue. Dans les procès qui viennent d'être cités, cet argument n'a pas été accepté, vu le changement de pratique évident d'après les mots du statut. Donc, ce que nous désirons en Angleterre est une méthode sûre qui nous permette d'interpréter notre législation, « suivant la volonté intelligente qui l'a produite, en se plaçant au moment où elle a été formulée ²⁰ ». Et ce besoin se traduit de plus en plus par l'énorme volume annuel de législation délégué aux ministres, de *Statutory rules and orders*, « volume qui excède celui des statuts proprement dits » ²¹.

IV. Les statuts et la législation des ministres, sont-ils les seules sources de « droit écrit » en Angleterre ? Après une mûre considération il est difficile d'éviter la conclusion qu'il y a encore une autre source de droit qu'il est possible de classer parmi le droit écrit. Cette source se trouve dans les « binding precedents ». On se rappellera sans doute la distinction que fait Génv entre les deux sources formelles de droit, la loi et la coutume, et les deux sources subsidiaires, l'autorité et la tradition. Les deux sources primaires sont autoritaires et valent *ratione imperii*. Les deux sources

secondaires ne sont que d'une autorité persuasive et ne valent que *rationis imperio*. Parmi ces dernières il y a la jurisprudence qui, dit Gény, « sans constituer en elle-même une source formelle de droit positif, doit du moins compter parmi les autorités les plus puissantes et peut même, moyennant des conditions spéciales, contribuer à la formation d'éléments vraiment producteurs de règles nouvelles ». La jurisprudence (Case law) anglaise ne peut pas être considérée purement et simplement comme une source secondaire. Pour mettre la vaste jurisprudence anglaise dans le plan des sources que trace Gény, il faut la diviser en deux éléments : les jugements (cases) que les cours sont obligées de suivre, les « binding » précédents, et les jugements que les cours ne suivent que facultativement, les « non-binding » précédents. Les premiers sont de vraies sources formelles et écrites (car on les trouve dans les « law reports ») quoique leur portée soit parfois rendue obscure par le mélange de l'énonciation des questions de fait et des questions de droit qui ne sont pas toujours *ad rem* : les seconds, les « non-binding » précédents, quoique écrits, ne sont que des sources subsidiaires.

La distinction entre « binding » et « non-binding » précédents, est dans la pratique, une question qui se lie à la valeur relative des jugements motivés rendus par les diverses cours de l'Angleterre ; valeur qui dépend largement de la situation des cours dans la hiérarchie judiciaire. L'ancien professeur de « Jurisprudence » à Oxford, C. K. Allen, indiquant les règles générales pour trouver la valeur relative d'un jugement, dit : « toute cour est liée par les décisions des cours supérieures... la House of Lords et la Cour d'appel sont liées par leurs propres décisions » ²². L'importance de ces deux règles apparaîtra en se reportant à l'organisation des cours civiles. En Angleterre les cours civiles sont les suivantes : 1° les « County Courts », dont il existe plus de cinq cents et qui statuent sur les demandes s'élevant à moins de cent livres sterling sauf sur certaines demandes exceptionnelles comme par exemple certaines actions réelles et les procès de diffamation, de séduction et de violation de promesse de mariage ²³ ; ces cours règlent également l'administration des faillites en dehors de Londres, les liquidations de sociétés anonymes ayant un capital de moins de 10.000 livres sterling, et les demandes d'indemnités pour les accidents de travail (workmen's compensation) ; 2° la « High Court » qui est le tribunal de première instance pour les procès civils non intentés dans les « County Courts » ; depuis 1880 elle se divise en trois branches, a) la « King's Bench Division » qui se charge surtout des demandes basées sur le « Common law » et qui comprend dix-huit juges dont chacun préside une cour tantôt à Londres, tantôt en assises dans les provinces ; b) la « Chancery Division », qui s'occupe surtout des questions qui appartenaient jadis à la sphère exclusive des cours d'équité et qui comprend sept juges siégeant ordinairement dans sept cours à Londres ; c) la « Probate, Divorce and Admiralty Division », dont les trois juges s'occupent des questions d'administration des biens, des

affaires conjugales et, par un hasard de groupement historique, des questions de droit maritime ; dans cette division il y a trois chambres chacune présidée par un des trois juges et où l'on s'occupe indifféremment des trois branches de droit ; 3° la « Court of Appeal », composé du « Master of the Rolls » et cinq « Lords Justices of Appeal », travaille en deux groupes de trois juges, mais pour résoudre des questions de droit de première importance se réunit en une seule chambre comme on l'a fait dans le procès de *Apted c. Apted* [1930], P. 246 ; 4° finalement il y a la « House of Lords » à laquelle on fait appel de la cour d'appel. Cette cour est composée de quatre ou cinq « Lords of Appeal in Ordinary ». Quand la « House of Lords » ou la majorité de cette cour a encadré quelque principe de droit dans un jugement, la « House of Lords » elle-même, ainsi que toutes les autres cours, sont liées par ce qui est un « binding » précédent, un précédent incassable. Pour se débarrasser d'une règle de droit ainsi consacrée, il n'y a d'autre moyen que de faire appel à la législature, à moins qu'il soit possible d'écarter une règle « comme inapplicable », à raison de l'absence, dans un nouveau procès, des conditions de fait explicitement mentionnées dans le précédent qui consacre cette règle. C'est-à-dire qu'il est parfois possible distinguer un procès d'un autre à raison des faits différents du nouveau procès, « to distinguish on the facts of the new case ». Les jugements de la « High Court » et des « County courts » ne lient pas les cours de rang égal ou supérieur ; mais tout jugement motivé mérite beaucoup de respect. Les jugements de la « High Court » sont toujours motivés, et les plus importants paraissent dans les *Law Reports* ; les jugements des « County Courts » sont moins fréquemment motivés et ne paraissent que très rarement dans les *Law Reports*. Mais, en Angleterre comme en France, une jurisprudence constante d'une cour, même d'une cour inférieure, exige beaucoup de respect et ne serait ignorée par une cour égale ou supérieure qu'après beaucoup d'hésitation. Voici ce qu'a dit le « Lord Justice Scrutton » en répondant à une demande de dommages-intérêts basée sur une perte de renommée commerciale, occasionnée par la rupture d'un contrat de service : « il a été la pratique invétérée dans cette classe de procès d'exclure les dommages-intérêts tels qu'on les demande ici. Et, s'il faut les admettre à l'encontre de la pratique actuelle, c'est par la plus haute autorité (la « House of Lords ») qu'ils doivent être admis ²⁴. » C'est surtout en matière d'interprétation soit de statut, soit d'actes privés comme les testaments, qu'une jurisprudence constante acquiert des usages de la profession légale, formés autour de cette jurisprudence, une force puissante. Ces usages, issus de non-binding précédents, peuvent parfois faire naître de vraies sources formelles, comme par exemple des coutumes ²⁵.

VII. Pour achever le tableau des sources formelles du droit anglais il faut parler de la coutume. Cette source se fait sentir en Angleterre comme en France, surtout en matières commerciales. Les

juristes anglais semblent être, pour la plupart, d'accord avec la définition de la coutume que propose Gény ²⁶; donc il n'est pas nécessaire de discuter ici la question des données nécessaires à une coutume.

Gény a dit que le droit anglais fait une large place à la coutume ²⁷; personne ne nierait que la coutume occupe encore de nos jours une place importante dans le système anglais, mais cette place est-elle vraiment large en comparaison avec les autres sources de droit déjà mentionnées. D'abord la législation par statut et par les ordres (orders) des bureaux ministériels augmente en volume chaque année et les précédents deviennent de plus en plus nombreux; comme il a été démontré, les « binding » précédents sont plutôt droit écrit que droit coutumier. Il ne faut point se laisser tromper si aujourd'hui les juges anglais disent qu'ils ne font que déclarer le « Common law » pour régler une affaire où il n'y a ni statut ni précédent applicable. Cette déclaration n'est souvent pas autre chose qu'une fiction judiciaire, comme elle a dû souvent l'être aux premiers temps où l'on s'est servi des « coutumes du royaume » pour fabriquer un droit royal commun à tout le royaume d'Angleterre. Car nul juge ne peut refuser de statuer sur une demande par raison de l'absence de droit. La place de la coutume dans le droit moderne devient de plus en plus petite. Dans un article publié récemment ²⁸, R. S. T. Chorley, professeur de droit commercial à l'université de Londres, a démontré que, quoiqu'une nouvelle coutume puisse donner une nouvelle règle de droit, nulle coutume ne saurait être admise par les cours comme valable, même en matière commerciale, si elle contredisait les dispositions d'un « binding » précédent. A cet égard le professeur cite le procès de *Goodwin c. Robarts* [1875], L. R., 10 Ex., 337, « il ne faut pas entendre que nous disions qu'un usage mercantile (ce qui veut dire ici une coutume mercantile et non un usage conventionnel) si étendu qu'il soit, puisse prévaloir s'il est contraire au droit positif qui comprend des usages qui ont été les sujets de décisions judiciaires et qui ont été sanctionnés et adoptés par les cours, et qui sont devenus par adoption une partie du « Common law » ²⁹. Une fois, dit l'auteur, que les marchands ont fait du droit ils ne peuvent ni l'abroger ni le changer. L'exception que fait Gény au profit de la coutume commerciale en lui reconnaissant aptitude en France à modifier même le droit écrit, n'existe point en Angleterre. Il faut, quand même, observer que la distinction que fait Gény entre l'usage conventionnel et la coutume se réalise également en Angleterre. Si un usage ne fait qu'ajouter une disposition à un contrat, il n'est pas le résultat d'une *opinio necessitatis* parmi les intéressés; cet usage n'est qu'une simple question de fait, et non de droit. Comme il a été expliqué, ce ne sont pas les faits d'un procès qui valent comme précédents, ce ne sont que les principes de droit, les *rationes decidendi*, énoncés pour trancher le procès qui valent comme précédents. Une fois qu'une coutume a été admise par une cour, cette coutume devient un précédent: si elle est devenue « binding » précédent elle peut être considérée, selon

les principes énoncés ci-dessus, comme droit écrit ; si elle est « non-binding » précédent, elle peut être dès lors prouvée par simple citation et vaut jusqu'à ce qu'une cour compétente la déclare nulle.

VIII. Il sera donc évident que, dans l'état actuel du droit anglais, si la notion de « libre recherche scientifique » que propose Gényn, était adoptée par les juges anglais, ils auraient sous la main un instrument puissant pour l'extension progressive du droit. Pourtant, pour employer une pareille méthode, il faudrait que ces juges reconnaissent ouvertement l'existence de lacunes dans le droit, et qu'ils abandonnent à jamais l'antique fiction que le « Common law » est un droit formé, complet et incapable d'extension aux besoins sociaux. Il faudrait qu'ils décident d'une façon ouverte et scientifique, après une recherche intensive d'autorités — en y comprenant même les autorités étrangères, — toute question non réglée par précédent ou par statut anglais. En effet, grâce à d'admirables œuvres magistrales, une telle recherche s'est pratiquée récemment, surtout en matière de conflits des lois. Les noms de Dicey, de Westlake, de Story et de Foote et des grands juristes du continent qui ont traité le droit privé international, sont souvent cités dans les cours, non seulement parce que ces juristes ont collectionné des masses de précédents, mais aussi parce que leurs propres opinions valent par elles-mêmes comme autorités à considérer.

Aujourd'hui il y a des tendances finales chez certains des juges anglais à faire accorder ouvertement le droit avec les besoins sociaux. Dans une décision de première importance émise par la « House of Lords » au mois de mai 1932, nous pouvons voir d'une manière singulièrement frappante, à la fois l'attitude d'une minorité traditionaliste et conservatrice et l'attitude d'une majorité progressive³⁰. Dans ce procès il s'agissait d'une demande en dommage-intérêts contre un fabricant d'eaux minérales. La demanderesse avait été empoisonnée après avoir bu dans une bouteille opaque de l'eau fabriquée et mise en bouteille par ledit fabricant. La bouteille avait été achetée non directement du fabricant, mais dans le magasin d'un tiers. On a voulu repousser la demande en disant qu'il n'existait aucune obligation contractuelle entre le fabricant et la demanderesse, et qu'on ne pouvait pas créer, en dehors de quelques contrats, de nouveaux devoirs qui n'existaient pas dans le « Common law » traditionnel. Lord Buckmaster, qui était de la minorité, a dit : « le droit applicable est le « Common law » et, quoique ses principes puissent être appliqués à des conditions nouvelles non envisagées quand le droit a été déclaré, ces principes ne peuvent pas se changer et l'on ne peut pas y ajouter de nouveaux principes, parce qu'une demande méritoire paraît être hors de leur portée », (outside of their ambit...) les précédents sont contraires à la demande de la demanderesse, et sans précédent il est difficile de voir comment une proposition de « Common law » peut être formulée pour soutenir cette demande. Lord Atkin, qui était de la majorité (de trois juges

sur cinq) s'exprima d'une façon bien différente : « Selon moi notre système légal n'est pas si mauvais, n'est pas assez éloigné des besoins de la société civilisée et des appels qu'y font ses membres, pour refuser un remède légal là où il existe si visiblement une injure sociale... Le droit dans cette matière, comme dans la plupart des affaires, est en accord avec le sens commun. » Voilà la tendance moderne : tendance beaucoup plus en harmonie avec les théories de François GénY et la « libre recherche scientifique » que les tendances de la méthode judiciaire traditionnelle. La nouvelle méthode anglo-américaine n'est pourtant pas sans danger. Le doyen Pound de l'université de Harvard a justement remarqué qu'un juge se laisse trop souvent guider par « des considérations de politique sociale et économique, ou par la morale [personnelle] et n'aperçoit pas tous les faits de la vie nécessaires à une sage décision ; il est souvent guidé par la « inarticulate major premiss » de M. Justice Holmes, par une prémisse qui une fois mise à la lumière se montrerait non valable. »

En outre il faut, « pour atteindre à une jurisprudence réaliste » comme l'a dit le professeur Laski, « constamment formuler notre but ». Dans le cas où il n'existe pas de précédents, il faut que nos prémisses juridiques soient raisonnées d'une façon scientifique et objective telle que le suggère GénY, et il ne faut pas qu'elles soient tirées au hasard des idées personnelles du juge.

Il n'est peut être pas sans signification que l'étude de la théorie du droit et des œuvres des maîtres étrangers comme GénY, commence à être poursuivie sérieusement dans les universités d'Angleterre. Les anciens préjugés disparaissent lentement et peut être ces études de théorie porteront-elles leurs fruits dans le futur développement du droit anglais. Même dans le passé, la connaissance de la part d'un juge des œuvres des juristes étrangers, « connaissance », a dit Sir Frederick Pollock, « que les praticiens d'ancienne mode — old fashioner practitioner — ont regardée comme excentrique, a porté ses fruits dans des jugements reconnus maintenant comme classiques » ³¹.

¹ V. TASWELL-LANGMEAD, *English Constitutional History*, 8^e éd., p. 178.

² V. *ibid.*, p. 141.

³ Voir un court article à ce sujet de Sir F. Pollock, in *Law Quarterly Review*, 1932, p. 163.

⁴ TASWELL-LANGMEAD, *op. cit.*, p. 163, v. aussi HOLDSWORTH, *History of English Law*, Tome I, p. 400.

⁵ Ancient Law, chap. III, *ad fin.* JENKS, *Short History of English Law*, pp. 211, 212.

⁶ HOLDSWORTH, *op. cit.*, t. I, p. 466. JENKS, *op. cit.*, p. 238 and 239.

⁷ V. ALLEN, *Law in the Making*, p. 218. CHORLEY, *Conflict of law and Commerce*, *Law Quarterly Review*, 1932, p. 51. JENKS, *op. cit.*, p. 239.

⁸ V., par exemple, *Solicitors' Journal*, vol. 72, 193.

- ⁹ Orpen c. Haymarket Capitol and others, 47, T. L. R., 575.
- ¹⁰ V. *The Annual Survey of English Law*, 1931, p. 284.
- ¹¹ V. *Méthode d'interprétation*, t. I, p. 249.
- ¹² *Op. cit.*, p. 408.
- ¹³ *Op. cit.*, p. 410.
- ¹⁴ V. KENNY, *Outlines of Criminal Law*, Ch. XIII ; BLACKSTONE, *Commentaries*, t. IV, pp. 238 et 242.
- ¹⁵ *Op. cit.*, p. 311.
- ¹⁶ V. résumé dans *The Annual Survey*, 1931, p. 99.
- ¹⁷ Pour d'autres exemples v. *Broom's Legal Maxims*, p. 365.
- ¹⁸ *Report on Ministers' Powers*, Cmd. 4060, 1932, p. 135 (La traduction donnée est assez libre).
- ¹⁹ V. citation de Lord BLACKBURN, *Report on Ministers' Powers*, p. 57.
- ²⁰ GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 405.
- ²¹ *Report on Ministers' Powers*, p. 16.
- ²² *Law in the Making*, p. 147.
- ²³ County Courts Act, 1888, s. 56.
- ²⁴ V. *Re Galomp*, etc., 1931, 144 L. T. R. 583.
- ²⁵ V. ALLEN, *op. cit.*, p. 180.
- ²⁶ V. ALLEN, *op. cit.*, p. 102, et les auteurs cités par Jethro BROWN, *The Austinian Theory of Law*, pp. 314-318.
- ²⁷ GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 324.
- ²⁸ *Law Quarterly Review*, 1932, p. 51.
- ²⁹ *Law Quarterly*, 1932, p. 63.
- ³⁰ Mc Alister in *Donoghue c. Stevenson* [1932] W. N. 139, 48 T. L. R. 494.
- ³¹ *Law Quarterly Review*, 1932, p. 38

CHAPITRE III

M. Gény and juristic Ideals and Method in the United States

by Mitchell FRANKLIN

Culane University College of Law, New-Orléans

In the first quarter of the twentieth century the American law school definitely has come to have the dominant place in the legal order. The study of law has been made an university discipline, and has ceased to be *un apprentissage*. For the continental European, thinking of Berytus, Bologna, Bourges and Paris, the position to-day of the American law school, considered as an integral part of an university, and as a vital instrument in transmitting the gains of a score of centuries, is a commonplace. But even though Maitland in his Rede lecture spoke of one American law school as the peer of Bologna and of Bourges it will explain much to bear in mind that the formal study of law in America practically begins in 1870.

The law school in America, even though it now holds the field, still bears the scars of its struggle for recognition. It compromises

L'influence de M. Gény sur les conceptions et les méthodes juridiques aux Etats-Unis

par Mitchell FRANKLIN

Traduit par Jenny ARON-MENGERSEN,
Docteur en droit

Au début du xx^e siècle l'Ecole de Droit américaine a conquis une place dominante dans l'ordre juridique. L'étude du droit a cessé désormais d'être « un apprentissage », pour faire l'objet d'un enseignement universitaire. Au regard de l'Europe continentale, en pensant aux écoles de Beryte, de Bologne, de Bourges et Paris, la situation actuelle de l'école de droit américaine, en tant que partie intégrante d'une université et en tant qu'organe doué d'une vie propre et profitant de l'expérience de plusieurs siècles, est un lieu commun. Cependant, bien que Maitland ait osé faire de l'école de droit américaine l'égale des écoles de Bologne et de Bourges, il ne faut pas oublier que l'étude formelle du droit n'a en fait commencé aux Etats-Unis que vers 1870.

L'école de droit américaine, en dépit de la place prépondérante qu'elle occupe actuellement, porte encore les marques de la lutte qu'elle a menée

with the ghost of a vanquished rival, for it hardly purports to do more than was accomplished under the old system of training new members for the bar at the bar itself ; the claim of the university law school largely has been merely that it can give this sort of training more expeditiously, and more accurately. Of course, it would be idle to suggest that no more than this has been accomplished. It is sufficient to refer to the scholarship of J. B. Thayer, Ames, Beale, Terry and Williston, and, above all, to the passion for law reform of Wigmore, Frankfurter and Pound.

The significance of this shift in influence has hardly yet been appreciated, even in the universities, for, despite the establishment of elaborate faculties, the creation of an enormous body of doctrine, and the development of some sort of connection with other fields of knowledge, the university law schools are still eminently mere substitutes for an obsolete mode of education. What the universities are about to discover is that control of the legal order has passed to them, and that the courts and the bar have taken a distinctly subordinate position. If this favored place is to have meaning, the university law schools must address themselves to certain jurisprudential problems — jurisprudential problems that are but phases of wider problems that Europe and America must attempt to solve. It is not sufficient that there exists in the law schools an air of scepticism as to the prevailing legal order. There is, indeed, a definite split between the university law schools and the present legal system, but if the quarrel is to have any significance, the uni-

pour s'imposer. Elle a dû transiger avec le spectre d'un rival vaincu, car il serait difficile de faire plus qu'il n'a été fait sous le règne de ce vieux système qui consistait à recruter de nouveaux membres pour la barre, à la barre elle-même. La prétention de la faculté de droit est de faire acquérir la formation juridique plus rapidement et plus correctement. Bien entendu, il serait oiseux de suggérer qu'elle n'a rien accompli de plus que cela. Il suffit de rappeler l'activité enseignante de J. B. Thayer, de Ames, de Beale, de Terry et Williston, et notamment les efforts passionnés de Wigmore, de Frankfurter et de Pound en vue d'une réforme du droit.

La portée de ce changement dans leur influence n'a pas encore été appréciée exactement même dans les universités —, car, en dépit de l'établissement de facultés équipées, de la création d'un vaste corps de doctrine et du développement de relations avec les autres branches de la connaissance, les écoles de droit des universités ne sont encore en général que les substituts d'un mode suranné d'éducation. Ce que les universités sont en train de découvrir, c'est que le contrôle de l'ordre juridique leur est passé et que les tribunaux et le barreau ont pris une situation visiblement surbordonnée par rapport à elles. Pour donner toute sa valeur à cette position favorisée, les facultés de droit doivent prendre position à l'égard des problèmes juridiques d'une portée universelle, dont la solution s'impose tant à l'Europe qu'à l'Amérique. Il ne suffit pas qu'il souffle dans les facultés de droit un vent de scepticisme au regard de l'ordre juridique existant. A vrai dire, il ne suffit pas qu'il y ait conflit entre les facultés de droit et le système juridique actuel. Pour que cette divergence des points de vue présente de l'intérêt, encore faudrait-il que

versities must be productive. It does not suffice merely to humiliate those who are committed to the existing legal order. It is also necessary to reconstruct, and this labour belongs to the universities.

The task which the American university jurist should arrogate to himself must be formulated. He has to take account, for the twentieth century at least, of the ends of the legal order. In this connection much has been done, for the foundation has been laid by the continental social philosophical and sociological jurists, whose views have been received to some extent into the American law schools, where they are beginning to pass current. Indeed, there is some indication that even some of the bench have become familiar with new ideas as to the goal of the legal order. It is sufficient to refer to the careers of Mr. Justice Holmes, at Washington and Boston, of Mr. Justice Brandeis at Washington, and Mr. Chief Judge Cardozo at Albany, Judge Burch at Topeka, and the late Chief Justice Winslow at Madison ; but these are as yet rare instances.

The formulation of new ideals for the law in the United States is apt to be put in terms of pragmatism. This is due to the tremendous influence of Mr. Pound in jurisprudence and of Mr. Dewey in philosophy, as their intellectual approach is most congenial to English speaking peoples. This may be said, despite the bitter hostility toward Mr. Pound and Mr. Dewey in many quarters, hostility which at the present time seems overwhelming. Nevertheless, it must be insisted that this opposition is not based on the intellectual

les universités fussent actives voire productives. Il n'est nullement suffisant de blâmer les partisans du système juridique actuel. Il est nécessaire de reconstruire ce qu'on veut abolir; c'est cette tâche qui incombe aux universités.

Il convient de préciser l'étendue de la tâche que devraient assumer les juristes américains. Ceux-ci doivent prendre en considération, au moins pour ce qui est du ^{xx}e siècle, les fins de l'ordre juridique existant. En ce sens beaucoup de travail a été accompli, car les fondements en ont été posés par des juristes du Continent dont les idées philosophiques et sociologiques ont pénétré dans les facultés de droit américaines où elles commencent à devenir familières. Au fait, il y a des indices qui prouvent que même les magistrats ont adopté les idées nouvelles, notamment en ce qui concerne le but de tout système juridique. Il suffirait de citer à ce propos la carrière du juge Holmes à Washington et à Boston, celle du juge Brandeis à Washington, celle du juge en chef Cardozo à Albany, celle du juge Burch à Topeka et celle de feu Winslow, juge en chef à Madison ; pourtant ce ne sont là que des exemples épars et peu nombreux.

Actuellement, les Etats-Unis tendent vers une nouvelle conception juridique dont les termes se rapprochent singulièrement des formules du pragmatisme. Ceci est le fait de l'influence considérable de Pound sur la jurisprudence et de l'influence de Dewey dans le domaine de la philosophie, étant donnée l'affinité intellectuelle que rencontrent leurs doctrines auprès de tous les peuples de langue anglaise. Il en est bien ainsi en dépit de l'amère hostilité à laquelle se heurtent à bien des égards les idées de Pound et de Dewey, hostilité qui à l'heure actuelle paraît

characteristics of pragmatism, but is an opposition to the implications of pragmatic jurisprudence encountered everywhere from those who hold to nineteenth century points of view. Because, then, of the fact that pragmatism derives in part from traditional Anglo-American thinking, the legal ideals of the twentieth century will be put pragmatically. For this reason, it is not to be expected that the Neo-Kantianism of Stammler, the Neo-Hegelianism of Kohler, the Social Utilitarianism of Ihering, or the Neo-Scholasticism of M. Géný will be influential, though there are some characteristics of Ihering's thinking that will appeal to the American jurist ¹.

This preference for pragmatism rather than for some other approach in some measure will be merely verbal, for all of the twentieth century schools are at war with the recent centuries, as these all insist that the split between the legal man and man be closed. The legal man has been a person who has entered the society of other men voluntarily, and who has remained only to aggrandize himself. So the end of the legal order became merely that of maintaining the minimum general security while each individual pursued his desires. This formula, which is now the object of so much criticism, came into the thinking of western Europe to replace ideals of the end of law until then accepted : it overthrew the conception of a static society, in which the goal of the law was to maintain an hierarchic ordering of society. However, the new schools insist that the legal man has served his function,

triomphante. Cependant, il convient d'insister sur le fait que cette opposition n'est pas fondée sur les théories essentielles du pragmatisme, mais qu'elle apparaît plutôt comme une opposition contre les conséquences engendrées par le pragmatisme et que ces conséquences sont combattues par les partisans des idées du xix^e siècle. Mais du fait que le pragmatisme dérive en partie de la pensée traditionnelle des Anglo-Américains, les concepts juridiques du xx^e siècle revêtiront une formule pragmatique. Il est donc fort probable que le néo-Kantisme de Stammler, le néo-Hegelianisme de Kohler, l'utilitarisme social de Ihering, ou la néo-scholastique de Géný n'auront presque aucune influence, bien que certains traits de la doctrine d'Ihering ¹ puissent être assimilés avec profit par les juristes américains.

Cette préférence donnée au pragmatisme au détriment d'autres doctrines restera purement théorique ; car toutes les écoles du xx^e siècle sont en conflit avec celles des siècles précédents tout en insistant sur la disparition de la distinction entre l'homme, sujet de droit, et l'homme tout court. Le sujet de droit est entré de bon gré dans la société des autres humains et y est resté uniquement pour s'agrandir. Ainsi, le but du système juridique est devenu uniquement de maintenir un minimum de sécurité générale alors que chaque individu poursuivrait son propre intérêt. Cette formule, qui actuellement est sujette à maintes critiques, pénétra dans la pensée de l'Europe occidentale au point de remplacer l'idée de l'utilité finale des lois, qui fut unanimement admise jusque-là : elle renversa la conception d'une société à l'état statique dans laquelle la fin de toute loi était d'assurer une hiérarchie sociale. Toutefois, les nouvelles écoles déclarent avec insistance que « l'homme légal ou juridique » a conservé sa fonction et que chacun est en droit

and that it is now time to hold that everyone is entitled to make some claims on his fellow-men, regardless of his ability to assert his claims strenuously. It is maintained that it is impossible to regard men as outside of society ; and that among the claims of men inside of society it is urgent that each individual be assured some satisfactions.

It will be sufficient to refer to a few instances to show how this shift is taking place. M. Planiol, for instance, writes in his institutional treatise that *droit* denotes " the whole of laws, that is to say, the juridical rules applicable to the acts of men " ², and that *droit positif* is " the juridical rules in force in a State " ³, and that these rules " have a text " ⁴. But, he says later, " there is a great precept of law, which is not written in formal terms : all that is not forbidden by law is permitted. Liberty is the rule..." ⁵. Thus, despite the silence of the code itself upon the matter, he regards the French civil code as having incorporated into the very text the ideals that obtained when the code was draughted, which was a time when there was sublime confidence in the efficacy of individual effort as the implement of social gain. Yet, in other connections M. Planiol shows what inroads have been made by the twentieth century into the classical ideal. Starting with a simple provision, taken from Roman law ⁶, allowing annulation for lesion in partition and in the sale of immovables — significantly protecting only the seller, and not the buyer, of land ⁷ — the twentieth century law-maker has utilized the concept of lesion in

d'élever quelques prétentions par rapport aux autres hommes, indépendamment de son aptitude à les affirmer avec force ou efficacité. On recommence à dire qu'il est impossible d'envisager l'homme comme étant en dehors de la société, et que, parmi les prétentions de l'homme à l'intérieur de la société, il est nécessaire que chaque individu soit assuré de la satisfaction de quelques-unes d'entre elles.

Il suffira de citer quelques exemples pour montrer la manière dont se fait sentir ce changement. M. Planiol, dans son traité fondamental, écrit, par exemple, que « le droit » signifie « l'ensemble des lois », c'est-à-dire des règles juridiques applicables à « tous les actes humains » ². « Le droit positif » ³, dit le même auteur, comprend « les règles juridiques qui sont en vigueur dans un Etat donné » et qui « s'appuient sur un texte de loi » ⁴. « Mais », ajoute-t-il plus loin, « il y a une norme juridique qui n'est exprimée nulle part en termes formels : tout ce qui n'est pas prohibé n'est pas contraire à la loi. La liberté est la règle... » ⁵. Ainsi, en dépit du silence du code à ce sujet, M. Planiol est d'avis que les rédacteurs du code civil français ont sous-entendu ce concept idéal, fort répandu au moment de la rédaction du code alors que régnait une confiance absolue dans l'efficacité de l'effort individuel comme moyen de réaliser le progrès social. Pourtant, à d'autres égards, M. Planiol démontre les modifications que le xx^e siècle a apportées à la conception classique. Partant de l'idée romaine de la rescision pour cause de lésion dans la vente d'immeubles, où seul le vendeur est protégé, et non l'acheteur, le législateur du xx^e siècle a introduit l'idée de lésion dans d'autres contrats. Il l'applique notamment à la vente d'engrais

other connections. It is now applied to sale of fertilizer, to prevent the exploitation of agriculturalists ; it restricts the amount of recovery of these who have extracted promises of inordinate compensation from mariners in distress ; it is the device invoked to fix minimum wages for those who labour in their homes for the clothing industry ; it regulates speculation, and fixes maximum rents ⁸. Turning to the institutional book of MM. Colin and Capitant, the same subtle change in ideals is to be perceived. These writers have suggested that articles 1382 ⁹ and 1383 ¹⁰ of the French civil code, in which liability for tort is made to depend on the ethical principle of fault, should preclude the development, even under article 4 ¹¹, of a body of jurisprudence imposing liability without fault ¹². Yet in an appendix to this subject in the most recent edition of this work it is admitted that liability without fault has won its way in the face of the classical theory of tort liability based on fault, the theory which is consistent with the old individualism. Thus, compensation for industrial injury has been justified by a theory which twentieth century moral ideas made necessary. To refer to but one more instance in which the classical ideal has suffered, the theory of abuse of rights, which has won its way into doctrine and *jurisprudence*, despite the general silence of the code, has had a truly revolutionary effect, and to-day MM. Colin and Capitant tell us casually that a labourer, employed from period to period, may have an action of tort against the employer who with improper motive ends the relationship at the end of one of these periods ¹⁴.

A great task, then, of the American university jurist will be to

en vue de protéger les agriculteurs. Il s'en sert pour réduire le montant de toute récompense exorbitante extorquée à des navires en détresse. Il l'invoque pour garantir un minimum de salaires à ceux qui travaillent à domicile pour l'industrie de confection. Il l'emploie pour réglementer la spéculation et pour établir des loyers maxima ⁸. Le traité de Colin et Capitant dénote le même changement de conceptions. Ces auteurs suggèrent que les articles 1382 ⁹ et 1383 ¹⁰ du Code Civil français, suivant lesquels la réparation de tout dommage causé repose sur le principe éthique de faute ¹¹, devraient empêcher, même sous l'empire de l'article 4 ¹², la formation d'une jurisprudence favorable à la responsabilité sans faute. Cependant, dans l'édition la plus récente de leur traité MM. Colin et Capitant admettent que la responsabilité sans faute a gagné du terrain à l'encontre de la théorie classique de la réparation par l'auteur du dommage, théorie qui est tout à fait conforme à l'ancien individualisme ¹³. Ainsi, les indemnités allouées en cas d'accidents de travail ont trouvé leur fondement dans de nouvelles conceptions morales qui sont nées sous l'influence des nouvelles exigences. Pour citer encore d'autres exemples qui confirment l'atteinte portée aux concepts classiques, il suffit d'étudier rapidement la théorie de l'abus des droits qui a gagné du terrain en doctrine et en jurisprudence. Malgré le silence du code cette théorie a produit l'effet d'une révolution ; en effet, selon Colin et Capitant un ouvrier embauché pour une durée déterminée peut avoir un recours pour abus de droit contre son employeur qui, pour des motifs peu plausibles, le renvoie à la fin d'un terme ¹⁴.

La grande tâche qui incombe aux juristes des universités améri-

formulate the ideal of the legal order for the twentieth century, so that the law-maker will have at hand a basis for legislation, and the interpreter of the law a guide in construction. Elaborate efforts have already been made outside jurisprudence. It is sufficient to refer among recent works to Mr. R. B. Perry's treatise on value ¹⁵ and to Mr. Dewey's numerous writings. There is now a fairly large body of philosophical material, the most recent of which has been a Neo-Thomist critique ¹⁶, of which the American university jurist will have to take account. Inside the field of jurisprudence the only efforts up to the present have been the notable ones of Mr. Pound ¹⁷.

In this connection it will be necessary to establish a formula which not only will articulate the desires of this century, but which will justify experimentation so as to achieve the ends desired. Thus, it might be said that if the prevailing adjustment of social interests undervalues, in a subjective sense, a social interest pressing for recognition, it may be assumed by the law-maker, legislative or judicial, that a revaluation of interests to accomodate the undervalued claim is desirable until it is shewn, in practice, that the revaluation is too costly ; and it may be assumed, furthermore, in the light of European and American history, since the sixteenth century, that this revaluation of social interests will not impair the social interest in the general security to the extent that the tentative revalorization may not be risked as an experiment.

This task, set to the American university law schools, of re-

caines consistera dans le devoir de formuler la nouvelle conception juridique du xx^e siècle, afin d'offrir au *législateur* une base solide pour la confection des lois et à l'interprète un guide dans la « construction » ou interprétation. Des efforts considérables ont déjà été accomplis en dehors du cadre de la jurisprudence. Parmi les ouvrages récents il faudrait citer le traité de R. B. Perry et les nombreux écrits de Dewey. A l'heure actuelle il y a aussi une abondante documentation philosophique, dont la plus récente a été une récente critique néo-thomiste ¹⁵, qui devrait s'imposer à l'attention de tous les juristes américains. Quant à l'œuvre accomplie dans le cadre de la jurisprudence on ne saurait signaler que les efforts remarquables dus à l'initiative de Pound.

En ce sens il sera indispensable d'établir une formule, qui exprime non seulement les desiderata du xx^e siècle, mais qui en même temps donne une idée des expériences à entreprendre en vue d'atteindre le but désiré. Ainsi on peut dire que si l'ajustement actuellement opéré des intérêts sociaux sous-évalue un intérêt social — entendu au sens subjectif du mot — il peut être admis par l'organe qui fait le droit — législatif ou judiciaire — qu'une réévaluation des intérêts est désirable pour replacer à son rang l'intérêt sous-évalué, à moins qu'il ne soit démontré, par la pratique, que la réévaluation serait trop coûteuse. Et l'on peut, en outre, admettre, à la lumière de l'histoire européenne et américaine depuis le xvi^e siècle, que cette revalorisation d'intérêts sociaux individuels ne porte pas atteinte à l'intérêt général de sécurité au point de condamner une revalorisation des intérêts sociaux à titre d'expérience.

Cette tâche offerte aux écoles de droit des universités américaines,

formulating the ends of the legal order for the time being, is, of course, not an isolated problem. It is matter that is not confined to the university, nor restricted to the law. This need is felt in metaphysics, logic, ethics, aesthetics, economics and politics. The re-statement must have implications beyond jurisprudence, or it will be of no value.

There is yet another problem that the American law school, in its place as the most influential organ in the legal order, must embrace, and from the esoteric, from the technical point of view, it is as complex, as difficult, as that of the formulation of the bases for valuation of interests, from which it is not to be dissociated, and which, too, cannot be segregated from other problems of the century. This is the matter of juridical method, the relation of the adjudicator of cases to the materials for his decision. It is here that M. Gény has prepared the way for all further American discussion ¹⁸.

It will suffice here to indicate the chief issues. The American law school must come face to face with codification, and may find that the law should take the form of definitive, authoritative texts, set by the legislature for the courts. By the end of the nineteenth century it was regarded as settled that American law could not take the form of a code. Mr. Carter, relying upon Savigny, had defeated the proposals of Mr. Field that his projects of codes be adopted in New York, the most powerful and influential of the American states. Unfortunately, the controversy became confused with the

de formuler à nouveau les fins de l'ordre légal pour le temps présent ne constitue sans doute pas un problème isolé. C'est là une besogne qui ne se pose pas seulement à l'Université, et ne se limite pas non plus au droit. Ce besoin se fait aussi sentir dans la métaphysique, la logique, l'esthétique, la science économique et politique. La révision (restatement) doit s'étendre au delà de la jurisprudence, ou elle n'aura aucune valeur.

Il est un autre problème que l'école de droit américaine, à raison de sa place d'organe exerçant le plus d'influence sur l'ordre légal, doit embrasser, et du point de vue ésotérique, et du point de vue technique. Problème complexe, problème difficile. Il consiste à formuler les bases à prendre pour l'évaluation des intérêts. Il ne peut être dissocié du précédent ; de même qu'il reste en rapport étroit avec les autres problèmes du siècle. C'est une matière qui rentre dans le cadre de la méthode juridique, somme toute, simple relation entre juges et affaires à juger. C'est sur ce point que M. Gény ¹⁶ a déblayé le terrain aux juristes américains.

Il suffira ici d'en indiquer les résultats principaux. L'école de droit américaine doit en arriver à l'idée de la codification et constater que la loi doit revêtir la forme d'un texte définitif faisant foi auprès des juges et législateurs. A la fin du xix^e siècle il a paru bien établi que le droit américain ne saurait jamais se prêter à une codification. Carter, fervent adepte de Savigny, a fait échouer les projets de codes présentés par Field en vue d'introduire ceux-ci à New-York, le plus puissant et le plus influent de tous les Etats américains. Malheureusement la controverse s'est mêlée de discussions sur les mérites de ces projets de codes.

merits of the projects ; and with the failure of Field's plans the notion of codification was gradually abandoned. Alone among the forty-eight American states, each of which is sovereign over its private law, Louisiana has accepted codification, for in 1808 the substance of the project of the Year VIII ¹⁹ became effective, and, in a certain sense then, this code, which still obtains, is even older than the French civil code. However, there is reason to think that the case for codification can be attractively put in the United States. The country is already familiar with a series of uniform statutes, chiefly in the field of commercial law ²⁰, and with "restatements" of other branches of the law ²¹. The situation in America to-day probably is not unlike that which obtained before Justinian.

Of the contentions that will be made against codification a few must be noticed here. It will be insisted that a code follows a tremendous burst of national strength, as in Germany and France at the time of the adoption of their codes, and in the United States at the time of the adoption of the federal constitution ; and that, in the reaction that follows, the code receives the character of a sacred document which should not be altered. This psychological phenomenon ²², which has been noticed by M. Capitant, is a serious one, for the very considerations that make codification so necessary also indicate that the code should be kept abreast of change. Yet the French civil code has only been amended 115 times in 126 years ²³. Half of these changes have occurred only since 1913, and 46 only

rédigés par Field, et avec l'échec de ces derniers l'idée d'une codification fut peu à peu abandonnée. Parmi les 48 Etats américains, dont chacun est maître souverain de son droit privé, seule la Louisiane accepta la codification, selon le projet français de l'an VIII ¹⁷. Ce code, maintenu en vigueur encore à l'heure actuelle, est en quelque sorte l'aîné du code civil français. Cependant, maintes raisons induisent à croire que la codification continue d'être un sujet d'actualité aux Etats-Unis. L'Amérique est déjà familiarisée avec une série de statuts ¹⁸ uniformes, notamment dans le domaine du droit commercial, et nombre de « restatements » dans les autres branches du droit ¹⁹. En somme, la situation actuelle aux Etats-Unis ressemble, à quelques détails près, à l'état du droit romain avant Justinien.

On ne saurait passer sous silence, à cette place, les principales objections que l'on invoque contre la codification. Entre autres notamment le fait que un code est généralement le produit d'une manifestation remarquable de force nationale, telle qu'elle s'est produite en France et en Allemagne au moment de la rédaction de leurs codes, ou bien aux Etats-Unis à l'époque de l'adoption de leur constitution fédérale. La rédaction, qui suit cette manifestation, confère au code le caractère d'un document sacré qui devrait échapper à toute modification. C'est un fait psychologique que M. Capitant a eu soin de mettre en relief en signalant que les mêmes considérations qui plaident pour la nécessité d'une codification s'opposent également à toute modification ultérieure des textes codifiés. Or, le code civil français a été amendé 115 fois en 126 ans ²⁰. La moitié de ces amendements est postérieure à 1913 et 46 sont inter-

since 1918. It is sufficient to point out that it is here that a ministry of justice should be made useful to prevent legislative inertia.

A far more serious matter is that of the division of powers, which here takes the form of allocating the work of the legislator and of the judge. This may be regarded as a phase in the problem of juridical method. It is the least understood jurisprudential problem of the time.

American writers of late have been fascinated by the "free finding" movement of M. GénY and of the Austrian sociological jurists, and have tended to accept their critique of codification as a rejection of codification. This, however, is far from true. There should be nothing in *Méthode d'interprétation* which denies the efficacy of codification. It is necessary to point out that these Romanist jurists have been confronted by a problem which has been peculiar to France and Austria. The French and Austrian jurists have been concerned with the place of judge-made law in codes that were prepared during the absolutism of the eighteenth century. There is no reason to hold that codification precludes judicial inventiveness to eke out situations not dealt with in the code unless the code itself makes unwarranted pretensions to completeness. This is exactly the assumption of these codes. Thus, it is found in Austrian civil code, article 7²⁴, and the presupposition of French civil code, article 4²⁵, has been that the code is complete²⁶. In other words, *subsidia* are held distinctly secondary.

These false legislative claims to self-sufficiency must not be

venus depuis 1918. C'est le ministère du juge qui devrait prévenir l'inertie législative.

Un autre problème soulève des difficultés plus sérieuses encore. C'est le problème de la séparation des pouvoirs, à savoir l'assignation rigoureuse de la sphère d'action qui sera impartie, d'un côté, au juge, de l'autre au législateur. Ceci ne constituerait qu'une étape à franchir dans la recherche d'une méthode juridique. Mais c'est en tout cas le problème juridique le plus obscur de l'époque.

De récents auteurs américains ont été fascinés par la méthode de la « libre recherche », préconisée par M. GénY et les juristes autrichiens de l'école sociologique, et ont eu tendance à voir dans la critique adressée par ces derniers à la codification un rejet complet de toute codification. Cette manière de voir est pourtant tout à fait erronée. Dans la *Méthode d'interprétation* de M. GénY il n'y a rien qui puisse faire croire à un rejet de toute codification. Les juristes français et autrichiens ont été mis en face d'un problème qui était particulier à la France et à l'Autriche. Ils ont dû s'occuper de la place à donner au « droit fait par les juges » dans les divers codes qui étaient préparés au XVIII^e siècle sous le règne de l'absolutisme. Il n'y a pas de raisons pour soutenir que la codification une fois accomplie exclue toute solution donnée par le juge à des cas qui ne sont pas prévus dans les textes, à moins toutefois que les codes n'aient la prétention injustifiée d'être complets. Or, l'article 7 du code civil autrichien²¹ et l'article 4 du code civil français²² présumant que les codes en question sont complets. En d'autres termes, toute solution subsidiaire est réputée d'ordre secondaire.

Ces fausses prétentions du législateur de se suffire à lui-même ne

lost sight of in understanding free finding. The Swiss civil code in article 1²⁷, adequately recognizes the creative powers of the judge, and removes much of the criticism directed at codes.

Beyond all this, however, is something more critical, and this, too, has been brought to the fore by the school of free finding. Beyond the matter of judicial inventiveness, the scope of which generally should be confined to the analogical development of code provisions that are not antiquated, is the problem of what the law-maker should attempt to accomplish through definitive texts. However, in the United States even the first steps in this direction have hardly been taken, despite the great interest in juridical method that now prevails. There is no satisfactory technique of analogy, such as the Romanist takes for granted. The classic view is that the civil law is deductive and the common law inductive²⁸, yet it must be obvious that the juridical method of the common law has not differed from that of the Romanist, for if the latter refers to the "general principle" of a statute to warrant an analogical application use of the code provision to a case which it does not govern by genuine interpretation, the common lawyer refers to "the general principle" of a case with the same object. Yet there is the vital difference that a code provision is legislative, and thus evaluates social interests more closely in accord with the ideals of the period, whereas judicial decision reflects the valuation of a period long past.

doivent pas être perdues de vue si l'on veut comprendre la méthode de la libre recherche. Le code civil suisse, dans son article 1^{er} ²³, consacre le pouvoir législatif du juge et répond par là à la plupart des critiques adressées aux divers codes.

Au-dessus de ces critiques il y a une autre objection, de beaucoup la plus puissante, et que l'école de la libre recherche a eu soin de mettre en relief. En dehors de la matière de l'invention (ou découverte) judiciaire, dont le champ d'action doit être généralement cantonné au développement par analogie des dispositions du code qui ne sont pas encore vieilles, il y a le problème de ce que le législateur doit tenter d'accomplir par des textes définitifs. Toutefois, aux Etats-Unis, même les premiers pas dans cette direction n'ont guère été faits, malgré le grand intérêt qu'on porte actuellement au problème de la méthode juridique. Il n'y a point à l'heure présente de technique satisfaisante de l'analogie, quoique des Romanistes* tiennent le contraire pour acquis. La vue courante est que le *droit civil* est déductif et le *common law* inductif. Il est pourtant évident que la méthode juridique du *common law* ne diffère pas de celle du *Romaniste*. Car, si ce dernier se réfère au « principe général » d'une loi pour étayer l'application par analogie d'une disposition du code à un cas qu'elle ne régirait pas dans une interprétation sincère et exacte, le juriste de *common law* se réfère au « principe général » d'un « cas » (jugé) pour le même objet. Pourtant, il y a cette différence vitale qu'une disposition d'un code est législative, et par conséquent évalue les intérêts sociaux beaucoup plus exactement en accord avec les idéaux du temps, tandis que la décision judiciaire reflète

* C'est-à-dire les juristes des pays de « droit civil », formés à l'école du droit romain. Expression synonymique de *civilians*, *civilistes*, ceux qui étudient le « droit civil ».

The use of judicial decision productively may be the application of valuation that is repugnant to the time and place. Yet the partial efforts at codification, attempted in the uniform laws, perpetuate this technique. For instance, section 73 of the Uniform Sales Act reads :

« In any case not provided for in this act, the rules of law and equity, including the law merchant... shall continue to apply to contracts to sell and to sales of goods. »

To change the technique of the common lawyer will require all the skill and strength of the American law school. Yet it is an effort that must be made, for if the university law schools will throw their energies into preparing codes that will reflect the legal ideals for the time and place, they necessarily will insist that these changes be made efficacious even on those occasions when the code, genuinely interpreted, is silent.

Beyond this, however, is the ultimate problem already referred to. The jurists of the school of free finding have held that, in general, there are two types of legal precepts of which account has to be taken. They insist that there are situations in which the law-maker instructs the interpreter to ascertain whether the subject matter of litigation present definitive, described characteristics ; if these characteristics are present, the result is appointed. It is obvious that in this sort of controversy the task of the interpreter is to categorize the problem before him. As much as is possible he is instructed to disregard elements other than those which the law-

l'évaluation d'une longue période du passé. L'emploi d'une décision judiciaire, pour la faire produire, peut être l'application d'une évaluation inconciliable avec le temps et le lieu. Pourtant les efforts de codification, tentés dans les « lois uniformes », ont perpétué cette technique. Par exemple, la section 73 de l' « Uniform Sales Act » est rédigée comme suit :

« Dans les cas qui ne sont pas prévus par le présent acte les règles du droit et de l'équité, y compris celles de la loi marchande,... continueront à s'appliquer aux promesses de vente et aux ventes de marchandises. »

L'école de droit américaine aura besoin de toute son adresse et de toute son autorité pour changer la technique adoptée par le praticien du droit commun (common law). Pourtant cet effort s'impose, si les facultés de droit sont prêtes à déployer toute leur énergie pour préparer des codes susceptibles de refléter les conceptions juridiques de leur époque et de leur pays. Aussi seront-elles obligées d'insister sur le fait que les nouvelles idées s'appliqueront même aux cas où le code, interprété sincèrement, est muet.

En outre, un problème fondamental, auquel il a été déjà fait allusion, attend toujours sa solution. Les partisans de l'école de la libre recherche pensent, en général, qu'il existe deux sortes de principes légaux dont il faut tenir compte. Ils professent qu'il y a des situations où le législateur invite l'interprète à vérifier si la matière objet du litige présente certaines caractéristiques définies, décrites. Si ces caractéristiques se rencontrent, le résultat est réglé d'avance. Il est évident que, dans cette sorte de contestations, la tâche de l'interprète se borne à *catégoriser* le problème en présence duquel il est mis. Dans la mesure du possible il

maker has indicated. The purpose of this sort of precept, which unquestionably involves the sacrifice of many otherwise meritorious litigants, is the gain that the law-maker hopes to obtain through the subsumption of problems to a set adjustment of social interests. On the other hand, the law-maker may refuse to declare a definitive adjustment of interests, and leave to the adjudicator the task of adjusting the conflict of interests before him. In this *ad hoc* type of decision, the law-maker feels that the distinctive elements in each case should be regarded as relevant, and it is his will that the adjudicator take account of these unique qualities of the situation. In between these two types of precepts are gradations of precepts in which the law-maker permits the adjudicator more or less freedom in weighing competing claims for the particular case in hand.

It is sufficient to refer to article 488²⁹ as illustrative of the first type of precept, and to article 1383³⁰, as illustrative of the second sort. Between these is such a provision as the first paragraph of article 1110³¹, which provides for annulation of contracts for error : the problem is to maintain the security of transaction, and yet within the limits of " substantiality " to take account of the disappointment suffered by one of the parties. The need for individualization is recognized by the law-maker, and he states that it may be taken account of within the narrow limit set³².

This analysis, which has been given currency by Mr. Pound³³, has intrigued American Jurists, but for various reason at present

est invité à se désintéresser des éléments autres que ceux qui lui sont indiqués par le législateur. Le but de cette sorte de préceptes, qui indubitablement impliquent le sacrifice de beaucoup de plaideurs par ailleurs méritants, est le gain que le législateur espère obtenir par l'épuisement des problèmes en question grâce à un ajustement stable d'intérêts sociaux. D'autre part, le législateur peut se refuser à déclarer un ajustement définitif d'intérêts, et laisser à celui qui a à les juger la tâche d'ajuster le conflit d'intérêts qui se pose devant lui. Dans ce type de décision *ad hoc*, le législateur sent que les éléments distinctifs de chaque cas doivent être regardés comme décisifs, et sa volonté est que celui qui a à décider tienne compte de ces qualités uniques de la situation. Entre ces deux catégories à caractère nettement définis, il y a des préceptes intermédiaires, pour lesquels le législateur accorde à l'interprète plus ou moins de liberté pour peser les intérêts en conflit dans chaque cas particulier.

Il suffit de rappeler l'article 488²⁵, comme exemple de la première catégorie, et l'article 1383²⁶, comme exemple de la seconde catégorie. Entre les deux il y a le principe posé par l'article 1100 alinéa 1^{er}²⁷, qui prévoit l'annulation des contrats pour erreur. La question qui se pose à cette occasion est la suivante : maintenir la sécurité des transactions et tenir compte, dans la mesure où elles ont un caractère « substantiel » des déceptions subies par l'une des parties. Le besoin d'individualisation (de l'application du précepte légal) est reconnu par le législateur, et il décide qu'il doit en être tenu compte dans les limites étroites fixées par lui.

Cette analyse, qui aux Etats-Unis a été répandue par M. Pound, a intrigué maints jurisconsultes américains. Mais pour des raisons d'ordre

it is fashionable to insist that all precepts can be understood so as to take account of the unique features of each controversy. In part this attitude is due to the reaction against absolutist versions of the origin of law. In part it is due to the recognition that old precepts, though unchanged verbally, have acquired new meaning because of new conditions. In part it is due to the fact that old precepts do not genuinely pertain to all new types of controversy, and thus new precepts are emerging through the opportunity for choice among ideas. In part it is due to the fact that modern problems more and more are of the sort in which the law-maker desires the unique features to be regarded. Thus the eminent practitioner an half-century ago was a conveyancer of real property *, whereas to-day he advises the directors and managers of corporate business, in which the problems are those of the fiduciary *, whose responsibility is ascertained from the features of each case.

But this is confusion. The niceties that persuade the law-maker to decide in advance every controversy must not be mistaken for natural or neo-natural law. It may be held that certainty will be

divers il est de mode de soutenir que tous les préceptes juridiques, sans différence d'origine, peuvent s'interpréter de façon à s'appliquer à toute controverse, quelles que soient ses particularités. Cette attitude est due, en partie à la réaction contre les conceptions absolutistes des origines du droit ; en partie à la reconnaissance que de vieux préceptes, quoique inchangés dans leur lettre, ont pris des significations nouvelles en présence de situations nouvelles ; en partie au fait que de vieux préceptes ne peuvent plus naturellement faire face à tous les types nouveaux de litiges... Le praticien éminent d'il y a un demi-siècle était un *conveyancer of real property* *, alors qu'aujourd'hui il conseille les directeurs et organisateurs des grandes affaires de sociétés, dans lesquelles les problèmes sont des problèmes d'ordre fiduciaire * où la responsabilité est déterminée par les particularités de chaque cas.

Mais c'est là confusion. Les raffinements qui conduisent le législateur à vouloir résoudre d'avance chaque controverse ne sont — ce serait une erreur de le penser — ni de droit naturel ni de droit néo-naturel.

* Ce terme vise une branche de la pratique anglo-américaine du droit qui n'a pas d'équivalent dans la pratique actuelle des pays de « droit civil ». Ce qui s'en éloignerait peut-être le moins, c'est la branche notariale française, quoique la fonction du notaire ait une autre origine, vise d'autres résultats et ne se cantonne pas dans les mêmes limites. Le dictionnaire juridique le plus répandu dans le pays auquel appartient l'auteur — celui de Bouvier-Rawles — donne cette définition du *conveyancer* : Celui qui fait métier de rédiger pour d'autres, les actes instrumentaires (deeds) de transfert (conveyance) de terres et de vérifier les titres (ou documents) de propriété immobilière (Real Property). Et il ajoute : « En Angleterre et en Ecosse, et dans une moindre mesure, aux États-Unis, (ce droit des conveyancers) est un système de droit hautement artificiel ». Appréciation que ne contesterait certes aucun de ceux des juristes continentaux qui ont pu entrevoir ce qu'était cette branche du droit anglais avant les réformes des *Law of Property Acts* de 1922 et de 1925.

* Les problèmes sur lesquels le conseiller juridique ou *legal adviser* des grandes sociétés a à éclairer ses clients, — ceux que soulèvent l'établissement ou le fonctionnement des trusts, cartells, concerns, mergers ou fusions, ententes et combinaisons industrielles, reposent, en effet, — d'où le terme *fiduciary* — sur des rapports de confiance qui, comme la fiducie ou le fideicommiss romains, se sont souvent développés d'abord sous la seule égide de la bonne foi avant d'obtenir la protection du droit positif. L'impuissance de la terminologie actuelle des droits continentaux à rendre des notions, aussi complexes et aussi techniques que celles qui sont à la base du droit anglo-américain de la *real property* et des *trusts*, explique que le traducteur ait eu peine à donner une traduction intégrale, et surtout une traduction littérale des lignes ci-dessus.

achieved in a given type of case — *vi et armis* perhaps — without need of referring the quest for certainty to some sort of super-law ; it may be that the law-maker is willing to sacrifice some social interests in order to make secure other social interests that he values highly. Furthermore, it may be held that legislative deference to judicial judgment in certain sorts of case involves no resort to spurious interpretation, for the only expression of the law-maker is that in a given sort of problem he prefers the judgment of a court, the valuation of interests being that of the court itself. In addition, it may be held that the frequent opportunity for free decision, which is characteristic of law based on an old code or an antiquated body of case law, caused by the fact that the problems are far removed from that of the old code or antiquated body of case law, (a fact concealed by judges who pretend that there is no break between epochs by denying their inventive powers through the ruse of pretending to follow or to choose from among archaic precepts), is not at all the same as the matter of legislative abdication. Finally, it is needless to warn of the danger present in taking a very common sort of legal precept as the only type of precept.

The confusion which has assailed American thinking in this connection, to some extent, reflects a similar confusion to be found among Romanists : the difference between a text tolerating judicial valuation, permitting account to be taken of all the ele-

Sans doute il y a lieu d'admettre qu'il est possible de réaliser cette certitude — *vi et armis* peut-être — dans un type donné de cas, sans qu'il soit besoin de demander la consécration de cet état de certitude à quelque super-loi ; car il n'est point interdit au législateur de vouloir sacrifier certains intérêts sociaux pour garantir d'autres intérêts qu'il évalue plus haut. Mais il peut aussi, dans d'autres cas, marquer sa déférence aux décisions judiciaires sans que cela implique recours à une forme impure ou bâtarde d'interprétation. Cette déférence n'implique guère une abdication de souveraineté de la part du législateur. Celui-ci entend seulement se référer à la sentence du tribunal qui seul est compétent pour apprécier les intérêts en jeu. Les appels faits à la libre décision des tribunaux sont d'ailleurs plus fréquents dans les législations qui sont fondées sur un vieux code ou sur un ensemble suranné de lois particulières ; car la plupart du temps les problèmes qui se posent sont fort éloignés de ceux dont s'occupe le vieux code en question, ou bien l'ensemble suranné des lois particulières. [Ce fait est habilement dissimulé par ces juges qui prétendent que les époques s'enchaînent sans heurt ni choc, et qui dissimulent leurs pouvoirs d'invention en prétendant suivre les préceptes archaïques ou faire un choix entre eux. Il n'y a rien là qui présente le caractère d'abdication législative. Et finalement il est à peine besoin de mettre en garde contre le danger qu'il y aurait à considérer une espèce fort commune de préceptes (préceptes rigides) comme le seul type de précepte légitime.

La confusion qui a assailli la pensée américaine à cet égard reflète, dans une certaine mesure, une confusion semblable qu'on rencontre parmi les Romanistes : la différence entre un texte de loi tolérant une évaluation judiciaire, permettant qu'on tienne compte de tous les élé-

ments of the controversy, and the decision reached in pursuance to the grant of power, is not indicated. It is often assumed that the decision pretends to be the application of a genuine interpretation of the text, and, then, with the manner of a yellow journalist, the jurist shews that the law-maker never could have contemplated the result reached in the particular case. But in such cases the only problem of interpretation is to ascertain whether the law-maker has indicated his deference to the judgment of value of his adjudicator; the decision that follows is not based on any valuation set by text, but is based on the independant valuation of the adjudicator as to the competing claims of the parties.

The American law school, as a part of its work in connection with codification, must allocate the field of valuation between law-maker and adjudicator, and must study more carefully, in the light of logic and psychology, the problem of juridical method involved. The point of departure will have to be M. Geny's *Méthode d'interprétation*, which is the flower of 2,000 years of Romanist thinking upon the problem of juridical method, a problem hardly yet perceived in America, a problem calling for the régime of the university law school.

ments de la controverse, et la décision atteinte en application d'un octroi de pouvoir n'est point indiquée. Il est souvent affirmé (par le juge) que la décision prétend être l'application sincère du texte de la loi, alors que, d'autre part, le juriste (le critique doctrinal), à la façon d'un « journaliste jaune », montre que jamais le législateur n'a envisagé le résultat atteint dans le cas en question. En réalité dans ce cas le seul problème de l'interprétation est de vérifier si le législateur a indiqué sa déférence au jugement de valeur de celui qui aura à résoudre ce cas. Et la décision qui suit n'est pas basée sur une évaluation établie par un texte : elle est basée sur l'évaluation indépendante de celui qui a à juger les prétentions contradictoires des parties.

L'école de droit américaine, comme une partie importante de son œuvre en liaison avec la codification, devra délimiter et répartir les champs respectifs de compétence, pour l'évaluation des intérêts, entre le législateur et le juge, et il lui faudra pour cela étudier plus attentivement, à la lumière de la logique et de la psychologie, le problème de la méthode juridique qui y est impliqué. Le point de départ de cette étude sera la *Méthode d'interprétation* de M. GénY, qui est le couronnement des efforts entrepris depuis plus de vingt siècles par les Romanistes, en vue d'élucider le problème épineux que pose la recherche des méthodes juridiques. C'est un problème que l'Amérique vient d'entrevoir à peine et qui demande qu'on fasse appel au régime (ou à la discipline) des écoles de droit universitaires.

¹ A critique of M. GÉNY's *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924), and an account of its place in contemporary jurisprudence, has been recently given in HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, 288-293 (1930).

² PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., I, n° 2 (1928).

³ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., I, n° 3 (1928).

⁴ See, n. 3, *supra*.

⁵ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., I, n° 288 (1928). Planiol quotes Portalis.

⁶ GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., 575 (1929).

⁷ Cf. MENDER, *Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen*, 22 (1890).

⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e éd., II, n° 1075-5° (1926).

⁹ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

¹⁰ « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

¹¹ « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

¹² COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3^e éd., II, 368 (1921).

¹³ COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 6^e éd., II, 406 (1931).

¹⁴ COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 6^e éd., II, 601 (1931). V. C. civ., art. 1780, al. 2 à 5.

¹⁵ PERRY, *General Theory of Value* (1926).

¹⁶ WARD, *Philosophy of Value* (1930).

¹⁷ POUND, *Interpretations of Legal History*, 157 (1923).

¹⁸ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. (1919).

¹⁹ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, II, 3-413 (1827).

²⁰ In all there are 48 uniform laws. Handbook of National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Proceedings, 1930, 693. The most important are the bills of lading act (1909), business corporation act (1928), chattel mortgage act (1926), conditional sales act (1918), fiduciaries act (1922), fraudulent conveyance act (1918), limited partnership act (1916), negotiable instruments act (1896), partnership act (1914), real estate mortgage act (1927), sales act (1906), stock transfer act (1909), warehouse receipts act (1906) and written obligations act (1925).

²¹ These are agency, business associations, criminal procedure, conflict of laws, contracts, property, torts, and trusts.

²² CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., n° 55 (1929).

²³ The number of articles of the code affected is, of course, greater. The amendments are collected in CARPENTIER, *Les cinq codes, code civil*, 1, 3 (1931).

²⁴ « If a case cannot be decided, either by the words or by the natural sense of the enacted rule, recourse must be had to analogous cases expressly decided in the code and to the grounds of other rules related thereto. If the question of law still remains doubtful, it must be decided in accordance with natural principles of right and law, the circumstances being scrupulously ascertained and maturely weighed. » (Pound's trans.).

²⁵ See n. 11, *supra*.

²⁶ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., II, n^o 129 (1928).

²⁷ « The code applies to all legal questions for which it contains a provision in its terms or its exposition. It no command can be taken from the statute, then the judge shall pronounce in accordance with the customary law, and failing that, according to the rule which he as a legislator would adopt. He should be guided therein by approved precept and tradition. » (Shick's trans.).

²⁸ ALLEN, *Law in the Making*, 1st ed., 107-108 (1927). Cf. *Bulletin bibliographique*, Sirey, 1929, 17, 18. This is not the place to suggest that the distinction between deductivity and inductivity may be invalid.

²⁹ « La majorité est fixée à vingt et un ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du mariage. »

³⁰ See n. 10, *supra*.

³¹ « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. »

³² For discussions as to the problems raised by this article, see AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., IV, n^o 490 (1902) : CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., n^o 243 (1929).

³³ Mr. POUND's articles, *The Administrative Application of Legal Standards*, 42 Reports of the American Bar Association 445 (1919), and *The Theory of Judicial Decision*, 36 *Harvard Law Review* 641, 802, 940 (1923), stand out alone in the United States.

CHAPITRE IV

L'œuvre de M. François Géný et ses résultats

par P. VASILESCO

*Professeur de procédure civile à la Faculté de Droit
de l'Université de Cernăuți, Roumanie*

I. Le droit est science sociale comme la morale, comme la politique, le droit est art, discipline pratique, mais ayant pour base la science.

L'art obéit à des préceptes; les disciplines pratiques contiennent des règles de conduite dans la vie. L'homme politique, le législateur, poursuivent un but social dans la vie; ils le réalisent en s'adressant à l'homme de science pour lui en demander la formule. Celui-ci étudie le but poursuivi comme tout autre phénomène — ou objet de science — en le mettant en relation avec les circonstances, les causes, qui contribuent à sa réalisation. L'homme politique, le législateur, recevant la formule de l'homme de science, l'appliquent dans la vie sociale. Avant l'application et la constatation des résultats, le législateur doit considérer la formule de l'homme de science comme une solution provisoire. Si cette formule réalise complètement le but poursuivi, elle devient la loi, la règle de conduite; autrement la formule doit être corrigée — procédé employé beaucoup en Angleterre, moins en France¹. C'est pourquoi une loi se justifie moins encore par son côté formel que par la réalisation effective du but poursuivi².

La règle de conduite, en se fondant sur la science, impose nécessairement des méthodes de recherche. Aussi la science sociale emploie-t-elle toutes les méthodes de la science. Mais la méthode expérimentale se heurte à une difficulté : l'homme de science ne pouvant façonner la société humaine en vue de l'expérience, utilise les observations relatives aux grands événements sociaux qui se produisent de temps en temps, constituent des époques et éclaireissent beaucoup d'institutions ou d'états sociaux, jusqu'alors mal compris; il utilise les données de l'histoire, quand elles présentent des circonstances analogues à celles dans lesquelles se présente l'institution qui fait l'objet de l'étude.

Dans la méthode déductive on a fait les modifications suivantes : la méthode géométrique — abstraite — déduisant d'un seul prin-

cipe les conclusions auxquelles on veut arriver, est impropre en l'occurrence. La vie sociale est complexe. Une institution peut avoir plusieurs causes, quelquefois des agents multiples modifient ces causes. Aussi cette méthode a-t-elle été perfectionnée par l'appel à la méthode déductive complète, employée en physique, en ce sens que les résultats employés par la déduction sont confrontés avec les observations postérieures. Dans la même intention de perfectionnement on a employé aussi la méthode déductive inverse ou historique : on constate dans la vie sociale des institutions coexistantes avec des fonctions corrélatives régulières sur lesquelles s'appuient l'ordre, la stabilité. Cette situation constitue une cause qui produit certains effets. A la longue, les effets modifient les causes : les vieilles institutions sont remplacées par des institutions nouvelles. Ce mouvement constitue le progrès qui s'accomplit constamment, de sorte que la vie sociale se caractérise par la variabilité. Mais quelle est la cause du mouvement ? L'intellectualité : tout mouvement économique, politique, artistique est précédé d'un courant d'idées. En quoi consiste la méthode déductive inverse ? Dans la vérification. Les conclusions élaborées par la méthode déductive directe — en constituant les lois empiriques — sont vérifiées par les lois générales, psychologiques, ethnologiques de la nature humaine ; c'est cette vérification qui fait des lois empiriques des lois scientifiques. En un mot, la science sociale emploie tant la méthode inductive que la méthode déductive ³.

La méthodologie de la science sociale est dictée par l'histoire qui lui procure les faits ; par le procédé comparatif, qui met en relief les points communs entre les institutions des diverses époques et pays et ceux par lesquels elles diffèrent ; par la statistique, qui présente les effets des institutions sociales ; par l'observation objective, qui ne tient compte ni de l'intérêt personnel, ni des idées préconçues, ni de l'opinion commune ⁴.

La méthode dans la science assure la prévision. Les sciences exactes, aux méthodes précises, peuvent réaliser en grande partie la prévision ; les sciences sociales, aux méthodes moins précises et dont le donné consiste en phénomènes complexes, variables, ne peuvent aboutir qu'à des conseils pratiques, très utiles dans la vie ⁵.

II. Ce que les philosophes, les sociologues, les logiciens, ont réalisé dans la méthodologie et le positivisme de la science sociale, M. François GénY l'a réalisé dans la méthodologie et le positivisme du droit, en mettant la science à la base de cette discipline. En fixant la recherche dans le cadre du droit privé positif, il a éclairci la science et l'a séparée de la technique dans l'élaboration du droit ⁶.

La discipline du droit a une matière : les besoins du peuple sous la forme de relations extraites des réalités de la vie ; cette discipline a un but : la réalisation de la justice. A cet égard cette matière subit une modification, reçoit une forme, celle de règles pra-

tiques de conduite. Cette charge est imposée au juriste, il emploie certains procédés, qui constituent la technique du droit.

Ces procédés, bien qu'ils soient des artifices de l'esprit, doivent exprimer la réalité. Il faut que le terme exprime clairement l'idée et que la construction juridique montre d'une façon précise le rapport entre les personnes auxquelles elles se réfèrent. La technique ne doit pas contredire les données réelles et l'esprit scientifique; il faut qu'elle soit une forme adéquate au fond, qu'elle ressortisse d'une manière naturelle de la matière, qu'elle fait passer d'un état amorphe à celui de formules juridiques douées de perfections rationnelles et d'harmonie. Autrement la technique devient une dialectique stérile, inutile, une forme pédante et inintelligible. Le fond doit avoir le pas sur la forme; il faut que les principes scientifiques s'imposent aux procédés techniques.

La technique du droit a pour éléments constitutifs la loi, la coutume, la double autorité de la doctrine et de la jurisprudence — cette dernière, à la longue, devenant tradition — et enfin la libre discussion scientifique⁷.

La technique ne doit pas être confondue avec le procédé empirique, elle doit être scientifique. Le juriste doit connaître profondément les réalités de la vie juridique, ses principes fondamentaux, son but. Les données lui sont procurées par la philosophie, la sociologie, la psychologie, la morale, l'économie politique; elles constituent, dans l'élaboration du droit, la science.

La technique juridique doit remplir ces conditions: les règles de conduite doivent être applicables dans la vie aux circonstances prévues ou imprévues et d'une façon égale pour tous; elles doivent correspondre exactement aux faits, vaincre les résistances, donner des résultats rapides, sûrs, avoir des moyens de réalisation simples, peu coûteux, ne pas léser les droits définitivement acquis, prévoir les effets, les conséquences, avoir une liaison logique. La règle de droit doit réduire à l'essentiel et d'une façon réfléchie, la multiplicité des éléments du droit, qui, sans choix, peuvent produire de la confusion; elle doit être claire, précise, simple; son contenu doit avoir en vue, non certains cas spéciaux, mais les faits les plus généraux de la vie, en remplaçant ainsi le point de vue qualitatif, par le point de vue quantitatif; il ne doit pas subordonner autant que possible la réalisation de ses effets à certaines conditions.

La règle du droit qui exprime la volonté du législateur, doit être justifiée.

La technique a une terminologie et des constructions juridiques.

Fixant la ligne de démarcation entre la science et la technique, exposant la manière dont s'élabore le droit privé positif et le considérant comme œuvre créée, M. Gény expose ensuite la méthode d'interprétation et ses sources, en montrant ainsi les procédés d'orientation et de découverte de la vérité dans cette discipline⁸.

La vieille méthode, dite classique, réduisait l'interprétation au texte de la loi, enfermait toute la vie juridique dans la formule de la

loi. Quand la loi était claire on faisait de l'interprétation grammaticale; quand sa formule était obscure, l'on faisait appel à la logique afin de comprendre la volonté du législateur. Dans le premier cas la loi était interprétée dans sa lettre, dans le second cas, dans son esprit. Quand la loi était muette, intervenaient l'argument *a contrario*, l'analogie, les besoins pratiques, l'équité. Mais, tous ces moyens d'interprétation étaient regardés à travers le prisme de la loi : s'il apparaissait quelque difficulté, ils cédaient le pas à la loi.

En concentrant tout le mouvement du droit dans le contenu de la loi, l'interprétation classique suppose que le législateur, au moment où il légifère, peut tout prévoir, que la loi par conséquent envisage tous les besoins sociaux présents et futurs. Mais cette présomption est une fiction : le législateur ne pense qu'aux quelques besoins impérieusement affirmés au moment où il légifère, sa volonté est restreinte à cet acte législatif. Ensuite, la logique est un admirable moyen d'interprétation, mais la méthode classique en a abusé, en encadrant la vie juridique dans des formes logiques réduites, établies *a priori*.

La vie réelle se développe au delà de la loi, elle transforme les institutions; entre la vie et la loi il doit exister un échange réciproque et continu. Le droit doit être une science sociale et non verbale. Ses regards doivent être dirigés au delà, non au dedans de la loi. Mais de quelle façon? Dans le système de l'école historique, l'échange doit se greffer sur le texte de la loi: la volonté du législateur doit être interprétée conformément aux besoins du milieu social, comme si le législateur avait légiféré au moment de l'interprétation de la loi. Dans le système de M. Gény les réalités du milieu doivent non seulement servir de moyens d'interprétation, mais elles doivent rester ce qu'elles sont réellement : des sources de lumière, d'orientation externe en dehors de la loi; la volonté du législateur ne doit pas se confondre avec elle. Le législateur, quand il a légiféré, n'a été préoccupé que des besoins du moment ; ce qui est arrivé plus tard, il ne pouvait pas le prévoir; donc on ne peut pas lui attribuer des faits étrangers à sa volonté.

Dans le système de M. Gény, paraît, parmi les sources formelles d'interprétation, en premier lieu la loi écrite. Elle est un acte de l'autorité publique, qui en détermine le contenu, l'impose, en assure l'application par la contrainte extérieure. La pensée du législateur est guidée par la logique. Comme cette pensée envisage seulement les besoins impérieux existant au moment où le législateur légifère, la formule stricte de la loi reste souvent inadéquate aux situations multiples et variables de la vie; dans ce cas l'interprète cherche à compléter le contenu de la loi à l'aide d'éléments qui en dépassent la formule, empruntés au milieu économique, aux données de l'histoire, aux principes de la morale et de la philosophie.

La deuxième source est la coutume. Elle représente les usages d'un groupe social, qui expriment un sentiment juridique. La disparition des associations restreintes ayant un caractère d'exclusivisme,

ainsi que la codification, ont sensiblement restreint le domaine de la coutume. Cependant, lorsque celle-ci ne contredit point la loi écrite, elle doit être maintenue. Elle s'impose, quand elle a des racines profondes dans les mœurs et qu'elle donne satisfaction à des besoins juridiques. La coutume se distingue des usages conventionnels, qui peuvent pourtant devenir de la coutume par une longue pratique, lorsqu'ils répondent à des besoins juridiques réels.

Sans avoir la valeur de la loi écrite, une troisième source d'interprétation est fournie par l'autorité, représentée par la doctrine et par la jurisprudence. Au début de l'évolution, ces deux sources de droit forment l'autorité; quand elles vieillissent elles deviennent la tradition. L'interprète recourt à l'autorité de la doctrine et de la jurisprudence, quand la loi se tait, ou qu'elle est insuffisante. L'autorité en devenant constante se transforme en conviction comme la loi écrite. La doctrine et la jurisprudence préparent la loi, font la coutume, le droit.

A défaut de sources formelles, intervient l'activité personnelle de l'interprète, sa conscience, sous le nom de libre recherche scientifique. En ce cas, l'interprète s'adresse à la nature des choses et à la logique.

En ce qui concerne la nature des choses, les institutions juridiques, leurs éléments, leur base et leur organisation établissent un équilibre, indiquent les normes du droit, poursuivent un but, se dirigent d'après un idéal de justice et d'utilité. Tous ces critères doivent être présents à l'esprit du législateur lorsqu'il interprète.

En ce qui concerne la logique, l'interprète, pour comprendre la volonté du législateur, emploie avant tout sa raison et sa conscience. Dans la conception d'un idéal de justice, la raison, la conscience prirent les faits. Par la logique, l'interprète dégage les principes directeurs en étudiant l'organisation des institutions juridiques, l'organisation sociale. Une autre source de principes, prenant appui sur la logique — dans la libre interprétation scientifique — est l'analogie. Elle suppose une égalité juridique : les mêmes situations de fait ont les mêmes qualifications juridiques. On dégage l'analogie en observant les textes de la loi, l'économie des institutions juridiques. Dans la libre recherche scientifique l'interprète s'inspire des disciplines philosophique, historique, économique, morale, et du droit comparé, écartant tout élément subjectif et s'efforçant de conserver une pleine objectivité⁹.

III. Les règles préconisées par M. Gény, relativement à la science et à la technique, à la méthode d'interprétation et ses sources dans le droit privé positif, nous allons les vérifier en étudiant l'élaboration de la procédure civile roumaine et l'interprétation de ses dispositions.

Cette vérification nous permettra de constater qu'elles existent dans cette législation, qu'elles la régissent, et d'en conclure que

M. Géný les a dégagées par l'analyse des observations de la vie juridique réelle, qu'elles ont donc un caractère scientifique.

Considéré sous l'angle de la science et de la technique, le code de procédure civile roumain a été promulgué le 11 septembre 1865 et mis en application le 1^{er} décembre de la même année. Il a été inspiré par la procédure civile du Canton de Genève du 29 septembre 1819. A son tour, la procédure civile de Genève s'est inspirée de la procédure civile française, en écartant les formalités compliquées¹⁰. Donc, notre procédure a pour base la législation française et genevoise¹¹.

Comme les lois de procédure — par excellence — afin d'être comprises et appliquées, doivent avoir un caractère national, ne pas s'éloigner des coutumes du pays¹², notre législateur, outre les innovations introduites, a tenu compte également de nos anciennes institutions, de nos coutumes, de notre pratique judiciaire¹³.

Les qualités de ce code sont la simplicité, la célérité, l'efficacité¹⁴. Il est dirigé par ces principes : l'égalité devant la justice, la gratuité, la non-délégation de la justice, la fixation des juridictions par la loi, deux degrés de juridiction, des débats oraux, publics, contradictoires, la non-intervention du juge, l'obligation de motiver les jugements, la procédure base du droit commun et relevant du droit public¹⁵.

Il en résulte que l'élaboration de notre code de procédure civile a obéi aux prescriptions de la science et de la technique. Le côté scientifique est fourni par la civilisation, par les rapports économiques et politiques de notre pays avec les autres pays, par les coutumes, par notre pratique judiciaire, par le droit comparé ; notre législateur a cherché à connaître toutes ces données lorsqu'il a légiféré. Le côté technique est constitué par les qualités et les principes directeurs de ce code.

A la suite d'une application de 35 ans, la pratique judiciaire a révélé les insuffisances de notre code de procédure civile ; la conscience sociale demandait une réforme sociale : cette révision a été faite au cours de l'année 1900¹⁶.

Par leurs interprétations des textes de loi, les praticiens avaient créé des moyens de tergiversations dans les procès : procédé très nuisible à la justice. Pour supprimer la tergiversation, le législateur a donné plus de précision aux articles, qui se prêtaient à cet abus. Il a réduit les délais du jugement en établissant une juste balance entre l'intérêt du demandeur et le temps nécessaire au défendeur pour préparer sa défense. Pour établir la sécurité dans la justice, il a éloigné les controverses, en introduisant dans la loi les solutions de la jurisprudence qui se distinguaient par leur bon sens juridique et qui s'étaient définitivement fixées. Il a introduit une langue claire, pure, en écartant l'abus des termes techniques. En vue de l'unité de la rédaction et pour éviter les pertes de temps, l'élaboration n'a pas été confiée à une commission. Afin de conserver à la législation son caractère national, la réforme ne s'est pas appuyée sur des con-

ceptions *a priori*, mais, considérant que toute institution étrangère ne s'adapte pas à n'importe quel milieu, elle a conservé les institutions existantes, qu'une pratique prolongée avait enracinées dans les mœurs, et elles les a perfectionnées.

On relève comme innovations dans cette révision :

a) La Plénitude de la juridiction pour les Roumains comme pour les étrangers, l'ordonnance de référé, la juridiction gratuite en principe — institutions inspirées par la législation française ¹⁷;

b) Les motifs de l'action en fait et en droit, pour que le défendeur ne soit pas surpris dans l'instance-institution pareille à nos anciens actes des monarques et notamment à la procédure « Writ at issue » de l'Angleterre ¹⁸ ; l'enquête *in futurum*, inspirée par la législation allemande ¹⁹.

Notre législateur avoue qu'il a fait cette réforme dans la conviction qu'on ne peut pas croire que la loi réponde à tous les besoins du temps de son application, cette croyance étant une fiction; que la loi doit être révisée et complétée spécialement avec les données de la jurisprudence qui exprime l'évolution sociale ²⁰.

Les transformations sociales déterminées par la guerre mondiale, la libération de nos territoires occupés par des Etats étrangers, la multitude des procès et la lenteur des jugements, imposaient un changement de la procédure dans le sens de la simplification et de l'accélération. Ce changement était demandé encore par l'unification législative. Dans les quatre parties de la Grande Roumanie on appliquait quatre codes de procédure différents : dans le Vieux Royaume, le code de procédure dont j'ai parlé tout à l'heure, en Transylvanie, le code de procédure hongrois, en Bucovine, le code de procédure autrichien, en Bessarabie, le code de procédure russe. Cette situation rendait difficile le cours de la justice. La préparation intégrale du code de procédure pour toute la Roumanie a été confiée à une commission ; l'élaboration de ce code selon les besoins de notre pays n'est pas encore finie. En attendant cette œuvre, l'unification législative, relativement à la législation procédurale, a été faite par l'extension de la loi de l'organisation judiciaire du Vieux Royaume à toute la Grande Roumanie, par la loi de la Cour de cassation et de justice du 23 décembre 1925, par la loi du 19 mai 1925 relativement à l'unification des quelques dispositions de procédure civile et commerciale pour la facilité et l'accélération des jugements devant les tribunaux et les cours d'appel et pour l'unification de la compétence de la justice de paix, dénommée la procédure accélérée. De même elle a été réalisée par l'extension du Code civil commercial et de la procédure civile du Vieux Royaume à la Bessarabie. Nous exposerons de toutes ces lois — d'une manière générale — seulement les principes de la procédure accélérée.

Cette procédure a comblé les lacunes suivantes : en vue de la simplification, de l'accélération des jugements, de la préparation des procès et pour supprimer les surprises, le demandeur est obligé de déposer les pièces et de montrer toutes les preuves, dont il se ser-

vira au procès, de motiver l'action en fait et en droit; le défendeur à son tour est obligé de déposer une réponse en y indiquant les exceptions à relever, les objections de fond, les motifs de fait et de droit, les actes et les preuves dont il se sert. Le procès est partagé en deux phases : la phase préparatoire — séance préliminaire — destinée à la conciliation des parties, aux déclarations d'acquiescement ou de renoncement, aux exceptions, à l'administration des preuves; et si le procès est en état d'être jugé, au jugement du fond.

On a donné au juge le droit d'intervention au cours du procès, en appuyant ainsi la partie sans possibilité de défense contre la partie habile et pourvue de moyens matériels. On a aboli le droit d'opposition, on a restreint le droit d'ajourner le procès à l'amiable, on a sanctionné le recommencement du procès après la suspension, on a amoindri le délai des voies de recours. La procédure accélérée est inspirée par le code de procédure du Vieux Royaume et par les codes de procédure civile des territoires libérés.

Au bout de cinq ans de pratique la loi du 11 juillet 1929 remplace par un article unique la loi du 19 mai 1925. Les dispositions principales de cette dernière loi sont les suivantes ²¹ : on donne au demandeur le droit, au premier terme du jugement, de demander un ajournement pour compléter ou modifier l'action, de demander de nouvelles preuves ; et au défendeur de faire une réponse, une demande reconventionnelle, une demande en garantie, l'introduction d'un tiers au procès, de fournir de nouvelles preuves. Le président, en même temps qu'il fixe le terme du jugement, invite le défendeur à faire la réponse. Les parties peuvent dans le cours du procès demander de nouvelles preuves à condition que la demande ne détermine pas l'ajournement du procès. La partie ou l'autorité publique qui détient un document, est obligée de le présenter au procès, si cet acte constitue une preuve. L'intimé peut adhérer même après l'expiration du terme de l'appel, à l'appel principal de la partie adverse, par un appel propre, en vue de la révision de la sentence du tribunal. Les autres dispositions sont pareilles aux dispositions de la loi du 1 mai 1925 abolie. La loi du 11 juillet 1929 est inspirée par la pratique judiciaire. Ce qu'on objecte à cette loi c'est qu'elle ne devait pas abolir la loi du 19 mai 1925, mais seulement la modifier.

Telles sont dans leur essence la science et la technique de la procédure civile roumaine.

Relativement à la méthode d'interprétation et à ses sources :

Interprétation appuyée sur le texte clair de la loi. — L'article 11 du Code civil roumain décrète que les étrangers ont les mêmes droits civils en Roumanie que ceux accordés aux Roumains.

L'article 13 du même code décrète que l'étranger, même quand il n'a pas sa résidence en Roumanie, peut être cité devant les tribunaux roumains pour l'accomplissement des obligations contractées par lui en Roumanie ou dans un pays étranger avec un Roumain.

La loi de la nationalité roumaine du 24 février 1924, à l'article 6.

maintient le principe de l'article 11 du Code civil, et à l'article 54, abroge les dispositions des articles 6 et 20 du Code civil.

La Cassation roumaine en se prononçant dans une action personnelle, mobilière, où un étranger — non résidant en Roumanie — était appelé devant notre justice, a décidé que les instances judiciaires roumaines étaient incompétantes. Notre Cassation tire l'argument d'incompétence des *articles 6 et 54 de la loi de la nationalité roumaine, dont il résulte clairement* que cette loi s'occupe non seulement de la manière d'obtenir ou de perdre la nationalité roumaine, mais aussi de la situation des droits civils, en établissant le principe d'égalité de traitement du Roumain avec l'étranger à ce point de vue ²².

Interprétation appuyée sur l'esprit de la loi et l'intention du législateur. — L'article 32 de la loi pour l'accélération des jugements du 11 juillet 1929 déclare que le délai d'appel en matière contentieuse civile et commerciale est de 15 jours, même quand des lois spéciales prévoient un autre délai. Il court de la date de la communication du jugement, sauf le cas où des lois spéciales prévoient que le délai doit être compté de l'énoncé du jugement.

L'article 904 du Code de commerce déclare que le terme d'appel court de l'énoncé du jugement, quand il a été donné contradictoirement.

La Cour d'appel de Bucarest, en se prononçant sur une exception dans un appel commercial l'a annulé comme tardif, étant fait après le délai de 15 jours après le jugement.

La Cour dans ses considérants, s'appuie sur les dispositions ci-dessus mentionnées, en argumentant *que l'esprit de la loi et le but poursuivi par le législateur* a été l'accélération dans l'introduction des appels commerciaux ²³.

Interprétation appuyée sur la coutume. — L'article 607 du Code civil relatif à la plantation des arbres reconnaît, parmi les autres règles de droit, également les coutumes constantes et reconnues, mais sans les préciser.

L'article 1912 du même code prévoit que les codes Calimach et Caragea (24) sont abrogés seulement dans les parties qui ne correspondent plus aux dispositions du Code civil.

Les articles 12-14 du code Calimach — restés en vigueur — ordonnent, qu'ont force de loi seulement les coutumes qui sont généralement reconnues, respectées, appliquées et qui sont constatées par des jugements judiciaires.

Notre Cour de cassation, en se prononçant *sur une coutume relative à la plantation des arbres*, non constatée par jugement judiciaire, a établi que la preuve ne peut pas être faite par des témoins, par le certificat de la mairie ou par une descente locale ²⁵.

Interprétation appuyée sur la libre recherche scientifique :

a) *L'intérêt social, le but de l'institution.* — En vue d'éviter les abus du pouvoir législatif, la constitution roumaine de 1923 prévoit

à l'article 103, que la Cour de cassation en sessions unies peut juger la constitutionnalité des lois en déclarant inapplicables celles qui sont contraires à la constitution. L'exercice de ce droit a été réglementé par l'article 29 de la loi de la Cour de cassation et de justice du 20 décembre 1925, qui ordonne que l'instance devant laquelle on a évoqué la question de la constitutionnalité de la loi, peut juger le procès, sous réserve qu'après cela la constitutionnalité soit reconnue dans le jugement des Chambres réunies de la Cour suprême. Mais dans l'hypothèse où le demandeur consent à la suspension du procès, l'instance de jugement enverra aussitôt le dossier à la Cour de cassation.

Dans l'interprétation de ce dernier texte de la loi la bonne doctrine soutient que pour la suspension du jugement il faut seulement le consentement du demandeur. Le système qui imposerait aussi le consentement du défendeur ne correspondrait *ni à l'intérêt social, ni au but du législateur*, donc à l'institution, parce que le défendeur presque toujours cherche à retarder la solution du procès ²⁶ ;

b) *La logique : l'analogie.* — L'article 1211 du Code civil ordonne que celui à qui on défère le serment, s'il ne l'accepte ou ne le réfère pas à son adversaire, et l'adversaire qui refuse le serment référé, seront déboutés de leurs prétentions ou de leurs propositions de défense.

L'article 1711 du même code ordonne que les transactions ont la force d'une sentence définitive entre les parties contractantes.

L'article 332 proc. civ. prévoit que toutes les procédures probantes faites devant la première instance, peuvent être administrées de nouveau en appel si le juge les trouve erronées ou insuffisantes.

La cour pourra admettre toutes autres mesures et preuves de nature à éclairer les juges.

La Cour de cassation en se prononçant dans une action en annulation d'une vente, dans laquelle le défendeur avait refusé la prestation du serment déféré sans aucune justification ou réserve, a décidé que celui-ci ne pouvait plus l'accepter devant la Cour d'appel. Dans les motifs donnés de la résolution, la haute instance, en établissant l'*analogie* entre les articles 1211 et 1711 du Code civil, argumente que le serment n'est pas une preuve dans le sens de l'article 332 pr. civ. mais une transaction, qui éteint définitivement le procès entre les parties litigantes ²⁷.

VI. En présentant l'œuvre de M. Gény dans ses lignes générales, nous concluons par les remarques suivantes :

La science et la technique dans l'élaboration de la loi, la méthode d'interprétation dans l'application de la loi marquent un commencement dans le positivisme du droit privé en l'approchant de la certitude scientifique.

Cette tendance positive a ouvert de grandes perspectives dans la science du droit ; et la profonde conviction de l'auteur dans les idées émises a conquis les esprits, à éveillé un mouvement partout où la science juridique s'est développée.

L'œuvre de M. Gény porte la marque du génie et de l'idéalisme français qui cherchent à réaliser, par la science du droit, la justice et l'utilité sociale.

¹ R. SALEILLES, Préface de la *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* de Fr. Gény, t. I, p. XXIII, 2^e éd.

² John STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, 4^e éd., trad. Louis Peisse, t. II, pp. 549 et suiv., Alcan, Paris 1896.

³ John STUART MILL, *op. cit.*, pp. 468 et suiv. ; A. BAIN, *Logique déductive et inductive*, t. II, pp. 484 et suiv., trad. G. Compayré, F. Alcan, Paris, 1894. Voyez aussi E. GOBLOT, *Traité de logique*, pp. 40 et suiv., A. Colin, Paris ; ainsi que A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, pp. 55 et suiv., Hachette, Paris.

⁴ E. DURKHEIM, *De la méthode dans les sciences*, pp. 326 et suiv., F. Alcan, Paris, 1920.

⁵ J. MILL, *op. cit.*, pp. 488 et suiv.

⁶ François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*.

⁷ Voyez sur les catégories des règles juridiques : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 2^e éd., § 7, pp. 37-8 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, pp. 201 et suiv. ; Jean DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, pp. 17 et suiv. ; O. STATI, *Le standard juridique*, Thèse, Paris, 1927. Sur la partie formelle du droit positif : A. STOOP, *Analyse de la notion du droit*, pp. 87 et suiv. ; G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 351 ; G. MORIN, *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, Alcan, Paris, 1927. Sur le droit positif comme règle de conduite et contrainte externe : VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, pp. 8-9, Paris, 1899 ; Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, pp. 18-20, 3^e éd. ; VALIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, Thèse Paris, 1926. Sur l'extension de la règle juridique : H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 23, préface, 4^e éd. Sur la raison de la règle juridique : HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, pp. 8-9, 1923 ; H. LÉVY-ULLMANN, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, p. 64, note 1. Sur la technique juridique : I. Sources d'inspiration : F. GÉNY, *Science et technique*, t. II, pp. 119 et suiv. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., Paris, 1927 ; G. DAVY, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, pp. 112-13 ; E. LÉVY, *La vision socialiste du droit*, p. 119, Paris, 1926 ; II. Le but : L. LE FUR, *Le fondement du droit*, pp. 27 et suiv. ; P. BUREAU, *Introduction à la méthode sociologique*, pp. 242 et suiv. ; P. CUCHE, *Conférence sur la philosophie du droit*, pp. 13-14, Paris, 1928 ; L. JOSSEAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, pp. 195-6, Paris, 1927 ; III. Les possibilités de la réalisation : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, pp. 281 et suiv. ; E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. I, pp. 180-2, Paris, 1923 ; J. BONNECASE, *Introduction à l'Etude du droit*, pp. 24-5, Paris, Sirey, 1927 ; R. CAPITANT, *L'Illicite*, I. L'Impératif juridique, p. 113 ; IV. Le rapport entre la technique et la science : E. PICARD, *Le Droit pur*, § 101, 152, Paris, E. Flammarion ; A. RADULESCO, *Sulla fondazione della scienza del Diritto*, par B. DONATI, *Dreptul*, n° 15/1930.

⁸ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, 2^e éd.

⁹ Sur l'interprétation et la méthode : Ch. BROCHER, *Etude sur les*

principes généraux de l'interprétation des lois, Paris, E. Thorin, 1870 ; P. VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris, Bruxelles, 1907 ; H. DE PAGE, *De l'interprétation des lois* ; Ed. MEYNIAL, *Rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*. Sur le rapport entre le droit et la morale : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd. ; J. SALSMAN, *Droit et morale*, p. X, Bruges, 1925 ; E. SENN, *De la justice et du droit*, pp. 8 et suiv., Paris, 1927 ; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, n^o 21, note 6 ; A. VERMERSCH, *Les bases sociales*, 1923. Sur le Droit naturel : G. TARDE, *Les transformations du droit*, 8^e éd., p. 154, Paris, 1922 ; J. LECLERCK, *Leçons de Droit naturel*, I, pp. 14-18, 48 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit*, p. 33, 4^e éd., Paris, 1922 ; J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, p. 81, Paris, 1926 ; R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, *Rev. trimestrielle de droit civil*, 1902 ; A. MESTRE, *Morale et obligation civile*, *Rev. trimestrielle*, p. 51, 1926 ; A. CASTELEIN, *Droit naturel* ; G. FONSEGRIVE, *Morale et Société*, 4^e éd., p. 124 et suiv. ; A. VALENSIN, *Traité de droit naturel*, Paris, 1925.

¹⁰ P. F. BELLOT, *Loi sur la Procédure civile du canton de Genève*, 2^e éd., Paris, Genève, 1837. Introduction.

¹¹ G. G. TOCILESCO, *Curs de procedură civilă*, vol. I, partea I^a, p. XX.

¹² R. BORDEAUX, *Philosophie de la Procédure civile*, pp. 36 et suiv., Evreux, 1857.

¹³ G.-G. TOCILESCO, *op. et loc. cit.*

¹⁴ I.-G. SANDULESCO-NAVONEANU, *Aplicatia Teoretică si Practică a codicelui de procedură civilă*, p. 28, Bucuresti, 1875 ; A. SENDREA, *Curs de Procedură civilă*, pp. 27 et suiv.

¹⁵ G. TOCILESCO, *op. cit.*, partea III, pp. 5 et suiv. ; E. HEROVANU, *Tratat teoretic si practic de Procedură civilă*, vol. I, pp. 72 et suiv., Iasi, 1926.

¹⁶ V. ALEXANDRESCO, I.-N. CEZARESCO, G.-G. MIRONESCO, *Noul Cod de Procedura civila, Expunere de motive*.

¹⁷ P. VASILESCO, *Camera de Consiliu*, p. 93, Bucuresti, 1930 ; G.-M. POPESCO, *Ordonantele Prezidentiale*, 2^a éd., pp. 72 et suiv.

¹⁸ *Expunere de motive*, p. XIII, V. ALEXANDRESCO, I.-N. CEZARESCO, G.-G. MIRONESCO, *op. cit.*

¹⁹ § 164 Gesetz über die Angelegenheit freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17 mai 1898, N. I. RADULESCO, *Ancheta in futurum*, *Introducere*, pp. 32 et suiv.

²⁰ *Expunere de motive*, p. VIII, *op. cit.*

²¹ G. BENDERLY, *Inovatiunile din legea pentru unificarea procedurii civile*, n^o 29/1929.

²² Cas. III, 7 Mai 1930, *Pandectele Române*, Caetuel N^o 2/1931, partea I^a, pp. 39 et suiv., cu nota M. Possa.

²³ C. Apel Bucuresti, s. Va, decizia 13 din 26 Ianuarie 1931, *Curierul Judiciar*, N^o 17/1931.

²⁴ Codes antérieurs au Code civil actuel.

^{24 bis} Cass. I, decizia 476 din 22 Februarie 1929, *Jurisprudenta Generala*, speta 1227, n^o 29/1929.

²⁵ Andrei RADULESCO, *Judecarea Constitutionalității legilor*, *C. Judiciar*, numarul jubilar din 4 Mai 1931, pp. 27 et suiv.

²⁶ Cas. I, 7 Martie 1927, *Pandectele Române*, Caetul N^o 2, partea I, p. 35 cu nota Sescioreanu.

TITRE II

LE SYSTÈME JURIDIQUE

LES INSTRUMENTS DE SON UNITÉ ORGANIQUE ET DE SA PLÉNITUDE

Un ensemble de travaux sur les sources générales des systèmes juridiques actuels doit nécessairement débiter par quelques aperçus sur la notion même du système juridique et sur les instruments dont le jeu combiné imprime aux corps de droit nationaux du temps présent, en même temps, qu'une homogénéité et une continuité relatives, leur caractère de règlements d'ensemble de l'ordonnement juridique de la société qu'ils régissent.

L'affirmation de leur plénitude, non pas seulement logique, mais effective, — de leur *completeness* — constitue le postulat initial sur lequel repose l'application pratique — spécialement la mise en œuvre judiciaire — de chacun de ces corps de droit modernes. Ce n'est pas seulement dans l'article 4 du code civil français, et dans les articles correspondants des codes filiaux, qu'est formulée, comme la première et essentielle directive assignée à l'activité des tribunaux, l'obligation de trouver dans le maniement de leur système juridique national une réponse à toutes les questions litigieuses qui leur sont posées, et l'interdiction de se refuser à juger sous prétexte d'un silence de la loi. De nombreuses contributions au présent volume, — en particulier parmi celles qui sont groupées plus loin sous le titre consacré à la libre recherche scientifique — ont rappelé que ce même postulat est reproduit dans un grand nombre d'autres législations sous des formes diverses, et qu'il est accepté sans discussion par les juges, même dans les pays où il n'est point intervenu de législateur pour le formuler.

C'est un point de départ commun aux corps de droit nationaux ou locaux édifiés sur le sol du *common law* aussi bien qu'à ceux qui se sont développés sur le sol du *droit civil*. Dans l'un et dans l'autre de ces deux groupes de pays on a d'ailleurs voulu, pendant longtemps, faire jouer le rôle de facteur unique de cette plénitude — ou *completeness* — du système juridique à une seule de ses sources : dans les pays de *droit civil* à la législation et dans les pays de *common law* au droit fait ou découvert par les juges, à la jurisprudence au sens français du mot. L'un des résultats les plus bien-

faisants de l'œuvre critique des deux grands livres de Géný a été de faire ressortir en pleine évidence les démentis infligés par la réalité des faits juridiques à la croyance en une aptitude de la législation, — et en particulier de la codification, — sinon à tout prévoir, du moins à tout régler d'avance. Ceux-là mêmes qui, dans la seconde partie du tome I de ce Recueil ou dans le titre III du présent volume, ont le plus vigoureusement défendu contre Géný leur conception de l'existence d'un monopole naturel et nécessaire de l'édification du droit positif — un monopole du *law-making* — au profit de l'organe du pouvoir législatif, ont reconnu l'intervention d'autres instruments ou d'autres forces, soit pour adapter et développer l'œuvre législative, soit pour suppléer à des lacunes de sa réglementation. Ils se sont bornés à concilier ces données de la vie juridique actuelle avec leurs vues étatiques des rapports du droit et de l'Etat, en expliquant l'action de ces forces par une délégation ou un mandat du législateur, par une acceptation limitée et contrôlée de leur entrée à son service.

Le dogme de la *completeness* du *common law* n'a pas mieux résisté à l'épreuve prolongée des faits que celui de la plénitude logique des codifications latines. Le titre même de la contribution de John Dickinson — *Le problème du cas non-prévu*, non prévu par le droit judiciaire, ou *common law* — est éloquent à cet égard. Et si, parmi les contributions américaines et anglaises, se sont dessinées de notables divergences de vues sur les méthodes à employer pour résoudre et régler les cas non prévus, il n'en est point où l'on ait songé à soutenir que l'arsenal de précédents et de cas-types du *common law* puisse fournir, sans quelque aide extérieure, un règlement raisonnable ou tolérable à tous les problèmes du temps présent.

Mais de l'avortement des prétentions à la plénitude ou la *completeness* de l'une des sources particulières du droit, ici de la législation et là du *case-law* judiciaire, on ne saurait tirer des conclusions qui obscurcissent l'évidence de cette donnée, commune à tous les corps de droit nationaux d'aujourd'hui, qu'ils ne sont pas seulement conçus comme devant servir à régler toutes les contestations d'ordre juridique susceptibles de s'élever à l'intérieur de leur sphère nationale de domination, mais qu'ils remplissent effectivement cette fonction.

Quelles sont les pièces essentielles de l'armature qui tient unis tous les matériaux apportés par les diverses sources du système juridique, et en les fondant dans un tout homogène, leur donne cette aptitude à résoudre indéfiniment les cas nouveaux qui n'eût pu résulter de leur multiplication, s'ils étaient demeurés simplement juxtaposés? Et que valent ces instruments de liaison? Que peut-on utilement leur demander? C'est encore un des grands mérites de l'œuvre de Géný d'avoir soumis celles des pièces de cette armature, qui présentent le caractère commun d'être des instruments d'ordre logique, à une pénétrante critique qui a fait ressortir, en même temps que le danger de leur prêter plus de réalité et de solidité

qu'elles n'en ont, la place qui leur revient légitimement, et nécessairement dans la mise en œuvre et la tenue en bon état d'entretien de tout système juridique.

Nous groupons dans ce titre II les contributions dont les auteurs se sont engagés à la suite de Gény sur ce terrain. Ils l'ont abordé chacun avec son tempérament propre, les uns s'aiguillant vers la synthèse alors que d'autres ont préféré, s'attachant spécialement à l'une des pièces de cette armature, en observer et en décrire le fonctionnement pratique au travers d'une des applications particulières qui lui ont été données. Dans un premier chapitre Alberto del Vecchio résume ses vues — développées dans des ouvrages de haute autorité — sur *Les principes généraux du droit*. Nous en avons rapproché un court chapitre sur *Les sources du droit au point de vue général de la pédagogie*, où Xavier Janne signale les problèmes que pose au professeur de droit la nécessité d'initier les étudiants à l'application pratique des principes du droit, problèmes qui doivent l'amener, en pays de droit latin, à se servir subsidiairement d'une méthode apparentée à celle qui s'est développée à titre principal ou exclusif aux Etats-Unis sous la forme de *case-method*.

Le travail, qui occupe le troisième chapitre — celui de M. Stella Maranca, — aurait été plus logiquement classé parmi les études d'histoire du droit romain groupées en tête de notre premier volume. Un accident d'édition nous a forcé à le ranger ici. Je ne le regrette pas. Il y marquera la place que doit nécessairement occuper, à la suite de l'étude du rôle des principes généraux, celle du rôle des règles de droit. Aucune des préoccupations, qu'elle révèle chez les anciens auteurs, n'a perdu de son actualité. Les contributions dirigées vers l'observation de cette actualité, qui sont éparses dans les autres titres — tout spécialement celle d'Albert Kokourek sur *La libre recherche en Amérique*, — montrent assez que ceux des juristes du temps présent, qui s'attaquent à la méthodologie de leur science, ont encore plus fortement conscience que les juristes byzantins, ou les glossateurs et postglossateurs, qu'il convient de n'exagérer ni la généralité, ni la fixité des *regulae juris*, — du type de celles qui sont rassemblées dans le dernier titre du Digeste, — et qu'ils sentent aussi fortement que les prudents romains de la belle époque que les *regulae* de ce genre n'ont d'autre valeur et d'autre force que celles qu'elles tirent de leur concordance avec les réalités du droit vivant qu'elles cherchent à grouper et décrire en une forme didactique.

Et le *periculum* des définitions juridiques, visé par l'adage dont M. Maranca retrace les origines historiques, — le danger que les définitions n'embrassent plus qu'elles ne peuvent réellement étreindre, et surtout le risque qu'elles provoquent des confusions, en englobant sous une même dénomination des choses différentes — ne saurait trouver meilleure illustration que l'exemple même de la règle de droit. Car, sous ce nom, nous rassemblons une série d'instruments de liaison ou de cimentation entre les cellules ou unités

dont se compose le système juridique. Leur graduation, au point de vue de leurs degrés de précision et d'efficacité, s'échelonne, par d'innombrables nuancements, entre ces deux termes extrêmes : d'une part, la règle du type rigide, la *rule of thumb*, ayant la fixité du mètre ou du fil-à-plomb, telle que la dégage une juridiction de pays de *common law* en procédant au *ruling* ou l'*overruling* d'un point de droit posé par un cas-type, ou une juridiction suprême de pays de *droit civil* en fixant définitivement sa jurisprudence sur une question de même nature limitée et définie, et d'autre part, la *regula juris* du type étudié par M. Maranca, qui arrive à se relier et se confondre avec le principe général de droit.

Le chapitre IV se réfère à une troisième catégorie parmi les instruments de logique employés à la construction et l'entretien de l'armature du système juridique : les concepts, notions générales et idées-forces juridiques. L'étude critique des emplois, que les jurisprudences du XIX^e siècle avaient fait des concepts et constructions de logique juridique, déjà largement développée par Rudolf von Jhering et, à sa suite, par les théoriciens allemands et autrichiens, soit du « libre droit », soit de la « jurisprudence des intérêts », a été conduite par l'œuvre de Gény à un tel point de pénétration et d'équilibre, qu'il eût été téméraire pour l'un de ses admirateurs d'en reprendre l'examen d'ensemble, même sur ses traces.

Ricca-Barberis, dans une monographie sur *L'action d'enrichissement sans cause dans le projet italo-français de code des obligations* a repris cet effort de discussion critique en le concentrant sur l'un de ces concepts ou l'une de ces idées-forces juridiques qui, appartenant à l'héritage des jurisconsultes romains, s'est fait une plus ou moins large place dans la science juridique de tous les pays de *droit civil*, et que le projet de code des obligations franco-italien consacre, par l'une de ses dispositions, comme l'un des éléments essentiels du fond d'idées juridiques commun aux droits latins — ou au moins aux deux principaux d'entre eux.

Quelques-unes des contributions, venues du monde anglo-saxon, laissent percer une curiosité sympathique, ou même une attraction vers ce concept d'origine romaine. C'est le cas en particulier de l'étude sur Lord Mansfield que H.-C. Gutteridge a fournie pour notre tome 3. Il semble y exprimer le regret que la tentative faite par Lord Mansfield pour introduire ce concept dans le *common law* n'ait pas finalement réussi. Et, depuis, l'intérêt grandissant que lui inspire cet élément de la doctrine du *droit civil* s'est encore plus clairement manifesté dans une étude : *The doctrine of unjustified enrichment*, publiée dans *Cambridge Law Journal* de 1934, avec la collaboration de notre collègue français R.-I.-A. David. De ces impressions de juristes de *common law*, sensibles aux inconvénients de l'absence dans leur jurisprudence traditionnelle du concept de l'enrichissement sans cause, il ne sera pas sans intérêt de rapprocher la polémique dirigée contre ce concept par un juriste de *droit civil*,

qui craint que l'emploi en devienne trop général ou trop peu mesuré dans son cercle de civilisation juridique latine.

Des concepts et constructions juridiques un cinquième chapitre rapproche un nouvel instrument général de technique juridique présentant encore la même nature exclusivement logique : l'instrument de classification et de différenciation que constituent les catégories juridiques. C'est encore là un terrain qui a été exploré trop à fond par Gény pour qu'un de ses élèves ou collaborateurs soit tenté d'en recommencer l'exploration d'ensemble. Aussi Henri Simonnet s'est-il borné à en suivre le fonctionnement au travers d'une des applications qui en a été faite en pays de *droit civil* : le dégagement en pays de droit civil — spécialement en France — de la catégorie du legs avec charge.

A ce premier groupe de pièces de l'armature du système juridique — apparentées par la même prédominance dans leur composition de l'élément de raisonnements de logique — que constituent principes, règles, concepts et catégories juridiques, les chapitres VI et VII opposent un autre groupe d'instruments de liaison et de fécondation, de nature plus subtile, et de maniement plus souple et plus nuancé, où l'appel à l'observation et à l'expérience des faits sociaux, et en particulier des réalités contingentes de la vie économique, tient une plus large place. C'est, d'une part, la *Notion de règle de conduite* étudiée par Adrian Stoop. Et c'est, d'autre part, le *Standard juridique* avec son cortège de directives et sous-directives progressivement dégagées pour en guider l'application.

Dans le chapitre VII Sanhoury a repris sous une forme synthétique un travail de comparaison entre les rôles et les résultats respectifs de la règle de droit et du standard juridique qu'il avait antérieurement accompli sous une forme analytique, en s'attachant plus spécialement au terrain particulier de démonstration fourni par le développement historique des jurisprudences anglaise et française en matière de clauses de non-concurrence. Sa contribution au *Recueil Gény* apporte ainsi un utile complément à la documentation qu'il avait déjà rassemblée sur cette matière, en 1925 dans le tome 10 de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon. Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*. Il y montre de nouveau que la règle de droit et le standard juridique sont les rouages centraux, la première d'un système de jurisprudence mécanique, poursuivant la sécurité absolue des relations juridiques par l'uniformité et la stabilité complètes du droit, et le second d'un système de jurisprudence, à base de science sociale, poursuivant l'adaptation du droit aux besoins complexes et changeants de la vie économique : systèmes qui, l'un et l'autre, n'ont et ne peuvent avoir de nos jours qu'une existence théorique ou idéale et doivent nécessairement, — parce que les besoins qu'ils tendent à satisfaire sont aussi légitimes et irréductibles l'un que l'autre — se combiner dans des proportions et des dosages

qui varient avec les temps et aussi avec la complexion de chacun des chapitres du droit. Mais il y montre aussi que c'est surtout par l'organe des standards et de leurs compléments que se prépare la transition du droit d'aujourd'hui à celui du proche avenir, et que c'est surtout par l'organe de la règle de droit et de ses dérivés qu'est assuré le rattachement du droit d'aujourd'hui aux traditions du passé.

C'est à l'étude d'autres pièces de l'armature du système juridique, qui servent, aussi, à établir non plus seulement son unité organique, mais sa permanence en tant que corps de droit national, en reliant le présent au passé, que sont consacrés les deux derniers chapitres de ce titre II.

Dans le chapitre VIII L.-L. Fuller analyse les motifs psychologiques qui amènent les cours de justice à recourir à des fictions légales pour placer leurs innovations sous le couvert de celles-là mêmes des règles anciennes et éprouvées du droit, contre lesquelles ces innovations réagissent ou auxquelles elles dérogent. Cette contribution s'apparente aux études historiques de la première partie de notre tome I, par le large emploi qui y est fait d'illustrations empruntées à l'histoire du droit anglais. Mais elle a surtout sa place marquée ici. Car, dans le riche trésor de fictions de l'histoire du droit anglais, — trésor encore beaucoup plus imposant que celui du droit romain — l'auteur n'a choisi systématiquement que celles des fictions qui conservent encore aujourd'hui leur raison d'être et leur vertu, et parmi lesquelles il en est, comme celles qui sont à la base des présomptions irréfragables — nos présomptions *juris et de jure* — qui gardent la même place dans le mécanisme actuel du *droit civil* et dans celui du *common law*.

Dans le chapitre IX enfin Joseph Delpech attire l'attention sur le processus par lequel s'opère l'emboîtement historique les unes dans les autres des diverses couches successives de règles et de données d'un même corps national de droit, en étudiant l'une de celles des survivances d'une phase ancienne de l'évolution du droit au travers des phases ultérieures, qui ne sont ni de simples survivances de forme, ni des survivances de règles de fond devenues encombrantes, — parce que ayant perdu leurs raisons d'être — mais rentrent dans les survivances qui constituent encore un élément utile de l'héritage légué par le passé au présent. C'est l'objet de son étude sur *Les survivances d'une forme de la propriété collective et leur interprétation*.

L'étude de Joseph Delpech attire notre attention sur la nécessité de distinguer et de traiter fort différemment deux sortes d'éléments que nous confondons trop volontiers sous le nom commun de survivances.

D'une part les survivances au sens péjoratif du mot : c'est-à-dire celles qui ne sont dues qu'à l'esprit routinier des techniques juridiques, et qui donnent parfois aux rituels et aux procédures du droit une allure oblique, gauche et surtout ésotérique. Tels, dans l'histoire

du droit romain, le rituel de l'ancien testament *per aes et libram*, — la *mancipatio familiae* — et, dans celle du droit anglais, le rituel de l'*action of ejectment*, — où le débat réel entre les prétendants à la propriété devait être précédé d'échange de citations en justice et de conclusions entre deux fermiers imaginaires, John Doë et Richard Doë qui, pendant des générations ont répété quotidiennement leurs mêmes gestes de marionnettes, — et tant d'autres des rituels d'actions et de modes de transfert de la propriété si complaisamment décrits par Blackstone et que la traduction de ses *Commentaires* par Chompré avait rendus accessibles à la compréhension des lecteurs de langue française. Tel, — et encore plus près de nous — l'extraordinaire amalgame de survivances de toutes les phases de l'évolution du droit depuis le haut moyen âge jusqu'au début du xx^e siècle constitué par le rituel du *mortgage de real property* (l'équivalent anglais de l'hypothèque) tel que l'analysait William Maitland, avec sa puissance d'illumination d'historien, dans d'éloquentes pages de la publication posthume de ses notes de cours sur l'*Equity*.

D'autre part les survivances légitimes et bienfaisantes, le trésor d'expériences, de traditions, d'institutions qui constitue l'un des fondements — le « donné historique », comme dit Génys, — sur lequel sont édifiés nos systèmes juridiques en vigueur. Leur place parmi les sources du droit positif ne saurait faire question dans les milieux comme les pays de *common law* où la codification n'est point venue faire coupure entre l'ancien droit et le droit du présent. Elles n'y font pas même figure de survivances. Elles y restent le fond ancien du droit en vigueur. Il en est autrement là où, comme dans les pays de *droit civil*, la codification a prétendu faire table rase des lois ou coutumes antérieures et leur substituer des constructions, sinon entièrement nouvelles, du moins entièrement remises à neuf ou recrépies. La contribution de Joseph Delpech fait ressortir que, même pour ces systèmes juridiques, le contact du droit nouveau avec celui ou ceux qui l'ont précédé ne saurait être strictement limité aux seuls points où la codification et ses lois complémentaires ont déclaré vouloir le maintenir, et qu'il est des survivances nécessaires qui doivent pouvoir persister au travers des lacunes ou des obscurités de la codification.

Delpech apporte aussi par là sa note personnelle à l'étude des rapports de la législation et de la coutume, en même temps qu'un complément à la contribution de Simonnet. Cette dernière avait montré le côté face de la médaille qu'est l'établissement de catégories juridiques, en insistant sur les services que peut rendre à la technique juridique la création d'une catégorie nouvelle. Delpech montre le revers de cette médaille en marquant les dangers d'une croyance trop absolue à la généralité et la rigueur des catégories établies.

CHAPITRE PREMIER

Les principes généraux du droit

par Giorgio DEL VECCHIO,
Professeur de philosophie du droit à l'Université de Rome

I

Suivant la doctrine prédominante, la méthode à employer pour rechercher et découvrir les principes généraux du droit, consisterait à partir des dispositions particulières de la loi et à s'élever par voie d'abstraction à des notions plus compréhensives, en procédant dans cette « généralisation croissante » autant qu'il serait nécessaire pour comprendre le cas douteux dans la sphère du droit positif. Cette méthode paraîtra peut-être suggérée par le législateur lui-même : en effet, celui-ci invite avant tout l'interprète à rechercher si, par rapport à une controverse déterminée, il existe une disposition de loi précise ; puis, dans la négative, il lui enjoint d'avoir égard aux dispositions qui réglementent des cas semblables ou des matières analogues ; et seulement enfin, c'est-à-dire quand cette seconde hypothèse ne se réalise pas, il le renvoie aux principes généraux du Droit. Il est cependant facile de constater que, par ces règles, le législateur n'a pas vraiment entendu enseigner comment on doit découvrir les principes généraux du Droit et d'où ils doivent être dégagés, mais qu'il a seulement voulu définir l'ordre de leur application, les conditions de leur entrée en vigueur. On ne peut en aucun cas permettre au juge de contrevenir à une disposition de loi précise ; l'affirmation de ce principe par le législateur ne représente pas autre chose qu'une formule nouvelle du concept fondamental de notre organisation juridique selon lequel la fonction judiciaire est subordonnée à la fonction législative. Le péril de ce que l'on a appelé « *l'aequitas cerebrina* », c'est-à-dire de l'arbitraire du juge en tant qu'il s'exerce dans un sens contraire à la loi, a disparu avec la naissance du moderne Etat de droit. Si de nos jours une certaine doctrine, sous le prétexte spécieux de la « liberté » du juge ou de la jurisprudence, tend à rétablir un tel arbitraire, cette doctrine, régressive dans sa substance et contraire à la liberté, malgré son nom, mérite d'être repoussée parce qu'elle s'oppose non seulement au

texte de loi précité, mais encore à toutes les bases rationnelles du système actuellement en vigueur.

Autre chose est l'analogie. Le législateur lui-même l'a introduite comme un moyen puissant d'intégration des règles de loi, exception faite seulement pour certaines matières (art. 4, dispos. prélim.). Grâce à l'analogie, la possibilité d'application de la loi s'étend au delà du nombre des cas prévus à l'origine, pourvu qu'il s'agisse de cas similaires, et la *ratio legis* vaut également pour les uns comme pour les autres. Seule, une conception excessivement rigide et étroite du droit (dont nous trouvons des exemples dans certains systèmes juridiques primitifs, corrigés d'ailleurs bientôt par leur propre développement historique) pourrait empêcher de reconnaître la « force d'expansion logique » qui est naturelle à la loi par ce fait qu'elle est une pensée et que la pensée est dialectique de sa nature. Aussi bien l'extension par analogie rencontre sa limite rationnelle dans ce qui en constitue le fondement, à savoir dans la signification et dans l'esprit propre des règles sur lesquelles elle s'appuie : elle doit s'arrêter au moment où, si on la poursuivait, elle conduirait à la création d'une règle substantiellement nouvelle et différente.

Il importe de bien considérer que l'argumentation par analogie ne peut pas être étendue indéfiniment, étant liée de sa nature aux expressions mêmes dont elle procède et aux limites entre lesquelles elle se développe : à savoir l'affinité de fait et l'identité de raison. Déplacer *ad libitum* ces limites, affaiblir le lien qui les unit en vue d'y introduire un cas d'espèce comme s'il y avait été proprement compris n'est autorisé ni par la logique ni par le droit : en particulier la règle de loi, qui assigne à l'analogie son office propre, considère expressément l'hypothèse dans laquelle « le cas reste cependant douteux », c'est-à-dire que l'analogie est impuissante à le résoudre. On a cherché en vain à surmonter la difficulté en distinguant l'*analogia legis* et l'*analogia juris* et en donnant à celle-ci un sens beaucoup plus large. Déjà, suivant la théorie classique des logiciens qui remonte à Aristote, l'analogie se distingue de l'induction en ce qu'elle ne va pas du particulier au général, mais du *particulier à un particulier coordonné*. On ne peut par suite en logique rigoureuse, construire une vérité générale au moyen de l'analogie. A son tour le législateur dit bien que, lorsque l'analogie ne suffira plus, on devra appliquer les principes généraux du droit, mais il ne dit pas, justement, que ceux-ci doivent être trouvés par un procédé d'analogie ; il dit même implicitement le contraire.

A la vérité, lorsque l'on applique une règle déterminée à des cas différents de ceux qu'elle vise immédiatement, on en vient à reconnaître que la solution qu'elle présente peut être étendue à un domaine plus vaste que celui qui lui avait été primitivement réservé. Mais l'extension que l'on réalise ainsi est toujours limitée et particulière, elle est toujours relative à un ordre déterminé de rapports, qui correspondent au fondement rationnel de la règle en question.

Et la situation ne change pas à ce point de vue quand, au lieu d'une seule règle, on considère une série de règles.

Au surplus, l'expérience juridique elle-même, notamment la pratique judiciaire, montre que l'on ne peut pas toujours retirer des règles particulières formulées par le législateur, quelque ingéniosité que l'on mette à les combiner et à leur donner une signification beaucoup plus large que leur sens littéral, un principe général capable de résoudre les cas nouveaux que la vie présente dans son perpétuel écoulement. Si la fonction du juge est, malgré cela, toujours possible sur la base même de la loi, cela provient de ce que la loi elle-même a fait une place, à côté de l'interprétation par analogie, aux principes généraux du droit en donnant à ceux-ci, par cette formule si largement compréhensive, une identité nettement séparée et une véritable sanction d'ordre positif. Par suite, ramener ces principes à des règles particulières déjà formulées et vouloir qu'ils tirent leur origine exclusivement de celles-ci serait introduire à nouveau l'inconvénient que le législateur a voulu précisément écarter et enlever aux principes généraux leur propre vertu d'intégration.

II

Si l'on y regarde bien, le législateur a posé une seule condition en ce qui concerne le rapport qui doit exister entre les principes généraux et les règles particulières du droit : c'est qu'entre les uns et les autres il n'y ait aucun désaccord et aucune antinomie. *A priori* il est impossible que d'un principe général on puisse tirer des applications qui seraient en contradiction avec une règle particulière. Cette exigence se fonde essentiellement sur la nature du système juridique, lequel doit former un assemblage unique et cohérent, un véritable organisme logique, susceptible d'offrir une directive certaine, non équivoque, et ne comportant aucune solution contradictoire pour tout rapport social possible. L'harmonie intime des différentes parties composant le système doit être essayée et confirmée à chaque instant, en rapprochant les règles particulières entre elles, et par rapport aux principes généraux auxquels elles se rattachent. C'est seulement par là que le juriste peut comprendre l'esprit profond du système et le suivre dans ses applications particulières, en évitant les erreurs qui ne manqueraient pas de se produire s'il se contentait de ne considérer, d'une manière abstraite, que telle ou telle règle. Le juriste, et particulièrement le juge, doivent, autant que possible, dominer et pour ainsi dire revivre le système entier, en se pénétrant de son unité spirituelle, depuis les principes lointains et sous-entendus, jusqu'aux plus minimes dispositions de détail, comme s'ils étaient l'auteur du tout, et qu'en eux la loi parle réellement. C'est en ce sens que nous pouvons faire nôtre le haut idéal dont s'inspirait Aristote, définissant le juge comme « le juste vivant » (*δίκαιον ἔνψυχον*).

Mais cette nécessité formelle (l'homogénéité du système, ou bien

l'absence dans celui-ci, de contradictions entre le général et le particulier) ne signifie pas que le premier terme doive être obligatoirement tiré du second, et soit un dérivé de celui-ci. La connexion logique, voulue par la nature de l'organisation juridique, peut, abstraitement, s'affirmer de deux manières, soit en descendant des notions générales aux dispositions particulières, ou en remontant de celles-ci à celles-là. Il n'y a pas de raison pour exclure que les deux méthodes puissent même s'exercer tout à tour sur la même réalité, l'usage alterné de chacune d'elles servant, jusqu'à un certain point, de procédé d'épreuve ou de comparaison à l'autre. Si, comme l'a écrit Bruno, il n'y a qu'« une seule et même échelle, le long de laquelle la nature descend jusqu'à la production des choses, et l'esprit remonte jusqu'à la connaissance de celles-ci ; et l'un et l'autre partant de l'unité aboutissent à l'unité, en passant par la multitude des moyens », cela doit d'autant plus se vérifier en ce qui concerne le droit qui est une production et non pas seulement une connaissance acquise de l'esprit humain. La réflexion scientifique peut bien parcourir en sens opposé le chemin suivi par l'esprit dans sa création spontanée. Mais ce processus réflexe, qui implique toujours le concours des éléments générateurs de l'expérience, ne doit pas nous induire en erreur sur la valeur respective des différents degrés parcourus, et sur la place qui revient à chacun d'eux dans la hiérarchie originaire et dans la logique du système. La vérité est que la connaissance particulière et spécifique (par exemple d'un certain type de contrat) suppose tout naturellement une connaissance correspondante plus ample (par exemple la notion générale de contrat) ; et même si la première précède la seconde dans le temps, elle lui reste néanmoins subordonnée logiquement et se réfère à elle comme à son principe naturel. Ainsi, les règles particulières de droit ne sont pas vraiment intelligibles si on ne les place pas en rapport avec les principes d'où elles découlent ; et cela, bien que ces principes puissent ne pas être, et ne soient effectivement pas, la plupart du temps, formulés dans les Codes. De là la nécessité, même pour une sûre pratique judiciaire, d'une profonde élaboration scientifique du droit, c'est-à-dire d'une construction logique et systématique dans laquelle les idées directrices et les principes informateurs du système tout entier prennent naturellement la première place, à l'encontre des dispositions particulières. L'étude de ces dispositions particulières ne peut permettre la détermination des principes généraux par le moyen du procédé rétrospectif déjà indiqué, que pour autant précisément, que ces principes eux-mêmes avaient déjà pénétré formellement les dispositions particulières. Celles-ci, par conséquent, les reflètent seulement pour partie.

La liaison réciproque entre le général et le particulier ne détruit cependant pas l'effective hiérarchie des valeurs logiques et elle ne signifie pas la convertibilité ou l'équivalence mécanique des deux termes. Si, abstraitement, comme nous l'avons dit, on peut supposer

la continuité et la plénitude de la série qui conduit du général au particulier (seule hypothèse dans laquelle la série pourrait sans danger être intervertie, en conduisant toujours à une connaissance entière), en fait, les cas particuliers de l'expérience juridique représentent seulement des fragments épars, capables tout au plus de conduire à une reconstruction idéale du tout, mais certainement incapables de l'accomplir par eux-mêmes. Pour cette reconstruction, il faut avoir recours à la raison, laquelle, en recherchant les principes généraux du droit, trouve bien un certain secours dans le rapprochement des règles de détail, mais doit surtout se référer, en dernière analyse, aux sources vives qu'elle possède en elle-même. Car c'est précisément de l'essence même de l'être que procèdent à titre originaire les principes de la vérité juridique en général, lesquels se réfractent ensuite de différentes manières et selon des mesures diverses, dans les formes concrètes de l'expérience.

De même que l'on ne peut pas, *a priori*, retirer des principes généraux, par voie de simple déduction, toutes les dispositions particulières de l'organisation juridique qui ont assurément des éléments empiriques et contingents, de même on ne peut pas arriver, par voie d'induction, et en partant des dispositions particulières, à la connaissance des principes qui, par leur généralité, dépassent virtuellement chaque application de détail. La conception d'un rationalisme excessif qui prétendrait déduire des seuls principes la multiplicité des règles concrètes de droit, serait certainement repoussée par tout juriste quel qu'il soit ; mais aussi erronée serait la conception d'un empirisme outrancier, qui prétendrait reconstruire *a posteriori* par le moyen des règles de détail les principes qui en sont les prémisses et le fondement. Et cette conception serait encore moins légitime, au point de vue même du droit positif, dans un système qui, comme le nôtre, fait appel, pour son intégration, à l'élément rationnel non formulé et le reconnaît expressément dans son caractère de généralité.

III

Dans la détermination des principes généraux du droit, la pensée individuelle n'est cependant pas abandonnée à elle-même et elle ne peut pas exercer un arbitraire absolu. Un premier frein à la « raison raisonnante » (frein qui constitue en même temps une aide pour l'esprit) réside comme nous l'avons vu dans la cohésion nécessaire et inéluctable du système, c'est-à-dire dans l'obligation de considérer la totalité de ce qui est exprimé dans le système lui-même.

C'est ici l'occasion de remarquer que les organismes juridiques les plus avancés, et particulièrement ceux qui, comme le nôtre, ont accueilli l'idée de la codification et placé à la base des codes toute une série de dispositions encore plus amples et plus profondes qui sont les garanties constitutionnelles, offrent un tableau assez différent des organismes de l'époque primitive dans lesquels toute la

production juridique a un caractère fragmentaire et pour ainsi dire d'espèce (« *casuistico* »). A côté de l'amas des lois spéciales et des dispositions relatives à des cas particuliers et à des rapports strictement déterminés, il existe dans notre législation, notamment dans la constitution et en partie aussi dans les dispositions préliminaires du Code civil ou dans d'autres lois, des affirmations positives de caractère général qui reflètent, dans une mesure plus ou moins large, l'élaboration rationnelle accomplie autour du droit par les écoles philosophiques précédentes.

Si donc il appartient au juriste de rechercher les principes fondamentaux du système entier, en tant que ceux-ci sont implicitement contenus à titre de prémisses très éloignées dans les règles particulières, ou qu'ils sont en une certaine manière postulés par celles-ci comme leur complément logique, il arrive cependant qu'il trouve ces principes déjà formulés en partie, sinon dans leur concept pur et absolu, au moins dans quelques-uns de leurs aspects, par l'œuvre du législateur lui-même.

Par là, on n'entend certainement pas dire que notre système actuel ou un autre quelconque accueille entièrement et exprime d'une manière adéquate la rationalité du droit considérée *in genere* ; dans ce cas il ne constituerait pas seulement un système juridique positif, mais en même temps une philosophie du droit « toute expliquée ». On veut dire, au contraire, que cette philosophie n'est étrangère à aucun système actuellement en vigueur, et encore moins à ceux qui correspondent à un plus haut degré de développement de l'esprit humain ; que, d'autre part, elle s'y incorpore en partie et s'y reflète tellement que c'est seulement par une idée préconçue qu'on peut en nier la présence et le rayonnement. On veut dire que dans le droit l'élément rationnel et l'élément positif, s'ils ne coïncident pas en tout, ne sont cependant pas en contraste nécessaire. « *Auctoritatem cum ratione omnino pugnare non posse* » était déjà l'enseignement de Vico qui se réclamait justement dans cette pensée de la tradition romaine. A supposer qu'il y ait un contraste absolu entre le *certain* qui dérive de l'autorité et le *vrai* qui dérive de la raison, ce ne seraient plus des lois que l'on aurait mais des monstres de lois : « *Non leges essent sed monstra legum* ». Le droit positif lui aussi possède au fond une certaine rationalité, laquelle si elle n'est pas absolument la *ratio naturalis*, est au moins, comme l'expliquait Vico lui-même, une *ratio civilis*, expression partielle de la première.

C'est à la critique qu'il appartient de déterminer la valeur des lois positives par comparaison avec l'idée absolue du droit ou du juste naturel ; sans que l'on puisse pourtant imputer à cette idée les défauts des dispositions correspondantes qui se trouvent dans l'ordre positif. Par suite, il serait encore moins acceptable d'imputer à l'idée sa réalisation positive, comme si l'idéalité disparaissait au moment où elle se traduit en phénomène. En d'autres termes, le droit naturel

ne cesse pas d'être et ne perd pas sa valeur intrinsèque par le fait qu'il devient quelquefois aussi droit positif. Sa reconnaissance est sa détermination deviennent alors de la compétence du juriste, au sens étroit du mot, du *pragmaticus legum*, en outre du *philosophus legum* (pour nous servir encore d'expressions empruntées à Wico); et l'interprète remplirait mal sa tâche si, par simple parti pris, il déclarait comme ne provenant que de la simple intervention législative, ce qui se fonde avant tout et substantiellement sur la raison naturelle. Nous n'hésitons pas à dire qu'en agissant ainsi, et en refusant à *priori* de reconnaître les divers degrés de vérité juridique qui se rencontrent dans les lois positives, la science moderne de l'interprétation se placerait (et trop souvent se place) dans des conditions de réelle infériorité par rapport à la jurisprudence romaine dont les doctrines, sur ce point, sont bien connues.

Une semblable conception de la vérité du système actuel, suivant la vraie et propre hiérarchie philosophique, suppose sans doute qu'on se réfère aux doctrines rationnelles concernant le droit qui ont été formées comme des critères supérieurs aux dispositions positives : à des doctrines, en un mot, qui ont leur base dans le concept de la nature (téléologiquement envisagée) comme fondement intrinsèque du droit. Avec des divergences et des variations (à la vérité moins grandes qu'on ne le croit ordinairement) elles constituent un véritable corps, organiquement achevé par les élaborations progressives de nombreux siècles, et pourvu d'une cohésion intérieure propre qui renforce l'unité de chaque partie, même si celles-ci paraissent assez différentes entre elles. D'ailleurs, les divergences et les variations dérivent, presque toujours, non pas d'une diversité fondamentale quant aux principes, mais du travail continu et délicat qui est indispensable pour maintenir en harmonie les principes eux-mêmes avec les circonstances changeantes auxquelles ils doivent s'appliquer au cours de leur développement historique.

L'idée du droit naturel est vraiment de celles qui accompagnent l'humanité au cours de son histoire : et si quelques écoles, comme cela est arrivé assez souvent, surtout à notre époque, font profession de l'exclure ou de l'ignorer, chaque fois elle s'affirme à nouveau puissamment dans la vie. Il est vain, par suite, en même temps que rationnellement incorrect, de tenter de la repousser, et cela d'autant plus quand il s'agit d'interpréter un système législatif qui, comme le nôtre, a été formé, directement ou indirectement, sous l'empire de cette idée. De cela nous avons la preuve, non pas tant dans les travaux préparatoires, dont nous ne voudrions pas exagérer l'importance en vue de l'interprétation, que dans ce fait, que notre législation dérive pour la plus grande partie, en ce qui concerne le droit privé, du droit romain, tout entier développé autour de l'idée de la *naturalis ratio*, et en ce qui concerne le droit public, des systèmes constitutionnels d'Angleterre et de France qui ont pour données fon-

damentales les *bills of rights* et les *Déclarations des droits*, expressions typiques et véritables du *jus naturae*.

Quel que soit le jugement que l'interprète veuille porter, dans son esprit, sur cette grandiose tradition doctrinale et sur sa vitalité actuelle, que de nombreux indices nous montrent ainsi comme inépuisable, on ne pourra cependant pas nier qu'elle ait eu une réelle existence et une vigoureuse efficacité à l'époque qui correspond à la formation de notre système actuel. De là la nécessité de n'en pas négliger l'étude, sous peine de renoncer à l'intelligence exacte et vraie du système lui-même.

Cette étude, qui comprend celle des règles particulières auxquelles nous avons déjà fait allusion, constitue elle aussi un frein en même temps qu'une aide pour la pensée individuelle dans la reconstruction du droit en vigueur. Elle facilite avant tout la recherche des origines concernant cette partie des principes généraux du droit que le législateur a eu l'occasion de recueillir et de formuler, sans cependant leur donner une expression définitive et complète ; ensuite, elle rend plus aisée la recherche des principes qui ne sont pas formulés, mais existent cependant à titre virtuel dans le système, où ils sont comme ensevelis sous l'amas des règles de détail, qui en forment des applications plus ou moins dérivées. Le lien existant entre les théories générales, concernant le Droit, qui dominent dans la pensée à une époque déterminée, et les dispositions législatives qui, à la même époque, sont organisées et rédigées, peut être un lien plus ou moins direct, et plus ou moins facile à découvrir ; mais il ne peut manquer, s'il est vrai que « ce monde civil a été certainement fait par les hommes et que par suite ses principes doivent se retrouver dans notre esprit humain lui-même », en d'autres termes, s'il est vrai que le même esprit humain engendre le Droit à la fois comme phénomène et comme idée. Il est facile de comprendre, dès lors, que l'œuvre de l'interprète, pour autant qu'il vise à embrasser et intégrer un système historiquement déterminé, ne peut être *cérébrine*, c'est-à-dire arbitraire et individuelle ; elle ne peut pas consister dans l'affirmation d'un droit naturel « que chacun se forge suivant ses préférences individuelles » et contre lequel la logique des juristes aurait bien raison de protester. L'appui et l'assurance utiles, dans notre recherche des principes, nous sont au contraire donnés par cet ensemble de théories générales enveloppant le Droit, qui ne sont pas l'œuvre artificielle d'un penseur individuel, mais correspondent à une tradition scientifique solide et vraie, intimement liée à la genèse des lois actuellement en vigueur. Et cette considération nécessaire à donner aux traditions doctrinales, n'empêche nullement l'élaboration ultérieure des éléments qui en composent l'assemblage ; elle la facilite au contraire, en ce sens qu'elle indique, par le moyen de principes désormais assurés, le plan dans lequel se doivent mouvoir ses progrès et ses développements ultérieurs.

IV

L'école du Droit naturel a entendu et entend essentiellement soutenir le *caractère non arbitraire du Droit*, c'est-à-dire l'existence d'un rapport nécessaire entre la substance intrinsèque des choses et les règles de droit qui s'y rapportent.

Même le principe le plus fortement proclamé par l'école du droit naturel, le principe du droit inné et absolu de la personne, répond à cette tendance fondamentale ; par lui on affirme, en effet, que la nature réelle de l'homme implique un élément de transcendance, une faculté qui ne peut être supprimée et qui est par suite inaliénable, de dominer l'ordre phénoménal et de retrouver en soi sa propre détermination : en un mot on affirme l'autonomie de la personne humaine. Le droit ne peut pas ne pas reconnaître ce « fait », ni refuser d'en tirer toutes les applications qui en sont la conséquence.

Suivant le même critère méthodologique, la voie est ouverte, la recherche du droit correspondant à chaque espèce de réalité juridique, en tant qu'elle contient des relations de personne à personne. Cette recherche qui s'accomplit par le moyen de la Raison « *ex ratiocinatione animi tranquilli* », comme disait Thomasius, a son terme normal de comparaison dans les règles juridiques positives qui représentent déjà, en fait, une tentative de solution du même problème. En de nombreux cas, et notamment quand il s'agit de reconnaître des nécessités purement logiques ou des exigences immédiates de notre être, les données du *droit naturel*, ou de la *naturalis ratio*, se manifestent, en un moment déterminé, comme des éléments du droit positif, et forment précisément comme le *substratum* de celui-ci, substratum qui se conserve et se transmet à travers les changements du droit positif. Que, par exemple, personne ne puisse transférer à autrui plus de droit qu'il n'en possède de lui-même ; qu'il soit licite de s'opposer à la force et que, par suite, chacun ait la faculté de se défendre contre toute agression ; qu'en toute chose les avantages doivent appartenir à celui qui supporte les inconvénients ; que personne ne puisse s'enrichir injustement aux dépens d'autrui ; tous ces critères, et beaucoup d'autres qui leur sont semblables, dérivent de la raison juridique naturelle, et ont été, en ce sens, affirmés déjà par les juristes romains. Ils indiquent des principes informateurs des lois actuellement en vigueur, soit que celles-ci les formulent expressément, soit qu'elles les supposent à titre implicite en sous-entendu, comme des maximes dont la disparition ferait perdre toute leur signification à de nombreuses dispositions particulières.

La nécessité de recourir à de tels critères et, en général, à la raison juridique naturelle est maintenue très vive et très pressante par le caractère incomplet qui est inévitablement celui de tout droit positif ; tellement qu'on ne pourrait éviter un tel recours, même s'il n'y avait pas, comme cela se produit dans d'autres législations

(par exemple, dans le Code Napoléon et dans le Code civil germanique), un renvoi formel aux principes généraux, semblable à celui que nous présente l'article 3 des dispositions préliminaires du Code civil italien. Cette exigence fondamentale, qui inspire les théories du droit naturel, et qui s'appelle, en un sens large, *l'équité* — considération de tous les éléments de la réalité pour déterminer l'équilibre ou la proportion correspondante dans les rapports entre deux personnes — ne peut pas être répudiée par la législation positive. Celle-ci, après avoir cherché à suppléer elle-même, à sa façon, à une telle exigence, doit admettre, en définitive, qu'elle soit mise directement en valeur, à travers la seule conscience du juge, dans tous les cas non visés par des dispositions précises, ni susceptibles d'être résolus par elles, au moins par analogie. Il est remarquable qu'en des matières déterminées, le législateur lui-même s'abstienne délibérément de fixer une règle, avouant s'en remettre à ce criterium de raison naturelle qui est presupposé comme fondement intrinsèque du droit. L'article 463 du Code civil nous en offre un exemple quand il déclare : « Le droit d'accession, lorsqu'il a pour objet des choses mobilières appartenant à différents propriétaires, est réglé par les principes de l'équité naturelle. » De semblables rappels se trouvent encore, on le sait, soit dans notre Code lui-même (voy. spécialement les articles 578, 1124, 1652, 1718), soit dans d'autres lois. Et il ne suffit pas de dire, pour en diminuer la signification, que dans tous ces cas le pouvoir plus large reconnu au juge provient de la volonté du législateur, car la même remarque peut alors être faite en ce qui concerne l'article 3 des dispositions préliminaires. Et cela ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur a eu conscience de la nécessaire insuffisance de ses déterminations, ou, si l'on veut, des limites propres de la partie positive du droit par rapport à l'inépuisable fécondité de la nature.

Mais l'intégration des règles législatives n'est pas toujours également facile, parce que le droit positif ne se meut pas toujours à l'intérieur des directives indiquées par la Raison juridique naturelle, en se plaçant avec celle-ci dans un rapport simple d'espèce à genre, ou de conséquences à prémisses, par « détermination » ou par « conclusion », suivant les expressions de saint Thomas. Les règles positivement sanctionnées peuvent ne pas correspondre complètement aux principes déduits de la raison, et les contredire, en quelque façon, ou les modifier et les restreindre en diverses manières. Quand une telle contradiction se présente, il n'est pas douteux que, dans la reconstruction du système juridique positif, et particulièrement dans son application judiciaire, l'interprète doit suivre la loi telle qu'elle est, et non telle qu'elle devrait être suivant les purs principes. Une méthode différente conduirait infailliblement à briser l'unité du système, en confondant à chaque instant le *jus conditum* avec le *jus condendum*, et la fonction de juge avec celle de législateur ; on enlèverait ainsi au droit positif cette certi-

tude qui, comme tel, ne peut pas ne pas lui appartenir. Les juristes romains aux-mêmes, bien qu'ils n'entendissent pas avec la même rigueur la distinction entre la fonction législative et la fonction judiciaire, eurent au fond, cette conception, et ils surent bien le déclarer à l'occasion : « *Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.* » Par exemple, la conscience de ce que tous les hommes sont libres et égaux, par droit naturel — « *quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt* » — n'a pas empêché la Jurisprudence romaine de reconnaître dans l'ordre positif la distinction *contra naturam* entre les hommes libres et les esclaves et d'élaborer techniquement l'institution de l'esclavage.

Ceci ne signifie pas, cependant, que, même en pareil cas les principes du droit naturel restent sans aucun effet véritable sur l'ordre positif. Ces principes, quand ils sont correctement déduits par la raison, répondent à une réalité intime, qui peut rester latente sous l'enveloppement des formules ou des mécanismes factices, mais qui est éternellement vive et agissante. L'exemple cité plus haut nous en offre une très claire illustration : Qui ne sait que la personnalité juridique de l'esclave reçut en droit romain une reconnaissance partielle et indirecte, d'autant plus significative qu'elle était dogmatiquement niée ? Non seulement on admit que l'esclave pût faire des vœux et participer aux *collegia funeraticia*, par quoi, en somme, on reconnût sa personnalité en droit religieux ; non seulement on prit juridiquement en considération, même entre esclaves, les liens du sang en tant qu'il pouvait en dériver des obstacles au mariage, même après la survenance d'un affranchissement ; mais on reconnut que l'esclave était, de fait (*naturaliter*), capable de déclarer une volonté et, par suite, d'accomplir des actes juridiques, capable de s'obliger et d'acquérir des droits : d'où la possibilité de relations de doit et avoir entre esclave et le patron, et jusqu'à la possibilité, pour l'esclave, d'acquérir la liberté, en en payant le prix lui-même avec son pécule « *suis nummis* ». Ainsi dans le différend ouvert entre le droit naturel et le droit positif, nous voyons le droit positif admettre des tempéraments qui préludent historiquement au triomphe du droit naturel.

Mais, laissant de côté les cas extrêmes des antithèses substantielles, qui ne peuvent pas être très nombreuses, notamment dans les régimes les plus avancés, il y a néanmoins un motif de désaccord presque impossible à faire disparaître entre les principes du droit naturel et les règles juridiques positives : savoir que celles-ci tendent à se fixer dans les formules rigides, aptes à représenter schématiquement ou médiatement la réalité, alors que les principes regardent directement à la réalité elle-même et expriment les exigences actuelles qui jaillissent de la nature intime de tout rapport. Le législateur, comme l'observait si bien Scialoja, ne peut pas renoncer à un « organisme de présomptions, de fictions et formalités proprement dites, qui rend plus sûre et plus aisée l'application du

droit ». Il ne peut pas, par exemple, laisser le juge examiner, dans chaque cas d'espèce, et avec son seul criterium, le degré de maturité psychique de chaque individu, pour déterminer quelle est sa capacité de s'obliger. Mais il fixe lui-même la limite de la majorité, comme limite stable et valable pour tous, bien que le développement des facultés naturelles soit plus ou moins rapide chez les divers individus. Le besoin d'une certitude objective, qui est le propre de toute organisation juridique positive conduit à des genres de constructions semblables qui s'ajoutent et se substituent en quelque sorte à la réalité originaire.

Il suit de là que les conditions légales de validité d'un acte peuvent ne pas coïncider avec les conditions d'existence naturelle de celui-ci. La marche du progrès juridique est bien indubitablement dans le sens d'un rapprochement le plus étroit possible de ces deux termes, réduisant au minimum les conditions exigées *ad substantiam* et les prescriptions de pur formalisme : en ce sens l'évolution est typique qui s'est accomplie depuis le droit romain, spécialement dans le domaine de la procédure civile. En général on peut dire que, en droit, l'esprit prévaut toujours plus sur la lettre ; c'est une victoire de l'esprit, par exemple, que la maxime, accueillie dans notre Code civil, suivant laquelle les contrats doivent être exécutés « de bonne foi », et obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en dérivent « suivant l'équité », en outre de l'usage et de la loi (art. 1124). Il en est de même, dans la même matière, de la maxime suivant laquelle, « dans les contrats, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes » (art. 1131). Ces maximes, notons-le en passant, sont par elles-mêmes une réfutation de fait de la doctrine erronée qui excluerait de l'évaluation juridique l'élément intérieur ou psychique des actions humaines.

En tant cependant que le droit positif conserve (et il ne pourra peut-être jamais s'en débarrasser entièrement), des exigences de forme ou des conditions extrinsèques rigoureusement déterminées, la part de réalité qui reste en dehors de son domaine, demeure sous l'empire de la raison juridique naturelle, et cela n'est pas sans importance pour l'ordre positif lui-même. Il y a des rapports de vie qui, se déroulant entre divers sujets impliquant une combinaison déterminée de leurs volontés individuelles arbitraires, ont un caractère juridique, bien qu'ils manquent de quelques-uns des éléments exigés positivement pour leur validité. Comme de tels rapports sont réels, et comme ils prennent naissance dans des conditions qui se trouvent être dans un certain rapport avec les exigences reconnues et consacrées par les règles juridiques positives, ils ne peuvent pas être purement et simplement ignorés par celles-ci, ni classés, *de plano*, dans la catégorie de l'illicite ; ils doivent donc être reconnus en quelque manière dans leur existence et dans les effets qui normale-

ment en découlent. On aperçoit ici le perpétuel travail et la crise continue du droit positif, qui, ayant besoin d'une solide base dogmatique pour se soutenir, est amené ensuite, par la nature même des choses à dépasser d'une certaine façon ses propres dogmes, pour atteindre, dans une sphère plus ample de vérité, les principes d'où il est sorti et qui restent, en eux-mêmes, inépuisables.

Considérons par exemple, l'obligation contractuelle assumée, (pour une cause licite et avec plein discernement) par une personne mineure, mais d'âge très rapproché de la majorité. Cette obligation est légalement (art. 1106 C. civ.) nulle. Mais elle existe néanmoins et constitue un lien que la raison juridique naturelle ne peut pas nier et qui se montre même efficace en pratique. Personne n'ignore que des contrats de ce genre ont lieu très fréquemment, et même ne se distinguent pour ainsi dire pas, en fait, d'un contrat quelconque, qu'ils remplissent ainsi la fonction propre aux contrats en général, sans que personne, à l'ordinaire, n'ait de motifs pour les déclarer non valables. Or quelle est l'attitude du droit positif à leur égard? En Droit romain, on le sait, les obligations contractées par des personnes civilement incapables constituaient le cas-type des *obligationes naturales* ; et même de nos jours malgré toutes les différences de construction, il ne nous semble pas possible d'abandonner complètement le concept fondamental sur lequel s'appuyait la doctrine romaine. La distinction entre la nullité relative et l'inexistence des actes juridiques, qui est capitale pour notre droit, se fonde précisément sur la reconnaissance de ce fait que l'absence de certaines conditions ou l'inobservation de certaines formalités ne détruisent pas l'existence réelle d'un acte accompli en substance et ne lui enlèvent pas sa signification naturelle. Une obligation de l'espèce susvisée n'est pas une vaine apparence, et ne représente rien d'illicite que le Droit doive réprimer ; elle a donc par suite une existence juridique et elle ne peut pas ne pas recevoir du Droit une certaine protection, même partielle et indirecte, comme nous le voyons d'ailleurs en fait. Alors qu'un simulacre d'obligation, par exemple l'engagement pris par un fou, incapable par nature de consentir, n'admet pas de ratification ou de confirmation (*quod non est confirmari nequit*), et n'offre pas une base pour un rapport de garantie, l'un et l'autre de ces effets sont possibles dans le cas visé précédemment (cf. art. 1309 et 1899 C. civ.). Avant tout, une obligation existante, mais seulement annulable comme celle ci-dessus indiquée, reste valide et efficace, suivant la loi positive elle-même, tant qu'elle n'a pas été attaquée par la partie qui seule en a la faculté, la personne capable de s'obliger ne pouvant opposer l'incapacité du mineur avec lequel elle a contracté (art. 1107 C. civ.). La considération que l'on doit avoir pour l'incapacité présumée du mineur doit être conciliée avec celle qui est due, à titre de principe général, à la bonne foi ; et précisément l'obligation ne peut pas être attaquée par le mineur qui a caché sa qualité par tromperie ou en employant des

moyens dolosifs (art. 1305 C. civ.). Comme *ultima ratio* en cas d'annulation, il reste enfin l'action *de in rem verso* ou d'enrichissement indû contre le mineur, suivant un autre principe général déjà rappelé (cf. art. 1307 C. civ. it.).

L'ensemble de ces dispositions montre suffisamment que notre droit positif ne méconnaît nullement le *vinculum aequitatis* qui peut exister à titre naturel, même en dehors des conditions prescrites pour la validité des contrats. Il montre aussi que le fait, pour le législateur, d'avoir fixé de telles conditions simplifie bien à un certain point de vue le travail du juge, mais qu'il ne l'élimine pas : il peut être nécessaire en effet de déterminer si, en l'absence de la capacité légale, il se trouve cependant chez le mineur une « capacité de fait » telle qu'on doive réputer existante, bien que frappée de nullité relative, une de ses obligations contractuelles. Que l'on puisse tenir compte dans le domaine du Droit lui-même de certains des effets d'une telle réalité, qui se trouve n'être pas conforme aux conditions posées par le droit positif, cela prouve combien est vive dans celui-ci, et manifeste à travers ses limitations elles-mêmes, cette exigence et cette nécessité de la raison juridique naturelle, en dehors de laquelle non seulement les principes généraux, mais même les règles de détail ne s'entendraient pas d'une manière correcte et juste.

V

Ces considérations sommaires, par lesquelles nous n'avons certainement pas entendu développer d'une manière complète ce vaste sujet, suffisent peut-être à montrer les fonctions caractéristiques des principes généraux du droit, en tant qu'ils appartiennent à un organisme juridique concret. Ces principes, ayant un caractère idéal et absolu, par lequel ils dépassent virtuellement le système déterminé auquel ils s'appliquent, ne peuvent pas prévaloir *contre* les règles spéciales qui le composent, ni les détruire en aucun cas ; mais ils valent au contraire *au-dessus* et à *l'intérieur* de ces règles parce qu'ils en représentent la plus haute raison et l'esprit animateur. Lorsqu'il y a correspondance (et ceci est le cas, pour ainsi dire, physiologique) entre ce qui se déduit rationnellement de la nature intrinsèque des choses et les dispositions législatives expresses, lorsque, en d'autres termes, le droit naturel s'est transfusé dans le droit positif, les principes généraux vivent et agissent au sein des règles particulières elles-mêmes, et le recours à ces principes peut sembler presque superflu. Mais en fait, même dans ce cas, la hiérarchie doit être maintenue, et par suite, c'est aux principes qu'appartiennent logiquement la priorité et la suprématie, par rapport à ce qui n'en est que la conséquence, car les conséquences ne sont pleinement intelligibles que grâce aux principes. Ainsi, non seulement l'élaboration scientifique, mais même la pratique judiciaire obligent, pour leur développement correct, à « repenser » (*un ripensamento*) la

ratio legis, et à remonter de degré en degré jusqu'aux raisons suprêmes du droit en général, par rapport à la réalité toujours nouvelle des faits auxquels la loi doit s'appliquer. Lorsque, d'un autre côté, les règles particulières positives font défaut, soit que le législateur ait omis de considérer certains cas contingents, soit que, tout en les ayant prévus, il se soit délibérément abstenu de les régler, la nécessité devient encore plus manifeste de recourir à tous ces principes de raison juridique naturelle qui constituent les directives nécessaires dans la définition de tout rapport humain et social. De cette nécessité, notre législateur a rendu un témoignage solennel, en reconnaissant dans les principes généraux du Droit le moyen suprême d'intégration de ses propres dispositions. Que si, enfin, la structure concrète du droit positif conduit parfois à des restrictions ou à des altérations de ces principes généraux, ceux-ci ne perdent nullement pour cela leur valeur propre, même dans l'ordre positif : ils ont au contraire, encore une application indirecte ou médiate, en tant qu'ils servent à définir la *juridicité naturelle*, qui est reconnue et sanctionnée dans certains de ses effets par les lois elles-mêmes, en antithèse, ou plutôt à titre complémentaire de la juridicité positive.

Tout ceci se vérifie à l'égard du droit en vigueur considéré dans sa propre unité systématique. Que si, d'une telle considération, nous passons à des vues plus vastes encore, que nous pourrions appeler de la philosophie de l'histoire du Droit, la valeur des principes généraux nous apparaît encore augmentée : en effet, ils nous représentent, en outre d'un élément fondamental d'un système déterminé, une force agissante qui domine tous les systèmes, qui s'exerce sur les éléments qui les composent, et les pousse à se modifier et à évoluer suivant les buts éternels de la Justice, contenus dans l'âme humaine.

Si, comme personne n'oserait le nier, la sentence de Celsus est juste — « *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* » — le juriste, à la différence du légiste, ne peut pas se contenter de ce qui est écrit dans la Loi, mais doit en considérer le fondement intrinsèque. Connaître les règles de détail ne suffit pas, si l'on ne s'applique pas à découvrir l'esprit qui les anime et qui a ses premières racines dans notre âme elle-même. La particularité des lois renvoie à l'universalité du Droit, et la pensée de l'universel est philosophie. Jurisprudence et Philosophie ne peuvent pas, par suite, être séparées. De même qu'aucun mystère philosophique (l'histoire de la pensée le montre) ne fut jamais complet, s'il ne comprenait pas, en lui-même, les premiers principes du Droit ; de même tous les grands juristes (l'histoire encore nous le montre) furent en une certaine façon des philosophes : « *veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes* ». Une Jurisprudence, privée des éléments philosophiques, serait, suivant la comparaison que Kant tire de la fable antique, semblable à une tête sans cervelle ; et

rien ne serait, en vérité, plus aride et plus stérile que l'étude des règles particulières du droit, en vigueur ici ou là, si de cette matière empirique, il n'était pas permis de remonter aux principes desquels ces règles procèdent, et qui ont leur siège propre dans la raison. Ce n'est donc pas seulement des Codes, ou plutôt disons avec Cicéron, « ce n'est pas de l'Edit du Préteur, ni de la Loi des XII Tables, mais de l'intime Philosophie qu'on doit retirer la discipline du Droit ».

CHAPITRE II

Les Sources du Droit au point de vue général de la Pédagogie

par Xavier JANNE,
Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Liège

Nous laisserons à des plumes plus autorisées que la nôtre l'examen des *Sources Historiques ou Philosophiques du Droit*, pour nous attacher à mettre en lumière un petit détail de pédagogie qui nous a été révélé par l'enseignement du droit commercial dont nous sommes chargés depuis une dizaine d'années à l'Université de Liège.

Nos étudiants inscrits aux cours de doctorat sont généralement pleins de bonne volonté et suivent les leçons données à la Faculté avec assiduité et attention, mais ils se font pour la plupart une idée assez erronée des principes juridiques qui leur sont exposés doctrinalement !

Pour la plupart d'entre eux, les aperçus donnés aux cours appartiennent à une sorte de synthèse créée « artificiellement » par le professeur pour lui permettre de remplir consciencieusement son mandat d'éducateur et lui donner matière à interrogations aux examens académiques de fin d'année ! Les Sources du Droit restent sans doute pour eux la volonté législative, mais le maître y a puisé les éléments d'une doctrine plus ou moins parfaite qu'il a tenté ensuite de généraliser, sans veiller au contrôle des réalités « pratiques ! » L'étudiant, auquel manque assez souvent l'esprit d'observation, s' imagine donc volontiers que les leçons qui lui sont données à l'université servent seulement de matières à examens, et ont peut-être leur raison d'être dans la création des *casus* de droit, purement « factices », imaginés par ses professeurs ! A la veille d'entrer au Palais, il conçoit encore la Science du Droit comme représentant une gymnastique intellectuelle, peut être nécessaire, mais dont il ne devine pas nettement l'étroite parenté qu'elle a et les rapports qu'elle doit entretenir avec « la vie » sociale de tous les jours !

Il va sans dire que nos universités ne sont pas et ne doivent pas devenir de simples écoles professionnelles et qu'il faudrait se garder de n'y donner que des solutions pratiques de difficultés juridiques « vécues », sans créer dans l'esprit de l'étudiant une armature

juridique générale, lui permettant de raisonner avec plan et méthode. Mais si cette formation intellectuelle reste le but essentiel de l'enseignement universitaire, il paraît nécessaire cependant, déjà au cours des études juridiques, de faire une démonstration « pratique » à nos futurs docteurs que le droit n'a pas été créé pour justifier la création des toges professorales ou des discussions d'école, mais que l'étudiant lui-même « vit » dans le droit et que son existence personnelle, et celle de sa famille, sont continuellement saturées par les problèmes juridiques les plus divers !

C'est le motif pour lequel nos facultés belges ont été appelées, il n'y a pas bien longtemps, à créer des séminaires, avec bibliothèques, pour donner un complément « pratique » indispensable à l'enseignement dogmatique des diverses disciplines juridiques. Sans doute, cet enseignement général, professé habituellement pendant les heures de la matinée, restera toujours la base même de la formation profonde de l'étudiant, mais, à côté de ces leçons, le titulaire des cours, ou son assistant, montrera dans quelques démonstrations plus pratiques « *comment* le droit *vibre* » dans le courant habituel de la vie et conserve une utilité « réelle » pour la réglementation des relations sociales. Il faut se garder d'assigner à ces leçons moins théoriques, données généralement l'après-midi, le but de donner à l'étudiant une compétence professionnelle complète, que, seule, la pratique des affaires pourra lui apporter ! Il s'agira seulement de démontrer aux élèves, souvent peu observateurs par « eux-mêmes », que le droit a une utilité sociale permanente et que les problèmes juridiques nous entourent de toutes parts !... il faut placer l'étudiant dans la pensée qu'il accomplit « lui-même », dans sa vie personnelle, une série de manifestations juridiques auxquelles il n'a peut-être pas prêté attention ! Il a fait du droit comme M. Jourdain faisait de la prose, probablement sans le savoir !...

A quoi tient cette méconnaissance du rôle essentiel du droit dans la vie *pratique* ? Peut-être, en partie au moins, au désir de l'étudiant de ne consacrer ses heures de travail qu'aux matières, suffisamment nombreuses, qu'il aura à « emmagasiner » pour satisfaire son interrogateur à fin d'année ; mais là ne gît pas la cause véritable de méconnaissance de l'efficience « pratique » de la théorie juridique qu'il doit assimiler ! Elle doit, à notre avis, être recherchée dans le fait que l'étudiant établit la synthèse des systèmes théoriques qui lui sont démontrés sur les seules affirmations de ses maîtres ; il n'a pas le contrôle « pratique » des nécessités sociales qui en exigent le maintien !

Et, s'il a une conscience, assez confuse d'ailleurs, de l'induction législative, il est complètement troublé par la déduction judiciaire qui sera cependant plus tard la base de son activité professionnelle ! Le jeune intellectuel croit en principe à l'*a priori* ; ce n'est que l'expérience de la vie et le contact de ses semblables qui lui démontreront progressivement le relativisme complet de toutes les vérités

scientifiques ! Einstein a démontré que les sciences dites « exactes » présentent elles-mêmes un caractère relatif ; combien cette vérité est-elle plus évidente encore dans les sciences sociales, qui varient forcément avec « les degrés de culture et de civilisation » des individus qui doivent en faire une application journalière !

Le pouvoir législatif, qui est le créateur des principes de la stabilité des relations sociales des individus, est en travail perpétuel ; cela signifie qu'à tous les moments les besoins de la société politique, et de ses membres peuvent varier et exiger de nouvelles formules directrices. Le futur juriste pourra sans doute encore acquérir une « certaine » conscience des éléments sociaux divers qui ont nécessité ces constructions législatives. Ses professeurs se sont ingéniés à lui démontrer les « raisons » pour lesquelles le code a adopté les principes exposés comme étant nécessaires au bien général de la communauté politique. Il admettra assez facilement que la formule législative est souvent un compromis et, qu'avant d'édifier un système juridique, le législateur a pesé le « pour et le contre » des intérêts en présence pour donner la préférence à la solution qui semblait le mieux correspondre à l'intérêt général.

Les sources de la création de la loi, de l'élaboration du texte dans les travaux préparatoires apparaîtra aux étudiants les plus appliqués comme le résultat heureux d'un travail d'induction basé sur l'observation attentive des faits par des mandataires attitrés, soucieux de favoriser le bien-être général ! Ils admettront comme vrais et comme fondés les termes de comparaison et d'observation que le législateur a pris en considération pour formuler le principe qui est commenté par leurs maîtres.

La raison de cette initiation satisfaisante des meilleurs éléments estudiantins de nos cours provient donc de ce que la formule inductive de la loi est « fournie et expliquée » dans le détail et qu'ainsi le couronnement de cette union des « nécessités sociales et du texte » semble souvent leur apparaître comme un aboutissement naturel et presque obligé !... On pourra démontrer sans trop de peines, par exemple, que le principe légal que : « Nul n'est tenu de rester dans l'indivision » (C. civ., 815) a été admis à titre de principe d'ordre public, vu les inconvénients que la communauté d'intérêts sur une « même » chose devrait fatalement entraîner pour la gestion personnelle du patrimoine de chacun des indivisaires. L'attention des étudiants sera attirée sur le fait que l'article 815 du Code civil, étant placé sous la rubrique « Des Successions », le législateur, en y parlant de l'indivision, a limité l'application du principe qu'il formule à l'indivision qui naît d'une circonstance fortuite (statique), comme une succession, mais n'a pas admis, malgré sa généralité apparente, la possibilité d'une cessation perpétuelle de l'indivision, lorsque celle-ci proviendrait d'une mise de biens en commun, « volontaire », (dynamique), en vue de partager des bénéfices, comme c'est le cas pour le contrat de société (C. civ., 1832). Ici, l'union des forces éco-

nomiques diverses est « désirée » par les futurs indivisaires pour arriver au bien commun. Le législateur doit favoriser l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun, en prenant pour principe de direction notre adage national *l'Union fait la Force* ! Le concept « indivision » sera donc accepté par l'étudiant sérieux comme pouvant se concevoir, dans la construction inductive du législateur, sous des angles différents et la compréhension du principe légal et de ses nécessités sera encore assez facilement assimilée : on s'expliquera la *ratio legis* et les solutions adoptées par le législateur dans l'intérêt général des relations sociales.

Mais ces raisonnements, aussi parfaits que l'on puisse les concevoir, conservent toujours l'inconvénient de présenter à l'esprit de l'étudiant des « hypothèses d'école », qu'il suppose inconsciemment placées « au-dessus et en dehors » de la vie pratique ! Toute la difficulté de la vraie compréhension du droit chez l'étudiant consistera à lui présenter un cas « vivant » de la vie « pratique » tiré, par exemple, d'un fait-divers de journal ou d'un fait ou événement contemporain « vécu » : liquidation d'une banque importante, faillite retentissante d'une société, etc., et l'amener à formuler lui-même le syllogisme déductif qui lui permettra de conclure, par une équation adéquate du droit au fait ! C'est donc moins par l'induction législative (qui lui a montré le résultat fixé par la loi) que le jeune juriste reste en défaut d'observation que par la difficulté qu'il rencontre de conclure du connu à l'inconnu !... Il ne s'agit plus de comprendre simplement le texte ; il faut en faire l'application à une espèce « vivante », par les prémisses d'un syllogisme irréprochable, lui permettant de conclure. Il ne s'agit plus « d'anatomie » du droit, mais de ses manifestations « physiologiques » ! C'est ici que les sources des principes juridiques, acquis par l'étudiant, devront démontrer s'il a « assimilé la portée » de la doctrine qui lui a été commentée au cours !

Il faudra partir actuellement d'une texte connu et d'un fait que l'on aura soigneusement analysé dans sa réalité « vécue », pour arriver à les juxtaposer dans une formule syllogistique. Question très embarrassante pour le débutant en droit, parce qu'il y a lieu d'arriver à unir, par un rapprochement logique, « l'immobilité » et la fixité d'un principe de la loi, avec la « mobilité » extrêmement complexe de l'activité humaine ! Il faudra ainsi aboutir à une *inconnue* ; à la conclusion du raisonnement, que l'étudiant sera invité à formuler lui-même ! Et, si le fait à envisager est difficile à analyser dans ses éléments essentiels ou constitutifs, que d'hésitations à faire appel au texte légal *ad hoc*, qui sera placé pour la réglementation du litige à solutionner ! Un détail de plus ou de moins va faire varier l'application du texte au fait, du tout au tout, et le critique impartial dira peut-être alors que tout l'art du droit consiste bien à « savoir faire des distinctions » ! Bien étiqueter les éléments du fait litigieux est une opération préliminaire indispensable (éléments empruntés

aux choses vécues) pour démontrer à l'étudiant le « domaine vivant » du droit !... Y rattacher ensuite le véritable principe de la loi, adapté adéquatement et logiquement au fait, pour amener naturellement une conclusion rationnelle, c'est la grande difficulté qui attend tout interprète de la loi (et surtout l'étudiant sans expérience). Car c'est chercher à unir l'immobilité du texte à la mobilité du fait vécu de l'activité humaine, c'est presque l'union de la « matière et de l'esprit », la première « devient », alors que le second « demeure » ! Sans doute, le travail législatif perpétuel est bien là pour démontrer que le texte légal n'est pas « lui-même » figé dans un moule indestructible et qu'un palier nouveau devra venir remplacer le palier ancien, lorsque les perturbations de la vie sociale auront démontré nécessaire une modification des principes admis. Mais cette transformation se fait tout d'un coup, par un vote des Chambres, alors que les changements de la vie sociale sont lents et continus ! Aussi longtemps en tout cas que le principe légal n'est pas changé ou abrogé, il « demeure » dans sa fixité et c'est à lui qu'il faudra rattacher les manifestations de la vie sociale, qui se meuvent dans un perpétuel devenir !

Il nous semble que les séminaires de faculté doivent avoir pour mission principale de combler cette lacune, en démontrant le rôle éminemment « pratique et social » des règles du droit. Il ne faudra pas seulement donc initier les étudiants au raisonnement inductif, formulé par le législateur, pour arriver à la solution formelle qu'il préconise. Sans vouloir faire directement des « praticiens », ou énerver la formation « générale » de l'étudiant et, dans le but même de favoriser celle-ci, il faudra donner à l'étudiant *l'occasion* de faire « lui-même », dans quelques applications tirées de la vie « pratique », un syllogisme judiciaire raisonné. On pourra, par exemple, proposer en modèle le problème suivant (que nous avons été amené à solutionner comme arbitre) : l'associé en participation peut-il (exemple « concret » à formuler) exiger, à la liquidation de l'association, autre chose que la somme « espèces » qu'il a versée dans le fonds social, notamment, lorsque, depuis la formation du contrat, la monnaie a varié de valeur ? Peut-il prétendre à une valeur-or des existences matérielles de l'association (cf. commandite simple) ou doit-il être considéré comme simple créancier de sa mise originaire « espèces », avec éventuellement le bénéfice prévu au contrat ? La « participation » est-elle seulement ainsi : *societas « damni et lucri »* ? etc.

Les noms des parties intéressées, les chiffres réclamés, l'intérêt matériel de la question seront cités *in terminis* pour exciter la curiosité de l'étudiant et montrer une tranche de la vie « pathologique » du droit, les intérêts opposés aux prises gouvernés par l'intérêt supérieur de la loi.

Avec quelques exemples tirés des événements actuels donnés en exemples, il faudra pratiquer la « maïeutique » de Socrate, en lais-

sant à l'étudiant le soin d'appliquer *lui-même* « le droit au fait » et en exigeant de lui la rédaction de conclusions ou la formule même d'un jugement semblable à ceux des tribunaux ! Ce sera d'ailleurs le moyen infailible de prouver au jeune juriste que le droit n'existe *que* pour la pratique de la vie sociale et que sa connaissance raisonnée doit l'amener à en adapter l'application aux difficultés rencontrées, pour arriver à les solutionner et, mieux encore, pour tenter d'anéantir par avance les conflits d'intérêts qui pourraient surgir.

CHAPITRE III

Le « *Regulae Iuris* » e la « *Definitio in Iure* » civili

Prof. F. Stella MARANCA,
della Università di Bari

1. La tradizionale interpretazione dei fr. 202 e 1 *Dig.* (50. 17).
2. Il confronto con i *Basilici* e con il *Manuale legum.*
3. La lezione del fr. 202.
4. Le *regulae iuris* e i *libri regularum*.
5. Il criterio per l'interpretazione delle *regulae iuris*.
6. « *Regula iuris* » e « *definitio in iure civili* »
7. Lo stadio « in iure civili » nella procedura delle *legis actiones*.
8. L'errore *in uno verbo*.
9. Le *ius antiquum* al quale si riferiva Giavoleno.
10. La *servitus ad certa se verba adstringendi* nella legge delle XII Tavoli.
11. La « *definitio* » nelle *legis actio sacramento*.
12. La *causae coniectio*.
13. Conclusione.

Les « *regulae iuris* » et la « *definitio in iure civili* »

Professeur F. Stella MARANCA, de l'Université de Bari

Traduit par F. PISSARD,

Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes Commerciales et Consulaires
de Liège

et Pierre QUADEN,

Assistant d'Economie politique à l'Université de Liège

1. L'interprétation traditionnelle des fragments 202 et *Digeste* (50.17).
2. Le parallèle entre les *Basiliques* et le *Manuale Legum*.
3. La leçon du fragment 202.
4. Les *regulae iuris* et les *libri regularum*.
5. Le critère d'interprétation des *regulae iuris*.
6. *Regula iuris* et *definitio in iure civile*.
7. Le stade *in iure civili* dans la procédure des *legis actiones*.
8. L'erreur *in uno verbo*.
9. Le *ius antiquum* auquel se référait Javolenus.
10. La *servitus ad certa se verba adstringendi* dans la loi des XII Tables
11. La *definitio* dans la *legis actio sacramento*
12. La *causae coniectio*.
13. Conclusion.

1. « Tutti coloro, che hanno qualche pratica con gli scritti dei giureconsulti romani, sanno che bisogna guardarsi dall' accettare le definizioni e le massime da essi formulate, le quali sono per lo più troppo estese e quindi false ¹. I Romani stessi avevano coscienza di ciò : *omnis definitio in iure civili periculosa est : parum est enim ut non subverti posset* ² scriveva Giavoleno ³ fr. 202 De reg. iur. 50. 17. Per non essere indotti in errore conviene esaminare, se nel caso, al quale viene applicata una di quelle regole generali, non si trovi qualche elemento speciale che ne giustifichi l'applicazione. »

Così scrive Vittorio Scialoja trattando della *aemulatio* ⁴. E così si legge nella sua traduzione del *Sistema* ⁵ del Savigny :

« Già nei primi tempi i giureconsulti romani cercarono di redigere delle formule generali circa il modo di regolare parecchi rapporti giuridici, le quali si trasmisero mediante la tradizione e conseguirono grande e durevole autorità... Ma gli stessi giureconsulti (e con le loro parole Giustiniano) ci avvertono del pericolo di basarsi ciecamente su quelle formule e ne indicano il valore in ciò, che debbono riguardarsi come tentativi di riassumere il diritto e di concentrarne il contenuto, e non debbono considerarsi invece come fondamento di esso. »

L'avvertimento del pericolo è seguito dalla citazione del testo di Giavoleno ; l'indicazione del valore, dalla citazione del frammento di Paolo ⁶ : *regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non (ut) ⁷ ex regula ius sumatur, sed (ut) ⁸ ex iure quod est regula fiat...* ⁹ *quae, simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum*, — fr. 1 h. t.

« Ciò significa » — continua in note il Savigny — « che non

1. « Tous ceux qui ont une certaine pratique des écrits des jurisconsultes romains n'ignorent pas qu'il faut se méfier des définitions et maximes qu'ils ont formulées, car elles sont la plupart du temps trop larges et par suites erronées ¹. Les Romains eux-mêmes en avaient conscience : *omnis definitio in iure civili periculosa est ; parum est enim ut non subverti posset* ², écrivait Javolenus ³ au fragment 202 des Reg. iur. 50.17. Pour éviter de se tromper, il faut examiner l'espèce à laquelle s'applique une de ces règles générales, et voir si elle comprend quelque élément particulier qui en justifie l'application »

Comme l'écrit Vittorio Scialoja en traitant de l'*aemulatio* ⁴ dans la traduction qu'il fit du *Système* de Savigny ⁵ :

« Depuis les temps les plus reculés, les jurisconsultes romains s'ingénierent à rédiger des formules générales s'appliquant à divers rapports juridiques ; ces formules étaient transmises par la tradition et étaient revêtues d'une autorité à la fois considérable et durable. Mais ces mêmes jurisconsultes (et Justinien lui-même qui emploie leurs propres expressions), nous mettent en garde contre le danger qu'il y a à se fier aveuglément à ces formules ; pour eux, on doit les considérer comme des essais récapitulatifs du droit et de concentration de la coutume, mais pas comme de véritables fondements du droit. »

A cet avertissement fait suite la citation du texte de Javolenus ; et l'indication de la valeur à attribuer aux formules est suivie de la citation du fragment de Paul ⁶ : *regula est, quae rem quae est breviter*

« dobbiamo mai per amor di una regola sacrificare qualunque disposizione concreta. Qui dunque è opportuno il riconoscere l'esistenza di eccezioni accanto alla regola ; però ciò che noi chiamiamo qui eccezione non è veramente altro che il riconoscimento di una incompleta concezione della regola. Diversa è la natura delle disposizioni legali concepite in forma di regole generali, per le quali bisogna andare a rilento nell'ammettere le eccezioni. »

2. Com'è chiaro, il Savigny applica le parole di Giavoleno e quelle di Paolo tanto alle « formule generali dei giureconsulti romani dei primi tempi », quanto alle moderne « disposizioni legali concepite in forma di regole generali »: per tutta la storia della giurisprudenza fino all'epoca nella quale Egli scriveva. E, se più specialmente per gli scritti dei giureconsulti romani, secondo lo Scialoja, Giavoleno avrebbe scritto che

omnis definitio in iure civili periculosa est,

non si può negare che qualsiasi giureconsulto, o avvocato, abbia trovato e trovi ognora assai comodo invocare l'autorità di Giavoleno allorchè tenti di sfuggire alle conseguenze di *regulae iuris*.

Regula iuris e *definitio in iure* sarebbero espressioni equivalenti. Ed è innegabile che tanto nei *Basilici* ¹⁰ quanto nell'*Hexabiblos* ¹¹ di Costantino Armenopulo di ciò si trovi sicura conferma.

Κανὼν ἐστὶ σύντομος τοῦ πράγματος ἀφήγησις καὶ σύνδεσμος, ὅστις ἅμα τῷ

enarrat. Non (ut) ⁷ ex regula ius sumatur, sed (ut) ⁸ ex iure quod est regula fiat... ⁹ quae, simul cum in aliquo vitiatia est perdit officium suum fragment, 1 h. t.

« Ce texte signifie, note Savigny, que nous ne devons jamais sacrifier aucune disposition concrète par amour d'une règle. Il est donc opportun de reconnaître l'existence d'exceptions à côté de la règle ; cependant ce que nous appelons ici exception n'est rien d'autre que la reconnaissance d'une conception incomplète de la règle. La nature des dispositions légales conçues en forme de règles générales est toute différente et il faut n'admettre les exceptions qu'avec une certaine circonspection. »

2. Il est manifeste que Savigny fait application des paroles de Javolenus et de Paul, tant « aux formules générales des jurisconsultes romains des premiers temps » qu'aux modernes « dispositions légales conçues en forme de règles générales » : pour toute l'histoire de la jurisprudence jusqu'à l'époque où il écrivait. C'est ce qui concerne plus spécialement les écrits des jurisconsultes romains que Javolenus aurait écrit, selon Scialoja, que

omnis definitio in iure civili periculosa est.

On ne peut nier qu'il n'est ni jurisconsulte ni avocat qui n'ait « trouvé et trouve encore assez commode d'invoquer l'autorité de Javolenus lorsqu'il essaye de se dérober aux conséquences des *regulae iuris* ».

Regula iuris et *definitio in iure* seraient des expressions équivalentes. Il est indéniable qu'on trouve une confirmation certaine de cette

περί τι πταῖσαι οὐ σημαίνει τὸ ὑποκείμενον · ὁ δὲ κανὼν ἐκ τῶν νόμων, οὐ μὴν ὁ νόμος ἐκ τῶν κανόνων λαμβάνεται ¹¹.

Così è ivi riprodotto il testo di Paolo; e quello di Giavoleno : πᾶς νομικὸς κανὼν σαφρὸς ἐστίν : εὐχερῶς γὰρ ἀνατρέπται ¹² al quale; Basilici fanno seguire lo scolio : ὁ καθολικὸς κανὼν λέγει ὅτι πᾶς δανείζων ἀπὸ λαμβανέτω τὸ ἴδιον. ἀλλ' ἕτερος νόμος λέγει · ὁ δανείζων τῷ ὑπεξουσίῳ ἀπόλλει αὐτό, καὶ ἀνέτρεψεν οὗτος ἐκεῖνον ¹³.

Il κανὼν del testo di Paolo, divenuto νομικὸς κανὼν nel testo di Giavoleno è reso con ὁ καθολικὸς κανὼν nello scolio che può ricordare quanto Quintiliano ¹⁴ scriveva :

mihi semper moris fuit quam minime alligare me ad praecepta quae καθολικά vocant, id est (ut dicamus quomodo possumus) universalialia vel perpetualia : raro enim reperitur hoc genus, ut non labefactari parte aliqua aut subrui possit.

Nè vi ha chi non veda come queste ultime parole corrispondano a quelle di Giavoleno,

rarum est enim ut non subverti possit ¹⁵

secondo la Aloandrina.

3. La Fiorentina ha invece *parum*, che già A. Augustino ¹⁶ difendeva appunto col confronto del testo di Costantino ¹⁷. Un' edizione glossata ¹⁸ ha invece *rarum*; e non mi par che sian da spender parole per dimostrare come con tal variante il senso muterebbe interamente : la *definitio* sarebbe pericolosa perchè ne sarebbe stabilita l'immutabilità ¹⁹.

4. Ma, *rarum* o *parum* che sia nell'ultima frase, il testo è da intendere nel senso di censura alle *regulae iuris*? Perchè e come

manière de voir tant dans les *Basiliques* ¹⁰ que dans l'*Hexabiblos* ¹¹ de Constantin Armenopulo *.

Nul ne peut mettre en doute que ces dernières phrases ne correspondent à celles de Javolenus,

rarum est enim ut non subverti possit ¹⁵, selon l'Aloandrine.

3. Dans la Florentine au contraire se trouve le mot *parum* qu'Augustinus déjà ¹⁶ défendait en se référant au texte de Constantin ¹⁷. Par contre, une édition commentée ¹⁸ indique *rarum*; on démontrerait en peu de mots, me semble-t-il, que cette variante modifierait complètement le sens : la *definitio* serait dangereuse parce qu'elle comporte la fixité ¹⁹.

4. Mais, que la dernière phrase comprenne *rarum* ou *parum*, le texte doit-il s'entendre dans le sens d'une critique adressée aux *regulae iuris*?

* Il serait intolérable à l'œil de répéter les mêmes textes grecs et latins deux fois dans la même page. Que le lecteur se reporte au texte original de cette contribution. Les quelques mots italiens, qui y relient le grec et le latin, sont suffisamment clairs pour qu'on se dispense de les traduire.

Giavoleno ha scritto ed i compilatori giustinianeî han tramandato questa *regula*, che tutte le annulla ? Può forse disconoscersi che *regulae* e *definitiones* rispondevano a Roma, come ovunque, allora come ognora a necessità pratiche e scientifica, didascalica e legislativa ?

Sono domande che basta porre. Nè è lecito dimenticare per l'occasione che Catone (e non discutiamo se sia il figlio del censore, come i più affermano, o l'Uticense, com'io ritengo) ²⁰ è celebrato per la sua *regula catoniana* ; che quale caratteristica della giurisprudenza che va da Catone a Quinto Mucio Scevola si parla di *Regular-jurisprudenz* ²¹ ; che il *liber singularis definitionum* di Quinto Mucio ²² ed i due libri *definitionum* di Papiniano ²³ come i libri *regularum* di Nerazio Prisco ²⁴, di Pomponio ²⁵, di Gaio ²⁶, di Cervidio Scevola ²⁷, di Marciano ²⁸, di Paolo ²⁹, di Ulpiano ³⁰, di Licinio Rufino ³¹ e di Modestino ³² attestano che *regulae* e *definitiones* si scrissero prima e dopo Giavoleno. Dunque ?

Nonostante che unanimi siano gli scrittori antichi e recenti nel ritenere che *definitio in iure* equivalga a *regula iuris* non può intendersi che il giureconsulto abbia voluto dare un tal senso a ciò che è divenuto ormai un modo di dire

omnis definitio in iure civili periculosa est ;

nè è ammissibile trarre da queste parole la conseguenza che i Romani stessi avessero coscienza della falsità delle loro definizioni ³³.

5. Per evitare equivoci nella interpretazione dei frammenti — e

Pourquoi et comment Javolenus a-t-il écrit, et les compilateurs de Justinien nous ont-ils transmis, cette *regula* qui les annule toutes ? Peut-on méconnaître que *regulae* et *définitiones* correspondaient à Rome, comme partout ailleurs, et alors comme maintenant, à une nécessité pratique et scientifique, didactique et législative ?

Ce sont des questions qu'il suffit de poser. On ne peut passer sous silence, à cet égard, que Caton (quoique l'on ignore s'il s'agit du fils du censeur, comme la plupart l'affirment, ou de Caton d'Utique, comme pour ma part je le crois ²⁰, est connu pour sa *Regula Catoniana*, qui est caractéristique de la jurisprudence qui va de Caton à Quintus Mucius Scaevola, qualifiée *Regular-jurisprudenz* ²¹ ; que le *liber singularis definitionum* de Quintus Mucius ²² et les deux livres de *Définitions* de Papinien ²³, de même que les *Règles* de Neratius Priscus ²⁴, de Pomponius ²⁵, de Gaius ²⁶, de Cervidius Scaevola ²⁷, de Marcianus ²⁸, de Paul ²⁹, d'Ulpien ³⁰, de Lucinius Rufinus ³¹ et de Modestin ³², attestent que *regulae* et *définitiones* furent écrites antérieurement et postérieurement à Javolenus. Donc ?

Bien que les auteurs anciens et modernes soient d'accord pour affirmer que l'expression *definitio in iure* équivaut à *regula iuris*, on ne peut admettre que le jurisconsulte ait voulu donner ce sens à ce qui est devenu depuis lors simplement une manière de s'exprimer.

Omnis definitio in iure civili periculosa est ;

On ne peut admettre que l'on déduise de cette maxime la conséquence que les Romains eux-mêmes eurent conscience de la fausseté de leurs définitions ³³.

5. Pour éviter des équivoques dans l'interprétation des fragments —

sono 211 — contenuti nell'ultimo titolo delle Pandette, bisogna aver presente che esso non raccoglie le diverse *regulae iuris* — come comunemente si dice e si crede — ma *iuris antiqui*, come ivi è scritto : regole, cioè, di diritto antico non solo per le scuole orientali e per i compilatori giustinianeî — ma, come è probabile, anche per i giureconsulti che lo riferivano ³⁴. « Certe abbreviazioni » — nota il Bonfante ³⁵ — « hanno alterato talora in modo inverosimile il testo o gli hanno dato una portata generale che non aveva, come accade in una serie di frammenti inseriti nei titoli 50. 16 e 50. 17 ».

6. « Il confronto con le collezioni greche e in particolare con le versioni inserite nei Basilici e con la stessa parafrasi teofilina delle Istituzioni » — egli prosegue — « è prezioso in quanto quelle fonti e le versioni stesse nelle quali gli autori si giovarono di antiche versioni condotte sulle opere genuine, ci conservano tracce del diritto e per lo meno della terminologia antigiustiniana. »

Or io non nego che ciò possa veramente accadere ; ma penso che talvolta è appunto questa prevenzione che ci mette fuori di strada.

Così nel caso del frammento di Giavoleno : ove, data tale premessa, bisognerebbe ritenere che il giurista parlasse di

definitiones iuris,

anzi che di

definitio in iure civili,

il y en a 211 — qui sont compris dans le dernier titre des *Pandectes*, il faut avoir présent à l'esprit qu'ils ne recueillent pas les diverses *Regulae iuris*, comme on le dit et le croit, mais seulement les *regulae iuris antiqui* comme il y est indiqué ; c'est-à-dire des règles de droit ancien qui avaient ce caractère non seulement pour les écoles orientales et les compilateurs de Justinien, mais selon toute probabilité pour les jurisconsultes eux-mêmes ³⁴.

« Certaines abréviations, remarque Bonfante ³⁵, ont altéré parfois d'une façon invraisemblable le texte et lui ont donné une portée générale qu'il n'avait pas, comme il en est pour une série de fragments inscrits aux titres 50.16 et 50.17. »

6. « La comparaison avec les collections grecques et en particulier avec les versions inscrites dans les *Basiliques*, et même avec la paraphrase que Théophile fit des *Institutions* », poursuit-il, « est précieuse en tant que ces sources et les versions mêmes dont les auteurs se sont servi de versions anciennes tirées de l'œuvre originale, nous conservent des traces du droit ou du moins de la terminologie antérieure à Justinien. »

Je ne nie pas que cela ne puisse pas arriver, mais je pense que parfois c'est précisément cette supposition qui nous mène hors du bon chemin.

C'est le cas, par exemple, du fragment de Javolenus : étant donné cette prémisse, il faudrait retenir que ce juriste y parla de

definitiones iuris,

au lieu de

definitio in iure civili

e che i compilatori avessero e soppresso *civilis* nel testo di Paolo o inserito *civili* in quello di Giavoleno, quando si scorgesse sufficiente motivo a far rilevare in diritto classico che *civili* fossero, il *ius* nel quale la *definitio* era *periculosa* e la *regula* che *rem quae est breviter enarrat*.

7. A voler dare invece adeguata spiegazione al fatto che veramente Giavoleno parlava di *ius civile*, soccorre il raffronto fra le parole delle Istituzioni giustiniane³⁶

saepe enim accidit ut licet ipsa persecutio³⁷ qua actor experitur iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur

e quelle delle Istituzioni di Gaio³⁸ :

*saepe enim accidit ut quis iure civili teneatur
sed iniquum sit eum iudicio condemnari.*

Il Gaiano *teneri iure civili* diventa *persecutio* (o *actio*) nel testo giustiniano. A me pare che, così inteso *ius civile* — nel senso cioè di azione giudiziaria — il testo di Giavoleno incominci ad assumere il suo vero significato :

Nell'azione giudiziaria ogni definizione è pericolosa, dacchè facilmente può essere sovvertita o perchè raramente avviene che non possa essere sovvertita.

Ed è notevole che, come in Gaio si oppone il *teneri ex iure civili* all' *iniquum iudicio condemnari* e in Giustiniano la *iusta* alla *iniusta persecutio*, analogamente, benchè implicitamente, si determina in

et que les rédacteurs ont supprimé

civilis

dans le texte de Paul, ou écrit

civili

dans celui de Javolenus, alors qu'on estimerait suffisant de faire remarquer en droit classique que *civili* a été le *ius* dans lequel la *definitio* était *periculosa*, et la *regula* que *rem quae est breviter enarrat*.

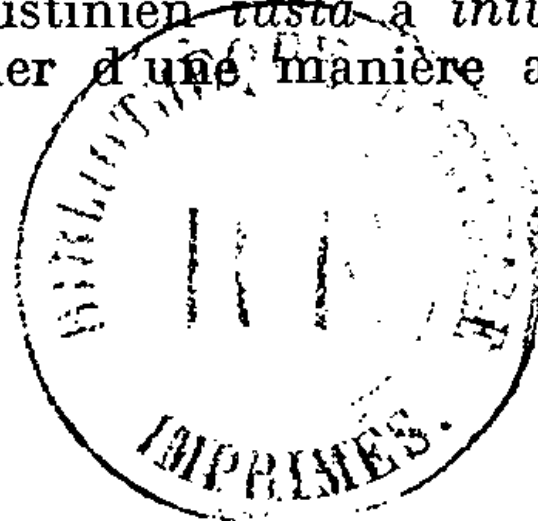
7. Pour expliquer au contraire d'une façon adéquate que Javolenus parlait vraiment de *ius civile*, il suffit de comparer cette phrase des *Institutiones* de Justinien³⁶.

saepe enim accidit ut licet ipsa persecutio³⁷ qua actor experitur iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur avec celle des *Institutiones* de Gaïus³⁸ :

saepe enim accidit ut quis iure civili teneatur sed iniquum sit eum iudicio condemnari.

L'expression *teneri iure civili* de Gaïus devient *persecutio* (ou *actio*) dans le texte de Justinien. Si l'on prend *ius civile* dans ce sens, c'est-à-dire dans celui d'action judiciaire, le texte de Javolenus, me semble-t-il, commence à revêtir sa véritable signification : dans l'action judiciaire, toute définition est dangereuse, parce qu'elle peut être facilement subvertie, ou parce qu'il est rare qu'elle ne puisse l'être.

Il faut d'ailleurs remarquer que Gaïus oppose les mots *teneri ex iure civili* à *iniquum iudicio condemnari* et Justinien *iusta* à *iniusta persecutio*, de sorte qu'on parvient à déterminer d'une manière ana-



Giavoleno la corrispondenza fra il *ius civile*, nel quale la *definitio* era pericolosa e il *iudicium*, dal quale sarebbe stata pronunciata. *In iure civili* denoterebbe perciò, come *in iure*, lo stadio precedente al *iudicium* ed è detto *civili*, come in Gaio, in quanto la *pretesa dell'attore* aveva fondamento in una delle *legis actiones*.

8. Gaio ³⁹ le ricorda ; e tramanda come esse dovessero essere corrispondenti alle parole della stesse leggi (*ipsarum legum verbis accomodatae*). Le azioni che gli antichi ebbero in uso (*quae in usu veteres habuerunt*) erano perciò immutabili e dovevano come le leggi essere osservate (*et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*). Ma tutte queste *legis actiones* (soggiunge) ⁴⁰ *paulatim in odium venerunt, namque, ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt* ⁴¹, si giunse a far perdere la lite a colui che, nell'usarle, *minimum errasset*.

Il giurista del tempo degli Antonini ricorda l'esempio che si qualifica *celebre* ⁴², di colui che, agendo de *vitibus succisis*, perdette la causa (*responsum est eum rem perdidisse*) per aver nominato le viti e non gli alberi, *quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio* ⁴³ *competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur*.

E dunque evidente che la questione risale a quella procedura « grave e odiosa » la quale, come scrive il Bonfante ⁴⁴, « doveva cedere di necessità davanti all'incremento della potenza e dell'atti-

logue quoique implicite la relation existant dans le texte de Javolenus entre le *ius civile* où la *definitio* était dangereuse, et le *iudicium* prononcé sur la base de cette définition. *In iure civili* viserait toutefois, par *in iure*, le stade antérieur au *iudicium* et par *civili*, comme dans Gaius la prétention du demandeur trouvant son fondement dans une des *legis actiones*.

8. Gaius ³⁹ le rappelle, et nous apprend qu'elles devaient correspondre aux paroles des lois elles-mêmes (*ipsarum legum verbis accomodatae*). Les actions auxquelles recouraient les anciens (*quae in usu veteres habuerunt*) étaient donc immuables et devaient être observées au même titre que les lois (*et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*). Mais avec toutes ces *legis actiones*, ajoute-t-il ⁴⁰, *paulatim in odium venerunt, namque, ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt* ⁴¹ on en arriva à faire perdre le procès à celui qui, dans leur emploi, *minimum errasset*.

Le juriste de l'époque des Antonins rappelle l'exemple qualifié de *célèbre* ⁴² de ce plaideur qui, demandeur au sujet de *vitibus succisis*, perdit son procès (*responsum est* ⁴¹ *eum rem perdidisse*) pour avoir nommé les vignes et non les arbres, *quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio* ⁴³ *competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur*.

Il est donc bien évident que la question remonte à cette procédure « grave et odiosa », qui, ainsi que l'a écrit Bonfante ⁴⁴ « devait céder nécessairement devant le développement de la puissance et de l'activité

vità dello Stato » da lui datate con l'anno 367 avanti Cristo, secondo la tradizione romana.

9. Si spiega così come anche Giavoleno dovesse considerare *ius antiquum* il precetto da lui tramandato ; e si determina precisamente come perchè e quando la *definitio in iure* fosse *periculosa*. E più chiaro, se occorre, dal concetto del giurista diventa, quando le sue parole si pongano a raffronto — oltre che con quelle di Gaio — con le altre di Quintiliano ⁴⁵ :

nam est etiam periculosum cum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur.

Chi non sente nel *periculosum* il *periculose*, nell'*uno verbo* e nel *minimum* la *definitio* ? E chi, dopo ciò, oserà ripetere che i Romani avesser coscienza della falsità delle loro *definitiones*, se queste riguardavano quelle *actiones* che *paulatim in odium venerunt* come dice Gaio ?

Idque faciendum — continua Quintiliano — *in libris Ciceronis de oratore vetat M. Antonius*. E spiega come *rarissima* tra gli oratori fosse da allora divenuta *illa ex consuetudine philosophorum ducta servitus (est enim certe servitus) ad certa se verba adstringendi*.

10. L'essere astretti all'uso di determinate parole derivava dunque da quella *praepotens... et gloriosa philosophia*, contenuta, come Cicerone ⁴⁶ diceva, nella legge delle XII Tavole : da essa la *consuetudo philosophorum* della quale parlava Quintiliano ; e, per essa il

de l'Etat », et qu'il date de l'an 367 avant J.-C., selon la tradition romaine.

9. C'est ainsi que l'on explique que Javolenus lui-même devait considérer comme *ius antiquum* le précepte par lui transmis ; et on détermine avec précision quand, pourquoi et comment la *definitio in iure* devint *periculosa*.

Et on rendrait encore plus claire (s'il le fallait), cette conception du jurisconsulte en comparant son texte, non seulement à celui de Gaius, mais aussi à celui de Quintilien ⁴⁵.

nam est etiam periculosum cum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur.

Qui donc n'aperçoit pas dans le *periculosum* le *periculose*, dans *uno verbo* et dans *minimum* la *definitio* ? Et qui donc après cela osera répéter que les Romains avaient conscience de la fausseté de leurs *definitiones*, alors que celles-ci concernaient celles des *actiones* qui *paulatim in odium venerunt* comme le dit Gaius

Idque faciendum, continue Quintilien, *in libris Ciceronis de oratore vetat M. Antonius*. Et il explique comment le mot *rarissima* devint dans la suite parmi les orateurs *illa ex consuetudine philosophorum ducta servitus (est enim certe servitus) ad certa se verba adstringendi*.

10. L'observation stricte de formes déterminées provenait donc de la *praepotens... et gloriosa philosophia* exprimée, comme disait Cicéron ⁴⁶, dans la loi des XII Tables : de cette loi dérive la *consuetudo philosophorum* dont parle Quintilien ; et pour elle *Periculum* dans *omnis definitio*

Periculum in omnis definitio in iure civili, ben diversa da quelle *regulae iuris* furono dapprima principi desunti dalle leggi e dai casi giuridici ⁴⁷ per diventar poi raccolte sistematiche in opere teoriche dei giuristi romani e quindi norme che da essi desunte dal diritto antico sarebbero state tramandate nelle scuole orientali e passate nelle Pandette ⁴⁸.

11. Ma qual'era presumibilmente la *legis actio* alla quale la *definitio* si riferiva ?

Quella — mi par lecito rispondere — della quale Gaio ⁴⁹ avrebbe scritto : *sacramenti actio generalis erat : de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur ; eaque actio periculosa erat... atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae*.

Ma non perciò potrebbe sicuramente affermarsi che la *definitio* fosse nelle *legis actio sacramento*, ciò che l'*intentio* sarebbe stata nel procedimento formulare : *pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* ⁵⁰.

Un tal desiderio con la nuova procedura era espresso nella *formula* : nell'antica doveva essere manifestato direttamente al giudice investito della *causae cognitio*.

12. « *Deinde* » continua Gaio ⁵¹ a proposito dell'*actio sacramenti* — « *cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quae*

in iure civili, est bien différent de ces *regulae iuris* qui furent de prime abord des principes déduits des textes législatifs et d'espèces juridiques ⁴⁷, pour devenir dans la suite des récoltes systématiques contenues dans les œuvres théoriques des juristes romains ; par conséquent des normes qui, déduites du droit ancien, se sont transmises dans les écoles orientales et ont été insérées dans les *Pandectes* ⁴⁸.

11. Mais quelle était vraisemblablement la *legis actio* à laquelle se référerait la *définitio* ?

Il me semble conforme à la vérité de dire que c'est celle au sujet de laquelle Gaius ⁴⁹ aurait écrit : *sacramenti actio generalis erat : de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur ; eaque actio periculosa erat... atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae*.

Mais on ne pourrait certifier que la *definitio* fut dans la *legis actio sacramento* ce que l'*intentio* aurait été dans la procédure formulare : *pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* ⁵⁰.

Pareil désir dans la nouvelle procédure était exprimé dans la *formule* : primitivement il devait être manifesté directement au juge investi de la *causae cognitio*.

12. *Deinde*, continue Gaius ⁵¹, au sujet de l'*actio sacramenti*, *cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae*

dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio » corrispondentemente a ciò che si legge nello Pseudo-Asconio ⁵² *antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant :: quod ipsum dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio* e che si suole giustamente riferire all' *ante meridiem causam coiciunto* secondo si sarebbe letto nella legge delle XII Tavole ⁵³ e alla *lex Pinaria*, da Gaio ⁵⁴ ricordata, di data incerta ma antichissima.

Le parole di Gaio e un tal riferimento illuminano, se non in'inganno, quelle che si sogliono omettere, a simiglianza dei Basilici e dell'*Hexabiblos* ⁵⁵, dal frammento di Paolo ⁵⁶; ove, dopo l'avvertimento

non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat ⁵⁷,

e prima della constatazione

quae simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum,

si legge

per regulam igitur brevis rerum narratio traditur et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio ⁵⁸ *est.*

E dunque la *quasi causae coniectio*, ut ait Sabinus in Paolo quella che in Gaio era *quae dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio*, e che da Giavoleno era stata chiamata *Omnis definitio in iure civili*.

13. Se erroneo è lo scambio tra *regula iuris* e *definitio in iure* equivoco è il paragone fra la *brevis rerum narratio* e la *causae coniec-*

coniectio, quasi causae suae in breve coactio,
correspondant au texte du Pseudo Asconius ⁵².

antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant : quod ipsum dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio

qu'on compare justement à

ante meridiem causam coiciunto ;

qu'on aurait lu dans la loi des XII Tables ⁵³ et dans la *lex Pinaria* rappelée par Gaïus ⁵⁴ — loi dont la date est incertaine, mais certainement très ancienne.

Le texte de Gaïus sur ce point éclaire si je ne me trompe les mots qu'on omet d'ordinaire à la suite des *Basiliques* et de l'*Hexabiblos* ⁵⁵, dans le fragment de Paul ⁵⁶ où après cet avertissement

non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat ⁵⁷

et avant cette constatation

quae simul eum in aliquo vitiata est perdit officium suum,

on lit :

per regulam igitur brevis rerum narratio traditur et, ut ait, Sabinus, quasi causae coniectio est ⁵⁸.

Ce sont donc ces mots de Paul : *quasi causae coniectio ut ait Sabinus* qui dans le texte de Gaïus étaient *quae dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio*, et que Javolenus avait écrits *Omnis definitio in iure civili*.

13. Si l'identification entre *regula iuris* et *definitio in iure* est erronée, par contre est équivoque celle que l'on fait entre *brevis rerum*

tio, che importava, secondo l'insegnamento di Gaio, *quasi per indicem rem exponere*. Ma, se da tale equivoco (onde alla giudiziale esposizione della causa Sabino aveva paragonato la *brevis narratio rerum* dei giureconsulti e Paolo nel *breviter enarrare* indicava l'essenza della *regula iuris*) nacque quell'errore nel quale il *periculum*, che si correva in giudizio della procedura delle *legis actiones*, si ravvisò nelle *regulae iuris*, non è perciò lecito confondere ancora il testo di Giavoleno, che alla *causae coniectio* si riferiva, con quello di Paolo che dalle parole di Sabino, pur ad essa relative, traeva la definizione della *regula iuris* ⁵⁹.

Una tale confusione può essere spiegata in chi con Cassiodoro ⁶⁰ ritenga che *definitio legalis est, cum vis verbi quasi definitiva constitutione, in qua posita sit, quaeritur* e conseguentemente nei compilatori giustinianeî che nella singola *regula iuris* vedevano una speciale *definitiva constitutio* e in ciascuna *definitio* la particolare *vis* della parola ivi illustrata : non già nei giureconsulti romani. Da essi Rodolfo Jhering ⁶¹ scriveva essere stata *souvent faite* l'*observation* da lui così formulata : « tout droit, même le plus parfait relativement, nous offre des exemples de formules fausses ⁶², c'est-à-dire d'erreurs résidant non dans les dispositions elles-mêmes, mais dans leur expression : preuve de la haute difficulté de l'opération dont il s'agit ici ». Ma ciò non dice il testo di Giavoleno, ove si abbia presente la differenza, che spero aver dimostrata, esistente tra le *regulae iuris* e la *definitio in iure civili*.

narratio et la *causae coniectio* qui consistait, d'après ce qu'enseigne Gaius, *quasi per indicem rem exponere*. Mais s'il faut voir dans cette équivoque (d'où est sortie l'identification chez Sabinus de l'exposition judiciaire de la cause avec la *brevis narratio rerum* des jurisconsultes et qui amène Paul à indiquer le *breviter enarrare* comme l'essence de la *regula juris*) d'où est venue l'erreur de transporter aux *regulae juris* le *periculum* que faisait naître dans la procédure *in jure* la procédure des actions de la loi, il n'est plus permis de confondre encore le texte de Javolenus, — qui se réfère à la *causae coniectio* — avec celui de Paul, qui, des mots de Sabinus au sujet de cette *causae coniectio*, tire la définition de la *regula juris* ⁵⁹.

Cette confusion peut s'expliquer chez ceux qui, comme Cassiodore ⁶⁰ estiment que *definitio legalis est, cum vis verbi quasi definitiva constitutione, in qua posita sit quaeritur*, et aussi par conséquent chez les rédacteurs des compilations de Justinien qui voyaient dans la *regula iuris* une *definitiva constitutio* particulière et dans chaque *definitio* la *vis* d'une nature spéciale de la parole y illustrée : mais elle ne peut être trouvée chez les jurisconsultes romains.

Au sujet de ces derniers, Rudolf von Jhering ⁶¹, écrivait qu'on avait *souvent fait l'observation* qu'il avait lui-même formulée en ces termes : « tout droit, même le plus parfait relativement, nous offre des exemples de formules fausses ⁶², c'est-à-dire d'erreurs résidant non dans les dispositions elles-mêmes, mais dans leur expression : preuve de la haute difficulté de l'opération dont il s'agit ici. »

Mais ce n'est pas cela que Javolenus dit dans son texte, et l'on doit

avoir toujours présente à l'esprit la différence dont nous espérons avoir démontré l'existence entre *regulae iuris* et la *definitio in iure civili*.

¹ V. n. 25 e n. ultima. E cf. BIAGIO BRUGI, *Le « regulae iuris » dei giureconsulti romani* negli *Studi filosofico-giuridici* dedicati a Giorgio Del Vecchio, Modena, 1930, vol. I, pp. 38-42.

² L'*Aloandrina* e la *Vulgata* hanno « possit » in luogo di « posset » ; e grammaticalmente la lezione sarebbe e sembrerebbe più corretta. Ma nonostante il diverso avviso di taluni editori — come i Kriegelii — è preferibile la *Florentina* dacchè l'imperfetto denota precisamente che alla *regula* convien dare un senso storico.

³ Nel libro undecimo *epistolarum* : fr. 131 nella *Palingenesia* del LENEL.

⁴ Nella *Enciclopedia giuridica italiana* a questa voce.

⁵ *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, pp. 69-70.

⁶ Dal libro decimosesto *ad Plautium* : fr. 1.230 nella *Palingenesia* del LENEL, il quale nota : « *quo haec spectant ignoro* » e riproduce al fr. 227 di Sabino la parte del testo che Paolo trasse direttamente, da Plauzio stesso, fra i cui fr. ne manca sin la menzione : così anche il FERRINI, *Opere*, vol. 2, Milano, 1929, p. 23 ; mentre G. GOTOFREDO, *Opera minora*, Lugd. Batav., 1733 c. 725, dividendo in due parti il fr. di Paolo, attribuiva a Plauzio le parole sino a *regula fiat*.

⁷ « Ut » tra parentesi è inserzione del SAVIGNY, *l. c.*, E pel sospetto di una interpolazione cf. BRUGI, *op. cit.*, p. 41, il quale « non nasconde che le parole non ex regula — regula fiat spezzano, almeno apparentemente, il filo del pensiero » ; ma « in mancanza di altri sicuri indizi » lo esclude, notando che « quell'inciso, diciamolo così, ci dà ciò che manca nel passo di Giavoleno e fa che Paole ci offra un pratico ammonimento. »

⁸ V. n. 49.

⁹ *Bas* 2, 3, 202 HEIMBACH, vol. I, pp. 65 e 78.

¹⁰ *Lipsiae*, 1851, ed. HEIMBACH, pp. 781 e 785, n. 1 e 35.

¹ V. n. 25 et n. dernière. Et cf. Biagio BRUGI, la « *regula iuris* » des *jurisconsultes romains* dans les *Etudes philosophiques juridiques dédiées à Georges Del Vecchio*, Modena, 1930, vol. I, pp. 38-42.

² L'*Aloandrina* et la *Vulgata* ont « possit » au lieu de « posset » et grammaticalement la leçon serait et semblerait plus correcte. Mais, nonobstant l'avis différent de certains éditeurs, comme Kriegel, la *Florentine* est préférable parce que l'imparfait dénote précisément qu'à la *regula* il convient de donner un sens historique.

³ Dans les livres 11^e *épistolarum* fr. 131 dans la *Palingenesia* de Lenel.

⁴ Dans l'*Encyclopédie juridique italienne* à ce mot.

⁵ *Système du droit romain actuel*. Vol. I, pp. 69-70.

⁶ Du livre 16^e *ad Plautium* : fr. 1230 dans la *Palingenesia* de Lenel lequel note : « *quo haec spectant ignoro* » et reproduit au fr. 227 de Sabinus la partie du texte que Paul déduisit directement du même Plautius dont le fr. n'en fait nullement mention : ainsi même FERRINI, *Opere*, vol. 2, Milano, 1929, p. 23, quand GOTOFREDO, *Opera minora*, Lugd. Batav., 1733, c., divisant en deux parties le fr. de Paul, attribuait la parole à Plautius jusqu'à *regula fiat*.

⁷ « Ut » entre parenthèses est une insertion de SAVIGNY, *loc. cit.* Et pour le soupçon d'interpolation cf. BRUGI, *op. cit.*, p. 41 lequel ne cache pas que les mots de « non ex regula — regula fiat », coupent au moins apparemment le fil de la pensée, mais faute d'autres indices plus sûrs, il exclut l'interpolation en notant que le passage incisé nous donne ce qui manque dans le passage de Javolenus et fait que Paul nous offre une admonition pratique.

⁸ V. n. 49.

⁹ *Bas*, 2, 3, 202, HEIMBACH, vol. I, pp. 65 et 78.

¹⁰ *Lipsiae*, 1851, éd. HEIMBACH, pp. 781 et 875, n. 1 et 35.

¹¹ « *Regula est concisa rei narratio et connexio ; quae, simul ac circa aliquid delinquit, non significat subiectam materiam, Regula autem ex legibus, non lex e regula sumitur.* »

¹² « *Omnis regula iuris imbecillis (FABROT : fragilis) est : facile enim subvertitur.* »

¹³ « *Regula generalis est: omnis qui pecuniam credidit, suum recipiat. Verum alia lex ait : qui filio familias pecuniam credit, eam perdit, et haec illam subvertit.* »

¹⁴ *Inst. orat. 2, 13, 14.*

¹⁵ *V. n. 2.*

¹⁶ *Emendationum lib. 3 cap. 9 in OTT., Thesaur., vol. 4, c. 1526.*

¹⁷ *V. n. 10.*

¹⁸ *Digestum novum, Lugduni, 1575 c. 1740.*

¹⁹ Non così è inteso però il testo nella Glossa. ova si legge : « *est oratio substantiam cuiusque rei significans secundum Boëtium, sed hic dicitur plurium rerum breviter sive summatim sub regula facta traditio. Huius modi autem definitiones sunt periculosae, quia patiuntur exceptionem et verecundiam plerumque faciunt alleganti regulam...* »

²⁰ Cf. STELLA MARANCA, *Il diritto romano e l'opera di Virgilio*, Milano 1930, pp. 17-8 ; *Intorno alla regola « interpretatio contra stipulatorem »*, Bari 1930, pp. 54 e seguenti.

²¹ Cf. per tutti SCHANZ, *Geschichte der Römischen Litteratur*, Monaco 1907, vol. 1, p. 338.

²² Si ripete generalmente che essi, detti anche "Ὁρῶν contenessero « non solo definizioni ma altresì regole di diritto e interpretazioni di vocaboli legali » e fossero perciò « modello delle posteriori *definitiones* o *regulae* », Mucio essendo stato « anche per i giureconsulti posteriore la fonte principale della più antica giurisprudenza ». Così il BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano 1923, vol. 1°, pp. 372-3 ; e analogamente il DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Roma, 1929, vol. 2°, p. 195, sostiene che l'opera muciana conteneva « non soltanto definizioni, ma anche regole giuridiche, spiegazioni di termini legali e tentativi di determinazione di principi giuridici », pur indicando (pp. 201, n. 83) che

¹¹ *Regula est concisa rei narratio et connexio : quae, simul ac circa aliquid delinquit, non significat subiectam materiam. Regula autem ex legibus, non lex e regula sumitur.*

¹² *Omnis regula iuris imbecillis (Fabrot : fragilis) est : facile enim subvertitur.*

¹³ *Regula generalis est: omnis qui pecuniam credidit, suum recipiat. Verum alia lex ait qui filio familias pecuniam credit, eam perdit et haec illam subvertit.*

¹⁴ *Inst : orat 2, 13, 14.*

¹⁵ *V. n. 2.*

¹⁶ *Emendationum lib. 3 cap. 9 in OTT, Thesaur., vol. 4, c. 1526.*

¹⁷ *V. n. 10.*

¹⁸ *Digestum novum, Lugduni, 1575 c. 1740.*

¹⁹ Tout autre est le sens du texte de la Glose où on peut lire : *est oratio substantiam cuiusque rei significans secundum Boëtium sed hic dicitur plurium rerum breviter sive summatim sub regula facta traditio. Huius modi autem definitiones sunt periculosae quia patiuntur exceptionem et verecundiam plerumque faciunt alleganti regulam...*

²⁰ Cf. Stella MARANCA, *Il diritto romano e l'opera di Virgilio*, Milano, 1930, pp. 17-18 : *Intorno alla regola « interpretatio contra stipulatorem »*, Bari, 1930, nn. 54 et suiv.

²¹ Cf. pour tous SCHANZ, *Geschichte der Römischen Litteratur*, Munich, 1907, vol. I, p. 338.

²² On répète généralement que les écrits dits "Ὁρῶν, contenaient « non seulement des définitions mais également des règles de droit et des interprétations de vocables légaux » et furent pour cela « un modèle pour les postérieures *definitiones* ou *regulae* », Mucius ayant été pour les jurisconsultes postérieurs la source principale de la plus ancienne jurisprudence. Ainsi BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1923, vol. I, pp. 372-373 et d'une façon analogue DE FRANCISCI, *Histoire du droit romain*, Rome, 1929, vol. 2, p. 1925 qui soutient que l'œuvre de Mucius contenait non seulement des définitions, mais également des règles juridiques, des explications de termes légaux, et des essais de détermination

quattro frammenti soltanto ne son tramandati nelle Pandette : (41.1) 64 ; (43.20) 8 ; (50.16) 241 ; (50.17) 73.

²³ Cf. E. COSTA, *Papiniano*, Bologna, 1894, vol. 1, pp. 228-234 : « alla singolarità del titolo non corrisponde : ... in genere anche singolarità negli intenti..., che invece intenti analoghi sono a ravvisarsi nelle varie raccolte di *libri regularum* a noi note... ; di fronte ad esse, singolarità delle *definitiones* papiniane, può designarsi, entro dati limiti..., la complessa varietà del contenuto... ; quale fosse poi l'estensione, quale l'ordine di quest'opera delle *definitiones*, appunto la scarsità dei frammenti, che ne rimangono, c'impedisce di rilevarlo. » Per la raccolta delle *definitiones* di Papiniano cf. LENEL, *Palingenesia* fr. 29-62.

²⁴ Nella *Palingenesia* cit. : fr. 65-71.

²⁵ Ivi fr. 372-377.

²⁶ Ivi fr. 483-485.

²⁷ Ivi fr. 195-212.

²⁸ Ivi fr. 219-286.

²⁹ Ivi fr. 1425-1443.

³⁰ Ivi fr. 2362-2386.

³¹ Ivi fr. 173-280.

³² V. N. 1 e N. ultima.

³³ « *Ius antiquum* » in fondo è tutto il Digesto : « *in libros quinquaginta digestorum seu pandectarum... omne ius antiquum collocatum est* » si legge nella costituzione *Imperatoriam maiestatem* § 4 ; or perchè designare con tale speciale indicazione il *ius* riprodotto nelle *regulae* contenute nell'ultimo titolo delle Pandette ?

³⁴ Nella *Storia* cit., vol. 2, p. 140.

³⁵ 4.13 *De exceptionibus* pr.

³⁶ Così nell'edizione curata dal Krueger ; ma in altre, secondo altro codice, si legge « *actio* ».

³⁷ 4.116.

³⁸ 4.11 : ... « *legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus*

de principes juridiques, tout en indiquant (p. 201, n. 83) que quatre fragments seulement en ont été transmis dans les Pandectes (41.1) 64 ; (43.20) 8 ; (50.16) 41 ; (50.17) 73.

²³ Cf. Et. COSTA, *Papiniano*, Bologna, 1894, vol. I, pp. 228-234 : ... Quant à ce qui constitue l'originalité ou singularité des *définitiones* de Papinien, on peut, dans une certaine mesure, indiquer la variété complexe de leur contenu. Mais quels ont été l'étendue et l'ordre de cet ouvrage des *définitiones*, la rareté des fragments qui nous en sont parvenus ne permet pas de le déterminer. Pour le recueil des *définitiones* de Papinien, voir LENEL, *Palingenesia*, fr. 29-62.

²⁴ Dans la *Palingenesia* cit., fr. 65-71.

²⁵ *Ibid.*, fr. 372-377.

²⁶ *Ibid.*, fr. 483-485.

²⁷ *Ibid.*, fr. 195-212.

²⁸ *Ibid.*, fr. 219-286.

²⁹ *Ibid.*, fr. 1425-1443.

³⁰ *Ibid.*, fr. 2362-2386.

³¹ *Ibid.*, fr. 1-17.

³² *Ibid.*, fr. 173-280.

³³ V. N. I et N. dernière.

³⁴ *Ius Antiquum*, au fond, c'est tout le Digeste. : *in libros quinquaginta digestorum seu pandectarum... omne ius antiquum collocatum est*, lit-on dans la constitution *Imperatoriam maiestatem* 4 ; or pourquoi désigner avec une telle indication spéciale, le *ius* reproduit dans les *regulae* contenues dans le dernier titre des Pandectes ?

³⁵ Dans l'*Histoire* citée, vol. 2, p. 140.

³⁶ 4, 13, *De exceptionibus* pr.

³⁷ Ainsi dans l'édition de Krueger ; mais en d'autres éditions et selon un autre codex on lit « *actio* »

³⁸ 4, 116.

³⁹ 4, 11 : ... *legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant,*

proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum... »

³⁹ 4.30 : « *Sed istae omnes...* »

⁴⁰ *Ibid.* : « *eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.* »

⁴¹ Così, fra gli altri, il BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1925, p. 117, n. 1 ; e cf. *Storia cit.*, vol. 1, pp. 202 e 204, ad illustrazione della Tavola VIII, n. 12. Cf. anche BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui* (7^a ed.), Tubinga 1909, p. 31, n. 11, ove in nota il testo di Gaio è tra i tre frammenti di Paolo, *ad Sab. in Dig.* (47.7) 1 *ad ed. in Dig.* (12.2), 28,6 e *ad Sab. in Dig.* (47.7), 5 pr.

A me pare di dover inoltre indicare due testi di Ulpiano, che non figurano, come moltissimi altri, nelle raccolte della *leges geminatae* : uno è al libro 42 *ad Sab. in Dig.* (47.7) 3 pr.

vitem arboris appellatione contineri plerique veteres existimaverunt e l'altro al libro 71 *ad ed. in Dig.* (43.27) 1-3 :

arboris appellatione etiam vites continentur.

E, se quì non è il caso di spiegare come e perchè Ulpiano et Paolo insistono su tale questione, può sembrare inopportuno anche rilevare la necessità di un più accurato esame dei *loca parallela* ; sulla quale peraltro ho in più scritti richiamata l'attenzione degli studiosi ricordando, com'essa fosse già indicata dal Keller, dal Brinz, dal Windscheid, dallo Scialoja e dal Fadda (cf. la traduzione italiana del *Diritto delle Pandette* del WINDSCHEID, Torino, 1902, vol. 1, parte 1, p. 12, n. 4 e p. 43, n. f.).

⁴² Non posso, come forse dovrei, dichiarare il particolar valore di questo « *responsum est* » usato da Gaio ; ma ciò mi condurrebbe a troppo lunga digressione.

⁴³ V. n. 29.

⁴⁴ Nelle *Istituzioni*, cit. p. cit. (v. n. 32).

quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum...

⁴⁰ 4, 30 : *Sed istae omnes...*

⁴¹ *Ibid.* : *eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.*

⁴² Ainsi entre autres, BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1925, p. 117, n. 1 et cf. *Histoire cit.*, vol. I, pp. 202 et 204 pour l'illustration de la table VIII, n. 12, cf. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui* (7^e éd.), Tubingen, 1909, p. 1, n. 11 où il note que le texte de Gaius fait partie des trois fragments de PAUL, *ad Sab.* dans le Dig. (47, 7), *ad edictum* dans le Dig. (12, 2), 28, 6 et *ad Sab.* dans le Dig. (47, 7), 5 pr.

Il me semble devoir indiquer en outre deux textes d'Ulpien, qui ne figurent pas, comme beaucoup d'autres, dans le recueil des *leges geminatae* : un est au livre 42 *ad Sab. in Dig.*, (47 7), 3 pr. : *Vitem arboris appellatione contineri plerique veteres existimaverunt* ; et l'autre au livre 71, *ad edictum* dans le Dig. (43, 27), 1-3 : *arboris appellatione etiam vites continentur.*

Et si, ici, ce n'est pas le cas d'expliquer comment et pourquoi Ulpien et Paul insistent sur une telle question, il peut paraître inopportun même de relever la nécessité d'un examen plus attentif des *loca parallela* sur laquelle j'ai déjà attiré l'attention des savants, dans plusieurs de mes écrits, en rappelant, comme elle fut déjà indiquée par Keller, par Brinz, par Windscheid, par Scialoja et par Fadda (cf. la traduction italienne du *Diritto delle Pandette* de Windscheid, Turin, 1902, vol. I, part. I, p. 12 n. 4 et p. 43, n. 5).

⁴³ Je ne puis, comme je devrais, déclarer la valeur particulière de ce *responsum est* employé par Gaius, mais ceci me conduirait à une digression trop longue.

⁴⁴ Voir note 29.

⁴⁵ Dans les *Istituzioni cit.*, p. cit. (voir n. 32).

⁴⁵ *Inst. orat.*, 7, 3, 16, 17.

⁴⁶ *Nel de orat.*, 1, 43, 44, 193, 195.

⁴⁷ Cf. DE FRANCISCI, *Storia cit.*, vol. 2, pp. 194-5.

⁴⁸ 4, 13.

⁴⁹ Così GAIO stesso 4, 41.

⁵⁰ *Ivi* 4, 15.

⁵¹ *In Act.* 2, 1, 26 (ed. STANGL, vol. 2, p. 231).

⁵² Cf. le *Fontes*, già citate del BRUNS, vol. I, p. 19, vol. 2, p. 71 ; VOIGT, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, vol. I, pp. 522, 669 e 696 ; WENGER, *Institutionen des Röm. Zivilprozessrechts*, München, 1925, p. 189, n. 9.

⁵⁴ *L. c.*, 4, 15 : cf. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, p. 472. Per il riferimento al *sacramentum*, anzi che all' *actio per iudicis arbitrive postulationem* *ivi* affermato, cf. EISELE, *Beiträge*, Freiburg, 1896, pp. 217-224 e per la data E. PAIS, *Ricerche*, Roma, 1915, p. 199, n. 1 ; cui « pare che la legge debba giudicarsi posteriore anzi che anteriore alle XII Tavole, come crede il MOMMSEN, *Röm. Chronologie*, 2^a ed., p. 252, n. 46. »

⁵⁵ V. n. 9 ; 10 e 11.

⁵⁶ V. n. 6.

⁵⁷ V. n. 8.

⁵⁸ Sembra al BRUGI, *op. cit.*, p. 41 che « il richiamo a Sabino mostri « come antica fosse la tendenza a determinare il carattere di una buona regola. Il paragone di questa » — soggiunge — « con la *causae coniectio* è degno di nota : la Glossa leggeva *causae coniunctio*, invece di *causae coniectio*, spiegando, non senza acume, che nella regola si congiungono più casi sottoposti ad un unico principio o motivo di decidere. Ma è evidente » — prosegue — « che Sabino pensava alla *causae coniectio* o riassunto fedele della lite : se fedele non è, perde il proprio scopo. Così » — conchiude — « se la regola non espone la sottoposta materia, dirò coi Basilici » (v. n. 9) « è difettosa ».

⁵⁹ Cf. R. LEONHARD, *Regula iuris in Paulys Real-Encycl.*, Stuttgart

⁴⁶ *Inst. orat.*, 7, 3, 16, 17.

⁴⁷ Dans le *De Orat.*, I, 43, 44, 193, 195.

⁴⁸ Cf. DE FRANCISCI, *Storia cit.*, vol. II, pp. 194-195.

⁴⁹ 4, 13.

⁵⁰ Ainsi, même Gaius, 4, 11.

⁵¹ Voir 4, 15.

⁵² Dans *act.* 2, 1, 26 (éd. Stangl., vol. II, p. 231).

⁵³ Cf. les *Fontes* déjà citées de BRUNS, vol. I, p. 19 ; vol. II, p. 71 ; VOIGT, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, vol. I, pp. 522, 669 et 696 ; WENGER, *Institutionen des Röm. Zivilprozessrechts*, München, 1925, p. 189, n. 9.

⁵⁴ *Loc. cit.*, 4, 15 ; cf. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milan, 1912, p. 472.

Pour la référence au *sacramentum* plutôt qu'à l'*actio per iudicis arbitrive postulationem*, cf. EISELE, *Beiträge*, Freiburg, 1896, pp. 217-224, et pour la date E. PAIS, *Ricerche*, Rome, 1915, p. 199, n. 1, d'où « il paraît que la loi doit être jugée postérieure et non antérieure aux XII tables, comme le croit MOMMSEN, *Röm. Chronologie*, 2^e éd., p. 252, n° 46. »

⁵⁵ V. n. 9, 10 et 11.

⁵⁶ V. n. 6.

⁵⁷ V. n. 8.

⁵⁸ Il semble à BRUGI, *op. cit.*, p. 41 que « le rappel à Sabinus démontre comme elle fut ancienne, la tendance à déterminer le caractère d'une bonne règle. La comparaison de cette dernière, ajoute-t-il, avec la *causae coniectio* est digne d'être notée : la Glossa lisait *causae coniunctio*, au lieu de *causae coniectio*, en en expliquant, non sans originalité, que dans les *regulae*, on assemble plusieurs cas, tous soumis à un unique principe ou motif de décision. Mais il est évident, poursuit-il, que Sabinus pensait à la *causae coniectio*, ou résumé fidèle du litige qui, s'il n'est pas fidèle, perd son propre but. Et ainsi, conclut-il, la *regula* n'expose pas la matière soumise, je dirai avec les Basiliques (voir n. 29), qui est défectueuse ».

⁵⁹ Cf. R. LEONHARD, *Regula iuris*, dans PAULY *Real Encycl.*, où l'absence de citation

1920 ; ove è notevole e lodevole la mancanza di citazione del testo di Giavoleno : quello di Paolo è riferito, come dal Savigny (v. n. 7) con l'inserzione dei due « *ut* » e limitatamente a « *regula fiat* ». Il LEONHARD accenna alla *regula Catoniana* ed indica i fr. 128, 7, 144, 185 e 147 del titolo *de diversis regulis iuris antiqui*. Nè su quella, nè su questo possiamo trattenerci e ancor meno sulle opere dei giuristi intitolati « *libri regularum* ». Ma ci pare utile citare i fr., ove i giureconsulti medesimi parlano nelle Pandette di *regulae*, di *regulae iuris*, di *regulae iuris civilis* :

Giuliano 27 Dig. (1, 3) 15 : *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.*

29 (28, 2) 13 pr. : *suptili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum.*

13, 1 : *Regula est iuris civilis qua constitutum est hereditatem adimi non posse.*

34 (30) 86, 2 : *si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur : si non reppulerit ex die aditae hereditatis eius intellegitur : secundum hanc regulam...*

36 (36, 2) 17 pr. : *impedimento non est regula iuris quo minus manumisso legatum debeatur.*

Nerazio 4 membr. (44,4) 11, 1 : *in universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur.*

Gaio Inst. 1, 83-85 : *animadvertere tamen debemus ne iuris gentium regulam (82 : ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur) vel lex aliqua vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit... divus Hadrianus... restituit iuris gentium regulam... divus Vespasianus... restituit iuris gentium regulam.*

2, 68 = (41, 1) 5, 5 : *talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam (talis regula comprobata est, et eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si disierint revertendi animum habere) nostra esse desierant (desinant nostra esse) et fiant occupantium.*

2, 78 : *magis enim dicitur tabulas picturae cedere... certe secundum hanc regulam...*

2, 114 = (28, 1) 4 : *requiremus an secundum iuris (civilis) regulam testatus sit, exceptis militibus.*

3, 142 = (19, 2) 2 : *locatio autem et conductio (proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis) civilibus regulis constituitur (constituit).*

du texte de Javolenus est notable et louable : celui de Paul est indiqué, comme par Savigny (v. note 7) avec l'insertion des deux « *ut* » et relativement à *regula fiat*. Leonhard parle sommairement de la *regula Catoniana* et indique les fr. 128-7, 144, 185 et 147 du titre *de diversis regulis iuris antiqui*. Nous ne pouvons nous occuper de cette règle et encore moins des œuvres des juristes, ayant comme titre *libri regularum*. Mais il nous semble utile de citer les fragments où les jurisconsultes parlent dans les Pandectes, de *regulae*, de *regulae iuris*, de *regulae iuris civilis* *.

* Suit une très longue liste de citations de passages du Digeste. Il ne serait ni utile ni opportun de la reproduire en double exemplaire. Original et traduction doivent nécessairement se confondre ici. Nous ne laissons subsister que la traduction de deux phrases italiennes insérées dans cette note pour indiquer la nature et le classement des textes latins ici groupés.

4, 112 : *est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere.*

Gaio 1 ad ed. prov. (2, 14) 28 : *contra iuris civilis regulas pacta contenta rata non habentur.*

15 (29, 1) 17, 4 : *Plerisque placet in codicillis (post militiam factis) iuris civilis regulam spectari debere.*

Pomponio 3 ad Sab. (30) 12, 2 : *regula iuris civilis est quae efficit ut quibus ipsis legare possumus eorum quoque servis legare possimus.*

Paolo Lib. sing. de iuris et facti ignorantia (22, 6) 9 : *regula est iuris quidem ignorantiam quique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

3 quaest. (22, 7) 25, 2 : *secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant vel solvisse debita contendunt haec ostendere exigit.*

54 ad ed. (41, 2) 1, 16 : *veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium adquirere, quod sit eiusdem hereditatis itaque agitur, num haec regula longius producenda sit.*

Ulpiano 13, 10 : *testamentum, quod miles contra iuris regulam fecit, ita demum valet, si vel in castris mortuus sit vel post missionem intra annum.*

4 ad ed. (2, 14) 7, 5 : *si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam (ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant).*

1 ad Sab. (26, 8) 1 : *quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen...*

b) Modestino 7 differ. (26, 5) 20, 1 : *curatorem habenti quo minus alius curator detur regula iuris non est impedimento.*

a) 2 differ. (Coll. 10, 2) 2 : *in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur : sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.*

La enumeratione di questi testi, la cui discussione debbo rinviare ad altra occasione, ha l'unico scopo di opporre all'uso di « regula » quello di « definitio » che, oltre al testo di Giavoleno posto in cima di quelli ce avrebbero il significato non solo di *explicatio verborum* ma di *praeceptum* e di *regula* nel *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* si trova nei seguenti frammenti :

Celso 6 Dig. (15, 1) 6 : *definitio peculii, quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinent, quod falsum est...*

35 Dig. (34, 7) 1 : *Catoniana regula sic definit... quae definitio in quibusdam falsa est.*

Gaio inst. 2, 94 : *loquimur... secundum definitionem quam proxime exposuimus, id est si quid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis acquiritur.*

.....

L'énumération de ces textes, dont je dois renvoyer la discussion à une autre occasion, a le but unique d'opposer à l'usage de « regula » celui de « definitio », qui, outre le texte de Javolenus, mis au commencement de ceux qui auraient la signification, non seulement de : *explicatio verborum*, mais de *praeceptum* et de *regula* dans le *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*, se trouve dans les fragments suivants :

.....

2, 235 : *poenae... nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat... et denique ex ipsa definitione multas similes species circumspicere possumus.*

Pomponio 4 *ad q. m.* (15, 2) 3 : *definitione peculii interdum utendum est etiam si servus in rerum natura esse desiit.*

5 *ad Q. M.* (34, 2) 10 : *multum enim interest, generaliter an specialiter legentur haec, nam si generaliter, veluti ita « quae uxoris causa comparata sunt » vera est illius definitio (id videtur legasse quod magis illius quam communis usus causa paratum esset).*

5 *ad Q. M.* (36, 2) 22, 1 : *quia definitio Labeonis probanda est dicentis id demum legatum ad heredem legatari transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hereditas*

Marcello *Lib. sing. respons.* (32) 69, 1 : *non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.*

Marciano 4 *regul.* (22, 1) 32 *pr.* : *mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit quod apud iudicem examinabitur : nam, ut Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio.*

Ulpiano 11 *ad ed.* (4, 3) 1, 2, 3 : *ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

29 *ad ed.* (15, 1) 9, 2 : *peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. Huic definitioni Servius adiecit...*

71 *ad ed.* (43, 24) 1, 5 : *vi factum videri Quintus Mucius scripsit si quis contra quam prohiberetur fecerit : et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio.*

a) 4 *ad Sab.* (28, 5) 4, 1 : *puto recte generaliter definiri : utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est... propter quae ad generalem definitionem recurrendum est.*

b) 25 *ad Sab.* (32) 55, 8 = (50, 16) 167 : *Sulpurata quoque de ligno aequae eandem habebunt definitionem.*

c) 44 *ad Sab.* (34, 2) 27, 3 : *Servius... existimat aurum vel argentum factum id videri, quo commode uti possumus, argentum autem fractum et collisum non incidere in eam definitionem sed infecto contineri.*

A. Carisio *lib. sing. de muneribus civilibus* (50, 4) 18, 27 : *sed et ea quae supra personalia esse diximus, si hi qui funguntur ex lege civitatis suae vel more etiam de propriis facultatibus impensas faciant vel annum exigentes desertorum praediorum damna sustineant, mixtorum definitione contenebuntur.*

« *Definitio* » nel senso di « *demonstratio, significatio* » è registrata dal GRUPE in soli due testi : Labeone 4 *post.* (19, 2) 60, 7 : *quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit...*

Ulpiano 58 *ad ed.* (42, 1) 4, 5 : *sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione iudex amplexus sit, computabitur reo et legitimum tempus et quod supra id iudex praestitit.*

Un diligente esame di questi testi potrebbe dimostrare una certa differenza, che mi limito ora ad affermare, fra « *regula* » e « *definitio* ». E non esistendo nel diritto classico quell'identità che dai testi greci risulta, fra questi due termini.

⁵⁹ *De artibus ac disciplinis liberalium letterarum*, cap. 2, n. 4, in MIGNE, *Patrologia*, vol. 70, Parigi 1865, c. 1163 e cf. al cap. 3 (*de dialectica*) c. 1173 (*de definitionibus*) quindici specie di definizioni, schematicamente riprodotte a c. 1274-5.

⁶⁰ *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. franç., 3^e éd., di O. DE MEULENAERE), vol. 1, Parigi, 1886, p. 31, n. 9 ove al testo di Giavoleno si associano quelli di Marciano e di Celso (v. n. 51) in *Dig.* (22, 1) 32 pr. e (34, 7) 1 pr. Cf. anche dello JHERING medesimo *Fondement des interdits possessoires* (2^a ed. della trad. fran. Parigi, 1882, vol. 2 degli *Etudes complémentaires*) per *Une nouvelle justification de la maxime de la L. 202 de R. I. (50, 17) : omnis definitio... subverti possit* « nel senso tradizionale che spero aver dimostrato erroneo. »

⁶¹ V. n. 1 e 25.

Un examen diligent des textes, pourrait démontrer une certaine différence, que je me limite maintenant à affirmer, entre « regula » et « definitio ». Le droit classique a ignoré l'identité que les textes grecs établissent entre ces deux termes.

⁶⁰ *De artibus ac disciplinis liberalium letterarum*, chap. 2, n. 4 (in MIGNE, *Patrologia*, vol. 70, Parigi, 1865 c. 1163) et cf. chap. 3 (*de dialectica*) c. 1173 (*de definitionibus*) quinze espèces de définitions schématiques reproduites a. c. 1274-1275.

⁶¹ *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. franç., 3^e éd. de O. DE MEULENAERE), vol. I, Paris, 1886, p. 31, n. 9 où le texte de Javolenus est associé à ceux de Marcien et de Celsus (v. n. 51) in *Dig.* (22, 1) 32 pr. e (34, 7) pr. Cf. aussi JHERING même, *Fondement des interdits possessoires* (2^e éd. de la trad. franç., Paris, 1882), vol. 2 des *études complémentaires* pour « une nouvelle justification de la maxime de la L. 202 de R. I. (50, 17): *omnis definitio... subverti possit* » dans le sens traditionnel que j'espère avoir démontré erroné.

⁶² V. n. 1 et 25.

CHAPITRE IV

L'azione d'arricchimento del progetto italo-francese sulle obbligazioni

par Mario Ricca BARBERIS.

Professore ordinario nella R. Università di Torino

Per il progetto italo-francese sulle obbligazioni (art. 73), « chi si arricchisce senza causa a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti del proprio arricchimento, ad indennizzarla di ciò di cui si è (meglio : essa sia stata) impoverita ». L'accoglimento di questo principio merita che si rievochino i risultati della sua applicazione nei due legislatori, che già l'accolsero per influenza del diritto naturale. L'azione d'arricchimento si trovava, infatti, nel diritto territoriale prussiano, là dov'esso stabiliva (I, 13, § 262) che si potesse pretendere la restituzione in natura, o la corresponsione del valore della cosa adoperata a vantaggio d'altri. A un'affermazione così generale non giunge nemmeno il codice austriaco, benché abbia avuto origine dal progetto chiamato *codex thesianus*. Questo aveva sì il capitolo XX, sugli « atti vincolativi per ragione di (pura) equità naturale », che comprendeva al § 5 la restituzione del bene altrui,

L'action d'enrichissement du projet italo-français de code des obligations

Traduction par Albert LEVER,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble

D'après le projet italien-français sur les obligations (art. 73) « quiconque s'enrichit sans cause au détriment d'une autre personne, est tenu de l'indemniser, dans la mesure de son propre enrichissement, de ce dont elle s'est (il vaudrait mieux : elle a été) appauvrie ». La réception de ce principe mérite que l'on évoque à nouveau les résultats auxquels a conduit son application auprès des deux législateurs qui déjà l'ont accueilli sous l'influence du droit naturel. L'action d'enrichissement se rencontrait en effet dans le droit territorial prussien qui décidait (I, 13, § 262) que l'on pouvait prétendre à la restitution en nature ou en valeur du bien qui avait été employé à l'avantage d'autrui. Le code autrichien ne se joint pas à une affirmation aussi générale, bien qu'il ait son origine dans le projet appelé *codex thesianus*. Celui-ci comportait un chapitre XX sur les « actes sanctionnés pour des motifs de pure équité natu-

vòlto a vantaggio di qualcuno ; e lo Zencker ¹ rilevava che, trovandosi la loro forza vincolativa nel principio *nemo locupletari debet cum alterius iactura*, sarebbe stato bene il non restringersi solo a quelli a cui la legge applicava espressamente tal principio. Ma, nei successivi progetti Horten e Martini, ogni traccia dell'affermazione del teresiano scompare ; e l'attuale codice austriaco, pur sentendo l'influenza del prussiano, accoglie il principio dell'indebito arricchimento solo per casi particolari e ben determinati. In uno però, la sua disposizione s'avvicina ancor sempre, per quanto più ristretta, a quella vaga e generica del diritto territoriale surriferito. Dispone infatti il § 1041 : « Quando, senza che sia stato assunto un altrui affare [nella traduzione per le province italiane fu aggiunto : « con mandato »], una cosa venne impiegata in vantaggio altrui, il proprietario ha diritto di domandarla in natura, o, non potendosi ciò effettuare, di esigerne il valore che aveva al tempo del fattone impiego, ancorché il vantaggio fosse in seguito svanito. »

La differenza è palese, in quanto l'azione d'arricchimento non è qui ammessa nel rapporto fra parti, ma solo in quello fra terzi, e subordinata poi a un fatto particolare, ch'è lo svolgimento d'un'attività risoltasi in un vantaggio altrui. Sorge allora questione se l'attività debba essere solo quella del gestore d'affari vero e proprio, o possa anche non venire accompagnata dall'*animus negotia aliena gerendi*. Per il Pfersche ², i §§ 1041-1042 riguardano proprio la gestione d'affari, sicché non si dovrebbe prescindere da tal *animus*. Ma, oltre al fatto che s'ha diritto al risarcimento anche se l'utile della cosa andò in seguito perduto, sta per tal autore un argomento importantissimo che egli dimentica, e cioè che, mentre l'edizione tedesca dice semplicemente *ohne Geschäftsführung*, o senza gestione (che

relle », portant dans son paragraphe 5 la restitution du bien d'autrui ayant tourné au profit de quelqu'un ; et Zencker ¹ remarquait que, puisque la force obligatoire de ces actes était rattachée au principe *nemo locupletari debet cum alterius iactura*, il eût été bon de ne pas restreindre ce principe à ceux seulement auxquels la loi l'appliquait de façon expresse. Mais, dans les projets postérieurs, Horten et Martini, toute trace de l'affirmation du *theresianus* disparaît et l'actuel code autrichien, tout en subissant l'influence du code prussien, n'accueille le principe de l'enrichissement indu que dans des cas particuliers et bien déterminés. En un cas, toutefois, ses dispositions ressemblent encore, bien qu'elles soient moins larges, aux dispositions vagues et génériques du droit territorial mentionné plus haut. Le paragraphe 1041 déclare en effet : « Lorsque, sans qu'on se soit chargé de l'affaire d'autrui [on ajoute dans la traduction pour les provinces italiennes : à la suite d'un mandat], une chose a été employée dans l'intérêt d'un tiers, le propriétaire a le droit de la réclamer en nature, ou si la restitution en nature est impossible, d'en exiger la valeur qu'elle avait à l'époque de l'emploi, alors même que le profit se serait par la suite évanoui. »

La différence est évidente : ici l'action d'enrichissement est exclue entre parties, et ne joue pas vis-à-vis des tiers, elle est de plus subordonnée à ce fait particulier qu'est la mise en œuvre d'une activité qui s'est traduite par l'enrichissement d'autrui. Et alors, se pose la question de savoir si cette activité ne doit être que celle d'un véritable gérant

potrebbe a sua volta anche essere *ohne Auftrag*, o senza mandato, come al § 336), l'edizione italiana, col suo « senza che si sia assunto un altrui affare con mandato », fa comprendere chiaramente che il legislatore volle escluder il caso del mandato, e riferirsi così alla gestione d'affari vera e propria, ossia alla gestione assunta senza di esso, ma col semplice intendimento di agire nell'interesse altrui.

Secondo il Wellspacher³, cui pure sfugge l'aggiunta specifica dell'edizione italiana, il § 1041 si riferisce invece all'attività che non sia una gestione d'affari vera e propria. Per lui, lo Zeiller, massimo compilatore del codice austriaco, avrebbe voluto regolar qui la gestione senza *animus negotia aliena gerendi*. Oppone a lui l'Ehrenzweig⁴ che di ciò non v'ha traccia nello Zeiller ; ma prescindiamone pure. Dato anche che i lavori preparatori mostrassero la disposizione collegata a un fatto purchessia, e cioè non qualificato come gestione, d'un terzo, il legislatore austriaco sarebbe già riuscito a evitar parecchi inconvenienti del prussiano : ad impedir per esempio che la sua disposizione possa esser invocata da un conduttore contro il locatore, per giustificare una cosiddetta proprietà commerciale. Ma, pur nei soli rapporti fra terzi, la disposizione è ancor sempre troppo vaga, perché, vi sia o no gestione, vi comprende accanto qualsiasi arricchimento da essa indipendente.

Ragione in pieno ha a questo proposito il Wellspacher, quando, per rendere *brauchbar*, come dice nella prefazione, e cioè utilizzabile

d'affaires, ou peut aussi ne pas être accompagnée de l'*animus negotia aliena gerendi*. Pour Pfersche, les §§ 1041-1042 sont relatifs à la gestion d'affaires proprement dite, de sorte qu'on ne doit pas faire abstraction de cet *animus*. Mais, outre que le droit à l'action subsiste même si le profit de la chose a ensuite été perdu, il est un élément important que cet auteur a oublié : alors que l'édition allemande dit simplement *ohne Geschäftsführung*, sans gestion (ce qui pourrait à son tour signifier aussi *ohne Auftrag*, sans mandat), l'édition italienne, dans la phrase « sans qu'on se soit chargé de l'affaire d'autrui à la suite d'un mandat », montre clairement que le législateur a voulu exclure l'hypothèse du mandat, et se référer ainsi à la gestion d'affaires proprement dite, c'est-à-dire à la gestion entreprise sans mandat, et avec la simple intention d'agir dans l'intérêt d'autrui.

Pour Wellspacher, à qui échappent les mots ajoutés dans l'édition italienne, le § 1041 est relatif, au contraire, à l'activité qui ne constitue pas une véritable gestion d'affaires proprement dite. D'après lui, Zeiller, le principal compilateur du code autrichien, aurait voulu réglementer ici la gestion sans *animus negotia aliena gerendi*, à quoi Ehrenzweig répond qu'on ne trouve aucune trace de ce projet dans Zeiller, mais laissons cela de côté. Etant donné que les travaux préparatoires montrent que la disposition est liée à un acte quelconque — et donc non qualifié de gestion — d'un tiers, le législateur autrichien aurait déjà réussi à éviter beaucoup d'inconvénients du système prussien : à empêcher par exemple que son texte puisse être invoqué par un locataire contre un bailleur pour justifier une propriété commerciale. Mais, même vis-à-vis des seuls tiers, la disposition est encore trop vague, parce que, qu'il y ait ou non gestion, elle englobe tout enrichissement indépendant de la gestion.

Wellspacher a pleinement raison à ce sujet, lorsque pour rendre le

il §1041, cerca di restringerlo a determinati casi ⁵, dirigendo i suoi sforzi proprio a ciò a cui condurrebbe tanto agevolmente l'aggiunta della traduzione italiana. Non importa ch'essi siano o no riusciti. Egli ⁶ dice che ci sarebbe da rallegrarsi per essersi la pratica austriaca opposta al tentativo d'applicare la vaga formula del § 1041 a tutti i casi in cui sarebbe stato possibile. Ciononostante, dottrina ⁷ e giurisprudenza ⁸ riconoscono un diritto, per esempio, a chi abbia fornito abitazione od abiti al figlio lontano dalla casa paterna ; a chi abbia tenuto in casa un ammalato, o dato al socio alcunché impiegato poi a vantaggio della società, o fornito dietro ordine d'un terzo tegoli per la ricostruzione d'una casa, o concessi ad un agente gli oggetti per gerir i negozi del padrone.

Se volessi uscire dalla dottrina austriaca, potrei aggiungere che anche per la prussiana ⁹ il medico può agire contro l'ammalato, sebbene non ne sia stato chiamato ; mentre, in virtù dello stesso divieto d'arricchimento, la nostra giurisprudenza ¹⁰ dette azione al chirurgo contro il genitore del minore operato. Ma non intendo andar oltre.

Il Wellspacher viene, comunque, ad ammettere che un arricchimento non basta di per sé a far sorgere un'azione : concetto espresso già dal Pauličet ¹¹, che fu il più vecchio scrittore di questa materia per questo codice, e che aveva aggiunto non potersi dare nel diritto austriaco un'azione general d'arricchimento, che non v'era stata neppur in quello romano.

In parecchi dei casi addotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si potrebbe agire con un'azione surrogatoria ¹² ; sicché la conces-

§ 1041 *brauchbar*, dit-il dans la préface, utilisable, il essaie de le restreindre à des cas déterminés, en dirigeant ses efforts sur ce à quoi conduiraient si facilement les mots ajoutés dans l'édition italienne. Il importe peu que ces efforts aient ou non été fructueux. Il dit qu'il faudrait se réjouir de ce que la pratique autrichienne s'est opposée à la tentative d'appliquer la formule vague du § 1041 à toutes les hypothèses où cela aurait été possible. Malgré cela, doctrine et jurisprudence reconnaissent un droit à celui qui, par exemple, a fourni un logement ou des vêtements à un fils éloigné de la maison paternelle, a logé un malade, a donné à un associé quelque objet qui a été ensuite profitable à la société, a fourni sur l'ordre d'un tiers des tuiles pour la reconstruction d'une maison, a remis à un agent les objets pour gérer les affaires du patron.

Si je voulais sortir de la doctrine autrichienne, je pourrais ajouter que, dans la doctrine prussienne également, le médecin peut agir contre le malade, bien qu'il n'ait pas été appelé, et que, s'appuyant sur la même prohibition de l'enrichissement, notre jurisprudence a donné une action au chirurgien contre le père du mineur opéré. Mais je n'entends pas aller plus avant.

Wellspacher en arrive, en quelque sorte, à admettre que l'enrichissement ne suffit pas en soi à faire naître une action : idée déjà exprimée par Pauličet, le plus ancien de ceux qui, pour ce code, ont écrit sur ce sujet, et qui avait ajouté qu'on ne pouvait pas donner en droit autrichien une action générale d'enrichissement qui n'avait pas non plus existé en droit romain.

Dans nombre des cas adoptés par la doctrine et la jurisprudence, on pourrait agir par une action subrogatoire, ce qui fait que la concession

sione dell'azione d'arricchimento non porterebbe ad alcun assurdo in pratica. Ma quando un'azione surrogatoria non sia esperibile, la concessione di quella d'arricchimento indipendentemente da una vera e propria gestione d'affari non può non portare a iniquità stridenti, presentite già dalla dottrina austriaca, ma messe soprattutto in luce da quella prussiana. Vedremo subito quali esse siano ; per ora basterà il dire che neppur il legislatore austriaco riuscì a sfuggirle, nonostante la maggior precisione.

Poiché la formula del progetto italo-francese non contiene restrizioni ed è generica come quella prussiana (fors'anche più, come vedremo), incominciamo coll'esaminarla là dove introduce un'azione per il vantaggio che da un contratto derivò ad un contraente, non ad un terzo. Azione illogica, perché se il rapporto nato dal contratto consente cio, non v'è allora bisogno d'una disposizione apposita della legge ; mentre se lo vieta, un'azione non può esser fatta valere neppure col pretésto d'una disposizione di legge, avverso all'arricchimento, ma con carattere non più che suppletivo. Ragionamento semplicissimo, ma non certo semplicistico, cui vien opposto il caso dell'incapacità. Già il Suarez, e cioè il maggior redattore del codice intitolato all'imperatore Federico o al diritto del territorio prussiano, osservava nella revisione d'un progetto che l'*actio de in rem verso* è propria soprattutto dei casi di contratto con un incapace, che rimarrà obbligato *ex versione*, non potendo esserlo per contratto. Così è pure dell'art. 1307 codice civile italiano, a dell'art. 1312 codice civile francese. Ma si tratta qui d'una ripetizione. Fuori di questo caso, l'azione

de l'action d'enrichissement ne conduirait dans la pratique à aucune absurdité. Mais, lorsqu'une action subrogatoire ne pourrait pas être intentée, l'octroi de l'action d'enrichissement, en dehors d'une véritable gestion d'affaire proprement dite, ne peut pas ne pas conduire à des iniquités criantes, que la doctrine autrichienne pressentait déjà, mais qui ont été mises en lumière surtout par la doctrine prussienne. Nous allons voir bientôt en quoi elles consistent ; pour le moment il suffira de dire que le législateur autrichien n'est même pas parvenu à les éviter malgré la plus grande précision.

Puisque la formule du projet italien-français ne contient aucune restriction, et qu'elle est générique comme la formule prussienne (davantage même, peut-être, comme nous le verrons), j'en commence l'examen par la partie qui introduit une action pour le profit qu'un contractant, et non un tiers, retire d'un contrat. C'est là une action illogique : ou bien les relations issues de ce contrat autorisent l'action, et alors il n'est pas besoin d'une disposition expresse de la loi ; ou bien, elles s'y opposent, et alors on ne peut pas faire valoir une action sous prétexte qu'il y a une disposition législative dirigée contre l'enrichissement, mais qui a un caractère simplement supplétif. Ce raisonnement est très simple, mais certes pas simpliste ; on lui a opposé le cas de l'incapable. Déjà Suarez, le principal rédacteur du code dit de Frédéric le Grand ou du droit du territoire prussien, observe, dans la révision d'un projet, que l'*actio de in rem verso* est avant tout l'action propre aux cas de contrats passés avec un incapable, qui, ne pouvant pas l'être par le contrat, demeurera obligé *e versione*. Il en est de même aussi de l'article 1307 du Code civil italien et de l'article 1312 du Code civil français. Mais il s'agit ici d'une

d'arricchimento potrebbe servire quando, ad esempio, per circostanze fortuite una cosa venduta a basso prezzo fu rivenduta poi assai cara, indipendentemente dal valore venale. Si potrebbe con essa ottenere allora al primo venditore un compenso da parte dell'ultimo.

Il divieto d'arricchimento permetterebbe così al giudice di riparare a parecchie iniquità della sorte, di cui s'ebbero notevoli esempi per la svalutazione della moneta. Ma ci si può domandare chi stringerebbe ancora contratti, se si venisse a sapere che il magistrato può sopprimere le disuguaglianze portate in essi da circostanze anche posteriori. Poiché il periodo della guerra e del dopoguerra mostrò le conseguenze del ristagno delle contrattazioni, bisogna dar oggi la maggior sicurezza possibile ai contratti, anche col sacrificio d'interessi degni del massimo rispetto. Per proteggere e favorire i commerci, il legislatore deve, quante più si moltiplicano gli affari e s'intrecciano i rapporti giuridici, rinunciare a quell'equilibrio fra i patrimoni che un'equità più rigorosa vorrebbe. Così fu fatto, ad es, con l'effetto attribuito al possesso d'una cosa mobile.

Nei rapporti coi terzi, l'indebito arricchimento, vietato pure dal legislatore austriaco, s'ha ogni qualvolta si tragga profitto da un contratto stretto fra altri. Ma se per questo fatto s'ammette, indipendentemente da una gestione, un diritto, chi imprestò una somma verrebbe autorizzato a rivolgersi, in caso d'insolvenza del mutuatario, a colui a cui questi l'avesse fatta passare perché riparasse il proprio tetto ; e a chiedere, per dar un altro esempio, al terzo che ricevette

répétition ; en dehors de ce cas, l'action d'enrichissement pourrait servir lorsque, par exemple, par suite de circonstances fortuites, une chose vendue à bas prix a été ensuite revendue assez cher, indépendamment de la valeur vénale. Elle pourrait alors faire obtenir au premier vendeur, de la part du dernier, un dédommagement.

La prohibition de l'enrichissement permettrait ainsi au juge de remédier à bon nombre de semblables injustices, dont la dévaluation de la monnaie a fourni de nombreux exemples. Mais, on peut se demander qui concluerait encore des contrats, si l'on venait à savoir que le magistrat peut faire disparaître les inégalités que des circonstances même postérieures y sont apportées. Puisqu'on voit pour la période de la guerre et de l'après-guerre, les conséquences de la stagnation des affaires, il faut donner actuellement aux contrats la plus grande sécurité possible, même en sacrifiant des intérêts dignes du plus grand respect. Pour protéger et favoriser le trafic, le législateur, à mesure que se développent les affaires, et que les rapports juridiques s'entrelacent, doit renoncer à cet équilibre entre les patrimoines qu'exigerait une équité plus rigoureuse. C'est ainsi qu'il a agi, par exemple, en attribuant l'effet que l'on sait à la possession d'un meuble.

Dans les rapports avec les tiers, il y a enrichissement indu, prohibé aussi par le législateur autrichien, toutes les fois qu'on tire profit d'un contrat passé entre d'autres personnes. Mais, si, pour cela, on admet un droit, en dehors d'une gestion, celui qui a prêté une somme serait autorisé, au cas d'insolvabilité de l'emprunteur, à se retourner contre celui à qui l'emprunteur l'aurait fait passer pour lui permettre de réparer son toit, ou à réclamer, pour donner un nouvel exemple, au tiers qui

la somma dal mutuatario l'aumento di valore delle azioni con essa acquistate. Esagerazioni inevitabili, una volta ammesso che *fundamentum actionis de in rem verso in eo latet, quod reus ex contractu tertii sit locupletior*.

Occorre, dunque, escludere l'azione d'arricchimento anche nei rapporti fra terzi. Se uno scrittore mette in luce che il diritto territoriale prussiano concede ancora l'*actio de in rem verso* nella sez. 1^a del tit. 13, parte 1^a, riguardante l'acquisto dei diritti mediante rappresentante, pur facendone una *condictio sine causa*¹³, un altro scrittore¹⁴ sostiene addirittura che tal azione spetta nel diritto territoriale prussiano solo alle parti che siano in un rapporto immediato. Quando la possibilità d'intentarla derivi dall'attività del terzo contraente, dottrina e pratica¹⁵ cercano già di restringerla quanto possono ; ma, sebbene così ristretta, la formula del codice civile austriaco venne trovata ancora *ungemein weit*, o smisuratamente ampia.

Il fatto fondamentale è suscettibile, per più, d'essere valutato in modo diverso ; sicché l'azione si potrebbe ammettere o per l'intero vantaggio raggiunto in un certo momento, e magari perduto poi, o solo per quello sussistente al momento in cui essa vien proposta. Anche a questo proposito si discute nella dottrina prussiana (dove il Koch è, contro tutti, per la prima tesi), come nella nostra; e come là il Jacobi, così qui il Rotondi han modo di dimostrare inammissibile ogni azione d'arricchimento. Le sagge, sebbene dimenticate, parole del primo sembran rivivere nello scritto del secondo. Dice l'uno¹⁶ che il nome d'azione d'arricchimento deriva dall'essersi con-

aurait reçu l'argent de l'emprunteur, l'augmentation de valeur des actions achetées avec cet argent. Ce sont des exagérations inévitables, une fois admis que *fundamentum actionis de in rem verso in eo latet, quod reus ex contractu tertii sit locupletior*.

Il convient donc aussi d'exclure l'action d'enrichissement dans les relations entre des tiers. Si un auteur publie que le droit territorial prussien, dans la section 1 du titre 13, partie 1, relative à l'acquisition des droits par un représentant, concède encore l'*actio de in rem verso*, tout en en faisant une *condictio sine causa*, un autre soutient, de façon tout à fait ferme, que cette action n'appartient, en droit territorial prussien, qu'aux parties qui sont en un rapport immédiat. Lorsque la possibilité de l'intenter découle de l'activité du tiers contractant, la doctrine et la pratique cherchent à la restreindre dans la mesure du possible, mais, bien que restreinte de la sorte, la formule du code civil autrichien est encore trouvée *ungemein weit*, démesurément ample.

Le fait qui fondera l'action est, de plus, susceptible d'être évalué de diverses façon, en sorte que l'on pourrait admettre l'action, ou bien pour la totalité du profit retiré à un moment déterminé, même s'il a depuis été perdu, ou bien seulement pour le profit qui subsiste au moment de la poursuite. A ce sujet aussi, on discute dans la doctrine prussienne (où Koch, contre tous, est pour la première thèse) comme dans la nôtre ; et là, Jacobi, ici Rotondi, ont de quoi démontrer que toute action d'enrichissement est inadmissible. Les sages paroles du premier, bien qu'elles soient oubliées, semblent revivre dans l'écrit du second. L'un déclare que le nom d'action d'enrichissement dérive d'une confusion entre l'objet et

fuso l'oggetto col motivo del diritto ; e che l'arricchimento non è titolo, ma solo misura di ciò che può esser tolto all'obligato senza ch'egli ne risenta danno. E il Rotondi ¹⁷ ripete che il nome di detta azione è dato, più che a una responsabilità per arricchimento, a una che sta nei limiti dell'arricchimento.

Nonostante gl'inconvenienti, il diritto territoriale prussiano era giunto ad ammettere, per correnti filosofiche, l'azione d'arricchimento anche quando da un rapporto fra due persone, per il quale non si potesse far valere un contratto, si fosse avuto un vantaggio. Lo Schmidt ¹⁸ si compiacque che il legislatore non avesse legato l'azione d'arricchimento al vantaggio procurato mediante l'intermediazione d'un terzo ; il che sarebbe stato un accogliere « favole del diritto comune » (*gemeinrechtliche Fabeln*). Nello stesso diritto comune l'azione d'arricchimento acquistò poi, per l'influenza di qualcuno, una portata che nel diritto romano non ebbe punto. Secondo W. Sell ¹⁹, il divieto dell'indebito arricchimento era, infatti, generale e permeava di sé l'intero diritto romano, di guisa che doveva applicarsi, oltre che ai casi nei quali la formula della legge era espressa, anche a quelli in cui s'avesse un qualunque arricchimento a danno altrui. Se il diritto territoriale prussiano aveva apprestato un rimedio universale, sussidiario, di natura indeterminata, applicabile pur a fattispécie nelle quali, per incapacità del debitore o per difetto di forma, non sarebbe statto possibile agire contro di lui, anche nel diritto comune però con l'azione d'arricchimento *ad infinitum jam pervenimus. Omnes fore reliquas iuris partes, omnes fere actiones et exceptiones absorbebit ista Charybdis*.

le motif du droit, que l'enrichissement n'est pas le titre, mais seulement la mesure de ce qui peut être enlevé à l'obligé, sans qu'il en éprouve un préjudice. Et Rotondi répète que le nom de cette action est donné, bien plus qu'à une responsabilité pour enrichissement, à une responsabilité qui reste dans les limites de l'enrichissement.

Malgré les inconvénients, le droit territorial prussien, sous l'influence de courants philosophiques, étant arrivé à admettre l'action d'enrichissement, même lorsque d'un rapport entre deux personnes, pour lequel on ne pouvait pas faire valoir un contrat, était résulté un profit. Schmidt s'est réjoui de ce que le législateur n'avait pas lié l'action d'enrichissement au profit procuré par l'intermédiaire d'un tiers, ce qui eut été accueillir « des fables du droit commun » (*gemeinrechtliche Fabeln*). Dans ce même droit commun, l'action d'enrichissement acquit par la suite, sous l'influence de certains, une portée qu'elle n'avait jamais eue en droit romain. D'après Sell, l'interdiction de l'enrichissement indu était en effet générale et imprégnait le droit romain tout entier, en sorte qu'on devait l'appliquer, non seulement dans les cas expressément prévus par la loi, mais aussi dans ceux où il y avait un enrichissement quelconque au préjudice d'autrui. Si le droit territorial prussien avait préparé un remède universel, subsidiaire, de nature indéterminée, applicable aussi à des cas dans lesquels l'incapacité du défendeur ou un vice de forme rend impossible la poursuite, dans le droit commun aussi, avec l'action d'enrichissement, *ad infinitum jam pervenimus. Omnes fere reliquas iuris partes, omnes fere actiones et exceptiones absorbebit ista Charybdis*.

Ma contro l'informe istituto accolto dal legislatore, non tardò a sollevarsi la dottrina. Le prime voci ammonitrici caddero, è vero, nel vuoto. G. C. Seuffert, quando scrisse *De eo quod iustum est circa de in rem verso actionem* (Wirceburg 1882), parve ²⁰ troppo violento ; e dopo tre anni un altro scrittore dal medesimo cognome, J. A. Seuffert ²¹, anche più esplicito, non riuscì a vincere la resistenza degli idolatri del codice. Attorno il Sell s'allarga però il silenzio : contro di lui è già il Witte ²² ; e anche chi, come il Kämmerer ²³, non lo vuole confutare giunge, pel caso che tratta, alla conclusione opposta. Il rimedio universale, sussidiario, apprestato dal legislatore appariva sempre più, come l'aveva definito il secondo Seuffert, una panacea da ciarlatano. Venne poi il Jacobi, il quale, dopo aver in un primo scritto ²⁴ dimostrato che il divieto dell'indebito arricchimento non bastava di per sé in diritto romano a fondar un'azione, non nascose, nell'accingersi a dimostrare in un secondo ²⁵ che lo stesso era per il diritto prussiano, l'opposizione incontrata da alte autorità così scientifiche come pratiche.

Impossibile qui disconoscere ch'era d'ostacolo alla sua tesi un'espressa disposizione della legge. Per me l'ostacolo non è però insormontabile. Nel diritto eccezionale — come scrissi ²⁶ — va impedita qualsiasi correzione della legge compilata, anche se l'errore di chi la redasse balza evidente dai lavori preparatori ; ma nel diritto ordinario l'interpretazione può esser arditissima, e giungere persino ad attribuir alla legge un significato opposto' a quello delle sue parole, come sarebbe l'ammetter valida, ad es. (così io la penso),

La doctrine ne tarda pas à se soulever contre l'informe institution qu'avait accueillie le législateur. Les premières critiques tombèrent, il est vrai, dans le vide. G. C. Seuffert parut trop violent lorsqu'il écrivit *De eo quod iustum est circa de in rem verso actionem* ; et trois ans après, un autre auteur, portant le même nom, J. A. Seuffert, encore plus explicite, ne parvint pas à vaincre les résistances des idolâtres du code. Toutefois, autour de Sell le silence se fait de plus en plus, Witte est déjà contre lui, et ceux même qui, comme Kämmerer, ne veulent pas le réfuter, aboutissent sur ce point à des conclusions opposées. Le remède universel, subsidiaire, préparé par le législateur apparaissait de plus en plus, ainsi que l'avait défini le second Seuffert, comme une panacée de charlatan. Jacobi vint ensuite, qui, après avoir démontré dans un premier travail que la prohibition de l'enrichissement indu ne suffisait pas, à elle seule, à fonder une action en droit romain, ne dissimula pas, lorsqu'il se mit dans un second travail à démontrer qu'il en allait de même pour le droit prussien, l'opposition rencontrée chez de hautes autorités aussi bien de la science que de la pratique.

Il est impossible ici de méconnaître qu'une disposition expresse de la loi s'opposait à sa thèse. Pour moi cependant, l'obstacle n'est pas insurmontable. Dans le droit exceptionnel — ainsi que je l'ai écrit —, toute correction de la loi rédigée est impossible, même si l'erreur du rédacteur est rendue évidente par les travaux préparatoires ; mais, dans le droit ordinaire, l'interprétation peut être très hardie, et aller jusqu'à attribuer à la loi un sens opposé à celui de ses termes, jusqu'à, par exemple (et c'est mon avis), reconnaître la validité de la vente de la

la vendita di cosa altrui, sebbene il legislatore l'abbia dichiarata esplicitamente nulla. Bene, dunque, il Jacobi sostiene non trovarsi le azioni d'arricchimento, nonostante la disposizione della legge, non soltanto nel diritto romano ma neppure nello stesso diritto prussiano, neanche come errore o come nuovo ritrovato. La legge non può mutare la realtà ; e non può respingersi un'interpretazione che metta in luce l'esser una norma non più che la pura e semplice indicazione d'un criterio, da applicarsi in modo vario dal giudice. Si tratterà tutt'al più di vedere l'opportunità d'un tal suggerimento da parte del legislatore.

Il Jacobi, che non osava quasi sperare il trionfo della sua tesi nella scienza e nella pratica prussiana (per quanto già ne spuntasse qualche segno), ebbe comunque dai posteri il plauso negatogli dai contemporanei. Il suo lavoro apparve definitivo, mentre quello in senso opposto di W. Sell, che non si era osato criticare, doveva rivelarsi qual'è, non punto convincente. Ritene lo Schmidt ²⁷ che il concetto di « spesa utile » del suo legislatore abbia di poco migliorato lo stato del diritto comune, perché troppo largo è ancor sempre il campo lasciato al giudice : il divieto, fatto da un giureconsulto romano, dell'indebito arricchimento è per lui un principio malaugurato (*ein unglücklicher Gemeinsatz*), fonte d'equivoco (*Missgriffe*). E l'esempio che sopra ho riferito, della somma prestata ad uno e fatta servire da un altro per riparar il proprio tetto, ricorre pure in lui, oltre che nel Kämmerer, da cui io lo tolsi, e che, per quanto professore a Rostock e scrittore di diritto comune, può considerarsi del pari, almeno per lo spirito, prussiano.

chose d'autrui, bien que le législateur l'ait explicitement déclarée nulle. C'est donc avec raison que Jacobi soutient que les actions d'enrichissement ne se rencontrent pas, malgré la disposition de la loi, non seulement en droit romain, mais aussi en droit prussien, pas même en tant qu'erreur ou que nouvelle découverte. La loi ne peut pas modifier la réalité ; et l'on ne peut pas écarter une interprétation qui met en lumière cette idée qu'une règle n'est autre chose que l'indication pure et simple d'un critère, que le juge doit appliquer de différentes façons. Il s'agira tout au plus de voir l'opportunité d'une semblable suggestion de la part du législateur.

Jacobi, qui n'osait presque pas espérer le triomphe de sa thèse auprès de la science et de la pratique prussiennes (bien que déjà quelque indice en apparût), reçut de la postérité l'approbation que lui avaient refusée ses contemporains. Son travail apparut comme définitif, alors que celui en sens opposé de W. Sell, qu'on n'avait pas osé critiquer, devait se révéler ce qu'il est, nullement convaincant. Schmidt considère que la conception de « dépense utile » de son législateur n'a amélioré que de peu l'état du droit commun, car le champ laissé au juge est encore toujours trop large : la prohibition, faite par un jurisconsulte romain, de l'enrichissement indu est pour lui un principe malencontreux (*ein unglücklicher Gemeinsatz*), source de malentendus (*Missgriffe*). Et l'exemple, que j'ai cité plus haut, de la somme prêtée à l'un et employée par un autre pour réparer son toit, se rencontre aussi chez lui ainsi que chez Kämmerer chez qui je l'ai pris et qui, bien que professeur à Rostock et écrivain de droit commun, peut être également considéré comme prussien, tout au moins par sa culture.

Il Jacobi ²⁸ ha ragione appieno, quando conclude che un'azione d'arricchimento non c'è; ma ci son istituti che si fondano sull'arricchimento, par quanto la loro ragione sia un fatto ben diverso. Poiché il legislatore del territorio prussiano trovò cornice soprattutto nell'ottocento (ebbe vigore del 1° giugno 1794 al 1° gennaio 1900), bisogna veder in ciò il prodotto d'un'esperienza fatta dal secolo che, per l'educazione romantica e sentimentale, mirò a salvare dalle oppressioni, e ristabilì equilibri anche nel campo dei contratti. Esperienza pur troppo inutile, perché i legiferatori del secolo successivo si spaventarono ancor meno di quell'*Erstreckung ins Unbestimmte* ²⁹, e cioè di quell'invasione nell'indeterminato, che già gli scrittori del secolo scorso avevano finito con lo scorgere e col rivelare nell'azione d'arricchimento. Andarono perciò ancor oltre. Mentre i due legislatori su considerati avevan almeno richiesto che « qualcosa » fosse passata dal patrimonio d'uno a quello d'un altro, il progetto italo-francese non parla più d'una « cosa », ma d'un arricchimento senza causa in genere. Esso va, dunque, ancor più in là nell'indeterminato, fino a giungere, nell'edizione italiana, ad intaccar la grammatica, usando comme passiva una forma verbale (« si è impoverita »), che il lettore ha, sulle prime, tutto il diritto di ritenere riflessiva. Ma prescindiamo da ciò.

Il « senza causa » del progetto è il « senza ragione » del Koch ³⁰, che aveva visto nell'azione d'arricchimento un'*actio in factum*, applicantesi sussidiariamente fra le parti ogni qualvolta, mancando un rapporto giuridico valido, l'una si fosse arricchita senza ragione a

Jacobi a pleinement raison lorsqu'il conclut qu'il n'y a pas d'action d'enrichissement ; mais il y a des institutions qui se fondent sur l'enrichissement, bien que leur raison d'être consiste en un fait tout différent. Puisque la législation du territoire prussien s'encadre dans le XVIII^e siècle (elle fut en vigueur du 1^{er} juin 1794 au 1^{er} janvier 1900), il faut y voir le produit d'une expérience faite par ce siècle qui, par sa formation romantique et sentimentale, visa à protéger contre les oppressions, et rétablit l'équilibre même au sein des contrats. Expérience malheureusement inutile, puisque les législateurs du siècle suivant furent encore moins troublés par cette irruption dans l'indéterminé, (*Erstreckung ins Unbestimmte*) que les auteurs du siècle précédent avaient déjà fini par apercevoir et par découvrir dans l'action d'enrichissement. Et partant, ils allèrent encore plus loin. Alors que les deux législateurs considérés plus haut avaient au moins exigé que « quelque chose » ait passé d'un patrimoine à celui d'un autre, le projet italien-français ne parle plus d'une « chose », mais d'un enrichissement sans cause en général. Il va donc encore plus avant dans l'indéterminé, et va, dans l'édition italienne, jusqu'à offenser la grammaire, en donnant un sens passif (« s'est appauvrie ») à un verbe que le lecteur a tout le droit de considérer à première vue comme réfléchi. Mais laissons cela.

Le « sans cause » du projet correspond au « sans raison » de Koch, qui avait vu dans l'action d'enrichissement, une *actio in factum*, jouant subsidiairement entre les parties, toutes les fois qu'en l'absence d'un rapport juridique valable, l'une s'était enrichie sans raison au détriment de l'autre. L'appréciation de l'absence de raison se fait par le juge selon des impulsions momentanées ou de vieilles rancunes, selon des

danno dell'altra. La mancanza di ragione è ravvisabile dal giudice secondo impulsi momentanei o vecchi rancori, secondo passioni, amicizie o simpatie diversissime, e cioè secondo sentimenti e modi di vedere al tutto personali. Il *factum* fondamento dell'*actio* diventa così assolutamente imprevedibile per le parti ; e l'*actio* il libero favore d'un nume, non un'ammissione obbligatoria per il giudice.

Nella relazione è detto che il giudice si troverà meglio (di che?) con una disposizione generale, purché ben formulata (tasto pericoloso, specialmente nei riguardi dell'edizione italiana), che gli permetta di svolgere un'opera vivificatrice della legge. Ma un criterio le cui applicazioni posson essere impensate è strumento non per vivificare, ma per uccidere la legge ; e finirono col riconoscerlo proprio gl'interpreti dei legislatori prussiano ed austriaco, dopo aver sperimentato l'azione di cui stiamo trattando.

Non importa che questi legislatori siano stati seguiti poi da altri. Il progetto italo-francese avrebbe fatto meglio a non calcarne l'esempio, accogliendo un'azione che aveva avuto conseguenze nefaste. La pagina di storia giuridica, rievocata riguardo al primo legislatore specialmente, dimostra ciò in modo chiaro, e dà un ammonimento che non si sarebbe dovuto dimenticare, soprattutto da noi italiani e francesi, a cui venne riconosciuta, come latini, un'attitudine particolare alla tecnica legislativa ; tant'è vero che non abbiamo l'azione d'arricchimento neppur come criterio generale ispiratore della legge, perché questa è bene non contenga i motivi da cui fu provocata. Con ragione Seneca voleva le leggi senza proemi. *Nihil ineptius* — dice nella lettera 94 (ch'io riporto secondo l'edizione di Lipsia,

passions, des amitiés ou des sympathies très diverses, en somme selon des sentiments et des façons de voir complètement personnels. Le *factum* qui est le fondement de l'action devient ainsi absolument imprévisible pour les parties ; la délivrance de l'action dépend de la libre faveur d'un dieu, elle n'est pas obligatoire pour le juge.

Dans le rapport, il est dit que le juge se trouvera mieux (que qui ?) d'une disposition générale, à condition qu'elle soit bien formulée (tâche périlleuse, relativement surtout à l'édition italienne) qui lui permettra de développer une œuvre vivifiante de la loi. Mais un critère dont les applications peuvent être imprévues est pour la loi un instrument de mort et non de vivification ; et les interprètes des législateurs prussien et autrichien, après avoir expérimenté l'action dont nous traitons, ont fini par le reconnaître.

Il importe peu que ces législateurs aient été ensuite suivis par d'autres. Le projet italien français aurait mieux fait de n'en pas suivre l'exemple, en accueillant une action qui avait eu de néfastes conséquences. La page d'histoire juridique, retracée relativement surtout au premier législateur, le démontre de façon claire, et fournit un avertissement qu'on n'aurait pas dû oublier, surtout chez nous italiens et français à qui, en tant que latins, on reconnaît une aptitude particulière à la technique législative ; cela est si vrai, que nous n'avons pas l'action d'enrichissement, même comme critère général inspirant la loi, car il est bon que celle-ci ne contienne pas les motifs qui l'ont fait naître. C'est avec raison que Sénèque voulait les lois sans exposé des motifs. *Nihil ineptius*, dit-il dans la lettre 94 (que je cite d'après l'édition de Leipzig, liv. 15, c. 2,

lib. 15, cp. 2, n. 38) — *quam lex (cum) prologumene*. Ufficio della legge è infatti il comandare, non il persuadere. Ai cittadini il legislatore intima : *hoc volo, sic iubeo : sit pro ratione voluntas*.

Ma v'ha di più. Abolita l'ultima restrizione del diritto comune, e scavalcati così i requisiti dell'*actio de in rem verso*, si riesce a un principio che non soltanto non va accolto in un codice, ma che (proprio al contrario di quel che dice la succitata relazione) è persino impossibile formulare con un po' di precisione. Per il Koch ³¹ si tratta d'un istituto inconcepibile, e secondo il Jacobi ³² esso non si sostiene neanche sotto l'aspetto filosofico, fondato com'è su una base al tutto soggettiva. Ne vien confermato il senso giuridico del gran capo della scuola storica.

Per quanto romantico, Federico Carlo Di Savigny non esitò a porsi contro la più romantica delle azioni, dicendola ispirata da un principio tanto generale e indeterminato, che le toglie di potere servir a risolvere casi pratici senza il concorso di circostanze ben concrete. Egli fu in tutto degno dei rispondenti dell'antica Roma, che, qual che fosse la loro filosofia, seppero anzi tutto esser giuristi, come fu del peripatetico Alfeno Varo, maestro al gran poeta della latinità. Facciamo perciò voti che la mala pianta dell'azione d'arricchimento, *priusquam coaluerit* — com'egli avrebbe detto, — venga divelta dal terreno della legislazione italo-francese.

n. 38) *quam lex (cum) prologumene*. La fonction de la loi est en effet de commander et non de persuader. Le législateur signifie aux citoyens : *hoc volo, sic iubeo : sit pro ratione voluntas*.

Mais il y a mieux. En abolissant la dernière restriction du droit commun, et en passant ainsi sur les conditions d'exercice de l'*actio de in rem verso*, on aboutit à un principe qui, non seulement n'est pas accueilli dans un code, mais qui (à l'inverse de ce que dit le rapport précité) ne peut même pas être formulé avec un peu de précision. Pour Koch, il s'agit d'une institution inconcevable, et d'après Jacobi, elle ne se défend même pas du point de vue philosophique, fondée qu'elle est sur une base toute subjective. Cela confirme le sens juridique du grand chef de l'école historique.

Bien que romantique, F. C. de Savigny n'hésite pas à s'opposer à la plus romantique des actions, en la déclarant inspirée par un principe si général et si imprécis qu'il s'oppose à ce qu'elle puisse servir à trancher des cas pratiques, sans le concours de circonstances bien concrètes. Il fut pleinement digne des prudents de l'ancienne Rome, qui, quelle que fût leur philosophie, sûrent avant tout être des juristes, comme ce fut le cas du péripatéticien Alfenus Varus, maître du grand poète de la latinité. Faisons donc des vœux pour que la mauvaise plante de l'action d'enrichissement, *priusquam coaluerit* — aurait-il dit — soit arrachée du terrain de la législation franco-italienne.

¹ *Der codex thesesianus und seine Umarbeitungen* (pubblicato con nota da Harras von Harrasowsky), III, Wien 1884, p. 336, nota 2. Il testo del § 5, di cui più specialmente parlo, è a pp. 340-341. Riguardo al pro-

getto Horten, dato pure che non sia nulla più che un estrato del codice teresiano, io credo di poterlo trattare diversamente dal WELLSPACHER, *Versio in rem*, Wien 1900, § 18, p. 57.

² *Die Bereicherungsklagen*, Wien 1883, p. 203. L'argomento tratto dalla traduzione italiana vale, a mio giudizio, sebbene la patente imperiale 1° giugno 1911 dichiara alla decima norma il testo tedesco l'originale, per giudicare delle versioni nelle diverse lingue delle province austriache.

³ *Op. cit.*, §§ 22-23, pp. 70-74 ; §§ 36-37, pp. 127-129. Per l'influenza del diritto territoriale prussiano, vedi § 22, pp. 67-69.

Come lui, SWOBODA, *Natur und Inhalt des Bereicherungsanspruches im österreichischen Recht*, Wien 1916, cap. 2, pp. 15-16 ; KRAINZ-PFAFF, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II (5^a ediz. curata dall'Ehrenzweig), Wien 1915, § 411, 2, 3, p. 515. Così pure il § 1041 del codice civile austriaco è interpretato dal LEIST (*Das erlaubte ungerechtfertigte Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten*, Jena 1855, § 56, p. 193), che ritiene escluso il caso della gestione con *animus negotia gerendi* e *contemplatio domini* : caso che però, riguardo all'utile soltanto del *dominus*, non era stato previsto in modo speciale nel progetto originario, e fu regolato solo col § 1037 ; il che potrebbe far sospettare d'un riferimento al § 1041.

⁴ *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XLIII, München, 1902, p. 414. Cf. SWOBODA, *loc. cit.*, p. 13 in fine.

⁵ *Op. cit.*, p. VIII ; § 24, p. 77 ; § 37, p. 129 cit. ; § 41, pp. 175-176. Cf. pure § 37, p. 138, nota 1. Lo SWOBODA, pp. 17-20, fa dell'azione concessa dal § 1041 una *condictio sine causa*.

⁶ *Op. cit.*, § 38, p. 140, nota 3.

⁷ CASTELLI, *Il codice civile generale austriaco confrontato colle leggi romane e col già codice civile d'Italia ecc.*, IV, Milano 1831, pp. 467-468.

⁸ Per questa, rinvio al codice civile austriaco, pubblicato, con le leggi, le ordinanze e le decisioni della Suprema corte che vi si riferiscono, dal v. Schey. Non sono però in grado di citare più in giù della 17^a edizione, Wien 1902, p. 500.

⁹ KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, II (8^a ediz.), Berlin u. Leipzig 1886, nota 28, p. 204.

Riguardo al caso di cui nel testo e alla sua disciplina secondo il codice civile germanico, s'ebbe or non è molto una dissertazione specifica, che mi piace ricordare per quanto non mi sia riuscito di consultarla : H. NOLTE, *Die Ansprüche gegen den Ehemann bei Behandlung seiner Ehefrau u. Kinder durch den Arzt unter bes. Ber. der ärztlichen Operation im gesetzl. Güterstand d. BGB. u. in der allgemeinen Gütergemeinschaft*, 1927.

¹⁰ Pretore Milazzo, 17 luglio 1925, nella *Pretura*, III, Tivoli 1926, pp. 170-171. Annotando tal sentenza, il Precone vorrebbe sfuggire al concetto d'arricchimento, nel quale invece ricade : ivi, pp. 172-175.

¹¹ *Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach österreichischem Civilrecht*, Wien 1878, § 1, p. IX, sommario, e p. 4.

¹² Cf. RICCA-BARBERIS, *I conduttori e l'azione d'arricchimento*, nella *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale dell'obbligazioni*, XXIV, Milano 1926, 1, pp. 751-752.

¹³ KOCH, *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preussischem Rechte*, II (2^a ediz.), Berlin 1859, § 150, 2, p. 582. Di lui

cf. pure *Allgemeines Landrecht*, II, nota 27, p. 203, cui segue un'appendice, dalla quale risulta che il suo parere era stato già confutato. Lo confutò pure il FÖRSTER, *Preussisches Privatrecht*, II (7^a ediz. curata dall'Eccius), Berlin 1896, pp. 454-455. Cf. anche BORNEMANN, III, § 222, p. 270.

Nella sua dissertazione inaugurale sopra *Die nützliche Verwendung durch Mittelspersonen nach preussischen Landrecht*, Berlin 1884, il Dungs cercò poi di determinare quando l'arricchimento potesse dirsi avvenuto ad opera d'un intermediario : cf. specialmente § 1, introduz., p. 6, e § 13, pp. 63-71. Lo stesso fa il Kettner, sebbene non lo lasci apparire dal titolo della sua dissertazione : *Die actio de in rem verso utilis nach allgemeinem Landrecht unter Berücksichtigung des gemeinen Civilrechts*, Bonn 1897, specialmente § 1, p. 5 *in fine*, § 4, p. 25 *in princ.*, § 5, pp. 6-7.

¹⁴ SCHMIDT, C. E. W., *Nützliche Verwendung : actio de in rem verso*, in *Juristische Wochenschrift für die preussischen Staaten*, V, Berlin, 1839, p. 309. Per la confusione che la dottrina del diritto comune avrebbe fatto, cf. p. 305.

¹⁵ Cf. WELLSPACHER, *op. cit.*, § 30, p. 98. L'espressione riferita poco dopo è del § 24, p. 75.

¹⁶ JACOBI, *Die Lehre von der nützlichen Verwendung im Zusammenhange mit den individuellen Gestalten der aequitas nach dem Allgemeinen preussischen Landrecht*, Jena 1861, introduz., p. 7. Aveva invece fatto della spesa utile motivo o titolo (*Grund*) per l'azione il BIELITZ, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preussischen Staaten*, III, Erfurt 1825, p. 360, come lo fecero ancora il DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, I (5^a ediz.), Halle 1893, § 248, p. 605, e il FÖRSTER, II, pp. 449-450. Cf. pure BORNEMANN, *Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts*, III (2^a ediz.), Berlin 1843, § 222, p. 269.

¹⁷ L'azione di arricchimento, n. 6, in *Rivista del diritto commerciale e del dir. gen. ecc.*, XXII, Milano 1924, pp. 405-410.

¹⁸ *Loc. cit.*, p. 308.

¹⁹ *Ueber den Grundsatz des römischen Rechts, dass Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe*, nei *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, I, Giessen 1833, § 45, p. 116.

²⁰ SCHMIDT, *loc. cit.*, p. 282, nota 2.

²¹ Nei *Beiträge zur Gesetzgebung*, Würzburg 1826, oltre che nel *Prakt. Pandektenrecht*. La frase che riferisco in seguito è nei *Beiträge* a p. 119, e si può leggere pure nel JACOBI, *Die Lehre*, § 3, p. 48.

²² *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, Halle 1859, prefaz., p. V. Egli riconosce però che l'indebito arricchimento può servir di base ad azioni singole (p. VIII-IX) ; ma neppur ciò è ammesso dal JACOBI, pp. 160-162 del *loc. cit.* in seguito.

²³ *Erörterung der Frage: kann Jemand, der, im Glauben, seine eigene Geschäfte zu treiben, die eines Andern gerirt, gegen diesen Andern die negotiorum gestor. actio utilis anstellen? Nebst einem Nachtrage über die in rem verso actio*, § 19, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, VIII, Giessen 1835, p. 361 ; e, per l'esempio a cui mi riferisco in seguito, § 17, p. 356 *in fine*.

²⁴ *Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen und seine Bedeutung auf dem Gebiete des Eigenthumes. der*

Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte, § 1, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts*, IV, Jena 1861 p. 163 *in princ.*

²⁵ *Die Lehre ecc.*, prefaz., p. IV. Per ciò che riferisco in seguito, cf. l'introduzione verso la fine, p. 12.

Sulla sfortuna del Jacobi presso i contemporanei, vedi pure DUNGS, § 1, p. 5, e KETTNER, § 1, p. 5.

²⁶ RICCA-BARBERIS, *Sul diritto della guerra e del dopoguerra: studi di legislazione e di giurisprudenza*, Torino 1926, prefaz., p. VIII. Nel diritto ordinario, anche per il GÉNY (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I (2^a ediz.), Paris, 1919, n. 83, p. 205) la legge dovrebbe *être comprise à la façon de tout acte de volonté humaine, en tenant compte de l'imperfection nécessairement immanente à à pareille œuvre.*

²⁷ *Loc. cit.*, pp. 281, 303, 321.

²⁸ *Die Lehre ecc.*, introduz., pp. 4-5.

²⁹ FÖRSTER-ECCIUS, II, p. 463. *L'indeterminatezza della legislazione non potè non aver conseguenze nella pratica prussiana*: КОЧ, *Allg. Landrecht*, II, nota 27 cit., p. 204; cf. pure *Das Recht der Forderungen*, II, § 150, 1, pp. 580-581.

³⁰ КОЧ, *loc. cit.*, dal JACOB, *Die Lehre ecc.*, introduz., p. 3, nota 6.

³¹ *Das Recht der Forderungen*, II, § 150, 2, p. 581.

³² *Die Lehre ecc.*, introduz., p. 6.

CHAPITRE V

Le legs avec charge, catégorie juridique

par Henri SIMONNET,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy

Dans le chapitre, d'un si vif intérêt, par lui consacré au « rôle des catégories réelles dans la technique du droit » dans la troisième partie de « Science et technique »¹, M. le Doyen GénY, après avoir analysé la notion de catégorie et montré son utilité pour la réglementation des actes juridiques du droit moderne, note comment les catégories peuvent parfois affranchir ces actes et cite, après d'autres exemples, celui du legs avec charge au profit de tierces personnes. Sans insister sur le fond et en n'étudiant que le procédé, il signale d'un mot l'édification d'une catégorie juridique nouvelle, tendant manifestement à élargir la liberté des dispositions gratuites et à renouveler leur droit, mais il indique d'autre part la nécessité où la jurisprudence se trouve de canaliser cependant cette liberté et de spécifier et délimiter la notion de charge pour maintenir un ordre juridique nécessaire.

La jurisprudence, depuis lors, a maintenu son orientation sur ce point ; on voudrait montrer ici, en quelques pages, que son effort, quoique encore incomplet, mérite en effet d'être approuvé et souligner, dans la consécration des emplois nouveaux du legs avec charge, un exemple frappant des satisfactions que peut donner aux besoins pratiques la construction technique et, en particulier, l'élaboration, ici par extension, d'une catégorie nouvelle.

*
**

I. Le legs avec charge n'est point, on le sait, une institution nouvelle. Les Romains ont pratiqué le legs *sub modo* ; l'ancien droit le connaissait également. Le Code civil, sans le viser spécialement, en supposait l'existence et, longtemps, donnant satisfaction à des besoins toujours les mêmes, legs avec charge de rente viagère, legs avec charge de construction d'un tombeau, etc..., son fonctionnement traditionnel ne s'est point modifié et n'a soulevé aucune discussion.

La question de l'extension possible de son emploi s'est posée avec

une acuité particulière, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, à propos de fondations ou de legs adressés à des associations non encore reconnues. On avait toujours admis comme possible qu'une fondation fut réalisée par don ou legs adressé à une personne morale préexistante et capable². Mais il devait arriver quelque jour qu'un individu, voulant prendre une initiative de ce genre, ne trouvât aucun organisme existant, lui inspirant confiance suffisante ou n'en jugeât aucun apte à réaliser son intention. Ne pouvait-il en fonder de toutes pièces un nouveau dont la reconnaissance d'utilité publique viendrait plus tard sanctionner l'institution et qui serait régulier et valable sous la condition de cette reconnaissance? Ne pouvait-il pas au moins s'adresser à une association existante, mais non encore pourvue de la personnalité juridique, à laquelle l'autorité compétente concéderait en même temps avec effet rétroactif la reconnaissance d'utilité publique et la faculté d'accepter le legs ainsi validé? La Cour de cassation n'a admis ni l'une ni l'autre de ces façons de procéder. Elle a affirmé par deux arrêts de rejet du 12 avril 1864³ et du 14 avril 1866⁴ la nullité des legs adressés à des associations non douées de la personnalité qui avaient été, après le décès du testateur, reconnues d'utilité publique et autorisées à accepter un legs par le même décret. La Cour, sur le pourvoi qui alléguait notamment une fausse interprétation de l'article 906, a déclaré qu'une société qui n'avait pas, lors du décès de la personne qui la gratifiait, de personnalité juridique, était sans qualité pour recueillir le bénéfice du legs fait à son profit et qu'un acte postérieur d'autorisation ne pouvait, en rétroagissant, priver les héritiers du droit acquis par le fait même du décès⁵.

On devait, dans ces conditions, penser, pour la réalisation d'une fondation dont on ne voulait ou dont on ne pouvait charger un organisme existant, à se rejeter sur le procédé du legs à un particulier des éléments nécessaires, avec charge de la réaliser, procédé déjà parallèlement admis par la jurisprudence⁶, qui n'a cessé par ailleurs depuis de le sanctionner⁷. Plus tard, on devait songer à écarter dans d'autres cas encore, par le même moyen, certaines incapacités de fait. Car, ainsi, les objections basées sur l'article 906 du Code civil tombaient. Un légataire, sans doute, doit exister et être capable au jour de la mort du testateur, mais il n'en est pas de même du ou des bénéficiaires éventuels auxquels le légataire devra transmettre plus tard l'avantage du legs⁸.

Seulement c'était une extension manifeste de la notion traditionnelle de la charge et la question se posait de sa licéité⁹.

C'était une extension parce que la charge est traditionnellement l'accessoire d'un legs, qu'elle n'empêche pas celui-ci de conserver son caractère et que, dans notre cas, il semble en être autrement. Le bénéfice entier du legs peut être pour l'attributaire de la charge : il est possible que finalement rien ne reste entre les mains du prétendu légataire auquel l'opération n'aura donc procuré aucune utilité. Et, dans ces conditions, n'est-ce pas la charge qui, changeant

de caractère, devient le principal, donc le véritable legs et son attributaire qui devient le véritable légataire, le testateur n'ayant pas eu finalement d'autre but que de l'enrichir? Auquel cas ce sont les règles du legs qu'il faudrait lui appliquer et donc les incapacités ordinaires.

En vain d'ailleurs userait-on de l'échappatoire quelquefois employé qui consiste à tenir compte de tout émolument perçu par le légataire, quelque minime qu'il soit ¹⁰. D'abord il est, malgré tout, possible qu'il n'en existe littéralement aucun ; ensuite, dans les hypothèses très nombreuses où il se réduira à un cadeau, qui ne sera qu'un souvenir d'affection et un témoignage de reconnaissance, sa valeur hors de toute proportion avec l'importance du legs ne pourrait vraiment suffire à garder à l'institution son caractère, si celle-ci impliquait forcément un enrichissement du légataire.

Il est déjà plus topique de souligner l'éventualité, tout au moins, de l'enrichissement de l'intermédiaire, si, pour une raison quelconque, la charge est nulle ou caduque, soit que la succession lui reste tout entière en cas de legs universel, soit que, dans les autres cas, il conserve les biens qu'une raison spéciale l'aura empêché de transmettre.

Mais la véritable réponse est celle-ci, qui valait déjà pour les legs avec charge à une personne morale préexistante. Si le legs s'inspire le plus ordinairement d'une pensée de libéralité, si l'idée courante et vulgaire que le public s'en fait est celle d'un enrichissement procuré au légataire par la bienveillance du disposant, on ne voit pas qu'il y ait là rien d'essentiel ¹¹. Labbé a écrit très justement ¹² : « Ce qui caractérise un legs, ce n'est pas un bénéfice, mais l'attribution d'un droit, par exemple d'un droit de propriété... Pour tout legs, universel ou particulier, une charge imposée par le disposant peut faire disparaître, même entièrement, le bénéfice sans ôter le caractère du legs ¹³. » Et rien n'apparaît changé parce qu'un second transfert, partiel ou total, se surajoute au premier.

Mais on peut préciser davantage. Sans aucun doute, en effet, dès son origine et traditionnellement, le legs n'est pas autre chose qu'un mode spécial de disposition offert à tout propriétaire par le moyen du testament, c'est-à-dire pour avoir effet au jour de sa mort. La différence capitale avec les dispositions entre vifs, c'est que, dans ce dernier cas, le disposant peut, à son gré, traiter avec une contre-partie, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, alors que cette dernière possibilité est exclue pour le testateur par la nature même des choses, puisqu'il ne peut éprouver, après sa mort, d'enrichissement matériel. Le legs en revêt ainsi une couleur forcée de libéralité. Mais il faut bien remarquer que ce n'est que du côté du testateur. Aucun principe n'autorise à dire qu'il doive forcément en être de même du côté du légataire ¹⁴. Non seulement le bénéfice qu'il retire du legs n'a pas besoin d'être total et c'est ce qui justifie le legs avec charge traditionnel, de légitimité incontestée d'ailleurs. Mais encore, à l'extrême, si la vocation du légataire nominal est finalement sans

profit pour lui et s'il n'y a plus dans l'opération qu'un service d'ami, d'ailleurs parfois fort important, rendu au testateur après sa mort, sur quoi se baserait-on pour contester la légitimité du procédé ainsi employé? Oublie-t-on que le Code range au nombre des contrats nommés, en même temps qu'il la déclare gratuite, au moins de sa nature, la convention de mandat par laquelle une partie s'oblige à rendre à l'autre certains services de son vivant? Et le même désintéressement ne saurait-il, en cas de disposition à cause de mort, être escompté d'une part et montré d'autre part sous un vêtement juridique un peu différent?

Cela ne fait aucun doute, puisque le cas est prévu dans une institution traditionnelle et particulière, l'exécution testamentaire. Et, à la vérité, telle que le Code l'offre aux intéressés, elle présente des traits très différents de ceux du legs avec charge, puisque, dans la mesure où elle a pour but et pour résultat d'assurer l'exécution des libéralités vis-à-vis de certains bénéficiaires, elle suppose que ceux-ci sont directement gratifiés et elle agit par l'intervention de tiers à pouvoirs restreints. Mais l'inspiration est la même. Et, par ailleurs, il est bien évident qu'il s'agit là d'un instrument à contours très définis, proposé et non imposé aux testateurs. Non seulement ils ne sont pas obligés de s'en servir ; mais si d'autres moyens d'assurer l'exécution de leurs volontés leur paraissent plus complets, plus sûrs ou plus adaptés aux circonstances, comme le legs avec charge, à plus forte raison s'ils leur paraissent seuls capables d'atteindre le but qu'ils visent, ils ne heurtent aucun principe et ne violent aucune défense en s'en servant ¹⁵.

Et voici un premier point assuré. Le fait que le légataire, dans le cas d'un legs avec charge, peut ne rien conserver, ne change point le caractère juridique du legs qu'il a recueilli.

Car on ne saurait s'arrêter à d'autres objections, visant cette fois, dans la construction juridique proposée, la deuxième transmission, la transmission au bénéficiaire définitif. De savants auteurs ont écrit que, quand une personne impose à son successeur non une obligation de faire, mais une obligation de donner, « celle-ci, mise à la charge d'un héritier *ab intestat* ou d'un légataire universel s'appelle dans notre droit un legs, legs à titre universel (art. 1010 et 1011 C. civ.) ou legs particulier (art. 1014 et ss) suivant le contenu de la libéralité... et les termes employés par le testateur ne changent rien à la disposition ¹⁶ », ni donc aux conséquences. Mais il est facile de répondre que, normalement, un legs universel ou un legs particulier met à la charge de l'héritier ou du légataire universel tout au plus (et même pas toujours dans le premier cas en raison des règles sur la saisine) une obligation de livrer, mais non une obligation de donner au sens juridique traditionnel. Dans ce cas le droit prend directement naissance sur la tête du gratifié et donc ce dernier doit évidemment être capable de recevoir. Mais il en est autrement dans l'hypothèse du legs avec charge ; en ce cas le véritable bénéficiaire ne reçoit rien directement, mais n'acquerra que plus tard le droit

que lui retransmettra le légataire primitif devenu d'abord propriétaire et ce fait constitue précisément le caractère qui distingue le legs avec charge du legs ordinaire.

Et c'est toujours la même distinction qui nous fournit la réponse à un deuxième argument des mêmes auteurs ¹⁷. Il serait d'après eux inutile de distinguer entre le legs et la charge, l'article 906 les visant tous deux en exigeant de leurs bénéficiaires la capacité de recevoir par testament. Mais, observait excellemment par avance M. Lambert ¹⁸ : « Ces mots, recevoir par testament, si on les rapporte au langage parlé par nos anciens auteurs, désignent bien une acquisition directe. Le bénéficiaire de la charge ne reçoit pas par testament, il reçoit en vertu d'un testament. Cette distinction peut paraître subtile : mais elle a été maintes fois précisée par nos anciens auteurs, par d'Aguesseau, par Furgole et elle est la traduction d'une différence capitale dans la situation ¹⁹. »

Il faut donc bien admettre qu'il y a, pour gratifier autrui à cause de mort, deux façons de procéder, l'une directe, l'autre indirecte. Sans doute le Code ne s'est pas nettement expliqué sur la deuxième, mais il ne l'a pas non plus défendue, ni formellement ni implicitement et, comme la construction juridique en est techniquement des plus simples et des plus correctes, on ne voit pas pourquoi l'emploi en serait illicite.

Car on ne saurait invoquer enfin contre le procédé, une fois théoriquement distingué du legs ordinaire, la prohibition de principe des substitutions, sous le prétexte qu'il s'y rencontrerait une charge de conserver et de rendre, au sens des textes qui les interdisent ²⁰. Outre que les motifs historiques et généraux de cette prohibition ne se retrouvent point en notre espèce, il est certain que la double transmission que nous avons analysée ne contient point les traits caractéristiques de la substitution prohibée : il y manque tout au moins (et on pourrait signaler d'autres différences encore) ce qu'on appelle l'ordre successif, puisque ce n'est pas lors de son décès que le légataire doit transférer ses droits au bénéficiaire de la charge, individu ou établissement fondé ou à fonder ; c'est rapidement et souvent au plus tôt qu'il devra exécuter les intentions du testateur ²¹. C'est d'ailleurs une autre question et qui sera reprise dans la deuxième partie de cette étude que celle de savoir si des raisons, voisines de celles qui ont motivé la prohibition des substitutions, ne doivent pas, en certains cas limités, faire écarter l'usage du legs avec charge.

II. Pour achever de caractériser cette catégorie juridique qu'est le legs avec charge, une contre-épreuve est nécessaire. Les traits que nous venons de préciser suffisent-ils à le distinguer avec assez de netteté de l'institution évidemment voisine que le Code appelle l'interposition de personnes, l'attribution fictive d'un droit à une personne alors que, par son intermédiaire, ou mieux sous son couvert, c'est une autre qui doit en être immédiatement gratifiée ? La question est grave parce que, lorsque ce procédé a pour but d'écarter l'obstacle

formé par une incapacité du bénéficiaire véritable, l'opération entière est frappée de nullité (art. 911). Si donc les deux procédés, dont évidemment le résultat est identique, doivent être complètement assimilés, c'est besogne vaine que l'effort de construction juridique dont on attend plus de liberté pour les testateurs.

M. Planiol a écrit autrefois ceci ²² : « Au fond, la libéralité avec charge et la libéralité par personne interposée ne se distinguent pas, quand la charge est établie dans l'intérêt d'un tiers. C'est un seul et même procédé sous deux noms différents. » Il ajoutait aussitôt que, comme on ne pouvait pas condamner l'emploi de la libéralité avec charge, il fallait admettre l'interposition de personnes sans avoir peur du mot, toutes les fois qu'elle était possible et licite ²³ et il visait ainsi le cas où l'incapacité de recevoir qu'elle tendait à tourner était simplement matérielle et non inspirée de motifs d'ordre public. C'était une fâcheuse simplification du problème et d'autant plus singulière que l'auteur soulignait en même temps la distinction entre le point de vue technique et le point de vue de fond qui eut dû le conduire à une toute autre conclusion. Et il était purement arbitraire et d'ailleurs formellement contraire à la loi de déclarer implicitement par exemple qu'une personne non conçue pouvait être gratifiée par interposition de personnes, c'est-à-dire en réalité directement, comme il était inexact de confondre du point de vue de leur structure juridique le legs avec charge et l'interposition de personnes, sous prétexte qu'ils poursuivent finalement le même résultat économique.

Mais les idées se sont précisées sur ce point et il se trouve que c'est au même éminent auteur qu'on peut emprunter aujourd'hui la meilleure définition de la différence qu'il avait commencé par nier : « Théoriquement la distinction paraît facile. Il y a interposition de personnes lorsque les biens ou les valeurs qui font l'objet de la libéralité, considérés comme corps certains, ne doivent pas rester dans le patrimoine du donataire ou du légataire qui n'en est propriétaire qu'en apparence et que, d'après l'intention commune des parties, la propriété en est transmise réellement par le disposant au tiers qu'il a seul entendu gratifier. Il y a libéralité avec charge, lorsque la propriété de ces biens ou valeurs sera réellement transmise par la volonté du disposant au donataire ou légataire apparent, lequel se trouve simplement grevé d'une obligation envers le tiers bénéficiaire. L'interposition de personnes a pour but la transmission de la propriété au tiers, la charge le rend seulement créancier du donataire ²⁴. » Et, pour la clarté des idées, il est désirable qu'on s'en tienne, tant dans la terminologie que dans les solutions de fond, à cette opposition formelle. Les arrétistes les plus récents paraissent d'ailleurs adopter ce point de vue, en accord avec une jurisprudence dont l'orientation semble manifeste, et des affirmations non moins nettes que celles rapportées plus haut se lisent par exemple sous la plume autorisée de M. Trasbot ²⁵.

Il faut ajouter tout de suite qu'on n'entend point par là reconnaître au legs avec charge efficacité dans tous les cas où elle est refu-

sée au legs par personne interposée. Tous deux sont également impuissants à écarter certaines incapacités de fond. Mais ce n'est point du tout en raison d'une identité de structure ; c'est seulement parce que le legs avec charge se heurte dans ces cas, comme il sera dit plus loin, à une défense qui, par définition même, ne fait point de distinction entre les formes techniques.

III. Reste un dernier point et ce n'est pas le moins important. Puisque, dans certains cas, la validité de l'attribution au tiers dépend du procédé choisi par le disposant, c'est-à-dire en somme de ses intentions, le problème se réduit alors à savoir ce qu'il a exactement voulu et il se pose de délicats problèmes de preuve.

La Cour de cassation déclare qu'il n'y a là que des questions de fait et qu'il incombe aux juges du fond d'apprécier souverainement les intentions du disposant ²⁶. Solution grave et dangereuse, écrivait déjà Beudant ²⁷, en ce qu'elle ouvre la porte à l'arbitraire, aux solutions opposées dans des cas qui paraissent semblables. E. M. Hugueney ²⁸ reproche à la Cour d'esquiver, sous le couvert d'une vaine recherche d'intentions, un problème de qualification légale. Mais MM. Planiol et Ripert, tout en partageant le même avis, se demandent : « Y a-t-il moyen de faire autrement ? ²⁹ »

En principe, non. La question de volonté est évidemment une question de fait, réservée aux juges du fond. Il semble pourtant qu'ici encore la Cour de cassation devrait, comme on le lui a déjà demandé sur d'autres terrains et notamment en matière de substitution ³⁰, pour garantir dans la mesure du possible aux justiciables cette sécurité qui est le plus précieux avantage d'une bonne justice, rappeler aux cours et tribunaux la règle d'interprétation de l'article 1157 du Code civil. Un acte susceptible de deux sens doit plutôt s'entendre dans celui avec lequel il peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel il n'en pourrait produire aucun. Et donc, à moins que les formules employées par l'auteur d'une disposition ou son intention connue par ailleurs ne contredisent nettement cette traduction, il faut en principe voir un legs avec charge dans la disposition faite par l'intermédiaire de tiers qui, autrement, se heurterait à un obstacle de fait ³¹. La question sera d'ailleurs parfois assez simple. Dans le cas où nous allons voir que le système doit être surtout utile, les biens légués devront en fait rester plus ou moins longtemps entre les mains du légataire à qui la charge est imposée et ce fait est alors un argument de plus pour l'interprétation souhaitable.

*
* *

Telle est la catégorie du legs avec charge, non point certes créée par la jurisprudence et la doctrine contemporaines, mais développée par elles, voire même déformée ³², si l'on veut ; mais qu'importe si cette déformation n'est qu'un assouplissement et une adaptation à

des besoins nouveaux? Reste à préciser la portée de l'extension et de l'élargissement qu'elle apporte à la liberté des dispositions gratuites.

Il faut dire qu'elle ne l'élargit que dans la mesure où la disposition directe se heurterait à des impossibilités techniques qui sont ainsi supprimées, mais non dans les cas où elle a été prohibée pour des raisons de fond, car il est évident qu'en pareil cas on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

I. Le procédé s'applique au mieux aux hypothèses sur lesquelles nous avons été amenés à discuter pour dégager l'évolution jurisprudentielle du legs avec charge, celle du legs à une personne morale non encore reconnue et celle du legs à un particulier en vue d'une fondation. Quand l'obstacle à franchir est uniquement un obstacle technique, ou du moins jugé tel, ainsi l'impossibilité de gratifier un sujet de droit qui n'existe pas encore, le legs avec charge, en faisant intervenir dans ce but une personne intermédiaire, titulaire temporaire du droit concédé, permet, nous avons vu pourquoi et à quelles conditions, d'atteindre le but visé : la brièveté forcée et le but limité de cette étude ne nous permettent pas de rappeler quelles garanties d'exécution sont alors fournies au bénéficiaire.

II. Le procédé peut-il s'appliquer à des personnes incertaines ou, plus exactement, indéterminées? Si nous supposons que ce ne sont point, en même temps, des personnes futures, car alors c'est ce dernier caractère qui doit être pris en considération et nous allons le retrouver, le critérium précédemment dégagé doit sans aucun doute s'appliquer. A la différence de ce qui se passait en droit romain, l'obstacle qui empêche les personnes indéterminées de recueillir est, en droit français, un simple obstacle de fait, l'impossibilité d'attribuer un droit à un inconnu qui le restera toujours. L'obstacle disparaît si le testateur a rendu le bénéficiaire déterminable³³ et c'est ce qu'il fait quand, ne pouvant l'indiquer avec précision au jour de la disposition, il charge un légataire de le choisir à sa place et d'après ses indications. La faculté d'élire qui, d'après une jurisprudence d'ailleurs contestable, rend nul le legs direct, paraît ici imposée par la nature des choses. Et si les questions de fait, qui jouent naturellement en pareil cas un rôle considérable, mettent quelque incertitude dans l'interprétation des arrêts, on peut dire cependant qu'ils admettent en majorité la validité de la combinaison³⁴.

III. Quand il s'agit de déterminer si le procédé de la libéralité avec charge permet de gratifier les personnes physiques non encore conçues, les principes de solution du problème restent les mêmes, mais leur application est beaucoup plus délicate. On peut en effet légitimement hésiter sur l'idée inspiratrice de l'article 906. Si l'obstacle matériel résultant de l'inexistence du bénéficiaire a été, ici encore, seul pris en considération, il n'y a aucun doute qu'il soit

écarté par un legs avec charge. Et en conséquence, dans un cas où aucun autre empêchement n'intervient de ce chef, on ne conteste point, nous l'avons vu, que des générations, conçues depuis qu'un legs a été fait à un établissement public avec charge de distribuer des secours, des prix ou des dots, puissent profiter de cette libéralité. Mais, dans les cas autres que celui d'une fondation et s'il s'agit d'une disposition adressée par intermédiaire à des enfants à naître d'une personne déterminée, la situation est différente et il est permis de penser qu'il faut faire intervenir ici des considérations étrangères à la technique. D'abord l'histoire nous montre que l'article 906 n'est que l'aboutissement et la généralisation à cet égard d'une réaction continue contre la possibilité ancienne de gratifier les non-conçus³⁵ et l'explication en peut être que le législateur n'entend point permettre à l'homme de régler pour un temps trop long la dévolution de ses biens et d'imposer sa volonté à la suite des générations³⁶. L'idée se rapprocherait, sur ce point particulier, de celle qui a fait interdire les substitutions. Et c'est encore une confirmation de ce point de vue que le caractère précis et limité des exceptions apportées à la règle dans des cas jugés dignes d'une faveur particulière par l'article 906 lui-même, cas des substitutions permises et des donations faites par contrat de mariage aux enfants à naître des époux. Et c'en est une dernière enfin que la jurisprudence ait exclu la possibilité de l'assurance sur la vie au profit d'enfants à naître jusqu'à ce qu'elle ait été reconnue par la loi du 13 juillet 1930 (art 63, al. 2).

IV. Et enfin il est certain que les incapacités de recevoir, commandées par des motifs d'ordre public, s'opposent à la validité des legs indirects comme des legs directs. Ainsi en est-il, si l'on s'en tient au Code lui-même, des incapacités des articles 907 et 909, édictées pour empêcher des tentatives de captation et que vise d'ailleurs immédiatement l'article 911 par la place même qu'il occupe. Ainsi en serait-il des incapacités de recevoir frappant diverses associations pour des raisons de fond, quelques discutables que puissent être d'ailleurs, en législation, certaines de ces dernières.

V. On voit quel sera, de façon générale, le critérium et quand on pourra dire que l'emploi de la catégorie juridique spéciale qu'est le legs avec charge ne pourra pas suffire à écarter une prohibition légale. C'est quand il sera manifeste que c'est l'arrivée même des biens légués entre les mains du bénéficiaire définitif, son enrichissement même que la loi a voulu empêcher ; quand donc c'est un but certainement défendu qu'on atteindrait ici par un moyen détourné. Qu'il s'agisse d'une fraude à la loi ou, plus exactement peut-être, sans qu'on veuille d'ailleurs prendre ici parti sur l'autonomie récemment discutée de la précédente notion³⁷, d'une véritable violation de la loi³⁸, puisque l'article 911 prohibe en bloc tous les moyens d'atteindre le résultat par lui condamné, les conséquences

sont les mêmes. Il faut toujours reconnaître au juge le droit et même l'obligation de rechercher les intentions du législateur. Mais d'ailleurs il ne s'agit bien entendu que de ses intentions certaines et non de celles qu'on pourrait, plus ou moins arbitrairement, lui prêter. Ici plus qu'ailleurs, puisqu'il s'agit de prohibitions, il faut s'en tenir à la volonté législative, dans la mesure où elle peut être nettement dégagée.

*
* *

En résumé, l'exemple choisi permet de saisir sur le vif l'importance et les limites de cette technique sur laquelle M. le Doyen Gény a si justement et si efficacement attiré l'attention des juristes, notamment dans le troisième volume de *Science et technique*.

Il convient sans doute de reconnaître qu'on eût pu faire, dans la plupart des cas visés, l'économie du procédé complexe par lequel on évite l'application à des intérêts légitimes de la formule restrictive de l'article 906 du Code civil. Il suffisait de considérer qu'il ne vise que les personnes physiques et il y a les meilleurs raisons de le penser, les inconvénients antérieurement signalés qu'il veut écarter quand celles-ci sont en jeu n'existant pas quand il s'agit de personnes morales ³⁹.

Mais puisque la jurisprudence s'estimait et s'estime encore liée de façon générale par l'article 906, encore est-il heureux qu'elle se soit résolue à en corriger les exigences, qu'elle jugeait par ailleurs excessives, en sanctionnant le recours à la technique qui vient d'être étudié. Celle-ci peut donc être un moyen de se passer dans certains cas d'un législateur paresseux ou apeuré, à condition seulement de ne point heurter ses défenses certaines. Et il n'est pas superflu d'ajouter qu'en ces questions touchant à la liberté des associations et des fondations où, malgré des progrès certains, le droit français est encore fort en retard sur des législations voisines, l'utilité d'une technique aussi souple que possible se fait spécialement sentir. On s'est trop longtemps retranché en ces matières derrière des difficultés purement juridiques. Il n'en est pas ici plus qu'ailleurs d'insolubles. Et certes on ne peut nier que la réglementation des libertés en cause soulève les plus graves problèmes politiques et économiques : mais il convient qu'on les aborde et qu'on les discute franchement et de front. Les solutions de fond une fois données et justifiées, il sera facile au législateur et, à son défaut, à la jurisprudence et à la doctrine, de leur donner l'armature juridique adaptée.

¹ *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 164.

² COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1929, p. 689.

- ³ S., 1864, 1, 153.
- ⁴ S., 1867, 1, 61. Cf. encore Cass., 7 février 1912, *D.*, 1912, 1, 433.
- ⁵ Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 11^e édition, Paris. *Librairie générale de droit et jurisprudence*. 1931, n° 2920.
- ⁶ Cass., 7 nov. 1859, S., 1860, 1, 350.
- ⁷ COQUET, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, Thèse Poitiers, 1908, pp. 146 et 147.
- ⁸ V. notes Labbé, S., 1870, 2, 146. — S., 1890, 1, 241. — S., 1892, 4, 17. — S., 1895, 2, 1 et note Beudant, *D.*, 1893, 2, 5.
- ⁹ V. COQUET, *op. cit.*, p. 152.
- ¹⁰ COQUET, *op. cit.*, n°s 106 et 107.
- ¹¹ V. les auteurs cités dans COQUET, *op. cit.*, pp. 129, note 9, et 130. — Cf. Cass., 5 juillet 1886, S., 1890, 1, 243, et Agen, 22 juin 1887, *ibid.*
- ¹² Note au *Sirey*, 1890, 1, 241.
- ¹³ Dans le même sens, Beudant, note sous *D.*, 1893, 2, 6.
- ¹⁴ V. les réflexions analogues de PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, 11^e édition, t. III, n° 3015.
- ¹⁵ Cass., 14 juillet 1830. (*Dalloz Rép.*, V° *Dispositions entre vifs et testaments*, n° 3594. — COQUET, *op. cit.*, p. 118, note 98. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. III, n°s 2751 et 2813.
- ¹⁶ LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN : *Essai sur les fondations par testament. Revue trimestrielle de Dr. civ.* Année 1904, p. 265.
- ¹⁷ LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN, *op. cit.*, p. 266. Cf. de LAPRADELLE, *Des fondations*, Thèse, Paris, 1894 p. 142.
- ¹⁸ LAMBERT : *La stipulation pour autrui*. Thèse, Paris, 1893, 2^e p., § 175.
- ¹⁹ Cf. Beudant, note au *Dalloz*, 1893, 2, 5, et les auteurs cités par Coquet, *op. cit.*, p. 149, note 5.
- ²⁰ LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN, *op. cit.*, pp. 262 et ss.
- ²¹ COQUET, *op. cit.*, pp. 131 et ss.
- ²² PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*. T. III, 3^e éd., n° 3015.
- ²³ PLANIOL, *op. cit.*, n°s 3019 et ss. et note au *Dalloz*, 1905, 1, 425.
- ²⁴ PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, éd. 1927 et éd. 1932, n° 3017. La volontaire confusion d'autrefois se retrouve pourtant encore au n° 3346.
- ²⁵ Cf. *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Année 1929. *Examen doctrinal de jurisprudence civile*, pp. 464 et ss., à propos de Paris, 1^{er} juillet 1926 et Trib. Seine, 1^{er} février 1927. *D.*, 1928, 2, 121, avec la note de M. Savatier.
- ²⁶ Série d'arrêts dont notamment Cass., 6 nov. 1888. S., 90, 1, 241 ; Cass., 2 janvier 1906, S., 1906, 1, 348. — 9 janv. 1906, S., 1906, 1, 497.
- ²⁷ Note au *Dalloz*, 1894, 1, 957.
- ²⁸ Note au *Sirey*, 1914, 1, 307, 3^e col.
- ²⁹ PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 3018.
- ³⁰ Note Tissier, s. Cass., 20 janv. 1904, S., 1906, 1, 81.
- ³¹ A moins cependant qu'une question de moralité ne décide les juges à une solution contraire, comme dans les curieuses espèces suivantes. Paris, 19 oct. 1927. *D. hebdomadaire*, 1927, 561, et Limoges, 3 juillet 1928 (*Semaine juridique*), 1928, 1234, à propos desquelles on lira les réflexions de M. Trasbot (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, pp. 466 et 467).

³² COQUET, *op. cit.*, p. 166.

³³ V. Cass., req., 3 févr. 1926, *D. hebdomadaire*, 1926, 113. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, nos 2924 et ss.

³⁴ PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 3020.

³⁵ LAMBERT, *op. cit.*, 2^e p., § 165-184. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. III, 11^e éd., nos 2912-2914.

³⁶ COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. III, 5^e éd., p. 689. — MM. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 2916, ne font, eux, aucune réserve.

³⁷ DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*. Thèse, Paris, 1927. — LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, Thèse, Aix, 1928.

³⁸ DESBOIS, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ V. COQUET, *op. cit.*, pp. 105 et 106. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. III, 5^e éd., pp. 689 et 690.

CHAPITRE VI.

La notion de la Règle de Conduite

par Adrian STOOP,
Docteur en droit de l'Université de Leyde

Quel rapport y a-t-il entre la notion de la règle de conduite et le problème des sources du droit ? Un rapport très important à notre avis : le rapport, notamment, existant entre n'importe quel problème et une question préliminaire à laquelle il est indispensable d'avoir répondu, avant qu'on puisse résoudre celui-là. Car comment serait-on à même de déterminer les sources du droit, si l'on ne savait pas ce que c'est que le droit, c'est-à-dire si l'on ignorait quelle est la chose dont on cherche à déterminer les sources ? Or, sans prétendre à donner du droit une définition complète, nous pouvons cependant en dire une chose avec toute la certitude que nous procure l'évidence : le droit est un ensemble de règles — les « règles juridiques » — qui à leur tour peuvent être qualifiées de *règles de conduite*. Par conséquent, les sources du droit ne peuvent être que les conditions requises pour donner lieu à la naissance de règles de conduite de caractère juridique. Mais pour être à même de déterminer ces conditions-là, il est logiquement indispensable qu'au préalable on se soit posé la question : qu'est-ce qu'une règle de conduite ? et qu'on y ait donné une réponse claire et nette.

Nous avertissons le lecteur que — si nous disons : « règle de conduite » nous n'avons — en grande partie du moins — en vue que la notion qu'on a l'habitude de désigner par les termes de « norme » ou d'« impératif ». Cependant, ceux-ci prêtant à l'équivoque à cause des acceptions trop différentes dans lesquelles on les a pris, nous leur préférons un terme sans passé scientifique, un terme « vierge » en quelque sorte, et c'est pourquoi nous parlons de « règle de conduite », terme qui nous semble exprimer notre pensée d'une façon parfaitement adéquate.

En outre nous préférons notre appellation aux termes consacrés, parce qu'elle embrasse également la *règle permissive*, qui est forcément exclue par celui qui parle de « norme » ou d'« impératif ». Mais attendu qu'il n'y a aucun argument valable pour nier *a priori* que les règles juridiques puissent être permissives aussi bien qu'impératives, et que sans examen préalable il n'est même pas admissible

de prétendre que celles-là se laissent réduire à celles-ci, je ne crois pas qu'il soit permis qu'on s'empêche dès le début de ses recherches — par la terminologie qu'on emploie — de prendre en considération les unes aussi bien que les autres.

La règle de conduite qu'est-elle ?

Les femmes ont souvent l'habitude de définir une notion par un exemple. Or, si un exemple ne vaut pas grand' chose comme définition, c'est au contraire une excellente entrée en matière et c'est pourquoi nous ne nous gênerons point de commencer par dire : il s'agit d'une règle de conduite, lorsque quelqu'un dit que — certaines circonstances étant données — on doit (ou l'on peut) se conduire de telle ou telle façon.

Il est entendu que la conduite que la règle impose ou permet peut être une action tout aussi bien qu'une abstention et que les circonstances qui conditionnent le « devoir » ou le « pouvoir » que la règle exprime, peuvent être les plus diverses. Il s'ensuit que toute règle qui rentre dans le schéma suivant : étant données les circonstances *X*, *A* doit (ou peut) observer la conduite *Y*, est une règle de conduite. Cette proposition est-elle convertible ? Ou existe-t-il des règles de conduite pour qui ce schéma ne serait qu'un lit de Procuste ? Ce ne serait que l'examen d'une infinité d'exemples qui pourrait nous l'apprendre.

Or, n'ayant jamais réussi à trouver un exemple de règle de conduite qui s'y refusât, je ne crains pas, en convertissant notre proposition, d'avancer, que toute règle de conduite rentre dans le schéma susdit.

Mais celui qui dit que quelqu'un doit ou peut observer une certaine conduite, qu'exprime-t-il au fond ?

Ce problème nous semble être infiniment moins compliqué qu'il n'en a l'air. Mais pour le résoudre il s'agit de le poser le plus simplement possible. Considérons donc un exemple de la vie journalière : mettons que je dise à mon enfant qui s'apprête à partir pour l'école : « N'oublie pas, mon petit, que tu *dois* rester le plus possible sur les trottoirs et qu'avant de traverser une rue tu *dois* toujours regarder à droite et à gauche s'il n'arrive pas d'autos » ; ou encore que je lui dise : « Il est trop tôt pour partir déjà : tu *peux* encore jouer un peu ».

Qu'elle est ma pensée, que s'est-il passé dans ma conscience, lorsque je m'exprime ainsi ? Au cas du premier exemple j'ai pensé évidemment aux dangers, auxquels tout piéton — et particulièrement un enfant irréfléchi — est exposé dans la rue ; je tiens à ce que mon enfant les évite, et j'ai considéré quelle conduite l'en garantira le mieux ; ayant trouvé, ensuite, que le danger existe surtout lorsque le piéton se sert de la partie de la rue destinée à la circulation des véhicules, j'ai estimé que pour la sécurité de mon enfant il vaut mieux qu'il l'évite le plus possible et que — s'il est inévitable qu'il y entre — il redouble d'attention. Voilà toute la

pensée que j'exprime — et que, si mon enfant ne la comprend pas, je pourrai lui expliquer en lui exposant mes motifs — lorsque je dis : « Tu dois rester le plus possible sur les trottoirs et avant de traverser la rue tu dois bien regarder s'il n'arrive pas d'autos. » Eh bien : le processus intellectuel dont cette phrase exprime la conclusion, qu'est-il, comment pouvons-nous le qualifier ? A cette question nous ne trouvons qu'une seule réponse : c'est un processus *d'appréciation*, se terminant par une conclusion qui est un « *jugement d'appréciation* » : le jugement, notamment, que pour les motifs que nous avons exposés, il vaut mieux que dans la rue notre enfant se conduise de telle façon déterminée que de n'importe quelle autre façon.

Et c'est encore une appréciation que nous découvrirons au fond de notre conscience, lorsque nous considérons attentivement le second exemple : il est trop tôt pour que mon enfant parte déjà pour l'école ; c'est-à-dire qu'il vaut mieux qu'il reste encore un peu à la maison, parce qu'il est inutile qu'il s'expose aux dangers de la rue plus de temps qu'il n'en faut pour se rendre directement à l'école. Or, pourvu qu'il reste à la maison, il m'est au fond égal ce qu'il y fait : il a terminé ses devoirs, il a appris ses leçons ; ma foi, qu'il s'amuse : il ne vaut pas mieux qu'il fasse autre chose. Voilà la conclusion que j'exprime en disant : *tu peux encore jouer un peu*.

La place me manque pour multiplier les exemples : du reste, le lecteur en trouvera facilement lui-même. Eh bien, s'il analyse consciencieusement sa pensée, il verra sans doute, que toutes les fois qu'il dit que quelqu'un *doit* ou *peut* agir d'une certaine façon, la pensée qu'il exprime se laisse réduire à une appréciation : appréciation positive : il vaut mieux que tu (ou il) fasse(s) cela, lorsqu'il se sert du verbe « devoir » ; appréciation négative : il ne vaut pas mieux que tu (ou il) ne fasses(s) pas cela, lorsqu'il s'exprime au moyen du verbe « pouvoir ».

Faut-il en conclure que toute appréciation de la conduite d'autrui ou de notre conduite à nous, puisse être traduite au moyen des verbes « devoir » ou « pouvoir » ? Certes, non ! Car les appréciations que ces verbes expriment ont encore un caractère particulier : à savoir, que le critère qui a présidé à leur formation est toujours le point de vue de ce qui, dans les circonstances données, *nous semble importer le plus*. Les limites de cet article m'empêchent, d'ailleurs, de prouver ceci plus amplement, de sorte que je dois me contenter de renvoyer le lecteur au chapitre II de mon *Analyse de la Notion du droit*.

Cependant, la conclusion que la brève analyse à laquelle nous avons procédé, nous permet de formuler, nous semble avoir déjà une certaine importance : toute règle de conduite — partant toute règle juridique — est l'expression d'un jugement d'appréciation sur la conduite d'un individu donné dans des circonstances déterminées, appréciation positive, si la règle est *impérative*, apprécia-

tion négative, lorsqu'elle est *permissive* — jugement d'appréciation, du reste, auquel nous ne donnons pas forcément toujours notre assentiment. Mais peu importe qu'une appréciation soit fausse, erronée, injuste même, à notre avis, cela ne nous empêchera pas de la considérer comme une appréciation. D'ailleurs si tout le monde était toujours d'accord avec les jugements d'appréciation — c'est-à-dire avec les règles de conduite — dont l'ensemble constitue ce que nous appelons le droit positif ou en vigueur, il n'y aurait plus de *jus constituendum* et toute l'évolution juridique serait arrêtée !

Mais il s'agit de terminer cette modeste contribution par une conclusion qui puisse la rattacher de nouveau au problème des sources du droit. A cette fin nous essayerons d'indiquer quelle serait, à notre avis, la route que — en partant de la notion de la règle de conduite telle que nous l'avons définie — il faudrait suivre pour arriver à déterminer les sources du droit.

D'abord il s'agira de découvrir par quelle différence spécifique les règles juridiques se distinguent de toutes les autres espèces de règles de conduite : règles morales, règles de politesse, d'hygiène, économiques, techniques, etc. En d'autres termes, il s'agira de déterminer le caractère spécial des règles de conduite que nous appelons « règles de droit ».

Ensuite, il faudra étudier quelles sont les conditions qui doivent être réalisées pour qu'une règle de conduite acquière ce caractère spécial que la règle juridique possède à l'exclusion de toutes les autres règles de conduite.

Ce sont ces conditions-là qui — à notre avis — devront être considérées comme les véritables « sources du droit ».

CHAPITRE VII

Le Standard Juridique

par A.-A. AL-SANHOURY,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Egyptienne (Le Caire)

Dans son ouvrage célèbre *L'Individualisation de la Peine*, Saleilles a écrit il y a maintenant plus de trente ans : « Il se produit aujourd'hui un mouvement général ayant pour objet de détacher le droit des formules purement abstraites qui, pour le vulgaire tout au moins, paraissaient le soustraire au contact de la vie. *Il n'est pas douteux que le droit civil, tôt ou tard, subira une transformation de ce genre.* En attendant c'est par le droit pénal que l'évolution commence ; et on peut dire qu'elle est hardiment commencée. » Le mouvement d'individualisation, devenu aujourd'hui une donnée acquise dans la science du droit pénal, domaine subjectif par excellence, a pénétré dans le domaine du droit civil, conformément à cette prévision.

On a cru, pendant longtemps, que le besoin le plus impérieux du droit privé c'est la stabilité, et on lui a sacrifié toute autre chose. On commence maintenant à reconnaître que la stabilité est une chimère ; elle ne peut pas résister aux transformations de la vie, et c'est un autre besoin, plus impérieux et moins facile à réaliser, qu'il faut satisfaire : le besoin d'adaptabilité. En d'autres termes, le droit privé, à l'instar du droit pénal, doit être individualisé : à chaque situation juridique sa solution propre, individuelle, la solution la plus appropriée aux circonstances particulières de cette situation. Envisager des hypothèses variées d'une façon abstraite et générale, établir une règle rigide pour les englober en bloc sans tenir compte des particularités de chaque cas, c'est méconnaître la nature même du monde social, nature rebelle à toute uniformisation mathématique.

On s'est déjà complètement affranchi de la méthode, jadis prédominante, de l'école des interprètes du Code civil. Cette école, vivement attaquée par de grands juristes comme Saleilles et Lambert, et définitivement condamnée grâce à l'œuvre magistrale de Gény, envisageait le droit comme une science abstraite, d'une logique serrée, où, d'après l'expression heureuse de Saleilles, « les syllogismes s'échafaudent les uns sur les autres, pour obtenir une Somme magistrale, isolée de toute influence extérieure, qui, bien qu'il s'agisse

d'œuvre juridique, peut n'avoir rien de commun ni avec la justice, ni avec l'équité, ni avec l'utilité sociale, mais qui sera un beau chef-d'œuvre de logique ». La technique de cette école a été finement analysée par M. Roscoe Pound, doyen de la Faculté de droit de Harvard, qui a proposé une classification de ces procédés en règles, principes et conceptions ¹. La règle (rule) est une solution de détail qui s'applique toutes les fois que la même espèce de litige se représente devant les juges. Le principe rapproche quelques règles pour en dégager l'idée commune et pour en tirer des nouvelles déductions. La conception unit à son tour des groupes de principes en une synthèse féconde, où tous les rapports juridiques doivent être classés en catégories s'appliquant automatiquement à tous les cas qui y rentrent.

A une nouvelle école il faut une nouvelle technique. Ce n'est pas par des règles et des principes qu'on peut arriver à individualiser le droit privé. La règle est, par sa nature même, générale et abstraite. Le principe est encore abstraction de l'ensemble des règles. Il nous faut donc des nouveaux procédés pour réaliser l'adaptabilité du droit privé et l'individualisation de ses solutions. C'est par des directives, « standards », qu'on peut arriver à cette fin. Nous préciserons, en premier lieu, la notion du « standard », puis nous en indiquerons quelques applications ².

I. DÉFINITION DU « STANDARD »

Le « standard » donne une mesure moyenne de conduite sociale, susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée. Le standard de « bonne foi » dans les *negotia bonae fidei* reflète la couleur de chaque situation juridique à laquelle il s'applique, et qu'il faut envisager concrètement pour se convaincre que les conditions d'un tel « standard » se trouvent satisfaites. Même remarque pour le standard de « soins d'un bon père de famille » dans la notion de faute, le standard de « reasonable service and reasonable facilities » dans « the law of public utilities », le standard de « rationalité » dans le domaine de « restraints of trade ».

Sans s'arrêter à la distinction subtile que le regretté doyen Hauriou a établie entre le « standard » et la « directive », en assimilant le premier à « l'instrument qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude », et le second à la route à suivre dégagée grâce à l'emploi de cet instrument « standard » (Police juridique, p. 9), nous tâcherons d'éclairer la notion du « standard » au moyen d'une comparaison entre cette notion et celle de règle et de principe.

La règle donne une solution fixe à une hypothèse déterminée. Fixité quant aux faits prévus, et fixité quant à la solution applicable à ces faits, voilà le trait caractéristique de la règle. Le standard n'a pas cette fixité rigide ; c'est une grande ligne de conduite, une directive générale pour guider le juge. Celui-ci, en appliquant la règle,

n'a qu'à vérifier si les conditions précises de son application sont réunies, et alors il se borne à appliquer la règle d'une façon mécanique. L'application du « standard », par contre, exige un pouvoir discrétionnaire, l'intuition d'un expert ; il lui faut non pas le travail d'une machine aveugle, mais le doigté d'un artisan habile ; et elle aboutit, non pas à la solution invariable que donne l'application de la règle, mais à des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptée aux particularités des faits en présence. A la fixité et la rigidité de la règle s'oppose avantageusement la souplesse et l'adaptabilité du standard. Quant au principe, ce n'est pas la précision et la fixité de la règle qu'on y trouve, puisqu'il est une idée générale, ne visant pas, comme la règle, des faits précis ; il est dégagé d'un ensemble des règles liées entre elles par une certaine relation logique, et c'est l'idée commune qui est à la base de toutes ces règles qu'on formule en « principe ». Mais ce qui caractérise le « principe », c'est l'abstraction. On arrive à dégager de l'ensemble des règles un principe par un travail de pure induction logique, en éliminant les particularités de chaque règle, pour ne retenir qu'une conception idéale et purement subjective et en faire une réalité permanente et objective. Le standard est essentiellement différent. Il n'a rien d'abstrait. Il se borne à formuler la façon normale de se conduire, sans abstraction ni généralisation ; il suppose par son essence même, qu'il y a plusieurs façons de se conduire selon les circonstances, et c'est au juge qu'incombe la tâche délicate de déterminer dans telles circonstances quelle est la meilleure façon de se conduire. Au caractère abstrait et subjectif du principe, on peut opposer le caractère concret et objectif du standard.

Le standard diffère également de la règle et du principe quant au fonctionnement. C'est la logique pure qui domine le fonctionnement de ces deux derniers procédés : logique inductive pour dégager le principe de l'ensemble des règles, et logique déductive pour appliquer la règle et le principe aux cas d'espèce. Les solutions auxquelles on aboutit seront ainsi des solutions abstraites, s'accommodant très mal aux cas particuliers, vu que la vie sociale ne peut pas être soumise à une logique rigoureuse et étroite. Le standard, par contre, ne se prête pas à une application mécanique. C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du « standard ». L'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique.

Par là même que le standard est un élément de souplesse et d'adaptabilité, il se trouve le mieux approprié dans un domaine où le besoin d'adaptation et d'évolution l'emporte sur le besoin de sécurité. Tandis que le domaine de la règle c'est la définition des délits dans le droit pénal, les formalités dans le droit de procédure, les effets de commerce dans le droit commercial, le régime de la propriété, les droits réels, le statut familial dans le droit civil, matières qui constituent les éléments statiques de l'organisation économique et sociale d'un pays et qui, à ce titre, se prêtent le mieux à la fixité

de la règle, le standard, tout au contraire, est un élément précieux d'évolution dans le domaine de l'activité économique et le domaine des rapports entre les classes sociales, domaine d'évolution constante et de perpétuel devenir : organisation de l'industrie, rapports commerciaux, relations entre le capital et le travail, associations des personnes et des capitaux ; et, pour reprendre ces matières sous leur aspect juridique : la notion du contrat, la notion de la faute, de la société, de la personnalité juridique, le contrat de louage de service, les diverses matières de la législation industrielle et du droit des services publics.

La question de savoir si le système de règles et de principes ou le système de standards a pour lui l'antériorité est controversée. Nous nous accordons avec le doyen Pound. « Les standards, dit-il, sont des développements tardifs dans le domaine du droit ; ceux du droit romain appartiennent à l'époque classique ; le standard de « due care » in the American law of negligence » est l'œuvre du xix^e siècle ; les standards de « reasonable service and reasonable facilities in the » American law of public utilities » ne furent admis qu'à la fin du siècle dernier. » Pour le doyen Hauriou, le standard est préexistant à la règle. En bas de l'architecture du système juridique se trouve « la couche des standards et directives, création primaire de l'auto-limitation du pouvoir des autorités sociales diverses qui administrent le droit dans les opérations de la pratique et dans le règlement des litiges. Au-dessus, la couche des règles de droit écrites ou des lois qui sont pour contrôler et limiter le pouvoir discrétionnaire des jurisprudences avec leurs standards et directives et aussi pour procurer aux sociétés des règles plus générales mieux connues et plus stables. » Faute d'espace, il nous suffit de renvoyer le lecteur à la littérature sur cette question de rapport d'ancienneté entre la règle et le standard ³.

Il est temps de choisir, dans le domaine que nous avons tracé pour le « standard », quelques applications qui nous en éclaircissent la notion. Une thèse nouvelle vaut, en effet, ce que valent ses applications pratiques.

II. APPLICATIONS DU « STANDARD »

Nous laissons de côté les standards classiques du droit romain, tel que le standard de « bon père de famille », aussi bien que les standards du droit moderne qui sont trop connus pour trouver place ici, tels que « le motif légitime » dans la théorie de l'abus de droit, « l'excuse valable » en matière de louage de travail, « la perte excessive de récolte » en matière de bail, et nous nous bornons à traiter des standards moins connus et de développement récent⁴. Nous nous arrêtons à quatre applications importantes dans différents domaines : les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail, la théorie de l'imprévision, la responsabilité dans les rapports de voisinage, la validité des ententes entre industriels et commerçants ⁵.

A. Restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail ⁶

Il y a deux catégories de contrats où de pareilles clauses peuvent être insérées. Ou bien c'est un contrat de cession de fonds de commerce où le cédant s'engage à ne pas faire concurrence au cessionnaire, ou bien c'est un contrat de louage de service où le patron stipule que l'employé, en sortant de chez lui, ne pourra pas s'établir pour son propre compte dans la même industrie ni passer au service d'une maison concurrente. Dans ces hypothèses on ne peut pas maintenir la liberté du contrat, en respectant ces restrictions contractuelles, sans aboutir à entraver la liberté du travail. Il s'agit donc de trouver un critérium pour faire la conciliation nécessaire entre les deux libertés en conflit. C'est la jurisprudence anglaise qui, après avoir passé par deux phases, d'abord prohibition absolue de toute « *restraint of trade* », et ensuite distinction entre la restriction générale nécessairement nulle et la restriction partielle valable sous certaines conditions (cas *Mitchel c. Reynolds* : 1 P.W. 181), a établi, dans sa troisième phase, le standard de « *rationalité* » pour apprécier la validité d'une restriction contractuelle à la liberté du travail. Une pareille restriction, pour être valable, doit être raisonnable (cas de *Nordenfelt* : 1894, A.C. 535). Voilà un standard souple et doué d'une adaptabilité remarquable aux circonstances particulières de chaque hypothèse. La clause restrictive doit être, tout d'abord, raisonnable vis-à-vis du stipulant, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas excéder la mesure nécessaire à la protection de ses intérêts (secrets de commerce, procédés particuliers à l'entreprise, nom commercial, clientèle, etc.), mesure qui varie suivant la nature de chaque profession et de chaque branche d'industrie ou de commerce; c'est ainsi que la profession d'un chirurgien ou celle d'un dentiste n'exige pas pour sa protection la même étendue d'espace que la profession d'un avocat, et une entreprise qui a un caractère universel avec une clientèle étendue à tout un pays ou au monde entier (ex. fabrication de canons, de caissons d'artillerie et de munitions diverses) exige une protection beaucoup plus large que ne l'exige une entreprise locale.

La clause doit être, ensuite, raisonnable vis-à-vis du promettant. Ici on a pu distinguer, dans une quatrième phase dans l'histoire de l'évolution de la jurisprudence anglaise sur la matière (les deux cas de *Mason* et de *Saxelby* : 1913, A. C. 724 ; 1916, A. C. 688), entre les contrats de cession de fonds de commerce et les contrats de louage service, distinction qui, grâce à la souplesse du standard, répond à la nature même des choses et aux exigences de chaque situation distincte. Dans le contrat de cession de fonds de commerce c'est la liberté du contrat qui importe le plus : le vendeur est le plus souvent un vieux commerçant qui veut se retirer ; en conservant sa liberté de contracter il peut tirer un plus grand profit de son entreprise ; il débat le marché avec une liberté sensiblement égale à celle de l'acheteur ; en outre le rôle économique de la cession d'un fonds de com-

merce est précisément de permettre à l'acheteur de conserver la clientèle pour laquelle il a payé et de réaliser toute la valeur de l'entreprise qu'il a acquise ; il y a là des considérations qui favorisent les restrictions contractuelles les plus étendues à la liberté du vendeur d'exercer son ancienne profession ; de telles restrictions, raisonnables vis-à-vis du stipulant, sont de même raisonnables vis-à-vis du promettant. Toute autre est la situation de l'employé dans le contrat de louage de service ; celui-ci n'a comme ressource que son travail ; il compromettrait gravement son avenir en s'imposant une clause restrictive très large ; ayant besoin de travailler pour gagner sa vie, et par conséquent obligé d'accepter les conditions les plus onéreuses, il se trouve, en débattant la clause restrictive, dans une situation inférieure à celle du patron ; c'est donc la liberté du travail, et non pas la liberté du contrat qui doit l'emporter ; une restriction contractuelle à la liberté du travail qui a pour but, non pas de protéger la « connaissance objective » (secrets de commerce, procédés particuliers à l'entreprise, des noms et des adresses de la clientèle, relations commerciales, etc.), auquel cas la clause restrictive pourrait être très étendue, mais de limiter le profit que l'employé peut tirer de sa « connaissance subjective », c'est-à-dire de l'habileté manuelle et intellectuelle acquise par lui au cours de son travail ne peut pas obtenir la protection judiciaire, parce qu'elle n'est pas raisonnable par rapport au promettant qu'il s'agit de protéger.

La clause restrictive doit être, enfin, raisonnable vis-à-vis du public, dont l'intérêt, dans le contrat de louage de service, se trouve en harmonie avec celui du promettant, et, dans le contrat de cession de fonds de commerce, avec celui du stipulant.

Il est clair que la jurisprudence anglaise, grâce à l'emploi du standard de rationalité et des sous-standards de rationalité vis-à-vis du stipulant, vis-à-vis du promettant et vis-à-vis du public, a pu donner des applications nuancées et bien adaptées aux situations économiques et sociales en présence, applications que la vieille règle de la prohibition absolue de toute restriction générale est impuissante à fournir.

B. Théorie de l'imprévision

C'est encore la jurisprudence anglaise qui va nous offrir une autre application intéressante du standard dans le domaine de la force obligatoire du lien contractuel. Il arrive quelquefois qu'au moment de l'exécution d'un contrat un fait, imprévu lors de sa conclusion, et non imputable aux parties contractantes, rend l'exécution, non pas impossible comme au cas de force majeure, mais beaucoup plus onéreuse qu'on ne l'avait prévu. Cet élément d'imprévisibilité n'entre-t-il pas en considération lorsque le créancier exige l'accomplissement par le débiteur de ses obligations, et ne justifie-t-il pas la dissolution du contrat ? A cette question, la théorie de l'imprévision, qui s'est développée surtout depuis la guerre et notam-

ment dans le domaine du droit administratif, donne une réponse affirmative. En France, tandis que la jurisprudence du Conseil d'Etat a fait à la théorie un bon accueil, la jurisprudence civile, à part quelques législations particulières et temporaires, s'est montrée nettement hostile à toute dérogation à l'effet obligatoire des conventions.

Dans le domaine du droit anglais, il est curieux de constater que ce système, qui a commencé par nier même à la force majeure l'effet libératoire du lien contractuel, a fini, grâce à l'ingéniosité de ses juges, par admettre la théorie de l'imprévision, théorie moins justifiable, quant à la soumission devant la nécessité, que celle de force majeure⁸. Dans un « leading case » : *Paradine c. Jane*, qui remonte à 1647, la jurisprudence anglaise a établi le principe que la force majeure ne dissout point le lien contractuel. La rigueur de ce système fut adoucie par l'admission des nombreuses dérogations. La jurisprudence est arrivée peu à peu à admettre la force majeure comme excuse valable pour la non-exécution du contrat, et cela grâce à un standard de rationalité ainsi conçu : l'événement qui rendrait impossible l'exécution du contrat, et qui mettrait ainsi fin au lien contractuel, doit être de tel caractère qu'il ne peut pas raisonnablement avoir été dans les prévisions des parties contractantes. Avec ce standard de « prévision raisonnable », la jurisprudence anglaise a pu tenir compte, non pas seulement du fait imprévisible qui affecte la possibilité de l'exécution, mais aussi celui qui, sans rendre impossible l'exécution du contrat, fait déjouer son but. Il y a là une application de la clause *rebus sic stantibus*. Si le contrat suppose pour son exécution un état de choses particulier qui a cessé d'exister par suite d'un fait imprévisible, la possibilité matérielle d'exécuter le contrat en dehors de cet état de choses ne compte point, et le contrat doit être rompu comme si son exécution était devenue impossible. C'est ce principe que la jurisprudence anglaise a appliqué dans deux séries de cas fameux, celle des affaires du couronnement (*coronation cases*) et celle de la frustration de l'aventure (*frustration of the adventure*). Dans tous ces cas l'exécution matérielle du contrat reste possible, mais elle est devenue sans utilité pour la partie qui a manqué son but ; ceci justifie la rupture du contrat.

L'évolution de la jurisprudence anglaise a continué, surtout depuis la guerre. Le fait imprévisible dont on tient compte peut ne pas rendre impossible l'exécution du contrat, ni faire dévier son but, mais simplement rendre plus onéreuse ou plus difficile son exécution. Nous sommes en pleine théorie de l'imprévision, et nous constatons que la jurisprudence anglaise, au début en retard par rapport au système français qui a toujours admis la force majeure, dépasse maintenant ce système, du moins en ce qui concerne le domaine civil, en admettant, non pas seulement la force majeure, mais aussi le fait imprévisible qui rend le contrat plus onéreux. Et cette évolution se poursuit toujours grâce au standard de la « prévision raisonnable », que la jurisprudence anglaise a appliqué à des cas

nombreux, en adaptant la solution qu'elle donne aux circonstances particulières de chaque cas. C'est la dernière guerre qui a servi comme fait imprévisible, dépassant la prévision raisonnable, dans plusieurs cas où la jurisprudence anglaise a prononcé la rupture du lien contractuel. Outre « les cas de guerre » (war cases), qui sont plutôt des applications de la force majeure, nous trouvons dans les recueils de la jurisprudence anglaise plusieurs exemples où la guerre, rendant l'obligation contractuelle plus onéreuse, a servi d'excuse pour rompre le contrat. Au standard de « prévision raisonnable » vient se greffer la théorie de « l'impossibilité commerciale » avec son standard de « difficulté excessive ». Si un fait, qui dépasse la prévision raisonnable, a placé l'exécution du contrat dans un état d'impossibilité commerciale, en d'autres mots, a opposé à son exécution une difficulté excessive, et non pas nécessairement une impossibilité matérielle, ceci suffit pour justifier la résiliation du contrat. Et ces deux standards, « prévision raisonnable » et « difficulté excessive », ont été judicieusement appliqués à remplir l'œuvre d'adaptation nécessaire. C'est ainsi qu'on est arrivé, entre autres, aux résultats suivants : l'engagement de fournir une certaine quantité de magnésium à un prix déterminé a été résilié, étant donné qu'en raison de la guerre le prix de magnésium avait excessivement monté, l'Allemagne étant le principal exportateur ; on a vu là un fait imprévisible et une difficulté excessive à la fois (Tennants Ltd. c. C. S. Wilson : 1917, L. T. R., p. 780). Pour la même raison (réunion de ces deux circonstances), l'augmentation énorme du coût de fret résultant de la guerre fut considérée comme un fait justificatif pour la suspension du contrat dans le cas de Peter Dixon and Sons Ltd. c. Handerson Crag C^o Ltd. (1919, K. B., p. 778). Dans le cas de Karl Ettlinger et C^o c. Chagandas (1915, T. L. R., 40 Bom. 301), il fut également jugé que « le transport des marchandises de Bombay à Anvers étant devenu par trop coûteux par suite de la guerre, et le tonnage normal ayant diminué de façon excessive, l'exportateur devait être exonéré de son obligation bien que l'exécution ne fût pas absolument impossible ». Par contre, et toujours en appliquant les standards de « prévision raisonnable » et de « difficulté excessive », il fut jugé que le vendeur ne peut pas demander la suspension du contrat à cause d'une hausse de prix ordinaire, afin qu'il puisse plus tard se procurer les marchandises à meilleur marché (Greenway Brose Ltd. c. Jones et C^o : 1915, T. L. R. 32, p. 184). La hausse du prix de 6 sh. à 15 par tonne ne fut pas considérée comme une difficulté excessive (Blythe et C^o c. Richards Turpin et C^o : 1916, T. L. R., p. 753), ainsi que le fait qu'un fournisseur d'acier a compté sur la métallurgie de la Ruhr et a été empêché de s'en procurer par l'occupation imprévue des troupes françaises, étant donné qu'il a pu s'adresser à d'autres producteurs (Georze Wills and Son Ltd. c. R. S. Cuninghame Sons and C^o Ltd. : 1924, K. B. 2, p. 220).

On doit rendre hommage à la perspicacité des juges anglais qui ont pu, par le standard de « prévision raisonnable », faire évoluer la

jurisprudence à travers des étapes successives, de l'impossibilité matérielle, par la déviation du but, à l'impossibilité commerciale avec son critérium de difficulté excessive, suivant ainsi la transformation continue des circonstances économiques, et donnant satisfaction, grâce à l'application d'un standard souple, aux besoins nouveaux.

C. *La responsabilité dans les rapports de voisinage* ⁹

Voici comment se pose la question. Le propriétaire, dans l'exploitation de son fonds, peut causer un préjudice à son voisin, sans aucune intention malicieuse et sans une négligence de sa part. C'est le cas d'un établissement industriel, une salle de spectacle répandant des mauvaises odeurs ou des bruits qui nuisent aux voisins malgré toutes les précautions raisonnables prises pour empêcher ce résultat. Ou bien c'est l'exploitation d'un chemin de fer qui cause des fumées ou même des incendies dans les endroits avoisinants. Des fouilles ou des constructions élevées ont pu également tarir des sources qui jaillissent dans le fond voisin ou priver ce fond de vue et de lumière. Dans toutes ces hypothèses aucune faute n'est imputable au propriétaire. Il exploite sa propriété avec tout l'aménagement possible. Et pourtant, dans certains cas, il doit être responsable du dommage qu'il a causé à son voisin, tellement son exonération de la responsabilité choquerait notre sens de l'équité et de l'équilibre social.

La jurisprudence française, et en ceci le droit musulman s'accorde avec elle ¹⁰, a judicieusement renoncé à poser une règle rigide ; elle laisse au juge la latitude d'apprécier dans quels cas il y a lieu à responsabilité, se bornant à lui donner une simple directive, standard, souple et adaptable aux particularités de chaque hypothèse. Lorsqu'il y a un inconvénient ordinaire, normal, du voisinage, le voisin doit le supporter ; c'est la conséquence inévitable du risque social. Mais toutes les fois que l'inconvénient devient anormal, dépasse la mesure ordinaire de tolérance, le propriétaire doit indemniser son voisin. C'est ce standard de « l'inconvénient ordinaire du voisinage » qui est à la base de la question, et qui a pu fournir des applications en harmonie avec le progrès économique et le développement du machinisme, événements qui ont accru les inconvénients anormaux entre voisins. On doit tenir compte, dans l'application de ce standard, de toutes les circonstances particulières d'une hypothèse déterminée : la situation des immeubles, l'endroit où ils se trouvent, le genre d'exploitation qu'on dirige, l'état social et économique de l'époque, la fréquence, la durée et la généralité des inconvénients. C'est ainsi que « les bruits et commotions produits par les martinets d'une usine ont été considérés comme une simple incommodité inhérente à l'habitation d'une ville exclusivement consacrée à l'exercice d'une multitude d'industries bruyantes » (Lyon, 11 déc. 1846, sous Civ., 28 févr. 1848, *D. P.*, 1848, 1, 122). Par contre, « les mauvaises odeurs émanant d'un atelier de dépôt et de préparation des cuirs, se produisant dans un quartier qui n'est point industriel, dépassent

la mesure de tolérance entre voisins » (Dijon, 16 mars 1876, *D. P.*, 1876, 2, 200); de même qu'une maison de tolérance, « transférée et notoirement exploitée dans un quartier paisible et honnête, devient par ce fait seul une cause certaine de dépréciation, excédant la mesure de tolérance que les rapports du voisinage imposent » (Req. 3 déc. 1860, *D. P.*, 1861, 1, 331); il fut également jugé que « lorsqu'il est constaté que les propriétaires d'une blanchisserie de cire voisine d'une gare sont gravement lésés dans l'exercice de leur industrie par les fumées de houille qui s'élèvent dans la dite gare et viennent retomber dans leur établissement, il appartient au juge du fond de déclarer que le préjudice ainsi causé excède la mesure des obligations ordinaires du voisinage et condamner la compagnie de chemin de fer » (Req. 3 janv. 1887, *D. P.*, 1888, 1, 139).

*D. Validité des ententes entre industriels et commerçants*¹¹

C'est encore à la jurisprudence française qu'on emprunte ce dernier standard¹². Le progrès industriel considérable de notre époque a amené le groupement des forces économiques en syndicats et cartels pour mener la lutte dans des conditions plus favorables. Ces ententes industrielles et commerciales sont parfois d'une validité contestable, comme étant des conventions qui empiètent sur la liberté du commerce et de l'industrie.

A l'origine, toute coalition était considérée comme illicite¹³, par là même qu'elle était une limitation au libre jeu de la concurrence, dogme auquel on croyait à l'aube de la transformation économique moderne.

Peu à peu on est arrivé à distinguer entre la bonne et la mauvaise coalition. Celle qui poursuit uniquement un but de monopole et d'accaparement est mauvaise et par là nulle ; tandis que l'entente bonne et licite n'a en vue que la défense des intérêts professionnels. Voilà un standard qui sert à résoudre bien des problèmes d'une complication inextricable, à raison de ce qu'ils se placent au centre même d'une vie économique mouvante et sans cesse en transformation. Ainsi, en faisant la distinction entre la coalition offensive et la coalition défensive, on va tout droit au fond même de la question pour la trancher sur le vif. Les ententes auxquelles on est appelé à appliquer ce standard sont d'une variété considérable. Il y a des conventions qui ont pour objet la détermination des conditions de la production, la répartition des demandes de la consommation, la fixation du prix de vente, etc. D'autres ententes règlent la question d'achat des matières premières : arrêter un tarif uniforme des prix à payer, déterminer limitativement les fournisseurs des matières premières, indiquer un intermédiaire exclusif et obligatoire, etc. Un troisième groupe de conventions intervient entre industriels, et commerçants de détail pour imposer à ces derniers un tarif uniforme afin d'éviter l'avilissement du prix.

D'un groupe ou d'un autre, l'entente est reconnue bonne, défen-

sive et par conséquent licite, suivant le but poursuivi, le résultat obtenu, le nombre et l'importance des coalisés, l'objet sur lequel porte la convention, le lieu et la durée de l'entente : une série de standards et de sous-standards susceptibles de nuancer les solutions données aux hypothèses particulières. Ainsi il fut jugé que « l'association formée entre plusieurs fabricants de céramique d'une même région et qui avait pour but de mettre en commun, pour les vendre à un prix égal, certains produits par eux fabriqués, les statuts imposant aux associés de ne livrer et vendre ce produit qu'à la société elle-même... ne présentait pas le caractère de réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une marchandise prévue par l'article 419 du Code pénal alors que les associés ne représentent dans la région, par le nombre et l'importance, que la minorité des producteurs de ce marché, qu'ils ne se sont engagés que pour un temps limité et en vue d'une région étroitement circonscrite, et que les prix sont demeurés soumis aux fluctuations du marché et, qu'enfin, il n'est pas établi que l'association ait eu pour but d'accaparer le marché et de créer à son profit un monopole, mais d'empêcher l'avilissement des prix, en atténuant les ardeurs et les effets de la concurrence locale (Grenoble, 1^{er} mai 1894, *D. P.*, 95, 2, 24)¹⁴. Par contre, a été déclaré nulle une coalition entre 37 sociétés minières qui se sont engagées à fournir la totalité du cuivre qu'elles produisent à un seul acheteur pendant trois ans; une telle coalition a été jugée avoir eu pour but de centraliser entre les mains de la « Société des Métaux » la plus grande partie de la production mondiale du cuivre et de la rendre ainsi maîtresse absolue du marché pour la vente de cette marchandise. (Paris, 18 déc. 1890, *Pand. Fr.* 1893, 2, 35)¹⁵.

On pourrait multiplier les exemples¹⁶. Il nous suffit de constater qu'ici, comme ailleurs, le standard adopté par la jurisprudence lui a permis de suivre de près, avec un instrument de réglementation souple, un domaine mouvant d'activité économique ayant toujours besoin que le droit s'assouplisse pour se plier à sa marche.

CONCLUSION

Notre conclusion s'impose. Le standard est un instrument de technique précieux qui fournit au droit les moyens d'évoluer avec les transformations successives du milieu social. C'est la pièce la plus apparente d'un mécanisme d'administration de justice établi sur une base sociologique et économique. Les standards les plus généraux sont, comme l'a justement fait remarquer le doyen Hauriou, celui de rationalité et celui d'opportunité. A la base se trouve une question d'autolimitation du pouvoir. « La rationalité, dit le grand juriste¹⁷, est la limitation du pouvoir du juge par les équilibres de la raison, et l'opportunité est le sentiment de la modération dans l'exercice du pouvoir. »

On peut prévoir l'objection la plus commune qu'on pourrait

adresser au systèmes des standards : en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour l'application du standard, on risque de tomber dans l'arbitraire ; le juge donnerait libre essor à ses tendances personnelles, et appliquerait ses propres doctrines sociales et économiques.

Une telle objection n'a pas de fondement solide. En effet, on ne pourra jamais exclure l'appréciation personnelle du juge ; le flottement de la jurisprudence, les hésitations et les contradictions de la doctrine en sont la preuve. D'ailleurs, on peut facilement noter que le mécanisme de la règle rigide n'assure nullement la stabilité voulue. En France, par exemple, où les tribunaux, tout en feignant d'appliquer des règles nettement établies, font souvent fléchir ces règles devant les nécessités pratiques, la Cour de cassation, au lieu de contrôler et d'unifier la jurisprudence de ces tribunaux, a intensifié l'incertitude naturelle de cette jurisprudence en développant le jugement en fait aux dépens du jugement en droit. Elle abandonne aux juges du fait des problèmes qui répugnent à une réglementation mécanique, et livre les plaideurs à la discrétion absolue du juge. C'est encore l'arbitraire sous une forme plus dangereuse.

La stabilité absolue des relations juridiques est donc un idéal qu'on ne pourra jamais atteindre ; on doit se contenter d'une stabilité relative. Et cette stabilité relative, on pourrait l'obtenir au moyen d'un système de standards et de sous-standards, comme nous l'avons montré par les applications précédemment analysées. On arriverait par là au maximum de précision possible sans perdre la souplesse inhérente à la nature même du standard. C'est ainsi qu'on pourra réaliser la conciliation entre les deux besoins en conflit de tout système juridique : le besoin de stabilité et celui d'adaptabilité.

¹ Voir : *Reports of American Bar Association*, vol. 44, 1919, pp. 445-463 (*Administrative Application of Legal Standards*) ; Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, London, 1922, pp. 115-143 ; Ed. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Paris, 1921, pp. 205-206.

² Bibliographie : Roscoe POUND, *Reports of American Bar Association*, *Administrative Application of Legal Standards*, *ibid.* ; *An Introduction to the Philosophy of Law*, *ibid.* ; Ed. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921 ; *Préface aux Codes de la Russie soviétique*, Paris 1925 ; *Préface aux espèces choisies de Capitant*, Paris ; *Préface au droit privé de Georges Cornil*, SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail*, Paris 1925 ; M. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit, à propos du livre de Sanhoury* (*Rev. trim.* 1926, pp. 265-312 ; tirage à part) ; Ernest FREUND, *Standards of American Legislation*, Chicago 1926 ; André SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques*, Nancy 1927 ; Marcel O. STATI, *Le standard juridique*, Paris 1927 ; HAMED ZAKI, *L'Imprévision en droit anglais*, Paris 1930.

³ Voir POUND, *Administrative application of legal standards*, l. c. ; HAURIOU, *Fond de droit et police juridique*, l. c., pp. 36-52 ; SANHOURY, *Les restrictions contractuelles*, l. c., pp. 28-29 ; STATI, *Le Standard juridique*, l. c., pp. 66-80 ; HAMED KAKI, *L'Imprévision*, l. c., pp. 36-38.

⁴ Voir pour l'application de la notion de « standard » dans le domaine de droit administratif HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, *ibid.*, pp. 16-35.

⁵ Voir une autre application intéressante dans André SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques*, contribution à l'étude du standard juridique, thèse, Nancy 1927.

⁶ Voir SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, *ibid.*

⁷ Voir HAMED ZAKI, *L'Imprévision en droit anglais*, *ibid.*

⁸ La théorie de l'imprévision a été admise en Angleterre, non pas seulement par la jurisprudence, mais aussi par des mesures législatives temporaires et fragmentaires (ex. loi du 23 déc. 1915 et loi du 10 juillet 1917).

⁹ Voir M. O. STATI, *Le Standard juridique*, *ibid.*, pp. 205-286.

¹⁰ Voir Mourchid El-Haïran, art. 57.

¹¹ Voir M. O. STATI, *Le Standard juridique*, *ibid.*, pp. 287-381.

¹² La jurisprudence anglaise et la jurisprudence américaine nous fournissent le même standard de « good and bad trusts » que la jurisprudence française. Il est instructif de consulter la littérature anglaise sur la matière (ex. Albert M. KALES, *Good and bad trusts*, 30 *Harvard Law Review*, pp. 830-872, et 31, pp. 416-446 ; Max J. WASSERMANN, *L'œuvre de la Federal Trade Commission*, Préface Ed. Lambert, Paris 1925 ; Ed. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, *ibid.* ; Ed. LAMBERT et Halfred BROWN, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*, Paris, 1924 ; EL-ARABY, *La conscription des neutres*, Paris, 1924). Comme nous avons déjà pris les deux premières applications du standard dans la jurisprudence anglaise, nous avons préféré réserver à la jurisprudence française les deux dernières.

¹³ Req. 11 févr. 1879, S. 79, 1, 198 ; 26 juin 1850, D. P. 50, 1, 212. Voir aussi l'art. 419 C. P. F. qui exige certaines conditions pour que la coalition soit punissable

¹⁴ Pour d'autres applications voir : Paris 14 avril 1891, D. P. 93, 2, 69 (2^e espèce) ; 23 juillet 1902, *Gaz. Pal.* 1902, 2, 470 ; Besançon 12 mars 1902, *Rev. Législ. Mines* 1902, p. 369 ; Aix 15 juin 1912, la Loi 27 sept. 1912 ; Cass. civ. 26 oct. 1921, D. P. 1925, 1, 120. Dans toutes ces espèces la coalition a été déclarée valable.

¹⁵ Voir également Bordeaux 2 janv. 1900, D. P. 1901, 2, 150 ; Douai 13 juillet 1900, D. P. 1903, 2, 148.

¹⁶ Voir Grenoble 1^{er} mai 1894, D. P. 95, 2, 24 ; Req. 3 mai 1911, D. P. 1912, 1, 33 ; Req. 3 mai 1920, S. 1921, 1, 158.

¹⁷ HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, *ibid.*, pp. 11-12.

CHAPITRE VIII

What motives give rise to the historical legal fiction?

L. L. FULLER

Professor of Law at the University of Illinois

1. The object of this paper is to inquire into the motives which have led to the use of what is called the historical legal fiction¹. By the "historical legal fiction" I refer to the fiction as a device of legal reform, to the fiction as it is contemplated in the definition of Sir Henry Maine: "I employ the expression 'Legal Fiction' to signify any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified²."

Is it wise — or profitable — to undertake an inquiry into the motives which give rise to the fiction? A more complex and speculative problem than that of human motives can scarcely be conceived. The impulses which lead to the use of the fiction are perhaps as complex, as remote, and as numerous as the springs of

Quels motifs donnent naissance à la fiction légale historique?

par L. L. FULLER,
professeur de Droit à l'Université d'Illinois

Traduit par Jules HELLA,
Docteur en philosophie et lettres

1. L'objet de cet article est de rechercher les motifs qui ont conduit à l'emploi de ce que l'on appelle la fiction légale historique¹. Par la « fiction légale historique », j'entends la fiction en tant que instrument de réforme légale, la fiction telle qu'elle est envisagée dans la définition de Sir Henry Maine: « J'emploie l'expression « Fiction Légale » pour indiquer une attitude qui dissimule ou affecte de dissimuler le fait qu'une règle de droit a subi des modifications, sa lettre restant inchangée alors que ses effets ne sont plus les mêmes². »

Est-il sage — ou profitable — d'entreprendre une enquête sur les motifs qui donnent naissance à la fiction? On peut à peine concevoir un problème plus complexe et plus spéculatif que celui des mobiles humains. Les raisons qui poussent à l'emploi de la fiction légale sont peut-être aussi complexes, aussi lointaines et aussi nombreuses que les mobiles

human conduct generally. In view of the difficulties of the inquiry one may argue that it is the part of wisdom to accept the fiction as it is, and to forego an analysis of the motives which give rise to it. Indeed, distinguished authority is not lacking for this position ³.

But with all allowance for the difficulties of the inquiry, the question remains : Is it possible to divorce the fiction from its psychological context of motives and yet understand it ?

If we are to claim the right to pass critical judgment on the worth of the fiction as a means of growth it would seem fairly clear that we cannot avoid an investigation of motives. The value of an action must be judged in terms of the impulse which gives rise to it. But even if we renounce the privilege of criticism and concern ourselves with the fiction solely as an aspect of positive law, as an expression of law as it is, still we cannot forego an inquiry into motives. It is essential that we know why judges and legislators resort to fiction if we are to understand what is meant by their fictions. In a certain sense, we can only know for certain *what* is said, when we know *why* it is said. One of the objections most commonly raised against the fiction is that it does not define its field of application. " Title relates back ", but for what purposes ? The scope of any particular fiction becomes defined only when we know what actuated its author.

With this preliminary justification for our excursion into an

de la conduite humaine en général. Devant les difficultés de l'enquête, on pourrait prétendre qu'il serait sage d'accepter la fiction telle quelle et de renoncer à analyser les motifs qui y donnent naissance. Il ne manque d'ailleurs pas de compétences distinguées pour adopter cette attitude ³.

Mais, quelles que soient les difficultés de l'enquête, la question n'en demeure pas moins entière : Est-il possible de séparer la fiction de son contexte de motifs psychologiques et de la comprendre quand même ?

Si nous prétendons avoir le droit d'émettre un jugement critique sur la fiction en tant que mode d'extension de la loi, il paraît évident que nous ne pouvons éviter d'en rechercher les motifs. La valeur d'une action doit être jugée en fonction des mobiles qui l'inspirent.

Mais même si nous renonçons au privilège de la critique et si nous ne nous occupons de la fiction que comme d'un aspect du droit positif, si nous ne voyons en elle que la loi telle qu'elle est, nous ne pouvons pourtant pas nous dispenser d'en rechercher les motifs. Il est indispensable que nous sachions pourquoi les juges et les législateurs ont recours à la fiction si nous voulons comprendre ce que leurs fictions veulent dire. En un certain sens, nous ne pouvons comprendre *ce* qui est dit que si nous savons *pourquoi* cela est dit. Une des objections les plus communément soulevées contre la fiction est qu'elle ne définit pas son champ d'application.

On rattache une innovation au passé. Mais pourquoi ? La portée d'une fiction particulière ne devient claire que lorsque nous connaissons les motifs qui ont inspiré son auteur.

Après cette justification préliminaire de notre incursion dans un

admittedly speculative field, we may begin our analysis of the problem of motives.

2. As the illustrations in this study will be taken from English and American law, it might be well to insert at this point a brief comparison of three distinct devices which have been employed by the courts in the Anglo-American legal system for the purpose of effecting reforms in the law. Each of these devices has served, intentionally or otherwise, to obscure the growth of legal doctrine.

I refer to the *fiction*, the *presumption*, and the notion of *estoppel*. The terms "fiction" and "presumption" have substantially the same meaning for the Anglo-American lawyer that they have for the European jurist, though their practical significance is very considerably enlarged with us because our law has been so largely dependent upon judicial decision as a means of reform⁴. The notion of *estoppel*, being a peculiarly Anglo-American conception, may need explanation. In certain cases a man is said to be "estopped" (precluded) from proving certain facts. This *estoppel* or preclusion is imposed upon him because of some conduct on his part which, in the opinion of the court, warrants the application of the *estoppel* or preclusion. The notion formerly had a much more varied and extended application than it has today. The most common contemporary application of the *estoppel* is in cases of "representation and reliance". One party represents

domaine que nous admettons être spéculatif, nous pouvons commencer notre analyse du problème des motifs.

2. Comme les illustrations de cette étude seront empruntées au droit anglais et américain, il convient sans doute d'insérer ici une brève comparaison entre les trois procédés distincts qui ont été employés par les tribunaux dans le système légal anglo-américain dans le but d'apporter des réformes à la loi. Chacun de ces procédés a servi, intentionnellement ou non, à masquer des additions à la doctrine légale.

Je veux parler de la *fiction*, de la *présomption* et de la notion de l'*estoppel*. Les termes « fiction » et « présomption » ont, au fond, la même signification pour l'homme de loi anglo-américain que pour le juriste européen, bien que leur signification pratique soit considérablement élargie chez nous par le fait que notre droit s'est largement appuyé sur la jurisprudence comme moyen de réforme⁴. La notion d'« *estoppel* » étant une conception spécifiquement anglo-américaine, peut demander quelque explication. Dans certains cas, on dit d'un homme qu'il est « *estopped* », c'est-à-dire qu'il est exclu du droit de prouver certains faits. Cette « *estoppel* » ou exclusion lui est imposée à cause d'une certaine conduite de sa part qui, dans l'esprit de la Cour, justifie l'« *estoppel* » ou exclusion. Cette notion était jadis d'une application beaucoup plus variée et plus étendue qu'aujourd'hui. Actuellement, elle est le plus communément appliquée dans le cas de « représentation et bonne foi ». Une partie (the « *representator* ») « représente » (donne à croire) à une autre, implicitement ou expressément, qu'un certain état de faits existe. Cette autre partie (the « *representee* »), se basant sur cette *représentation* des choses, (croyant de *bonne foi* ce que le premier a dit) change

(expressly or "impliedly") to another that a certain state of facts exists. The other party (the "representee") changes his position in reliance upon this representation. After this has occurred the representor is "estopped" from showing that his representation was false. The parties must proceed as if the representation were true. Thus, X offers to sell to Y a claim against Z. Y, being doubtful of the existence of the claim, inquires of the supposed debtor, Z, whether he is actually indebted to X. Receiving an answer in the affirmative, Y purchases the supposed claim. Afterwards Z, the alleged debtor, wishes to show that he was in fact never obligated to X. In this situation the doctrine of estoppel would be applied. The case would proceed upon the assumption that the debt actually existed, and Z would be "estopped" from proving the contrary⁵.

After this preliminary explanation of the doctrine of estoppel, it remains to trace the close relation existing in Anglo-American law between the fiction, the presumption, and the estoppel.

Nearly any given reform in the law may be described as a redefinition of the investitive facts upon which some legal consequence is predicated. For example, we may suppose that under existing law *Legal Consequence X* arises from *Facts A* and *B*. It may now be found desirable to attribute the same consequence (*X*) to *Facts A* and *C*. For example, where previously liability for misrepresentation existed only in the case of an untruthful statement (= *Fact A*), made with knowledge of its falsity (= *Fact B*), it is now felt desirable to impose liability where there is an untruthful statement (= *Fact A*), made negligently (= *Fact C*). How can

ses dispositions en conséquence. Une fois cela fait, le « representator » est « estopped », c'est-à-dire « exclus » du droit de prouver que sa « représentation » des choses était fausse. Les deux parties doivent continuer le débat comme si la « représentation » était vraie. Par exemple, X offre à Y de lui vendre une créance sur Z. Y, doutant de l'existence de cette créance, s'informe auprès de Z pour savoir s'il a réellement une dette envers X. Recevant une réponse affirmative, Y achète la créance supposée. Là-dessus, Z, le prétendu débiteur, veut démontrer qu'en réalité, il n'a jamais eu d'obligation envers X. Dans cette situation, on appliquerait la doctrine de l'« estoppel ». Le procès continuerait comme si la dette existait réellement et Z ne serait pas admis à faire la preuve du contraire⁵.

Après cette explication préliminaire de la doctrine de l'« estoppel », il reste à montrer l'étroite relation qui existe dans le droit-anglo-américain entre la fiction, la présomption et l'« estoppel ».

On peut dire de presque toute réforme légale qu'elle est une redéfinition des faits auxquels peuvent s'appliquer certaines conséquences légales déterminées. Supposons, par exemple, que selon le droit existant, la conséquence légale X résulte des faits A et B. Supposons encore que l'on désire attribuer les mêmes conséquences X aux faits A et C. Par exemple, là où, autrefois on ne pouvait poursuivre quelqu'un pour faux témoignage (= fait A) que s'il avait affirmé une chose mensongère en sachant qu'elle était fausse (= fait B), on trouve maintenant désirable de pouvoir inculper quelqu'un qui a fait une déclaration menson-

this reform be accomplished and yet leave the form of existing rules untouched ? How can we preserve the appearance that *A* and *B* remain the investitive facts ? There are three ways of doing this : (1) When *Facts A* and *C* are present, permit an allegation that *B* is present even though it is known that *B* is actually absent from the case. This is the method of the ordinary *fiction*. (2) Say that *Facts A* and *C* raise a *presumption* that *B* is present. (3) Say that the existence of *Facts A* and *C* "*estops*" the party to deny that *Fact B* is present. Any of these methods could be employed in a given case. Any one of them would serve to obscure the reform which has taken place, because each device serves to preserve the appearance that *Facts A* and *B* remain the foundations of the liability in question.

The three devices have this in common, that they proceed upon an assumption of fact which is either known to be false (fiction and estoppel), or which may be false (presumption). The differences existing between the three devices may be summarized as follows : In the case of the fiction the innovating judge takes the sole responsibility for the false assumption upon which the suit proceeds⁶. In the case of the estoppel, the judge shifts this responsibility to the party adversely affected by the false assumption. The party is told that, had he conducted himself differently, the truth might have been shown. In the case of the presumption the judge shifts the responsibility for the assumption to the facts of the case.

gère (= fait *A*) résultant d'une négligence (= fait *C*). Comment peut-on accomplir cette réforme sans toucher à la forme des règles existantes ? Comment pouvons-nous conserver l'apparence que seuls les faits *A* et *B* sont passibles de poursuites ? Il y a trois moyens de le faire : 1^o) Etant donnés les faits *A* et *C*, permettre d'alléguer la présence de *B*, bien que l'on sache que *B* est, en réalité, absent de la cause. Ceci est la méthode de la fiction ordinaire ; 2^o) Dire que les faits *A* et *C* donnent lieu à la *présomption* que *B* est présent ; 3^o) Dire que l'existence des faits *A* et *C* empêche (*estoppe*) la partie en cause de nier l'existence du fait *B*. N'importe laquelle de ces méthodes pourrait être employée dans un cas quelconque. Chacune d'elles servirait à masquer la réforme qui a eu lieu, parce que chacune d'elles sert à conserver l'apparence que les faits *A* et *B* restent les fondements de l'inculpation.

Ces trois procédés ont ceci de commun, qu'ils supposent établie l'existence d'un fait, soit qu'on sait être faux, (fiction et « estoppel ») soit qui pourrait l'être (présomption). Les différences existant entre ces trois procédés peuvent être résumées comme suit : Dans le cas de la fiction, le juge qui innove prend sur lui seul la responsabilité de la fausse supposition sur laquelle repose le procès⁶. Dans le cas de l'« estoppel », le juge rejette la responsabilité sur la partie qui pâtit de la fausse supposition. On dit à cette partie que si elle s'était conduite différemment, la vérité aurait pu être démontrée. Dans le cas de la présomption, le juge rejette la responsabilité de la supposition sur les faits de la cause.

The three devices are so similar in effect that they have been used to some extent interchangeably by the English and American courts. But choice between them is not entirely a matter of accident or indifference. The presumption and the estoppel demand some objective basis for their application beyond the mere desirability of the decision to be reached by their aid. In the case of the presumption the facts of the case must have some tendency, however remote, to establish the fact presumed. In the case of the estoppel there must be some conduct of the party which will justify, or seem to justify, closing his lips. The presumption, in addition to demanding some objective justification in the facts of the case, has the further disadvantage that, if one is to preserve the notion that it is merely a "presumption", rebuttal must, to some extent at least, be permitted. In the English law most of the presumptions which are now conclusive began their history as rebuttable presumptions, and were gradually fortified through a process of limiting rebuttal, until at last rebuttal was wholly disallowed⁷.

All three of these devices have been responsible for the introduction of reforms into the English law. The English law, as is well known, abounds in "historical fictions". The presumption was used to introduce into English law the notion of the acquisition of incorporeal rights by prescription. Twenty years' use of a roadway across the land of another was said to give rise to a presumption that the owner of the servient tenement had given a grant of an easement of way to the dominant owner. The embarrassing fact that the dominant owner was unable to produce the written evidence of the transfer was conveniently explained away by a further

Les trois procédés sont si semblables dans leurs effets que, dans une certaine mesure, les tribunaux anglais et américains les ont employés comme des pièces interchangeables. Mais cela ne veut pas dire qu'on puisse les choisir indifféremment ou au hasard. La présomption et l'« estoppel », outre le caractère *désirable* de la décision qu'elles doivent aider à obtenir, exigent encore, pour pouvoir être appliquées, une base objective quelconque. Dans le cas de la présomption, les faits de la cause doivent avoir une tendance, si faible soit-elle, à établir le fait présumé. Dans le cas de l'« estoppel », il doit y avoir chez la partie en cause une manière quelconque de se comporter qui puisse justifier ou paraître justifier le fait de lui fermer la bouche. La présomption, outre qu'elle doit être justifiée objectivement par l'un ou l'autre fait de la cause a, de plus, cet inconvénient que, si l'on veut conserver la notion que ce n'est qu'une « présomption », on est bien obligé, tout au moins dans une certaine mesure, de permettre la réplique. Dans le droit anglais, la plupart des présomptions qui sont aujourd'hui sans appel ont commencé par être des présomptions réfutables. Elles furent ensuite progressivement fortifiées par des restrictions successives du droit de réfutation jusqu'au jour enfin, où aucune réplique ne fut plus admise⁷.

Chacun de ces trois procédés a donné lieu à l'introduction de réformes dans le droit anglais. Le droit anglais, comme chacun sait, abonde en « fictions historiques ». La présomption fut employée pour introduire

presumption that the document had been lost. The doctrine was called "the presumption of the lost grant" ⁸ .

An example of a reform of the law occurring under the cover of the notion of estoppel will be given later.

After this preliminary explanation we are ready to attempt our analysis of motives.

3. Why have the English and American courts so frequently introduced new principles under the linguistic cover of existing doctrine ? What impulses have produced this habit of mind ? Speaking in general terms, one may say, of course, that the impulse is one of conservatism. But "conservatism", after all, is only a description of a tendency, not an explanation for it. What is back of this conservatism ? A closer examination of the problem will reveal that a number of distinct motives may be segregated. In the discussion which is to follow an attempt will be made to distinguish the *conservatism of policy*, *emotional conservatism*, the *conservatism of convenience*, and, lastly, what will be called for want of a better term *intellectual conservatism*. We shall begin with the least worthy of these.

4. There was no doubt in Bentham's mind about the purpose

dans le droit anglais la notion de l'acquisition des droits incorporels par la prescription. Avoir eu pendant vingt ans l'usage d'un chemin à travers le champ d'un autre a été réputé comme donnant lieu à la présomption que le propriétaire du fonds servant avait accordé un droit de servitude sur ce chemin au propriétaire du fonds dominant. Le fait embarrassant que le propriétaire dominant était incapable de produire la preuve écrite de ce droit a été considéré comme suffisamment expliqué par cette autre présomption que ce document avait été perdu. Cette doctrine a été appelée « la présomption du document perdu » ⁸ .

Nous donnerons plus loin un exemple d'une réforme de la loi se produisant sous le couvert de la notion d'« estoppel ».

Après cette explication préliminaire, nous voici prêts à tenter notre analyse des motifs.

3. Pourquoi les tribunaux anglais et américains ont-ils si fréquemment introduit des principes nouveaux sous le couvert linguistique de doctrines existantes ? Quels mobiles ont produit cette habitude de leur esprit ? D'une manière générale, on peut dire évidemment que ce mobile est un mobile de « conservatisme ». Mais le conservatisme n'est que la dénomination d'une tendance. Il n'en est pas l'explication. Qu'y a-t-il derrière ce conservatisme ? Un examen plus attentif du problème nous révélera que l'on peut distinguer ici nombre de motifs distincts. Dans la discussion qui va suivre, nous essayerons de distinguer le *conservatisme de principe* ou *de système*), le *conservatisme émotionnel*, le *conservatisme de commodité* et enfin, ce que, à défaut d'un meilleur terme, nous appellerons le *conservatisme intellectuel*. Nous commencerons par le moins honorable d'entre eux.

4. Il n'y avait aucun doute dans l'esprit de Bentham quant au but

of the historical fiction. It was "a wilful falsehood, having for its object the stealing of legislative power, by and for hands which could not, or durst not, openly claim it, and but for the delusion thus produced could not exercise it"⁹.

It cannot be positively affirmed that this view is wrong ; it cannot be proved that courts may not, in some instances, have employed fictions with a deliberate intention of deceiving the public. But most of us would feel that this interpretation is somewhat uncharitable to the courts. Even Austin, who is not in general disposed to be generous in his estimate of the judges, finds this interpretation somewhat harsh. He says, speaking of the Praetorian fictions, "It is ridiculous to suppose that such fictions could deceive, or were intended to deceive"¹⁰.

But although Austin rejects as improbable the explanation that the fiction is employed with a deliberate intent to deceive, he considers that the judge may frequently employ a fiction out of considerations of policy, out of a desire to clothe his innovations in the form most acceptable to the public. He recognizes that the impulse back of the fiction may be, "A wish to conciliate (as far as possible) the friends or lovers of the law which they [the judges] really annulled. If a praetor, or other subordinate judge, had said openly and avowedly, 'I abrogate such a law', or 'I make such a law', he might have given offence to the lovers of things ancient, by his direct and arrogant assumption of legislative power. By covering the innovation with a decent lie, he treated the abrogated

que se proposait la fiction historique. C'était « une hypocrisie volontaire », ayant pour but le vol d'un pouvoir législatif par des agents et pour des agents qui ne pouvaient pas ou n'osaient pas le réclamer ouvertement et qui, sans l'illusion ainsi produite, ne pouvaient pas l'exercer⁹ ».

On ne peut pas affirmer positivement que cette manière de voir soit fausse ; on ne peut pas nier que certains tribunaux n'aient pas, en certains cas, fait usage des fictions dans l'intention délibérée de tromper le public. Mais la plupart d'entre nous avoueront que cette interprétation n'est guère charitable pour les tribunaux. Austin lui-même, qui n'est généralement pas tendre quand il parle des juges, trouve cette interprétation un peu raide. Il dit, parlant des fictions prétoriennes : « Il est ridicule de supposer que telles fictions pussent tromper ou fussent destinées à tromper¹⁰ ».

Mais, bien que Austin rejette comme improbable l'explication que la fiction soit employée avec l'intention délibérée de tromper, il considère que le juge peut fréquemment employer une fiction pour des considérations, d'opportunité, par désir de revêtir son innovation des formes que le public acceptera le plus facilement. Il reconnaît que ce qui le pousse à l'emploi de la fiction peut être « un désir de conserver — autant que possible — les bonnes grâces des amis ou des partisans de la loi qu'ils (les juges) ont, en réalité, annulée. Si un préteur ou un juge de rang inférieur avait déclaré de façon ouverte et avouée : « J'abroge telle loi » ou : « Je fais telle loi », il aurait pu offenser, par sa prétention directe et arrogante au pouvoir législatif, les fervents des choses anciennes. En

law with all seemly respect, whilst he knocked it on the head ¹¹ ”.

But is this interpretation, even as thus tempered by Austin, a justifiable one ? In the majority of cases, I should say it is not. It is easy to conclude uncharitably that the judge who changes a rule of law under the cover of a fiction is completely aware in his own mind of the significance of his action, and is consciously and calculatingly choosing to obscure the fact that he is legislating. What is usually overlooked is that the judge himself is acting under the influence of an unarticulated philosophy of law which seems to him to justify the change if it takes place under the apparent sanction of old formulas, when it would not be justified otherwise.

5. A judge or legislator may state new law in the guise of old, not for the purpose of deceiving or conciliating others, but because this form of statement satisfies his own longing for a feeling of conservatism and certainty. As a famous judge himself has said, speaking on behalf of his profession, “ We may think the law is the same if we refuse to change the formulas ¹² ”. And presumably this feeling that the law “ is the same ” and that existing law determines the case at hand is a comforting one for the man whose business consists in a regular intervention in the affairs of his fellow citizens.

I call this the motive of emotional conservatism because it proceeds, not from any clearly formulated theory of the process of law making, but from an emotional and obscurely felt judgment that

couvrant son innovation d'un mensonge acceptable, il traitait la loi abrogée avec tout le respect dû à son rang, tout en lui portant un coup sur la tête ¹¹.

Mais cette interprétation, même ainsi tempérée par Austin, est-elle une interprétation justifiable ? Dans la majorité des cas, je dirais que non. Il est facile de conclure sans charité que le juge qui change une règle de droit sous le couvert d'une fiction a complètement conscience de la signification de son acte et qu'il cherche sciemment et intentionnellement à dissimuler le fait qu'il est en train de légiférer. Ce que l'on oublie généralement, c'est que le juge lui-même agit sous l'influence d'une philosophie non exprimée (subconsciente) du droit qui fait que le changement lui paraît être justifié s'il se produit sous la sanction apparente de formules anciennes, mais qu'il ne le serait pas autrement.

5. Un juge ou un législateur peut très bien établir un nouveau droit sous les apparences de l'ancien, non dans l'intention de tromper autrui ou de se ménager ses faveurs, mais parce que ce respect de la forme satisfait son propre besoin de conservatisme et de certitude. Comme le disait lui-même un juge fameux parlant au nom de sa corporation : « En refusant de changer les formules, nous pouvons dire que la loi est la même ¹². » Et il faut bien admettre que ce sentiment que « la loi est la même » et que c'est la loi existante qui tranche le cas en cause doit avoir quelque chose de rassurant pour celui dont la tâche consiste à intervenir journellement dans les affaires de ses concitoyens.

J'appelle ceci le motif de conservatisme émotionnel parce qu'il procède, non d'une théorie clairement formulée sur la façon de faire les lois, mais d'un jugement émotionnel et obscurément ressenti qui pousse à

stability is so precious a thing that even the *form* of stability, its empty shadow, has a value.

The conservatism of policy, discussed in the last section, proceeds presumably from a conscious intent to deceive *others*; it involves an external deception. Emotional conservatism, on the other hand, involves a process of *internal* deception, of self-deception.

This is the motive commonly attributed to the courts which developed the fictions of the English common law, and to the praetor in Rome. Austin recognizes it when he says that the fiction may be produced by "a respect on the part of the innovating judges for the law which they virtually changed"¹³. Strangely enough, this motive is not recognized by Savigny and Ihering. They apparently recognize only the motive of convenience.

6. Savigny found justification for the fiction in the supposition that it is the most *convenient* mode of growth. It is the device which permits the incorporation of a new legal doctrine into an existing body of law with the least disturbance¹⁴. Although, as will be shown presently, there was some vacillation in Ihering's view, he inclines in the main to complete agreement with Savigny¹⁵. He emphasizes the point in his usual vivid way by an illustration¹⁶. A railway board has had printed a schedule of tariffs. When the printing is completed, it is discovered that through inadvertence no provision has been made for lignite. The railway board, to avoid the inconvenience of reprinting the whole schedule, simply provides that for purposes of calculating rates lignite shall be deemed to be hard coal. Ihering considers the Praetorian fictions to have proceeded from precisely similar motives.

croire que la stabilité est une chose si précieuse, que, même la *forme* de la stabilité, qui n'en est que l'ombre vaine, a une valeur.

Le conservatisme de principe, discuté dans la dernière section, procède probablement d'une intention consciente de tromper *autrui*. Il implique une tromperie externe. Le conservatisme émotionnel, d'autre part, implique un procédé de tromperie *interne*, une manière de s'abuser soi-même.

Ceci est le motif généralement attribué aux tribunaux qui ont développé les fictions du droit coutumier anglais ainsi qu'aux préteurs romains. Austin le reconnaît lorsqu'il dit que la fiction peut être produite « par un respect de la part des juges novateurs pour le droit qu'ils ont virtuellement changé¹³ ». Chose étrange, ce motif n'est pas reconnu par Savigny et Ihering. Ceux-ci, apparemment, ne reconnaissent que le motif de commodité.

6. Savigny trouvait la justification de la fiction dans la supposition qu'elle était la façon la plus *commode* d'assurer le développement du droit. C'est le procédé qui permet d'incorporer une nouvelle doctrine légale dans un système juridique existant en y apportant le moins de trouble¹⁴. Bien que, comme nous le montrerons tout à l'heure, il y eût quelque hésitation dans le point de vue de Ihering, il tend, en général, à être complètement d'accord avec Savigny¹⁵. Selon la méthode vivante, qui lui est habituelle, il illustre la question par un exemple.

The discussions of Ihering and Savigny assume a judge or legislator who wishes to change the law and who knows exactly *why* he wishes to change it, and precisely *what* reform he desires to achieve. He could, if he chose, state the new rule accurately and completely in non-fictitious language. But to avoid discommoding current notions he chooses to employ a fiction which brings the reform within the linguistic cover of existing law.

It is possible that the motive of convenience, as interpreted by Ihering and Savigny, underlies some, though not many, of the legal fictions in English and American law. The notion of "constructive notice" is perhaps an example of a fiction prompted by considerations of convenience. It was early established in English law that an equitable property interest (i. e., a property interest recognized and protected only by courts of Chancery or equity) might not be asserted against one who had purchased the property in ignorance of the existence of this equitable interest. To take free of the equitable property interest the purchaser must "take bona fide". No one could be a bona fide purchaser who actually knew ("had notice") of the existence of the equitable interest. But suppose that, although the purchaser did not in fact know of the equitable interest, the circumstances were such that he *ought* to have known of it? The courts felt that such a purchaser should take subject to the equitable interest; he ought not to reap a benefit from his own

Le Conseil d'administration d'une compagnie de chemins de fer a fait imprimer son barème de transports. Quand l'impression est achevée, on découvre que par inadvertance on n'a pas prévu le barème pour le transport du lignite. Le Conseil, pour éviter l'ennui de devoir faire réimprimer tout le tarif, décide purement et simplement d'assimiler les tarifs de transport du lignite à ceux du charbon dur. Ihering prétend que les fictions prétoriennes proviennent de motifs exactement similaires.

Les discussions de Ihering et de Savigny supposent un juge ou un législateur qui désire changer la loi et qui sache exactement *pourquoi* il veut la changer et *quelle* réforme il veut exactement apporter. Il pourrait, s'il le voulait, définir la nouvelle règle d'une manière précise et complète dans un langage non fictif. Mais pour éviter de bouleverser les notions courantes, il préfère employer une fiction qui abrite sa réforme sous le couvert de droit existant.

Il est possible que ce motif de commodité, tel qu'il est interprété par Ihering et Savigny, soit à la base de quelques fictions légales — peu nombreuses — dans le droit anglais et dans le droit américain. La notion de « connaissance présumée » est peut-être un exemple de fiction inspirée par des considérations de commodité. Il fut établi de bonne heure dans le droit anglais, qu'un droit d'équité sur la propriété, c'est-à-dire un intérêt reconnu et protégé seulement par les tribunaux appliquant le droit d'équité, ne pourrait pas être revendiqué contre quelqu'un qui aurait acheté la propriété en ignorant l'existence de cet intérêt équitable. Pour se libérer de cet intérêt, l'acheteur doit prouver sa bonne foi. Personne ne pourrait être un acquéreur de bonne foi s'il connaissait l'existence de l'intérêt d'équité. Mais supposons que, bien que l'acheteur n'eût pas connaissance, en réalité, de cet intérêt équi-

carelessness. This result was brought under the notion of "constructive" (i. e., feigned, fictitious, quasi-) notice¹⁷. The impulse for this fiction may very well have been simply a desire to incorporate a new principle into the law with a minimum of disturbance.

It is therefore possible to find in Anglo-American law some justification for the view of Ihering and Savigny. But it seems very doubtful whether they were right in assuming the motive of convenience to be the sole motive for the fiction. The illustrations which they advance in support of their interpretation seem more than doubtful. Did the Roman jurists really "preserve the interests of their discipline", as Ihering suggests¹⁸, by making a statute (which could simply have provided that captivity does not abrogate a will) take the awkward form of stating that the testator should be deemed to have died at the moment of his captivity¹⁹? Is it true, as Savigny says, that the Roman lawyers were only enabled to "attain that complete mastery of their subject which we admire in them"²⁰, because the Roman law was honeycombed with fictions? With all deference to such eminent authority, it would seem that they have carried the notion of convenience to extremes. The "convenience" of the fiction is, at best, a transient convenience. So far as the Anglo-American law is concerned, it would seem that the fiction, far from being a factor working uniformly on the side of convenience, has quite largely contributed to bring about the

table, les circonstances fussent telles qu'il *aurait* dû en avoir connaissance. Les tribunaux ont senti qu'un tel acheteur devait être tenu de cet intérêt. Il ne pouvait normalement récolter le fruit de sa négligence. D'où le nom de « constructive notice » ou connaissance présumée » donné à la notion que l'on applique en pareil cas.

Cette fiction peut donc avoir été inspirée simplement par un désir d'incorporer dans la loi un principe nouveau avec un minimum de trouble.

C'est pourquoi il est possible de trouver dans le droit anglo-américain une certaine justification de l'opinion de Ihering et de Savigny. Mais il semble très douteux qu'ils aient eu raison de prétendre que le motif de commodité soit le seul motif de fiction. Les exemples qu'ils donnent à l'appui de leur interprétation semblent plus que douteux. Les juristes romains ont-ils « sauvegardé les intérêts de leur discipline », comme le suggère Ihering¹⁸, en donnant à une loi (laquelle aurait pu simplement prévoir que la captivité n'abroge pas un testament) la forme bizarre d'une disposition prévoyant que le testateur était censé être mort au moment de sa captivité¹⁹? Est-il vrai, comme le dit Savigny, que les juristes romains n'étaient à même « d'atteindre cette maîtrise complète de leur sujet que nous admirons avec eux²⁰ » que parce que le droit romain était farci de fictions? Avec tout le respect dû à d'aussi éminentes autorités, il semble permis de penser qu'ils ont poussé jusqu'à l'extrême la notion de commodité. La « commodité » de la fiction n'est, au mieux, qu'une commodité passagère. En ce qui concerne le droit anglo-américain, il semblerait plutôt que la fiction, loin d'être un facteur agissant uniformément dans le sens de la commodité,

cumbersome and unwieldy intellectual structure which renders our law so difficult to learn.

As has been suggested before, Jhering himself does not remain consistent to the interpretation of "convenience". Toward the end of his discussion he speaks of the fiction as the "first step toward the mastery of a new thought"²². This is a long way from his simile of the railway board. Certainly no railway board ever found it necessary to pretend that lignite was hard coal in order to conceive of its being subject to the same tariff as hard coal!

And yet it is certainly true that the fiction is often "the first step toward the mastery of a new thought". This brings us to a consideration of intellectual conservatism.

7. A judge or legislator may adopt a fiction, not simply to avoid discommoding current notions, nor for the purpose of concealing from himself or others the fact that he is legislating, but merely because he does not know how else to state and explain the new principle he is applying.

Perhaps I may be permitted at this juncture a somewhat unprepossessing simile. An elderly woman, not accustomed to attending social functions, is invited to a ball. The question arises as to what she shall wear. She finds that only evening gown she owns is three years old and therefore somewhat out of style. Shall she buy a new, more modish gown or wear the old one? Let us assume that she decides to wear the old one, and conjecture what

ait largement contribué à établir cette lourde et encombrante structure intellectuelle qui rend notre droit si difficile à étudier.

Comme nous l'avons signalé plus haut, Jhering lui-même ne reste pas conséquent dans son interprétation de la « commodité ». Vers la fin de sa discussion, il parle de la fiction comme du « premier pas vers le triomphe d'une nouvelle pensée²² ». Voilà qui nous mène loin de sa comparaison avec la compagnie des chemins de fer! Certes, aucune administration de chemins de fer n'a jamais trouvé nécessaire de prétendre que le lignite était du charbon dur pour pouvoir imaginer qu'il puisse être sujet aux mêmes droits de transport que le charbon!

Et pourtant, il est certainement vrai que la fiction est souvent « le premier pas vers le triomphe d'une nouvelle pensée ». Ceci nous amène à parler du conservatisme intellectuel.

7. Un juge ou un législateur peut adopter une fiction, non pas simplement pour éviter de choquer les notions courantes, non pas afin de se cacher à lui-même ou de cacher aux autres le fait qu'en réalité il légifère, mais simplement parce qu'il ne voit pas d'autre moyen d'établir et d'expliquer le principe nouveau qu'il est en train d'appliquer.

Peut-être me permettra-t-on, en cette conjoncture, une comparaison assez risquée. Une femme d'un certain âge, peu faite aux obligations mondaines, est invitée à un bal. La question se pose de savoir ce qu'elle va mettre. Elle découvre que la seule robe de soirée qu'elle possède date d'il y a trois ans, et qu'elle est, par conséquent, légèrement démodée. Va-t-elle acheter une nouvelle robe, plus à la mode, ou va-t-elle porter la vieille? Supposons qu'elle se décide à porter la vieille et retournons

the motives back of her decision may be. First of all, we may suppose that she is the wife of a man in public life who wishes to achieve the air of substantiality which goes with a style of dress slightly out of date. If this were her motive in choosing the old dress, she would be actuated by considerations of *policy*. Secondly, it is possible that she feels herself somewhat out of sympathy with the innovations of a younger generation, and may associate what she regards as the laxer manners of a new day with the current fashions. By wearing her old dress she feels herself secure against the contaminations of a looser generation. In that case she would be actuated by an *emotional conservatism*. Again, she may decide to wear her old dress for the very simple reason that she dreads the inconvenience and expense of having a new dress made and fitted. Her motive in that case would be one of *convenience*. But lastly, she may be unacquainted with the new fashions, or may find their variety perplexing, and may, therefore, wear her old dress simply because she does not know what else to wear. In that event her conservatism would proceed from *intellectual* considerations.

Without intending any disrespect by so flippant a comparison it seems to me that the same thing may be true of a judge. A judge may find himself forced to employ a fiction because of his inability to state his result in non-fictitious terms.

After all, the human mind is a machine subject to certain limitations. Perhaps the greatest of these limitations consists in the fact that human reason must always proceed by assimilating that

en arrière pour nous demander les motifs de sa décision. Tout d'abord, nous pouvons supposer qu'elle est l'épouse d'un homme exerçant une influence sociale et qu'elle veut se donner l'air sérieux et cossu que confère un vêtement légèrement en retard sur la mode. Si c'est pour cela qu'elle a choisi la vieille robe, elle aura été mue par des considérations d'ordre politique. Deuxièmement, il est possible qu'elle ressente une certaine antipathie pour les innovations de la jeune génération et que, dans son esprit, la mode du jour soit un signe de relâchement des temps modernes. En portant sa vieille robe, elle se sent protégée contre la contamination d'une génération plus dissolue. Dans ce cas, elle aurait agi par *conservatisme émotionnel*. Ou encore, elle peut décider de porter sa vieille robe pour la raison très simple qu'elle redoute les ennuis et les frais que lui occasionneraient les fournitures et la façon d'une nouvelle toilette. Son motif, en ce cas, serait un motif de *commodité*. Mais enfin, il se peut qu'elle ne connaisse pas les nouvelles modes ou qu'elle soit embarrassée par leur variété ; et que, dès lors, elle porte sa vieille robe, simplement parce qu'elle ne sait que porter d'autre. En cette occurrence, son conservatisme procéderait de considérations *intellectuelles*.

Sans vouloir manquer de respect aux juges par des comparaisons inconsidérées, il me semble que la même chose peut être vraie d'eux. Un juge peut se trouver forcé d'employer une fiction parce qu'il est incapable d'énoncer le résultat de son jugement en termes non fictifs.

Après tout, l'esprit humain est une machine dont l'activité est sujette à certaines restrictions. La plus grande de ces restrictions con-

which is unfamiliar to that which is already known. The situations which may be presented to a judge for decision are infinite in number ; the intellectual equipment of rules, distinctions, concepts, and words, upon which the judge must rely in dealing with these situations, is limited and finite. We are forced to deal with new problems in terms of an existing conceptual apparatus which in the nature of things can never be entirely adequate for the future ²³.

It is this limitation upon human thought which we have in mind when we speak of "intellectual conservatism". Of course, this limitation is relative to the intellectual gifts of the person concerned. The notion of "constructive notice" (as a device for describing the cases where the party *ought* to have known) may be a matter of intellectual necessity for the man whose mind is rigidly confined within frames of habit, and a mere matter of convenience in expression for the person possessed of a greater imagination. Indeed, it may be said that the chief defect in the notion that the fiction proceeds exclusively from considerations of convenience lies in its supposition of an intellectual superiority on the part of the innovating judge or legislator, in comparison with the profession in general, which does not in fact exist. What the profession generally will find difficult to conceive and express, will also be difficult for the innovating judge or legislator to conceive and express.

8. In our discussion of "intellectual conservatism" thus far

siste peut-être dans le fait que la raison humaine doit toujours procéder à ses opérations en assimilant ce qui ne lui est pas familier à ce qui lui est déjà connu. Les situations qui peuvent être soumises à la décision du juge sont en nombre infini ; le bagage intellectuel de règles, distinctions, concepts et mots sur lesquels le juge doit se baser pour traiter de ces situations est limité et fini. Nous sommes forcés de traiter de nouveaux problèmes au moyen d'un appareil conceptuel qui, dans la nature des choses, ne peut jamais être entièrement adéquat à l'avenir ²³.

C'est à cette limitation imposée à l'esprit humain que nous pensons quand nous parlons de « conservatisme intellectuel ». Evidemment, cette limitation est proportionnée aux dons intellectuels de la personne intéressée. La notion de « connaissance présumée » (c'est-à-dire le procédé servant à décrire les cas où la partie en cause *aurait dû* savoir) peut être une question de nécessité intellectuelle pour l'homme dont l'esprit est rigide ment emprisonné dans les cadres de l'habitude tandis qu'elle ne sera qu'une simple question de commodité d'expression pour une personne douée d'une plus grande imagination. A la vérité, on peut dire que le principal défaut dans la notion que la fiction procède exclusivement de considérations de commodité réside en ce qu'elle suppose chez le législateur ou le juge novateurs une supériorité intellectuelle par rapport à leurs confrères en général, supériorité qui, en fait, n'existe pas. Ce que la généralité des membres de la profession trouvera difficile à concevoir et exprimer sera tout aussi difficile à concevoir et à exprimer pour le législateur ou le juge novateurs.

8. Dans le cours de notre discussion du « conservatisme intellec-

we have proceeded upon the assumption that the innovating judge or legislator resorts to a fiction because of his inability to conceive or express the new principle in non-fictitious terms — an incapacity which proceeds from a fundamental limitation upon human reasoning, that we must always deal with the unknown in terms of the known.

But it is perhaps possible to distinguish another closely related impulse which may also be brought under the heading of “intellectual conservatism”. Ihering has pointed out that many legal modes of analysis which today are taken as a matter of course would have seemed “*anstössig*” (objectionable, shocking) to the lawyers of ancient Rome²⁴. This suggests, though Ihering does not himself develop the point in connection with the fiction, that the fiction may at times be used to bring a new principle within the linguistic cover of existing doctrine, not because the innovating judge or legislator finds it impossible to express his reform otherwise, but because he finds this the most intellectually acceptable way of expressing the reform. Let us hasten to clarify the point by an illustration.

A purports to sell a piece of land to B and gives B a deed of conveyance. B goes into possession. In fact, A had no title to the land at the time of the conveyance, but procures title later through a conveyance from X. A now sues to oust B, alleging that B has no title because he, A, had none when he purported to convey to B. What shall be done in such a case? “Common sense” says that the conveyance from A to B can pass only such title as A had at the

tuel », nous avons supposé jusqu'à présent que le juge ou le législateur novateurs recourent à la fiction parce qu'ils sont incapables d'exprimer ou de concevoir le nouveau principe en termes non fictifs, incapacité qui procède d'une limitation fondamentale du raisonnement humain, lequel doit toujours traiter l'inconnu en fonction du connu.

Mais il est peut-être possible de distinguer un autre motif étroitement apparenté à celui-ci et que l'on peut également ranger sous la rubrique du « conservatisme intellectuel ». Ihering a fait remarquer que plusieurs des modes légaux d'analyse qui semblent aujourd'hui tout naturels auraient paru « choquants » (*anstössig*) aux juristes de l'ancienne Rome²⁴. Ceci nous donne à penser (bien que Ihering lui-même n'ait pas développé ce point par rapport à la fiction) que la fiction peut parfois être employée pour ramener un principe nouveau sous le couvert linguistique d'une doctrine existante, non pas parce que le juge ou le législateur novateurs trouvent impossible d'exprimer cette réforme autrement, mais parce qu'ils trouvent que ce moyen d'exprimer la réforme est le plus acceptable qui soit pour l'intelligence. Hâtons-nous d'éclairer ce point par un exemple.

A se propose de vendre un terrain à B et donne à B un acte de vente. B entre en possession. En réalité, A n'avait aucun titre à ce terrain au moment du transfert, mais il se procure ensuite ce titre, au moyen d'un acte de vente de X. Or, voici que A attaque B en justice pour le déloger de son terrain sous prétexte que B n'a pas de titre à la possession parce que lui, A, n'en avait pas lui-même quand il vendit le terrain à B. Que se passera-t-il en pareil cas? Le « sens commun » dit que le

time of the conveyance. A deed cannot reach into the future ²⁵. And yet it seems unjust that A should be permitted to oust B, leaving B, at most, with the remedy of suing to recover back the price paid A. The English courts understood how to avoid the "anstös-sige" confession that a deed may alter the future, and yet give effect to the equities of the case. It was said that, although title remained in A, A was, by his conveyance, estopped from asserting that title against B ²⁶. Since B was in possession and therefore had title as against all but A anyway, this had the same practical effect as a holding that B had title.

Here the judges would have had no difficulty in *expressing* the result which they found unacceptable, that the deed should pass an after-acquired title. It was simply that they did not *want* to express that result. Neither did any superstitious fear of change prompt their action. They were not trying to avoid a confession of reform ; they were simply steering clear of what seemed to them an intellectual monstrosity. To revert to our simile of the old lady invited to a ball, we may suppose that our old lady is really desirous of being "up to date", and that she would gladly wear the new fashions were it not that she finds them aesthetically repugnant. That, unknown to her, this aesthetic repugnance proceeds from her own long familiarity with the older styles, does not in the slightest detract

transfert de A à B ne peut transmettre que les titres que A avait au moment de ce transfert. Un *deed* * ne peut porter sur les faits à venir. Et pourtant, il semble injuste que l'on permette à A d'expulser B, ne laissant à B, au mieux, que la ressource d'intenter une action en recouvrement du prix payé à A. Les tribunaux anglais ont su à la fois éviter la confession « choquante » qu'un *deed* puisse disposer d'un droit à venir, tout en donnant effet aux éléments d'équité du cas. On convint de dire que, bien que le titre restât à A, A par le fait qu'il avait fait le transfert, était « estopped », c'est-à-dire déchu du droit d'invoquer ce titre contre B ²⁶. Puisque B était entré en possession du terrain et avait par là acquis un titre contre tout autre que A, ceci équivalait pratiquement à tenir pour acquis que B avait un titre à la propriété.

Ici, les juges n'auraient eu aucune difficulté à exprimer ce résultat jugé inacceptable, qu'un contrat puisse transférer un titre acquis par la suite. Le fait est tout simplement qu'ils ne *voulaient* pas exprimer ce résultat. Ce n'est pas non plus une peur superstitieuse du changement qui a dicté leur conduite. Ils n'ont pas essayé d'éviter l'aveu d'une réforme. Ils ont tout simplement voulu s'évader de ce qui leur paraissait une monstruosité intellectuelle. Pour en revenir à la comparaison de notre vieille dame invitée à un bal, nous pouvons supposer que celle-ci a vraiment envie d'être « à la page » et qu'elle porterait volontiers les nouvelles robes, n'était qu'elle les trouve repoussantes au point de vue de l'esthétique. Sans doute, cette répugnance « esthétique » procède de sa longue habitude des modes anciennes. Elle ne s'en rend pas

* Le *deed* est l'écrit instrumentaire solennel du droit anglo-américain. *Deed* vise ici l'écrit donnant forme et preuve au contrat de vente par opposition à l'acte translatif de propriété (*conveyance*).

from the intensity of her reaction. Her distaste seems to her to proceed from some absolute principle of beauty, from something resting in the nature of things. And so it may be with the judge, with the difference that the judge, who deals with things of the intellect, has usually available to him some means for reconciling his conflicting impulses.

compte, mais cela n'enlève rien à l'intensité de sa réaction. Sa répulsion, à ce qu'elle croit, procède d'un principe absolu de beauté, de quelque chose inhérent à la nature même des choses. Il peut en être de même pour le juge, avec cette différence que le juge qui, lui, traite des choses de l'intelligence a ordinairement à sa portée un moyen quelconque de réconcilier ses tendances en conflit.

¹ Some of the other problems presented by the fiction, including the fiction in its "dogmatic" function, are discussed in my articles, *Legal Fictions*, in the *Illinois Law Review*, vol. 25, 1930-1931, pp. 363-399, 513-546, 877-910.

² MAINE, *Ancient Law*, London, 1912, p. 30.

³ GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, p. 378 (n° 243).

⁴ See, on the presumption in Anglo-American law, WIGMORE, *Evidence*, V, 2nd ed., Boston, 1923, pp. 434-552 (sec. 2483-2540); THAYER, *Preliminary Treatise on Evidence*, Boston, 1898, 313-352; BEST, *Presumptions of Law and Fact*, London, 1844; BOHLEN, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law*, 1920, in 68 *University of Penn. Law Rev.*, 307; McCORMICK, *Charges on Presumptions*, 1927, in 5 *North Carolina Law Rev.*, 291; MORGAN, *Some Observations Concerning Presumptions* (1931), in 44 *Harvard Law Rev.*, 906.

A reasonably complete bibliography of the Anglo-American literature on fictions is given in my articles, cited *supra*, note 1.

⁵ See on "estoppel", EWART, *Principles of Estoppel*, Chicago, 1900; BIGELOW, *The Law of Estoppel*, 5th ed., Boston, 1890; WIGMORE, *Evidence*, II, 2nd ed., Boston, 1923, p. 516 (sec. 1057); and WILLISTON, *Liability for Honest Misrepresentation*, in *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, p. 415.

¹ Quelques-uns des autres problèmes soulevés par la fiction y compris la fiction dans sa fonction « dogmatique » sont discutés dans mes articles *Legal fiction*, dans la *Illinois Law Review*, vol. 25, 1930-1931, pp. 363-399, 513-546, 877-910.

² MAINE, *Ancient Law*, London, 1912, p. 30.

³ GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, p. 378, (n° 243).

⁴ Voir, pour la présomption dans le droit anglo-américain, WIGMORE, *Evidence*, V, 2^e éd., Boston, 1923, pp. 434-552 (sec. 2483-2540); THAYER, *Preliminary Treatise on Evidence*, Boston, 1898, 313-352; BEST, *Presumptions of Law and Fact*, London, 1844; BOHLEN, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law*, 1920, in 68 *University of Penn. Law Review*, 307; McCORMICK, *Charges on Presumptions*, 1927, in 5 *North Carolina Law Review*, 291; MORGAN, *Some Observations Concerning Presumptions* (1931) in 44 *Harvard Law Review*, 906.

Une bibliographie assez complète de la littérature anglo-américaine sur les fictions est donnée dans mes articles cités plus haut, note 1.

⁵ Voir sur l'« estoppel », EWART, *Principles of Estoppel*, Chicago, 1900; BIGELOW, *The Law of Estoppel*, 5th ed., Boston, 1890; WIGMORE, *Evidence*, II, 2nd ed., Boston, 1923, p. 516 (sec. 1057); et WILLISTON, *Liability for Honest Misrepresentation*, dans la *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, p. 415.

⁶ Of course, the fiction usually originates on the initiative of a pleader who alleges in his pleadings a fact which he knows to be false. But the ultimate responsibility for the assumption rests with the judge, who dispenses with the proof of the allegation.

⁷ See espec., THAYER, *op. cit.*, *supra*, note 4.

⁸ See BLACKSTONE, *Commentaries*, II, * 266 ; TIFFANY, *Real Property*, II, Chicago, 1920, pp. 2028 et seq. (§§ 514-515) ; and *Augus & Co. v. Dalton*, 1877, 3 *Queen's Bench Div.*, 85.

⁹ BENTHAM, *Works*, I, Bowring's Edition, Edinburgh, 1859, p. 243.

¹⁰ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, II, 4th ed., London, 1879, p. 629.

¹¹ AUSTIN, *op. cit.*, p. 630.

¹² Benjamin N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, 1928, p. 11.

¹³ *Loc. cit.*, *supra* note 11. See also DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 238.

¹⁴ SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*, 3rd ed., 1840, p. 32.

¹⁵ IHERING, *Geist des römischen Rechts*, III¹, 7th ed., 1924, pp. 301-310.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 303.

¹⁷ MAITLAND, *Lectures on Equity*, Cambridge, 1916, p. 118.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 304.

¹⁹ The reference is, of course, to the well known *fictio legis Corneliae*. There is some doubt whether the statute actually contained this fiction. Some take the view that it was a later invention. See BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*, Cambridge, 1921, p. 288.

²⁰ *Loc. cit.*, *supra*, note 14.

²¹ In judging this question one must not confuse with the fiction what Ihering calls the "Scheingeschäft" (feigned transaction). (*Op. cit.*, II², pp. 504-537, and III¹, 281-301).

²² *Op. cit.*, III¹, p. 306.

⁶ Sans doute, la fiction trouve ordinairement son origine dans l'initiative d'un avocat qui allègue dans son plaidoyer un fait qu'il sait être faux. Mais celui qui, en définitive, est responsable de ce que le fait soit tenu pour vrai, c'est le juge qui dispense de faire la preuve de l'allégation.

⁷ Voir spécialement, THAYER, *op. cit.*, voir plus haut, note 4.

⁸ Voir BLACKSTONE, *Commentaries*, II, 266 ; TIFFANY, *Real Property*, II, Chicago, 1920, pp. 2028 et suiv. (514-515) ; et *Augus and Co contre Dalton*, 1877, *Queen's Bench Div.*, 85.

⁹ BENTHAM, *Works*, I, Edition Bowring, Edimbourg, 1859, p. 243.

¹⁰ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, II, 4th ed., London, 1879, p. 629.

¹¹ AUSTIN, *op. cit.*, p. 630.

¹² Benjamin N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, New-York, 1928, p. 11.

¹³ *Loc. cit.*, *supra*, note II. Voir aussi DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 238.

¹⁴ SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*, 3e éd., 1840, p. 32.

¹⁵ IHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, 7th ed., 1924, pp. 301-310.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 303.

¹⁷ MAITLAND, *Lectures on Equity*, Cambridge, 1916, p. 118.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 304.

¹⁹ Il s'agit ici, évidemment de la fiction bien connue, *fictio legis Corneliae*. Il n'est pas très certain que la loi ait réellement contenu cette fiction. Certains sont d'avis que ce fut une invention postérieure. Voir BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*, Cambridge, 1921, p. 288.

²⁰ *Loc. cit.*, *supr.*, note 14.

²¹ En considérant cette question, on ne doit pas confondre la fiction avec ce que Ihering appelle la « Scheingeschäft » (la transaction feinte). (*Op. cit.*, II, pp. 504-537, et III, 1, 281-301).

²² *Op. cit.*, III, 1, p. 306.

²³ See GÉNY, *loc. cit.*, *supra*, note 3 ; TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris, 1919, p. 460.

²⁴ *Op. cit.*, II², p. 376.

²⁵ The Roman lawyers saw the same " impossibility " there. IHERING, *op. cit.*, III¹, p. 163.

²⁶ *Coke Upon Littleton*, 265a. What did the courts do when B did not go into possession ? See *Doe v. Howell*, 1829, *Barnewall and Cresswell's Reports*, vol. 10, p. 191.

²³ Voir GÉNY, *loc. cit.*, *supra*, note 3 ; TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris, 1919, p. 460.

²⁴ *Op. cit.*, II, 2, p. 376.

²⁵ Les jurisconsultes romains voyaient ici la même « impossibilité ». IHERING, *op. cit.*, III, 1, p. 163.

²⁶ *Coke sur Littleton*, 265a. Quest-ce que feront les Cours quand B n'était pas entré en possession ? Voir *Doe contre Howell*, 1829, *Barnewall and Cresswell's Reports*, vol. 10, p. 191.

Des survivances d'une forme de propriété collective et de leur interprétation

A propos de biens communaux

par Joseph DELPECH,

Professeur de droit administratif à l'Université de Strasbourg

Certains procès semblent avoir cette inquiétante manière, que releva M. Planiol ¹, de se renfermer avec complaisance dans la « contemplation » d'une formule ou d'une catégorie légale, en une « sorte de superstition ». Il n'est pas contestable que la rédaction et la codification de la loi et l'œuvre législatif incessant depuis l'époque révolutionnaire aient mis à néant les anciennes coutumes, et donc la vertu ou la précellence interprétative de l'« usage » où les anciens auteurs exaltaient « la meilleure règle », le commentaire souverain de la loi, dans les cas mêmes auxquels elle a pourvu ². Toutefois il reste une grande part de vérité dans l'observation pragmatiste de Dunod ³: « Quelque attention qu'on apporte à dresser les lois et les coutumes, il n'est pas possible qu'elles s'expliquent si clairement qu'elles ne puissent être différemment interprétées avec des raisons plausibles de part et d'autre. C'est un mal attaché à la faiblesse et à l'infirmité de l'esprit humain. » Deux réalités, en tout cas, se dégagent de la vie judiciaire : l'une, c'est que, lors même qu'a été expressément décrétée l'abrogation de toutes les anciennes institutions et règles juridiques, fussent-elles non incompatibles avec le droit nouveau, une recherche en est légitime et demeure utile, tant qu'elle ne heurte pas évidemment, et pour ainsi dire brutalement, la décision formelle du législateur ⁴ ; l'autre, plus manifeste et comme fatale, c'est que, là où le Code civil et les lois laissent apercevoir quelques lacunes réelles ou quelque ambiguïté formelle, se retrouve un champ d'application au profit du droit antérieur, s'opère comme une reconnaissance de sa force ou de sa signification au titre de complément du droit nouveau, de définition authentique et usuelle de telle ou telle institution par une coutume dûment caractérisée ⁵. Il naît ainsi, pour quiconque, de près ou de loin, est mêlé à cette

vie judiciaire, l'obligation, au lieu de s'en tenir à quelque affirmation absolue et rapide, qui ne le fait passer qu'à la superficie des choses, d'écarter l'a-priorisme, qui peut être de mauvaise qualité intellectuelle et sociale, pour exprimer, avec réserve et fermeté aussi, la réalité complexe comme il la distingue et l'éprouve. « La question ici posée, comme a écrit M. Génv pour un ordre d'idées voisin, ne peut être résolue qu'en se rapprochant des faits, surtout en mesurant de très près la valeur respective de la loi et de la coutume dans l'ensemble de l'organisation sociale en face de laquelle on est placé ⁶. »

C'est la méthode qu'il paraît intéressant de préciser et de justifier, quant aux procès de « Communaux », pour la définition, maintes fois sommaire, précipitée et inexacte, d'une propriété qui, pour ne pas rentrer formellement dans l'une des catégories de droits réels prévus par le Code civil, n'en a pas moins en dehors des servitudes légales, ses utilités, sa forme et son titre, et dont le régime historique, dit « de temps immémorial », n'est pas, à l'occasion, assorti d'analyses juridiques aussi nécessaires qu'elles sont curieuses ⁷.

*
* *

Ce type de biens fonciers se retrouve ⁸ sous des noms différents, avec la même nature, pour une finalité pareille, dans l'intérêt de l'agriculture, en vue de l'engrais des terres arables et de la dépaissance des troupeaux, dans bien des parties du territoire national, aussi éloignées et distinctes que le Béarn et l'Alsace (le caprice apparent de cette opposition ou de ce choix s'explique par le fait que, de ces deux pays, l'un est à demi lieu d'origine familial, l'autre siège professionnel). Ces noms sont, selon les lieux, là *partilhes* ou *partoles*, *marges* ou *dailhens* et plus simplement *droit de coupe*, ici *Allmenden*, *Krautenauen*, *Länder*. Leur nature est, de part et d'autre, de parcelles qui, en dehors de la coupe périodique des produits naturels, secondes herbes ou regain, thuya ou fougère et autres essences herbacées ou ligneuses excrues sur le lot, ne pouvaient être mises en état de clôture et, toujours patentes, sont soumises, en quelque saison, de nuit comme de jour, au libre pacage pour les bestiaux de toute espèce des habitants.

Qu'elles fussent inaliénables et intransformables, hormis des cas extraordinaires donnant raison à autorisation royale, c'était, au Béarn, règle reçue dès avant la déclaration expresse du 22 juin 1659, devenue nécessaire tant à la protection des communes du plat pays contre des usurpateurs puissants, qui les avaient dépouillées en se faisant vendre à vil prix ou donner à bail emphytéotique les pâturages et bois communaux, qu'à la sauvegarde contre les habitants mêmes de la nourriture des bestiaux, où s'apercevait un intérêt agricole de premier ordre. Engagements ⁹ et partages de jouissance, seuls, y avaient été pratiqués, spécifiés, légitimés en titre, par l'article 7 du titre 25 de l'Ordonnance, sur les eaux et forêts, d'août

1669 (Isambert, t. XVIII, p. 281) autorisant « bail à ferme, après un résultat d'assemblée faite dans les formes, pour une, deux ou trois années, par adjudication des officiers des lieux..., le prix employé aux réparations des paroisses dont les habitants sont tenus ou autres urgentes affaires de la communauté » : faculté, procédure, action réformatrice, que les faits ou les abus avaient dès longtemps précédée et préparée. Il est certain, encore qu'il n'en reste presque aucun instrument écrit, que de tels partages étaient usuels : des signes persistants sur le terrain et la tradition locale en attestent le fait, mais ne l'est pas moins ce trait, l'une des caractéristiques de ces anciennes opérations, que les parcelles en provenant étaient entrées « dans le commerce » des habitants, firent l'objet de ventes, d'échanges, de louages, d'héritages, même de procès, sans que la communauté, pourtant propriétaire du fonds, fût appelée, sauf en des circonstances exceptionnelles, à y intervenir : la raison en est peut-être qu'à toute époque, les représentants légaux et les administrateurs étant eux-mêmes des portionnistes, un état de choses s'établit, plus ou moins consacré par le temps, favorable à l'intérêt du plus grand nombre ou tout au moins à celui des propriétaires les plus influents ; et l'effet sûr des mêmes soucis fut la rareté des cas de rentrée dans la masse commune des terrains déjà partagés pour être soumis à un nouveau triage.

En Alsace, — à cela près ou d'autant mieux qu'y avait cours, non la maxime féodale de la terre seigneuriale, mais plutôt la présomption de terre libre jusqu'à la preuve contraire de sa mouvance, et qu'en tout cas y suscitait toutes sortes de difficultés la propriété des communaux prétendue, en tant qu'ils étaient possédés, par le seigneur ou la communauté ou le seigneur par indivis avec la communauté ¹⁰, — les choses n'apparaissent guère sur un autre plan : le droit semble constant des communautés sur les *Allmenden*, dont elles jouissaient sous le contrôle du seigneur, d'abord, et, plus tard, de l'intendant, tant que ne leur était opposable ni titre exprès confirmé par la possession ni possession valant titre ¹¹ ; mais les résistances furent obstinées des officiers seigneuriaux en de prétendues « preuves », quant à la propriété et aux démembrements des communaux, du droit ancien et absolu de leur maître ¹² ; cependant le Conseil souverain faisait faveur aux communautés.

Toujours est-il qu'en cet état de fait, et peut-être à raison de quelques expressions s'étant glissées dans les édits ou des arrêts du Conseil du roi touchant le caractère « héréditaire » des portions ménagères ou la « propriété incommutable » des communaux partagés ¹³, une dispute surgit, dont la matière était et demeure l'assiette de la propriété et la nature du droit de pacage ou de coupe institué au profit commun, l'effet translatif ou non des actes de concession et de partage et le caractère strict ou débordable de la qualité d'usager pour l'acquéreur, le concessionnaire ou l'échangeur, l'aptitude ou le manque de droit à acquérir par prescription à l'encontre des titres primitifs et au préjudice de la

communauté et les résultats, considérés du point de vue de la commune et de sa représentation, du fait individuel des habitants.

*
* *

Ces questions devaient former, à l'occasion d'une action en complainte possessoire, le fond d'une instance d'appel par devant le tribunal civil d'Orthez sur renvoi après cassation (29 nov. 1893) d'un jugement du tribunal civil de Pau ¹⁴. Elles sont l'élément essentiel d'une cause, hérissée de difficultés, litispendance, forclosure, compétence ¹⁵, plaidée somptueusement et en voie d'être décidée par le Tribunal administratif d'Alsace et de Lorraine. C'est faire résolument œuvre mineure que d'écrire avant l'arrêté de cette juridiction où sont portées au plus haut degré conscience et science ; à tout le moins ces quelques observations de technique, cette tentative de définir et d'interpréter par le passé et le concret la terminologie et l'essence d'une institution ne détourneront pas de lui l'attention.

A la commune de Dahlenheim et à l'ordre municipal de délaissement de parcelles plantées d'arbres au ban du Munchhof, le demandeur a répliqué par la double affirmation d'un bail à cens pour son titre et d'une qualité pour soi-même de superficiaire. Bail à cens, de biens censives, antérieur à la législation nouvelle sur les partages de communaux, ayant eu pour objet partie de l'ancien domaine possédé à Dahlenheim par la collégiale de Haslach et passé, à la fin du xv^e siècle, à la mense épiscopale de Strasbourg qui en aliéna la propriété utile à la paroisse et à la communauté des habitants moyennant une redevance, sous la forme d'un bail à cens, *i. e.* de l'un des contrats les plus usités à cette époque (cf. Cour de Colmar, 16 nov. 1932), attesté par un document du xvii^e siècle ¹⁶, rappelé au xix^e siècle par plusieurs procès-verbaux de renouvellement au point de fonder l'argument d'un « partage depuis un temps immémorial ». Droit de *superficie*, ayant tous les caractères et la perpétuité du droit de propriété (cf. demande en justice, 25 sept. 1930), datant en l'espèce « du temps du régime en vigueur avant l'introduction du Code civil français, c'est-à-dire du droit romain tant que sa réception a eu lieu dans nos contrées..., acquis par prescription acquisitive de durée immémoriale » (cf. Trib. Saverne, 3 mars 1931).

L'art est là extrême : il consiste à prêter aux biens en litige pour origine, la plus avantageuse à l'intéressé, un contrat censitique (*Boden, Grundzins*) ou de rente foncière, translatif de toute la propriété d'un bien-fonds hors la réserve de la rente, et par là différencié de l'emphytéose (*Erblehen, Erblehngüth*) qui ne comporte que l'aliénation à temps ou perpétuelle, avec restrictions ou illimitée, du seul domaine utile ¹⁷ ; était, d'ailleurs, mentionné et prétendu, en outre, le rachat de ladite rente conformément aux décrets de l'Assemblée nationale (D. 13 avril 1791, titre 1, art. 9, 32. Cf. 18 juin-6 juil-

let 1792, a. 1) et par « une rude atteinte aux droits sacrés de la propriété privée »¹⁸. La subtilité n'y fut pas moins grande. Quelque défiance doit être gardée, en vérité, quant à l'introduction en la cause de la notion d'un droit de superficie, si peu familière au législateur révolutionnaire ou à l'esprit napoléonien que son commentateur Proudhon, avec hésitation, recourait et s'en référait au seul droit romain¹⁹. Le souvenir ne peut être écarté non plus, parce qu'il est général et précis, que l'ancien droit prêtait aux baux, à fief ou à emphytéose ou à rente ou à cens, appliqués à un fief ou à une censive, consentis à perpétuité la nature d'aliénations translatives du seul domaine utile, et que la jurisprudence moderne a hérité de lui cette vérité²⁰. — La perfection, enfin, pour être pareillement réelle, devait là s'assortir et s'assurer par les productions propres à faire indubitablement juger de la nature du bien et de la possession du détenteur, représentation du contrat qui eût été la première source de la possession, preuve de la vérification contradictoire faite de ces droits à l'époque révolutionnaire avec les représentants de la Nation. Il n'y suffisait peut-être, ni de l'affirmation d'un droit de propriété pur et simple par le rachat de la rente opéré selon le mode établi par le décret de 1791 pour celui des rentes foncières, ni de cette déduction qu'à noter l'affrontation des Munchhofplätze par les Allmende le protocole de 1660 (*supra*, p. 187, note 16) affirme qu'ils « n'en sont pas », ni de la remarque d'une répétition des mots « biens censives » dans un recollement ultérieur (du 7 février 1834) : les arguments littéraires, d'exégèse ou de vocabulaire, restent tenus par rapport à des documents et à des actes dont les rapports officiels et les décisions judiciaires, à plusieurs reprises, signalèrent les irrégularités et les imperfections²¹. Et il y reste un hiatus, une raison de surprise, si tant est que l'un et l'autre ne trahissent pas leur secret ou leur cause : après comme avant le rachat opéré (février 1864) envers la fabrique de Dallenheim des rentes en argent, cire et huile, dues par les Munchhofplätze en leur ensemble, le demandeur accepta, reçut, subit les conditions annoncées par des délibérations du conseil municipal (février 1850 ; novembre 1860), mises en œuvre par des « baux » en la forme administrative (octobre 1868) pour la « concession de la culture », révélatrices ainsi par leur répétition et leur ampleur et leur contexture d'un fait ou d'une vraisemblance, à savoir, dans la commune de Dallenheim, comme en bien d'autres ayant et partageant entre les habitants des terres communales incultes, « la persistance du droit de propriété de la commune sur ces biens et la simple détention dont ils pouvaient faire l'objet de la part des usagers... vendeurs... acquéreurs... », comme dit une décision judiciaire locale²². C'est, de la sorte, un retour à l'unité qui s'effectue quant aux deux « cas » pris pour thème et une même manière de les traiter qu'il faut rechercher eu égard aux étapes et à la terminologie législatives.

De ces phases, l'une, ouverte par le décret d'urgence de l'Assemblée nationale du 14 août 1792 et celui de la Convention du 10-11 juin 1793, sur le mode de partage des biens communaux, était arrêtée avec la loi du 21 prairial an IV (9 juin 1796) et fut parachevée lors de la loi du 9-19 ventôse an XII (29 février-10 mars 1804) et le décret du 9 brumaire an XIII (31 octobre 1804) : en ce laps de temps les propriétés indivises entre communes purent être, en l'absence de titres qualifiant la possession de l'une d'elles ²³, l'objet licite de partages, à titre onéreux ou gratuit entre habitants, avec le pouvoir assuré à chacun de jouir « en toute propriété » de la portion à lui échue. Un sursis provisoire à toutes actions et poursuites de cette fin, décrété le 21 prairial an IV sur la dénonciation par le Conseil des Anciens des « funestes effets de l'exécution littérale de la loi du 10 juin 1793 », et l'interdiction portée dans la loi du 2 prairial an V (21 mai 1797) à l'encontre des communes de faire, sans une autorisation législative particulière, aliénation ou échange quelconque de leurs biens, furent, l'un levé, l'autre supprimée en l'an XII. — L'autre façon était, de la sorte, instituée : retour aux partages, maintien des copartageants ou de leurs ayants cause « dans la propriété et jouissance » de la portion de biens reçue, conditions offertes aux détenteurs sans titre écrit pour devenir « propriétaires incommutables » ²⁴, modalités d'aliénation définitive et des contrats de « concession », faculté ouverte aux communautés d'habitants de délibérer « un nouveau mode de jouissance... ». Un décret du 4^e jour complémentaire de l'an XIII (21 sept. 1805) clôt la série des actes législatifs, en déclarant applicables à « tous partages de biens communaux effectués avant la loi du 10 juin 1793 en vertu... d'ordonnances... et autres émanées des autorités compétentes », pourvu qu'elles ne fussent pas contraires, les principes de l'ancienne législation. Les ordonnances des 7-8 octobre 1818 et 23 juin-10 juillet 1819 et une instruction interministérielle (toujours en vigueur ²⁵) du 10 juin 1843 ne furent plus que relatives, les deux premières à la mise en ferme de certains biens communaux, à la réintégration des communes dans leurs droits usurpés et aux soumissions de détenteurs aux fins de devenir propriétaires, la dernière au remboursement des fruits des cinq dernières années et au paiement du prix intégral des biens.

C'est sur la foi, la lettre et l'esprit de ces textes que les contradictions se sont dressées : l'affirmation d'un droit plein et véritable de propriété par les communes, à l'appui de mises en demeure de délaissement faute d'acceptation d'un nouveau mode ou taux de concession, ou pour le support d'actions possessoires en complainte ²⁶ ; la prétention du défendeur, ici (Trib. civ. Pau, 18 juin 1891) de faire tenir les actes de jouissance exercés par les habitants, de temps immémorial et dans l'année antérieure au prétendu trouble, à son égard ou à l'égard de ses ayants cause, uniquement comme des actes de pure faculté et de simple tolérance, impuissants (C. civ., art. 2232)

à fonder possession ou prescription ; là (Trib. admin. d'Als. et de Lorr.) d'imposer à la commune et aux juridictions l'aveu de « biens privés appartenant à des particuliers... » soumis à un droit de vaine pâture au profit de la commune. L'affirmation tranchante et la prétention davantage compliquée, captieuse, sinon antinomique, sont, l'une et l'autre, à cantonner sur le terrain où la législation ancienne et la tradition de l'interprétation leur mesurent parcimonieusement la vérité.

*
* *

Une donnée ressort de l'histoire législative : le droit de propriété de la commune sur les terres livrées au pâturage ou à la coupe. Toute l'œuvre interprétative est d'en déterminer les virtualités.

Des portionnistes, malgré qu'à l'origine ils ne furent que de simples détenteurs précaires, pourraient, ont pu, selon les prévisions et les expressions de l'article 2236 du Code civil, intervertir le titre de leur possession et la purger du vice de précarité moyennant, tour à tour, des défrichements, des plantations, des clôtures entières, continues et permanentes, et une possession publique, paisible, exclusive ²⁷. Encore est-il que, dans le conflit des titres, la priorité et la préférence sont en faveur des communes : le tiers possesseur ne peut détruire les effets légaux de leur titre légal, de leur droit réel que par la preuve contraire ²⁸, circonstanciée et pleine, de l'existence à son profit, soit d'un droit de propriété préférable, soit d'une possession antérieure légalement acquisitive ²⁹, soit d'une prescription accomplie postérieurement ³⁰. Aussi bien, de ce point de vue, important peu, en dépit des préjugés, des circonstances comme l'inscription au cadastre et le paiement de l'impôt en résultant : les documents administratifs du cadastre et les extraits de terriers et les rôles de la contribution foncière, loin d'avoir la valeur ou la force probante d'un titre de propriété, ne sont qu'indices et ne fournissent, au plus favorable, qu'une présomption de fait ³¹ ; il est, du reste, de notoriété publique ³² que « l'opération [de l'établissement du cadastre], surtout en ce qui concerne les biens communaux ou d'origine communale, a été faite sans ordre, sans méthode, sur les indications d'officiers municipaux interprétant la loi suivant leur intelligence, leurs lumières et parfois aussi suivant leurs intérêts ». D'autre part, la circonstance, tout d'abord, que, dans l'état normal des choses, la possession du terrain des parcelles est promiscue ³³, du fait du pacage exercé par la généralité des habitants, et cette vue juridique, ensuite, qu'une possession quelconque se référant au titre du propriétaire suffit pour sauvegarder de la prescription le droit de propriété et même les divers attributs de cette propriété exploitée par des tiers ²⁴, concourent à établir la recevabilité des communes à prétendre, en thèse, qu'elles n'ont pas à prouver leur jouissance comme corps moral et, s'agissant pour elles, non d'acquérir par prescription, mais de conserver les droits résultant de leurs titres primitifs, à se préva-

loir, en fait, du geste individuel, encore que discontinu ³⁵, de leurs habitants,

Deux points sont là impliqués, qui ont été contredits, mais qui valent d'être établis sur une ligne de droit infrangible.

L'un est la conservation du droit communal fondé sur un acte d'affièvement ou un bail, moyennant le fait non interrompu du libre pacage exercé par des habitants *ut universi*. Il est d'évidence que, sur des communaux, le droit de pacage ou de coupe (comme celui de parcours, tant qu'il ne fut pas aboli dans les limites d'une province par édit royal ³⁶) ne peut être exercé que par les habitants ; et il ne l'est pas moins que, dès l'instant où ceux-ci, et eux seuls, jouissent en masse et sans distinction du pâturage ou du bois communal, cette possession commune est à l'occasion d'un droit qui n'a rien de particulier, mais a tout d'une propriété collective, surabondamment indicative, d'une représentation de la commune et d'un agissement pour son compte, *ut universitas, non autem ut singuli*. En tant qu'acte, le partage opéré et assigné pour la coupe des herbes ou la récolte des fruits n'y contredit aucunement : il ne pouvait n'être pas ; par contre, il n'empêche pas les fonds de demeurer communs et indivis quant à la propriété et sujets à tous les autres usages des habitants. Ceci n'est point à dire, du reste, que la possession des uns ou des autres, des habitants ou du portionniste, doive être infailliblement promiscue et ne puisse jamais être exclusive : les cas sont assez fréquents, et ils ne sont pas contraires au droit, de « propriété partiaire », comme l'appelait Merlin ³⁷, d'un concours de propriétés égales en droit et distinctes sur le même sol ³⁸. Là et ailleurs, la question est d'une recherche d'origine de la propriété, de détermination des caractères légaux de la possession ou de la vertu translatrice des actes sur lesquels chacune des parties prétend asseoir ses prétentions, d'analyse de l'éventuelle clause de transmission de propriété incommutable... ; ici et en tous cas, elle met en action l'office, traditionnellement défini ³⁹, souverain ⁴⁰, du juge, fût-ce le juge du possessoire, lequel, n'étant pas seulement juge du fait matériel de la possession, doit aussi bien la caractériser par rapport à l'origine des droits et eu égard aux titres respectivement produits, en s'abstenant, d'ailleurs, de prononcer sur leur validité et peut, ayant ainsi apprécié sûrement le mérite ou les caractères de la possession du demandeur en complainte, déclarer le bien communal sans entendre juger une question de propriété ⁴¹.

L'autre, corrélatif au premier, est l'efficiencia, la suffisance pour conserver le droit de propriété communal, des faits de possession partielle et promiscue qui, par eux-mêmes ou par eux seuls, seraient absolument insuffisants pour faire acquérir un droit de servitude discontinue (C. civ., art. 691) et en ce cas hypothétique pourraient s'expliquer par la tolérance. C'est la face pratique d'une distinction, la résultante d'une différenciation des éléments essentiels et des caractères constitutifs de la possession acquisitive et de la possession con-

servatoire : s'agissant, non d'acquérir, mais de conserver, il n'est ni condition ni règle ni restriction du genre imposé à l'article 2229 du Code civil ; il importe de ne pas désemparer et cesser d'user ; il suffit de tout acte extérieur signalant, indiquant ou rappelant le titre originel ; tout est utile à l'interruption, et il n'y aurait point, à coup sûr, objection valide à dire que la possession, en pareil cas, procède par voie de fait. Les anciens auteurs l'avaient énoncée ⁴² ; un réquisitoire insistant du procureur général Dupin, à propos des droits d'usage dans les bois et forêts, lui imprima plein relief ⁴³ ; la formule est devenue comme de style dans les arrêts de la Cour de cassation et des cours d'appel ⁴⁴, et il n'y a, selon toute vraisemblance, qu'un correct prolongement à tenir ⁴⁵ pour suffisante à ses fins la seule intention de conserver le droit, ne fût-elle accompagnée que d'actes peu caractérisés, quand elle n'est pas contredite par des faits impliquant manifestation d'une volonté contraire ou susceptibles d'apparaître comme un trouble à l'exercice de ce droit.

Ainsi la discussion des moyens de fait, l'appréciation des titres et des circonstances, les déductions doctrinales concourent à la précision des termes et à la qualification des droits. La « propriété » de la sorte définie, par petits traits un à un observés, semble l'être, cette fois, avec un minimum d'inexactitude dans l'analyse, de préjugé et d'apriorisme dans la terminologie et la technique. L'essai échappe peut-être à tel reproche formulé contre un grand auteur par un maître de l'histoire du droit ⁴⁶ de « raisonner en juriste », de ne point s'être soucié de la « genèse de sa doctrine ». Qu'il soit un hommage à la qualité, à la discipline et à la méthode de celui à qui il est offert, s'il a quelque ressemblance à la vérité.

¹ *Tr. élém. de dr. civ.*, t. I^{er}, 1932, n° 129, p. 53.

² Cf. CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, reg. IX, pp. 106, 113 ; DOMAT, *Tr. des loix*, ch. XIII, IV, p. XXIV ; A. LEBRUN, *La Coutume*, 1932, n° 107, p. 113.

³ *Tr. des prescriptions*, 1^{re} partie, ch. XIII, p. 105.

⁴ GÉNY, *Méthodes d'interprét. et sources en dr. priv. positif*, t. I^{er}, 1919, n° 129, p. 416. Cf. SAVIGNY, *Tr. de dr. romain*, t. I, 1840, p. 147.

⁵ GÉNY, *ib.*, n° 125, p. 391. Cf. AUBRY et RAU, § 4, n. 5, t. I^{er}, p. 35.

⁶ *Op. cit.*, n° 125, p. 392.

Cf. sur l'existence de pareils droits réels, AUBRY et RAU, § 221 bis, t. II^{er}, p. 586 ; G. RIPERT, *De l'exercice du dr. de propr. dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Th. doct. Aix, 1902, p. 178 ; GÉNY, *op. laud.*, n° 171, t. II^{er}, p. 155.

⁷ L'objet en vue duquel a été composé cet essai est demeuré hors l'ouvrage de R. GRAFFIN, *Les biens communaux en France: Etude historique et critique*, 1899. Le point de vue auquel ces pages se sont appliquées n'est point abordé dans le livre qui garde encore de l'intérêt scientifique et pratique, parce qu'il a la plénitude et la grande marque de toute l'œuvre de M. Léon Aucoc, *Des sections de commune et des biens communaux*, 2^e éd., 1864.

Une étude fouillée de la différenciation, des modes d'exercice et de l'extinction des droits de *vaine* pâture et de *vive* pâture a été faite dans une note H. SOLUS, s. Civ. rej. 21 juin 1921, Comm. de Nyer, S. 22, 1, 361. L'analyse ici tentée l'est sous un angle différent et à une autre fin.

⁸ Cf. l'observation de LEGRAND, *Comment. de la coutume de Troyes*, 1661, art. 168, glose 2, et sur les « usages communaux », PROUDHON, *Tr. des droits d'usage*, titre IV, ch. V.

⁹ Affièvement (*affiusament*) est le terme d'usage en Béarn, très particulier, ignoré du *Dictionn. de droit et pratique* de C. J. DE FERRIÈRE, comme du *Glossaire du dr. franç.* de F. RAGUEAU (éd. 1882, E. de Laurière).

¹⁰ Cf. un réquisitoire (1788) de Hall, procureur-syndic provincial, cité par Ch. HOFFMANN, *L'Alsace au XVIII^e siècle*, t. I, 1906 (éd. A.-M.-P. Ingold), p. 350. Cf. les conclusions d'un Mémoire sur les communaux à l'Assemblée complète du district de Colmar, *ib.*, p. 324.

¹¹ Consultat. Chauffour, 21 sept. 1784, dans un différend intéressant Beblenheim, in Ch. HOFFMANN, *La Haute-Alsace durant l'administr. provinciale*. 2^e fasc., 1903, pp. 165, 169. Cf. *Arrêts notables* (11 juillet 1698, 18 déc. 1739, 1^{er} juin 1747), t. II, p. 240.

¹² Conflit de Muntzenheim, nov. 1784, et affaire du Comté de Ribeau-pierre, sept. 1747, in Ch. HOFFMANN. *ib.*, pp. 175 et ss.

¹³ Cf. pour les Trois Evêchés, les édits de juin 1769 et janvier 1774, et un arrêt du Conseil du roi, 13 nov. 1777 ; pour la Navarre et le Béarn, les trois arrêts du Conseil, 28 oct. 1771, 9 mai 1773, 26 oct. 1777.

¹⁴ L'instance ne semble pas avoir été suivie. V. Civ. Cass. 29 nov. 1893, A. DE PAUL, S. 96, 1, 15 ; D. 94, 1, 405.

¹⁵ Ce fut dans les espèces traitées en justice le jeu, tantôt de la partie actionnée en délaissement, tantôt de l'administration, de soutenir que, l'action dans son objet et par son résultat comportant modification du mode ancien de jouissance, la compétence manque au tribunal civil pour statuer sur un tel changement. En vérité, la question à juger est assez aisément déplacée, de la question de propriété ou d'aptitude à la jouissance des biens communaux à celle des conséquences d'une mesure essentiellement administrative comportant modification de l'ancien usage : Cf. les observations Aucoc, *op. cit.*, n° 138, pp. 328 ss. A maintes reprises, les tribunaux judiciaires ayant considéré les titres anciens ou récents produits et y ayant découvert un droit exclusif, tantôt de propriété, tantôt d'usage ou de servitude, évitèrent la question de compétence soulevée : Tr. civ. Pau, 27 déc. 1860, Comm. de Serres-Morlaas. Souvent cette possibilité défaille, et l'hypothèse ne sera qu'exceptionnelle, si tant est qu'elle puisse se présenter encore, d'usurpations prétendues commises dans la période d'entre les lois de 1793 et de l'an XII et d'actions livrées par l'avis interprétatif du Conseil d'Etat du 18 juin 1809 et l'ordonnance royale du 25 juin 1819 à la compétence des conseils de préfecture : Cf. sur ces cas l'art. Aucoc, dans *L'Ecole des communes*, 1857, pp. 253 ss. Dans l'affaire en suspens au Tribunal administratif d'Als. et de Lorr., l'administration préfectorale a obtenu gain de cause (Trib. Saverne, 3 mars 1931 ; C. Colmar, 16 nov. 1932) pour son déclina-toire de compétence basé sur l'imagination suspecte, erronée, que les communaux pouvaient faire partie du domaine public de la commune (cf. sur leur nature, JOSSE-RAND, *Cours de dr. civ. positif franç.*, t. I², n° 1545, p. 799. Rpr. s. Riom, 27 déc. 1905, Cantat, notes Wahl, S. 07,

2, 305, et Planiol, *D.* 07, 2, 81) et sur le sens mieux entendu de l'art. 54 de la *Gemeinde Ordnung*. Son argument eût pris plus de solidité en s'appuyant sur le contenu donné et les suites annoncées à la délibération municipale, et en s'arc-boutant surtout à cette position jurisprudentielle, d'entente entre les deux ordres de juridiction, qu'à l'exception des questions préjudicielles de propriété soulevées par une demande en partage et relevant exclusivement de la compétence judiciaire (Conseil d'Etat, 15 février 1901, Comm. de Chilly, Justine et autres, *Leb. chr.*, p. 180, S. 03, 3, 39, *D.* 02, 3, 46 ; Pau, 27 déc. 1911, Comm. de Cadeilhan-Trachères, S. 12, 2, 245), toutes les mesures relatives à la détermination du mode de partage (Cass. civ. 13 mars 1922, Comm. de Quasquara, S. 22, 1, 365) ou d'exercice de la jouissance de biens communaux (Cass. civ. 22 mai 1905, Sambat, S. 09, 1, 75, *D.* 05, 1, 503 ; 21 nov. 1923, Comm. d'Esserval-Tartre, S. 24, 1, 207, *D.* 26, 1, 152) ressortissent (cf. Trib. confl. 1^{er} août 1903, Paget, *Leb. chr.*, p. 611, S. 06, 3, 25, *D.* 05, 3, 19 ; Cons. d'Et. 3 juin 1910, Monglout, Dejoux, *Leb. chr.*, p. 431, S. 12, 3, 151) aux tribunaux administratifs. Cf. note HAURIOU, Cons. d'Et., 6 mai 1904, Girondeau, 3 mars 1905, Aumeunier, S. 06, 3, 1 (*Notes d'arrêts*, t. III, p. 743).

¹⁶ *Generalneuerungsprotokoll über das Dorf und Bann Thalenheim*, de anno 1660 : Im Krauthal... idem 18 Acker ohngefähr, die Münchhofplätzen gemandt, welche unter den Bürgern vertheilt, die eine Seit ist eine Ahmwänd, die andere Seit auf eine Auchwänd stösst oben und untern auf Allemend, die Stück Zinsen einen Pfarrherrn 7 Gülden jährlich.

¹⁷ Cf. deux consultations, l'une de Chauffour le jeune, l'autre de Chauffour l'aîné, pour l'administration du Haut-Rhin, 1790, in HOFFMANN, *loc. cit.*, pp. 373, 379.

¹⁸ Chauffour l'aîné, *ib.*, p. 379

¹⁹ *Traité des dr. d'usufr., d'usage, d'habitat. et de superficie*, Dijon, 1848, t. VIII, ch. 97, p. 547. La remarque du danger existant à employer des termes très précis, de portée juridique bien définie, pour cette époque, pourrait s'étayer, d'autre part, de ce fait qu'en Béarn, en dépit de la distinction existante de fief et de cens (cf. P. ROGÉ, *Les anciens fors de Béarn*, 1908, p. 104, note 3), les mots furent souvent employés l'un pour l'autre, toute terre donnée à cens y étant dite affiévée (A. MAZURE et J. HATTOULET, *Fors de Béarn*, 1841, p. 78, n. 1).

²⁰ Cf. POTHIER, *Tr. de droit du domaine de propriété*, n° 3 (éd. Bugnet, t. IX, p. 102) ; I. BRISSAUD, *Cours d'hist. gén. du dr. franç. publ. et privé*, 1904, t. I, pp. 658, 725 ss., II, p. 1218 t. et n. 7 ; Ch. LEFEBVRE, *Observat. sur les rentes perpétuelles dans l'anc. dr. franç.*, 1914, n° 8 et ss. ; E. CHÉNON, *Démembrement de la propr. foncière en France avant et après la Révolution*, 1923², pp. 58-71, et *Hist. gén. du dr. franç. publ. et privé*, t. II (éd. Olivier-Martin), 1929, n° 380, pp. 193 ss. Cf. DALL., *Suppl. au Rép.*, v° *Propriété féodale*, n° 29, 49, t. XIV, pp. 743, 747.

²¹ Rapport du préfet Noël au Conseil général du Haut-Rhin, in HOFFMANN, *op. cit.*, p. 371.

²² Trib. supér. Colmar, 24 déc. 1919, Comm. de Schaffhouse, *Revue jurid. d'Als. et de Lorr.*, 1920, p. 309.

²³ Req. rej. 26 mai 1869, Comm. de Gara, S. 69, 1, 463, *D.* 69, 1, 319 ; 17 déc. 1872, Comm. de Raucourt, S. 72, 1, 404, *D.* 73, 5, 111.

²⁴ Cf. Décr. en Cons. d'Et. 24 juin 1808, Comm. de Noiseau, DALL., *Répert.*, t. X, v^o Commune, n^o 2240, p. 259.

²⁵ DALL., *op. et loc. cit.*, n^o 2269, t. X, p. 267.

²⁶ Cette affirmation, quoi qu'il en paraisse à son énoncé, est correcte, concordante avec cette très vieille jurisprudence qu'un demandeur peut, sans nuire à semblable action en complainte et sans la dénaturer, se dire propriétaire du fonds dans la possession duquel il demande son maintien : Civ. cass. 1^{er} mars 1819, Comte de Béarn, S. 19, 1, 341. Cf. Req. rej. 7 janv. 1829, Lombard de Quinciaux.

²⁷ Req. rej. 14 juillet 1856, Rougier, S. 57, 1, 676, D. 56, 1, 466.

²⁸ Cf. note E. Naquet, sous Aix, 29 février 1872, Laugier, S. 73, 2, 49.

²⁹ Civ. cass. 27 déc. 1865, Tercinet, S. 66, 1, 205, D. 66, 1, 5 ; 13 juillet 1870, Javal, S. 70, 1, 397, D. 70, 1, 343 ; 8 juillet 1874, Lepinay et Binet, D. 74, 1, 336.

³⁰ Req. rej. 21 août 1877, Lefaucœur, D. 78, 1, 365. Cf. Civ. cass. 21 mars 1894, Corbedanne, S. 94, 1, 240.

³¹ Jurisprudence constante et surabondante : Req. rej. 13 juin 1838, Marseillon, S. 38, 1, 886, D. 38, 1, 310... ; 20 avril 1868, Comm. de Bolquère, S. 68, 1, 269, D. 69, 1, 84 ; 23 janv. 1884, Comm. de Bevenge, S. 84, 1, 682 ; Civ. cass. 21 mars 1894, précité. Cf. Paris, 11 nov. 1897, Dubreuil, S. 00, 2, 105, av. note Wahl.

³² Pau, 4 juin 1873, Lahitou, *Jurispr. C. d'app. de Pau*, 1874, 1^{re} part., pp. 139 ss.

³³ Req. rej. 26 juin 1928, Maisonneuve, S. 28, 1, 318.

³⁴ Pau, 16 août 1853 et Civ. rej. 22 juillet 1856, Comm. de Charre, S. 56, 1, 1912, D. 56, 1, 306.

³⁵ Req. rej. 26 janv. 1876, Gau, S. 76, 1, 147, D. 77, 1, 259 ; 14 mai 1877, de Framond, et Civ. rej. 5 février 1878, de Vancesse, S. 78, 1, 322, D. 78, 1, 39.

³⁶ Cf. Civ. rej. 25 mars 1844, d'Artagnan, S. 44, 1, 455, D. 44, 1, 190.

³⁷ Concl. s. Req. 23 ventôse an X, dans *Questions de droit*, v^o Biens communaux, § VII, t. III, p. 424, et Cass., sect. réun., 16 pluviôse an XI, *ib.*, v^o Biens nationaux, § 1, t. III, pp. 33 ss.

³⁸ Propriété d'un bois et propriété d'une partie des arbres y croissant ; propriété de la première herbe distincte de celle de la deuxième et de la troisième ; propriété, pendant deux années, de l'eau de la pêche en un étang et, durant une troisième, celle de son assèchement, du sol et de la récolte : Cf. Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 23 mai 1856, S. 56, 2, 513, av. note Gilbert ; Req. rej. 13 février et 25 juin 1834, Lemoine et Saint-Albin, S. 34, 1, 205 ; 21 avril 1874, Biaux, S. 75, 1, 56, D. 74, 1, 443.

³⁹ Cf. POTHIER, *Tr. de droit du domaine de propriété*, n^{os} 323-236 (éd. Bugnet, t. IX, p. 212), reproduit presque littéralement dans le *Répert. universel et raisonné de jurisprud.* de Guyot, 3^e éd. revue par MERLIN, v^o Revendication, § 2, n^o 3.

⁴⁰ Req. rej. 14 février 1893, Bonicel-Lauram, S. 93, 1, 132, D. 93, 1, 208 ; Civ. rej. 23 janv. 1894, Comm. d'Autrecourt, S. 98, 1, 263, D. 94, 1, 238.

⁴¹ Cf. notamment Req. rej. 6 août 1863, Ortoli, S. 63, 1, 474, D. 63, 1, 464 ; ... Civ. rej. 24 février 1874, Comm. de Vadonville, S. 74, 1, 417, D. 74, 1, 233 ; 12 août 1874, Comm. de Pravent, S. 75, 1, 82, D. 75, 1, 258 ; ... 18 mai 1892, de Talleyrand-Périgord, av. rapp. Petiton et concl. conf. Desjardins, S. 92, 1, 357, D. 92, 1, 237 ; 14 février 1893, Rouxel, D. 93, 1,

248 ; Civ. cass. 28 nov. 1893, de Paul, précité ; ... Req. rej. 18 déc. 1901, Fayard, S. 02, 1, 358, D. 1902, 1, 165 ; ... 30 avril 1912, Monticelli, S. 13, 1, 35 ; ... 21 juillet 1925, Houssemand, S. 25, 1, 263 ; ... Civ. cass. 26 mai 1930, Orsoni, S. 30, 1, 303. Cf. note (4 à 7) E. Naquet, s. Civ. cass. 15 mai 1911, Mohamed ben Amara ben Smida, S. 15, 1, 11.

⁴² Cf. D'ARGENTRÉ, sur l'art. 271 de la *Coutume de Bretagne*, v^o Et seigneurie, n^o 6 ; DUNOD DE CHARNAGE, *Tr. des prescript.*, éd. 1765, p. 22. Cf. LEROUX DE BRETAGNE, *Nouv. tr. de la prescript. en mat. civ.*, 1869, n^o 281.

⁴³ S. Cass., ch. réun. 23 mars 1842, Préfet du Bas-Rhin et ville de Haguenau, par extraits S. 42, 1, 400 ; en entier, *J. du Pal.*, 1844, I, 821.

⁴⁴ Cf. Req. rej. 7 février 1843, Comm. de Viellevigne, S. 43, 1, 785, D. 43, 1, 374 ; Civ. rej. 22 juillet 1856, Pomarez, S. 56, 1, 910, D. 56, 1, 306 ; Riom, 23 déc. 1854, Comm. de Fayet, D. 55, 2, 134 ; Nîmes, 27 juillet 1857, Monty et Jourdan, S. 57, 2, 686.

⁴⁵ Cf. Req. rej. 20 mai 1851, Leforestier, S. 51, 1, 812, D. 51, 1, 260 ; ... Civ. cass. 27 oct. 1891, Paravicini, S. 92, 1, 23, D. 92, 1, 432 ; Civ. rej. 30 nov. 1892, Comm. d'Autrey, S. 93, 1, 68, D. 93, 1, 247.

⁴⁶ (Contre J. Bodin) par J. BRISSAUD, *op. cit.*, t. I, p. 776, note 3.

TITRE III

LA LÉGISLATION DANS SES RAPPORTS AVEC LES AUTRES SOURCES DU DROIT

CHAPITRE PREMIER

L'objet commun des titres III à VIII et la répartition des matières entre ces titres

Les six derniers titres de ce volume constituent la partie centrale de cette publication collective. Ils traitent une matière d'études, dont tous les éléments sont étroitement liés entre eux, et qui forme un bloc unitaire, malgré l'imprécision de quelques-uns de ses contours ou de ses lignes de contact avec d'autres groupes naturels de problèmes de la science sociale. L'analyse et la vérification des divers rouages de l'appareil actuel d'élaboration du droit positif — de *law-making* — et de leur agencement d'ensemble est, à la fois, la raison d'être et le point d'arrivée des recherches plus discursives, parce que périphériques, qui ont été faites, dans le tome I de ce Recueil sur les aspects historiques et philosophiques de la théorie des sources du droit et, dans le titre II du présent volume, sur ses relations avec la théorie plus large du système juridique et de ses éléments constitutifs.

Désormais, dans la fin de ce volume, comme dans l'ensemble du troisième, les investigations des cotisants à l'hommage collectif au maître de Nancy vont se concentrer sur un terrain fermé : la description des sources du droit positif du temps où nous vivons, l'examen de la façon dont elles fonctionnent dans les réalités contingentes de la vie actuelle du droit, et non de la façon dont elles devraient fonctionner d'après les vues diverses que nous pouvons nous faire les uns et les autres, soit des buts et de la fonction du droit, soit des rapports entre le droit et l'Etat. Les auteurs des contributions rassemblées dans ces six derniers titres sont tous, comme Gény, des étudiants du droit privé positif, des juristes, des *lawyers* au sens habituel et moyen du mot, qui sont poussés à ouvrir le boîtier de la mécanique nationale de production du droit, à en inventorier les rouages et regarder comment ils s'engrènent, uniquement par des

préoccupations d'utilité pratique, pour se faciliter à eux-mêmes et, — comme ils sont pour la plupart des professeurs, faciliter à leurs étudiants — la prévision des résultats que peut donner à l'heure actuelle le maniement de ce mécanisme.

L'esprit dans lequel ils abordent cet examen du mécanisme actuel du *law-making* a été fort bien défini par un observateur du dehors, un philosophe qui s'est attardé quelques instants à regarder travailler les juristes. Dans un article des *Archives de Philosophie du droit*, 1931, 3-4, sur *La philosophie et le droit*, pp. 373-374, ce philosophe, Georges A. Billet décrit ainsi notre façon d'aborder les problèmes de la méthodologie de notre science ou de notre art. Lorsqu'ils « cherchent à définir les éléments de l'interprétation juridique, c'est aux sources du droit qu'ils prétendent remonter ; c'est-à-dire qu'il s'agit pour eux, non pas d'édicter arbitrairement les règles d'une méthode, mais d'atteindre, par l'analyse de la jurisprudence, les facteurs réels de l'interprétation, ceux que mettent vraiment en œuvre les juges, lorsqu'ils ont à trouver une solution que la loi n'apporte pas, ceux que seule une théorie abstraite ou factice de l'interprétation empêche de discerner. Cela les conduit inévitablement à prendre position sur la nature et le rôle respectif de la loi, de la coutume, de la jurisprudence, de la doctrine dans la formation et l'élaboration du droit. Mais cette théorie ils prétendent la tirer, non d'une vue *a priori* de l'esprit, mais de l'analyse même de l'évolution jurisprudentielle ».

Tel est, en effet, le programme que se sont assignés instinctivement la plupart des auteurs qui ont fourni leurs contributions aux derniers titres de ce volume. Ils lui ont même donné une base encore plus étroite et plus précise de réalités pratiques, parce qu'ils l'ont conçu et conduit avec une mentalité de professeurs habitués à distribuer une culture qui, sans doute, a des aspirations de culture générale, mais appropriées aux besoins de la formation professionnelle d'une clientèle principale de futurs praticiens du droit, — magistrats et avocats, — envisageant principalement leur technique en fonction de l'application au règlement des contestations judiciaires.

Aussi les seules sources du droit, qui forment le sujet de cette fin de volume sont-elles les sources *formelles*, celles qui dégagent ou peuvent aspirer à dégager des normes de droit positif — au sens actuellement usuel de ce mot, — c'est-à-dire des règles et solutions de points de droit dont l'observation soit assurée par une reconnaissance par les organes de la puissance publique et la mise à leur service de la puissance de contrainte dont disposent ces organes.

Ce qui ne veut pas dire qu'on ait négligé dans ce Recueil de toucher aux sources *substantielles* ou primaires du droit, et de se préoccuper de l'ensemble de forces ou de matrices sociales par l'organe desquelles s'élabore la matière première, le contenu à l'état brut des normes auxquelles les sources formelles donnent leurs formules finales. Mais l'étude en a été faite ailleurs : dans le tome I — surtout dans sa seconde partie, — et aussi dans le tome III où certains auteurs

ont traité les sources de leur branche du droit sous le double aspect des sources substantielles et des sources formelles — comme l'a fait pour le droit pénal Giulio Battaglini — et dont l'un des principaux titres, titre IV, est consacré pour une large part à l'une des catégories les plus importantes de cet ensemble de sources primaires : les facteurs économiques du droit.

Mais l'étude de ces sources-là — c'est-à-dire de l'ensemble de facteurs qui édifient la substructure du droit, les fondements sociaux, économiques, éthiques, politiques — la nature des choses positive — sur lesquels repose le droit, n'a pu prendre ici ni la même rigueur méthodique ni la même ampleur que celle des sources formelles, non seulement parce que cette étude constitue un terrain beaucoup moins frayé par les juristes — parce qu'un terrain extérieur, un terrain de communication avec les autres sciences sociales, — mais surtout parce qu'elle forme un champ d'observation beaucoup plus complexe, beaucoup plus mouvant, et dès lors se prêtant beaucoup moins bien à des conclusions précises et rigoureuses. C'est surtout en ce qui concerne les sources primaires ou substantielles du droit que d'utiles compléments au *Recueil Gény* pourraient être trouvés dans le volume, — déjà signalé par notre préface, — consacré par l'*Annuaire de l'Institut de Philosophie du droit* au *Problème des sources du droit positif*.

Je dois même confesser que notre mentalité professionnelle, qui nous habitue à envisager le droit trop exclusivement dans son application au règlement de cette guerre du droit qu'est le procès, et à faire passer à l'arrière-plan de notre attention son application habituelle au règlement pacifique des relations d'ordre juridique, nous a amenés, dans cette étude collective des sources du droit privé positif, à restreindre de façon peut-être trop étroite, la notion du droit positif — et par conséquent de ses sources — en ne concevant l'élément contrainte qui donne au droit son caractère de positivité que sous la forme de l'ouverture d'un appel aux tribunaux pour le reconnaître et le sanctionner.

De là vient sans doute qu'aucune des contributions destinées à ce second volume n'ait été consacrée spécialement à une source du droit mettant en œuvre la contrainte de l'Etat — et présentant à ce titre la nature de source de droit positif — qui a conquis un large droit de cité dans toutes les provinces géographiques de la communauté internationale : le droit élaboré par les administrations publiques. Je n'entends pas par là le droit qu'elles ont bâti pour le règlement de leurs relations avec leurs administrés — ce qu'on appelle droit administratif — mais la participation de ces administrations au développement du droit privé.

L'absence, dans le second volume du *Recueil Gény* de titre consacré à cette source du droit, peut paraître d'autant plus regrettable que, dans tous les pays qui tiennent la tête de la civilisation juridique actuelle, la pénétration de l'application administrative du droit, dans

la sphère des sources du droit positif, s'est traduite, vers la même époque, par les trois mêmes manifestations générales :

1° Par l'accroissement de la participation prise au travail législatif par les organes du pouvoir exécutif. Je ne vise pas ici les méthodes instaurées au cours de ces dernières années en Italie et en Allemagne — et dans une faible mesure en France — consistant dans une abdication de fait par le législatif de la majeure partie de ses attributions au profit de l'exécutif, par la voie de l'instauration d'un régime général de législation par voie de décrets-lois ou d'ordonnances administratives. Car l'apparition de ces régimes de *law-making* est loin de constituer un trait général de la vie juridique de la communauté internationale. Ce qui caractérise la marche commune de l'évolution du droit dans les diverses parties du monde, c'est seulement la multiplication des cas où les législatures n'indiquent plus que les directives générales des réformes juridiques voulues par elles, laissent à l'exécutif la tâche d'en arrêter les détails et ajournent l'application effective de ces réformes jusqu'à l'heure où l'exécutif aura terminé son travail de finissage et de polissage.

Les plus importantes d'entre les lois françaises de protection des travailleurs — lois sur la journée de huit heures ou sur le repos hebdomadaire par exemple — prévoient elle-mêmes à leurs dispositions une série de dérogations et d'assouplissements destinés à les adapter aux conditions particulières des diverses industries et des diverses régions. Ce travail d'adaptation, qui seul donne une réalité concrète à ces lois en les rendant supportables, est l'œuvre d'administrations publiques qui ne statuent d'ailleurs qu'après consultation préalable des groupements patronaux et ouvriers intéressés. Nos lois de prévoyance sociale et nos lois de politique commerciale ou économique ne sont plus aptes dès leur promulgation à une entrée immédiate en action. Tel a été le cas de nos lois récentes sur les assurances sociales ou sur les allocations versées par les employeurs aux ouvriers pour charges de famille. On s'en plaint. On a tort. C'est une nécessité. Il faut, pour qu'elles puissent s'appliquer, une mise au point par les organes du pouvoir exécutif. La législation est trop au-dessus des multiples et mobiles contingences de la vie juridique pour pouvoir, dans les nouveaux chapitres que fait naître le développement des tâches civilisatrices de l'Etat, s'adapter à ces contingences sans le secours d'agences administratives.

C'est là un phénomène qui n'est particulier ni à la France, ni même aux pays de *droit civil*. Les juristes américains et anglais l'ont d'abord accueilli par des protestations beaucoup plus énergiques que leurs collègues du continent européen. Cela ne l'a pas empêché d'y prendre une intensité au moins égale. C'est ce que montre pour l'Angleterre une statistique donnée en 1929 par le premier ministre M. Baldwin dans une séance de la Chambre des Communes. Il constatait que, pendant les trois années qui venaient de s'écouler le nombre moyen annuel des Actes législatifs votés par le Parlement avait été de 50, alors que celui des Règles et Ordonnances émises par le

pouvoir exécutif avait été de 1408. On sait assez, d'ailleurs, que le Parlement anglais s'est habitué à insérer dans ses Actes législatifs une clause de style prévoyant que les règlements pris en exécution de l'Acte auront la même autorité que l'Acte lui-même.

Aux Etats-Unis, la délégation du pouvoir législatif à des agences administratives, a d'abord été considérée par les cours de justice comme une violation du principe de la séparation des pouvoirs. Ce qui n'empêche pas que le nombre des commissions fédérales et des commissions d'Etats particuliers, investies de pareilles délégations s'y est tellement multiplié que, dès 1916, M. Elihu Root, dans un discours présidentiel à l'*American Bar Association*, pouvait dire : « En présence de ces agences administratives, la vieille doctrine qui prohibait la délégation du pouvoir législatif est définitivement hors de combat. »

2° Cette entrée en ligne de l'application administrative du droit parmi les sources du droit privé positif s'est encore traduite par le même effacement de la conception ancienne de la séparation des pouvoirs en tant qu'elle prohibait l'attribution de pouvoirs judiciaires à d'autres organismes que les cours de justice ordinaires. Aux Etats-Unis et en Angleterre, aussi bien que dans l'Europe continentale, on a assisté, depuis le début de notre siècle, et surtout depuis la fin de la guerre, à un pullulement d'agences administratives ou d'agences mi-administratives mi-judiciaires instituées pour procéder au règlement des contestations soulevées par de nouveaux chapitres du droit du travail, de l'industrie, du commerce, de la finance, de l'habitation et des loyers ou fermages ;

3° La progression de cette source administrative du droit privé s'affirme enfin par une dernière manifestation, qui n'a plus la même universalité géographique que les deux premières, mais qui déjà s'est développée avec quelque ampleur dans des régions fort diverses et fort distantes de la communauté internationale : c'est l'appel, pour rajeunir et fortifier un certain nombre de réglementations juridiques de rapports et de devoirs sociaux, à des instruments de mise en œuvre disposant de moyens de contrainte plus expéditifs et plus directement efficaces que les sanctions judiciaires. Le désir de substituer des procédures administratives aux procédures judiciaires comme instrument primaire et habituel d'application forcée du droit a, dans beaucoup de régions, été l'une des causes de la multiplication des juridictions bureaucratiques.

C'est là un phénomène que j'ai eu, dans mon Introduction à la traduction française des *Codes de la Russie Soviétique*, tome 9 de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, pp. 17-23, l'occasion de signaler comme l'un des traits les plus caractéristiques de la nouvelle législation russe, et notamment de son Code de la famille, où il s'affirme, non seulement dans l'organisation de la tutelle étatique, mais surtout dans l'appel à l'intervention administrative pour fournir un remède pratique et immédiat à la désertion des de-

voirs d'assistance mutuelle entre les époux et les parents et les enfants.

Je l'ai vu depuis ressortir, avec non moins de netteté, parmi les conclusions d'une enquête sur les *Recent Social Trends in the United States* (2 volumes, 1933, Mc. Graw-Hill Book C°, New-York et Londres), organisée dans l'automne de 1929, sous les auspices de Président Hoover, par un comité utilisant la collaboration d'un grand nombre d'universitaires renommés, et qui, grâce à l'aide pécuniaire de la *Fondation Rockefeller*, a été publiée en janvier 1933, pendant la période d'interrègne ou de sommeil des pouvoirs présidentiels qu'un amendement à la constitution a depuis travaillé à faire disparaître.

Dans cette enquête, qui laissait déjà pressentir quelques-uns des courants de *New Deal*, vers lesquels l'opinion publique allait entraîner le nouveau Président, le chapitre sur le droit et les institutions légales, (chapitre XXVIII, pp. 1430-1488) a été écrit par deux maîtres — dont l'un est son doyen — d'une des facultés de droit les plus anciennes et les plus illustres, *Yale Law School* : une maison qui a fourni un apport particulièrement large à la contribution américaine au *Recueil Gény*.

L'une des caractéristiques de l'orientation juridique actuelle des Etats-Unis que le doyen Charles E. Clark et son collègue William O. Douglas y décrivent avec le plus d'insistance, est précisément la tendance à multiplier les cas où les procédures administratives sont substituées à la litigation privée et à la procédure judiciaire.

Je ne citerai que deux illustrations qu'ils donnent de cette tendance.

La première est fournie par les lois sur les accidents du travail. 38 d'entre les 48 Etats de l'Union américaine confient, nous disent-ils, l'application de ces lois à des commissions administratives (*Workmen's compensation boards*). Et la grande majorité d'entre eux invitent ces bureaux à trancher les contestations relatives aux accidents du travail sans s'astreindre à l'observation des règles de la procédure judiciaire. Ces lois ont donné naissance à une procédure dénuée de tout formalisme, que Clark et Douglas considèrent comme un modèle appelé à susciter l'imitation dans bien des compartiments nouveaux du droit. Ils signalent notamment que des propositions de lois ont été introduites devant diverses législatures d'Etats en vue de l'étendre à l'expédition de la foule de procès en responsabilité que font naître les accidents de la circulation automobile.

Le second des exemples, mis en vedette dans le chapitre précité de *Recent Social Trends*, est surtout intéressant à un autre titre. C'est celui de la *Federal Trade Commission*, instituée par une loi fédérale du 26 septembre 1914 pour veiller à l'application des lois contre les trusts et aussi — c'est surtout son rôle actuel — pour combattre les pratiques déloyales de concurrence industrielle et commerciale. (Les origines et les premières phases de l'histoire de cette commission ont été exposées aux lecteurs de langue française par

Max. J. Wasserman : *L'œuvre de la Federal Trade Commission*, tome 13 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon*, 1925.) La *Federal Trade Commission* avait été investie par la loi de 1914 : 1° de pouvoirs d'investigation policière et d'une mission d'agence d'institution de poursuites pénales ; 2° d'une compétence pour juger les faits allégués dans ces poursuites, sous réserve d'appel aux cours de justice contre celles de ses décisions ordonnant la cessation des pratiques incriminées. Cette double activité initiale de la Commission, contrariée par un contrôle peu tolérant des cours de justice, n'a longtemps donné que de fort maigres fruits. La commission a été amenée à recourir de préférence à une autre méthode d'assainissement du commerce, méthode déjà décrite par Wasserman (pp. 269 et suiv. du livre précité), mais que ne prévoyait pas son acte d'institution : la méthode des conférences ou des *trade-practice submittals*.

Quand elle soupçonne ou craint que des méthodes déloyales ou malfaisantes de concurrence se soient introduites dans un département de l'industrie ou du commerce national, elle convoque des représentants des organisations et les personnalités dirigeantes de cette branche commerciale ou industrielle à des réunions tenues sous la présidence d'un ou plusieurs de ses membres. Elle cherche à les amener à s'entendre sur les mesures à prendre pour prévenir ou extirper ces pratiques. Et quand, sous sa poussée, l'accord s'est fait entre les principaux intéressés, elle use plus aisément de ses pouvoirs de contrainte pour en imposer le respect aux dissidents.

La *Federal Trade Commission*, par une expérience déjà assez longue de cette méthode des Conférences, a ainsi créé le moule juridique auquel recourent aujourd'hui le Président Roosevelt et l'Administration de Reconstruction nationale pour arriver à promulguer et faire appliquer leurs chartes ou codes industriels.

Mais ici l'application administrative du droit rejoint, en se combinant avec elle une autre source du droit, de jaillissement encore récent et déréglé, le droit fait par les groupements économiques pour le gouvernement des relations professionnelles entre leurs membres, sur lequel il ne nous est pas parvenu de travail d'ensemble, mais dont l'une des variétés a toutefois formé l'objet d'attentives investigations dans les contributions italiennes groupées dans notre troisième volume, sous le titre consacré aux sources du droit du travail.

Il était inévitable que, dans une enquête menée dans des conditions de liberté complète de mouvement individuel, quelques parties, encore trop mouvantes, de notre champ naturel d'exploration commune n'attirent spécialement l'attention d'aucun des collaborateurs à cette enquête. Mais, du moins, toutes les sources définitivement classées parmi les pièces essentielles du mécanisme actuel d'élaboration de nos droits positifs nationaux, qui ont subi l'épreuve assez prolongée de l'expérience pour qu'on puisse aujourd'hui définir leur sphère respective d'action, ont-elles formé dans ce Recueil

l'objet de nombreuses études, dont une large part a dû d'ailleurs être répartie entre les divers titres du tome III, parce qu'elles envisageaient avant tout les relations et la hiérarchie de ces sources par le point de vue de l'application à l'une des branches particulières du droit.

C'est ainsi que les observations présentées par Wortley, dans le chapitre II du titre I de ce volume, sur l'interprétation des Actes législatifs ou *Statutes* anglais devront être rapprochées des études consacrées, dans les chapitres 2 et 3 du présent titre III, à l'interprétation des lois continentales, soit par Henri Capitant, qui, ayant largement contribué à assurer par le prestige de son nom et la puissance de sympathie de sa personne le succès de l'appel fait aux coopérations pour la réalisation de ce Recueil, a tenu à y apporter aussi sa contribution originale, soit par Gustav Radbruch. De même, le travail de Jivoïn Péritch, sur *le problème des sources du droit et la fonction de la loi*, qui constitue le chapitre 4 du présent titre, trouvera son complément, sous la forme tantôt de confirmation, tantôt de contradiction, dans la majeure partie des chapitres de la seconde partie du tome I et dans un grand nombre des contributions éparses dans les divers titres des tomes II et III. La législation étant devenue dans les pays de *droit civil*, sous le régime de la codification, la maîtresse source du droit, et ayant même pu y prétendre à un monopole de la production du droit positif, il est inévitable, que les autres sources du droit ne puissent être étudiées que dans leurs rapports avec elle.

A la suite de ces travaux de juristes appartenant aux pays où la législation tient le haut du pavé, il nous a paru nécessaire de placer une contribution qui émane d'un auteur appartenant à la moitié du monde civilisé où la législation passe au second rang — les pays de *common law* — et même à la province du *common law* où la législation est le plus étroitement tenue en bride par la jurisprudence des cours dans sa forme supérieure : la jurisprudence constitutionnelle. Fowler Vincent Harper, dans un cinquième chapitre étudie *Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme juridique en Amérique*. En face des raisons du mécontentement (*dissatisfaction with the law*, c'est un titre d'article qui revient fréquemment dans la littérature juridique américaine du xx^e siècle) qu'une partie du public éprouve à l'égard de la loi, sous la forme du *common law*, — du droit judiciaire, — qui seront indiquées dans quelques-unes des contributions au titre VIII (libre recherche), le distingué professeur d'Indiana University expose les raisons pour lesquelles ce mécontentement s'est également manifesté à l'égard de la législation ou *Statute Law*. Les lecteurs des pays de *droit civil* auront certainement un réel profit à retirer de la méditation des pages où il recherche les causes d'un divorce, trop fréquent, entre la loi et la pratique, entre le droit théorique qu'est la loi, et le droit vivant. Parmi ces causes, qui réduisent trop souvent la loi à n'avoir guère d'existence que sur le papier, il en est qui sont spécifiquement amé-

ricaines, mais il est d'autres — c'est sur celles-là qu'insiste surtout Harper — qui sont de nature à produire partout les mêmes effets. Ce n'est pas seulement aux Etats-Unis, qu'il existe des limites d'ordre sociologique à la puissance de la loi.

Le titre IV rapproche de la loi la source qui l'a précédée historiquement comme fond général du droit et, qui après avoir été longtemps sa concurrente victorieuse, ne tient plus aujourd'hui dans la partie centrale du droit privé, qu'une place secondaire, dans le sillage en pays de *droit civil* de la législation et en pays de *common law* de la jurisprudence : la coutume. Nous n'avons placé sous ce titre que deux articles, l'un du juge international, professeur Rafael Altamira, montrant le rôle important que tiennent encore en Espagne les coutumes locales ou régionales, l'autre de Walter Heinrich sur les éléments constitutifs de la coutume générale et ses rapports avec la législation. Mais la coutume a aussi été étudiée — et peut-être plus amplement — dans quelques-uns des titres du tome III. Ce qui s'explique par le fait que, si sa place s'est singulièrement rétrécie sur le terrain du droit civil (au sens français du mot), elle garde encore une part de la vedette dans le droit commercial, (d'où notamment l'étude du professeur de l'Université impériale de Tokio Kotaro Tanaka sur la *Fonction de la coutume en droit commercial*. Chapitre II du titre VI du tome III), et surtout dans le droit constitutionnel (d'où les travaux de Carlo Girola sur *Les coutumes constitutionnelles* et de René Capitant sur *Le droit constitutionnel non écrit* dans le titre I du tome III) et en droit international public (voir notamment au titre VIII du tome III l'article de Louis Le Fur: *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit des gens*).

Le titre V est consacré à la source du droit qui, dans les pays anglo-saxons conserve la place de maîtresse-branche que lui a ravie la législation dans les pays de *droit civil* et de droit codifié : la jurisprudence au sens français du mot, *Rechtsprechung*, *case-law* ou *common law*. La supériorité de cette source est plus accusée que partout ailleurs aux Etats-Unis grâce à l'arme que le contrôle de la constitutionnalité des lois fournit au pouvoir judiciaire pour imposer ses vues au pouvoir législatif, et à l'extrême liberté de mouvements que l'interprétation des lois a pu conquérir sous l'abri de ce contrôle de constitutionnalité. Une « construction » de l'Acte législatif tendant à le transformer ou même à lui enlever toute signification, pour éviter qu'il ne se heurte à des prohibitions constitutionnelles, est apparue aux cours de justice comme une forme plus courtoise d'apporter à l'application de la loi un veto qu'elles auraient pu formuler plus brutalement par la voie de la déclaration d'inconstitutionnalité. J'ai donné aux lecteurs français quelques exemples caractéristiques de cette action conjuguée de la déclaration d'inconstitutionnalité et de l'interprétation destructive envisagée comme substitut de la déclaration d'inconstitutionnalité, dans mon *Gouvernement des juges*, Paris, Giard, 1921 et surtout dans un volume, écrit

en 1926 comme tome 6 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon (*La lutte judiciaire du travail et du capital organisés aux Etats-Unis*).

Mais même dans celles des parties du territoire du *common law* qui repoussent le plus énergiquement toute suprématie du judiciaire, le droit judiciaire n'en doit pas moins à l'absence de codification d'ensemble de demeurer le fond principal du droit et de garder la place d'honneur dans la vénération des juristes. Et si la jurisprudence que les premières codifications du droit privé — et notamment l'article 5 du Code civil français — avaient cherché à rayer du nombre des sources du droit, ne peut pas aspirer à s'élever à la même dignité officielle en pays de droit codifié, elle y a cependant reconquis sans bruit, et grâce à la modestie même de son allure, la nature réelle d'une source centrale du droit, de celle qui procède au malaxage final des matériaux apportés par les autres sources du droit, et détermine quels sont ceux de ces matériaux, — y compris les matériaux législatifs — qui pénétreront dans le droit vivant, et sous quelle forme ils y pénétreront.

Que nous aussi, gens des pays de *droit civil*, nous ayions — aussi bien en France qu'en Allemagne — notre corps de *case-law* ou de précédents judiciaires éprouvés, dont la connaissance soit encore plus immédiatement nécessaire au praticien que celle de la lettre de la loi, il y a beau temps que nous le savons tous.

Les juristes des pays de *common law* ont été plus longs à s'en rendre compte, et dans un livre — *Law in the Making* qui, à tous autres égards, est l'un des chefs-d'œuvre de la littérature d'après-guerre sur le terrain de la jurisprudence — au sens anglais du mot — l'un des anciens titulaires de la chaire de jurisprudence d'Oxford, C.-K. Allen présentait encore sur la situation d'humilité des jurisprudences latines et leur effacement devant l'autorité de la doctrine des vues dont j'ai dû signaler l'inconciliabilité avec les réalités de la vie juridique française aussi bien qu'allemande, dans un article en tête du tome 39 (1929) de *Yale Law Journal* : *The Case-method in Canada and the Possibilities of its Adaptation to the Civil Law*. Pour commencer à ouvrir les yeux de nos collègues anglo-américains sur ces réalités du droit vivant continental, il a fallu des travaux récents comme ceux de A. Goodhart, *Precedents in English and Continental Law* dans 50 *Law Quarterly Review* 40 (1934) ou *Le précédent en droit anglais et en droit continental* dans le volume de l'Annuaire de l'Institut International de philosophie du droit sur le *Problème des sources du droit positif*, pp. 36-62, ou celui de Francis Deak : *The case in common and civil law* dans VIII *Tulane Law Review*, 336 (avril 1934). Et ce n'est probablement que dans un cercle extrêmement limité qu'on commence à prendre conscience en Angleterre et aux Etats-Unis que les droits continentaux ont eux aussi leur jurisprudence, qui y joue par rapport à la loi un rôle apparenté à celui du *common law* par rapport au *statute-law*, mais une jurisprudence de type différent de l'anglaise, représentant le *case-law* à l'état sau-

vage, se formant et se transformant par le libre jeu des lois sociologiques, en face du *case-law* de type cultivé et rigide qu'est le *common law*. Les mérites et les défauts respectifs de ces deux modes de formation et de développement de la jurisprudence peuvent peut-être fournir à l'heure actuelle l'un des terrains de la théorie des sources du droit se prêtant le mieux à de fructueuses études comparatives.

Sous le titre V, consacré à la jurisprudence, nous n'avons rangé que deux contributions, dont l'objet direct est de définir la place occupée par la jurisprudence dans deux pays de l'Europe centrale, dont l'un, la Roumanie, possède une codification déjà ancienne de son droit civil, dont l'autre, la Hongrie, reste en ce qui concerne le droit civil sous un régime principal de droit coutumier. Celle du Président Alexandre Costin nous fait suivre le fonctionnement de la jurisprudence dans un droit continental du type codifié, alors que celle du D^r Edmond Kuntz nous permet de l'observer dans un milieu continental où elle échappe encore aux gênes de la codification.

Mais l'apport américain à l'étude de la jurisprudence — il est naturellement plus considérable que tout autre, — n'a pas pu être placé dans ce titre V. Il était impossible de le séparer des contributions relatives à l'objet qui forme le thème principal de la riche masse des envois américains : la libre recherche scientifique. Si on l'a étudiée avec une ardeur passionnée dans le cercle des coopérateurs américains, c'est qu'on l'y envisage sous l'angle de l'utilité pratique. Et ce qui lui donne son utilité pratique, ce n'est pas l'usage que peut en faire la doctrine, mais celui qu'en font les cours de justice. Jurisprudence et libre recherche sont deux parties de la théorie des sources du droit qu'on ne peut séparer que dans un but de commodité didactique. Nous les avons cependant séparées — parce que la libre recherche doit former la conclusion, le dernier mot de ce tome II — par l'intercalation de deux titres.

Le titre VI — Contrat — groupe d'abord les contributions, étroitement apparentées, de deux des auteurs de grands traités classiques de droit civil français, Louis Josserand et Georges Ripert, et d'un autre civiliste auquel sont dues les dernières éditions d'un de nos meilleurs manuels de législation industrielle, E.-H. Perreau. Ils se sont rencontrés tous les trois dans l'étude, au travers de ses manifestations françaises, d'un des mouvements d'ampleur internationale qui se dessinent pour l'instant avec le plus de netteté dans le domaine des sources du droit : l'intervention de plus en plus active de la législation dans le jeu des contrats, la tendance des législatures à légiférer pour déterminer les clauses qui peuvent et celles qui doivent figurer dans certaines catégories de contrats. A la suite de ces contributions sœurs vient une étude d'un universitaire roumain Trajan Jonesco sur *Le rôle de la volonté dans la formation des contrats*. Puis un cinquième chapitre, œuvre d'un des professeurs de Columbia University, Edwin W. Patterson place, en face de l'appel à la

réglementation des contrats fait par la législation, pour développer ses réformes, l'utilisation que le *common law* a fait depuis longtemps, — et continuera sans doute à faire dans le même but — du glissement par les juges dans les contrats de clauses sous-entendues, auxquelles les parties n'ont d'ordinaire pas songé et qu'on finit par leur imposer. Cette étude de Patterson sera utilement rapprochée de quelques autres éléments de la riche gerbe de travaux venus des Etats-Unis, comme l'article de Fuller, placé au titre II de ce volume.

Quand ces diverses sources seront muettes et que le juge n'arrivera pas à tirer de l'une d'elles la réponse aux problèmes qui lui sont posés, comment ce dernier fera-t-il pour faire face au devoir qui lui est imposé partout, aussi bien en pays de *common law* qu'en pays de droit civil, de ne pas se refuser à dire le droit sous prétexte du silence de la loi?

La première méthode à laquelle on songe naturellement, la plus simple, c'est l'appel à l'équité, c'est-à-dire l'appel au jugement personnel que le juge peut se faire de ce qui est juste et convenable. Un certain nombre de législations renvoient à l'équité ainsi conçue — rien de commun avec l'*equity* anglaise pas plus qu'avec cette équité romaine que fut le droit prétorien en tant qu'instrument de correction du *jus civile*. Et, même en l'absence de renvoi de ce genre, c'est à ce procédé que recourent volontiers les cours inférieures en substituant au jugement en droit le jugement en fait qui, en pays de *droit civil*, les garantit contre le contrôle et la censure des cours régulatrices que sont les Cours de cassation ou le *Reichsgericht*, mais qui, en revanche, fait peser sur les justiciables la plus lourde des insécurités, celle qui résulte de l'exercice incontrôlé par les juges inférieurs de leur pouvoir d'appréciation arbitraire. Une seule contribution a été consacrée à l'équité, celle de Mario Rotondi sur *L'équité et les principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien*, qui forme l'unique chapitre du titre VII.

L'intérêt de la plupart des apporteurs de contributions s'est dirigé vers une autre méthode, de maniement moins facile, mais susceptible, si elle est maniée par des mains expertes, de limiter la dose d'erreur et d'incertitude que comporte toute administration de la justice : la libre recherche scientifique, dont la fonction a été si remarquablement définie dans les deux grandes œuvres de Gény : la recherche scientifique dirigée vers la découverte de la solution adaptée à la *nature des choses positive*, au *donné* de Gény, c'est-à-dire, à mon sens, l'appel à toutes les données ou les suggestions des sciences sociales qui peuvent guider dans l'appréciation de l'équilibre raisonnable à établir entre les intérêts dont l'entrée en lutte fait surgir les formes nouvelles de contestations juridiques.

La libre recherche scientifique a été le thème favori d'étude des contributions au *Recueil Gény*. Rares, parmi celles qui touchent au fond de la théorie des sources du droit, sont celles qui ne l'ont

point à leur horizon. Mais nous n'avons classé dans le titre VIII, qui lui est consacré et qui risquait de s'enfler démesurément, que les travaux qui traitent exclusivement ce sujet. L'intitulé de l'article de Marc Desserteaux : *A quel criterium peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique?* nous invitait expressément à l'y classer. Le travail de notre collègue polonais Frederic Zoll sur *La méthode d'interprétation en droit privé positif* nous a paru aussi se rattacher principalement, sinon exclusivement, à cette matière. Une fort instructive étude de Naogiro Sugiyama nous retrace l'histoire de la libre recherche scientifique dans le droit japonais. Elle nous montre, qu'après avoir été consacrée par une loi du 8 juin 1875, elle a été écartée pendant la période de mise en œuvre des codifications, mais qu'aujourd'hui de nouvelles et larges perspectives s'ouvrent au Japon devant elle, en même temps qu'elles s'ouvrent aussi à la pénétration de la pensée scientifique de Gén'y.

Mais la masse principale du titre VIII et dernier est formée par les contributions américaines. Elles fournissent une documentation d'une rare ampleur sur le mouvement de la libre recherche scientifique aux Etats-Unis. Un des collaborateurs et des amis les plus dévoués de John Wigmore, Albert Kokourek nous donne, dans un chapitre sur *La libre recherche scientifique aux Etats-Unis*, un inventaire méthodique de la littérature du sujet, où se trouve clairement définie la position respective de chacune des personnalités scientifiques ou judiciaires américaines qui ont les unes accéléré, les autres freiné ce mouvement : et un inventaire tenu soigneusement au courant jusqu'à la date du 31 décembre 1930, qui est celle à laquelle il m'a envoyé son manuscrit. Dans le chapitre suivant John Dickinson présente une analyse très pénétrante du phénomène qui doit forcer le juge à se préoccuper de la libre recherche scientifique, — l'existence de lacunes dans le droit établi, — en l'étudiant, dans sa formule anglo-américaine, *Le problème du cas non-prévu*. Et, dans deux derniers chapitres, deux des défenseurs des vues les plus hardies en la matière, le juge Hutcheson et le professeur James Grafton Rogers développent, avec une égale verve leurs conceptions originales. Il sera d'ailleurs indispensable, pour avoir une impression exacte des positions d'ensemble de la science américaine sur ce point crucial de la théorie des sources du droit de rapprocher de ces chapitres finaux du titre VIII les contributions de Mitchell Franklin et de Fowler V. Harper, que nous avons dû placer respectivement aux titres I et II de ce volume.

CHAPITRE II

Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois

par Henri CAPITANT,
Membre de l'Institut,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris

I. Doit-on pour éclairer le sens d'un texte législatif recourir aux travaux, exposé des motifs, rapports ¹, délibérations devant les Chambres qui l'ont préparé?

Le système adopté sur ce point par le Droit anglais diffère de celui qui est traditionnellement admis dans les autres pays.

D'après la conception anglaise, le juge chargé d'appliquer la loi ne doit pas, s'il a des doutes sur son interprétation, se référer aux opinions ou explications émises au cours de son élaboration ; il doit s'en tenir uniquement au texte que le législateur a voté, sans chercher d'éclaircissements dans les travaux qui l'ont précédé.

« Les juges n'ont pas à se livrer à des spéculations sur la recherche des motifs qui ont guidé le Parlement. Leur domaine est tout à fait différent ; c'est celui de l'interprétation des termes dans lesquels le législateur a finalement exprimé ses conclusions. S'ils empiètent sur l'œuvre de ceux auxquels il incombe d'exprimer en légiférant les désirs du pays, ils risquent de se perdre dans un labyrinthe pour lequel ils n'ont pas de guide suffisant ². »

« Nous n'avons pas à nous soucier des intentions du Parlement. La loi est claire et l'histoire de son élaboration est rationnellement inadmissible pour l'interpréter, si elle ne l'est pas ³. »

« C'est une règle fondamentale de la loi anglaise, disait Sir Douglas Hogg devant la Cour permanente de justice internationale, le 26 octobre 1925, à propos de l'interprétation du Traité de Lausanne ⁴, qu'un document écrit doit être interprété selon l'intention des parties, telle qu'elle a été exprimée dans ce document ou qu'elle peut être déduite de ses termes actuels. *Cette règle s'applique aussi bien aux actes législatifs qu'aux contrats ou accords* de toute sorte. Elle est fondée sur la raison et le bon sens. »

Dicey juge comme suit ce système ⁵ : « Il résulte sans doute de cette règle, dit-il, que l'interprétation des lois est un peu étroite.

Mais cela augmente de beaucoup... l'autorité des juges et la fixité du Droit ⁶. »

Ainsi les tribunaux anglais interprètent la loi, comme ils interprètent tous les actes écrits, en recherchant l'intention de leurs auteurs telle qu'elle a été par eux exprimée dans ces actes, ou telle qu'elle peut être déduite de leurs termes ⁷.

Cette règle est d'autant plus notable et curieuse qu'elle paraît spéciale à l'Angleterre. Dans les autres Etats, en France notamment, il est admis que l'interprète doit chercher dans les travaux préparatoires la pensée du législateur, non seulement lorsque le texte est obscur ou ambigu, mais même quand il s'agit de préciser ce qu'on appelle « l'esprit de la loi », la *ratio legis*, en vue de décider si on doit l'appliquer à telle ou telle hypothèse qui n'est pas expressément prévue par elle.

II. Cette opposition de vue entre les tribunaux anglais et ceux des autres pays est très intéressante à constater et conduit à se demander quel est de ces deux systèmes celui qui paraît le meilleur. Mais avant d'examiner et de comparer les considérations qui militent en faveur de l'un ou de l'autre, il convient de déterminer le lien qui rattache la loi une fois promulguée à la volonté de ceux qui l'ont édictée.

Que la loi soit l'expression de la volonté de ses auteurs, c'est une constatation qui semble difficilement contestable. « Les lois sont des volontés », a dit Portalis dans l'Exposé des Motifs du Titre préliminaire du Code civil ⁸. Pour le nier, il faudrait fermer les yeux à la réalité et personne, nous semble-t-il, ne peut pousser le parti pris jusque-là.

Néanmoins, certains adeptes de l'Ecole historique allemande, partant de l'idée que le Droit a sa source profonde dans la conscience collective du peuple et poussant à l'extrême les conséquences de cette théorie, ont soutenu que la loi, une fois promulguée, se détache de la pensée du législateur et même qu'elle est moins le produit de la volonté personnelle de ses promoteurs que celui de la conscience populaire considérée soit, suivant certains, au moment de la publication de la loi, soit même, suivant d'autres, au jour où se posent les questions à résoudre ⁹.

Il est bien évident que, pour les adeptes de cette thèse, le recours aux travaux préparatoires n'a pas de raison d'être. Mais cette théorie n'a pas eu grand succès chez nous ; elle s'accorde mal avec le besoin de clarté et de précision de notre tempérament. La prétendue conscience juridique collective est une notion vague, obscure, insaisissable, dont peut se contenter la pensée allemande mais qui ne nous satisfait pas. Elle ne satisfait pas davantage l'esprit pratique des Anglais et ce n'est pas elle qu'ils songent à invoquer pour expliquer leur répulsion à l'égard des travaux préparatoires. Et, chez nous, ceux-là même qui font prévaloir l'élément sociologique de la loi sur l'élément volonté, reconnaissent qu'au début tout au moins

de son existence il y a un lien entre la loi et la volonté de ceux dont elle émane. En peut-on donner une meilleure preuve que cette tendance naturelle chez nos jurisconsultes, à quelque opinion qu'ils appartiennent, de chercher dans les travaux préparatoires la solution des questions que soulève l'interprétation des lois nouvelles?

Néanmoins, cette thèse de l'école allemande a exercé son influence sur les conceptions générales de nos jurisconsultes et nombreux sont ceux qui soutiennent aujourd'hui qu'à mesure que l'on s'éloigne du jour où elle a été promulguée, le lien qui unit la loi à la volonté de ses auteurs se relâche de plus en plus et finit par se rompre. La loi ne peut subsister qu'en s'adaptant à l'évolution des faits et des mœurs. Le juge chargé de l'appliquer ne peut pas faire abstraction du milieu où il vit, des conceptions morales actuelles, des modifications de l'ordre économique. L'économique et le juridique doivent marcher de pair et lorsque le législateur manque à les mettre d'accord c'est aux juges de suppléer à sa carence.

Dans le fameux discours qu'il a prononcé lors du Centenaire du Code civil, le Premier-Président de la Cour de cassation, M. Ballot-Beaupré, a ainsi caractérisé cette évolution : « Le juge, a-t-il dit, ne doit pas s'attacher à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article. Il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux. Il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne. »

La jurisprudence française remplit cet office avec la prudence et la finesse qui la caractérisent, sous le contrôle éclairé de la Cour Suprême. Son esprit progressif et conservateur à la fois permet d'adapter de vieux textes à des besoins nouveaux.

Cette dissociation entre la pensée du législateur et son œuvre est un fait historique que l'on peut fréquemment constater. La loi ne perd pas sa raison d'être et sa force obligatoire par cela seul que le but immédiat en vue duquel elle a été édictée n'existe plus ; elle peut servir à d'autres fins non aperçues au moment de sa création. Combien de règles de notre Droit ne pourrait-on pas citer qui ont persisté alors que les raisons qui les ont engendrées ont depuis longtemps disparu? Elles n'ont pas pour cela perdu leur utilité ; elles répondent aujourd'hui à d'autres besoins que ceux en vue desquels elles ont été édictées.

La conclusion naturelle de ces constatations serait donc qu'au bout d'un certain temps et quand il s'agit d'adapter la loi à des fins nouvelles, les tribunaux seraient en droit d'en faire des applications contraires à la volonté de ses auteurs ou tout au moins de ne plus tenir compte de cette volonté. Mais qui ne voit le danger de cette conséquence et quel champ d'arbitraire elle ouvrirait devant

les juges? Ce serait tirer d'un point de départ juste une conclusion fort aventureuse.

Aussi la sagesse du doyen Génv l'a-t-elle mis en garde contre cette théorie ¹⁰. Tout en reconnaissant les services que cette méthode d'interprétation peut rendre à la jurisprudence progressive en donnant « aux solutions désirables l'appui solide de la loi écrite », il juge qu'il n'est pas possible de l'accepter « sans méconnaître absolument la fonction pratique de la loi écrite ». « Ç'a été, dit-il en excellents termes, (p. 263) la grosse lacune de l'Ecole historique de négliger, de parti pris et sous l'empire d'une sorte de déterminisme exclusif, la part incontestable de l'activité consciente et réfléchie de l'homme dans la formation du droit. Cette activité se manifeste de façon tout à fait prépondérante dans la loi écrite. Celle-ci n'est pas autre chose, en son essence même, que l'expression d'une volonté intelligente. Et il est contradictoire à sa nature de l'interpréter autrement que comme un acte de volonté. Sans doute, une fois entré dans le courant de la vie sociale, cet acte de volonté subit, comme toute entité organique et vivante, le contact et l'influence du milieu ambiant. Il se modifie avec celui-ci. A mesure qu'il s'éloigne de son origine, le texte légal perd de sa vertu première, se dégrade peu à peu par l'usage, et peut arriver parfois à changer fondamentalement de substance. C'est là le résultat d'une loi sociologique inéluctable. Mais, tout en subissant ce que cette loi peut contenir de nécessaire, et, pour ainsi dire, de fatal, l'interprétation qui, elle aussi, est œuvre d'activité consciente et réfléchie, ne saurait perdre de vue la nature de l'objet sur lequel elle travaille et la seule raison d'être de sa puissance. Elle doit, autant qu'il est possible, réagir contre les déformations issues du mouvement social et, pour retrouver en la loi écrite la décision ferme, sûre, aussi invariable que possible, qui en est le fruit propre, d'après son essence même, il lui faut remonter à la volonté qui l'a créée, et tâcher de reconstituer cette volonté dans sa pureté et son énergie première. »

Citons encore cette objection décisive que l'auteur adresse à cette conception : « Comment maintenir, dit-il, la sécurité qui en est l'effet essentiel et nécessaire [de la loi écrite], si le cadre qui environne la loi et nécessairement en précise les dispositions, doit varier et se déformer, pour ainsi dire, suivant le temps de son application? »

Il n'y a rien à ajouter à ces observations si sages et si justes. On doit néanmoins constater que la jurisprudence, encouragée par les conseils de son éminent représentant, continue à chercher dans les articles du Code le moyen de résoudre les problèmes nouveaux qui se posent devant elle sans s'inquiéter de la volonté qui a inspiré leur rédaction. Quel exemple plus frappant en pourrait-on donner que celui de l'application aux accidents causés par les choses inanimées du premier alinéa de l'article 1384? Mais il faut bien reconnaître que c'est la négligence et l'inertie regrettables du législateur qui l'oblige à découvrir elle-même dans le vieil arsenal législa-

tif les solutions nécessaires. Et ce n'est du reste que dans les cas où il y a un désaccord certain et persistant entre les textes existants et les besoins nouveaux que les tribunaux font ainsi œuvre prétorienne.

III. En résumé nous pensons, avec le doyen Génv, que jamais le lien entre la volonté créatrice de la loi et son expression ne se rompt. Il n'y a donc pas à distinguer entre les lois anciennes et les lois nouvelles pour résoudre la question que nous avons posée au début de ces pages. Elle se présente pour les unes et pour les autres et peut se formuler comme suit :

Etant admis que la loi est l'œuvre de la volonté consciente et réfléchie de ceux qui la préparent et la votent, convient-il, lorsqu'elle donne lieu à l'interprétation, de s'aider des travaux préparatoires pour éclairer ou découvrir la pensée de ses auteurs?

Il importe de bien préciser la portée de cette question. Elle suppose nécessairement que le texte de la loi est obscur, ambigu, qu'on peut le comprendre de façon différente, ou encore qu'il y a contradiction au moins apparente entre telle ou telle de ses dispositions. Elle peut également se poser quand il y a lieu de rechercher si les rédacteurs ont prévu lors de leurs délibérations un cas, une hypothèse non expressément réglés dans la loi.

Mais quand la loi est bien rédigée, quand les termes employés sont clairs et précis, quand il n'y a aucun doute sur leur signification, le recours aux travaux préparatoires doit être certainement et sans hésitation écarté. L'interprète est lié par le texte ; il n'a pas le droit d'en modifier le sens ni la portée sous le prétexte que les déclarations qui ont été faites soit dans l'exposé des motifs, soit dans les rapports ou dans les délibérations ne concordent pas avec lui. Un texte clair n'a pas besoin d'être interprété ¹¹.

Cela est admis par les auteurs et par la jurisprudence. « Avant tout, dit Laurent, dans son *Cours élémentaire de Droit civil*, préface, p. 15, je conteste aux interprètes le droit de s'écarter du texte clair et formel en se fondant sur l'esprit de la loi... Quand le texte est clair, il se confond avec l'esprit de la loi, c'est l'esprit de la loi déclaré par le législateur lui-même... Les travaux préparatoires nous apprennent ce que le législateur a voulu et nous savons ce qu'il veut puisqu'il l'a dit, on le suppose, clairement et sans doute aucun. Il est donc impossible que les travaux préparatoires disent autre chose que le texte et, s'ils disent autre chose, on doit les écarter, car on ne peut pas alléguer une volonté incertaine contre une volonté certaine et la volonté qui se manifeste dans les travaux préparatoires est essentiellement incertaine... On peut recourir aux discussions préliminaires pour l'interprétation d'un texte obscur ou douteux ; il n'est pas permis de se servir d'une discussion en vue de faire exprimer à un texte ce qu'il n'énonce pas ¹². »

La Cour de Cassation a affirmé à maintes reprises cette règle. Le doyen Geny en cite plusieurs applications dans son magistral

ouvrage t. I, p. 296 et note 2. Il est utile d'exposer avec quelque détail les principales, car elles manifestent la répugnance de la Cour de Cassation à invoquer dans ses arrêts les travaux préparatoires.

On en trouve un premier exemple au sujet de l'interprétation de la loi du 5 janvier 1883, insérée dans l'article 1734 du Code civil, qui a déchargé les locataires d'un même immeuble de la responsabilité solidaire du dommage causé par l'incendie, et les déclare responsables proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent. Au lendemain de cette réforme, on soutint, en se fondant sur les déclarations faites devant les Chambres et les modifications apportées au texte primitif au cours de la discussion, que le locataire n'était en aucun cas responsable au delà de la valeur locative de son logement, quand bien même il aurait à supporter seul la responsabilité de l'incendie, les autres ayant prouvé que l'incendie avait commencé chez lui ou n'avait pas pu commencer chez eux. Certaines cours d'appel se prononcèrent en faveur de ce système (Bourges, 30 novembre 1887). Mais la Cour de Cassation s'en tenant aux textes l'a repoussé, et a décidé que le locataire restait responsable de la totalité du dommage, après la loi comme avant, celle-ci s'étant bornée à supprimer la solidarité qui liait autrefois les locataires et n'ayant apporté aucune autre modification aux articles 1733 et 1734 : « Attendu, dit l'arrêt de cassation de la Chambre civile du 4 juin 1889. *D. P.* 90-1-351, *S.* 89-1-477, 2^e espèce, que vainement la thèse contraire invoque en sa faveur les travaux préparatoires ; qu'il ne suffit pas qu'une opinion se soit produite dans la discussion d'une loi si le vote d'aucun texte conforme n'est venu l'appuyer. »

Voici maintenant un second exemple tiré de l'interprétation de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme. L'article premier de cette loi décide que « tous marchés à terme sur effets publics ou autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. Nul ne peut, ajoute-t-il, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965, C. civ. lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une différence. »

La question a été posée aux tribunaux de savoir si l'exception de jeu devait être refusée au perdant, même dans le cas où il ressortait des circonstances que les parties s'étaient uniquement proposé de spéculer sur la différence des cours, c'est-à-dire de jouer. Ici encore les déclarations faites lors des travaux préparatoires ont déterminé certaines Cours d'appel à se prononcer pour la négative. Mais par quatre arrêts rendus le 22 juin 1898, *D. P.*, 99, 1, 5, rapport de M. le conseiller Crépon, concl. de l'avocat-général Desjardins, note Lacour, *S.* 98, 1, 313, la Chambre civile a cassé ces arrêts pour le motif que les termes clairs de la loi ne permettaient pas cette distinction.

Une troisième application de la règle qui interdit à l'interprète de se reporter aux délibérations parlementaires pour modifier le texte de la loi lorsque celui-ci ne prête pas à équivoque a été faite à propos du décret du 2 mars 1848 qui a prohibé le marchandage

dans son article 2 rédigé comme suit : « Considérant que l'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers dits marchands est essentiellement injuste, vexatoire et contraire au principe de la fraternité, le gouvernement provisoire décrète : L'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs en marchandage est abolie. » Un arrêté du 20 mars 1848 (v. art. 103, Livre I, Code du Travail), a repris cette prohibition en ces termes : « Toute exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage sera punie etc... » Ces textes prohibaient-ils le marchandage en lui-même ou uniquement le marchandage fait en vue d'exploiter l'ouvrier ? Ici encore les travaux préparatoires furent invoqués en faveur de l'interprétation la plus large (Orléans, 11 juillet 1899, S. 99, 2, 231 ; Bourges, 20 juin 1900, S., 1900, 2, 300). Mais, par un arrêt des Chambres réunies du 31 janvier 1901, *D. P.*, 01, 1, 169, S., 02, 1, 157, la Cour de Cassation, sans tenir compte des opinions contraires émises à la Commission du Luxembourg et à la tribune de l'Assemblée nationale, a jugé que les textes précités interdisent non pas le marchandage mais l'exploitation des ouvriers au moyen du marchandage.

Citons enfin un récent arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 novembre 1932, *D. H.*, 1932, 2, rendu à propos de l'article 9 de la loi du 30 juin 1926 concernant les baux des locaux à usage commercial ou industriel, où on lit l'attendu suivant : « Si, en principe, le recours aux travaux préparatoires est permis lorsqu'un texte nécessite une interprétation, le juge doit au contraire se l'interdire lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur, ni ambigu et doit par conséquent être tenu pour certain. » Ici encore la Cour Suprême s'est décidée d'après le texte, bien que les explications présentées au cours des travaux préparatoires dans le sens d'une interprétation différente eussent paru convaincantes à certains tribunaux et à certains auteurs. (V. aussi Civ., 31 mai 1934, *Gaz. Pal.*, 27 juillet 1934.)

Ainsi quand les juges se trouvent en présence d'un texte clair qui, en lui-même, a un sens certain, ils n'ont pas le droit de le modifier, quand bien même ce sens ne correspondrait pas à l'intention de ses rédacteurs ou de ses promoteurs. C'est seulement lorsque des doutes s'élèvent sur la signification d'une formule, c'est-à-dire quand elle est équivoque, ambiguë, obscure, que le recours aux travaux préparatoires est permis ¹³.

La question est maintenant bien posée. L'interprète doit-il se servir des travaux préparatoires pour découvrir quelle a été la volonté du législateur ?

La réponse affirmative semble en quelque sorte s'imposer sur tout à des cerveaux français. Si la loi est une simple manifestation de volontés, n'est-il pas logique, naturel de s'éclairer des observations et déclarations présentées par ses auteurs pour préciser le sens du texte qu'ils ont élaboré ? Mais il faut ici se méfier de l'esprit de logique. Des considérations tirées à la fois de l'analogie et de l'observation des faits nous inclinent au contraire à penser que les

jurisconsultes anglais ont été en cette matière de plus fins observateurs que ceux des autres pays.

Parmi les raisons que les premiers invoquent pour refuser toute autorité aux travaux préparatoires, ils font valoir l'analogie qui existe entre la loi et l'acte juridique et les règles admises en ce qui concerne l'interprétation de la volonté de l'auteur ou des auteurs de ces actes. Or, comme le constate le doyen Geny qui pourtant ne repousse pas le recours aux travaux préparatoires mais n'y a qu'une médiocre confiance ¹⁴, « l'interprétation d'un texte législatif ressemble de fort près à celle d'un acte juridique, surtout d'un acte solennel dont le contenu est exprimé dans la formule authentique qui en précise les contours. Comme la volonté qui l'a créé est l'âme de tout acte juridique, ainsi la volonté législative doit seule animer la formule qui la révèle ».

Quelles sont donc les règles admises traditionnellement en ce qui concerne la détermination de la volonté des auteurs d'un acte juridique? Elles sont précisément contraires à celles que l'on suit pour la loi.

Considérons d'abord l'acte unilatéral par excellence, le testament. Le testament ne vaut que comme manifestation de la volonté du testateur. C'est elle qui l'a dicté et qui l'explique. Dans aucun acte le lien entre le vouloir et l'expression n'est plus étroit, plus ferme. *Dicat testator et erit lex*, disaient les jurisconsultes romains. En présence de toute clause obscure, il faut s'en référer à ce qu'a voulu le testateur. Mais quels procédés le juge peut-il employer pour préciser cette volonté? Une règle traditionnelle, qui n'est écrite nulle part dans le Code civil mais qui vient de ce fond commun que l'on peut dire issu de la sagesse des temps, recommande aux juges de rechercher en principe les intentions du testateur dans le testament. C'est le testament qui en est l'expression dernière et unique. Il faut dégager la volonté de l'étude et du rapprochement de ses diverses clauses. Ce n'est pas à dire que toute source extérieure d'information doive être rejetée, mais la Cour de cassation n'autorise les juges du fond à recourir à des circonstances étrangères à l'acte testamentaire qu'autant que ces faits extrinsèques se rattachent au testament et à la condition qu'on fasse ressortir du testament lui-même la complète certitude de la rectification ¹⁵. V. Civ. 18 novembre 1884, *D. P.*, 85, 1, 317, *S.*, 85, 1, 125 ; 9 août 1886, *D. P.*, 87, 1, 40, *S.*, 88, 1, 155 ; 16 juillet 1895, *D. P.*, 96, 1, 196, *S.*, 95, 1, 347 ; note de M. Binet, *D. P.*, 1908, 1, 41, Req. 8 novembre 1911, *S.*, 1912, 1, 256. Consulter Laurent, t. 13, n^{os} 128-135, 487-490 ; Demolombe, t. 21, n^{os} 36-43 ¹⁶.

Passons maintenant aux actes bilatéraux, c'est-à-dire aux contrats. Ici encore c'est dans l'écrit que la volonté commune des contractants doit être recherchée au cas où une contestation s'élève entre eux sur le sens ou la portée de l'acte ou d'une de ses clauses. Cette prescription est édictée par l'article 1341, au titre de la preuve des obligations. La loi ne se contente pas en effet d'imposer la rédaction

d'un écrit pour tout contrat excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs, elle ajoute : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq cents francs. »

Cette disposition est ancienne ; elle remonte à l'Ordonnance de Moulins (1563) qui a introduit la nécessité de l'écrit. Elle se justifie par la supériorité de l'écrit sur le témoignage. *Scripta manent, Verba volant*. L'écrit seul compte. Les déclarations verbales qui le précèdent ou l'accompagnent s'effacent devant lui. « Quand les parties consignent leur accord dans un écrit, la loi, d'après le bon sens, doit présumer qu'elles ont inséré dans cet écrit tout ce qu'il était utile d'inclure et qu'il contient l'expression exclusive et appropriée de leurs volontés respectives ¹⁷. » Rappelons, à ce propos, la citation que nous avons faite plus haut de Pollock : « Il serait contraire à l'intérêt général et, dans la plupart des cas, à l'intention actuelle des parties qu'une preuve fut admise pour contredire les termes du contrat tels qu'ils ont été exprimés par les parties. L'interprétation doit rechercher non l'intention supposée mais l'intention manifeste. L'intention supposée que les parties n'ont pas exprimée dans une forme manifeste ne peut être retenue. »

Les instructions que le Code civil donne aux juges dans les articles 1156 et suivants pour l'interprétation des contrats sont en pleine concordance avec cette règle. « On doit dans les conventions, dit le premier de ces articles, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » C'est dans la convention qu'il faut rechercher la commune intention des contractants.

Comment se fait-il donc que l'on n'applique pas les mêmes principes à l'interprétation des lois ? Comment ce qui est conforme au bon sens quand il s'agit de préciser la volonté des auteurs d'un contrat écrit ne l'est-il plus pour la recherche de la volonté du législateur ? Les points de ressemblance sont cependant nombreux entre la loi et le contrat, et ce n'est pas sans raison que l'article 1134 proclame que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Il semble même qu'il y ait des raisons bien plus fortes encore pour appliquer à la loi la règle concernant les actes juridiques. En effet, si la recherche de la volonté de l'auteur d'un acte est chose relativement aisée, il est bien plus difficile de dégager des travaux préparatoires la volonté collective d'assemblées délibérantes, car cette volonté, comme l'observe Gény, p. 295, note 3, contient quelque chose de plus qu'une simple juxtaposition des volontés individuelles et ne doit pas être confondue avec celles-ci.

Ceci nous conduit à l'examen des considérations de fait qui viennent renforcer les arguments précédents fondés sur l'analogie entre la loi et les actes juridiques.

Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il est presque impossible

de tirer quelque précision des travaux préparatoires. Planiol, toujours si modéré, si pondéré dans ses observations, les juge comme suit : « L'orateur, l'auteur du rapport, etc. a pu se tromper, commettre un oubli, avoir mal lu un texte, etc. Nos archives parlementaires fourmillent d'exemples de bévues de ce genre. Ensuite, les discussions, surtout dans une assemblée un peu nombreuse, reflètent souvent des opinions individuelles en contradiction avec la pensée vraie de la loi. Aussi est-ce une remarque souvent faite que les travaux préparatoires fournissent des armes à tous les partis et que les diverses opinions en présence y trouvent des arguments qui s'annulent réciproquement ¹⁸. »

L'exactitude de ces critiques ne saurait être contestée. La dualité des Chambres, l'incompétence des orateurs, la diversité des avis formulés, les contradictions dont fourmille la discussion devant des assemblées nombreuses, enlèvent toute autorité aux avis qui y sont formulés. Chacun n'y énonce que son opinion personnelle ; aucun ne peut se flatter d'exprimer le sentiment général, ou de dégager ce qu'on appelle l'esprit de la loi. Les obscurités, les contradictions, qu'on rencontre à foison dans les lois récentes, car jamais le travail législatif n'a été aussi imparfait qu'à l'heure présente, tiennent précisément à la confusion de la discussion, aux opinions divergentes qui y sont formulées, aux modifications insuffisamment étudiées qui y sont apportées au cours du débat. Comment pourrait-on chercher des éclaircissements ou des directions dans des délibérations d'où sortent des textes obscurs ou contradictoires ? Planiol a bien raison. Les documents parlementaires fournissent des arguments à tous les systèmes. Avec la même bonne foi, les adversaires les invoquent à l'appui de l'interprétation qu'ils défendent. Les opinions qui y sont exprimées ne sont que l'émanation de volontés individuelles et non de cette volonté collective dont le dépôt définitif se trouve uniquement dans le texte écrit sorti des délibérations. Si ce texte est obscur, c'est que la discussion l'a été elle-même, c'est que des doutes ont persisté ¹⁹.

Les travaux préparatoires eux-mêmes du Code civil, qui pourtant sont de beaucoup supérieurs à ceux de nos assemblées actuelles ont été patiemment explorés, examinés, étudiés par les commentateurs de la première moitié du xix^e siècle. On peut se demander si jamais cette étude a conduit à des déductions assez nettes, assez précises pour trancher définitivement une controverse. Je ne crois pas qu'on puisse citer de cas où ces recherches aient projeté la lumière sur un texte et définitivement dissipé l'obscurité. Napoléon disait que les discussions au Conseil d'Etat étaient vagues, parce que tous les membres n'étaient pas des jurisconsultes. Tronchet, qui y prit une part active, se sert d'une expression plus dure, il parle des « divagations » des orateurs (V. Laurent, t. I, n° 3, p. 47 ; Locré, *Législation civile, Prolégomènes*, ch. VI, t. 1, p. 49).

Combien ces observations sont plus exactes encore appliquées à la préparation des lois actuelles. L'interprète obligé d'en percer

les obscurités, ou de résoudre les contradictions qui se rencontrent trop fréquemment dans ces lois si mal étudiées, si mal rédigées, ne s'engage qu'à regret et comme contraint et forcé par l'habitude dans le marais des discussions parlementaires desquelles il peut certes déduire des arguments mais jamais tirer une certitude.

Comment donc se fait-il que, malgré les déceptions de l'expérience, la doctrine et la jurisprudence continuent à chercher la vérité là où elle n'est pas? Ils cèdent à la force de la tradition et à la persistance de l'espoir toujours déçu d'y trouver les éclaircissements nécessaires.

Il semble du reste que la Cour de Cassation se rende compte de la vanité de ces recherches. On ne rencontre que rarement dans ses arrêts d'argument tiré des travaux préparatoires du Code civil ou des lois récentes.

Toutes ces considérations démontrent, nous semble-t-il, la supériorité du système adopté par les juges anglais. Il nous paraît fondé sur une observation plus juste et plus exacte des faits que celui du continent.

Il se peut, comme le dit Dicey ²⁰, que le système anglais d'interprétation judiciaire des lois soit un peu étroit, mais il constate avec raison qu'il augmente de beaucoup l'autorité des juges et la fixité du Droit, et cela a une importance primordiale, car la fixité du Droit est la garantie du justiciable. En outre, il est de nature à exercer une heureuse influence sur le législateur, en l'obligeant à donner plus d'attention à la rédaction de la loi, à éviter les formules ambiguës ou équivoques et surtout les contradictions. Il assure un travail législatif plus soigné, plus sérieux et partant de meilleure qualité.

Qu'on n'objecte pas que ce système a le défaut de faire prévaloir la lettre sur l'esprit. Ce ne serait vrai que s'il se refusait à la recherche de la volonté qui a inspiré l'écrit. Or, il n'en est rien. Mais en restant, pour effectuer cette recherche, sur le terrain solide du texte, il aboutit à des conclusions plus sûres, mieux fondées que celles qui se déduisent des opinions isolées exprimées dans les documents parlementaires. La supériorité de la loi sur le droit coutumier tient précisément à ce qu'elle est écrite. C'est diminuer cette supériorité que de tenter de l'éclairer par les discussions préliminaires. En résumé, l'interprétation des lois gagnerait en certitude, en autorité si l'on faisait abstraction complète des travaux préparatoires.

¹ Examinant la question dans son ensemble, nous ne croyons pas utile de distinguer entre ces divers documents, ni non plus entre les divers systèmes constitutionnels du vote des lois.

² Lord Haldane à la Chambre des Pairs, en 1912. V. Ludwik Ehrlich, professeur à l'Université de Lwow, *Cours sur l'interprétation des Traités*, Académie de Droit international, La Haye, 1928, t. 24, pp. 117 et suiv.

Voir aussi Herbert A. SMITH, *Interpretation in english and continental law*, Journal of comparative legislation and international law third series, vol. IX (1927), pp. 153 et suiv., qui critique vivement cette pratique. On cite cette assertion de lord Halsbury déclarant que le rédacteur d'une loi en serait le plus mauvais interprète possible.

Dans le même article, le professeur Smith, rappelle que, dans une affaire intéressant l'évêque d'Oxford, en 1879, les juges de la Cour d'Appel ayant invoqué le discours prononcé à la Chambre des Lords par le Lord Chancelier Cairn pour éclairer le sens du Public Worship Regulation Act de 1874, furent blâmés par la Cour Suprême, la Chambre des Lords.

³ Attendu de la Cour d'Appel dans le procès *Queen v. Hertford College*, *Law Journal Reports in England*, vol. 47, p. 649.

⁴ Publications de la Cour, Série C, n° 10, 1925.

⁵ *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8^e édit., pp. 403, 404.

⁶ La raison de cette règle est expliquée comme suit par MAXWELL, *Interpretation of the Statutes*, pp. 45, 46 : C'est, dit-il, que la loi étant le résultat des efforts des deux Chambres et, d'une façon générale, des trois Etats de l'Angleterre : clergé et noblesse dans la Chambre des Lords, Tiers-Etat dans la Chambre des Communes, si l'on tenait compte de l'opinion émise dans une seule assemblée, on violerait le principe que la loi est due à la collaboration des trois Etats du Royaume. (Voir aussi DICEY, *op. cit.*).

M. Lévy-Ullmann ajoute dans son cours que le motif véritable est le désir qu'ont les juges anglais de supprimer tout lien entre eux et le Parlement qui a voté la loi, afin de donner à celle-ci l'interprétation qu'ils jugent la meilleure. (*Cours de Droit civil comparé*, 1930-31, autographie, p. 171.)

⁷ POLLOCK, *Law of contracts*, 9^e édit., p. 265 : « Il serait contraire à l'intérêt général et, dans la plupart des cas, à l'intention actuelle des parties, qu'une preuve orale fût admise pour contredire les termes du contrat tels qu'ils ont été exprimés par écrit par les parties. L'interprétation doit rechercher non l'intention supposée mais l'intention manifestée. L'intention supposée que les parties n'ont pas exprimée dans une forme manifeste ne peut, sauf cas exceptionnels (fraude ou hypothèses analogues), être retenue. »

⁸ FENET, t. 6, p. 43, cité par GÉNY, *Méthode d'interprétation et Sources*, 2^e édit., t. I, p. 119, note 1.

⁹ V. GÉNY, *op. cit.*, t. 1, n° 96, pp. 257 et suiv. ; SALEILLES, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, 1904, pp. 98-102.

¹⁰ *Op. cit.*, t. 1, n° 97, pp. 262 et suiv.

¹¹ Le livre préliminaire du projet de Code civil contenait un article ainsi conçu : « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. »

¹² « Il n'est pas permis d'interpréter, disait Vattel, ce qui n'a pas besoin d'interprétation... Les chicaneurs qui contestent le sens d'une disposition claire et précise ont coutume de chercher leurs vaines défenses dans l'intention, dans le sens qu'ils prêtent à l'auteur de cette disposition. Il serait très souvent dangereux d'entrer avec eux dans la discussion de ces vues supposées que l'acte même n'indique point. » Cité par Ludwik EHRLICH, *op. cit.*, p. 40.

¹³ Voir les conclusions de M. le Procureur général Matter, Cass. Ch. réun. 28 mai 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, 2, 134, n° IV.

La même règle est observée par la Cour permanente de justice internationale des Traités. A maintes reprises la Cour a déclaré qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires lorsque le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair. Mais elle se reconnaît le droit d'y recourir en dehors de ce cas. V. Ludwik EHRLICH, *op. cit.*, pp. 121 et suiv.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 266.

¹⁵ GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 297, note 1.

¹⁶ La Cour de cassation avait même admis dans quelques anciens arrêts (Civ. 28 décembre 1818, *D. Jurispr. génér. V° Dispositions entre vifs*, n° 3193 ; Req. 13 août 1840, *ibid.*, n° 3495), que pour déterminer si la cause d'une libéralité était illicite les tribunaux devaient s'en tenir aux énonciations mêmes de l'acte. Mais un arrêt de la Chambre civile du 2 janvier 1907, *D. P.*, 1907, 1, 137, note de M. Ambroise Colin, S. 1911, 1, 585, note de M. Wahl, a condamné cette thèse et décidé qu'en matière de libéralités comme pour les actes à titre onéreux les éléments de preuve pouvaient être puisés dans les autres documents du procès et dans des circonstances intrinsèques, alors qu'une fraude à la loi était alléguée.

Toutefois il en est autrement quand il s'agit de libéralités faites à un enfant incestueux ou adultérin. La Cour de Cassation, pour des raisons particulières, exige que l'opinion que le gratifié est l'enfant adultérin ou incestueux du gratifiant soit révélée par les énonciations du testament. (V. CAPITANT, *De la cause des obligations*, n°s 212 et suiv.).

Pour la date du testament, la jurisprudence admet qu'elle doit résulter du testament, de même que la preuve de sa fausseté ne peut être faite qu'au moyen du testament. Req. 16 février 1909, *D. P.*, 1911, 1, 189, S., 1912, 1, 77.

¹⁷ Dalloz, *Jurispr. génér. V° Obligations*, n° 4717.

¹⁸ *Traité élémentaire*, t. I, n° 218.

¹⁹ « S'il est vrai de dire que, la plupart du temps, dans ces sortes de documents, on trouve tout excepté ce qu'on cherche, l'obscurité et l'équivoque quand on cherche la pleine lumière, cela est surtout vrai pour ce qui concerne la loi que vous avez à interpréter, (la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme). Et cela ne surprendra personne si l'on songe que l'on a discuté pendant près de trois années ; que le projet de loi est allé plus d'une fois d'une Chambre à l'autre ; qu'au cours de ce long débat, bien des points de vue divers ont dû se faire jour, de telle sorte que, dans ce heurt d'opinions multiples, de rapporteurs tenant un langage différent suivant qu'ils parlent dans l'une ou l'autre Chambre, il serait extraordinaire que chacune des opinions en présence ne pût invoquer quelques-unes des appréciations émises par les éminents rapporteurs chargés de porter la parole au nom de leurs commissions respectives (Extrait du rapport de M. Crépon, conseiller à la Cour de Cassation, S., 1898, 1, 315, 2^e colonne).

²⁰ Voir ci-dessus, note 5.

CHAPITRE III

Arten der Interpretation

Von Prof. Dr. Gustav RADBRUCH, Heidelberg

Ein empiristisches Zeitalter ist geneigt, die philologische Interpretation als die einzige legitime Weise der Auslegung anzusehen. Als „Erkenntnis des Erkannten“, wie *August Boeckh* sie definiert hat, besser : als Nachdenken eines Vorgeordneten ist sie ja eine durchaus empirische Methode, gerichtet auf die Feststellung von Tatsachen, nämlich der wirklich gedachten Gedanken wirklicher Menschen.

An diesem empirischen Masstabe gemessen, muss die juristische Interpretation fragwürdig erscheinen ; denn wer ein Gesetz, nicht etwa als ein Denkmal der Geschichte, sondern als eine Norm für das Leben, auslegt, kann nicht dabei stehen bleiben die vorgeordneten Gedanken nachzudenken, die seine Verfasser darin niedergelegt haben. Ein modernes Gesetz ist nicht von einem Verfasser geschaffen, viele Personen wirken an seiner Entstehung mit, sie können ebensoviele verschiedene Ansichten über den Inhalt des Gesetzes gehegt haben, das Gesetz aber kann nur in einem Sinne ausgelegt und angewandt werden. Aber selbst wenn die in der Be-

Modes d'interprétation

Traduit par Jean SPACH,
Licencié en droit

A une époque empirique l'exégèse tend à devenir la seule méthode d'interprétation légitime. Repenser ce qui a déjà été pensé, — selon l'expression d'Auguste Boeckh — reconstituer les idées implicites mais réelles de personnages qui ont effectivement vécu dans l'histoire, voilà bien des investigations appliquées à découvrir des faits et tentées dans le domaine de l'empirisme.

Cependant les méthodes d'interprétation juridique qui sacrifient à ces tendances nous paraissent osées. De fait une méthode dont la préoccupation exclusive est de retrouver les idées que le législateur a voulu déposer dans la loi est vouée à l'insuffisance dès qu'on conçoit la loi non plus comme un phénomène purement historique mais comme une norme pour la vie sociale. D'autre part, à l'heure actuelle la loi n'est pas l'œuvre d'un seul homme : elle est le résultat d'une collaboration. Dans ces conditions il peut y avoir au sujet de son contenu autant d'opinions divergentes que de participants à l'opération législative ; cependant l'unité d'interprétation et d'application de la loi est absolument nécessaire. Mais supposons

gründung des Gesetzes ausgesprochene Meinung eines Gesetzesverfassers unwidersprochen geblieben ist, braucht sie für die Auslegung nicht massgeblich zu sein. Sie ist wie die Meinung eines späteren Auslegers nur ein unverbindlicher Auslegungsversuch, kein entscheidendes Auslegungsmittel. Denn der Gesetzgeber, dessen Willen es zu ermitteln gilt, ist nicht der Gesetzesverfasser, sondern der Staat, und der Staat spricht nicht in den Vorarbeiten des Gesetzes, sondern ausschliesslich im Gesetze selbst. Das Gesetz aber kann klüger sein als seine Verfasser, der Ausleger das Gesetz besser verstehen, als sie es verstanden haben. Ja, er *muss* sogar das Gesetz besser als sie verstehen. Denn das Gesetz heisst Anwendung auch auf Fälle, deren sich die Verfasser des Gesetzes noch gar nicht versehen konnten. Der Wille des Gesetzgebers aber ist nicht Mittel, sondern Ziel der Auslegung, der Gesetzgeber nichts anderes als ein fiktiver Ausdruck für die widerspruchslose Einheitlichkeit des Gesetzesinhalts. Er ist nicht identisch mit irgendeiner empirischen Persönlichkeit, die das Gesetz geschaffen hat. „Gesetzgeber“, sagt *Hobbes*, „ist nicht der, durch dessen Autorität das Gesetz zuerst gemacht wurde, sondern der, durch dessen Autorität es fortfährt, Gesetz zu sein“ und drückt damit aus, dass der Wille des Gesetzgebers, wie er im Gesetze spricht, mit der Geschichte wandelbar ist, auf neue Fragen neue Antworten zu geben und sich veränderten Situationen mit veränderter Regelung anzupassen vermag. So ist juristische Interpretation nicht Nachdenken eines Vorgesetzten, sondern zu Ende Denken eines Gedachten, ein unlösbares Gemisch reproduktiver und produktiver, theoretischer und praktischer, erkennender und schöp-

un instant que l'auteur de la loi ait obtenu l'unanimité en faveur de son opinion telle qu'elle figure dans l'exposé des motifs ; cette opinion ne lie pas pour autant l'interprète ; analogue aux points de vue de n'importe quel commentateur postérieur elle ne constitue qu'un essai d'interprétation sans force obligatoire et nullement un moyen d'interprétation déterminant. En effet le législateur dont il s'agit de scruter la volonté n'est pas l'auteur de la loi, c'est l'Etat ; or l'Etat ne formule pas sa volonté dans les travaux préparatoires, il ne parle que dans le texte de la loi. Il en résulte que la loi est quelquefois plus avisée que ses auteurs et que parfois aussi l'interprète la comprend mieux que ceux-ci. En un sens cette supériorité de l'interprète est une nécessité : ne doit-il pas, en effet, appliquer la loi à des hypothèses que l'auteur de la loi ne pouvait pas prévoir ? La volonté du législateur ne doit pas être le moyen d'interprétation juridique mais son but ; en effet le mot « législateur » est une expression fictive pour désigner l'unité nécessaire du contenu de la loi. Il ne s'agit pas d'une personne physique quelconque qui aurait créé la loi. Selon l'expression de *Hobbes* les législateurs ne sont pas les gouvernants qui ont élaborés initialement la loi ; ce sont tous les gouvernants qui mettent leurs pouvoirs au service de la loi pour qu'elle puisse continuer à s'imposer et à se développer. Par là, il veut dire que la volonté du législateur telle qu'elle est incluse dans le texte n'est pas un principe immuable : elle évolue comme la société qu'elle régit en trouvant des solutions nouvelles aux difficultés nouvelles qui se présentent et en s'adaptant aux transformations sociales. L'interprétation juridique ne consiste pas à repenser mais à achever de penser certaines idées. Elle

ferischer, objektiver und subjektiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher Elemente. Sie geht von der philologischen Interpretation des Gesetzes aus, um über sie bald hinauszugehen — wie ein Schiff bei der Ausfahrt vom Lotsen auf vorgeschriebenem Wege durch die Hafengewässer gesteuert wird, dann aber unter der Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs sucht.

Will man diese Geistesart juristischer Auslegung richtig würdigen, so darf man sie nicht nach dem empirischen Vorbilde der philologischen Interpretation beurteilen, muss sich vielmehr erinnern, dass die philologische Interpretation ein spätes Produkt der Wissenschaftsgeschichte, die juristische Interpretation aber ungleich älteren Formen der Auslegung viel näher verwandt ist als ihr. Ursprüngliche Zeiten legen dem Wort eine von den Gedanken dessen, der es spricht, unabhängige, gleichsam magische Kraft bei. Ihnen ist etwa das Orakelwort der Behälter eines verborgenen Sinnes, den, dem Uneingeweihten unerkennbar, erst seine Verwirklichung blitzartig beleuchtet. Wie viele Märchen sind nicht gegründet auf den dem Sprechenden unbewussten Doppelsinn seiner Worte! Wenn wir Naturspiel eine Naturerscheinung nennen, die der Zufall zum Träger eines Sinnes gemacht hat, eine Tropfsteinhöhle, die eine Säulenhalle, zwei Felsen, die Mönch und Nonne darstellen, so ist für primitive Zeiten auch das Wort ein Naturspiel, von unbewusster und ungewollter Bedeutung durchdrungen. Dann aber ist es nur folgerichtig, wenn eine solche Zeit auch die unbewusste und willenlose Natur als Träger von Sinnbedeutungen, die Naturerscheinungen als Symbole ansieht, wenn sie nicht nur die menschlichen Geistespro-

est une combinaison de facteurs théoriques et pratiques, traditionnels et novateurs, objectifs et subjectifs, scientifiques et métaphysiques. Tel le navire que son capitaine dirige librement en haute mer après avoir été conduit par le pilote à travers les eaux du port, l'interprétation juridique s'élance vers le travail de libre recherche après avoir marqué un temps d'arrêt au stade de l'exégèse.

Pour apprécier tant soit peu à sa vraie valeur cette nouvelle orientation de l'interprétation juridique il faut savoir se dégager du cadre empirique dans lequel est sertie la méthode littérale ; en réalité celle-ci apparaît très tard dans l'histoire des sciences. L'interprétation juridique s'apparente à des formes d'interprétation beaucoup plus anciennes.

Aux époques primitives on attribue au mot une véritable force magique et une valeur indépendante des intentions de celui qui le prononce. On sait aussi qu'à ces périodes l'oracle recèle un sens qui échappe aux non initiés jusqu'au moment où la réalisation soudaine de certains faits l'éclaire subitement. Et combien de légendes n'ont-elles pas pour fondement l'ambiguïté de certains mots dont la portée exacte en l'occasion échappe à celui qui les prononce. Par ailleurs, l'on connaît de nombreux phénomènes naturels auxquels le hasard a attribué telle signification ; est-il nécessaire d'évoquer ces dieux de la nature, grottes à stalactites qui ont l'allure de colonnade, rochers qui représentent un moine et une religieuse ? Les phénomènes naturels inconscients et involontaires ont été mis très logiquement sur le même plan que les produits de l'esprit humain pleins de sens mystérieux et non intentionnels. Les uns et les autres apparaissent comme des symboles recouvrant des sens cachés et

dukte, sondern auch die Naturerscheinungen zum Gegenstand anthropomorpher Auslegung macht. So sagt *Augustin*, dass „die Kraft der Weissagung überall in der Welt verbreitet sei“, und noch *Goethe* : „Man freut sich mit Recht, wenn die leblose Natur ein Gleichnis dessen, was wir lieben und verehren, hervorbringt.“

Die Scholastik hat diese auf den überbewussten Sinn gerichtete Auslegungsweise zu eine wissenschaftlichen Methode erhoben. Man kennt ihre Lehre vom vierfachen Schriftsinn :

*Littera gesta docet — quid credas, allegoria,
Moralis, quid agas — quo tendas, anagogia.*

Indem sie hinter dem buchstäblichen Sinn einen allegorischen, einen moralischen und einen anagogischen Sinn hervorholte, glaubte sie freilich aufgrund der Inspirationslehre, wirklich gedachte Gedanken zwar nicht der menschlichen Verfasser der heiligen Schriften, wohl aber Gottes selber zu enthüllen.

Ausserhalb der Wissenschaft ist dieser Auslegungsweise ein Nachleben noch bis auf unsere Tage beschieden. Die geistliche Kasualrede lässt unter dem Eindruck der Situation, der sie gilt, die einzelnen Worte heiliger Schriften ohne Rücksicht auf ihren ursprünglichen Sinn in immer neuen Bedeutungen aufleuchten. Gerade auf dem Reichtum dieser Deutungsfähigkeit beruht ja die unzerstörbare Lebendigkeit des Bibelworts. Aber auch profanen Worten entlockt spielender Tiefsinn gern hinter dem gemeinten einen tieferen Sinn. In der Zeitschrift *Die Jugend* (1899, Nr. 6) fand ich

comme des objets susceptibles d'interprétations anthropomorphes. Pareil état de choses a permis à saint Augustin de dire que la puissance de prophéties est répandue dans le monde entier et à Goethe d'écrire : nous nous réjouissons à bon droit quand la nature inerte met en parabole ce que nous aimons et vénérons.

Les scolastiques ont traduit en formules scientifiques ces tendances à trouver partout des sens cachés qui échappent à l'entendement immédiat. On connaît leur doctrine sur le quadruple sens des « Ecritures »

*Littera gesta docet, quid credas allegoria
Moralis quid agas, quo tendas anagogia.*

En recherchant derrière le sens littéral un sens allégorique, un sens moral et un sens anagogique les scolastiques croyaient découvrir les pensées de Dieu lui-même.

Des vestiges de cette méthode existent encore de nos jours. Ainsi la casuistique religieuse fait jaillir sans cesse des significations nouvelles des paroles de la Bible; elle applique les versets en faisant nettement abstraction de leur sens primaire et originel. La vitalité indestructible des Saintes Ecritures repose justement sur cette extraordinaire aptitude à s'appliquer à une infinité d'hypothèses pratiques. D'autres fois c'est derrière les idées de façade de la littérature laïque qu'un esprit rompu à ce jeu subtil nous dévoile des suggestions profondes et puissantes. Dans un fascicule de la revue *Die Jugend* j'ai pu relever ces très belles paroles « ç'a toujours été pour moi une très grande joie quand par delà des paroles superficielles ou irréfléchies ma pensée telle une sonde qui file

das folgende schöne Wort : „Es ist für mich immer eine der reinsten Freuden gewesen, wenn sich aus der Oberflächlichkeit unbedachter Worte ein Senkblei in die Tiefen der Dinge werfen liess und das Unsinnige den Rahmen für einen Sinn hergab, von dem es sich nichts träumen liess. Das ist nicht heimtückische Ueberhebung, sondern Bescheidenheit, denn darin liegt etwas wie Trost und Hoffnung, dass auch unsere Weisheit, an deren Weisheit wir so oft zweifeln müssen, für einen uns verborgenen Sinn Raum habe, den höhere Geister freundlich deutend ihr zusprechen — da doch bei dem Angeklagten in dubio immer die bessere Absicht angenommen wird.“ Dieser Ausspruch ist mit den Initialen G. S. gezeichnet — er stammt von *Georg Simmel*!

Ein geistreiches Spiel — aber dass es möglich ist, bedarf der Erklärung und diese Erklärung möchte zugleich ein Schlüssel sein für die problematische Fähigkeit der juristischen Auslegung, dem Gesetzesworte mehr zu entnehmen, als hineingelegt wurde. Sie ist nicht so problematisch, wie sie scheinen möchte. Auch ein Rätsel kann neben der Lösung, die sein Verfasser im Auge hatte, noch eine zweite von ihm nicht bedachte Lösung haben, die genau so richtig ist wie jene erste, und der Zug im Schachspiel hat im Zusammenhange des Spieles möglicherweise einen ganz andern Sinn, als ihm der Spieler beilegte. Ein solcher Zug im Schachspiel, über den der Spielende nicht allein bestimmt, ist aber jeder Satz, den wir sprechen. „Die Sprache denkt und dichtet für uns“ — das heisst : indem ich denke und spreche, füge ich meinen Gedanken in eine

vers les bas-fonds de la mer pouvait pénétrer dans la nature intime des choses, quand dans un cadre apparemment banal se profilaient des vérités qu'on n'entrevoyait pas. Pareille attitude est une leçon de réelle modestie en même temps qu'une consolation et un espoir puisque aussi bien elle prouve que nos connaissances dont nous avons tant de fois mis en doute la valeur peuvent être sillonnées de choses qui nous échappent mais que des puissances supérieures et bienveillantes y sont incluses. Rien de tout cela ne peut inciter l'homme à devenir orgueilleux : au reste le doute ne doit-il pas profiter à l'accusé. » L'article est signé G. S.; ce sont les initiales de Georges Simmel.

Peut-on déduire du texte d'une loi des solutions que le législateur n'y a pas enfermées? C'est un jeu qui exige une très grande maîtrise d'esprit. Il faut hasarder une démonstration de sa possibilité. Du même coup on ouvrira à l'interprétation juridique des possibilités nouvelles.

L'on sait qu'abstraction faite de la solution que son auteur avait en vue une énigme peut comporter une autre réponse tout aussi exacte que la première quoiqu'elle n'ait pas été prévue ; de même au cours d'une partie d'échecs tel coup auquel le joueur attribuait tel but peut prendre telle toute autre signification. Toutes les phrases que nous prononçons sont à la même enseigne. « La langue pense pour nous. » En effet, puisque je ne puis me créer à mon usage personnel une langue d'un monde de concepts particuliers je suis obligé fatalement de couler mes idées et mes paroles dans le monde des concepts du monde dans lequel j'évolue. Ces concepts ont leurs lois propres : lois auxquelles se réfèrent et se soumettent nécessairement mes pensées et mes paroles. Celles-ci sont comme des attaches intellectuelles que je noue entre moi-même et ces

Gedankenwelt ein, die unter ihrer besonderen Eigengesetzlichkeit steht. So wahr ich nicht in der Lage bin, eine Sprache und eine Begriffswelt für mich allein neu zu erzeugen, so wahr gebe ich, was ich ausspreche, den eigenen Gesetzen der Begriffswelt, in der ich mich bewegen muss, anheim, knüpfe ich mit jedem Ausspruch begriffliche Beziehungen, die ich nicht entfernt zu übersehen vermag. „Ein ausgesprochenes Wort“, sagt *Goethe*, „tritt in den Kreis der übrigen notwendig wirkenden Naturkräfte mit ein.“ Es ist nicht anders in der geistigen als in der physischen Welt. Indem ich mich der Naturgesetze bediene, liefere ich mich ihnen zugleich aus — so werden auch die logischen Gesetze über mich Herr, sobald ich mich ihrer bediene. Der Sinn, den meine Aeusserung haben sollte, ist deshalb unter Umständen durchaus nicht der Sinn, den sie hat — und zwar keineswegs etwa nur deshalb, weil es mir nicht gelungen ist, den gewollten Sinn zum Ausdruck zu bringen, vielmehr deshalb, weil jeder Sinn nur Teilsinn in einem unendlichen Sinnzusammenhang ist und in diesem Sinnzusammenhang unübersehbare Wirkungen hervorruft. „Was er webt, das weiss kein Weber.“ Es ist ein zur Bescheidenheit mahnendes und doch unendlich erhebendes Bewusstsein, mit jedem seiner Gedanken sich eingefügt zu wissen einem unübersehbaren Sinnzusammenhang, in die Welt des „objektiven Geistes“, von dem jeder subjektive Geist nur Teil und Glied ist.

Freilich unterscheidet sich die juristische Auslegung von jenen intuitiven Formen primitiver Auslegung durch ihre durchaus rationale Natur. Sie ist nicht magische oder mystische Auslegung, nicht ein Spiel des Tiefsinns, sondern logistische Interpretation. Wenn aber der Ursprung der Logik in dem rhetorischen Unterricht der Sophisten lag, dann ist wissenschaftliche Logik ursprünglich vor

concepts du monde externe. De pareille situation il est impossible de méconnaître les effets, *Goethe* a écrit quelque part : « nos paroles se projettent dans la sphère où des forces naturelles agissent nécessairement ». Car, il en est du monde spirituel comme du monde matériel : en mettant en œuvre à son profit les lois naturelles on s'expose aussi à leurs réactions, en utilisant les lois de la logique on subit aussi la plénitude de leurs effets. Dès lors la signification qui s'attache effectivement à mes paroles n'est plus toujours celle que j'entendais leur donner, non pas que j'ai été incapable d'exprimer correctement mes pensées, mais parce que toute idée projetée dans le monde s'imbrique dans un immense complexe d'idées où elle peut déclencher des réactions infinies. Nos idées sont enchâssées dans une connexion infinie d'idées, dans un monde spirituel objectif dont chaque âme ne présente qu'une partie et un chaînon. Il y a là tout à la fois une leçon de modestie et de courage.

Ces formes premières d'interprétation sont quasi-intuitives ; quelquefois elles sont colorées de magie ou de mysticisme ; d'autres fois ce sont des rêveries. L'interprétation juridique s'en distingue par sa nature essentiellement rationnelle et logique. Or il est incontestable que l'origine de la logique en général est dans la rhétorique des sophistes. D'où l'on peut déduire que primitivement la logique scientifique était avant tout une logique de plaideurs. La rhétorique enseigne en effet l'art de présenter ses affirmations avec arguments à l'appui dans le cadre du dialogue et en

allem Advokatenlogik ; denn Rhetorik ist die Kunst des Beweisens und Widerlegens in der Wechselrede, vor allem in der Gerichtsrede. Solche logische Kunst des Beweisens und Widerlegens aus den Gesetzen aber fragt nicht : was hat der Gesetzgeber sich bei den Worten des Gesetzes gedacht ? sondern : was musste er sich von seinem Ausgangspunkte aus folgerichtig dabei denken ? Sie sucht nicht den vom Gesetzgeber wirklich gedachten, sondern einen ihm angemessenen Sinn, einen Sinn also, der dem Gesetze entnommen wird, obgleich er nicht hineingelegt wurde.

Solche rationale, advokatorische Auslegung des Gesetzes nur aus dem Gesetze selbst ist am nächsten verwandt jenem Biblizismus der altprotestantischen Theologie, der nichts ohne die Heilige Schrift und alles auf die Heilige Schrift begründen wollte. *Luther* selbst hat diesen Parallelismus betont : „Es ist schimpflich, wenn ein Jurist ohne Text redet, aber noch viel schimpflicher, wenn ein Theologe ohne Text redet.“ Aber die Jurisprudenz kann sich für die Legitimität ihrer Methode nicht nur auf die immerhin fragwürdige Verwandtschaft mit einer überwundenen Methode der Theologie berufen. Sie darf sich vielmehr in der guten Gesellschaft durchaus moderner Wissenschaften fühlen.

In der Literaturwissenschaft herrschte bis vor kurzem allein die philologische Auslegung, die Erforschung der wirklichen Gedanken des Dichters aufgrund aller seiner Äußerungen über sein Werk, seiner Entwürfe, seiner Tagebücher, seiner Briefe — die »Goethe-Philologie«. Aber diese Erforschung des subjektiv gemeinten Sinnes tritt mehr und mehr in den Hintergrund hinter einer Erforschung

particulier dans celui du dialogue judiciaire. Or les plaideurs qui se servent de ces artifices pour interpréter la loi en faveur de leurs prétentions ou au bénéfice de leurs répliques ne font pas de recherches historiques pour retrouver le sens que l'auteur de la loi a effectivement attribué, sur le point spécial à régler, au texte qu'il a rédigé. Au contraire, ils font des constructions logiques pour rechercher les règles que l'auteur de la loi aurait écrites pour solutionner le litige en fonction des principes qu'il avait admis. En un mot il s'agit d'idées attribuées d'emblée au législateur, déduites de la loi sans qu'elle y aient été enfermées.

Une telle méthode d'interprétation de la loi par son texte, au demeurant rationnelle et praticable, s'apparente aux théories bibliques du vieux protestantisme qui font des Saintes Ecritures le pivot nécessaire et suffisant de toutes les démonstrations. *Luther* lui-même a mis en relief ce parallélisme : « Il est déplaisant de voir un juriste discuter sans texte ; mais il est encore plus déplaisant de voir tomber dans le même travers un théologien ». Cependant la légitimité d'une méthode d'interprétation juridique ne résulte guère d'une parenté tant soit peu douteuse avec une théologie désuète. Des points de vue plus modernes et plus scientifiques doivent être mis en cause et notre méthode placée en meilleure compagnie.

En littérature l'exégèse a été longtemps dominante : on voulait retrouver la véritable pensée de l'auteur à l'aide des remarques qu'il a pu faire sur son œuvre, à l'aide de ses brouillons, de ses mémoires, de sa correspondance. Cependant à l'heure actuelle on scrute de moins en moins les idées subjectives de l'auteur ; au contraire, l'on s'attache à mettre en vedette la signification objective de ses ouvrages. Des poètes n'ont-ils pas

des objektiven gültigen Sinnes der Dichtung. Dichter selbst bezeugen uns, dass sich der Gehalt ihrer Werke in jenem subjektiv gemeinten Sinne nicht erschöpft, dass dem Verfasser selbst bei späterer Lektüre des eigenen Werkes oft neue, ungeahnte Bedeutungen aufgehen. Solches Verstehen des Werkes ausschliesslich aus dem Werke selbst kann sich aber nicht nur auf eine einzelne Dichtung, sondern auch auf das Gesamtwerk eines Verfassers beziehen, auf sein *Oeuvre*. Dann ergibt sich aus dieser Methode eine neue Form des Biographik. Die überkommene Biographik schritt von der Persönlichkeit zum Werk, verstand das Werk als Emanation der Persönlichkeit. Jene neue Biographik erschliesst die Persönlichkeit nur aus dem Werk. Sie ist Biographik vom Werke aus. So hat uns *Gundolf* Goethe geschildert : „Der Künstler existiert nur, insofern er sich im Kunstwerk ausdrückt.“ So *Georg Simmel* Kant : Er setzt sich die Aufgabe, nicht den „realen historischen Menschen“ Kant zu schildern, sondern, „ein ideelles Gebilde, das nur in seiner Leistung selbst lebt als Ausdruck oder Symbol für den sachlichen Zusammenhang ihrer Teile“. Solcher Biographik ist der Schöpfer des Werkes nicht der verstorbene Mensch, der dieses Werk einstmals geschaffen hat, sondern der ewige Dichter oder Denker, der in diesem Werke lebt, sich wandelt, solange er lebt, und auf die neuen Fragen neuer Zeiten neue Antworten gibt — genau wie nach jenem Worte des *Hobbes* Gesetzgeber nicht der ist, durch dessen Autorität das Gesetz zuerst gemacht wurde, sondern der, durch dessen Autorität es fortfährt, Gesetz zu sein.

Aber nicht nur individuelle, sondern auch kollektive Geistesgeschichte vom Werke her ist möglich und üblich. Philosophiege-

dit eux-mêmes que la portée de leurs œuvres pouvait déborder leurs propres pensées puisqu'en les relisant plus tard ils y trouvaient des idées auxquelles ils n'avaient pas songé primitivement. La méthode consiste à interpréter l'œuvre par elle-même. On peut l'appliquer à l'étude ou bien d'un ouvrage isolé ou bien de l'œuvre globale. Dans ce dernier cas on est en somme en présence d'une forme nouvelle de la biographie : alors que la biographie traditionnelle conclut de la personnalité de l'écrivain à son œuvre et fait de celle-ci une émanation de celle-là, la méthode nouvelle, au contraire, déduit la personnalité de l'écrivain de son œuvre. L'œuvre de l'écrivain est sa matière première. Ainsi Gundolf a dit de Goethe « l'artiste n'existe que dans la mesure où il se manifeste par son œuvre ». De même Georges Simmel ne se propose pas de nous faire connaître Kant en tant qu'homme ayant réellement vécu. Il décrit un être purement intellectuel qui apparaît à travers les divers ouvrages de l'auteur comme un symbole d'unité et de cohésion. Le véritable auteur ce n'est pas l'écrivain mort depuis longtemps ; c'est le poète ou le penseur qui vit éternellement dans l'œuvre et la renouvelle sans cesse en vue des conditions nouvelles de la vie sociale. L'on songe alors à la définition que Hobbes donnait du législateur : les législateurs ne sont pas les gouvernants qui ont élaboré initialement la loi ; ce sont ceux qui mettent leur pouvoir au service de la loi pour qu'elle puisse continuer à s'imposer et à se développer.

Cette méthode qui prend pour base l'œuvre en elle-même a été appliquée non seulement pour pénétrer dans la personnalité de tel auteur

schichte, Dogmengeschichte bemühte sich einstmals, die tatsächlichen Beeinflussungen eines Denkers durch andere Denker psychologisch festzustellen. Seit *Hegel* stellt sie sich dagegen die Aufgabe, ohne Rücksicht auf biographisch-psychologische Zusammenhänge die sachlichen Bezüge zwischen den Gedankensystemen zu entwickeln, ihre psychologische Folge zugleich als einen logischen Prozess zu begreifen, die Entwicklung von einem System zum andern so zu verstehen, als habe sie sich in einem einzigen Bewusstsein vollzogen, den Gang des objektiven Geistes zu deuten wie das Werk eines Geistes — wie derselbe „Geist des Gesetzgebers“ hinter dem Wechsel der Gesetze wandelt und doch beharrt.

Aber die auf einen überbewussten Sinn gerichtete Interpretation hat auch in ihrer irrationalen Gestalt eine ungeahnte Widergeburt erfahren. Symbol ist heute nicht mehr nur ein Begriff der Mythologie, sondern der Psychologie. *Freuds* Psychoanalyse deutet das bewusste Seelenleben als symbolischen Ersatzausdruck für verdrängtes unterbewusstes Seelenleben, und der historische Materialismus, die ökonomische Geschichtsauffassung des Marxismus, das soziologische Gegenstück der Psychoanalyse, versteht durchaus analog die gesellschaftlichen Ideologien als unbewusste ideologische Sublimierungen von Klasseninteressen. Beide zusammen bedeuten den Versuch der Interpretation der Vernunftvorgänge als der spärlichen Lichter, die die irrationalen Urtriebe, Wollust und Machtsucht sich anzünden, um die Umwelt zu erleuchten und sich selbst umso sicherer im Schatten zu verbergen.

mais aussi pour analyser l'influence de tel écrivain sur tel autre. Pendant longtemps les historiens, les philosophes et les théologiens ont appliqué les méthodes psychologiques à l'histoire collective de l'esprit. Mais avec Hegel une autre méthode a apparu. On fait abstraction des rapports biographiques ou psychologiques entre les personnages en question. Scruter objectivement les relations entre leurs systèmes d'idées, envisager les phénomènes psychologiques que déterminent ces relations comme des processus logiques, analyser les glissements d'un système vers un autre comme des résultats rationnels, telles sont les nouvelles directives. L'évolution de l'esprit humain devient un phénomène objectif analogue à toute autre manifestation intellectuelle ou à cet esprit du législateur qui demeure toujours à l'arrière-plan de toute loi malgré les changements qu'elle subit.

Même les procédés d'interprétation si peu rationnels ont été remis en honneur qui cherchent aux choses des explications dépassant notre entendement immédiat. Le symbole est devenu à l'heure actuelle une notion courante en psychologie. La psycho-analyse de Freud repose sur cette donnée que notre vie consciente n'est que l'expression symbolique et succédanée d'une vie spirituelle subconsciente et refoulée. Le matérialisme historique et la conception économique de l'histoire défendue par les marxistes sont les pendants sociologiques de la psycho-analyse : ils conçoivent en effet les grands courants sociaux d'opinion comme les produits idéologiques inconscients des intérêts de classes. Bref, certains événements qui tombent sous le sens seraient comme ces lanternes blafardes incapables d'éclairer tous les recoins et qu'auraient allumées les instincts irrationnels pour mieux rester dans les ténèbres.

Dem grossen Gelehrten, dem diese kleine Gabe gilt, werden — fürchte ich — die hier aufgezeigten Verwandtschaften juristischer Auslegung mit andern Formen überbewusster Deutung nicht in allen Stücken gefallen. Er ist mit seiner echt französischen *clarté* ein Freund scharfer Scheidungen, nicht verschwimmender Uebergänge, und zieht schärfer, als es hier geschieht, die Grenze zwischen Erkenntnis des Gesetzesinhalts und Ausfüllung seiner Lücken. Möchten ihm diese Zeilen wenigstens als eine richtige Schilderung des geistigen Raumes erscheinen, in dem die überkommene und von ihm überwundene juristische Auslegungsmethode stand!

Le grand savant auquel nous dédions ce travail n'approuvera guère certains rapprochements que nous avons dessinés entre l'interprétation juridique et d'autres formes d'interprétation. Sa clarté française est rebelle aux transitions fuyantes et l'amènera sans doute à opposer de manière plus accentuée que moi ces deux tentatives : chercher le contenu de la loi et d'autre part combler les lacunes de la loi. Puissent au moins ces pages lui apparaître comme une description exacte du cadre intellectuel dans lequel se situaient de vieilles méthodes d'interprétation éliminées grâce à ses puissantes recherches.

¹ Frühere Arbeiten des Verfassers aus dem Arbeitsgebiet dieser Festschrift : *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 5. u. 6. Auflage, 1923 ; *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914 ; *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, im *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, N. F. Bd. 4. 1906.

CHAPITRE IV

Quelques observations sur le problème des sources du Droit et la fonction de la loi

par J.-M. PÉRITCH,
Professeur de droit civil à l'Université de Belgrade

1. Le problème concernant les sources du droit est aussi ancien que la société humaine que le droit gouverne. Un jour Platon fut interrogé par ses élèves : « Maître, dites-nous, de quelle origine sont les lois, d'origine divine ou d'origine humaine ? » Que la même question, touchant l'origine du droit (ou des lois), se pose encore aujourd'hui, ceci prouve que le grand philosophe grec ne l'avait pas résolue ou que sa solution exacte peut-être pour son époque ne l'est plus, la question de la source du droit n'étant pas de celles où il puisse y avoir une réponse absolue, vraie pour tous les temps et pour tous les endroits. Comme, en général, les rapports sociaux changent d'époque à époque et de peuple à peuple, le problème relatif au mode de devenir (*Entstehung*) du droit change lui aussi de nature et d'aspect. Il en résulte que, quelques ingénieuses que soient les idées et les solutions que notre célèbre jubilaire a émises sur ce problème dans son ouvrage capital : *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, elles ne peuvent avoir et ne pourront garder qu'une exactitude plus ou moins relative, elles ne s'appliquent et ne s'appliqueront, en principe, qu'au stade actuel de l'évolution de la société humaine. Le mérite de M. F. Géný n'en est pas moins grand, puisque ses travaux ont indubitablement exercé une influence considérable sur les conceptions juridiques de ses contemporains et, par là, sur l'évolution juridique. Si aucun esprit, si fort fût-il, ne saurait s'imposer complètement à son milieu, un esprit qui, dans son époque, a réussi à attirer, tant soit peu, de son côté la résultante de la marche de la société est un grand esprit. La résultante sociale est déterminée par de différentes composantes. M. Géný a été l'une de celles-ci. Si, d'ailleurs, notre époque laisse, dans le domaine du droit, quelque chose à l'époque suivante, il y aura certainement, dans l'héritage de cette dernière, aussi un legs de M. Géný.

2. Les normes de droit ne sont bien entendu pas les seules normes qui existent: il y a des normes (règles) religieuses, artistiques, scientifiques, morales, économiques, sociales, politiques. Mais ce qui distingue les normes de droit des autres catégories de normes, c'est qu'elles *organisent* la société humaine et en font une unité, un tout c'est-à-dire un *système* propre à faire marcher la société vers des buts que les facteurs dirigeants de la société lui assignent. Sans doute les normes de droit étant une synthèse de toutes les activités humaines se basent-elles plus ou moins sur les autres normes, sur celles que nous venons d'énumérer, mais à la différence de ces dernières qui ne sont que des matériaux, elles constituent le bâtiment social construit également à l'aide de ces matériaux.

3. Mais les règles de droit, règles d'organisation sociale, ne sont pas toutes les mêmes. Identiques quant à leur *but*, elles se distinguent quant à leur *sanction*. Il y a des règles de droit qui manquent de sanction et, à ce point de vue, elles se rapprochent des normes autres que les normes de droit, telles que, par exemple, les normes de la Morale ou les conventions sociales (la politesse, etc.) : ces normes de droit ne diffèrent donc de ces dernières qu'en ce qui concerne leur but. Parmi cet ordre de normes de droit on peut citer les normes de droit *externe* ou international que ce droit soit écrit (les traités) ou coutumier (les principes généraux du droit international : voyez ici le Statut de la Cour permanente de Justice internationale de La Haye du 13 décembre 1920, article 38, alinéa 3°) ¹. En effet, les normes du droit international n'ont d'autres sanctions que des considérations de morale, de courtoisie internationale, d'intérêt étatique, considérations impuissantes à élever, au point de vue de la sanction, le droit international à une hauteur au-dessus de la Morale. C'est que le droit international procède de l'indépendance et de la souveraineté internationales des Etats qui font de ceux-ci des forces élémentaires entre lesquelles la guerre constitue l'*ultima ratio* et le régulateur. (Ce qu'on appelle la Morale internationale n'est en fin de compte que la lutte pour l'existence et l'accroissement entre les Etats, semblablement à ce qui a lieu entre les organismes.) En *droit interne* c'est le droit constitutionnel qui reste sans sanction, du moins dans les pays — comme ceux du continent européen (excepté la Norvège ²) — où les tribunaux ne sont pas autorisés à rechercher la constitutionnalité des lois (*contra* dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord et, dans une certaine mesure, dans les Etats européens fédérés, la Suisse et l'Allemagne). De cette façon, les règles constitutionnelles ne sont en fait que des ordres sans sanction adressés, de la part du constituant, au législateur, ordres par lesquels ce dernier n'est lié que moralement. Ce n'est que par exception que la justice applique directement les dispositions de la constitution (par exemple, celle-ci abolit la peine de mort en matière politique).

Une seconde, et la plus importante, la principale catégorie de

règles de droit ce sont les règles de droit juridiquement *sanctionnées* (nous prenons cette expression dans son acception la plus large, tant dans le sens de la juridiction civile ordinaire que dans celui de juridiction administrative, là où ces deux juridictions sont séparées, comme par exemple, en France), ce qui signifie qu'il existe une *autorité*, supérieure aux particuliers, qui garantit le respect et l'observation des normes de droit dans le cas de leur violation ou tentative de violation (par exemple, pour cette dernière hypothèse, une attaque contre la possession). Cette autorité c'est l'autorité *étatique* c'est-à-dire l'Etat qui, grâce à sa force matérielle (armée) dépassant celle des particuliers (pris individuellement ou comme groupes), est à même de contenir chacun dans les limites de ses droits. De cette manière l'Etat a réussi à empêcher les luttes physiques entre les particuliers et à maintenir la paix sur son territoire. Ceci nous explique pourquoi le droit international n'est pas un droit *sanctionné* : comme il n'existe, au-dessus des Etats, aucune force organisée assez puissante pour contraindre les Etats de rester dans le cercle de leurs autorisations réciproques telles qu'elles sont déterminées par le droit international, il en résulte que les règles de ce dernier ne possèdent pas le caractère de *vrais droits*, c'est-à-dire de droits sanctionnés et que le droit international n'est pas en état d'assurer la paix internationale. Il ne le sera que lorsqu'il y aura dans l'humanité, à l'égal de ce qui existe déjà au sein d'un Etat, une autorité ayant le pouvoir d'empêcher chaque Etat de violer les droits d'un autre Etat. Mais si un jour une pareille autorité prenait naissance, la souveraineté internationale actuelle des Etats disparaîtrait et avec elle aussi le droit international dont elle est, comme nous l'avons vu, le fondement. En d'autres termes, il n'y aurait alors qu'un seul Etat dans le monde et cet Etat unique exercerait, parmi les peuples, la même fonction qu'exercent aujourd'hui les différents Etats parmi leurs habitants, la fonction de garantir l'ordre et la paix. La disparition de la souveraineté internationale étatique et la création d'un seul Etat mondial c'est l'arrivée de la paix universelle ³.

4. Aussi, entre les règles *non-juridiques* et les règles juridiques, c'est-à-dire les règles de droit sanctionnées, entre ce qui *n'est pas le droit du tout* et le *vrai droit* (droit interne sanctionné) il y a un moyen terme, une *transition*, une nuance : le *droit non sanctionné* et ce sont, avons-nous dit, le droit international et, en droit interne, le droit constitutionnel (avec, quant à ce dernier droit, les réserves mentionnées ci-dessus).

Si nous passons maintenant à la question de savoir qui est le créateur de ces trois catégories de règles, une chose est, pour nous, certaine, — à savoir que c'est l'*Etat*, et lui *seul*, qui est créateur des règles juridiques c'est-à-dire du *droit juridique* : sans l'Etat et en dehors de l'Etat pas de règles de droit sanctionnées, pas de vrais droits. En effet, le droit est une notion sociale et, comme tel, il n'aurait aucune utilité, s'il restait à l'état théorique, c'est-à-dire

s'il ne recevait pas exécution. Le droit est un être vivant, comme la société, ce n'est pas une lettre morte : un droit qui serait lettre morte équivaldrait à un droit qui n'existerait pas du tout. Or ce qui assure au droit sa *réalisation* c'est sa *sanction*, sanction que seul l'Etat peut lui conférer. On a trop décrié la formule que la force va avant le droit, mais cette formule est parfaitement exacte à condition qu'on lui donne son vrai sens : la *force* c'est ici l'Etat, ce qui veut dire que l'Etat précède le droit ⁴. Puisque, comme nous venons de dire, l'essence du droit consiste dans sa fonction, dans son exécution, c'est-à-dire dans sa sanction, il s'ensuit que le droit ne pouvait naître avant que sa sanction ne lui fût préalablement assurée, c'est-à-dire avant la naissance de l'Etat. Le droit, quelque chose d'abstrait (le droit est un rapport), est donc l'enfant de la puissance matérielle : cela peut paraître paradoxal que la matière donne la vie à ce qui est immatériel, mais tel est le *fait* et il n'y a rien à faire contre un fait; le fait on ne peut que le constater, on ne peut le supprimer ni le modifier. Le fait est intangible, il est tout-puissant. D'ailleurs c'est logique que la force matérielle crée le droit juridique. Car le droit est une autorisation (le « Befugnis » allemand), un *pouvoir* (droit subjectif garanti par le droit objectif) par conséquent il est aussi une force *matérielle* : une force matérielle plus petite (celle du particulier) procédant d'une force matérielle plus grande (celle de l'Etat). C'est seulement le *devoir* qui ne constitue pas une force matérielle, le devoir est le contraire du *droit* et de la puissance matérielle. Nous verrons plus loin à quelles suites peut conduire et doit conduire, dans l'évolution de l'humanité, cette distinction entre le droit et le devoir ⁵.

D'un autre côté, si on sépare la notion du droit en tant que rapport de la notion de sa sanction, il n'est pas paradoxal que la force matérielle (force étatique) aille avant le droit. Car si le droit peut être conçu en tant que rapport même en dehors de l'Etat (par exemple, dans une société en état d'anarchie), on ne peut le concevoir en tant que sanction sans l'Etat : la sanction supposant une force physique, il est tout logique que l'Etat, qui est aussi force matérielle, crée le droit juridique (sanctionné), transforme une idée (un rapport) en une réalité, en un fait matériel.

On pourrait avancer que, même dans l'Etat, une sanction n'est pas toujours assurée aux droits, puisqu'il peut arriver — et en vérité ceci arrive non rarement — qu'un homme ou un groupe d'hommes abolissent l'ordre juridique régnant, s'emparent du pouvoir et suppriment tous les droits. Il faut répondre que nous ne raisonnons pas ici dans l'hypothèse de luttes physiques (les coups d'Etat ou les révolutions) : le droit ne s'en occupe pas comme il ne s'occupe pas également d'autres phénomènes élémentaires (inondations, tremblements de terre, etc.) que le droit ne régit pas. D'ailleurs si le coup de main dirigé contre les autorités réussit et que les nouveaux maîtres parviennent à se faire obéir, nous arrivons toujours au même résul-

lat : les droits reçoivent leur sanction de la part de ces nouveaux maîtres, ce seront maintenant eux qui représenteront l'Etat et exerceront le pouvoir souverain c'est-à-dire le pouvoir législatif.

C'est donc le législateur qui, faisant fonction de souverain (Etat), est l'*unique* source de droit, car il n'y a que lui qui puisse sanctionner les règles de droits, sanction sans laquelle ces règles resteraient à l'état platonique, théorique, et n'auraient pas plus de force coercitive que les règles non juridiques par exemple les règles de la morale ou les conventions sociales : or la société *existe* grâce au *fait* et non grâce à la *théorie* et, dans le domaine qui nous occupe ici, le fait est le produit de la sanction (celle-ci peut, d'ailleurs, par une délégation partielle de la part de l'Etat, être aussi placée dans les attributions de corps autonomes, communes, départements, provinces) et non de la seule norme comme telle.

En conséquence c'est une erreur de penser que le droit pourrait naître et exister en dehors de l'Etat et sans l'Etat. Sans doute pourrions-nous observer même une règle de droit qui manquerait de sanction, par exemple pendant une révolution où toute autorité étatique ferait défaut et où il n'y aurait qu'une lutte physique entre les hommes. Mais ceci dépendrait uniquement de notre bonne volonté et de notre conscience, et si on considérait cette bonne volonté et cette conscience comme une sanction, alors toute règle serait une règle de droit : la règle religieuse, règle morale, une convention sociale, il n'y aurait plus aucune différence entre les règles de droit et les autres règles, toute règle sociale pourrait être considérée comme règle de droit sans égard à son contenu. Or nous avons vu que les règles de droit se caractérisent par leur but, qui est d'organiser la société d'une façon obligatoire, et que tout le reste, c'est-à-dire toutes les autres règles se trouvent en dehors du droit. Le droit ne règle pas toutes les activités humaines mais seulement celles qui ont rapport à l'organisation sociale et le signe distinctif d'une règle qui y a trait c'est la *coercition matérielle* qui entre en jeu, si on ne la suit pas. Si toutes les normes sociales quel que soit leur contenu étaient des normes de droit, cela signifierait que nous serions en présence d'un Coran qui règle toutes les manifestations de la vie humaine à commencer par le manger et le boire jusqu'à la vie politique : il n'y a pas, dans de pareilles législations (et telles avaient été pour la plupart toutes les législations orientales), deux domaines de vie : domaine privé et domaine public, tout était vie publique ou, si l'on veut, tout était vie privée. Sans doute le législateur occidental élargit-il, lui aussi, de plus en plus sa compétence (c'est surtout le cas des nouvelles constitutions, celles d'après la grande guerre de 1914-1918, constitutions qui contiennent aussi des prescriptions d'un caractère purement socio-économique) mais toujours est-il qu'il laisse néanmoins un grand champ de liberté aux particuliers (ceci vaut également pour le système étatique bolchéviste qui a le plus étendu l'action du législateur) : autrement, dans l'état actuel des

esprits, la société serait une tyrannie. L'Etat n'édicte de lois, c'est-à-dire ne limite notre liberté et activité que dans la mesure où cela est nécessaire pour l'existence de la société et son évolution, c'est dans ces limites qu'il est notre maître et, disons-le, notre tyran : au delà de cette mesure, l'Etat est un être le plus tolérant et le plus libéral du monde, au delà de cette mesure c'est comme s'il n'y avait pas d'Etat, comme si les hommes vivaient dans un état extra-étatique. Le droit c'est donc la manifestation de la maîtrise de l'Etat sur nous, là où il nous commande et nous contraint (sanction), le non-droit (autres règles que celles du droit) c'est la renonciation de l'Etat à cette maîtrise et à la sanction : la sanction, ici, c'est nous-mêmes et, dans le cas où elle est en dehors de nous, une sanction extérieure, ce ne peut être une sanction matérielle (comme la sanction étatique) mais seulement une sanction *spirituelle* (par exemple les sanctions de l'Eglise, l'exclusion d'un parti politique, le blâme de la société, etc.). Quant au point de démarcation entre ces deux champs d'activité de l'homme, le champ des règles juridiques et celui des règles non-juridiques, champ étatique et champ extra-étatique, c'est l'Etat qui, étant souverain, le trace suivant les idées que ceux qui le représentent et agissent en son nom se font des fins de la société humaine, en d'autres termes suivant les idées qu'ils se font du *progrès*. A présent ce sont l'idée de *liberté* et celle de *paix* qui luttent entre elles pour la prédominance.

La conception que le droit peut avoir d'autres sources que la *loi*, c'est-à-dire la puissance souveraine de l'Etat, qu'en d'autres termes il peut y avoir des droits *sans sanction étatique* ⁶ est en outre une illusion dangereuse, surtout en matière de rapports internationaux. On prétend que le droit international est aussi un vrai droit égal au droit interne, par conséquent propre à mener au même but que ce dernier : c'est-à-dire à assurer l'ordre et la paix parmi les peuples (les Etats) comme le droit interne l'assure parmi les particuliers. Or les faits démentent catégoriquement de pareilles affirmations : malgré le droit international, écrit et non-écrit (coutumier), il y a eu des guerres et il y en a toujours, preuve que le droit international est loin de pouvoir être mis sur un pied d'égalité avec le droit interne, et ceci vient de ce que le droit interne est un vrai droit, droit juridique, c'est-à-dire droit jouissant de sanction, caractère qui manque au droit international puisque, comme nous avons déjà vu, il n'existe au-dessus des sujets de ce droit (Etats) entre lesquels il devrait assurer l'ordre et la paix aucune force supérieure pouvant contraindre, au besoin, un Etat récalcitrant à se soumettre au droit international. Et il est logique que cette force fasse défaut en droit international, car, le droit international, ce que nous avons également dit, c'est le principe de souveraineté étatique internationale et la souveraineté étatique internationale c'est le droit international. En un mot, le droit international manquant de sanction n'est pas à même de garantir l'ordre et la paix entre les peuples, n'est pas

un vrai droit ; ce sont des règles qui, sans doute, aspirent, dans la société des nations, vers le même but auquel tend le droit interne dans la société des hommes, mais il n'est pourtant pas un vrai droit puisqu'il n'est pas pourvu de mesures coercitives en cas de sa violation. A ce dernier point de vue il ne se distingue pas de la morale où tout est laissé à la libre appréciation des particuliers, c'est-à-dire ici à la libre appréciation des Etats : liberté d'appréciation qui, ni dans l'un ni dans l'autre cas, ne constitue une sanction efficace. S'il suffisait qu'une norme fût par son contenu une norme de droit pour qu'elle fût en même temps un vrai droit, droit produisant tout son effet social, on n'aurait besoin, au sein d'un Etat, d'aucune force de coercition : et alors l'Etat et sa puissance matérielle ne seraient pas nécessaires. Et puisqu'il en est tout autrement, il en résulte que la bonne volonté des hommes (en droit international celle des Etats) n'est pas suffisante pour que le droit conduise au résultat désiré, à l'ordre et à la paix, mais il faut encore qu'une sanction (matérielle) s'y ajoute : c'est seulement à cette condition que nous avons, dans les Etats, un vrai droit (droit juridique) et que nous l'aurons dans l'humanité, point que nous avons déjà touché plus haut. Ceci nous explique pourquoi tous les essais d'assurer la paix mondiale après la grande épreuve de 1914-1918 (la Ligue des Nations, l'institution d'arbitrage international, le traité de Locarno, les plans de Dawes et de Young, le Pacte Kellogg) ont tous échoué : tous ces essais n'ont pas réussi à créer un vrai droit mondial, puisqu'ils ont laissé subsister la souveraineté étatique internationale. Le récent Pacte de confiance entre la France et l'Angleterre qui démontre également l'inefficacité de tous les autres pactes antérieurs du même ordre, aura certainement le même destin : il ne touche pas non plus à la souveraineté étatique internationale.

5. L'institution, dans la plupart des Etats, d'un *droit coutumier* ne va pas à l'encontre de ce que nous avons dit au § précédent c'est-à-dire à l'encontre de l'affirmation que l'Etat est l'unique source de lois (droit juridique, vrai droit). D'abord ce n'est qu'en vertu de la loi (étatique) que le juge est autorisé à appliquer la coutume juridique et ceci dans la mesure et de la manière précisée par la loi. Si donc le droit coutumier est un vrai droit c'est parce qu'il est sanctionné mais la sanction il la doit au législateur, à l'Etat. Dans les pays où, comme c'est le cas de la France⁷, la loi étatique ne reconnaît pas les coutumes juridiques, les tribunaux outrepasseraient leur pouvoir, s'ils basaient leurs décisions aussi sur le droit coutumier. En effet, s'ils procédaient autrement, ceci signifierait que, dans l'Etat, il existe deux législateurs, l'Etat et la société, qu'il y a, en d'autres termes, deux puissances souveraines, celles de l'Etat et de la société. Or la souveraineté est une notion d'absolu, elle ne souffre ni restriction ni partage, et dire qu'il y a, sur un même territoire, deux souverainetés, l'Etat et la société c'est dire qu'il n'y en a aucune. Mais s'il n'y a pas de puissance souveraine il n'y a pas

d'Etat non plus : la souveraineté c'est l'Etat et, l'Etat c'est la souveraineté. Par conséquent, puisque l'Etat est souverain, la société ne peut l'être, elle aussi, et si l'Etat n'a pas, de par son droit de souveraineté, prescrit que la société peut également rendre des lois, sous forme de coutumes — prescription qui n'empêcherait pas que l'Etat restât toujours souverain unique — le droit coutumier peut bien néanmoins se former, les particuliers peuvent bien le suivre (comme ils suivent les règles de la morale ou les conventions sociales) mais il manquerait de sanction : c'est-à-dire la justice ne l'appliquerait pas. D'ailleurs il dépend de l'Etat de décider dans quelle mesure il munira la société du pouvoir de créer des coutumes juridiques. Il peut, comme le droit allemand, donner à la coutume juridique la même portée qu'à la loi et statuer que la coutume juridique peut aussi *abroger* une loi étatique, selon la règle : *lex posterior derogat priori*⁸, ou, bien, l'Etat peut faire des coutumes juridiques des lois d'ordre inférieur et ne les admettre que comme *complément* de la loi étatique, c'est-à-dire ne les admettre que lorsque les lacunes de celle-ci ne peuvent être comblées même par l'analogie *lato sensu* (l'analogie juridique) : tels sont par exemple les Codes suisse, autrichien, serbe.

6. C'est encore et toujours l'Etat, c'est-à-dire le législateur, qui est créateur du droit, lorsque le *juge* comble les lacunes de la loi, ce qui arrive notamment dans le cas où celles-ci ne peuvent être comblées ni par l'analogie ni par la coutume juridique (cette dernière faisant défaut ou, comme en France et au Brésil, parce que le législateur interdit son application) : ici le juge est élevé à la hauteur d'un législateur et crée un vrai droit, droit juridique, c'est-à-dire droit sanctionné, quelque formule qu'ait employé le législateur par rapport à ce pouvoir du juge. Ainsi, le législateur autrichien dit : « Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden » ce qui veut dire : « Si le cas juridique reste néanmoins douteux » — c'est-à-dire si la lacune de la loi ne se laisse combler ni par une interprétation d'analogie ni par une coutume juridique (parce que celle-ci n'existe pas ou la loi ne permet pas son application dans le cas concret)⁹ — « alors il doit être résolu en ayant en vue les circonstances (du cas) rassemblées avec soin et mûrement appréciées, suivant les principes juridiques naturels »¹⁰ : Ex. : § 7 du Code civil autrichien de 1811. Le Code civil serbe de 1844 (qui est, au fond, une traduction abrégée du Code civil autrichien) enjoint au juge, dans l'hypothèse que nous prévoyons ici, de juger d'après les « bases de la raison saine et de la justice naturelle » (§ 8). Le Code civil monténégrin de 1888 statue que le juge, en cas de silence de la loi et de la coutume, jugera suivant la « justice et l'équité » (art. 782 *in fine*). Le Code civil brésilien dispose

ici comme nous avons déjà vu: « Aux cas non prévus s'appliquent les dispositions concernant les cas analogues, et, s'il n'y en a pas, les principes généraux du droit » (art. 7). Toutes ces instructions par lesquelles le législateur entend limiter le pouvoir du juge, lorsqu'il décide sur des cas non réglés par la loi, n'empêchent pas qu'en réalité le juge crée ici le droit (le *droit judiciaire*, Richtersrecht). Aussi le Code civil suisse de 1907-1912 s'est-il montré ici le plus franc — ce qu'avait fait déjà remarquer M. le Dr Josef Kohler ¹¹ — en proclamant, sans détours, comme législateur le juge qui aura à décider sur des cas non contenus dans la loi (« ... so soll der Richter nach der Regel entscheiden die er als Gesetzgeber aufstellen würde » (art. 1, al. 2) ¹². Même dans les législations où le législateur ne prévoit pas un pareil pouvoir du juge, comme par exemple la législation française, on ne peut contester au juge de se faire législateur, s'il s'agit de cas non prévus par la loi. En effet, le juge commettrait un déni de justice, acte puni par la loi pénale (voyez par exemple l'article 185 du Code pénal français), s'il renvoyait les plaideurs par cette raison que la loi ne contient pas de règle concernant leur cas, d'où il résulte, nécessairement et logiquement, que, par cette injonction adressée aux juges de statuer sur tous les procès portés devant eux, les points contestés qui en font l'objet fussent-ils même inconnus à la loi, le législateur confère implicitement aux juges le pouvoir de procéder, dans de tels cas, comme s'ils étaient législateurs. Mais, dans tous les cas, ce pouvoir législatif du juge n'est qu'une *délégation de l'Etat* qui, par là, ne cesse pas d'être souverain, et restant souverain, il peut à tout instant retirer sa délégation. En conséquence, le droit judiciaire, un vrai droit parce que sanctionné, trouve, lui aussi, sa source dans la souveraineté étatique. Il s'ensuit que si l'Etat défendait aux juges de légiférer même dans les cas ci-dessus mentionnés, les juges ne posséderaient pas le pouvoir de le faire, et le droit judiciaire n'existerait pas. Conclusion qui s'impose en théorie ; mais, en réalité, l'Etat n'adressera jamais à la justice une pareille interdiction, car, dans ce cas, l'Etat n'aurait pas le droit d'imposer aux juges l'obligation de décider sur toutes les contestations dont on les aura saisis, même sur celles pour la solution desquelles la loi ne contient pas de normes : un délit de déni de justice ne se concevrait pas dans les cas où la loi est incomplète, si le législateur n'offrait pas aux juges le moyen de les résoudre en leur reconnaissant ici un pouvoir législatif.

Il est vrai que les juges étant indépendants du pouvoir législatif (principe de séparation des pouvoirs publics) auraient aussi le moyen, en outrepassant leur compétence, de violer la loi c'est-à-dire de l'appliquer autrement qu'elle ne s'exprime et, de cette façon, en s'élevant au-dessus du législateur, se transformer en créateurs de droit objectif même là où la loi étatique est précise. Mais, d'abord, c'est également une pure hypothèse qui, certainement, ne se réalisera jamais, ensuite, cette hypothèse milite aussi en faveur de la

thèse d'unique source de droit objectif (Etat) : en effet ce ne serait que par un *abus* qu'un autre pouvoir dans l'Etat que le pouvoir législatif pourrait s'arroger la fonction de faire des lois. *Régulièrement*, c'est-à-dire *en dehors de tout abus*, c'est l'Etat, et seulement lui, qui est créateur (source) de droit objectif.

7. Mais si le législateur est seul autorisé à émettre des lois, cela ne signifie pas que, lors de ce travail, il ne puisse s'adjoindre des collaborateurs, collaborateurs dont il se servirait en vertu du pouvoir qu'il possède en sa qualité de représentant de la puissance souveraine étatique. Ces collaborateurs sont, en principe, la masse du peuple, les tribunaux et le législateur étranger.

Le tribut qu'apporte la masse populaire au travail législatif est le plus important. Suivant une doctrine, les lois ne seraient que le résultat d'une lente évolution du droit au sein du peuple : le droit serait créé *par le peuple* et le législateur n'aurait qu'à aller l'y prendre et le copier. Le travail du législateur (Etat) serait tout simplement un travail de *technicien* ; les normes juridiques déjà nées grâce aux rapports entre particuliers, le législateur ne fait que les classer et les mettre en articles de lois. Sans doute cette doctrine est-elle exagérée, mieux : inexacte dans sa généralité ; mais elle n'en contient pas moins une part de vérité : en effet, les premières lois écrites n'avaient été qu'une rédaction de coutumes juridiques. Nous en avons des exemples partiels même dans les temps les plus récents. Ainsi, le codificateur du Code civil monténégrin de 1888, Dr. Waltazar Boghichitch, qui fut membre correspondant de l'Institut de France, a-t-il proclamé, dans ses déclarations relatives à ce Code, que cette œuvre législative n'est au fond qu'un recueil de coutumes juridiques du peuple monténégrin auxquelles le législateur monténégrin a donné la forme de loi. Et comme les lois sont destinées aux besoins d'un peuple et représentent de la sorte une œuvre éminemment pratique¹³, un législateur consciencieux et vigilant prend à tâche de suivre l'évolution sociale du pays pour pouvoir le mieux répondre auxdits besoins.

De même le législateur doit tenir compte de la jurisprudence car c'est elle qui, lors de l'application des lois, s'aperçoit le mieux de leurs imperfections et lacunes : ce sont spécialement le législateur et la jurisprudence qui, *viribus unitis*, sont en mesure de faire, en matière de confection de lois, œuvre sage et fructueuse.

Enfin, les législations étrangères offrent également, et très souvent, une source de matériaux juridiques : c'est aussi ici qu'apparaît l'utilité de la science du droit comparé et des institutions organisées pour l'avancement de cette science¹⁴. Dans le domaine juridique, comme ailleurs, il existe, entre les pays civilisés, une influence réciproque qui ne va qu'en se développant grâce au contact de plus en plus fréquent et intense entre les peuples.

8. Mais tous ces éléments, l'évolution sociale, les coutumes juridiques, la jurisprudence et les législations étrangères ne sont nullement une source de droit objectif : aucun de ces facteurs ne constitue un vrai droit, droit juridique ; ce n'est qu'en obtenant la marque, le *sceau* du législateur que les normes créées par ces facteurs deviennent obligatoires, deviennent *sanctionnées*. Mais il y a plus : non seulement au point de vue de la sanction le rôle du législateur est ici décisif mais il l'est encore au point de vue du *contenu* des règles qu'il proclame lois : les facteurs cités ci-dessus ne livrent au législateur, pour nous exprimer ainsi, que de la *matière crue* que le législateur va travailler pour lui donner une *forme*, forme que nous appelons *loi*. Et, en général, la vie sociale peut être comparée à un bloc d'argile difforme que le législateur pétrit pour en faire le bâtiment social : à l'égard de la vie sociale le législateur se comporte comme un artiste en en jouant le rôle. Le peuple n'est qu'une masse qui, entre les mains du législateur, devient un système ou, si on le préfère, un organisme capable d'avoir son idéologie et ses buts. Le législateur, comme l'artiste, insuffle à cette masse une âme, la spiritualise. Cette action d'unité et d'un ordre plus élevé ni les coutumes ni la jurisprudence ni le droit étranger ne peuvent l'exercer dans un peuple.

9. Non seulement l'école juridique dite *évolutionniste* (elle procède de l'école juridique historique) commet une erreur en concevant le rôle du législateur comme celui d'un copiste du droit qui serait créé de toutes pièces par le peuple — nous venons de voir que même dans ce cas l'activité du législateur dépasserait de beaucoup celle d'un copiste, attendu que la *technique législative* est bien supérieure à un travail de copie. Mais la même école oublie que le législateur prescrit, fort souvent, des règles qu'il n'a point trouvées dans le peuple et que fort souvent le législateur procède d'une façon *rationaliste*. Toute l'histoire du droit nous fournit des exemples de ce rationalisme du législateur : nous en avons cité ailleurs ¹⁵ et nous n'y reviendrons pas. Ce pouvoir du législateur de créer non seulement la *forme* mais même le *contenu* de la règle juridique — à la différence des phénomènes physiques où l'homme n'a d'autre puissance (puissance du reste limitée) que celle de *découvrir* des règles déjà existantes (et d'en tirer ensuite, éventuellement profit) — provient de la nature *mixte* des phénomènes sociaux. Ces phénomènes « sont partiellement physiques et partiellement spirituels, et il possèdent ce caractère mixte parce que cet être qui forme le centre des phénomènes sociaux, c'est-à-dire l'homme, est, lui aussi, un phénomène mixte : d'un côté l'homme est un organisme, un corps, et, comme tel, soumis aux lois physiques, et, d'un autre côté, l'homme est un esprit, et comme tel il n'est plus un *substratum* (objet) des lois physiques, mais il est bien ici un *sujet*, un *agens*. En tant qu'esprit l'homme est lui-même une force qui crée, qui

édicte des règles et qui gouverne. Les phénomènes sociaux sont un domaine d'action commun aux lois physiques et à l'esprit humain, les phénomènes sociaux sont des phénomènes physico-spirituels. Leur caractère de phénomènes physiques gagne en importance, s'il s'agit de phénomènes qui s'approchent de la matière, et c'est le cas des *phénomènes économiques* ; par contre c'est leur caractère de phénomènes spirituels qui devient prédominant, si nous sommes en présence de phénomènes sociaux qui se rapprochent de l'esprit, et c'est le cas des *phénomènes juridiques*. Mais même dans ces derniers phénomènes sociaux, les plus spirituels de tous les phénomènes, il intervient toujours aussi, au moins dans une certaine mesure, l'action des lois physiques. C'est que l'homme, quoi qu'il fasse et à quelque occupation qu'il s'adonne, ne cesse de garder aussi son caractère d'organisme (de corps). Si grande que soit la part d'action de l'esprit dans le travail d'un législateur ou d'un juriste, l'influence des lois physiques n'y disparaît toutefois pas complètement. Il faudrait supposer l'esprit humain tout à fait détaché et indépendant du corps, c'est-à-dire de la matière, pour qu'un phénomène social pût être en dehors de toute action des lois physiques ¹⁶.

Grâce à ce rôle de l'esprit humain dans les phénomènes sociaux en général et dans les rapports juridiques en particulier, le législateur ne se laisse pas seulement conduire par l'évolution du Droit telle qu'elle se dessine dans le peuple, mais il la précède très souvent en dotant le peuple d'institutions qui n'y ont pas encore vu le jour, institutions que sa raison construit d'une façon toute spéculative et il parvient ainsi à faire progresser le Droit en un *temps* plus rapide que ce ne serait le cas, s'il ne s'en remettait à cet égard qu'au lent développement de la conscience juridique populaire (l'évolution). Et, d'une manière générale, l'évolution culturelle de l'Humanité avait, de tous temps, été, spécialement secondée et accélérée par des *individualités* dont l'esprit supérieur voyait, telle la vigie du bateau, plus loin dans l'avenir que la masse du peuple : leur esprit transformait la société dans une espèce de serre chaude où tout grandissait et mûrissait plus vite. Ce sont surtout les individualités qui ont montré et montrent à la société et à l'Humanité de nouvelles voies et de nouveaux horizons en élevant le genre humain au-dessus des autres êtres de la Nature qui, dépourvus de raison, sont soumis aux seules lois physiques et à l'évolution que celles-ci leur imposent. Mais puisque, comme nous avons dit, l'homme et la société restent toujours partiellement aussi des organismes, donc assujettis également dans une certaine mesure aux mêmes lois d'évolution que les minéraux, plantes et les animaux, les phénomènes sociaux se ressentent de cette lutte entre les deux catégories de facteurs, lois physiques et l'esprit humain, en suivant, dans leur évolution à eux, une résultante que nous appelons lois sociologiques. Et plus l'esprit humain se développe et prend le dessus sur la matière (plus exactement : sur les lois physiques, attendu qu'aujourd'hui les physiciens

soutiennent que la matière n'est qu'une forme de l'énergie), plus ladite résultante se dirige du côté de l'esprit humain, c'est-à-dire plus artistiques sont les formes que celui-ci imprime à la masse nationale, en d'autres termes plus les phénomènes sociaux se *spiritualisent* ¹⁷.

Il en est de même des rapports juridiques : au fur et à mesure que le législateur se perfectionne, la part matérielle dans ces rapports diminue, tandis que la part spirituelle en augmente. Or, comme nous avons vu, la matérialité des rapports juridiques consiste en ce qu'ils se manifestent comme l'institution de *droits subjectifs*, c'est-à-dire comme un pouvoir matériel garanti aux particuliers à l'égard des autres particuliers. *Spiritualiser* les rapports entre les particuliers signifie faire disparaître le *droit* et le remplacer par le *devoir*, autrement dit, supprimer l'égoïsme comme base de l'organisation sociale et mettre à sa place l'altruisme, le devoir procédant de ce dernier sentiment et le droit du premier. Grâce à sa puissance souveraine, le législateur possède le moyen de faire évoluer, par des lois de plus en plus solidaristes et altruistes, la mentalité humaine vers une *société des devoirs* au lieu de la *société des droits* actuelle. Le législateur chrétien est spécialement appelé à suivre cette ligne de conduite et cette direction, l'altruisme et le devoir étant au fond de l'Enseignement du Christ qui proscriit l'égoïsme et sa manifestation, le droit (puissance matérielle). Tant que cette transformation ne se sera pas accomplie — et elle constitue le but de notre Culture chrétienne — il est indispensable et inévitable d'admettre et d'accepter l'institution d'Etat et de souveraineté étatique interne, c'est-à-dire la conception qu'un vrai droit, droit muni de sanction matérielle, unique sanction efficace, c'est celui que prescrivent les lois d'Etat. Car ce n'est que placée à la hauteur de la pyramide sociale, c'est-à-dire à la hauteur de la souveraineté étatique, que l'idée de devoir et d'altruisme chrétiens comme base de l'organisation de la société humaine pourra pénétrer dans les consciences, en rendant inutiles toute autorité et toute coercition extérieures : c'est l'égoïsme (le droit) et non l'altruisme (le devoir) qui exige l'institution de gendarme (dans la société future des devoirs chacun sera son propre gendarme). En d'autres termes, à ce moment là de l'évolution de l'Humanité, l'Etat pourra tranquillement mourir ayant fini de remplir sa mission divine ici bas, c'est-à-dire ayant fini d'établir la paix et la fraternité parmi les hommes. La *forme* la plus élevée que doit revêtir la *masse* (matière) sociale, forme que nous venons de décrire, forme que Jésus-Crist, le plus grand artiste que le Monde ait jamais connu, enseigna, il y a déjà presque deux mille ans, cette forme c'est l'Etat, l'instrument de l'artiste divin, qui finira par la réaliser.

Par contre, la conception évolutionniste du droit, conception d'après laquelle, comme nous avons vu, le droit est une production de la masse du peuple de telle sorte que le travail législatif ne consiste qu'à aller l'y ramasser, cette conception a pour résultat d'abais-

ser l'homme et la société au rang de phénomènes physiques, c'est-à-dire de *matérialiser* les rapports sociaux. A quelles suites cette matérialisation a conduit et conduit toujours l'Humanité, il n'est pas besoin de nous y arrêter, tant elles sont connues. L'école évolutionniste, du moins dans son exagération, en porte certainement une grande part de responsabilité.

CONCLUSION

Il résulte de ces développements que le Droit objectif, lorsqu'on lui assigne les buts que nous avons exposés plus haut, se distingue par les caractères suivants : 1° il est obligatoire c'est-à-dire sanctionné; 2° il est créateur quant à la forme, c'est-à-dire exige un travail technique (c'est lorsque le législateur légalise les coutumes ou la jurisprudence); 3° il est aussi, fréquemment, créateur quant au contenu (ce qui a lieu lorsque le législateur procède par la méthode rationaliste). Toutes ces qualités manquent aux règles de droit créées par la conscience juridique du peuple ou le travail jurisprudentiel.

C'est, selon nous, la *fonction de la loi*. Et la question de la fonction de la loi et des sources du Droit c'est tout le problème d'organisation et de progrès sociaux.

¹ Dr K. STRUPP, *Documents pour servir à l'histoire du Droit des gens*, 2^e édition, considérablement augmentée, des *Urkunden zur Geschichte des Völkerrechts*, tome IV, 2^e partie, Hermann Sack, Berlin, 1923.

² Voy. la Constitution norvégienne du 17 mai 1814, dans le recueil : *Les Constitutions modernes*, par F.-R. DARESTE et P. DARESTE, 4^e édition entièrement refondue par Joseph DELPECH et Julien LAFERRIÈRE, préface de M. Ernest CHAVEGRIN, *Europe : II. Hongrie à Yougoslavie*, Paris, 1929, pp. 201 à 226.

³ Voir à ce propos notre article : *Critiques et propositions de réformes en matière d'enseignement du Droit international public*, Sonderabdruck aus Niemeyers *Zeitschrift für internationale Recht*, Bd. XXXIV. Kiel, 1930.

⁴ Aussi ne peut-il y avoir un droit de révolte ou de révolution contre l'Etat, droit qu'avait reconnu aux particuliers la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de la Grande Révolution Française (1789), par cette raison que l'Etat aurait violé leurs droits, soi-disant « naturels », puisque les droits sont absolument inconnus à la Nature et qu'ils ne doivent leur naissance qu'à l'Etat. D'ailleurs, la théorie de révolte (révolution) aurait pour résultat d'éterniser les luttes et les violences dans la société et d'instituer le droit du plus fort (le plus fort physiquement) : la société perdrait le caractère d'organisation humaine et deviendrait tout simplement un phénomène biologique et physique. *Contra* p. ex. le marquis DE VAREILLES-SOMMIÈRES, dans ses *Principes fondamentaux du droit*, Paris, 1889. Voir aussi le compte rendu de M. le Prof. NAST sur la dernière édition du livre cité de M. GÉNY dans

les *Annales de Droit commercial en France et à l'étranger*, Paris, n° avril-juin 1926.

⁵ En ce qui concerne la question relative à l'ordre chronologique de naissance entre l'Etat et le Droit, outre la conception que nous venons d'exposer plus haut, il y en a encore deux : l'une suivant laquelle la norme de droit précéderait l'Etat et l'autre qui soutient que l'Etat et le Droit sont nés simultanément : voy. à ce propos l'excellente étude de M. KISABURO YOKOTA, prof. de Droit à l'Université impériale de Tokyo, Japon (et directeur de la Revue : *The Journal of international Law and Diplomacy*, organe de « Kokusaihoqakkai », c'est-à-dire : « Bureau of the Association of international Law », Tokyo), *Begriff und Gliederung der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Sonderabdruck aus « Gesellschaft- Staat und Recht », Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstage herausgegeben von Alfred Verdross, Wien, 1931. M. Yokota est adhérent à l'Ecole juridique de Vienne (Kelsen, Verdross), seulement il s'en sépare en ce qu'il ne pense pas, comme cette Ecole, que la norme précède l'Etat, mais qu'ils sont venus en même temps au monde (« Zeitlich ist die Rechtsordnung nicht das Prius, sondern sie und die Rechtsgemeinschaft entstehen zu derselben Zeit » : *op. cit.*, S. 395, page du *Festschrift*).

⁶ Conf. ici l'étude si pleine d'érudition de M. le Prof. Louis LE FUR (Paris), *Essai d'une définition synthétique du droit*, communication faite à la Société de Législation comparée de France, n°s avril-juin, 1930, du *Bulletin de la société* (Paris), pp. 291 à 320.

⁷ Tel est aussi le Code civil brésilien du 1^{er} janvier 1916, qui, après avoir dit qu'aux cas non prévus doivent être appliqués les cas analogues, ajoute : « et, s'il n'y en a pas, les principes généraux du droit » : voy. *Code civil des Etats-Unis du Brésil*, traduit et annoté par P. GOULÉ, F. DAGUIN et Q. D'ARDENNE DE TIZAC, Paris, MDCCCXVIII, avec une préface de M. Clovis BEVILAQUA (Edition de l'Office de Législation étrangère et de Droit international).

⁸ Du moins c'est en ce sens que les auteurs allemands (comme par exemple Dr L. ENNECCERUS, Dr Th. KIPP, Dr M. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Erste Abteilung : *Einleitung u. Allgemeiner Teil* von Dr L. ENNECCERUS, 21. Auflage, Neunte Bearbeitung, Marburg, 1923 ; cf. 66 à 68, S. 80 à 90) interprètent l'article 2 de l'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Loi d'introduction pour le Code civil) du 18 août 1896 : *Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm* (La loi dans le sens du Code civil et de cette loi est toute norme de droit). Faisons observer que les auteurs allemands disent encore, à propos de cette prescription, qu'en Allemagne il ne peut se former de coutumes juridiques obligatoires dérogeant au Code civil qu'autant qu'il s'agit de coutumes s'étendant à tout le territoire allemand. (« Partikulares Gewohnheitsrecht dagegen könnte keine grössere Kraft haben als die Landesgesetze » : Dr L. ENNECCERUS, *op. cit.*, S. 86.)

⁹ En Droit autrichien, la coutume juridique n'est pas une source générale de droit objectif : elle ne l'est que pour les institutions juridiques où la loi admet expressément la coutume. Voy. le § 10 du Code civil autrichien, tandis que d'après la plupart des autres législations (suisse, allemande, serbe, monténégrine, etc.), la coutume juridique est une source générale de droit objectif et elle peut, aux conditions

indiquées par la loi, être appliquée à toutes les institutions juridiques.

¹⁰ *Principes juridiques naturels*, une influence de l'Ecole de Droit naturel qui régnait au temps de la codification du Droit civil en Autriche. Conf. Dr A. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, sechste Auflage des von Prof. Dr L. PFAFF aus dem Nachlasse des Prof. Dr Joseph KRAINZ herausgegebenen Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Erster Band : Erste Hälfte : *Allgemeiner Teil*, Wien 1925, S. 76.

¹¹ Dr J. KOHLER, *Bürgerliches Recht* in HOLTZENDORFS *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Leipzig und Berlin, 6. Aufl., 1. Band (2. Band 1914).

¹² Dr Alex. REICHEL, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. — Einleitung*, Zürich, 1911 (dans le recueil : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, herausgegeben von Dr A. Egger, Dr K. Oser, Dr A. Escher, Dr A. Reichel und Dr C. Wieland, Zürich, 1911), S. 7 und 8.

¹³ Conf. ici Louis JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. I, 1932, deuxième édition, préfaces aux deux éditions.

¹⁴ En France, pour ne citer que ce pays où les études de législations étrangères se tiennent à un si haut degré (il n'a ici, croyons-nous, de rivale que l'Allemagne), après et à côté de l'Institut de Droit comparé de Lyon fondé et dirigé par M. le prof. E. Lambert, on vient d'inaugurer aussi à la Faculté de Droit de Paris un institut de même sorte.

¹⁵ Voy. notre article (rédigé en français) : *La Propriété scientifique*, Compte rendu présenté, à l'Académie Royale de Serbie, sur le rapport de MM. le Sénateur F. Ruffini (Rome) et le Prof. J. Wigmore (Chicago) concernant la propriété scientifique et soumis à la Société des Nations (Genève), publié par l'Académie Royale serbe, Belgrade, 1924, p. 30, note 1.

¹⁶ Pris dans notre article : *Des suites nuisibles d'un abus de la théorie des analogies*, extrait de *La Revue Mensuelle*, Genève, 1920. Voy. aussi notre article : *Die gegenwärtige Richtung der privatrechtlichen Studien in Frankreich und Deutschland*, paru dans les *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, Organ der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Berlin, Nr. 9 : Dezember 1906, colonnes 371-380.

¹⁷ V. notre article cité, en premier lieu, dans la note précédente.

CHAPITRE V

The Forces behind and beyond Juristic Pragmatism in America

Fowler Vincent HARPER
Indiana University Law School

Man's notions about the world in which he lives have been, quite necessarily, determined by his empirical knowledge of that world. His speculations about the universe have been conditioned in like manner. Philosophy has thus been quite utterly dependent upon science. All ideas of the operation and purposes of life, its gods and its destiny have been measured by man's experience. With the development of scientific method and its corresponding "discovery" and formulation of more useful scientific hypotheses, man's philosophies have been equipped with new, and it is to be supposed, more fruitful apparatus. His generalizations about the universe before Kepler and Copernicus were almost completely anthropocentric. But they were not at variance with such facts about the physical universe as lay within his knowledge ¹.

Les forces cachées derrière et par delà le pragmatisme juridique en Amérique

par Fowler Vincent HARPER,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Indiana.

Traduit par Jules HELLA,
Docteur en Philosophie et Lettres

Les notions de l'homme sur le monde dans lequel il vit ont toujours été nécessairement déterminées par la connaissance empirique de ce monde. Ses spéculations sur l'univers ont été conditionnées de la même manière. La philosophie s'est donc trouvée sous la complète dépendance de la science. Toutes les idées concernant le mécanisme et les buts de la vie, concernant ses dieux et sa destinée ont été mesurées par l'expérience humaine. Le développement de la méthode scientifique, les découvertes qui en découlent et la mise en formules d'hypothèses scientifiques plus utiles ont doté les philosophies d'un appareil nouveau et sans doute plus efficace. Les généralisations au sujet de l'univers avant Kepler et Copernic étaient presque complètement anthropocentriques. Mais elles n'étaient en contradiction avec aucune des données de l'univers physique tel qu'on le connaissait alors ¹.

After the construction of the Copernican universe, the scientific way of thinking has slowly and gradually saturated intellectual processes until a genuine scientific philosophy has all but supplanted the various transcendental systems of thought which had occupied men's thoughts for thousands of years hitherto. As science has perfected its technique and pushed forward the frontier of knowledge of the physical universe, philosophy, though falteringly, has not refused to follow. It is indeed notable that the three great landmarks of physical science, Copernicus, Darwin and Einstein ², have initiated revolutions in philosophic thought.

Recently much has been said about the relation of the physical and social sciences. The similarities have been emphasized and the latter is supposed to have much to learn from the former ³. There is this difference between them, however : the variability of the empirical factors is much greater in the one than in the other. In social science, the " facts " are subject to control and manipulation. The " facts " can be created in a sense in which this is impossible in physical science. Accordingly, the method should be teleological in a sense in which it cannot be in physical science. This, perhaps, will explain the very obvious proposition that whereas philosophy has followed physical science, the exact contrary is the case with respect to philosophy and social science. Whereas physical science and our knowledge of the external world has determined the direction and method of philosophy, philosophy has in turn determined the direction and method of social science. Thus it is that not until

Après la construction de l'univers de Copernic, la pensée scientifique imprégna lentement et progressivement toutes les activités intellectuelles jusqu'au jour où une véritable philosophie scientifique eut presque supplanté les divers modes transcendants de pensée qui, pendant des milliers d'années, avaient occupé les esprits des hommes. A mesure que la science perfectionnait sa technique et reculait les frontières de la connaissance de l'univers physique, la philosophie, quoique hésitante, ne refusa cependant pas de la suivre. Il est à remarquer, en effet, que les trois grands jalons de la science physique, Copernic, Darwin et Einstein ont provoqué des révolutions de la pensée philosophique ².

Bien des choses ont été dites, ces derniers temps, sur les rapports entre les sciences physiques et les sciences sociales. Leurs analogies ont été mises en relief et ces dernières ont, paraît-il, beaucoup à apprendre des premières ³. Il y a toutefois entre elles cette différence que la variabilité des facteurs empiriques est beaucoup plus grande dans les unes que dans les autres. Dans les sciences sociales, les « faits » peuvent être manipulés, dirigés, être soumis à un contrôle ou une manipulation. Les « faits » peuvent être créés dans un sens qui serait impossible pour les sciences physiques. Par conséquent, la méthode employée devrait être téléologique dans un sens qu'elle ne peut avoir pour les sciences physiques. Et ceci explique peut-être cette proposition bien évidente que, tandis que la philosophie a suivi les sciences physiques, c'est exactement le contraire qui s'est produit dans le cas de la philosophie et des sciences sociales. Tandis que les sciences physiques et notre connaissance du monde extérieur ont déterminé la direction et la méthode de la philosophie, la philosophie, à son tour, a déterminé la direction et la méthode des sciences sociales. C'est pourquoi, ce n'est qu'après être devenue la

the scientific method of thought has become the accepted technique of philosophic thought, has its influence been largely felt in law. But scientific processes are more and more influencing the development of the legal order and we are asked from time to time where the movement will lead us and what we may expect from it.

Now it is no longer to be denied that there are and have been more than one "true" way of thinking about law. That way of thinking, in a given time and place, will be the true way of thought as it serves the needs and solves the problems of its immediate society. I propose to show at this time the point to which the movement in which Professor Gény was a pioneer, was extended, and thereafter seek to demonstrate, first, that the generalizations proceeding from this process peculiarly fit the social and intellectual setting in America, and second that they afford promise of a fruitful future, inasmuch as they fit the peculiar problems of the legal order in this country. The history of a thought movement cannot afford its complete explanation. The present and future are quite as important. Our ordinary divisions of time are too often the subtle sources of miscomprehension. There is both the push and the pull to take into account.

In formulating what I conceive to be the most advanced position of this movement in jurisprudence, I shall seek to state it in its boldest, and, perhaps, crudest form, without compromise or qualification. While some, perhaps many of my colleagues would indorse very few of these propositions, their articulation in radical form

technique acceptée par la pensée philosophique que la méthode scientifique a fait sentir profondément son influence dans le Droit. Mais les procédés scientifiques influencent de plus en plus l'évolution de l'ordre légal et l'on nous demande parfois où ce mouvement nous conduit et ce que nous pouvons en attendre.

Or, on ne peut nier plus longtemps qu'il existe — et ait toujours existé — plus d'une « vraie » façon de concevoir le droit. La vraie manière de penser, à une époque donnée et dans un lieu donné, sera celle qui saura le mieux satisfaire les besoins et résoudre les problèmes de la société immédiate. Je me propose de faire voir ici jusqu'à quel point s'est étendu le mouvement dont le Professeur Gény fut le pionnier. Je tâcherai ensuite de démontrer, d'abord, que les généralisations qui en découlent conviennent particulièrement bien à l'armature sociale et intellectuelle des Etats-Unis et, deuxièmement, qu'elles permettent d'espérer un avenir fécond dans la mesure où elles s'adaptent aux problèmes particuliers que pose l'ordre légal de ce pays. L'histoire d'un mouvement d'idée ne peut pas en fournir l'explication complète. Son présent et son avenir sont tout aussi importants. Les divisions que nous avons coutume d'assigner au temps ne sont d'ailleurs trop souvent que des causes subtiles de fausse compréhension, car elles chevauchent l'une sur l'autre.

En exposant ce que je conçois comme la forme la plus avancée de ce mouvement de la jurisprudence, j'essayerai de la formuler dans son acception la plus hardie et peut-être la plus crue, sans compromis ni réserves. Sans doute, plus d'un de mes collègues se refusera à souscrire à maintes de ces propositions. Présentées sous leur forme radicale, elles n'en feront

will the better serve to illustrate the implications for the future of law in America which are believed to be latent therein.

From the point of view of juristic science, the characteristic which first demands attention in the new movement is the effort to throw off the influence of *a priori* propositions. Of course, this cannot be completely achieved. All thinking is, in the last analysis, based upon unproved and unprovable propositions. But the scientific method attempts to move these assumptions black as far as possible, attacking and exposing each postulate at the first opportunity. All, in fact, are regarded skeptically. There is a wide difference between a dogma and an hypothesis.

Thus juristic thought is at once removed from the plane of mere exposition of dogmatic generalizations, to a critical appraisal of tentative hypotheses. The change of front centers about the conception of justice. Traditional notions of a natural justice and a natural law that is eternal and that can be realized by positive law are at once abandoned and with them go all classic rubbish of the immutability of moral laws and inherent right. In their place is substituted a more modest notion of social utility and community desire. Justice is visualized as the proper or desirable adjustment of conflicting interests, to be tested always by a norm of social welfare and satisfaction. No coincidence with abstract right is sought. Mere social expediency is the guide. "Administration" of justice thus becomes, in the phrase of an American judge, "practical politics" ⁴.

que mieux ressortir les conséquences latentes qu'elles impliquent pour l'avenir du droit en Amérique.

Du point de vue de la science juridique, la caractéristique qui frappe d'abord notre attention dans le nouveau mouvement, c'est sa tendance à détruire l'influence des propositions *a priori*. Evidemment, c'est là un but qui ne pourra jamais être complètement atteint. Toute chose pensée est, en dernière analyse, basée sur des propositions incontrôlées et incontrôlables. Mais la méthode scientifique tend à repousser aussi loin que possible toute affirmation gratuite, attaquant et démasquant chaque postulat à la première occasion. Pratiquement, on n'en aborde aucun sans scepticisme. Il y a un abîme de différence entre un dogme et une hypothèse.

Ainsi, la pensée juridique passe soudain du domaine de la simple exposition de généralisations dogmatiques à un examen critique d'essais d'hypothèses. Ce changement d'attitude est déterminé par la conception même de la justice. Les notions traditionnelles d'une justice naturelle et d'un droit naturel existant de toute éternité et pouvant se traduire par un droit positif s'en trouvent du coup abandonnées et, avec elles, toutes les âneries classiques sur l'immutabilité des lois morales et des droits qu'elles impliquent. A leur place apparaît la notion — plus modeste — de l'utilité sociale et de la volonté collective. La justice est considérée comme la conciliation heureuse et désirable d'intérêts en conflits, conciliation dont le critère sera toujours le bien-être social. On ne cherche pas à baser la justice sur le droit abstrait. On ne se laisse guider que par un dessein plus social. Rendre la justice, c'est donc, comme le disait un juge américain, faire de la « politique pratique » ⁴.

This conception is dynamic and looks more forward than backward. Justice is not to be found in the dead past. The judge must look, for his help, primarily to the future. There is as another judge puts it, "an endless becoming" ⁵. The process must be one of anticipation — of what rule will work best, what one will give the most desirable consequences ⁶. The judge must thus formulate tentative hypotheses as to the future and his decision will be based upon the probabilities as to those consequences, as he foresees them. The judge is the prophet. The process is creative ⁷.

Paralleling the revision of notions of justice with its emphasis upon the social ends of law and its functional aspects, the hard headed view has insisted upon drastic modifications of the basic concepts of legal science as well. Attention has accordingly been transferred from contemplation of the formal bases of law and the development of its formal structure, to its empirical phases. So far as I am informed, no modern American writer on law has denied that there is such a thing as a formal science of law. On the other hand, it would appear that there has been too much of such science ⁸.

What the judge decides, is law. Accordingly statements and formulations of what the law "is", are mere predictions of what the proper tribunal will do when the occasion arises. This view has extended to include not only the judge himself, but all those agencies that operate in the administration of justice, juries, administrative officers and tribunals and, in short, every governmental

Cette conception est dynamique et regarde davantage en avant qu'en arrière. Ce n'est pas dans le passé mort qu'on trouve la justice. C'est de l'avenir avant tout que le juge doit s'inspirer dans ses décisions. Comme le disait un autre juge, nous vivons dans « un incessant devenir » ⁵. Sa tâche consistera donc à juger selon la règle qu'il estime la plus efficace, c'est-à-dire celle dont il attend les conséquences les plus désirables ⁶. Le juge doit tenter de formuler des hypothèses pour l'avenir et sa décision sera basée sur les probabilités des conséquences qu'il entrevoit. Le juge est le prophète. Son procédé est créateur ⁷.

En même temps qu'on demandait une révision des notions de la justice, révision basée surtout sur les buts sociaux de la loi et sur le rôle qu'elle doit remplir, on insistait également pour obtenir des modifications radicales des conceptions de base de la science juridique. C'est pourquoi notre attention s'est transportée de la contemplation des bases formelles du droit ou de l'évolution de sa structure formelle à l'étude de ses phases empiriques. Pour autant que je sache, aucun commentateur américain n'a jamais nié qu'il existât une science formelle du droit. Il semblerait même qu'il n'y en ait eu que trop ⁸.

Le droit, c'est ce que le juge décide. Par conséquent, énoncer ou définir la loi, c'est simplement ~~prévoir ce~~ que fera le tribunal compétent au moment où le cas lui sera soumis. Ce point de vue s'est élargi jusqu'à comprendre non seulement le juge lui-même, mais tous les agents qui contribuent à l'exercice de la justice, tels que les jurés, les officiers ministériels, les tribunaux, en un mot, tout fonctionnaire qui joue un rôle actif dans l'application et l'exécution de la loi. La loi ainsi

official whose function is an active part in administering and enforcing the law. Law thus becomes, from this viewpoint, as aptly described by a younger writer, "official behavior" ⁹. The work of the lawyer and the scholar is still concerned with statutes and decisions, but with the former as an expression of a social desire which will influence the future action of judging tribunals, and with the latter as an instance of what judges have done under certain circumstances in the past (of what the law *was*), and the varying probabilities that the behavior will be repeated in the future. His concern is less with the logic of certainty, and more with its scientific off-spring, the logic of probability ¹⁰.

This is, indeed, empiricism in the raw. Its roots, of course, were nurtured in the methods of physical science, filtering through general philosophy into social science. When James wrote his first books on Pragmatism, he quite properly described it as a new name for an old way of thinking. It was the "way of thinking" which became increasingly popular among learned men after Bacon (1561-1626) and Descartes (1596-1650). Philosophy having become thus an ally of science, the effect upon the technique of social science was to be expected. The physical and intellectual universe having become pluralistic, social phenomena must be fit into the plurality

conçue devient donc comme l'a très bien décrite un jeune écrivain, un facteur officiel d'amélioration ⁹. (*Official behavior* *.)

Sans doute, les savants et les légistes auront encore à s'occuper de textes de loi et de jugements ; mais ces textes ne seront que l'expression d'un désir de la collectivité sociale et, comme tels, pourront simplement influencer l'action future des tribunaux ; quant aux jugements, ils ne serviront qu'à donner un exemple de ce que des juges ont fait dans une circonstance donnée du passé, c'est-à-dire de ce qui *fut* à ce moment la loi. Ils pourront méditer sur les chances que ce jugement peut avoir d'être répété à l'avenir. Ils se soucieront moins de la logique de la certitude que de son rejeton scientifique, la logique de la probabilité ¹⁰.

Voilà ce qui s'appelle de l'empirisme pur. Les méthodes de la science physique ont nourri ses racines et, par l'intermédiaire de la philosophie générale se sont infiltrées dans les sciences sociales. Lorsque James écrivit ses premiers livres sur le pragmatisme, il reconnut avec juste raison que ce n'était qu'un nom nouveau sur une idée ancienne. C'est ce « mode de pensée » qui connut une faveur croissante dans le monde savant après Bacon (1561-1626) et Descartes (1596-1650). La philosophie étant ainsi devenue une alliée de la science, cette alliance ne pouvait manquer d'avoir sa répercussion sur la technique des sciences sociales. L'Univers physique et intellectuel étant devenu pluraliste, les phénomènes sociaux devaient être adaptés à la pluralité des choses. Et c'est ainsi que la sociologie moderne assumait un rôle important dans les

* Comme qui dirait, le guide officiel de la bonne conduite. Mot intraduisible en langue française. Celle-ci a donc dû l'adopter sous sa forme anglaise et l'on parle déjà, par exemple, de philosophie « behavioriste » par opposition à la philosophie « déterministe ». (Note du traducteur.)

of things, and modern sociology assumed an important role in men's thinking about themselves and their conduct.

Speaking quite generally, of course, before the advent of Darwinian notions, absolute generalizations were freely made which served as premises from which the explanation of all phenomena could be deduced and which were invoked in the solution of every problem. This way of thinking colored the entire view of society. The method in social science was still largely deductive and the mental outlook was monistic. Both nature and society was conceived of as in harmonious relation of all its parts. Adam Smith (1723-1790) was confident that man invariably would be led to employ capital in a manner most advantageous for society. The "invisible hand" directed the operations ¹¹. This was the basis for the classical doctrine of *laissez-faire*. Even Bastiat ¹² (1801-1850) and Ricardo ¹³ (1772-1823), although differing in many respects, were not fundamentally at odds with the monistic view of the economic process. Hegel (1770-1831), in political theory, fostered the idea of the ephemeral and superficial character of empirical phenomena and its accidental conflicts. The object of contemplation was the eternal essence of things where all was harmonious and unitary. The conflict of individual wills and the social whole was apparent only and of no consequence, as compared with the unity embodied in the whole, the most perfect development of which was the state. Nor was the harmonious integration of societal

méditations auxquelles se livraient les hommes pour savoir ce qu'ils étaient et comment ils devaient se conduire.

D'une manière générale, on peut dire qu'avant l'apparition des théories de Darwin on ne se gênait guère pour établir des généralisations absolues et gratuites d'où l'on pouvait déduire l'explication de tous les phénomènes et que l'on invoquait pour résoudre n'importe quel problème. Cette manière de penser inspirait toutes nos conceptions de la société. Dans les sciences sociales, la méthode était encore surtout déductive et notre attitude mentale monistique. La nature et la société étaient considérées comme formant un tout dont les parties se complétaient harmonieusement l'une l'autre. Adam Smith (1723-1790) croyait de bonne foi que l'homme n'emploierait jamais le capital que pour le plus grand bien de la société. La « main invisible » dirigeait les opérations. Telle était la base de la doctrine classique du « laissez-faire ». Même Bastiat ¹² (1801-1850) et Ricardo ¹³ (1772-1823), bien qu'ils ne fussent pas toujours d'accord, n'étaient pas, au fond, opposés à la conception monistique du processus économique. Hegel (1770-1831) dans sa théorie politique, soutint l'idée que les phénomènes empiriques et les conflits accidentels qu'ils entraînaient n'avaient qu'un caractère superficiel et éphémère. Ce qu'il importait de considérer, c'était l'essence éternelle des choses où tout était unité et harmonie. Le conflit des volontés individuelles et du tout social n'était qu'apparent et n'avait d'ailleurs que peu d'importance puisque chaque unité se trouvait incorporée dans un tout dont le développement le plus parfait aboutissait à l'Etat. La « Volonté Générale »

processes neglected in the General Will of Rousseau and his followers.

Among the sociologists Comte (1798-1857), in spite of his Positivism, and Spencer (1820-1903), even after the publication of *Origin of Species* (1859) was unable to resist the tempting conception of society as an organic, indivisible whole. The grip of the centuries of intellectual habit was not so quickly to be thrown off. The former found only mathematical certainty in his monistic universe¹⁴. The latter saw only the ceaseless and inscrutable grinding of the mills of the gods¹⁵. Jurisprudence reflected this monistic intellectualism in the high repute of natural law doctrine current in juristic writing. Whether predicating the sanction of such law in the nature of man (Rousseau, Dalloz, Laurent) or reason (Krause, Ahrens, Grotius) or a moral imperative (Kant, Hegel) or God (De Bonald, De Maistre, Lamennais), all sought the certainty of an absolute system^{15a}.

But from the early part and the middle of the nineteenth century, this naïve view of the fundamental unity of the social process, its natural harmony and integration, received shock after shock. When Bentham¹⁶ (1748-1832) rejected it for the empirical and socialistic formula of "the greatest good to the greatest number", the anti-intellectualist revolt got under way. As the surge of democracy found root in the thought of laymen, it found its social and philosophic counterpart in the theories of a long list of empiricists terminating, among others, in James¹⁷, Dewey¹⁸, Barnes¹⁹,

de Rousseau et de ses successeurs ne laisse pas non plus d'envisager l'harmonieuse interpénétration des phénomènes sociaux.

Parmi les sociologues, Comte (1798-1857) malgré son positivisme et Spencer (1820-1903) même après la publication de l'« Origine des Espèces » (1859) ne purent résister à la tentation de concevoir la société comme un tout organique et indivisible. L'empreinte marquée sur les esprits par des siècles d'habitudes intellectuelles ne devait pas s'effacer de si tôt. L'un ne voyait dans son univers monistique que des certitudes mathématiques¹³ ; pour l'autre, le monde n'était qu'un ensemble d'éléments sans cesse broyés et rebroyés par les Dieux dans des desseins mystérieux et insondables¹⁴. La jurisprudence reflétait également cet intellectualisme monistique et la doctrine de la loi naturelle était en honneur dans tous les écrits juridiques. Cette loi se trouvait sanctionnée, selon les uns, par la nature de l'homme (Rousseau, Dalloz, Laurent), selon les autres par la raison (Krause, Ahrens, Grotius), par un impératif moral (Kant, Hegel) ou par Dieu. Mais tous recherchaient la certitude d'un système absolu¹⁵.

Cependant, dès la première moitié du XIX^e siècle, cette naïve théorie de l'unité fondamentale de l'économie sociale et de l'harmonie naturelle de toutes ses parties fut violemment attaquée. Lorsque Bentham¹⁶ (1748-1832) la renia pour la remplacer par la formule empirique et socialiste : « le plus grand bien au plus grand nombre », la révolte anti-intellectualiste commençait à gronder. A mesure que la vague démocratique s'infiltrait dans la pensée des profanes, elle trouvait son reflet philosophique et social dans les théories d'une longue liste d'empiristes aboutissant entre autres aux noms de James¹⁷, Dewey¹⁸, Barnes¹⁹,

Gierke ²⁰, Figgis ²¹, Wallas ²², Laski ²³, Duguit ²⁴, Beard ²⁵, Cole ²⁶, Bentley ²⁷ and Lippman ²⁸. Although traces of the passion for unity are not wanting in the present century, metaphysical explanations of various phases of social phenomena are increasingly unsatisfying. In political theory, for example, Bosanquet's (1848-1923) explanation of self-government by the "real" being — not the apparent one ²⁹, finds faint response in the current of functional and positivist doctrine of contemporary thought.

With the development of social psychology, the movement gained impetus. To those seeing a pluralistic society and examining it under the microscope, the restatement of conduct in terms of itself, by "instinct", was not satisfactory. The explanation of war as due to the "instinct" of pugnacity, of acquisitiveness or to the "instinct" ³⁰ to hoard was hardly scientific. A descriptive and observational note thus creeps steadily into the study of social phenomena and Gumplowicz, for an example, pictures the continuous conflicts between ethnically unlike groups, conflicts that are fundamental but which may be reduced by effective agencies of social control ³¹.

This overlapping and borrowing from various disciplines is a most important tendency in the development that has culminated in present day notions about law. The social sciences had formerly pursued their independent ways, each interpreting the whole of human phenomena in terms of its own formulae. Thus we have the various types of "determinism", including the economic deter-

Gierke ²⁰, Figgis ²¹, Wallas ²², Laski ²³, Duguit ²⁴, Beard ²⁵, Cole ²⁶, Bentley ²⁷ et Lippman ²⁸. Bien que cette recherche de l'unité à tout prix ait laissé des traces nombreuses en notre siècle, les explications métaphysiques des diverses phases des phénomènes sociaux deviennent de moins en moins satisfaisantes. En théorie politique, par exemple, Bosanquet (1848-1923) explique encore le *self-government* par la volonté de l'« être réel » au lieu de l'être apparent ²⁹. Mais sa théorie n'a guère influencé le courant des doctrines positivistes et fonctionnelles qui caractérisent la pensée contemporaine.

Avec le développement de la psychologie sociale, le mouvement reçut une impulsion nouvelle. Pour ceux qui découvrirent la société pluraliste et l'examinèrent au microscope, la solution basée sur l'instinct comme explication de la conduite n'était pas une solution satisfaisante. L'explication de la guerre par l'« instinct » de combativité ou du désir de posséder par l'« instinct » de thésaurisation ³⁰ n'était guère scientifique. La description et l'observation deviennent peu à peu les notes dominantes de l'étude des phénomènes sociaux et Gumplowicz, par exemple, dépeint les conflits persistants entre groupes ethniques différents comme des conflits fondamentaux mais qui peuvent être réduits par des facteurs de contrôle social ³¹.

Cette tendance à empiéter sur des disciplines diverses et à leur faire des emprunts est un trait essentiel de l'évolution qui a abouti aux notions actuelles sur le droit. Autrefois, les sciences sociales se développaient indépendamment les unes des autres, chacune d'elles interprétant les phénomènes humains selon son propre point de vue. C'est ainsi que naquirent les divers types de « déterminisme », notamment le

minism of Marx ³², the racial determinism of De Gobineau ³³ and the biological determinism of McDougal ³⁴. But the narrowness of these views of human conduct is now badly shaken by the current *rapprochement* and realignments of the social and allied sciences, particularly biology, anthropology, ecology and ethnology with psychology, sociology, economics and jurisprudence.

These developments in social theories are reflected in jurisprudence in the great work of Von Jhering ³⁵, with its elaboration of the doctrine of interests and the application thereof to legal phenomena, and its onslaughts upon purely formal categories to the exclusion of social realities ³⁶. From this point, emphasis in jurisprudence is upon the empirical manifestations of the law, rather than its formal aspects. Decisions and their consequences come under the microscope and are subject to the critical eye of the jurist, with reference to their social implications rather than the premises from which they supposedly proceeded. Law is thus, for the first time, regarded in its social setting and with all its social connotations.

In its earlier stages, the civil law writers were quite obviously influenced by this general movement. They were the leaders of it in jurisprudence. It was, in no small measure, the stimulus of Continental jurists and experimentors that lent direction to those interested in jurisprudence in this country. One has only to look at the repeated references in the writings of Pound, Cardozo, Wigmore and many others to see how strongly the work of Géný,

déterminisme économique de Marx ³², le déterminisme racial de De Gobineau ³³ et le déterminisme biologique de McDougal ³⁴. Mais l'étroitesse de ces conceptions de l'activité humaine se trouve aujourd'hui terriblement ébranlée par le *rapprochement* et le réalignement des sciences sociales et des sciences connexes, en particulier la biologie, l'anthropologie, l'écologie et l'ethnologie avec la psychologie, la sociologie, les sciences économiques et la jurisprudence.

Ces développements des théories sociales trouvent leur reflet en jurisprudence dans le grand ouvrage de von Jhering ³⁵ ou celui-ci a élaboré la doctrine des intérêts et son application aux phénomènes légaux, attaquant violemment les catégories purement formelles qui ne tiennent pas compte des réalités sociales ³⁶. Ce point de vue s'attache donc davantage aux manifestations empiriques de la loi qu'à ses aspects formels. Les jugements et leurs conséquences passent sous le microscope et sont soumis aux regards critiques du juriste, non plus du point de vue des prémisses dont ils sont supposés être issus, mais sous le rapport de leurs conséquences sociales. Ainsi, pour la première fois, le droit est envisagé dans son cadre social et dans tous ses rapports sociaux.

A ses débuts, ce mouvement influença visiblement les auteurs de droit civil. Ce furent eux qui l'introduisirent dans la jurisprudence. Les théories des juristes et des experts du Continent devaient tracer la voie à ceux qui, dans ce pays, s'occupaient de jurisprudence. Elles furent pour eux un précieux stimulant.

Un simple coup d'œil sur les citations multiples que l'on trouve dans les écrits de Pound, Cardozo, Wigmore et bien d'autres encore suffit

Jhering, Erlich, Duguit and other civil law jurists have been relied upon in the fashioning of American ideas about law. But it is equally true that just as the general doctrine of Pragmatism has been carried to far greater lengths by James, Dewey, Tufts, Smith and American philosophers, so has the pragmatist conception of law been pushed, by Cook, Oliphant, Holmes and Cardozo to a point to which Continental thinking has not yet approximated.

The explanation for this is, in part, the predilections of the American mind, in general, for material phenomena rather than metaphysical speculation, and in part, the double equipment of the common law, as compared to the civil law with its utter reliance upon the code. Precedent and *stare decisis*³⁷ are pragmatic tools and the common law jurist is trained in the way of thinking that relies heavily upon trial and error and experimentation³⁸. I have elsewhere attempted to picture this phase of common law technique with respect to a few well known doctrines³⁹.

With the common law method constantly before him, it is quite natural for the common law jurist to generalize from his own experience and find in that method points in common with the manipulation of statute law. Accordingly it is not surprising for him to think that a large part of the value for law of the notions just sketched, lies in the theory of law-making which is gradually emerging. It is precisely here that great utility of the new movement lies. The teleological value of the law will be higher as the doctrine of law-making implicit in the empirical theory of law evolves. Government will be looked upon as the point of convergence at which the various interests of society will be balanced. The pressure of interest groups is to be focussed here⁴⁰. The business

déjà à montrer combien les œuvres de Gény, Jhering, Erlich, Duguit et autres juristes de droit civil ont contribué à façonner les idées américaines concernant le droit. Mais il est également vrai que, de même que la théorie du Pragmatisme fut poussée beaucoup plus loin par James, Dewey, Tufts, Smith et les philosophes américains, de même la conception pragmatique du droit fut portée par Cook, Oliphant, Holmes et Cardozo à un degré que la pensée continentale est loin d'avoir atteint.

Ceci s'explique en partie par la prédilection de l'esprit américain pour les phénomènes matériels plutôt que pour les spéculations métaphysiques et en partie par le double caractère du *common law* par rapport au *droit civil* qui, lui, s'en tient strictement au code. Les précédents et *stare decisis*³⁷ sont des instruments pragmatiques et le juriste de droit coutumier reçoit une formation intellectuelle qui fait largement la part de l'expérimentation, des essais et des erreurs³⁸. J'ai essayé de décrire ailleurs cette phase de la technique du droit coutumier en ce qui concerne quelques doctrines bien connues³⁹.

Ayant sans cesse sous les yeux la méthode du *common law*, il est naturel que le juriste anglo-américain soit tenté d'en généraliser l'application et de trouver à cette méthode des points communs avec la manipulation du droit écrit. Il reconnaîtra donc sans difficulté que, si les notions que nous venons d'esquisser ont acquis quelque importance au point de vue du droit, elles le doivent pour une large part à la nou-

of making law is to be turned into a critical measuring of community interests. This conception of law-making is at once adequate to include both legislation and judge made law. In each is to be found the expressed desire of the community. It is with respect to legislation that the theory will have its greatest significance in America in the near future.

No sociological difference is to be found between law, as found in the statute books and law as found in the reports. Each represents a prediction of what a court will do — the one formulating an expressed desire of society, as embodied in legislative enactment, the other representing a datum of juridical experience, which presumably embodies a community judgment, as the pressure of social interests were reflected in the judging process. Statutes and decisions, quite as much as the mores and folkways, comprehend judgments that they in some way make for communal welfare⁴¹. The

velle conception du *law-making* * qui, peu à peu se fait jour. Et c'est précisément ici que réside l'utilité du nouveau mouvement. La valeur téléologique du droit gagnera en importance à mesure que se développera la conception du *law-making* implicitement comprise dans la théorie empirique du droit. On considérera le gouvernement comme le point vers lequel convergeront les intérêts de la société pour y trouver leur équilibre. C'est là que se localisera la pression des groupements d'intérêts⁴⁰.

L'œuvre du *law-making* * (de l'organe de création du droit) consistera surtout à peser avec un esprit critique les différents intérêts de la communauté. Cette conception du *law-making* est de nature à englober à la fois la législation et le « droit fait par les juges ». L'un comme l'autre représentent l'expression des aspirations de la communauté. C'est surtout au point de vue de la législation que cette théorie acquerra sa plus grande importance en Amérique dans les années prochaines.

Aucune différence sociologique ne peut être trouvée entre le droit qui est renfermé dans les recueils de lois et celui qui se trouve dans les recueils d'arrêts. Chacun représente une prédiction de ce que fera une cour — l'un formulant un désir exprimé de la société qui a été enregistré dans un acte législatif, l'autre représentant une donnée de l'expérience juridique, qui probablement enregistre aussi un jugement de la communauté, vu que la pression des intérêts sociaux a exercé une pression sur le jugement. Les lois (Statutes) et les décisions judiciaires, aussi bien que les mœurs et les coutumes populaires, contiennent des jugements qui collaborent au bien-être commun⁴¹. Le droit ne fait rien

* L'expression *Law-making* n'est pas plus traduisible en français, sans en détruire la signification technique que l'expression *common-law*, qui vise le fond d'institutions juridiques communes aux peuples anglo-saxons par opposition au fond de droit commun aux peuples de l'Europe continentale, qu'est le *droit civil*. *Law-making* désigne d'abord le processus par lequel se crée ou s'élabore le droit — la loi au sens anglais du mot — comme dans le titre de l'œuvre si justement remarquée de C. K. Allen — *Law in the Making* — et, par dérivation, la fonction ou la puissance de créer le droit. Ainsi que le montre la suite du texte, la doctrine du *Law-making*, ici visée, est celle qui comprend la jurisprudence parmi les organes du *Law-making*. *Law-making* est un mot qu'il faudra, tôt ou tard, avec le progrès des études comparatives de droit, recevoir dans la langue juridique française, comme le sont déjà les termes *judge-made-law* et *common-law*.

law merely offers a rational apparatus for the articulation of such evaluations of behavior ⁴².

There was once a difference in the degree of force which the statute will have upon the judgment forming agency from that which case-law might be expected to have. In other words, the statute could be relied upon as a more accurate prediction of the official behavior that the judging tribunal would indulge. Both statute and precedent, however, are "law" in common law countries and the considerations of policy which go into the law-making process are the same. Thus the function of "judging" is the important, living part of the law makers technique, be he legislator or judge.

The situation in America, just now, is most unfortunate, and it is this situation which I am about to present that prompts me to believe that for the immediate future, the law-making theory that is embodied in the radical jurisprudence we are considering, will be much more useful than more orthodox doctrinaire. Summarized in a trite phrase, the problem is presented in the nation-wide contempt and disrespect for law that now occupies so much attention in popular discourse. To the Englishman and the Continental European, the American situation must seem unique. It is the ugly truth that there is no attempt made in America to conceal the open defiance of law which is characteristic of almost every community. Not *all* laws are violated, of course, but no law is observed or respected *as law*. That the situation is acute is evidenced not only by

d'autre que d'offrir un appareil rationnel servant à exprimer de tels étalons de valeurs et à évaluer la conduite morale ⁴².

Autrefois, la législation influençait l'esprit de ceux qui rendaient des jugements d'une manière plus forte que le droit issu des procès eux-mêmes. En d'autres termes, la législation permettait de prédire avec plus de certitude la ligne de conduite officielle qu'adopteraient les juges au tribunal. Et pourtant, dans les pays de *common law* les précédents font loi aussi bien que la législation, et les considérations de politique qui entrent dans l'élaboration des lois sont les mêmes. C'est donc la fonction « jugement » qui est le facteur essentiel et vivant de la technique de ceux qui font les lois, qu'ils soient législateurs ou juges.

La situation en Amérique est actuellement des plus malheureuses. Je vais essayer de la décrire. Elle me porte à croire que, pour l'avenir immédiat, la conception du *law-making* qui s'est incorporée dans la jurisprudence radicale que nous étudions ne tardera pas à se révéler plus utile que les doctrines plus orthodoxes. C'est presque une banalité de dire que le problème est accueilli au milieu de l'indifférence générale et du mépris de la loi qui sont devenus les thèmes favoris des discours à la mode. Pour un Anglais ou un Européen du Continent, la situation américaine doit paraître unique. En Amérique, la loi est ouvertement défiée par presque tous les groupements. Et on ne fait même pas un effort pour s'en cacher. Voilà la triste vérité. Evidemment, on ne viole pas *toutes* les lois, mais aucune loi n'est observée et respectée *en tant que loi*. Nous en trouvons la preuve, non seulement dans les innombrables commissions — tant officielles que privées — que l'on a dû instituer pour enquêter sur les crimes et faire respecter la loi, mais encore dans l'attention croissante que le problème requiert de la part de la presse de tous les

the numerous crime commissions and law observance bodies, official and unofficial, but by the increased attention which the problem is demanding from the press of every state in the Union and from every publicist and writer who essays public and social controversies. Volumes have been employed to report the findings of enforcement groups and crime surveys as well as recommendations and suggestions for meeting the evil. The situation grows steadily worse. The outstanding "fact", which needs no commission to discover, is that the law, as such, is not taken seriously by the individual citizen. He is conscious of no social duty to observe the law because it is law.

This surprising state of affairs is not confined to any class or classes of citizens. It has, without doubt, permeated the entire body politic and is characteristic of every level of society. If deliberate disobedience of law, without distinction or qualification, be the mark of the poor citizen, America has today no marked class of good citizens.

This is in part due, as everyone knows, to the very obvious behavior of judicial tribunals in the administration of the law. A vast quantity of criminal statutes in America are simply not enforced at all, in certain communities. Some of them are not enforced in any community. This is because the communities do not desire them enforced. The pressure of social interest and community desire is so great that no local tribunal can be organized to apply the

Etats de l'Union comme de la part de tous les publicistes et écrivains qui discutent des questions publiques ou sociales. On a écrit des volumes entiers sur les conclusions auxquelles avaient abouti les commissions constituées pour faire respecter la loi ; on a publié des statistiques des crimes commis ; on a multiplié les recommandations et les suggestions destinées à parer au mal : la situation n'a fait qu'empirer. Le fait brutal le plus évident — et qui n'a besoin d'aucune commission pour être découvert — c'est que la loi en tant que loi n'est prise au sérieux par aucun citoyen individuellement. Il n'a pas conscience du devoir social qui devrait l'inciter à respecter la loi parce que c'est la loi.

Cet état de choses surprenant n'est pas l'apanage d'une classe quelconque ou de quelques classes de citoyens. Il a imprégné le corps politique tout entier et est caractéristique de toutes les classes de la société. Si le fait de désobéir délibérément à la loi, sans réserve ni distinction, est le fait d'un mauvais citoyen, l'Amérique d'aujourd'hui ne peut se vanter de posséder aucune classe de citoyens vraiment bons.

Ceci, comme chacun sait, est dû en grande partie à la façon de procéder adoptée par les tribunaux judiciaires dans l'application de la loi. Chacun peut aisément s'en rendre compte. On ne veille même pas à l'application d'un grand nombre de dispositions des lois criminelles. Certaines de ces lois ne sont même appliquées dans aucun Etat. Et cela, parce que ces communautés ne veulent pas qu'elles soient exécutées. La pression des intérêts locaux et de la volonté de la communauté est si forte qu'on ne parvient à créer aucun tribunal local capable de traduire en action la loi telle qu'elle est prévue par les textes. Si le juge lui accorde encore un semblant d'attention en prononçant du

law in action as it is found in the books. If the judge pays lip service to the law in the ritual and formulae of his charges, the jury will dispose of the case in its own way. It is no secret that in countless communities, it is impossible to convict a defendant of violation of local and state prohibition laws, when the evidence of guilt is undisputed. Respectable members of the community vote unanimously for acquittal, when the evidence of guilt is compelling. Local officials deliberately refuse to set legal machinery into operation when such laws are repeatedly and flagrantly ignored ⁴³.

More surprising still is the behavior of other governmental officials who play an important role in the administration of justice. It is the commonest and most notorious fact that open assumptions are constantly made by citizens of many communities of behavior by many of those officials charged with enforcement duties that are directly at variance with the duty imposed upon them by the written law. The assumptions are justified by the ensuing conduct of the officials. Thus, although the federal prohibition laws, nation wide in scope, are reenforced by local laws in almost all states, numerous communities in every state, including citizens and officials, proceed exactly as though no such laws were in force in those communities.

And indeed, from our present point of view, I think it may be asserted that such statutes are not law at all in the communities just

bout des lèvres les formules rituelles de sa charge, le jury n'en disposera pas moins de la cause à sa propre façon. Ce n'est un secret pour personne que, dans d'innombrables endroits, il est impossible de convaincre un prévenu de violation des lois locales ou générales de prohibition*. Alors même que les preuves sont écrasantes, de respectables membres de la communauté votent l'acquittement à l'unanimité. Des autorités locales se refusent délibérément à mettre en mouvement la machinerie légale quand de pareilles lois sont continuellement et ouvertement ignorées ⁴³.

Plus surprenante encore est l'attitude de certains fonctionnaires de l'Etat qui jouent un rôle important dans l'administration de la justice. Il est de notoriété publique que les citoyens de maintes communes accusent ouvertement les autorités officielles chargées de veiller à l'application des lois de faire exactement le contraire de ce que prescrit la loi écrite. Et la conduite de ces fonctionnaires justifie les accusations dont ils sont l'objet. Par exemple, bien que les lois fédérales sur la prohibition, qui visent la nation toute entière, soient encore renforcées par des lois locales dans presque tous les Etats, dans de nombreuses communes de chacun de ces Etats, les autorités officielles aussi bien que les administrés se comportent exactement comme si ces lois y étaient inconnues.

Finalement en se plaçant à notre point de vue actuel, on peut même dire que ces *statuts* n'y existent pas en tant que loi, car on peut prédire avec certitude que la conduite officielle des personnes chargées de l'application de la loi n'en tiendra aucun compte. Dans bien des cas, ces

* Il ne sera pas superflu de rappeler que cette monographie a été écrite bien avant le passage du nouvel amendement à la constitution fédérale qui a enlevé son autorité au XVIII^e amendement, à l'amendement de prohibition.

described. Official behavior of persons charged with administration of the law is confidently and accurately predicted as if no such law existed. In many cases, these officials could not well behave otherwise. They would be replaced by officials who more faithfully reflected the desires of their society. When the probabilities preponderate overwhelmingly that a rule of conduct as found in a statute will not be applied by courts when the occasion is presented, and that this is consistent with the preponderance of what, for want of a better phrase, is called public opinion, the thoroughgoing empiricist can come to no other conclusion but that such statute is not the law at the given time and place ⁴⁴. Juristic Pragmatism is a jurisprudence of action, not of words and formulae, and when officials and lawmen *act* as if a statute were not law, the "as if" becomes the actuality. It is not what the statute *says*, any more than it is what the judge *says* that constitutes law. It is what the judge *does*. In the action of the judge and the reaction of the laymen lies the real revelation of the law. It is not without great significance that such phases of our prohibition laws as actually represent the honest desire of the community are enforced uniformly and without serious miscarriage, as for example the prohibition against public intoxication and the driving of motor vehicles while intoxicated.

While the prohibition laws constitute one of the most glaring examples of statute law which is not law, they are by no means the only, nor indeed the best illustrations of the phenomena which, quite probably is peculiarly American. Our popular magazines contain

fonctionnaires ne pourraient d'ailleurs pas agir autrement. Ils seraient bientôt remplacés par des serviteurs plus soumis aux désirs de leur milieu. Ainsi, lorsqu'il apparaît comme une probabilité à peu près certaine que la règle de conduite prescrite par le *statut* ne sera pas appliquée par les tribunaux quand l'occasion s'en présentera ; lorsque, d'autre part, cela est imposé par la majorité de ce que, à défaut d'un mot plus juste, nous appellerons l'opinion publique, l'empiriste pur doit nécessairement en conclure que ces lois ne représentent donc pas le droit du lieu et du moment donnés ⁴⁴. Le pragmatisme juridique est une jurisprudence d'action, non de mots et de formules. Et lorsque les autorités aussi bien que les citoyens agissent comme si une loi n'était pas le droit, c'est ce « comme si » qui devient la réalité. Ce n'est pas ce que la loi *dit*, pas plus que ce n'est ce que le juge *dit* qui constitue la loi. C'est ce que le juge *fait*. C'est dans l'action du juge et la réaction des justiciables que se trouve la véritable révélation de la loi. Il est d'ailleurs significatif de constater que les éléments de nos lois de prohibition qui représentent sincèrement le véritable désir de la communauté sont exécutés uniformément et sans rencontrer d'obstacle sérieux. Je n'en veux comme exemple que la loi sur l'ivresse publique et celle qui interdit aux personnes ivres la conduite d'un véhicule automobile.

Les lois sur la prohibition de l'alcool constituent un exemple éloquent d'un droit écrit qui n'est pas la loi. Mais elles ne sont pourtant ni la seule ni la meilleure illustration d'un phénomène qui est sans doute spécifiquement américain. Nos magazines en vogue contiennent fréquemment des listes entières de lois qui sont journellement violées

frequent compilations of laws violated daily by the best of our citizens. Were such laws "really" law, many of our respected citizens would within a year incur millions of dollars in fines and hundreds of years imprisonment ⁴⁵. A large part of these statutes are laws supposed to embody some moral principle which somebody thought should be made compulsory. They include "blue" laws of every variety, censorship laws, blasphemy laws, anti-birth control laws, and the like. The phenomenon is not confined to criminal law. Among other branches, it includes much of what might be called public law. For example, our law of public callings restricts the investor to a reasonable return on his investment. That portion of our society which makes its views effective in the law that legal tribunals decide, does not desire this restriction. Accordingly few successful public utilities yield less than fifteen to several hundred per cent on actual investment, and the return is not only permitted, it is guaranteed by law in action ⁴⁶.

Much of this proceeds from an unhappy public psychology. Friendly foreigners have had little difficulty in penetrating the paradox ⁴⁷. It is no mystery to our own observers. The function of statute law, with us, is to coerce dissent rather than to declare a social judgment upon which a major portion of the community is agreed ⁴⁸. Thus all unsettled and highly controversial questions of

par les meilleurs de nos citoyens. Si ces lois étaient réellement « lois », plus d'un de nos citoyens respectés se verrait infliger en une seule année des millions de dollars d'amende et des centaines d'années d'emprisonnement ⁴⁵. Une large part de ces *statuts* sont des lois qui sont supposées renfermer un principe moral que quelqu'un, à un moment donné, a cru rendre obligatoire. Ils comprennent des lois « de sûreté publique » de toute espèce : lois de censure, lois contre le blasphème, lois contre le « contrôle des naissances » *, etc. Le phénomène n'est pas circonscrit au droit criminel. A côté d'autres branches du droit, il s'étend à une large portion de ce que l'on pourrait appeler le droit public. Par exemple, notre loi sur les émissions publiques oblige le souscripteur à se contenter d'un intérêt raisonnable sur ses placements. Mais la partie de la Société qui, en fait, dicte les décisions des tribunaux légaux ne veut pas de cette restriction. Résultat : il n'est guère d'entreprise d'utilité publique ayant réussi qui ne donne de quinze à plusieurs fois cent pour cent sur l'investissement réel. Et ce bénéfice est non seulement toléré, mais il est garanti par le droit en action ⁴⁶.

Tout ceci provient en grande partie d'une psychologie malheureuse du public. Des étrangers amicalement disposés envers nous ont facilement démasqué le paradoxe ⁴⁷. Il n'est même pas un mystère pour nos propres observateurs. La fonction du droit écrit, chez nous, est plutôt de punir la dissidence d'opinion que de proclamer un jugement social qui exprime le sentiment de la majeure partie de la population ⁴⁸. Et ainsi toutes les questions non résolues et vivement controversées de

* Sur cette branche de la législation américaine, le lecteur de langue française pourra trouver des éclaircissements désirables dans l'ouvrage de Maurice CHACHUAT, *Le mouvement du « Birth-Control » dans les pays anglo-saxons*, tome 32 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon*. Paris, Giard, 1934.

public opinion and social policy are settled by law. The legislative technique of democracy, with its log-rolling and trading renders this possible. The common man knows this and he does not hesitate to avail himself of the opportunity.

Again, the popular motif in legislation is to legislate personal likes and dislikes, prejudices and bigotries, in or out of the law of the land. The conviction is almost universal in America that the law is the proper medium to make the world completely as one would like to have it. There is no limit to effective legal action. Not only questions of conduct, of morality, of belief, but physical and even historical facts as well may be made or changed by legislative fiat. All this results in an unspeakable multiplicity of laws representing the personal views of small groups of individuals, many of whom have been quite sincere in their efforts to impose rules of living upon their fellows which coincides with their own views. It also results in a vast quantity of laws which represent the views of those who procured their enactment before the enactment, but who, having experienced the relief of conscience which accompanies virtuous public service, find their enthusiasm for the rule of conduct thus set up immediately wanning.

This has inevitably led to a situation in which a great many Pickwickian laws are enacted. Neither legislator nor citizen finds it necessary to actually desire the conduct generalized in proposed statute law before advocating or voting therefor. Indeed it is not

l'opinion publique et la politique sociale sont réglées par la loi. La technique législative de la démocratie avec ses « combines » et ses marchandages a rendu possible cette parodie de solution. L'homme de la rue le sait et il n'hésite pas à en profiter à l'occasion.

Encore une fois, le thème à la mode dans la législation est de traduire en lois des goûts et des dégoûts personnels, des préjugés ou des bigoteries, peu importe que ces lois soient ou non conformes au droit du pays. C'est une conviction presque universelle en Amérique que la loi est le bon moyen de faire le monde exactement comme on veut l'avoir. Il n'y a pas de limite effective à l'action de la loi. Non seulement les questions de moralité, de conduite ou de croyance mais aussi les faits physiques et même historiques peuvent être créés ou modifiés par la volonté de la loi. Tout cela aboutit à une indescriptible multiplicité de lois représentant les vues personnelles de petits groupes d'individus, dont beaucoup ont d'ailleurs été parfaitement sincères dans leur effort pour imposer à leurs concitoyens des règles de vie coïncidant avec leur propre point de vue. Mais cela aboutit aussi à une quantité de lois représentant les vues de ceux qui se sont beaucoup entremis pour faire voter *leur* projet mais qui, à peine ce projet adopté, ayant sans doute conscience d'avoir suffisamment mérité de la patrie, ont senti tout à coup se refroidir leur enthousiasme pour la règle de conduite qu'ils venaient de rendre obligatoire.

Tout ceci a inévitablement conduit à une situation qui permet de faire voter quantité de lois dignes de M. Pickwick. Pas plus le législateur que le citoyen ne croit nécessaire pour défendre ou faire voter une loi de désirer sincèrement son application. Il n'est même pas besoin d'avoir la moindre intention de lui obéir puisque le législateur

necessary that he has any serious intention of obeying it. The legislator or the voter, is himself an exception to the conduct enjoined by his own law. He may or may not, however, so lightly tolerate disobedience by others. It is not necessary for him to form a serious and socially honest opinion as to the general desirability of the policy involved. Since he will enact a law that a majority of his fellows do not approve, he cultivates an attitude which will permit him to regard with indifference laws which others enact although he himself does not seriously indorse them. Thus the entire psychology toward legislation is insincere and distorted. I do not argue that there are necessarily too many statutes enacted by our various legislative bodies. What I am contending is, that there are too many statutes that do not represent the honest judgment of a sufficient majority of our citizenry to make them effective as social judgments in conduct-regulation. It is indeed a definite indication of a highly unsocial legal order when our most gifted and astute observers suggest a "selective lawbreaking" as the only path to the liberty that free men must have ⁴⁹.

These regrettable conditions, it seems, proceed largely from a failure to recognize the fact that there are definite limits to effective social control by law, and that one of the limitations is that law must represent an honest judgment as to the desires of the community in which the law is sought to be realized. If judges are the

ou l'électeur * fait lui-même exception à la règle que sa propre loi enjoint aux autres de respecter. Ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'il la laisse toujours enfreindre facilement. Il n'est pas nécessaire non plus qu'il se demande sérieusement si la politique qu'elle comporte est honnête au point de vue social ou si elle est désirable pour le bien de tous. Puisqu'il veut faire passer une loi que la majorité de ses confrères n'approuvent pas, il cultive une attitude qui lui permettra de considérer avec indifférence des lois que d'autres feront voter bien que lui-même ne les approuve pas sérieusement. Ainsi, toute la législation est issue d'une psychologie hypocrite et faussée. Je ne veux pas discuter le fait que nos différents corps législatifs font trop de lois. Ce que je prétends, c'est qu'il y a trop de lois écrites qui ne représentent pas le jugement sincère d'une majorité suffisante de citoyens pour qu'on puisse les imposer comme règles de conduite émanant du jugement de la Société. Aussi bien, les plus avertis et les mieux doués de nos observateurs en sont venus à suggérer, comme seul moyen de recouvrer la liberté due à tout honnête homme, l'infraction délibérée à un certain nombre de lois. Voilà l'indication très nette d'une organisation légale tout à fait anti-sociale ⁴⁹.

Cet état de choses regrettable semble dû en grande partie à ce que l'on se refuse d'admettre que l'on ne peut indéfiniment imposer sa volonté à la Société par des lois ; que celles-ci deviennent inefficaces si elles dépassent certaines limites ; et que l'une de ces limites est précisément l'obligation où se trouve la loi de refléter sincèrement le désir

* En Amérique les juges de l'immense majorité des cours d'Etats sont élus. Il en est autrement des juges des cours fédérales.

mouthpieces of the law, it is equally true that the law is the mouth-piece of society. The law in action as the behavior of men charged with the duty of administration of justice, cannot for long vary from the pressure of social interest emanating from the desire of a major portion of society. The "consent" of the governed, to be sure, is for the most part a tacit acquiescence resting more upon the "impalpable congeries of hopes and fears" than upon any overt manifestation of consent. But the law, as it is decided by popular tribunals is rooted in an indeterminate sovereignty in the sense that the scope of law and government is measured by the extent of obedience obtainable from the governed. For practical purposes, we must discount the formal conception of law as a categorical imperative quite as we disregard the "General Will" in our grappling with concrete and actual problems of politics. The behavioristic conception of law implicitly includes the "behavior" of the laymen as well as that of the officials⁵⁰. The moment law is regarded as the prediction of what judging tribunals will do, that moment it is perceived that it is a vicious practice to enact legislation which is directly at odds with what a substantial portion of the community desires, and will not permit the judging tribunal to effect. Legislation cannot be substituted for intelligent reasoning, actual compromise, education in social policy and actual public opinion. Law, in the sense of official behavior, will reflect the reasoning, the compromise, the education and the actual public opinion of the time and the place. This theory of lawmaking should control both

de la communauté qui la demande. Si les juges sont les porte-paroles de la loi, il est également vrai que la loi est le porte-parole de la Société. La loi en action telle qu'elle résulte de l'attitude de ceux qui sont chargés de l'administration de la justice, ne pourra jamais s'écarter longtemps de la volonté de la majeure partie de la population, car celle-ci fera peser sur elle la pression de ses intérêts sociaux. Sans doute, le « consentement » des justiciables est constitué en grande partie par un acquiescement tacite reposant plutôt sur « l'impalpable amas de craintes et d'espoirs » que sur une expression manifeste de ce consentement. Mais la loi, telle qu'elle est décidée par les tribunaux populaires s'appuie sur une souveraineté indéterminée, en ce sens que l'étendue de ses pouvoirs a pour limite la mesure même dans laquelle elle peut escompter l'obéissance des assujettis. Si nous voulons arriver à un résultat efficace, laissons donc de côté la conception formelle du droit en tant qu'impératif catégorique, tout comme nous négligeons la « Volonté Générale » quand nous sommes aux prises avec des problèmes politiques concrets et précis. La conception behavioriste du droit implique le désir de bien faire de la part des administrés aussi bien que de la part des administrateurs⁵⁰. Dès l'instant où l'on considère la loi comme la prédiction de ce que feront les tribunaux appelés à juger, on comprendra aussitôt qu'il serait vain de vouloir consacrer une législation qui serait en opposition directe avec les vœux de la majorité puisque, dès lors, elle ne pourrait pas être appliquée par les juges. La législation théorique ne peut pas, en effet, se substituer à la saine raison, au compromis sincère, à la véritable opinion publique. Au contraire, la loi pratique, au sens de ligne de conduite officielle, reflètera le raisonnement, le juste compromis, l'éducation et la véritable opinion publique de l'heure et du lieu. Cette théorie du *law-*

common law and statute law. The judges recognize it. The legislators do not.

The suggestion that the notion of law as the behavior of governmental officials and that a statement of what the law is, at any given time is the most accurate probability of what that action will be, is an idea which should become popularized may seem a rash one. I believe its perils are much less, however, than those incidents to the public attitude which at present prevails among the commonality. It is a doctrine which resembles the Roman theory of the abrogation of statutory law by desuetude much more than the more recent doctrine of nullification. It does not afford the comfort of *a priori* fixity but it does possess the appeal that a non-dogmatic system can offer an active and curious minded people. At any rate it should serve as a much needed catharsis for the public mind and eliminate the hypnosis which accompanies and perpetuates systems of thought which are at variance with the facts of daily experience.

And this is why I venture to suggest that the empirical view of law is the view that is most needed in America today. It should act as an antidote and contraceptive to the doctrine of law-making which has made possible the deplorable public psychology which has permitted such a wide divergence between the law as it appears on the statute books and that which judges and tribunals decide. Once this divergence is reduced to the minimum, by legislation which embodies genuine social and community judgments, the dis-

making devrait régir le *common law* comme le droit des *statuts*. Elle est admise par les juges mais non par les législateurs.

En résumé, le droit, c'est ce que feront les délégués du gouvernement ; définir la loi à un moment donné, c'est prévoir aussi exactement que possible l'issue du procès : voilà les notions nouvelles qu'il importerait de propager dans le public. Cette suggestion peut paraître téméraire. Je crois pourtant qu'elle comporte moins de périls que l'attitude actuelle de la grande masse des citoyens vis-à-vis de la loi. C'est une doctrine qui se rapproche de la théorie romaine de l'abrogation des lois écrites pour cause de désuétude bien plus que la doctrine, plus récente, de la nullification. Elle n'offre pas le confort d'une fixité « *a priori* », mais elle présente tous les attraits que peut avoir pour un peuple actif et curieux un système non dogmatique. Elle devrait, en tous cas, servir de cathartique à l'esprit public qui en a grand besoin pour éliminer cette hypnose qui accompagne et perpétue des systèmes de pensée que contredisent chaque jour les réalités de l'expérience.

Et voilà pourquoi je crois pouvoir affirmer que la conception empirique du droit est celle la plus nécessaire à l'Amérique d'aujourd'hui. Elle doit servir d'antidote et d'abortif contre la conception du *law-making* qui a rendu possible la déplorable psychologie publique grâce à laquelle il existe une si vaste divergence entre la loi telle qu'elle apparaît dans les recueils de *statuts* et la loi telle qu'elle est appliquée par les juges et les tribunaux. Une fois cette divergence réduite au minimum par une législation formée de jugements émanant réellement de la collectivité et à portée vraiment sociale, le mépris et le dédain de la loi en tant que

respect and contempt for law, as law, will become as rare in America as it is in other civilized countries where law is relied upon as only one of many agencies for adjustment.

loi deviendront aussi rares en Amérique qu'ils le sont dans d'autres pays civilisés où la loi n'est que l'un des moyens sur lesquels on compte pour aplanir les différends.

¹ RUSSELL, *Scientific Method in Philosophy (Logic and Mysticism and Other Essays*, p. 99 ff.). See how man's knowledge of the physical world was fused and confused with his ideas of morality and legality in the curious blending of the various concepts of the law of nature and natural law from the time of the ancient Greeks to nineteenth century thinking. HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, Ch. 1 (1930).

² The most superficial survey of the current of philosophical thought during the past two centuries discloses the profound influence of post-Copernican astronomy and post-Darwinian biology. For an attempt to construct a systematic philosophy incorporating the space-time concept, see Alexander, *Space, Time and Deity* (2nd-1928).

³ E. g. The recent work of RUEFF, *From the Physical to the Social Sciences* (1930).

⁴ Andrews, J., dissenting in *Palsgraph v. Long Island etc. Ry.* 248 N. Y. 339, 162 N. E. 99 (1928).

⁵ CARDOZO, J., *Nature of the Judicial Process*, 28 (1922).

⁶ Cf. MCLENNAN, *Typical Stages in the Development of Judgment (Studies in Logical Theory*, 1903); DEWEY, *Philosophic Method (Experience and Nature*, 37, 1925).

⁷ Cf. TUFTS, *The Moral Life and the Construction of Values and Standards (Creative Intelligence*, 354, 353 ff.).

⁸ See COOK, *Law and the Modern Mind* (31 *Columbia L. Review* 82, 108, 1931).

⁹ LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence — The Next Step* (30 *Columbia Law Review* 431, 1930).

¹ RUSSELL, *Scientific Method in philosophy, (Logic and Mysticism and Other Essay*, pp. 99 et suivantes). Voyez comment la connaissance que l'homme avait du monde physique se confondait intimement avec ses idées sur la moralité et la légalité dans le curieux mélange des diverses conceptions des lois de la nature et du droit naturel depuis le temps des anciens Grecs jusqu'à la pensée du XIX^e siècle. HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, ch. I, (1930).

² L'examen le plus superficiel de la pensée philosophique courante des deux derniers siècles trahit l'influence profonde de l'astronomie post-Copernicienne et de la biologie post-Darwinienne. Pour un essai de construire une philosophie systématique incorporant le concept espace-temps, voir ALEXANDER, *Space Time and Deity* (Seconde éd., 1928).

³ Par ex. L'ouvrage récent de RUEFF, *From the physical to the Social Sciences* (1930).

⁴ Andrews, J. en son dissent dans le jugement de l'affaire *Palsgraph* contre *Long Island, etc. Ry.* 248, N. Y. 339, 162 N. E. 99, (1928).

⁵ CARDOZO, J., *Nature of the Judicial Process*, 28, (1922).

⁶ Cf. MAC LENNAN, *Typical Stages in the Development of Judgment, Studies in Logical Theory*, (1903); DEWEY, *Philosophic Method, Experience and Nature*, 37, (1925).

⁷ Cf. TUFTS, *The Moral Life and the Construction of Values and Standards, Creative Intelligence*, 353, 354 et suiv.

⁸ Voir COOK, *Law and the Modern Mind*, [31, *Columbia L. Review*, 82, 108, (1931)].

⁹ LLEWELLYN, *A realistic Jurisprudence, The Next Step*, [30, *Columbia Law Review*, 431, (1930)].

¹⁰ See ADLER, *Law and the Modern Mind* (31 *Columbia Law Review* 82, 91, 1931).

¹¹ *Wealth of Nations* (1776).

¹² *Harmonies Economiques* (1850).

¹³ *Principles of Political Economy and Taxation* (1817).

¹⁴ See POUND, *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (25 *Harvard Law Review* 491, 1915).

¹⁵ See SMALL, *General Sociology*, 82 ff. (1905).

^{15a} HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, ch. IX (1930).

¹⁶ *Principles of Morals and Legislation* (p. 1730, pub. 1789).

¹⁷ *Pragmatism* (1914) ; *The Meaning of Truth* (1911) ; *A Pluralistic Universe* (1909).

¹⁸ *Experience and Nature* (1925) ; *Influence of Darwin*, etc. (1910) ; *Democracy and Education* (1916).

¹⁹ *Sociology and Political Theory* (1925).

²⁰ *Political Theories of the Middle Ages* (Maitland, 1900).

²¹ *Churches in the Modern State* (1913) ; *Divine Right of Kings* (2nd 1914).

²² *Human Nature and Politics* (1908) ; *The Great Society* (1914).

²³ *Authority in Modern State* (1919) ; *The Foundations of Sovereignty and other Essays* (1921).

²⁴ *Traité de droit constitutionnel* (1911) ; *Law in the Modern State* (Laskis' Translation, 1919).

²⁵ *The Economic Basis of Politics* (1922) ; *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1925).

²⁶ *Social Theory* (1920).

²⁷ *Process of Government* (1908).

²⁸ *The Phantom Public* (1928) ; *Public Opinion* (1922).

²⁹ *The Philosophical Theory of the State* (1899).

³⁰ McDougall, *An Introduction to Social Psychology*, ch. XI. ch. XIV.

³¹ *Grundriss der Soziologie* (1885), Part III, English translation, *Outlines of Sociology* (1889).

¹⁰ Voir ADLER, *Law and the Modern Mind*, [31, *Columbia Law Review*, 82, 91, (1930)].

¹¹ *Wealth of Nations*, (1776).

¹² *Harmonies Economiques*, (1850).

¹³ *Principles of Political Economy and Taxation*, (1817).

¹⁴ Voir POUND, *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, [25, *Harvard Law Review*, 491, (1915)].

¹⁵ Voir SMALL, *General Sociology*, 82 et suiv., (1905).

^{15a} HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, ch. IX. (1930).

¹⁶ *Principles of Morals and Legislation*, (p. 1730, pub. 1789).

¹⁷ *Pragmatism*, (1914); *The Meaning of Truth*, (1911); *A Pluralistic Universe*, (1909).

¹⁸ *Experience and Nature*, (1925); *Influence of Darwin*, etc., (1910); *Democracy and Education*, (1916).

¹⁹ *Sociology and Political Theory*, (1925).

²⁰ *Political Theories of the Middle Age*, (Maitland, 1900).

²¹ *Churches in the Modern State*, (1913); *Divine Right of Kings*, (2nd 1914).

²² *Human Nature and Politics*, (1908); *The Great Society*, (1914).

²³ *Authority in Modern State*, (1919); *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, 1921).

²⁴ *Traité de Droit Constitutionnel*, (1911); *Law in the Modern State* [Traduction de Laski. (1919)].

²⁵ *The Economic Basis of Politics*, (1922); *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, (1925).

²⁶ *Social Theory*, (1920).

²⁷ *Process of Government*, (1908).

²⁸ *The Phantom Public*, (1928); *Public Opinion*, (1922).

²⁹ *The Philosophical Theory of the State*, (1899).

³⁰ McDougall, *An Introduction to Social Psychology*, ch. XI. ch. XIV.

³¹ *Grundriss der Soziologie*, (1885), Part III, English Translation, *Outlines of Sociology*, (1889).

³² *Das Capital* (1887).

³³ *Essai sur l'Inégalité des races humaines* (1853). English translation, *The Inequality of Human Races* (1915).

³⁴ *An Introduction to Social Psychology* (1908), ch. II.

³⁵ See Pound's appraisal of Jhering's work, *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 *Harvard Law Review*, 140 ff. (1904).

³⁶ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (9th. 1904)

³⁷ OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, Handbook. Association of American Law Schools (1927) 61.

³⁸ POUND, *Courts and Legislation* (*Science of Legal Method*, 214); POUND, *Mechanical Jurisprudence* (8 *Columbia Law Review* 605, 609-10, 1908); CARDOZO, *Nature of the Judicial Process* (1922), pp. 23, 102; cf. POUND, *Theory of Judicial Decision* (36 *Harvard Law Review* 940, 953, 1923).

³⁹ *Law in Action and Social Theory* (40 *International Journal of Ethics*, 305, 1930); *The Pragmatist Process in Law* (*Ibid.*, April, 1931).

⁴⁰ This is the theme of Bentley's great book, *Process of Government* (1908).

⁴¹ SUMNER, *Folkways*, pp. 28 ff., 63 ff. (1907).

⁴² Reference may be made to the technical development of this idea to be found in the writings of Dean GREEN, *Rationale of Proximate Cause* (1926); *Judge and Jury* (1930).

⁴³ Report on Enforcement of the Prohibition Laws made by the National Commission on Law Observance and Enforcement. Geo. W. Wickersham, Chairman; and transmitted to both Houses of Congress by Herbert Hoover, President of the United States, January 20, 1931, Part II, 2 (f).

"It is generally admitted and indeed had been demonstrated by experience that State cooperation is necessary to effective enforcement. In States which decline to cooperate and in those which give but a purfunctory or lukewarm cooperation, not only does local Federal

³² *Das Capital*, (1887).

³³ *Essai sur l'Inégalité des Races humaines*, (1853). Traduction anglaise, *The Inequality of Human Races*, (1915).

³⁴ *An Introduction to Social Psychology*, (1908), ch. II

³⁵ Voir l'appréciation de Pound sur l'œuvre de Jhering, *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, [25, *Harvard Law Review*, 140 et suiv., (1904)].

³⁶ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, (9^e éd., 1914).

³⁷ OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, Manuel. [Association of American Law Schools (1927), 61].

³⁸ POUND, *Courts and Legislation*, (*Science of Legal Method*, 214); POUND, *Mechanical Jurisprudence*, [8, *Columbia Law Review*, 605, 609-610, (1908)].

CARDOZO, *Nature of the Judicial Process*, (1922), p. 102; cf. POUND, *Theory of Judicial Decision*, [36, *Harvard Law Review*, 940, 953, (1923)].

³⁹ *Law in Action and Social Theory*, [40, *International Journal of Ethics*, 305, (1930)]; *The Pragmatist Process in Law*, (*Ibid.*, April, 1931).

⁴⁰ Ceci est le thème du grand livre de BENTLEY, *Process of Government*, (1908).

⁴¹ SUMNER, *Folkways*, pp. 28 et suiv., 63 et suiv., (1907).

⁴² Je m'en réfère au développement technique de cette idée, développement que l'on trouve décrit dans les œuvres de Dean GREEN, *Rationale of Proximate Cause*, (1926); *Judge and Jury*, (1930).

⁴³ Rapport sur l'application des Lois de Prohibition fait par la Commission Nationale pour l'Observation et l'Application de la Loi. Geo. W. Wickersham, Président; et transmis aux deux chambres du Congrès par Herbert Hoover, Président des Etats-Unis, le 20 janvier 1931, 2^e partie, 2 (f).

"Il est généralement admis — et l'expérience l'a d'ailleurs démontré — que la coopération de l'Etat est nécessaire si l'on veut que la loi soit effectivement exécutée. Dans les Etats qui refusent de prêter leur concours à la loi et dans ceux qui ne lui apportent qu'une aide de pure forme ou la soutiennent sans conviction, non seulement les lois fédérales ne sont pas appliquées du tout, mais de plus, ces endroits deviennent de sérieux points de contamination pour les Etats environnants. Dans l'état actuel des choses, l'on peut virtuel-

enforcement fail, but those localities become serious points for infecting others. As things are at present, there is virtual local option. It seems to be admitted by the government and demonstrated by experience that it is substantially impracticable for the Federal Government alone to enforce the declared policy of the National Prohibition Act effectively as to home production. Obviously, nullification by failure of State cooperation and acquiesced-in nullification in homes have serious implications. Enforcement of a National law with a clearly announced National policy, such as is set forth in Section 3 of the National Prohibition Act, cannot be pronounced satisfactory when gaps of such extent and farreaching effect are left open. " (*Ibid.*, Part III, 10.)

⁴⁴ "Whether public opinion at a given time and on a given subject is right or wrong is not a question which according to American ideas may be settled by the words, 'be it enacted'. Hence it is futile to argue what public opinion throughout the land among all classes of the community ought to be in view of the Eighteenth Amendment and the achieved benefits of National prohibition. So long as State cooperation is required to make the amendment and the statute enforcing it effectual, adverse public opinion in some States and lukewarm public opinion with strong hostile elements in other States are obstinate facts, which cannot be coerced by any measures of enforcement tolerable under our policy. It is therefore a serious impairment of the legal order to have a National law upon the books theoretically governing the whole land and announcing a policy for the whole land which public opinion in many important centers will not enforce and in many others will not suffer to be enforced effectively..."

"It is axiomatic that under any system of reasonably free government a law will be observed and may be enforced only where and to the extent that it reflects or is an expression of the general opinion of the normally law-abiding elements of the community. To the extent that

lement dire que chacun en fait à sa guise. Il semble être admis par le gouvernement et démontré par l'expérience qu'il soit pratiquement impossible au gouvernement fédéral seul de faire exécuter les mesures prises en vertu de la loi de prohibition, au moins en ce qui concerne les produits nationaux. Le fait que la loi n'est pas observée, soit parce que l'Etat se désintéresse de son application, soit parce que les familles s'accordent à la considérer comme non-existante, implique de sérieuses conséquences. On ne peut pas se déclarer satisfait de l'application d'une loi nationale comportant une politique clairement définie, telle qu'elle est prévue dans la Section 3 de la Loi Nationale sur la Prohibition, lorsque cette application tolère des lacunes aussi larges et aussi lourdes de conséquences." *Ibid.*, Part. III, 10.

⁴⁴ « La question de savoir si l'opinion publique sur un sujet donné et dans un temps donné a raison ou a tort n'est pas de celles que, d'après les idées américaines, on puisse résoudre par les mots : « Que cela soit la loi. » Il est donc vain de discuter sur ce que devrait être l'opinion du pays entier et de toutes ses classes sociales au sujet du 18^e amendement et des bienfaits de la prohibition nationale. Aussi longtemps que l'aide de l'Etat sera nécessaire pour rendre effectifs l'amendement et les lois qui en découlent, l'opinion publique rebelle dans certains Etats et l'opinion publique peu enthousiaste ou mêlée de puissants éléments hostiles dans d'autres Etats, restent des faits irréductibles dont aucune mesure de coercition compatible avec notre système de gouvernement ne pourra jamais venir à bout. C'est donc une grave cause de faiblesse pour notre ordre légal que d'avoir dans ses statuts une loi nationale régissant théoriquement le pays entier et comportant pour le pays entier des mesures que, dans plusieurs centres importants, l'opinion publique n'appliquera pas et que, dans beaucoup d'autres, elle ne permettra pas d'appliquer efficacement. On peut donc considérer comme un axiome que, dans tout système de gouvernement raisonnablement libre, une loi sera observée et pourra être exécutée là seulement et dans la mesure seulement où elle est le reflet ou l'expression de l'opinion générale des éléments qui, d'ordinaire, respectent normalement la loi. Dans la mesure où ceci sera le cas, la loi sera observée par la grande masse de la population et pourra raisonnablement être imposée au reste.

this is the case, the law will be observed by the great body of the people and may reasonably be enforced as to the remainder.

"The state of public opinion, certainly in many important portions of the community, presents a serious obstacle to the observance and enforcement of the national prohibition laws." *Ibid.*, Part III, 3.

⁴⁵ See HUSEY, *Twenty-four Hours of a Lawbreaker*, Harpers, March, 1930.

⁴⁶ Cf. *United States Railways etc. of Baltimore v. West*, 50 Sp. Ct. Reps. 123 (1930), commented on by Professor Hugh E. WILLIS in *Indiana Law Journal*, 111 (1930) (guaranteeing "not far from 8 %" on a fictitious valuation, which, when added to the net profit on interest of borrowed money, yielded approximately 13 % on a realistic valuation), with COHEN, *Confiscatory Rates and Modern Finance* (39 *Yale Law Journal* 151, 1930 [disclosing the financial apparatus by which actual return is increased many-fold, facts well known to lawyers and business men]).

⁴⁷ E. g. LAYMAN, *Why England Dislikes Us* (Forum, February, 1931).

⁴⁸ SMITH, *The American and the Law* (40 *International Journal of Ethics* 338, 1930).

⁴⁹ SMITH, *ibid.*, 351 ; LASKI, *The Dangers of Obedience* (*The Dangers of Obedience and other Essays*, 1931).

⁵⁰ See LIEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence, The Next Step* (30 *Columbia Law Review* 431, 457, 1930).

» L'état de l'opinion publique, tout au moins dans certaines parties du pays, présente un sérieux obstacles à l'observation et à l'exécution des lois nationales sur la prohibition. » *Ibid.*, Part III, 3.

⁴⁵ Voir HUSEY, *Twenty-four Hours of a Lawbreaker*, Harpers, March, 1930.

⁴⁶ Cf. *United State Railways etc. of Baltimore v. West*, 50 Sp. Ct. Reps., 123, (1930), commenté par Professor Hugh E. Willis dans 5, *Indiana Law Journal*, III, (1930), (garantissant non loin de 8 %, appréciation fictive qui, ajoutée au profit net sur l'argent emprunté donne approximativement 13 % comme évaluation réelle), avec COHEN, *Confiscatory Rates and modern Finance*, [39, *Yale Law Journal*, 151, (1930)] (dévoilant l'appareil financier grâce auquel l'intérêt réel est plusieurs fois multiplié, fait bien connu des hommes de loi et des hommes d'affaires).

⁴⁷ Par ex. LAYMAN, *Why England Dislikes Us*, Forum, February, 1931.

⁴⁸ SMITH, *The American and the Law*, [40, *International Journal of Ethics*, 338, (1930)].

⁴⁹ SMITH, *Ibid.*, 351 ; LASKI, *The Dangers of Obedience, The Dangers of Obedience and other Essays*, (1931).

⁵⁰ Voir LIEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence, The Next Step*, [30, *Columbia Law Review*, 431, 457 (1930)].

TITRE IV

LA COUTUME

CHAPITRE PREMIER

Le droit coutumier espagnol moderne

par Rafael ALTAMIRA,

*Juge à la Cour Permanente de Justice Internationale,
Professeur à l'Université de Madrid*

Il me semble qu'on est d'accord pour reconnaître que quand il s'agit de fixer les caractéristiques de chacun des différents systèmes juridiques nationaux, de race ou de civilisation, ce n'est pas toujours le même critère qu'on applique. On pourrait même avancer comme résultat d'une première observation sur les faits, que pour établir ces caractéristiques on attache en général une importance trop fondamentale, d'une part, à l'existence d'institutions propres à un peuple déterminé et faisant défaut chez les autres ; d'autre part, aux modalités nettement distinctes des institutions communes (parce que indispensables à la vie humaine), et aussi aux formes de production de la règle juridique ou aux principes qui régissent la procédure judiciaire.

Il va sans dire que d'autres critères sont aussi justifiés que ceux que je viens d'énumérer, par exemple, ceux qui touchent au fond même de l'idéologie nationale et pénètrent aussi bien les actes que la législation : tel le cas de la notion même du droit, et par conséquent de la justice en tant qu'attribution du droit à chaque personne dans les différentes situations juridiques où celle-ci peut se trouver. C'est en suivant cette voie qu'on arriverait à constater par exemple dans le système juridique espagnol, des caractéristiques très propres à lui et fréquemment négligées par les investigateurs. Une ébauche même de cette recherche a été esquissée par moi dans un de mes livres récents.

Aujourd'hui je ne voudrais pas m'engager dans cette voie. Je me bornerai à parler d'une seule des caractéristiques, prise entre les plus connues et les plus étudiées aussi par rapport à d'autres peuples. Celle que je vais choisir aujourd'hui me semble présenter en Espagne

des aspects pas fréquents à trouver ailleurs. Je me réfère au droit coutumier.

L'histoire du droit coutumier espagnol est connue dans ses grandes lignes, bien qu'elle n'ait pas été encore approfondie pour ce qui concerne toutes ses périodes et tous ses problèmes. Je signale à titre d'exemple le problème historique que pose la transformation subie par la coutume, en plein Moyen Age, lorsqu'elle a été plus ou moins intégralement écrite dans les chartes et privilèges des communes ou dans les privilèges et lois générales d'un Etat (comme c'est le cas de l'Aragon), tout en continuant d'être considérée comme une source de droit à part de la loi.

Je n'entends pas parler ici du droit coutumier passé, mais du droit coutumier actuellement existant. Celui-ci présente à l'observateur deux caractéristiques frappantes : celle de sa survivance, même très intense, et celle de la possibilité qu'il montre, et qui se réalise quelquefois, de produire des manifestations tout à fait nouvelles. La réunion de ces deux faits rend au droit coutumier espagnol la qualité d'une chose vivante, en évolution continue et aussi efficace que la loi dans certaines directions de la vie juridique.

Malgré cette singularité qui d'elle-même devait avoir attiré l'attention des juristes à tout moment, l'importance du droit coutumier espagnol fut méconnue par les législateurs aussi bien que par les auteurs, pendant longtemps de l'histoire moderne. Cette méconnaissance s'étant aussi produite dans presque tous les peuples occidentaux et pour les mêmes causes qu'en Espagne, il n'y a pas lieu à s'attarder ici à son étude.

Cette position de la pensée à l'égard du droit coutumier changea cependant dans les vingt dernières années du XIX^e siècle, si fécondes, si radicalement créatrices dans notre histoire contemporaine. Comme de juste, ce fut un juriste né dans une des régions de droit spécial (droit *foral*), riches en droit coutumier ancien et moderne, qui éveilla les esprits à l'égard de cette source oubliée. Réellement elle n'avait été oubliée que par les classes dirigeantes, et cela parce que la législation unitaire du XIX^e siècle l'avait reléguée dans le champ des choses défendues ou périmées, tout au plus consenties dans une toute petite mesure sous l'empire de la loi écrite. Mais le peuple, qui vivait le droit coutumier, continuait à lui être fidèle.

Le juriste, doublé d'historien, il faut le dire, auquel je viens de me référer, était M. Joaquin Costa. La date où il frappa le premier coup de cloche à l'égard du droit coutumier aragonais, celle de 1879.

Mais à la rigueur, 1879 ne représente dans l'histoire de cette revendication du rôle du droit coutumier et par rapport à la pensée de Costa, que la floraison des idées que lui-même avait avancées, dans un livre de jeunesse qui est pourtant essentiel pour comprendre sa doctrine : *la Théorie du fait juridique*. (*Teoría del hecho jurídico, individual y social*) publié en 1880, bien qu'écrit antérieurement à cette date.

En 1879 ce n'est plus la théorie à l'égard du droit coutumier : c'est la preuve de son existence et de son importance par rapport à la vie de famille et au régime économique des populations du Nord de l'Aragon (région des Pyrénées). Costa découvrit alors aux yeux des juristes trop exclusivement préoccupés des réformes législatives du droit privé, des formes vivantes de droit coutumier qui furent, pour la plupart, chez nous, une révélation. En 1880 (*Droit coutumier du Nord de l'Aragon. Derecho consuetudinario del Alto Aragón*) et en 1884 (*Coutumes juridiques et économiques du Nord de l'Aragon. Costumbres jurídico-económicas del Alto Aragón*), Costa présenta de nouvelles constatations du fait découvert en 1879.

Il ne tarda pas à rallier aux recherches par lui amorcées d'autres juristes de différentes contrées de l'Espagne. Ce fut d'abord Azcárate (l'auteur bien connu d'un *Essai sur l'histoire de la propriété*) qui en 1883 fit connaître quelques vestiges du communisme primitif à l'égard de la terre (*Vestigios del primitivo comunismo en España*) dont quelques-uns appartenant au domaine du droit coutumier vivant. Bientôt arriva M. Pedregal avec son étude sur la Famille rurale des Asturies (*La Familia rural en Asturias. 1885*) et, dans la même année, une série de monographies de Costa lui-même, de Pedregal et de nouveaux adhérents à la campagne initiée par Costa, sur le Droit municipal coutumier (*Materiales para el estudio del Derecho municipal consuetudinario*), ce qui représentait l'élargissement du champ du droit coutumier au droit public (politique et administratif). Depuis 1888, de nouvelles recrues arrivèrent, des jeunes gens pour la plupart, et des études sur de nouvelles formes de droit coutumier existant dans plusieurs contrées de l'Espagne, furent révélées. Avec ces études dont l'animateur était toujours Costa, celui-ci fit publier quelques années plus tard deux volumes sous le titre de *Droit coutumier et Economie populaire de l'Espagne* (1901-1902).

Un peu avant 1900, en 1897, la grande autorité juridique dont jouissait Costa, aidée par celle d'Azcárate et d'autres professeurs et académiciens, avait obtenu le ralliement à leur initiative scientifique de l'Académie Royale des Sciences Morales et Politiques. C'est, en effet, en 1897 que l'Académie annonça le premier d'une longue série de concours pour décerner des prix à des monographies concernant le Droit coutumier et l'Economie populaire d'Espagne. Comme résultat de ces concours il existe maintenant une très riche littérature, peut-être la plus riche dans ce genre, sur les survivances proprement dites et sur les nouvelles règles de droit coutumier. Costa devait encore ajouter à ses livres précédents, un autre sur le *Communisme agraire en Espagne*, (*Colectivismo agrario en España, 1898*), chef-d'œuvre dans la matière où de nouveaux exemples de droit coutumier étaient présentés. C'est lui aussi qui, prenant le point de vue abstrait à l'égard de l'étude qu'il avait abordée auparavant au point de vue concret, traça, pour compléter le cercle de

ses investigations, le plan d'un traité général sur le Droit coutumier (*Plan de un tratado sobre el derecho consuetudinario*).

*
* *

Quels sont les résultats scientifiques auxquels a abouti cette littérature du droit coutumier?

Il est à remarquer, en premier lieu, que le but visé par Costa n'était pas exclusivement un but scientifique. Au contraire, il visa toujours un but pratique, de juriste, et on pourrait dire aussi de législateur dans le sens le plus large du mot. Il voulait tout d'abord replacer le droit coutumier espagnol dans la position qui lui correspond par rapport aux lois émanant du pouvoir législatif national. Il voulait aussi réagir contre l'hostilité marquée par le Code civil et la plupart des juristes modernes, à l'égard du droit coutumier et maintenir, le plus largement possible, la sphère de liberté individuelle et collective par rapport à l'élaboration des normes juridiques en marge du droit codifié. A ces buts correspondent deux autres livres de Costa : celui de *La liberté civile et le Congrès des juristes de l'Aragon* et celui de *l'Ignorance du droit* (discours d'entrée à l'Académie des Sciences morales et politiques).

Jusqu'ici pourtant, le Code civil espagnol n'a pas été amendé en ce qui concerne le classement du droit coutumier au nombre des sources du droit positif. Il est néanmoins ostensiblement toléré et continue ainsi, non seulement à vivre et à régler, en tant que droit coutumier, plusieurs formes des relations juridiques, mais aussi à inspirer des réformes à l'égard de certaines institutions.

D'autre part, la littérature du droit coutumier espagnol a constaté ces trois faits primordiaux : que le droit coutumier actuel ne touche pas seulement le droit privé, mais aussi le droit public (notamment, le droit municipal); qu'il n'est pas seulement un fait juridique vivant dans les régions de droit spécial (droit *foral*), mais aussi dans les régions de droit commun (Castille, Léon, les Asturies, la Manche, Valence, Extremadoure, Galice) où son existence a été constatée par la littérature ci-dessus visée et aussi par les rapports des fonctionnaires chargés des registres de la propriété foncière; enfin, qu'il se produit, aussi bien dans les formes normalement tolérées de la coutume (coutume « selon la loi » et coutume « à défaut de la loi »), que sous la forme de la coutume contre la loi. Des exemples de cette dernière se trouvent par exemple dans certaines pratiques et organisations du droit coutumier municipal.

L'ensemble de ces faits montre aussi une chose de première importance au point de vue de la production des règles juridiques, à savoir : l'activité du corps social qui, malgré les perfectionnements modernes de l'organe spécial de la fonction législative de l'Etat, n'a pas renoncé à sa fonction générique et diffuse du même ordre, et la réalise d'une façon très active en se mettant de travers de l'action unificatrice et rigide des lois nationales.

Les branches du droit positif, dans lesquelles s'exerce principalement l'activité de la coutume chez nous, sont le droit de famille, le droit de propriété (par rapport à la propriété de la terre), certaines formes de droit successoral, les contrats concernant l'exploitation de la terre et le travail agricole salarié, le règlement de l'usage des eaux d'arrosage, les partages des produits de la pêche et le droit administratif communal.

Permettez-moi de croire que ce que j'ai dit, bien que n'étant qu'un bref résumé de la matière de cette dissertation, est pourtant suffisant pour mettre en relief l'importance d'une caractéristique du système juridique espagnol très intéressante, sans doute, pour les études de droit comparé. Ce ne serait pas le moins important des résultats à obtenir de cette étude, que celui d'arriver à la constatation du fait, que tout en demeurant très caractéristiques, pour le système espagnol, la survivance et l'activité présente du droit coutumier ne sont pas exclusives à ce système, mais se retrouvent aussi, comme des faits assez normaux, dans la vie juridique de bien des pays modernes. Cette constatation, d'ailleurs, a déjà été faite pour ce qui concerne le droit constitutionnel de la France ¹.

APPENDICE

BIBLIOGRAPHIE DU DROIT COUTUMIER ESPAGNOL

I. — Ouvrages de M. Joaquín Costa

- Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1879.
Teoría del Hecho Jurídico, Biblioteca Jurídica de autores españoles, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, 2^a edición, vol. IV de sus obras completas, Madrid, 1914.
La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, Madrid, 1883.
Costumbres juridico-económicas del Alto Aragón, Madrid, 1884 (*Rev. de Legislación y Jurisprudencia*).
Materiales para el estudio del Derecho municipal consuetudinario, Madrid, 1885. (En collaboration avec MM. Pedregal, Serrano et Miralles).
Plan de un tratado sobre el derecho consuetudinario, Madrid, 1889.
Colectivismo agrario en España, 1^a edición. 1898, 2^a vol., V, de *Obras completas*, 1915.
Derecho consuetudinario y Economía popular de España, Barcelona, le 1^{er} S. D. ; le 2^o porte le millésime de 1902, 2 vol. (En collaboration avec Mendez, Unamuno, Pedregal, Piernas, Soriano, Altamira, López de la Osa, Serrano, Santamaría, López Morán y Gonzalez de Linares. On y trouve, reproduits, les primitifs travaux de M. Costa sur le droit coutumier.)
El problema de la ignorancia del derecho como culpa y sus relaciones

¹ René CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, Paris, 1929.

con el status individual, con el referendum y con la costumbre, Madrid, 1901.

II. — *Ouvrages couronnés et publiés*
par l'Académie Royale des Sciences Morales et politiques (Madrid)

LÓPEZ MORÁN, Elías, *Derecho consuetudinario y Economía popular de la provincia de León*, Madrid, 1900.

LÓPEZ DE LA OSA, Juan Alfonso, *Cultivo del azafrán, Hornos de Poya Gañanes en la Solana (Ciudad Real)*, Madrid, 1900.

ESPEJO, Zoilo, *Costumbres de Derecho y Economía rural consignados en los contratos agrícolas usuales en las provincias de la Península española, agrupadas según los antiguos Reinos*, Madrid, 1900.

MENDEZ PLAYA, Santiago, *Costumbres comunales de Aliste*, Madrid, 1900.

NAVARRO, Victor, *Costumbres en las Pithiusas*, Madrid, 1901.

VICARIO Y PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Madrid, 1901.

SANTAMARÍA Y TOUS, Victorino, *Derecho consuetudinario y Economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona, con indicaciones de las de Girona y Lérida*, Madrid, 1901.

VICARIO Y PEÑA, V., *Costumbres administrativas de la autonomía Vascongada*, Madrid, 1903.

LEZÓN, Manuel, *El derecho consuetudinario de Galicia*, Madrid, 1903.

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Derecho consuetudinario y Economía popular de la provincia de Alicante*, Madrid, 1905.

GARCÍA RAMOS, Alfredo, *Estilos consuetudinarios y prácticas económicas familiares y marítimas de Galicia*, Madrid, 1909.

VERGARA Y MARTÍN, Gabriel M^a, *Derecho consuetudinario y Economía popular de la provincia de Segovia*, Madrid, 1909.

SALAZAR, Zacarías, *La agricultura en la provincia de Murcia*, Madrid, 1911.

COSTA Y MARTINEZ, Tomás, *Formas típicas de guardería rural*, Madrid, 1912.

IDEM, *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*, Madrid, 1912.

IBARRA Y RUIZ, Pedro, *Estudio acerca de la institución del Riego de Elche y origen de sus aguas*, Madrid, 1914.

FUENTE PERTEGAZ, D. Pedro de la, *Derecho consuetudinario. Contratos especiales sobre cultivos y ganadería en Aragón*, Madrid, 1916.

YABEN YABEN, Hilario, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

RUIZ FUNES, Mariano, *Derecho consuetudinario y Economía popular de la provincia de Murcia*, Madrid, 1916.

PORRAS MARQUEZ, *Prácticas de Derecho y Economía popular observadas en la villa de Añora*, Madrid, 1916.

SANTAMARÍA Y TOUS, Victorino, *Apuntes para la historia jurídica del cultivo y de la ganadería en España*, Madrid, 1918.

SOLER Y PÉREZ, Francisco, *Los Comunes de Villa y Tierra y especialmente el del Señorío de Molina de Aragón*, Madrid, 1921.

III. — *Bibliographie du droit coutumier catalan*

BERTRÁN Y MUSITU, *El derecho especial del Valle de Arán*, Barcelone, 1901.

- BROCA, *Costums jurídiques a la ratlla d'Aragó* (Annuari del Institut d'Estudis Catalans, a 1º).
- MALUQUER, Juan, *Derecho civil de Barcelona y su término*, Barcelona, 1889.
- FAUS, *Els capitols matrimonials a la comarca de Guisona. Del contracte d'empenyament a Catalunya* (Revista Jurídica de Catalunya a 1907, pág. 201 ; XIX, pág. 342 y XX, pág. 48, Además, el primero, Barcelona, 1907).
- SAGUER, *Régimen económic familiar de Girona y son bisbat segons els mes fregüents pactes metrimonials* (Revista Jurídica de Catalunya, XIII, p. 474).
- PARÉS, *Venta a carta de gracia en Cataluña* (Rev. Jur. de Cat., 1910, p. 435).
- COLL Y RODÉS, *Estudi critich de la condició de la dona com a muller y con a mare en las costums juridicas y en la legislación vigent a Catalunya* (Rev. Jur. de Cat., 1889, pág. 497 ; 1904, pág. 497).
- VALLÉS PUJALS, *Un contracte sobre bestiar boví* (Rev. ur. de Cat., 1904, pág. 111).
- FOGUET (Ramón), *Derecho catalán. Instituciones civiles de Tortosa*, Barcelona, 1892.
- TORRENT, *Formulario de capitulaciones matrimoniales y testamentos arreglado a la legislación y costumbres de Cataluña*, Barcelona, 1885.
- DURÁN BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña que conviene conservar*.
- RAHOLA, F., *Libre de ordinacions de la pesquera de la vila de Cadaqués fetas desde l'any 1542* (dans le journal de Barcelona, La Vanguardia, Septiembre 1889).
- *Algunas noticias acerca de la antiguas Comunidades de pescadores en el Cabo de Creus*, Barcelona, 1904.

IV. — Ouvrages divers

- AZCÁRATE, G., *Vestigios del primitivo comunismo en España*, Madrid, 1883.
- LINARES, G., *La Agricultura y la Administración municipal*, Madrid, 1882.
- LÓPEZ DE LAGO, R., *Memoria sobre foros y Sociedad gallega*, Madrid, 1885.
- PEDREGAL, M., *Apuntes sobre el derecho de Propiedad*, Madrid, 1884.
- IDEM, *La familia rural en Asturias*, Madrid, 1885.
- ZUMALACÁRREGUI, J. M., *Ensayo sobre el origen y el desarrollo de la propiedad comunal en España*, Madrid, 1903.
- GONZALEZ COBOS, R., *Orígenes, formas y vicisitudes de la propiedad colectiva en la provincia de Salamanca*, Salamanca, 1906.
- HINOJOSA, E. DE, *La comunidad doméstica en España* (Dans la revue La Lectura, juillet 1915).
- Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción*, Madrid, 1907.
- Estudios sobre la historia del Derecho español*, Madrid.
- Das germanische Element im spanischen Rechte*, Weimar, 1910.
- DIEGO Y GUTIERREZ, F. Clemente DE, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil español*, Madrid, 1918 (Discours de réception à l'Académie Royale des Sciences Morales et Politiques. Etude du problème général de la coutume juridique).

V. — Ouvrages de M. ALTAMIRA, touchant le Droit coutumier

Historia de la Propiedad Comunal (Contient beaucoup de renseignements de Droit coutumier), Madrid, 1890.

Mercado de agua para riego en la Huerta de Alicante y en otras localidades de la Península, Madrid, 1896.

Appendice à la monographie précédente. Publié, avec reproduction de la monographie, dans le vol. II de l'ouvrage de COSTA, Derecho consuetudinario, y Economía popular de España.

Historia del Derecho España ; Cuestiones preliminares, Madrid, 1903. (Chapitres IV et V, dont les titres sont respectivement : *La ley y la costumbre como formas de la historia del Derecho*, et *La costumbre en la historia del Derecho español*. Aussi, l'Appendice 2).

Derecho Consuetudinario y Economía popular de la provincia de Alicante. (Ouvrage couronné par l'Académie Royale des Sciences Morales et Politiques.) Madrid, 1905.

Interrogatorios de Economía y Costumbres jurídicas de Asturias, Oviedo, 1908. (Ces questionnaires servirent de base pour de nombreux travaux de séminaire faits, sous la direction de l'auteur, par les élèves du cours d'Histoire du Droit. Quelques-uns de ces travaux furent publiés dans les volumes des *Anales de la Universidad de Oviedo* (*Annuaire*, de l'Université d'Oviedo). D'autres sont encore inédits. Voir aussi sur ces travaux, l'ouvrage cité *Historia del Derecho español*, et celui qui suit.

Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación comparada, Madrid, 1914. (Chapitres intitulés : *El Método positivo en el Derecho civil*, et *Derecho Consuetudinario de España. Adiciones a la Propiedad comunal*).

CHAPITRE II

Zur Problematik des Gewohnheitsrechtes

von Walter HENRICH,

Dr. phil. et jur. et rer. pol.

Professor für Rechtswissenschaften an der Deutschen Technischen Hochschule in Brünn (Tschechoslowakische Republik)

I. Einleitung

Das Gewohnheitsrecht gehört zu den schwierigsten Kapiteln der Rechtsquellenlehre. Das erklärt sich aus zwei Gründen : zunächst daraus, dass kein im Rahmen der Theorie der Rechtsquellen erörtertes Problem so eng mit grundlegenden erkenntnistheoretischen Fragen unserer Wissenschaft zusammenhängt wie gerade die Lehre vom Gewohnheitsrecht, und sodann daraus, dass kaum eine zweite rechtswissenschaftliche Spezialfrage so stark mit einer geradezu ins Uferlose gehenden Literatur belastet erscheint.

Was den Zusammenhang unserer Spezialfrage mit anderen Problemen betrifft, sei nur daran erinnert, dass die Auffassung der einzelnen Schriftsteller vom Wesen des Gewohnheitsrechtes ganz davon abhängt, was für eine Meinung sie vom Wesen des Rechtes überhaupt haben. Wer zum Streite über das Gewohnheitsrecht Stellung nehmen will, muss — mag er wollen oder nicht wollen — Farbe bekennen in Hinsicht seiner Auffassung von der Totalität des Rechtes, mit anderen Worten die juristische Weltanschauung verraten, die seinem

Recherches sur la problématique du droit coutumier

par Walter HEINRICH,

Professeur de droit à l'Ecole Supérieure Technique de Brno

Traduit par Jean SPACH,

Licencié en droit

Introduction

L'une des matières les plus délicates que soulève l'étude des sources du droit est celle de la coutume. La difficulté du problème tient à deux causes, d'une part à sa connexion très intime avec certaines conceptions philosophiques fondamentales, d'autre part au poids d'une littérature juridique extraordinairement abondante.

Scrutons d'abord les rapports de notre matière avec les autres problèmes juridiques. Les auteurs analysent en général la nature du droit coutumier selon leurs conceptions sur la nature du droit en général.

ganzen Denken mehr oder weniger unbewusst zugrunde liegt oder die er sich mühevoll erarbeitet haben mag. Jede Diskussion über das Wesen des Gewohnheitsrechtes ist von vorneherein zur Unfruchtbarkeit verurteilt, wenn nicht vorher gewisse Fragen allgemeiner Natur geklärt werden, mit anderen Worten der allgemeine Begriff des Rechtes mehr oder weniger genau abgesteckt wird, in dessen Rahmen man das Gewohnheitsrecht hineinstellen will. Es soll daher auch in der gegenwärtigen auf einen sehr engen Raum eingeschränkten Studie vorerst zum *Begriff* des Rechtes in der bei dieser Gelegenheit gebotenen Kürze Stellung genommen werden.

Wie umstritten auch der Begriff des Rechtes sein mag, besteht in einem Punkte Uebereinstimmung, nämlich dass das Recht eine Norm des menschlichen Handelns darstellt, ein Wertgesetz des Sollens im Gegensatz zu den Naturgesetzen des Müssens. Es gibt aber verschiedene Arten von Sollensvorschriften für das menschliche Handeln und die Schwierigkeit bei der Ermittlung des Rechtsbegriffes besteht darin, das Recht von den anderen Normenarten, mit denen es in mehr oder weniger innigen Beziehungen steht, abzugrenzen. Diesbezüglich kommen insbesondere in Betracht Sitte und Sittlichkeit. Dass es einen Unterschied zwischen Recht, Sitte und Sittlichkeit tatsächlich gibt, ist unbestritten. Wir können uns täglich davon überzeugen, dass die Menschen auf die angeführten Normengruppen psychologisch verschieden reagieren. Der Einzelne weiss in der Regel sehr genau, ob er eine Anstandsregel verletzt, z.B. einen Bekannten auf der Strasse nicht grüsst, oder ein Gebot der Sittlichkeit ausser Acht lässt, z.B. einen anderen anlügt, oder endlich sich über eine Rechtsnorm hinwegsetzt, z.B. eine eingegangene Geldschuld nicht bezahlt¹.

Zunächst ein paar Worte über die *Sittlichkeit* (Moral). Die

Celui qui prend position au regard du problème du droit coutumier colore son point de vue, qu'il le veuille ou non, de ses idées sur le droit en général et trahit ainsi sa manière d'envisager le monde juridique, peu importe au demeurant que celle-ci soit inconsciente ou au contraire le résultat d'un long effort intellectuel. Toute discussion sur la nature du droit coutumier reste stérile tant que l'on n'élucide pas certaines questions préalables. Il faut en particulier délimiter de façon très précise la notion du droit en général qui constitue en somme le cadre dans lequel on sertira le droit coutumier. Aussi bien est-il indispensable que la présente étude s'explique de façon très brève à cet égard.

Le problème de la nature du droit a donné lieu à d'innombrables controverses. Un point cependant est acquis, savoir que le droit est une norme pour l'activité humaine, une loi de but qui fixe la valeur impérative de certains actes par opposition aux lois physiques qui constatent des réactions nécessaires. La véritable difficulté apparaît lorsqu'il s'agit de situer le droit de façon plus précise à l'intérieur de ce bloc de normes qui gouvernent l'activité humaine dans la société, en l'opposant à la morale et aux usages. Des différenciations existent certainement. N'éprouve-t-on pas en effet des réactions psychologiques différentes selon que telles ou telles catégories de normes sont en jeu? De fait, l'homme sait très bien qu'il viole les convenances mondaines quand il oublie de saluer un ami dans la rue, un précepte de morale quand il ment, la loi quand il refuse de payer une dette échue.

Normen der Sittlichkeit befassen sich mit der sogenannten „guten“ Handlung. Die Morallehre (auch Ethik genannt) ist die Lehre vom Guten. Gut ist eine Handlung nur dann, wenn sie aus lauterer und reiner Gesinnung gesetzt wird. Das Untersuchungsobjekt der Moralphilosophie sind die Motive des menschlichen Handelns. Die Ethik gibt sich nicht mit der Handlung an und für sich zufrieden, sondern fordert oder verbietet jegliche Handlung als Ausfluss einer bestimmten Gesinnung. Das Um und Auf der Sittlichkeit ist der reine Wille. Jede Ethik muss rigoros und unerbittlich sein, d.h. mit dem Anspruch auftreten, dass sie die einzig richtige sei. Das gilt auch für die sogenannten „relativistischen“ Moralsysteme, die sich im Grunde genommen von den übrigen nur dadurch unterscheiden, dass sie bei der Aufstellung der einzelnen Gebote oder Verbote eine gewisse Unsicherheit zeigen. Ist diese aber im Einzelfall überwunden, d.h. die Norm einmal festgestellt, dann fordert auch die relativistische Ethik das bedingungslose Befolgen des Gebotes und gestattet nicht das Ausserachtlassen des von ihr gespannten Rahmens. Ferner ist zu beachten, dass die Forderungen der Sittlichkeit stets absolut, unmittelbar evident, von sich aus einleuchtend und nicht auf andere Normen zurückführbar sind. Jedes Moralsystem ruht in sich, hat keine Stütze an anderen Normenkomplexen und kann sie nicht haben. Ein weiteres Charakteristikum der Moralnomen, das hervorgehoben werden muss, ist ihre Idealität. Die Normen der Sittlichkeit sind von der Wirklichkeit unabhängig. Sie gelten ohne Rücksicht darauf, ob sie von den Menschen oder der Mehrheit der Menschen tatsächlich befolgt werden oder nicht. Ja, es gibt Moralphlichten, die zur Gänze vielleicht überhaupt von den irdischen Menschen mit ihren Lastern und Fehlern gar nicht erfüllt werden können, sondern nur als Richtschnur, als ewig

Quelques mots tout d'abord sur la morale. La morale ou éthique cherche à déterminer en quoi consiste la bonne action. La pureté d'intention est la condition requise pour la valeur morale de l'action humaine. La morale scrute les motifs de l'action humaine ; elle ne se contente pas d'apprécier l'acte en lui-même, intrinsèquement, pour déclarer un acte correct ou répréhensible elle s'attache en outre à l'intention qui l'inspire. La morale s'adresse à la volonté. Donc tout système de morale doit être inflexible et intolérant, en d'autres termes avoir la prétention d'être seul exact. Ceci vaut même pour les systèmes de morale dits relativistes : la seule particularité de ces systèmes est une certaine incertitude dans la détermination des divers préceptes, mais une fois ces hésitations vaincues et la norme fixée pour chaque cas particulier, l'éthique relativiste exige une obéissance inconditionnée aux règles établies et proscriit toute infraction au code qu'elle a élaboré. Par ailleurs, il importe de signaler que les commandements de la morale sont absolus et évidents par eux-mêmes, qu'ils sont irréductibles à d'autres normes. Un système de morale existe en lui, sans pouvoir prendre appui sur un autre ensemble de règles. Un autre caractère des préceptes moraux qui doit être noté c'est leur idéalité. Il s'agit en effet de règles abstraites, indépendantes des faits, de règles qui valent abstraction faite de leur mise en pratique par l'humanité. Qui plus est, il y a certainement des

unerfüllbares Ideal, dem der sittliche Mensch zustrebt, in seinem Gewissen leben. Die Befolgung der idealen Normen der Sittlichkeit ist von jeder äussern Organisation unabhängig. Wer sittlich leben will, braucht nur auf die innere Stimme des Gewissens zu horchen. In Fragen der Sittlichkeit gibt es keine äussere Gesetzgebung und keinen fremden Richter. Daraus ergibt sich von selbst, sei aber hier, wo wir es mit der Abgrenzung von Sittlichkeit, Sitte und Recht zu tun haben, noch ausdrücklich betont, dass jede Ethik Individualethik sein muss. Es gibt keine Sozialethik im Gegensatz zur Individualethik. Es gelten daher auch im politischen Leben keine anderen Moralvorschriften als im Privatleben. Die Sittlichkeit geht nicht von der Tatsache des gesellschaftlichen Lebens aus, sondern sie findet das Faktum der Gesellschaft gleich vielen anderen Tatsachen vor. Die Gesellschaft ist für den Moralphilosophen ein Zufall, dem er allerdings insofern Rechnung tragen muss, als sich das Verhalten des Einzelnen zur Gesellschaft unter anderem vom sittlichen Standpunkt werten lässt und daher nicht einfach links liegen gelassen werden darf. Für die ethische Betrachtung ist die Gesellschaft niemals Selbstzweck, sondern stets nur Mittel zum Zweck. Im Mittelpunkt der Moral steht immer der Einzelmensch. Das gilt auch für die altruistische christliche Moral.

Ein ganz anderes Bild erhalten wir bei Betrachtung der *Sittenregeln* (Konventionalnormen). Die Sitte ist eine ausgesprochen gesellschaftliche Erscheinung. Ohne den Begriff der Gesellschaft ist die Sitte nicht vorstellbar. Sie entsteht durch die Gesellschaft und lebt in ihr, sie ist eine und zwar sehr wichtige Erscheinungsform

obligations morales que l'homme, parce qu'il est imparfait, ne peut exécuter pleinement ; ces obligations apparaissent comme des directives ou mieux comme un idéal vers lequel l'homme juste tend sans cesse sous l'action de sa conscience, mais auquel il est incapable d'aboutir. Enfin, il importe de souligner que l'obéissance aux préceptes de la morale doit être obtenue sans l'intervention d'organismes externes. C'est une question qui ressort du for interne : pour vivre conformément à la morale il n'est que de suivre la voix de la conscience ; la morale ne connaît ni législation imposée du dehors, ni juge externe. Il en résulte, et ceci est à mettre en relief de façon particulière dans une étude où il s'agit d'opposer le droit, la morale et les usages, que l'éthique est forcément individuelle : il n'y a pas d'éthique sociale qui s'opposerait à une éthique individuelle. La vie publique est assujettie aux mêmes règles de morale que la vie privée. La morale ne prend pas, en effet, pour base de départ la vie en société. Celle-ci est pour le moraliste un simple fait comme beaucoup d'autres, un hasard dont il ne tient compte que parce que dans certaines circonstances la situation de l'homme vis-à-vis de la société peut être appréciée et qualifiée du point de vue de la morale. Pour l'éthique la société n'est pas une fin ; elle n'est qu'un moyen. La vraie fin de la morale, même de la morale altruiste chrétienne c'est l'homme.

Avec le problème de l'usage un tout autre tableau se profile devant nous. Il s'agit ici d'un phénomène spécifiquement social qui ne se conçoit et ne se développe que par la vie en société. De fait, l'usage est une des manifestations concrètes les plus nettes de la société humaine. En effet, l'activité d'un seul homme réduit à lui-même n'engendre jamais

der menschlichen Gesellschaft. Sitten entwickeln sich niemals durch das Handeln eines einzelnen auf sich angewiesenen Menschen, sondern stellen das Produkt des Zusammenwirkens einer Menschengruppe, die allerdings verschieden gross sein kann, dar. Es gibt Gebräuche, die sich auf einen verhältnismässig kleinen Kreis von Menschen erstrecken, neben solchen, deren Aktionsradius ein sehr langer ist, z.B. die heutige europäische Kleidermode. Die Sitte beruht auf der Gewohnheit, d.h. auf dem öfteren Wiederholen eines bestimmten Verhaltens. Es muss aber ausdrücklich hervorgehoben werden, dass die Tatsache der Wiederholung allein die Sitte noch keineswegs schafft, denn das länger andauernde Wiederholen bedeutet an und für sich nur eine naturwissenschaftliche Gesetzmässigkeit, d.h. eine Regelmässigkeit im Sinne des Normalen. Nur wenn zu der tatsächlichen Uebung in dem in Betracht kommenden Kreise von Menschen die Auffassung hinzukommt, dass so, wie faktisch gehandelt wird, auch gehandelt werden *soll*, kann von einer Sittenregel gesprochen werden. Die Sitte ist nur denkbar durch Verbindung der Faktizität mit der Normativität. Nicht das ist entscheidend, dass zu einer bestimmten Zeit Kleider oder Hüte von einem bestimmten Schnitt oder einer bestimmten Farbe tatsächlich getragen werden, sondern dass dies in dem Bewusstsein geschieht, dass solche Kleider oder Hüte getragen werden *sollen*. Ob Faktizität und Normativität zusammentreffen, hängt von den Umständen ab und es lässt sich diesbezüglich nichts allgemein Gültiges aussagen. Der Inhalt der Sittenregeln ist nach Ort und Zeit sehr verschieden. Es kommt für den Begriff der Sitte auf einen bestimmten Inhalt durchaus nicht an. Man kann weder sagen, dass bestimmte Gegenstände des sozialen Handelns durch die Sitte geregelt sein müssen, noch dass sie sich der Normierung durch die Sitte grundsätzlich entziehen.

d'usage ; celui-ci est le produit de la vie en commun d'un groupe organique d'hommes. Ce groupe peut d'ailleurs être plus ou moins considérable : certains usages sont limités à des cercles restreints ; d'autres ont une très vaste portée, par exemple, la mode vestimentaire européenne. L'usage découle de l'habitude c'est-à-dire de la répétition fréquente de certaines attitudes. A lui seul toutefois le fait de ces répétitions ne crée pas l'usage. Il dénote uniquement une certaine légalité physique ; c'est-à-dire une régularité au sens de ce qui est normal. On ne peut parler de règles imposées par l'usage qu'au jour où ce substratum est complété par un phénomène psychologique, savoir la diffusion dans la société de cette idée que l'on *doit* agir comme l'on agit en fait. Peu importe qu'à telle époque on s'habille de telle façon, mais qu'à telle époque l'on ait conscience de la nécessité de porter tels vêtements ou tels chapeaux... voilà ce qu'il faut noter. L'usage résulte de la combinaison de deux facteurs l'un de fait, l'autre normatif ; pareilles combinaisons apparaissent au gré des circonstances. Il ne semble pas que l'on puisse hasarder quelques règles à cet égard. Le contenu des règles imposées par l'usage varie selon les époques et les lieux ; il n'est pas figé dans des formules précises. L'on ne peut jamais soutenir que telles actions de la vie sociale doivent être réglées par l'usage ou sont par principe

Die Kulturgeschichte aller Zeiten und Völker ist voll von diesbezüglichen Beispielen ².

Aus dem Gesagten ergeben sich die wichtigsten Unterschiede zwischen Sittlichkeit und Sitte. Während die Moral einen höchsten Wert darstellt, sind die Sittennormen empirisch, zufällig, relativ. Während die Moral immer nur den Einzelnen als Einzelnen erfasst, ist die Sitte eine soziale Erscheinung. Der Sitte kommt nicht die Idealität der Sittlichkeit zu. Jede Sittennorm besitzt — um einen bildlichen Ausdruck zu gebrauchen — Erdschwere. Die Sitte ist von Menschen für Menschen geschaffen und gilt nur solange, als die Menschen in dem Kreise, für den sie bestimmt ist, sich daran halten. Mit dem Aufhören der Faktizität der Gewohnheit geht auch die Normativität der Sitte verloren, während die Moralnorn als ewiges unveränderliches Gesetz gilt, das von der Wirklichkeit unabhängig ist. Die Durchsetzung der Sittennorm ist Sache der Gesellschaft, d.h. des Kreises von Menschen, für die sie Geltung beansprucht. Die Gesellschaft kann sich diesbezüglich verschiedener Mittel bedienen. Sie kann auf jede Sanktion verzichten, z.B. die Nichteinhaltung gewisser gesellschaftlicher Umgangsformen, sie kann aber auch einen empfindlichen, bis zum Boykott sich steigernden Zwang ausüben. Dagegen ist dies in Hinsicht der Moralvorschriften gänzlich ausgeschlossen. Die Sitte kann unter Umständen und wird in den meisten Fällen sich mit der Aeusserlichkeit des Handelns begnügen, während die Moral das Motiv des Handelns niemals unbeachtet lassen darf.

Aus den obigen Erörterungen über Sittlichkeit und Sitte geht unzweideutig hervor, dass das *Recht*, dessen begrifflicher Festlegung

réfractaires à toute réglementation. L'histoire de la civilisation de toutes les époques et de tous les peuples est bourrée de tels exemples.

Ces développements nous permettent de résumer les principales différences entre la morale et l'usage. Tandis que la morale représente une valeur absolue l'usage au contraire est empirique, fortuit et relatif; tandis que la morale se rapporte toujours à l'individu en tant qu'individu l'usage est un fait social. Enfin, l'usage ne présente pas ce caractère d'idéalité que nous avons reconnu à la morale: ses règles sont terre à terre. Elles sont créées par des hommes et pour des hommes et ne valent qu'autant que les hommes les observent dans la sphère qu'ils leur ont assignée. La normativité de l'usage est liée à un substratum de fait — l'habitude — et disparaît lorsque ce substratum fait défaut; le précepte de morale au contraire vaut comme une loi immuable et indépendante des réalités. C'est la société qui tient la main à l'observation des usages qu'elle impose. A cet égard elle dispose d'un arsenal varié. Quelquefois elle renonce à toute sanction, par exemple quand il s'agit de la violation de certaines convenances mondaines; d'autres fois elle exerce un véritable et très efficace pouvoir de contrainte. Tel est le boycottage de ceux qui ont enfreint certaines règles. Pareille attitude ne se concevrait pas à propos de la morale. Enfin l'usage ne saisit en général que l'acte tel qu'il apparaît en lui-même; or l'on sait que la morale ne peut se désintéresser des mobiles.

De toutes ces explications on déduit aisément que le *droit* dont nous allons maintenant préciser la signification abstraite, se rapproche de

wir uns nunmehr zuwenden wollen, der Sitte näher stehen muss als der Sittlichkeit. Mit der Moral hat das Recht *seinem Begriffe nach* lediglich das gemeinsam, dass es in beiden Fällen um die Normierung menschlichen Handelns geht. Ansonsten aber zeigt sich heute — im Zeitalter des Positivismus — auf den ersten Blick, dass das Recht eng verwandt mit der Sitte ist und die Schwierigkeit nicht eigentlich darin besteht, das Recht von der Moral begrifflich zu scheiden, sondern darin, festzustellen, durch welche Merkmale sich das Recht von der grossen Masse der Sittennormen abhebt. Die Lösung dieses Hauptproblem der Rechtstheorie kann im folgenden natürlich nicht ausgeführt, sondern mit ein paar Strichen nur angedeutet werden, sofern es zum Verständnisse unserer Darlegungen über das Gewohnheitsrecht unerlässlich ist.

Die Verwandtschaft des Rechtes mit der Sitte beruht auf zweierlei : beide sind gesellschaftliche Phänomene und beide sind positiv, d.h. nach Ort und Zeit verschieden. Ein Beweis für diese heute allgemein anerkannten Behauptungen braucht wohl nicht geführt zu werden. Das Recht ist wie die Sitte eine empirische Norm, die nur solange gilt, als sie sich in dem Kreise von Menschen, für den sie bestimmt ist, zu behaupten vermag. Im Rechte müssen wie in der Sitte Normativität und Faktizität zusammentreffen. Die Abhebung des Rechtes von der Sitte erfolgt hauptsächlich nach zwei Richtungen. Der Unterschied liegt *erstens* in der sogenannten *Sanktion*³. Diese ist nichts anderes als die Androhung physischen Zwanges für den Fall der Nichterfüllung der Norm. Jede Rechtsordnung ist eine Zwangsordnung, anders ausgedrückt eine Zwang anordnende Ordnung. Der Zwang tritt erfahrungsgemäss in zwei Formen auf : Strafe und Exekution⁴. Erstere ist vom Gesetzgeber als ein für den Bestraften mit Unlust verbundener Nachteil gedacht, dessen Zweck die Vergeltung oder Verhütung oder beides sein kann, während die Exekution Wiedergutmachung des Schadens im weites-

l'usage. Les notions de droit et de morale n'ont guère qu'un seul point commun : dans les deux cas il s'agit d'une réglementation d'activités humaines. Ceci dit l'on entrevoit de suite la parenté très intime qui existe à une époque de positivisme juridique entre l'usage et le droit et partant la véritable difficulté qui consiste à délimiter le droit, non pas par rapport à la morale, mais par rapport à la grande masse des règles consacrées par l'usage. La solution de ce problème de philosophie du droit dépasse le cadre de cette étude. On brossera seulement à grands traits certains développements qu'exigent nos recherches sur la coutume.

Le droit et l'usage ont deux traits communs : ce sont des phénomènes sociaux et positifs c'est-à-dire différenciés selon les lieux et les époques. Ce sont là des notions courantes auxquelles il n'y a pas lieu de consacrer de plus amples démonstrations. D'autre part comme l'usage le droit est un ensemble de règles empiriques qui ne valent qu'autant qu'elles s'affirment en fait dans la sphère sociale qui leur est assignée et tant que la combinaison des facteurs réel et normatif se trouve maintenue.

Le droit et l'usage se distinguent à un double point de vue. Et tout d'abord au point de vue de la sanction. La sanction consiste dans l'appli-

ten Sinne bedeutet. Die Sanktion ist — was *ausdrücklich betont* sei — wie die Rechtsnormen überhaupt eine Norm, nicht ein blosses Faktum. Sie ist keineswegs so gemeint, dass unter allen Umständen tatsächlich gestraft und exequiert werden müsse. Die grosse Mehrzahl der Menschen zahlt bekanntlich ihre Schulden, ohne dass das Gericht einzuschreiten genötigt wäre, und es sitzt auch nur eine verhältnismässig geringe Anzahl von Menschen jeweils hinter Schloss und Riegel. Die tatsächliche Anwendung des physischen Zwanges stellt also nur den äussersten Fall, die *ultima ratio* vor. Es ist sehr richtig darauf hingewiesen worden, dass die Sanktion eigentlich die Verbindung eines physischen Zwanges mit einem psychischen Zwange sei. Letzterer wird dadurch ausgeübt, dass der physische Zwang als *ultima ratio* in Aussicht gestellt wird. Um den physischen Zwang in die Tat umzusetzen, bedarf es einer Organisation, eines Zwangsapparates. Daher die grosse Bedeutung der Gerichte und sonstigen Behörden für den Staat. Im Funktionieren des Zwangsapparates zeigt sich deutlich der gesellschaftliche Charakter des Rechtes. Es ergibt sich daraus aber auch die innige Verknüpfung des Rechtes mit der Macht. Hinter dem geltenden Rechte muss immer irgend eine gesellschaftliche Macht stehen, weil sonst die Durchsetzung des Rechtes, die zu seiner Positivität gehört, nicht gewährleistet ist. Recht und Macht sind also nicht Gegensätze. Das Recht ist vielmehr eine bestimmte Art der gesellschaftlichen Macht, wodurch aber sein Normcharakter keineswegs tangiert wird ⁵. Damit kommen wir zum *zweiten* Merkmal, durch das sich die Rechtsnormen von den Sittennormen unterscheiden. Das ist ihre begriffsnotwendige *Stabilität* ⁶. Man spricht herkömmlicherweise von einer Rechtsordnung nur in dem Fall, wenn hinter einem Komplex sanktionierter gesellschaftlicher Normen eine solche Fülle von Macht

cation d'une contrainte physique à l'encontre de celui qui viole certaines normes. Or toute règle de droit est une règle sanctionnée, susceptible de s'imposer par la contrainte. En fait la contrainte apparaît sous les deux aspects de la peine et de l'exécution forcée. Celle-ci se propose de réparer le préjudice, au sens le plus large de ce terme, résultant de la méconnaissance des règles de droit ; les peines au contraire sont des moyens dont le législateur dispose pour nuire à ceux qu'il veut punir et pour préserver la société des infractions aux règles qui la gouvernent. Il importe de noter au demeurant que les sanctions sont des règles identiques aux autres règles de droit et non pas des faits. D'ailleurs le législateur ne les a pas conçues comme des procédés qui doivent intervenir normalement. En réalité la plupart des débiteurs payent leurs dettes sans qu'il y ait lieu à saisies et les prisons ne renferment qu'une infime fraction de l'humanité. L'application effective de la contrainte physique est un cas extrême ; c'est une *ultima ratio*. On en déduit assez logiquement que la sanction est en réalité une combinaison de contrainte physique et de contrainte psychologique.

La perspective d'une mise en œuvre de la force physique joue le rôle de contrainte. Pour appliquer les sanctions il faut aménager tout un appareil de contrainte. D'où le très grand rôle dans l'Etat des tribunaux et des autorités administratives. L'existence de pareille organisation dénote bien le caractère social du droit et prouve en même temps sa con-

steht, dass die betreffende Ordnung sich nicht nur vorübergehend, sondern für eine gewisse Dauer durchsetzen kann und auf solche Weise die geordnete Abwicklung des gesellschaftlichen Lebens gewährleistet wird. Aus dem Gesagten ergibt sich nachstehende Begriffsbestimmung: *Recht ist die stabile, sanktionierte soziale Norm.*

Diese Andeutungen über den Rechtsbegriff müssen im gegenwärtigen Zusammenhange genügen. Die Anwendung auf unsere Spezialfrage wird unten erfolgen.

Was die Literatur über das Gewohnheitsrecht betrifft, sei bemerkt, dass wir uns auf die Heranziehung des *deutschen* Schrifttums beschränken wollen. Dabei kann Vollständigkeit nicht einmal angestrebt werden. Es wird sich vielmehr bloss darum handeln, die Aufmerksamkeit der internationalen Gelehrtenwelt auf die eine oder andere in deutscher Sprache vor nicht all zu langer Zeit erschienene Publikation zu lenken, worin zu unserer Frage Stellung genommen wird. Die ungeheuer angewachsene Fachliteratur und der zur Verfügung stehende bescheidene Raum zwingen zu einer mehr oder weniger willkürlichen Auslese. Damit soll aber — wie ausdrücklich hervorgehoben sei — die nichtdeutsche Literatur, die gerade in der Rechtsquellenlehre so glänzende und weithin bekannte Namen wie den eines *Gény*, *Lambert*, *Austin* u.s.w. aufweist, in ihrer Bedeutung keineswegs herabgemindert werden.

nexion intime avec la force. A l'arrière plan de toute législation en vigueur apparaît en effet une force sociale sans quoi l'application du droit que postule cependant son caractère positif ne serait plus assurée. La force et le droit ne sont pas des antinomies. Le droit est une certaine manière d'être de la puissance sociale ce qui n'altère d'ailleurs en aucune façon son caractère normatif. Ceci amène à constater une seconde différence entre le droit et l'usage : il s'agit de la stabilité nécessaire des concepts juridiques. L'expression de règle de droit n'est en effet utilisée que lorsqu'on discerne derrière la masse des normes sociales sanctionnées une force suffisante pour pouvoir les appliquer non pas seulement de façon transitoire mais de manière prolongée. Le développement harmonieux de la vie sociale est en effet à ce prix. Dès lors on peut affirmer que *le droit est un ensemble de normes sociales stables et sanctionnées*. Le cadre de la présente étude ne permet pas de pousser plus loin ces développements. Il importe d'appliquer maintenant les résultats acquis à notre matière spéciale.

Parmi les ouvrages relatifs à notre sujet nous n'avons retenu que la littérature allemande. Dans ces conditions nous ne pouvons prétendre à être complets. Nous avons simplement voulu attirer l'attention des savants étrangers sur certaines publications allemandes récentes où il a été pris position vis-à-vis du problème du droit coutumier. Les monographies sur la matière sont nombreuses — la place dont nous disposons est restreinte. Nous avons été contraints à faire un tri plus ou moins arbitraire : négliger la doctrine étrangère et ses très brillants représentants — *Gény*, *Lambert*, *Austin*... — n'est aucunement méconnaître son importance. Nous tenons à le dire expressément.

II. Normativität und Faktizität im Gewohnheitsrecht

Die Problematik des Gewohnheitsrechtes gipfelt in der Lehre von den sogenannten „Erfordernissen“ des Gewohnheitsrechtes. Woran erkennt der Rechtsanwender, ob ein ungeschriebener Satz des Gewohnheitsrechtes vorliegt oder nicht? Das ist ohne Zweifel der die Theorie und Praxis in gleichem Masse interessierende springende Punkt unseres Problems. Da das Gewohnheitsrecht eine Spezies der Gattung Recht ist, können die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes nicht im Widerspruche stehen mit dem oben analysierten Begriffe des Rechtes. Von dem, was wir über das Recht im allgemeinen gesagt haben, kommt aber für das Verständnis des Gewohnheitsrechtes insbesondere das Moment der Normativität und Faktizität in Betracht. Wer das Wesen des Gewohnheitsrechtes blosslegen will, muss zeigen, *inwieferne Normativität und Faktizität, ohne die keine rechtliche Erscheinung möglich ist, im Gewohnheitsrechte vorkommen und was sie für dieses bedeuten*. Alle anderen das Gewohnheitsrecht berührenden Probleme sind diesem Hauptprobleme gegenüber von untergeordneter Bedeutung und können in der gegenwärtigen kurzen Skizze mehr oder weniger vernachlässigt werden.

Wir beschäftigen uns zunächst mit der *Normativität* des Gewohnheitsrechtes⁷. Dass die Sollgeltung wie für das Recht überhaupt so auch für das Gewohnheitsrecht gegeben sein müsse, ist in der Theorie unbestritten. Wann sie im Einzelfall gegeben ist, wann eine ungeschriebene Rechtsnorm von den Beteiligten als solche empfunden wird, ist ein massenpsychologisches Problem. Die gangbaren Theorien des Gewohnheitsrechtes sind denn auch ausnahmslos sozio-

La normativité et la réalité du droit coutumier

Le nœud de notre sujet est la question des conditions d'existence du droit coutumier. A quels signes l'interprète reconnaîtra-t-il les prescriptions coutumières? Tel est le problème central, d'allure à la fois théorique et pratique, qu'il faut aborder maintenant. Les conditions d'existence du droit coutumier ne peuvent être en contradiction avec les conditions d'existence du droit en général: le droit coutumier n'est-il pas en effet une branche du droit en général? En particulier il importe de lui appliquer ce que nous avons dit de la normativité et de la réalité des règles juridiques, de scruter dans quelle mesure le facteur psychologique et le facteur matériel qui sont les véritables fondements de toutes les normes juridiques s'y retrouvent et quel y est leur rôle exact. Pareilles recherches sont indispensables pour mettre en pleine lumière la nature du droit coutumier: elles constituent le problème fondamental à résoudre et dont tout le reste découle. Aussi bien feront-elles seules l'objet de ce chapitre.

Analysons d'abord la normativité du droit coutumier. La force impérative de la coutume doit incontestablement s'expliquer comme celle du droit en général: s'appliquer à la découvrir dans chaque espèce, rechercher si tel milieu social conçoit telle règle non écrite comme une norme juridique, voilà toujours des problèmes de psychologie collective. Les théories courantes sur la formation du droit coutumier sont toutes

logischer Natur. Das gilt nicht nur von der durch die Namen eines *Savigny* und *Puchta* berühmt gewordenen Theorie der historischen Rechtsschule, die bekanntlich die Normativität des Gewohnheitsrechtes auf das Wirken des sogenannten „Volksgeistes“ zurückführt, sondern auch von allen anderen unter verschiedenen Bezeichnungen (Willens-, Ueberzeugungs-, Gestattungstheorie u.s. w.) bekannt gewordenen Theorien. Der massenpsychologische Tatbestand, um den es sich da handelt, wird wohl am besten mit dem Ausdrucke „Rechtsüberzeugung“ bezeichnet ⁸. Auf die Psychologie des rechtlichen Geltens ⁹ kann in diesem Zusammenhange nicht näher eingegangen werden, es soll vielmehr nur der Punkt berührt werden, der für das Verständnis des Gewohnheitsrechtes unumgänglich notwendig erscheint, d.i. die Frage, bei wem die Ueberzeugung gegeben sein müsse. Darauf haben die historische Rechtsschule und ihre Anhänger geantwortet: das Volk. Es ist längst erkannt worden, dass diese Antwort keineswegs auf alle Fälle passt ¹⁰. Es soll nicht geleugnet werden, dass in relativ primitiven Verhältnissen sehr viele Normen des Gewohnheitsrechtes sehr tief in das Bewusstsein der breiten Massen eindringen, je komplizierter aber die sozialen Verhältnisse sich gestalten, desto kleiner wird der Kreis der für die Rechtsüberzeugung in Betracht kommenden Personen sein ¹¹. Das gesamte Volk, d.i. die Summe ausnahmslos aller Rechtssubjekte als Träger der Rechtsüberzeugung ist eine Fiktion, deren Haltlosigkeit bezüglich des geschriebenen Rechtes, das, um „positiv“ zu werden, nicht weniger wie das Gewohnheitsrecht psychologisch eingebettet sein muss, auf den ersten Blick einleuchtet, die aber in Hinsicht auf das Gewohnheitsrecht noch immer nicht ganz ausgerottet zu sein scheint. Da ein einheitlicher Volksgeist, an den die

d'essence sociologique. Tel est d'abord le cas de la célèbre théorie historique de Savigny-Puchta qui fait découler la normativité du sentiment juridique de la conscience populaire. Mais cela est aussi vrai des autres théories sur le fondement de la coutume (théorie de l'assentiment des intéressés, théorie du consentement du législateur, théorie de la croyance populaire). Le phénomène de psychologie sociale qui est en cause se résume en un véritable acte de foi dans l'existence d'une règle de droit. Il nous est impossible de pénétrer ici plus en avant dans l'étude de cet élément psychologique auquel on attribue l'autorité de la coutume. La compréhension de notre étude n'en demande pas tant. Il nous suffira de déterminer chez quel public, auprès de quelles personnes la croyance au caractère obligatoire de nos règles doit exister. Les partisans de l'école historique parlent du peuple. Mais pareille réponse n'épuise pas la question. Aux époques primitives sans doute les préceptes coutumiers pénétrèrent très largement dans la conscience des masses populaires, mais au fur et à mesure que les rapports sociaux se compliquent la sphère des personnes susceptibles d'avoir des convictions juridiques se restreint. Exiger que celles-ci existent chez le peuple tout entier, c'est-à-dire chez l'ensemble des sujets, c'est méconnaître la réalité et aboutir à une fiction. S'agissant du droit écrit qui ne devient réellement positif — tout comme le droit coutumier — que par suite de la conviction chez ceux qui l'observent de sa force obligatoire — pareille conception a été rapidement

historische Rechtsschule geglaubt hat, nicht nachweisbar ist, wird man die Rechtsüberzeugung wohl in Vorgänge der Einzelseelen zerlegen müssen, die in einer hier nicht weiter zu verfolgenden Synthese zur Einheit der Rechtsgemeinschaft verschmelzen. Als besonders wichtige Träger der Rechtsüberzeugung kommen neben den der Norm Unterworfenen die Verwaltungsbehörden und Gerichte und die sonstigen zur Durchsetzung des Gewohnheitsrechtes unentbehrlichen Machtfaktoren — man denke an die oben erörterte Sanktion, ohne die eine Rechtsordnung unmöglich ist — in Betracht, denn es liegt auf der Hand, dass ein Gewohnheitsrechtssatz, dessen Sollgeltung nicht in einem Machtapparat verankert ist, nicht in das positive Rechtssystem Eingang finden kann. Die Rechtsüberzeugung als Erfordernis des Gewohnheitsrechtes ist nicht identisch mit Gerechtigkeitsüberzeugung. Nach dem, was wir in der Einleitung über das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit im allgemeinen gesagt haben, ist es einleuchtend, dass es auch unmoralisches, d.h. ungerechtes Gewohnheitsrecht geben kann. Es ist somit *Brie* vorbehaltlos zuzustimmen, wenn er sagt : „Zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes genügt jedoch nicht die Ueberzeugung der Mitglieder des Verbandes, dass für ihre gegenseitigen Beziehungen ein bestimmter Rechtssatz *gerecht* oder *zweckmässig* sei ; darin würde zunächst nur ein Motiv zu einer bewussten Rechtsbildung dieses Inhaltes liegen. Die Ueberzeugung muss vielmehr dahin gehen, dass der betreffende Satz bereits *rechtliche Geltung* für die Mitglieder *habe*, ein Teil der Rechtsordnung des Verbandes sei (*opinio iuris s. necessitatis in diesem Sinne*). Eine solche Ueberzeugung wird sich vielfach unwillkürlich unter der Einwirkung der Anschauung von

reconnue inadmissible et éliminée. Il ne semble pas que le droit coutumier soit allé aussi loin.

La conscience populaire collective à laquelle a cru l'école historique n'existe pas. Il faut donc étudier le phénomène de la croyance à l'autorité de la coutume chez les individus et rechercher comment les diverses opinions individuelles s'amalgament en un sentiment du droit collectif et unitaire. Il est impossible d'entrer dans le détail de tous ces développements. On notera seulement qu'une très grande importance s'attache aux convictions des tribunaux, des autorités administratives et des autres organes chargés d'appliquer le droit. Il faut en effet tenir compte du point de vue de la sanction ; sans sanction il n'y a pas de règle de droit ; une règle coutumière ne fait partie du droit positif qu'autant que sa force obligatoire est garantie par un appareil de contrainte. La croyance juridique qui est l'une des conditions d'existence du droit coutumier n'est donc pas le sentiment du « juste ». Après tout ce qui a été dit dans notre introduction sur le droit, la morale et les usages il est évident qu'il peut exister des coutumes injustes et immorales. Aussi bien faut-il approuver M. Brie quand il écrit, la conviction des membres du groupe social que l'application à leurs relations de telles règles serait juste ou opportune n'est pas suffisante pour créer la coutume. Une telle conviction ne serait qu'un motif pour une mise en œuvre juridique et consciente de la réglementation pressentie. Il n'existe de coutume qu'autant que les membres du groupe social reconnaissent force obligatoire à ces règles et les considèrent comme un fragment de leur droit objectif.

der Vernunftgemässheit des Satzes bilden; es können dafür aber auch andere Momente, vor allem der Glaube, dass eine gesetzliche Bestimmung dieses Inhaltes bestehe, mehr oder weniger massgebend sein ¹².“

Was die *Faktizität* des Gewohnheitsrechtes betrifft, kommt sie in der mit der Rechtsüberzeugung Hand in Hand gehenden *Uebung* der Beteiligten zum Ausdruck. Nur durch die Uebung wird das Gewohnheitsrecht äusserlich erkennbar. Die Uebung muss eine dauernde sein. In der Regel wird es sich um eine Gewohnheit, d.h. um durch längere Zeiträume hindurch wiederholtes, gewohnheitsmässig vor sich gehendes Verhalten handeln. Daraus ergibt sich die besonders nahe Verwandtschaft des Gewohnheitsrechtes mit der Sitte ¹³. Wie lange die Uebung andauern muss, damit eine soziale Norm sich zur Gewohnheitsrechtsnorm verdichte, lässt sich nicht ein für allemal sagen ¹⁴. Neben einem Gewohnheitsrecht, das viele Jahrhunderte alt sein mag, gibt es solches, das verhältnismässig jungen Datums ist. Man denke in letztere Beziehung etwa an einen erfolgreichen revolutionären Umsturz, durch den ein Staat mit ganz oder teilweise ungeschriebener Verfassung geschaffen wird. In einem solchen Falle wird mit der Konsolidierung des neuen Staates in relativ kurzer Zeit Gewohnheitsrecht zur Entstehung kommen. Bezüglich des Kreises der Personen, in dem die Uebung stattfindet, gilt das von der Rechtsüberzeugung Gesagte. Zur Lebensfähigkeit des Gewohnheitsrechtes genügt selbstverständlich die Uebung der Normunterworfenen nicht, sondern es muss dazu ein entsprechendes Verhalten der Machthaber kommen. Daher die grosse Bedeutung der Judikatur für die Bildung des Gewohnheitsrechtes. Andererseits ist es unseres Erachtens eine unstatthafte Uebertreibung, im Gewohnheitsrecht *ausschliesslich* von Richtern geschaffenes Recht zu erblicken ¹⁵. Der Richter ist keineswegs der alleinige Schöpfer des Gewohnheitsrechtes. Auch in denjenigen Fällen, die er *sehr* weitgehend beeinflusst — man denke an die Tätigkeit der mittelalterlichen

D'ordinaire cette *opinio juris sive necessitatis* résulte spontanément de la rationalité de la règle en cause ; mais d'autres facteurs peuvent aussi contribuer à son apparition — par exemple la croyance à l'existence d'une réglementation légale.

La réalité du droit coutumier se manifeste par l'application constante qu'en font ceux qui sont persuadés de son caractère obligatoire ; les règles coutumières ne s'extériorisent que par leur application continue. L'on doit être en présence d'une habitude c'est-à-dire d'une répétition prolongée et habituelle des mêmes attitudes. L'on entrevoit aussitôt la parenté très étroite du droit coutumier et de l'usage. La durée au bout de laquelle une norme sociale se mue en norme coutumière ne peut être précisée par avance. Il y a des règles coutumières qui sont vieilles de plusieurs siècles et il y en a de récentes. Celles-ci apparaissent surtout à la suite de révolutions lorsque les révolutionnaires victorieux imposent à l'Etat une constitution non écrite ou seulement partiellement écrite : si le nouveau système étatique se consolide on verra apparaître rapidement du droit coutumier. La sphère sociale dans laquelle l'habitude doit se pratiquer se détermine aisément : il suffit de renvoyer

Schöffen- wirkt er auf den Inhalt des Gewohnheitsrechtes nur als einer von mehreren Faktoren ein. Die Faktizität des Gewohnheitsrechtes bezieht sich nicht nur auf die Vergangenheit und Gegenwart, sondern in gewissem Sinne auch auf die Zukunft. Das hängt mit der oben berührten Stabilität der Rechtsordnung zusammen. Von Gewohnheitsrecht kann nur die Rede sein, wenn es nicht nur bis jetzt so gehalten worden ist, sondern die Wahrscheinlichkeit besteht, dass es auch in Hinkunft so gehalten werden wird¹⁶. Womit natürlich nicht gesagt sein soll, dass sich die Gewohnheitsrechtsregel in jedem einzelnen Falle ausnahmslos durchsetzen muss. Es gehört ja mit zum Begriffe des Rechtes als sozialer Norm, dass ein gelegentliches Abweichen davon seiner Geltung nicht Abbruch tut. Die Abweichungen sind bekanntlich gerade beim Gewohnheitsrecht verhältnismässig häufig.

Aus der von uns vertretenen Begriffsbestimmung des Rechtes ergibt sich, dass Normativität und Faktizität *gleichzeitig* gegeben sein müssen, damit Gewohnheitsrecht zustande kommen kann. Es ist nicht etwa so, dass die Rechtsüberzeugung das zeitlich Vorhergehende wäre, an das sich nachher die Uebung bloss anschliesst. Es ist auch nicht so, wie *Puchta* und *Savigny* gelehrt haben, dass die allgemeine Rechtsüberzeugung bereits an und für sich Recht sei und die tatsächliche Uebung nur als Erkenntnisquelle des Gewohnheitsrechtes hinzu komme. Eine solche Auffassung muss als naturrechtlich entschieden abgelehnt werden¹⁷. Im Gegensatze zur sogenannten „spiritualistischen“ Theorie verdient die Bedeutung der Faktizität gerade für das Gewohnheitsrecht besonders hervorgehoben zu werden. Es ist kein Zufall, dass die sogenannte „Reine

à ce qui a été dit plus haut à propos de la croyance à l'autorité de la coutume. Pour que le droit coutumier soit réellement viable l'adhésion de ceux qui lui sont soumis est au demeurant insuffisante. L'appui des gouvernants est nécessaire. D'où le rôle très important joué par les tribunaux dans l'élaboration du droit coutumier. Il faut cependant se garder des exagérations et des opinions qui font du droit coutumier un simple droit prétorien. Le juge n'est pas le seul créateur du droit coutumier. Il n'a qu'un rôle limité même dans les cas où son pouvoir discrétionnaire joue à plein — qu'on songe en effet à l'autorité des échevins du moyen âge.

La réalité du droit coutumier s'applique non seulement au passé et au présent mais aussi à l'avenir. Il faut en effet tenir compte de la stabilité des règles de droit. On ne peut parler de droit coutumier que lorsqu'il y a des probabilités sérieuses en faveur d'une application dans l'avenir des règles suivies actuellement. Pareil point de vue n'implique pas au demeurant la nécessité d'une application inconditionnée des règles coutumières : le droit est une norme sociale ; sa force obligatoire n'est pas entamée lorsqu'on néglige dans certains cas particuliers de suivre ses préceptes. En fait les infractions au droit coutumier sont fréquentes.

Il n'y a de véritable droit coutumier que si les deux facteurs matériel et psychologique coexistent. La croyance à l'autorité de la coutume ne doit pas être analysée comme une manifestation préalable sur laquelle se greffera peut être plus tard une certaine pratique ; elle n'est pas non

Rechtslehre“, als deren Hauptvertreter *Kelsen* (Köln, früher in Wien)*, *Verdross* und *Merkel* (die beiden letzteren in Wien) zu gelten haben, der theoretischen Behandlung des Gewohnheitsrechtes bisher — von gelegentlichen Stellungnahmen abgesehen — aus dem Wege gegangen ist. Wenn man mit der ausschliesslichen Normativität des Rechtes Ernst macht und das Recht von den Tatsachen des sozialen Lebens völlig isoliert, erhält man wohl ein „reines“ Recht, muss aber der Problematik des Gewohnheitsrechtes ratlos gegenüberstehen. Unser Spezialproblem drängt die Aufnahme der Faktizität in den Begriff des Rechtes gebieterisch auf. Das bedeutet aber keineswegs die Preisgabe der spezifisch juristischen Methode und die Auflösung der Jurisprudenz in Soziologie, wie gelegentlich befürchtet wird.

Die mangelnde authentische sprachliche Formulierung des Gewohnheitsrechtes gibt ihm eine verhältnismässig starke Unsicherheit und macht es zur Beherrschung komplizierter gesellschaftlicher Zustände wenig geeignet. Es kann daher nicht Wunder nehmen, dass in unserem Zeitalter, das durch einen rasenden technischen Fortschritt und durch ein nie dagewesenes Anschwellen der Quantität der Rechtsnormen gekennzeichnet ist, das Gewohnheitsrecht, das seiner ganzen Struktur nach auf das Konservative eingestellt sein muss, immer mehr in den Hintergrund gedrängt wird. Die politischen Fragen, die uns heute bedrängen, lassen sich mit einem Komplex ungeschriebener Rechtsnormen schlechterdings nicht meistern. Andererseits ist aber auch an ein völliges Aussterben des Gewohnheitsrechtes in absehbarer Zeit nicht zu denken, wenn man erwägt, dass das Verfassungsrecht eines so mächtigen Staates wie des Britischen

plus contrairement à ce qu'enseignaient Savigny et Puchta une base suffisante, d'où découlent des règles parfaites qui ne feraient que s'extérioriser par leur mise en œuvre. Ce sont là des conceptions de droit naturel inadmissibles. Le rôle de ce facteur de fait doit être particulièrement mis en vedette : cela a précisément été le tort des théories spiritualistes de le méconnaître. Il n'est pas étonnant en effet que la doctrine du droit pur, dont les principaux représentants sont Kelsen, Verdross et Merkel, ait négligé à quelques exceptions près notre maxime. Celui qui ramène le droit à un ensemble de normes et l'isole de toutes les contingences de la vie sociale pour créer un système de droit pur est incapable de résoudre le problème de la coutume. Notre matière fait pénétrer le point de vue du fait dans le concept du droit. Ce n'est pas à dire toutefois qu'il faille jeter par dessus bord les méthodes spécifiquement juridiques et réduire le droit à la sociologie.

L'insuffisance de son extériorisation authentique grève le droit coutumier d'incertitude. De fait il est très peu apte à saisir des relations sociales complexes. A une époque de grand progrès technique et d'accroissement massif des règles de droit la coutume, essentiellement conservatrice de par sa structure, passe fatalement à l'arrière plan. Les

* Depuis l'époque où cette étude a été écrite, Kelsen a quitté Cologne pour l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève. La doctrine du « droit pure » est exposée, et confrontée avec les doctrines de Gény, dans l'étude de Sedláček qui forme un des chapitres de la 2^e partie du tome 1 de ce Recueil.

Weltreiches auch heute noch auf dem Herkommen beruht und dass auch die Grundlagen des Völkerrechtes, das an praktischer Bedeutung mit der Beendigung des Weltkrieges ausserordentlich zugenommen hat, gewohnheitsrechtlicher Natur sind ¹⁸. Aber auch in den anderen Rechtsgebieten (Zivilrecht, Handelsrecht u.s.w.) kommt noch gelegentlich Gewohnheitsrecht zur Anwendung. Die Beschäftigung mit unserem Problem erscheint daher — abgesehen von dem theoretischen Reiz, den sie bietet — auch vom Standpunkte der Rechtspraxis immer noch gerechtfertigt.

III. Gewohnheitsrecht und geschriebenes Recht

Unter den Einzelfragen, mit denen sich die Theorie des Gewohnheitsrechtes immer wieder beschäftigt, wollen wir nur die wichtigste, soweit es der noch zur Verfügung stehende Raum gestattet, kurz berühren. Wir meinen das Verhältnis des Gewohnheitsrechtes zum geschriebenen Recht, insbesondere zum Gesetz.

Bei Behandlung dieses Problemes muss man sich vor Augen halten, dass die Frage nicht — wie es so häufig geschieht — ein für allemal gleichlautend beantwortet werden kann. Man hat vielmehr drei in ihrer Struktur sehr verschiedene Relationen zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht auseinander zu halten, die wir als *delegierendes*, *delegiertes* und *derogierendes* Gewohnheitsrecht bezeichnen wollen. Zu dieser Unterscheidung sei Nachstehendes bemerkt.

questions politiques qui se posent aujourd'hui à nous ne se résolvent guère à l'aide de règles non écrites. Il ne semble pas cependant que le droit coutumier doive disparaître : le droit constitutionnel de l'empire britannique, le droit des gens qui a pris un essor nouveau depuis la fin des dernières hostilités sont purement coutumiers ; certaines parties du droit civil et du droit commercial sont également régies par la coutume. Aussi bien par delà son charme doctrinal notre sujet ne manque pas d'importance pratique.

Droit coutumier et droit écrit

Parmi les questions particulières que soulève notre matière on n'en retiendra qu'une seule, la plus importante celle des rapports de la coutume avec le droit écrit et en particulier avec la loi. Contrairement à ce que pense l'opinion courante il est impossible de donner une solution unique à ce problème. En réalité il faut distinguer trois types de relations bien différenciées dans leur structure : ou bien la coutume est génératrice de droit écrit, ou bien elle est confirmée par le droit écrit, ou bien elle est dérogatoire au droit écrit. Dans les limites dont elle dispose encore, la présente étude sera consacrée à l'analyse de ces situations.

La coutume est dite génératrice de droit écrit quand elle est à la base de l'élaboration de celui-ci. Dans ce cas le droit écrit existe en vertu de la coutume et lui est logiquement subordonné. Pareil phénomène est fréquent en droit constitutionnel. Supposons un pays où la fonction législative est réglementée non pas par une constitution écrite mais par la coutume : le rapport qui s'établit alors entre la constitution et la loi

Delegierendes Gewohnheitsrecht liegt vor, wenn durch eine ungeschriebene Rechtsnorm eine Instanz zur Setzung geschriebenen Rechtes ermächtigt wird. In einem solchen Falle ist das geschriebene Recht dem ungeschriebenen logisch untergeordnet, führt das geschriebene Recht seine Existenz auf das ungeschriebene zurück. Das Verfassungsrecht ist reich an Beispielen dieser Art. Wo der Weg der Gesetzgebung nicht durch eine Verfassungsurkunde, sondern gewohnheitsrechtlich geregelt ist, haben wir es mit dieser Art von Gewohnheitsrecht zu tun, wenn wir das Verhältnis der auf Grund der verfassungsrechtlichen Ermächtigung tatsächlich ergangenen Gesetze zur Verfassung ins Auge fassen. Die gleiche Relation ist gegeben, wenn der absolute Monarch, dessen Rechtsstellung durch das Herkommen geregelt ist, geschriebene Rechtsnormen allgemeinen Charakters erlässt. Man muss sich aber *wohl* davor hüten, die möglichen Fälle delegierenden Gewohnheitsrechtes zu verabsolutieren und *alles* geschriebene Recht begriffsnotwendig auf ein ungeschriebenes Verfassungsrecht zurückzuführen¹⁹. Man kommt über die Tatsache nicht hinweg, dass es auch geschriebene Verfassungen gibt. Der revolutionäre Vorgang der Erlassung einer solchen lässt sich aber rechtlich schlechterdings nicht erfassen. Auch nicht gewohnheitsrechtlich. Es ist daher unmöglich, die revolutionäre geschriebene Verfassung, die nur als unmittelbar gegebener Rechtsstoff denkbar ist, von etwas über ihr Stehendem abzuleiten. Es hat auch keinen Sinn zum Zwecke der besseren Verankerung der geschriebenen Verfassung in der sozialen Wirklichkeit das Moment der Faktizität, das im geschriebenen Recht ohnehin bereits enthalten ist, durch Heranziehung eines bei Vorhandensein primären geschriebenen Verfassungsrechtes nicht nachweisbaren delegierenden Gewohnheitsrechtes verdoppeln zu wollen.

Von *delegiertem* Gewohnheitsrecht ist die Rede, wenn umge-

élaborée en vertu de l'habilitation constitutionnelle ressort bien à cette situation que nous avons qualifiée de coutume génératrice de droit écrit. Une hypothèse analogue est celle du monarque investi traditionnellement du pouvoir absolu et qui prend des ordonnances réglementaires. Il ne faut cependant pas donner une portée trop absolue à cette notion de coutume génératrice de droit écrit, ni se croire obligé de rattacher tout le droit écrit à des coutumes constitutionnelles préexistantes. D'une part il y a des conditions écrites ; c'est un fait. D'ordinaire elles sont le produit de révolutions et leur origine est difficile à qualifier au point de vue juridique. Mais il est certain qu'il ne s'agit pas de droit coutumier : les constitutions qui apparaissent au cours de révolutions constituent une matière juridique immédiate qu'il est impossible de déduire de principes juridiques antérieurs. Par ailleurs l'on fait quelquefois appel à l'idée de coutume génératrice de droit écrit pour renforcer la « réalité » d'une constitution écrite et la consolider au sein du corps social. Est-ce bien nécessaire ? Les règles écrites impliquent déjà suffisamment par elles-mêmes cette réalité ; d'autre part s'agissant de constitutions écrites primitives il n'y a pas de coutume à laquelle on puisse faire allusion.

La coutume confirmée est celle qui est réductible à un droit écrit

kehrt dieses auf übergeordnetes geschriebenes Recht rückführbar ist. Somló spricht in diesen Fällen von „sekundärem“ Gewohnheitsrecht²⁰. Dass es solches gibt, lässt sich nicht leugnen. Es liegt überall dort vor, wo der Gesetzgeber auf „Gewohnheiten“ oder „Gewohnheitsrecht“ ausdrücklich verweist. Auch die vom Gesetzgeber rezipierten „Verkehrssitten“, „Usancen“ und dgl. gehören hierher. Dass das vom Gesetz delegierte Gewohnheitsrecht mit ersterem nicht im Widerspruche stehen kann, liegt auf der Hand. Die Delegierung durch den Gesetzgeber ist keineswegs bedeutungslos oder überflüssig, wie gelegentlich behauptet wird. Zumindest ist sie dazu geeignet, etwaige Zweifel über die Geltung gewisser Gebräuche und Volkssitten zu beheben. Das delegierte Gewohnheitsrecht ist ungeachtet seiner engen Verknüpfung mit dem Gesetz nicht ein Bestandteil dieses, was sich unzweideutig aus dem Mangel der ausdrücklichen sprachlichen Formulierung ergibt²¹. Ebenso wie das delegierende stellt sich auch das delegierte Gewohnheitsrecht nur als eine Möglichkeit, nicht als eine logische Notwendigkeit dar. Es ist und muss keineswegs alles Gewohnheitsrecht vom Gesetzgeber delegiert sein, wie die sogenannte Gestattungstheorie annehmen zu sollen glaubt. Das wird sich bei der nunmehr einsetzenden Betrachtung des *derogierenden* Gewohnheitsrechtes sogleich zeigen.

Der Zusammenhang zwischen geschriebenem Recht und Gewohnheitsrecht kann nämlich auch auf andere Weise hergestellt werden als dadurch, dass das eine auf das andere verweist. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass gar nicht selten in das System des geschriebenen Rechtes sozusagen von aussen unmittelbar ungeschriebene Rechtsnormen eindringen und von den beteiligten Untertanen und Machthabern als Rechtsnormen anerkannt und eingehalten werden, ebenso wie das geschriebene Recht. Wenn solches ursprüngliches Gewohnheitsrecht mit dem geschriebenen Recht nicht im Widerspruche steht, liegt ein Problem nicht vor. Die beiden Arten von Recht bestehen nebeneinander und ergänzen sich, ohne dass daraus für den Anwender oder wissenschaftlichen Bearbeiter der betreffenden Rechts-

préexistant. Somló parle de coutume secondaire ; peu importe le terme ; l'institution a une importance qu'on ne peut méconnaître ; car c'est très fréquemment que le législateur abandonne le règlement de tel ou de tel point aux usages, à la coutume, aux usances et aux pratiques commerciales, qui ont trouvé accueil dans nos codes. Ce droit coutumier ne peut pas être en contradiction avec la loi. Il est faux de dire que la consécration législative est superflue, car elle a l'utilité d'écarter les hésitations possibles au sujet de la force obligatoire de certains usages ou habitudes. Le droit coutumier dont il s'agit ici, malgré sa liaison très intime avec la loi, n'est pas un fragment de la loi : les termes de celle-ci qui se bornent à un très vague renvoi le prouvent surabondamment. Analogue en cela au droit coutumier générateur de droit écrit le droit coutumier confirmé n'est qu'une possibilité : la confirmation légale d'une coutume n'est pas chose nécessaire ; toute coutume ne doit pas être investie de la consécration législative. L'erreur des théories qui exigent toujours pareil assentiment apparaîtra mieux au cours des développe-

ordnung Schwierigkeiten erwachsen würden. Es kommt aber auch vor, dass sich ursprüngliches Gewohnheitsrecht bildet, das mit dem Texte des geschriebenen Rechtes im Widerspruche steht, ja sogar, dass ein solches Gewohnheitsrecht entsteht, trotzdem es der Gesetzgeber ausdrücklich verbietet. Das ist der Fall des *derogierenden* Gewohnheitsrechtes. Es ist ein alter Streit unter den Juristen, ob dem Gewohnheitsrechte tatsächlich derogierende Kraft zukomme. Wer wie wir das Wesen des Rechtes in einer eigenartigen Verquikung von Normativität und Faktizität erblickt, kann die Möglichkeit nicht in Abrede stellen, dass durch die Macht der sozialen Tatsachen Gesetzesrecht, das formell nicht ausser Kraft gesetzt wurde, im Laufe der Zeit durch Ueberhandnehmen des Gewohnheitsrechtes ausser Geltung gesetzt werde. Man kommt bei aller Anerkennung der Normativität des Rechtes darüber nicht hinweg, dass das Recht nur solange als geltend betrachtet werden kann, als die gesellschaftliche Macht hinter ihm steht. Die Aeusserung des Gesetzgebers muss daher den Rechtscharakter einbüßen, wenn die Realisierung dauernd ausbleibt ²².

Wer die derogierende Kraft des Gewohnheitsrechtes leugnet, setzt sich mit dem Begriffe des Rechtes und mit den gesellschaftlichen Tatsachen in Widerspruch. Ungeachtet dessen wird in einer überreichen Literatur gegen die Gleichrangigkeit des Gewohnheitsrechtes mit dem Gesetze und die Anwendung der alten Formel *Lex posterior derogat priori* auf die beiden Rechtsquellen immer wieder Stellung genommen. Die vorgebrachten Gegengründe sind aber unseres Erachtens nicht durchschlagend. Das gilt auch von zwei Stimmen, die in letzter Zeit laut geworden sind. Wir meinen Walter Burckhardt ²³ und Adolf Merkel ²⁴, die deswegen Beachtung ver-

ments que nous allons consacrer maintenant aux coutumes dérogatoires aux règles écrites.

La liaison entre le droit écrit et le droit coutumier peut être établie autrement que par des renvois de l'un à l'autre : il y a encore d'autres modalités. C'est un fait d'expérience que des règles de droit non écrites et indépendantes pénètrent quelquefois dans le système juridique constitué par le droit écrit et que gouvernés et gouvernants les reconnaissent et observent tout comme des lois. Lorsque ces règles coutumières ne se mettent pas en opposition avec la législation écrite il y a en somme deux sortes de droits qui vivent côte à côte en se complétant mutuellement. Pareille situation ne soulève aucun problème et ne crée aucune difficulté ni à l'interprète ni au théoricien mais il se peut aussi qu'il apparaisse un droit coutumier originel qui va discrètement à l'encontre de la loi écrite et ce, quelquefois malgré une opposition formelle du législateur. On est alors en présence du droit coutumier dérogatoire au droit écrit.

Le problème de la force dérogatoire de la coutume donne lieu à une vieille controverse entre les juristes. Pour nous qui analysons le droit comme un amalgame spécifique de normativité et de réalité la possibilité ne peut être discutée de la mise hors de vigueur par la coutume, sous la poussée de faits sociaux, d'une loi non encore abrogée. Quelle que soit la portée qu'on assigne au caractère normatif du droit il est

dienen, weil sie beide vom öffentlichen Rechte herkommen und beweisen, dass die Behandlung unseres Problems in der heutigen Zeit von Seiten der Vertreter des Verfassungs- und Verwaltungsrechtes ebenso eifrig erfolgt wie von Seiten der Privatrechtler, deren ausschliessliche Domäne es ursprünglich bildete.

Burckhardt hält das in den modernen Verfassungen festgesetzte System der Rechtssetzung grundsätzlich für unvereinbar mit jeder anderen Entstehungsform des Rechtes. Die Verfassung könne nicht eine Behörde mit der ausdrücklichen Rechtssetzung beauftragen und daneben eine andere Rechtsquelle zulassen, da sonst von zwei Polen aus Recht geschaffen würde, das in Widerspruch zueinander geraten könne und sich dennoch irgendwie vertragen müsse²⁵. Trotzdem leugnet *Burckhardt* das Vorkommen des Gewohnheitsrechtes neben dem geschriebenen Rechte nicht, meint aber, dies sei ein blosser Zufall, mit dem nur der Historiker, nicht aber der Dogmatiker, in dessen System das Gewohnheitsrecht einfach nicht unterzubringen sei, etwas anfangen könne. Im übrigen sei das ganze Gewohnheitsrecht identisch mit der das Gesetz abändernden Praxis der Behörden die eigentlich nicht zu billigen sei²⁶. Diese Argumentation des bedeutenden und bekannten Gelehrten ist nicht weniger verfehlt wie seine oben kritisierte Stellungnahme gegen die grundsätzliche Möglichkeit delegierten Gewohnheitsrechtes. Dass das Gewohnheitsrecht nicht in das System des geschriebenen Rechtes hineinpasst, kann kein Grund dafür sein, seine derogierende Kraft in Abrede zu stellen. Wenn tatsächlich geschriebenes und ungeschriebenes

un fait qu'on ne peut méconnaître, c'est que le droit n'a force obligatoire qu'autant qu'il est effectivement sanctionné par la puissance sociale. Si donc on refuse systématiquement et de manière prolongée d'appliquer certains ordres du législateur ceux-ci perdent forcément leur caractère de règles de droit.

A dénier la force dérogatoire de la coutume on méconnaît à la fois la notion même de droit et les réalités sociales. Cependant en doctrine un très fort parti prend encore position contre la mise sur le même plan de la coutume et de la loi et contre l'application à ces deux sources du droit de la vieille formule *lex posterior derogat priori*. Les arguments avancés ne nous ont pas convaincu. Même les développements récents de Burkhard et de Merkl n'ont pu entraîner notre adhésion. Leurs études sont intéressantes parce que les auteurs sont des publicistes, et prouvent de ce fait que ceux-ci s'intéressent à l'heure actuelle à une matière qui fut longtemps dans le domaine exclusif du droit privé.

Burkhard part de ce principe que les procédés d'élaboration législative créés par les constitutions modernes excluent tout mode de formation du droit autre que la loi. La constitution ne saurait investir telle autorité de la fonction législative et en même temps admettre l'existence d'une autre source du droit, si non il y aurait en somme deux pôles créateurs de droit, possibilité de contradictions et nécessité de conciliations. Burkhard ne nie pas au demeurant l'existence à côté du droit écrit d'un droit coutumier; mais il envisage la coutume comme un accident, un produit du hasard que l'historien peut étudier, mais que le théoricien doit méconnaître parce qu'il ne s'insère pas dans son système. Au reste le droit coutumier est assimilé au droit prétorien. Tous deux modi-

Recht innerhalb einer und derselben Rechtsordnung vorkommen, muss der Systematiker dieser Erscheinung Rechnung tragen und sein System so erweitern, dass beide Normenarten darin Platz finden. Er muss das auch dann tun, wenn er — wie *Burckhardt* — auf das Gewohnheitsrecht schlecht zu sprechen ist, und kann sich diesem Ansinnen auch mit dem Hinweise darauf nicht entziehen, dass das Gewohnheitsrecht ein geschichtlicher, nicht ein dogmatischer Begriff sei, denn jedes vom Rechtshistoriker festgestellte juristische Phänomen ist grundsätzlich auch dem Dogmatiker zugänglich.

Merkel geht etwas weniger weit. Er gibt nicht nur die Möglichkeit des vom Gesetzgeber delegierten Gewohnheitsrechtes unumwunden zu, sondern hält auch die Koordination von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht an sich grundsätzlich für denkbar, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass beide von der Verfassung als höherer Instanz delegiert werden. In diesem Falle derogiere der spätere Gewohnheitssatz dem früheren Gesetzesrechtssatz und der spätere Gesetzesrechtssatz dem früheren Gewohnheitsrechtssatz. Auf die modernen Verfassungen treffe aber eine derartige Relation zwischen Gesetz- und Gewohnheitsrecht nicht zu. Es gelte vielmehr in der heutigen Zeit der geschriebenen Verfassungen ausnahmslos das Gesetzgebungsmonopol, das nur durch einen allfälligen Vorbehalt gewisser Möglichkeiten anderweitiger Rechtsschöpfung gemildert sei. Es komme daher im modernen Gesetzesstaate das Gewohnheitsrecht praktisch nur als vom Gesetzgeber delegierte Rechtsquelle in Betracht ²⁷. Auch Verwaltungsbrauch und Gerichtsgebrauch können

fient la loi ; ils ne sauraient être approuvés. L'argumentation de ce savant distingué et connu porte à faux tout comme la conception déjà réfutée de l'impossibilité de concevoir un droit coutumier créateur de droit civil. Sans doute le droit coutumier ne s'enchaîne pas toujours dans le système du droit écrit mais il n'y a pas là un motif valable pour nier sa force dérogatoire. En réalité la réglementation juridique comprend des règles écrites et des règles coutumières.

Il y a là un fait qui s'impose au théoricien même s'il est comme *Burckhardt* hostile *a priori* à la coutume, et qui l'oblige à élargir ses constructions de telle manière qu'elles puissent abriter les deux ordres de normes dont il s'agit. En tout cas il est peu élégant de se soustraire à cette nécessité en analysant la coutume comme une notion purement historique, dépouillée de toute allure dogmatique : tout phénomène juridique que l'historien du droit a constaté doit intéresser le théoricien.

Merkel va moins loin. Non seulement il accepte sans difficulté la durée du droit coutumier confirmé mais il estime aussi que la coordination de la loi et de la coutume est en principe possible. Toutefois il y met une condition : une autorité supérieure — la constitution — doit au préalable consacrer le renvoi à la coutume de même qu'elle organise une fonction législative. Dans ce cas la coutume aurait le pouvoir de déroger à la loi et inversement. Mais telle ne serait point la solution des constitutions modernes au regard des relations entre la coutume et le droit écrit. Les constitutions actuelles auraient en somme créé au profit de la loi un monopole d'élaboration des règles de droit. Ce monopole serait au plus tempéré par la réserve toute accidentelle de certains autres procédés de formation du droit. Dans l'Etat moderne seul le droit cou-

nach *Merkel* als Rechtsquelle nur gelten, wenn sie durch Gesetz ausdrücklich zugelassen werden, d.h. wenn die Rechtsquelleneigenschaft des Präjudizes in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise legalisiert erscheine²⁸. Dass die vom Gesetzestext abweichende Uebung schrittweise Raum gewinnen und das ursprüngliche Unrecht allmählich in Recht verwandeln könnte, kommt *Merkel*, der die Rechtsordnung grundsätzlich nur aus der Perspektive der geschriebenen, kunstvoll in Stufen übereinandergelagerten Rechtsquellen betrachtet wissen will, nicht in den Sinn. Er will als rigoroser Normentheoretiker mit dem Gewohnheitsrechte, dessen Faktizität sich nun einmal nicht aus der Welt schaffen lässt, so wenig als möglich zu tun haben und lehnt die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes offenbar als mit der Reinen Rechtslehre unvereinbar prinzipiell ab. Es ist selbstverständlich, dass wir nach dem oben über den Begriff des Rechtes im allgemeinen und des Gewohnheitsrechtes im besonderen Gesagten *Merkel* bei aller Anerkennung der sonstigen Verdienste der Wiener Schule um die Rechtswissenschaft nicht zu folgen vermögen.

Damit hätten wir das Wichtigste, was über das Verhältnis des Gewohnheitsrechtes zum geschriebenen Recht unseres Erachtens zu sagen ist, skizziert. Unsere Ausführungen in den Einzelheiten zu begründen und ein abgerundetes System einer Theorie des Gewohnheitsrechtes zu bringen, mussten wir uns im Rahmen dieses Aufsatzes versagen.

tumier confirmé serait source du droit. Les décisions administratives et judiciaires elles-mêmes ne seraient des sources du droit qu'autant que la loi l'a admis de façon expresse, qu'autant qu'elle leur a reconnu au préalable en termes formels exclusifs de toute hésitation la qualité de sources. Le fait que la jurisprudence s'écarte de plus en plus du texte de la loi et légitime de plus en plus des situations illégales à un point de vue strict échappe forcément à un auteur qui ramène toute la réglementation juridique à la perspective de règles écrites et artificiellement superposées par degrés.

Théoricien rigoureux des normes juridiques il préfère laisser de côté le droit coutumier dont l'aspect matériel ne peut être éliminé. La force dérogatoire de la coutume est systématiquement déniée parce qu'elle ne cadre pas avec la doctrine du droit pur. Nous sommes les premiers à reconnaître les grands services que l'école de Vienne a rendus au développement des sciences juridiques ; mais il nous est impossible de suivre l'opinion de *Merkel* sur la coutume. Ceci découle suffisamment de notre conception sur la nature du droit en général et de la coutume en particulier.

Tels sont les points essentiels que nous avons tenu à esquisser en ce qui concerne les rapports de la coutume et du droit strict. Etant donné le cadre réduit dont nous disposions pour ce travail nous avons dû renoncer à démontrer amplement toutes nos affirmations et à exposer une théorie très nette du droit coutumier.

¹ Vgl. zur Unterscheidung von Sittlichkeit, Sitte und Recht die interessanten und zum grossen Teile zutreffenden Ausführungen Felix

SOMLÓS, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917; Julius MOÓRS, *Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes*, Szeged, 1922, und Gustav RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7. und 8. Aufl. Leipzig, 1929.

² Vgl. zum Begriffe der Sitte SOMLÓ, *a. a. O.*, S. 72 ff.

³ Ueber die Sanktion sehr gut MOÓR, *a. a. O.*, S. 8 ff.

⁴ Vgl. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, S. 47 f.

⁵ Vgl. Adolf MENZEL, *Zum Problem „Recht und Macht“*, Wien, 1926 (*Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band V, S. 1 ff.).

⁶ Auf die Beständigkeit der Rechtsmacht hat sehr gut SOMLÓ hingewiesen (*a. a. O.*, S. 102 f.).

⁷ Diese hat der Rechtstheorie aller Zeiten erhebliches Kopfzerbrechen gemacht. Seit man über das Gewohnheitsrecht überhaupt nachzudenken begonnen hat, hat man sich immer wieder mit der Frage beschäftigt, von wo das Gewohnheitsrecht, das nicht in schriftlichen, mit den Sinnen wahrnehmbaren Dokumenten niedergelegt ist, seine bindende Kraft hernehme. Die Theorie des Gewohnheitsrechtes weist eine auf viele Jahrhunderte sich erstreckende Geschichte auf. Vgl. Siegfried BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*. Erster Teil, Geschichtliche Grundlegung (Bis zum Ausgang des Mittelalters), Breslau, 1899. Eine gute Uebersicht über die Literatur des 19. Jahrhunderts findet sich bei Alf. Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* (Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien. Neue Folge der Wiener Staatswissenschaftlichen Studien. Herausgegeben in Verbindung mit Hans Mayer und Othmar Spann von Hans Kelsen. Bd. XIII. Leipzig und Wien, 1929, S. 435 f.).

⁸ Siegfried BRIE, Art. „Gewohnheitsrecht“ im *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechtes*, begründet von Karl Freiherrn VON STENGEL, 2. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, herausgegeben von Max FLEISCHMANN, 2. Band, Tübingen 1913, S. 288, spricht von „rechtlicher Ueberzeugung“ und Justus Wilhelm HEDEMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 2., erweiterte und umgestaltete Auflage, Berlin 1927 (*Grundrisse der Rechtswissenschaft*, 9. Band), S. 86 von der „Ueberzeugung, dass man unter Rechtsdruck stehe“.

⁹ Dieses Gebiet ist in der Rechtswissenschaft bisher noch wenig untersucht worden, trotzdem eine Psychologie des rechtlichen Geltens unseres Erachtens die unentbehrliche soziologische Grundlage jeder allgemeinen Rechts- und Staatslehre ist.

¹⁰ Vgl. die ausgezeichnete Kritik Ernst ZITELMANNs, in seiner Abhandlung *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, Freiburg i. B. 1883 (*Archiv für die Civilistische Praxis*, 66. Band, S. 323-468), S. 412 ff.

¹¹ Sehr richtig sagt M. E. BURCKHARD: „Es setzen übrigens durchaus nicht nothwendig jene, welche in ihrer Gesamtheit das Volk bilden, das Gewohnheitsrecht. Die Frage, ob der Staat seinen Soldaten das Beutemachen und Plündern gestatte, ob das Erbeutete dem Plünderer oder ob und zu welchem Antheile etwa seinem Vorgesetzten oder dem Staate gehöre, das Verhältnis einzelner Staatsbehörden zueinander, die internen Rechtsverhältnisse der Herrscherfamilie — dies alles und vieles andere kann ganz gut gewohnheitsrechtlich geregelt sein, ohne dass jene, welche „das Volk“ bilden, überhaupt einen darauf bezüglichen Willen haben,

oder in die Lage kommen, einen solchen zu betätigen.“ (*System des Oesterreichischen Privatrechtes*, Erster Theil. Das Recht. Zugleich eine Einleitung in ein System des Oesterreichischen Rechtes, Wien 1883, S. 51.)

¹² Art. „Gewohnheitsrecht“, S. 288 ; vgl. über die Gerechtigkeitsüberzeugung auch ZITELMANN, *a. a. O.*, S. 382 ff.

¹³ Vgl. bezüglich der Sitte das oben in der Einleitung Gesagte.

¹⁴ Viel soziologisches Verständnis legt M. E. BURCKHARD an den Tag, wenn er die Entstehung des Gewohnheitsrechtes beschreibt wie folgt : „Ein Gewohnheitsrecht ist der Natur der Sache nach nicht ein mit einem Schlage Entstandenes, das etwa am 14. Januar nicht vorhanden war, wohl aber schon am 15. Januar. Es wird zweifellos in einem früheren Zeitpunkte festgestanden haben, es sei noch keine gewohnheitsrechtliche Bestimmung vorhanden, es wird vielleicht in einem späteren Zeitraume ebenso zweifellos der Bestand einer solchen feststehen, ebenso gewiss wird es aber auch einen Zeitraum geben, in dem es zweifelhaft erscheint, ob ein Gewohnheitsrecht vorhanden ist oder nicht. Einem Rechtsverwirklichungsorgane mögen zufällig markantere Fälle vorgekommen sein, ein anderes aber wieder mag einer strengeren Auffassung huldigen, und so wird in dieser Epoche einmal das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechtes angenommen, ein anderes Mal negiert werden, ohne dass man objektiv entscheiden könnte, das Eine oder das Andere sei das Richtige ; ja eben diese anerkennende oder ablehnende Haltung des Rechtsverwirklichungsorganes selbst wird einen bedeutenden Einfluss darauf üben, ob das werdende Gewohnheitsrecht bis zur vollen zweifellosen Erkennbarkeit erstarkt oder aber wieder verkümmert und verschwindet.“ (*A. a. O.*, S. 60-61.) Vgl. bezüglich der notwendigen Dauer der Uebung auch MAX RÜMELIN, *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechtes*, Tübingen 1929, S. 58.

¹⁵ Die Auffassung des Gewohnheitsrechtes als „judge-made law“ ist seit AUSTIN in der englischen Literatur herrschend geworden. Auch der Franzose LAMBERT und der Däne ROSS (*a. a. O.*, S. 426) stehen dieser Theorie nahe.

¹⁶ Vgl. auch ZITELMANN, *a. a. O.*, S. 456.

¹⁷ In neuerer Zeit hat Bruno SCHMIDT, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, Leipzig, 1899, für die „spiritualistische“, die faktische Uebung nicht als wesentliche Entstehungsform des *ius non scriptum* auffassende Meinung eine Lanze zu brechen versucht. Für den geschriebenen einzelnen Rechtssatz, der authentisch sprachlich formuliert ist, mag man die Gültigkeit bereits vor dem ersten Anwendungsfall immerhin annehmen, bezüglich des Gewohnheitsrechtes ist das aber schlechthin unmöglich. Was soll der Rechtsanwender mit der von SCHMIDT, *a. a. O.*, S. 51, vorausgesetzten allgemeinen Ueberzeugung von der Notwendigkeit einer bestimmten Handlungsweise anfangen, wenn sich „zufälligerweise“ noch niemals eine Gelegenheit zur praktischen Betätigung dieser Handlungsweise geboten hat ? Woran soll er das Vorhandensein eines bezüglichen Sozialwillens, solange keine Uebungsakte vorliegen, auch nur mit einiger Sicherheit erkennen und, was für die richterliche Praxis von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist, wie soll er davon seine Volksgenossen überzeugen ? Darauf bleibt Schmidt die Antwort schuldig.

¹⁸ Vgl. über das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht die Ausführungen

von Alfred VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, 1923, S. 106 ff. ; *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926, S. 54 ff. und Sonderdruck aus Heft 10 der *Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1931, S. 3 ff.

¹⁹ Wie etwa ZITELMANN, der ausdrücklich sagt : „Man darf nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz, sondern man muss das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht in einem weiteren Sinne zurückführen“ (*a. a. O.*, S. 368). Unrichtig ist auch die neuestens von Ross (*a. a. O.*, S. 359) verfochtene Anschauung, wonach jede Verfassung letzten Endes auf eine Art Gewohnheitsrecht zurückgeht, das durch „Gesetzgebungspraxis“ entstanden sein soll.

²⁰ *A. a. O.*, S. 360 ff.

²¹ Walter BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts*, Basel, 1927, hält eine derartige Verbindung wie überhaupt jedes organische Verhältnis zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht für unmöglich und argumentiert folgendermassen : „Nimmt man an, das Gewohnheitsrecht sei dem Gesetzesrecht untergeordnet d. h. es gelte nur, weil und so weit das Gesetz es zulasse, so mutet man dem Gesetzgeber den Widerspruch zu, dass er etwas befiehlt und etwas anderes erlaube ; der Gesetzgeber kann die Verbindlichkeit seiner Vorschrift nicht vom Urteile anderer Personen abhängig machen ; er kann nur, was er nicht selbst ordnen oder abschliessend ordnen will, dem Urteil der rechtsanwendenden Behörden zu ergänzen überlassen. Dann gilt, was zur Ergänzung des Gesetzesrechtes notwendig ist, allerdings nur so wie die rechtsanwendende Behörde es bestimmt ; aber es gilt, weil das Gesetz es zulässt ; und es ist, wie die Grundsätze der gerichtlichen oder behördlichen Rechtsprechung und Praxis überhaupt, ein zum Gesetz hinzu zu denkender Bestandteil desselben, der mit dem Gesetz auch nicht im Widerspruche steht“ (*a. a. O.*, S. 231, 232). Diese Beweisführung ist nicht stichhaltig. BURCKHARDT beweist das Gegenteil von dem, was er beweisen will. Er gibt zu, dass es geltendes Gewohnheitsrecht gibt und deswegen geben könne, weil der Gesetzgeber es will. Ist das aber etwas anderes als eine Delegation des Gewohnheitsrechtes durch das Gesetzesrecht ?

²² Gute Beispiele bringt HEDEMANN, *a. a. O.*, S. 89 und Gustav SEIDLER, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechtes*, Berlin, 1929, S. 201.

²³ Vgl. dessen oben zitiertes Buch.

²⁴ *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927.

²⁵ Vgl. BURCKHARDT, *a. a. O.*, S. 233.

²⁶ *A. a. O.*, S. 234.

²⁷ Vgl. MERKL, *a. a. O.*, S. 104-105.

²⁸ *A. a. O.*, S. 107 ff.

TITRE V

LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE PREMIER

L'interprétation du Droit civil d'après la jurisprudence roumaine

par Alexandre COSTIN,
Président à la Cour d'Appel de Bucarest

L'œuvre incessante de la jurisprudence poursuit l'adaptation la plus adéquate des textes législatifs abstraits et des principes généraux du Droit aux faits concrets de la vie sociale. Il est incontestable que les procédés de la technique jurisprudentielle sont moins différenciés que le fond même des Droits nationaux, mais il s'en faut pourtant de beaucoup que les mêmes procédés mènent toujours et partout à des solutions identiques.

On a fait observer, à juste raison, que si l'on arrivait à une complète unification législative entre divers pays, on aurait encore à surmonter la difficulté d'organiser une interprétation uniforme des mêmes règles de Droit, par les organes juridictionnels de chaque Etat.

Nous nous proposons d'analyser quelques traits caractéristiques de l'interprétation jurisprudentielle roumaine, et de tenter un jugement de valeur sur ses tendances, à la lumière de la méthode critique exposée dans l'œuvre magistrale de M. GénY.

Comme presque tous les autres codes de la Roumanie, le Code civil roumain a imité la législation française. L'étendue du pouvoir d'interprétation des juges est à peu près identique à celle consacrée dans le Droit français.

D'après l'article 40 de la nouvelle Constitution de 1923 — qui correspond à l'article 36 de la première Constitution roumaine de 1866 — les autorités judiciaires constituent un pouvoir distinct des pouvoirs législatif et exécutif. L'article 35 de la nouvelle Constitution (article 34 de l'ancienne) et l'article 4 du Code civil roumain, — traduit d'après l'article 5 du Code civil français, — interdisent au juge de se prononcer par voie de Règlement, voie réservée au

pouvoir législatif. Mais les juges roumains n'ont jamais essayé de violer le principe de la séparation des pouvoirs, tout en respectant l'impératif prévu par l'article 3 du Code civil, — qui correspond à l'article 4 du Code civil français, — en tâchant de solutionner les conflits qui leur ont été soumis, et l'insertion de ces textes ne peut être expliquée ni justifiée par les précédents de l'ancien Droit français.

Le Code civil roumain fut mis en application en 1865, à une époque où le culte du texte de la loi touchait à sa fin en France, et où l'interprétation des Tribunaux tendait à s'émanciper de la rigidité de l'exégèse doctrinaire. C'est pourquoi l'interprétation judiciaire roumaine n'a pas connu une vraie phase exégétique, mais, comme toujours après les grandes codifications, elle a eu une tendance à l'interprétation *littérale*.

A. *L'interprétation classique littérale et déductive*. — Cette tendance se manifeste encore parfois de notre temps. D'après l'article 285, alinéas II et suivants du Code civil roumain (modification du 15 mars 1906), le tiers du patrimoine de l'époux reconnu coupable par la sentence, — en cas de divorce pour cause déterminée, — est transmis dans la propriété des enfants nés du mariage dissous. La jurisprudence déclare que ce tiers n'est ni rapportable, ni réductible, vu qu'il ne constitue pas une libéralité, mais une compensation ou un dédommagement accordé aux enfants pour leur précaire situation future, en même temps qu'une sanction contre l'époux coupable. Cette solution stricte est, pourtant, inique, car elle fait abstraction du droit des enfants issus d'un autre mariage de l'époux déclaré coupable ¹.

Nous pouvons caractériser aussi comme une interprétation strictement légale et qui subordonne la volonté du disposant à la lettre de la loi, celle d'après laquelle l'héritier réservataire est considéré non comme un représentant du défunt, mais comme un tiers qui détient son droit directement de la loi, toutes les fois qu'il attaque un acte du *de cuius* qui compromet sa réserve. Et on accorde à cet héritier même la preuve par témoins ou les présomptions pour prouver que l'acte à titre onéreux du défunt constitue en réalité une donation déguisée ².

B. *Interprétation large*. — Mais le plus souvent la jurisprudence emploie une interprétation large, soit pour donner un sens convenable aux textes contradictoires ou aux inadvertances législatives, soit pour étendre les dispositions légales aux cas similaires.

Ainsi, dans la première hypothèse, nous pouvons relever l'antinomie entre l'article 843 du Code civil, qui dispose que la réserve du père ou de la mère, — ou de l'un d'entre eux, — est égale à la moitié des biens, et l'article 673 du Code civil, qui limite cette réserve au quart de la succession, lorsque le père et la mère, — ou

l'un d'entre eux, — concourent avec les frères et sœurs du défunt ou leurs représentants.

Pour accorder ces textes, la Cour de cassation, après quelques hésitations, a décidé que l'article 843 s'applique lorsque les parents viennent en concurrence avec les légataires ou donataires étrangers, tandis que l'article 673 trouve son application lorsqu'ils concourent avec les frères et sœurs ou leurs représentants, — qui sont ainsi favorisés.

Dans la deuxième hypothèse on a décidé que les commettants occasionnels, aussi bien que les commettants directs, doivent répondre du préjudice causé par leurs préposés ou serviteurs. Cette responsabilité s'explique toujours par la *culpa in eligendo* ³.

Les usufruitiers universels sont assimilés aux légataires universels pour le paiement des charges successorales ; le légataire particulier étant seul excepté parce qu'il n'a pas vocation à la totalité ou à une partie du patrimoine du défunt ⁴.

C'est aux instances de fond qu'appartient la mission d'interpréter les conventions ; mais elles ne peuvent changer la nature de celles-ci, ni dénaturer leur sens, lorsqu'il est clair et hors de doute. Il faut analyser l'ensemble des faits et des circonstances qui ont déterminé les parties à conclure leur convention ⁵.

Dans l'application du principe d'interprétation extensive par la jurisprudence on pourrait distinguer plusieurs tendances :

a) *Celle de respecter l'autonomie de la volonté des parties dans les actes juridiques.*

Ainsi, quoique la voie du recours soit reconnue d'ordre constitutionnel (art. 103 de la nouvelle Constitution de 1923), et que, par conséquent, les lois ordinaires ne pourraient pas la supprimer sans être déclarées inconstitutionnelles, les parties sont pourtant libres de renoncer, dans leurs conventions, au bénéfice de cette voie ⁶.

La formalité du double exemplaire prévue par l'article 1179 du Code civil (art. 1325 du Code civil français), étant relative à la preuve de la convention et non à son existence, les parties peuvent renoncer aux dispositions de ce texte qui n'intéresse pas l'ordre public ⁷.

De même la prohibition de la preuve par témoins dans les conventions dont la valeur n'excède pas 150 lei (art. 1191 Code civil — art. 1341 Code civil français), n'est pas d'ordre public et les parties peuvent y déroger toutes les fois qu'une semblable clause ne nuit pas aux intérêts des tiers et n'intéresse pas une matière d'ordre public ⁸.

Pour respecter la volonté du testateur, la jurisprudence reconnaît au juge de fond le pouvoir souverain d'apprécier si le défunt a voulu faire une exhérédation ou une substitution fidei-commissaire, interdite par la loi (art. 803 Code civil) et en général on présume que le testateur n'a pas voulu insérer une disposition nulle ⁹. On a admis que le légataire qui, à cause de circonstances indépen-

dantes de sa volonté ne peut présenter le testament, — celui-ci ayant été détruit ou perdu, — peut recourir à la preuve testimoniale et aux présomptions pour prouver, aussi bien l'existence du testament et son contenu, que l'accomplissement des formalités légales ¹⁰.

b) Nous relevons d'autre part *la tendance de la jurisprudence à sauvegarder les intérêts de la sécurité juridique et, en général, les intérêts sociaux*.

Tout en reconnaissant au vendeur le droit de provoquer la résolution de la vente (art. 1365 Code civil — art. 1654 Code civil français), pour défaut de paiement du prix, les juges obligent le vendeur qui veut poursuivre l'immeuble, entre les mains de son acquéreur, à introduire ce dernier en cause ¹¹. La même conception de la sécurité a imposé la solution de considérer comme frappé d'une nullité absolue le contrat matrimonial conclu par un mineur, sans l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la formation du contrat de mariage. Tous les intéressés peuvent donc invoquer la nullité et la raison déterminante est que le régime matrimonial doit être fixé d'une manière immuable, dès le commencement du mariage, et qu'on ne pourrait pas laisser dépendre le maintien du régime matrimonial de la seule volonté de l'époux mineur ¹².

D'après les dispositions de l'article 723 du Code de procédure civile, les transmissions immobilières (énumérées dans l'art. 722 proc civile), par des actes entre vifs, ne sont opposables aux tiers qu'à partir de la transcription, et cette disposition s'applique même dans le cas où les tiers ont eu connaissance de l'acte de transmission. Ce n'est qu'en cas de fraude (art. 723, al. II, procédure civile), que la transmission n'est pas opposable. Dans le but de défendre l'intérêt des tiers, la jurisprudence a décidé que cette disposition exceptionnelle doit s'appliquer seulement lorsque la fraude a été commise par l'acquéreur, en affectant l'opération même de la transcription ¹³.

Dans le but d'assurer la sécurité dans les transactions, la jurisprudence interprète strictement le caractère de la dotalité et considère que la clause qui étend l'inaliénabilité dotale au delà des limites légales, — par exemple en interdisant l'aliénation de la dot même dans les cas prévus à l'article 1253 du Code civil (art. 1558 Code civil français), est une clause illicite et donc inopérante ¹⁴. Un exemple frappant de cette tendance à défendre l'intérêt général dans les questions qui constituent de grands problèmes sociaux, est l'interprétation qui a déclaré être conforme à la Constitution le texte de l'article 36 de la loi agraire de 1921, — (texte qui obligeait les instances à n'accorder pour l'expropriation foncière agraire qu'une indemnité dont la loi agraire fixait elle-même le maximum par dérogation au texte de l'article 19 de la Constitution, qui laisse au juge l'appréciation souveraine pour fixer le chiffre de l'indemnité). Une interprétation contraire aurait eu pour effet de bouleverser toute la réforme agraire, c'est-à-dire l'expropriation forcée des grandes propriétés rurales et surtout le partage des terres expropriées entre les paysans ¹⁵.

L'effet de la décision rendue sur la question de la constitutionnalité d'une loi par la Cour de cassation, Chambres réunies, se limite au procès jugé ¹⁶.

Mais l'effet moral force les gouvernements à modifier ou à abroger la loi, d'après les vues exprimées par la Haute Cour ¹⁷.

La Cour de cassation a déclaré, par plusieurs arrêts, que l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être proposée pour la première fois devant la Haute Cour si elle n'a pas été invoquée devant les instances de fond ou de cassation ¹⁸.

En matière de responsabilité civile, la jurisprudence roumaine n'a pas encore tant évolué que la jurisprudence française. Sans doute on ne fait aucune différence entre le dommage matériel et le dommage moral, pour reconnaître le droit à réparation. L'existence d'un rapport contractuel entre la victime et la personne responsable de l'accident n'exclut pas la possibilité de demander des dommages-intérêts si l'on démontre l'existence d'une faute délictuelle ¹⁹.

Mais notre jurisprudence ne paraît pas encore avoir développé le principe que la responsabilité du voiturier est de droit, sa faute étant présumée, s'il ne peut pas prouver que l'accident a été causé par un cas de force majeure ou fortuit, ou occasionné par la faute de la victime ²⁰.

La jurisprudence admet l'existence d'une faute commune qui exclut ou diminue la responsabilité ²¹. Dans le cas de délit ou de quasi-délit, elle détermine le chiffre des dommages et intérêts, d'après la valeur du moment où le dommage a été causé, sans égard aux fluctuations monétaires ou au changement de la valeur des choses qui ne sont pas des conséquences du fait illicite ²².

On est responsable non seulement du fait de son préposé qui se trouve dans un service permanent, mais aussi de celui qui a été mis occasionnellement sous ses ordres ²³.

Mais l'agent qui exécute l'ordre ou la décision de son supérieur et n'agit pas de sa propre autorité, exécute un mandat et n'est pas responsable personnellement de l'exécution ²⁴.

Pour les mêmes considérations de sécurité juridique et de crainte de l'arbitraire, la jurisprudence roumaine s'est refusée à consacrer la théorie de l'imprévision, en la déclarant incompatible avec le principe inscrit dans l'article 969 du Code civil (art. 1134 Code civil français), d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elle n'admet que les exceptions expressément prévues par le législateur : article 1250 du Code civil sur la séparation des patrimoines, lorsque le mari, par sa faute, a déterminé le changement des conditions de l'administration de la dot (art. 1443 Code civil français) et articles 1457-1458 Code civil, relatifs à la remise du prix de la location dans quelques cas spéciaux, (art. 1769 Code civil français).

Le fait que l'exécution du contrat est devenue extrêmement onéreuse pour l'une des parties ne constitue pas une cause de résiliation

du contrat, et les juges ne peuvent tempérer le principe pour de simples motifs d'équité ²⁵.

c) *Tendance à protéger la bonne foi, et, en général, à tenir compte des considérations éthiques.*

Ainsi les acquisitions faites par les tiers de bonne foi de l'héritier apparent sont reconnues valables si les acquéreurs se sont trouvés dans une erreur invincible, quoiqu'ils aient fait preuve d'une diligence ordinaire pour connaître le vrai état de choses ²⁶. L'article 285 du Code civil (modification de 1906), attribue aux enfants le tiers du patrimoine de l'époux déclaré coupable, — en cas de divorce pour cause déterminée, — et la transmission de la propriété s'opère du moment de la transcription de la sentence du divorce. Mais les enfants ne peuvent attaquer les transmissions faites par l'époux coupable que lorsque l'acquéreur était de mauvaise foi, c'est-à-dire *consciis fraudis* et les publications imposées par la loi n'entraînent pas une présomption de fraude ²⁷.

Les mêmes présomptions d'équité ont fait décider que les successeurs universels du vendeur ne peuvent revendiquer l'objet vendu, car ils doivent garantir de l'éviction. Cette solution est admise même lorsque les héritiers du vendeur invoquent l'argument qu'ils sont les vrais propriétaires de l'objet vendu ²⁸.

Dans le cadre des *obligations naturelles* on décide que le devoir de conscience du père d'entretenir son enfant naturel peut se transformer en une obligation civile, soit par l'effet d'une reconnaissance par écrit, soit par l'exécution volontaire de cette obligation. Le devoir moral subsiste même lorsque l'enfant est adultérin, car l'action ne devient pas illicite ou immorale dans cette hypothèse ²⁹.

La nullité des conventions formées contre les dispositions légales d'ordre public doit être interprétée restrictivement lorsque les motifs réels d'ordre moral ne subsistent plus. Ainsi la vente à réméré qui déguise un contrat pignoratif (art. 1689-1701, Code civil ; art. 2078-2088, Code civil français), est certainement nulle, mais si la clause interdite par ces articles a été conclue après la formation du contrat, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit respectée par la justice ³⁰.

d) *L'interprétation créatrice. Le rôle créateur de la jurisprudence.*

Les considérations d'équité et de morale ont conduit les juges, — le plus souvent sous l'impulsion de la doctrine et de la jurisprudence françaises, — à des constructions juridiques en dehors de la loi, de caractère presque prétorien.

La théorie de l'*enrichissement sans cause* a été approuvée par les tribunaux, conformément aux indications doctrinaires. De plus on a jugé que si l'action de *in rem verso* ne s'applique que dans les situations extra-contractuelles, il y a lieu pourtant de l'admettre lorsque le contrat a été conclu en vue d'une cause qui n'existe pas ou qui ne s'est pas réalisée, ou quand la validité du contrat est refusée

en droit, ou quand il est détruit pour une cause quelconque avant le terme convenu ³¹.

La théorie de l'*abus des droits* a été adoptée d'après la construction de la jurisprudence française. Parmi les diverses applications de cette théorie, nous signalons celles relatives à l'exercice de l'action et des exécutions forcées.

L'action qui dépasse les limites normales du droit et ne sert pas à satisfaire un intérêt légitime et sérieux, ou l'action qui constitue un acte de méchanceté ou de mauvaise foi, ou au moins une erreur grossière, équivalente au dol, — peut donner lieu à la condamnation aux dommages-intérêts en vue de réparer le préjudice ³². De même l'exécution forcée, — bien qu'elle constitue l'exercice d'un droit légitime, — peut constituer un abus de droit si elle est affectée de dol ou est frustatoire, exagérée et vexatoire et cause un préjudice au débiteur, par exemple en diminuant son crédit ³².

Le système des *astreintes* a été admis d'après les règles posées par la jurisprudence française. Les astreintes sont désignées, d'habitude, sous le nom de *dommages-intérêts comminatoires*. Elles ne constituent pas la réparation d'un préjudice, mais un moyen de contrainte qui ne contrevient à aucun texte de loi ³⁴. On peut dire qu'en Roumanie la théorie des astreintes a reçu un fondement légal, parce que la loi du 23 décembre 1925 pour le Contentieux administratif, (art. 7) dispose que l'autorité administrative qui refuse d'exécuter les décisions de la justice ³⁵ peut être condamnée à payer, à titre de dommages-intérêts, 500 lei par jour de retard.

Mais ces dommages-intérêts sont d'après la loi, définitifs et sans possibilité de réduction. L'article 24 de la loi du 11 juillet 1929, qui a modifié une partie de la procédure civile, accorde à l'instance judiciaire le droit de condamner aux dommages-intérêts comminatoires le chef de l'autorité publique qui refuse, sans justification, d'envoyer un acte qui se trouve sous la garde de cette autorité et qui est nécessaire à la solution du procès.

Décrets-lois. — La jurisprudence roumaine s'est trouvée dans la situation de décider qu'en cas de guerre ou en d'autres circonstances extraordinaires, quand l'exercice du pouvoir législatif est devenu impossible, le chef de l'Etat est en droit de prendre, en l'absence des représentants de la nation, par la voie de décrets-lois, toutes les mesures nécessaires pour sauver et protéger les intérêts de l'Etat, toutes les fois qu'un retard risquerait de compromettre ces intérêts. Mais le droit du pouvoir exécutif n'est pas sans limites et il doit être admis seulement dans le cas d'une nécessité absolue et il a un caractère provisoire. Tous les décrets-lois sont rendus avec la réserve d'être — ultérieurement — approuvés par le Parlement et, en cas de refus de ratification, ils deviennent inexistants et leurs effets sont annulés de plein droit ³⁶.

e) *L'autorité de la jurisprudence.*

Les codes roumains ayant été introduits en 1864-1865, il est

explicable que *la tradition* n'ait pas joué le rôle qu'elle a eu dans le Droit français.

Le système du *précédent*, dans le sens de la jurisprudence anglaise, n'est pas compatible avec les règles fondamentales du Droit roumain.

D'autre part, la mobilité actuelle de la vie sociale diminue la possibilité du développement de l'esprit traditionnaliste. Il est pourtant vrai que pour des motifs de sécurité juridique, plutôt qu'à cause d'inertie, la jurisprudence évolue avec beaucoup de prudence, et elle n'adopte les conceptions nouvelles que lorsque leur utilité a été démontrée par une longue analyse critique et que l'esprit public a été suffisamment préparé.

D'après la loi en vigueur pour la Haute Cour de cassation, (dernière modification du 20 décembre 1925), en cas de renvoi après cassation, sa décision est obligatoire pour les instances de fond en ce qui concerne les points de droit solutionnés par ladite décision. Avant l'introduction de ce texte, la loi prévoyait un système presque analogue à celui qui existe en France. Il serait donc exact de dire que dans ces cas la jurisprudence lie les juges et qu'elle a acquis, indirectement au moins, une autorité pratique indiscutable, si elle n'est pas devenue presque une source de droit. Les décisions de la Haute Cour n'ont pas, dans ce cas, seulement l'importance d'un arrêt de principe, mais constituent une interprétation obligatoire, ayant la même force que la loi pour la solution du procès en jeu.

f) *Résumé critique et conclusion.*

Après cet examen trop succinct et certainement incomplet de l'interprétation judiciaire roumaine, il faudrait essayer un aperçu synthétique sur les conceptions de la jurisprudence et tenter un jugement de valeur sur ses procédés d'élaboration ³⁷.

Œuvre qui serait fragmentaire et disparate, quelquefois même pleine de contradictions. La jurisprudence ne se prête pas aisément à une systématisation ou à une synthèse. Et il n'est pas surprenant que toute tentative de cette sorte contienne une appréciable équation personnelle.

Le juge a la mission d'appliquer la loi aux faits, c'est-à-dire d'apprécier dans une large mesure discrétionnaire l'adaptation de la loi *in concreto*.

Dans cet effort d'adaptation on pourrait remarquer les manifestations suivantes :

I. En interprétant une loi, le juge cherche à découvrir l'intention du législateur, mais pas seulement celle du moment de la confection de la loi, car souvent il est amené à tenir compte des circonstances différentes créées par l'évolution sociale. Le sens de la loi peut changer et s'éloigner de la lettre de la loi, surtout lorsqu'il ne s'agit pas d'une disposition précise et catégorique, excluant toute latitude d'évolution.

Nous croyons que la jurisprudence montre des tendances incon-

testables d'interprétation évolutive et qu'elle est tantôt restrictive, tantôt extensive. Si *a priori* cette conception était condamnée par « le caractère technique et, en quelque sorte utilitaire de la législation écrite »³⁸, les nécessités pratiques semblent justifier les procédés jurisprudentiels.

II. Dans l'interprétation des actes juridiques la jurisprudence tâche d'éclairer les clauses obscures, en vue de donner un sens efficace à l'acte et de protéger l'autonomie de la volonté.

III. En cas de conflit entre plusieurs volontés, elle prend souvent comme critères décisifs la bonne foi, l'équité ou les considérations éthiques, et lorsque la volonté de l'auteur de l'acte se trouve en lutte avec l'intérêt des tiers, c'est ce dernier qui est préféré, hors des cas de fraude.

La sécurité juridique a, en général, le pas sur les intérêts particuliers.

IV. La jurisprudence une fois fixée acquiert la même importance que la coutume. Si l'autorité des décisions peut créer des coutumes, il est vrai qu'en principe, avant cette création, les jugements n'ont pas de valeur par leur *forme* mais seulement par leur *mérite intrinsèque*³⁹.

Pourtant dans la pratique des affaires, les décisions ont une valeur incontestable aussi par leur *forme*, car toutes les personnes intéressées tendent à s'y conformer.

Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge pour l'adaptation du texte abstrait au fait concret s'exerce aussi dans le domaine des actions dénommées *in factum* qui ont pour but le maintien de la paix publique⁴⁰. La libre appréciation du juge dans la libre recherche scientifique⁴¹ opère en l'absence de la loi ou de la coutume, mais assez souvent les juges se dispensent de cette recherche lorsque la jurisprudence paraît fixée (décisions dites de principe). Quoique l'autorité de la décision reste limitée à l'espèce jugée, elle agit aussi dans l'avenir, soit par son influence sur les juges, soit plus directement en guidant les hommes d'affaires et les praticiens.

V. Dans l'œuvre de la jurisprudence le domaine de la technique (*le construit*) semble de beaucoup plus considérable que celui de la science (*le donné*)⁴². Les quelques idées que nous avons esquissées servent de prémisses à une multitude d'applications techniques qui tendent à adapter l'abstraction vague des conceptions aux réalités et au but poursuivi.

Le champ d'influence de la jurisprudence semble s'élargir et cette tendance paraît suivre l'évolution actuelle de la mentalité générale. Si l'on arrive à unifier sur quelques points les diverses législations nationales, la connaissance du *droit appliqué* acquerra un nouvel essor; car chaque pays devra s'intéresser à la jurisprudence des autres, tant au point de vue pratique que pour en assurer la mise en concordance et la systématisation.

Et quelque procédé que l'on imaginerait pour réaliser l'unité

de la jurisprudence sur la législation unifiée entre les diverses nations, on devrait reconnaître aux juges au moins le pouvoir d'interprétation consacré par le Code civil suisse, — vers lequel nous croyons que se dirige l'évolution naturelle de l'interprétation judiciaire — et nous croyons que dans un avenir pas trop éloigné, il ne sera pas inexact de considérer la jurisprudence comme la vraie source du Droit.

¹ Cour de Cassation, 1^{re} section, 27 décembre 1921, *Pandectele Romane*, 1922, 1^{re} partie, p. 209 ; Cour d'Appel de Craiova, 8 décembre 1920, *Pand. Rom.* 1922, II^e part., p. 131.

² Cour de Cassation, I, 27 décembre 1922, *Pand. Rom.* 1923, I^{re} partie, p. 218.

³ Cour de Cassation, I^{re} sect., 9 janvier 1928, *Buletinul Curției de Casației*, vol. 65, I^{re} partie, p. 72.

⁴ Cour de Cassation, I^{re} sect., 29 novembre 1926, *Buletinul*, vol. 63, III^e partie, p. 268.

⁵ Cour de Cassation, I^{re} sect., 4 juin 1926, *Buletinul*, vol. 63, II^e partie, p. 145.

⁶ Cassation, I^{re} sect., 15 février 1928, *Buletinul*, vol. 65, I^{re} partie, p. 575.

⁷ Cassation, I^{re} sect., 9 juin 1926, *Pand. Rom.*, 1927, I, p. 81.

⁸ Cassation, I^{re} sect., 14 décembre 1927, *Pand. Rom.*, 1928, I, p. 23.

⁹ Cassation, I^{re} sect., 23 novembre 1926, *Buletinul*, vol. 63, III^e part., p. 212.

¹⁰ Cassation, I^{re} sect., 19 mars 1928, *Buletinul*, vol. 65, p. 301.

¹¹ Cassation, I^{re} sect., 27 septembre 1926, *Buletinul*, vol. 63, III^e part., p. 33.

¹² Cassation, I^{re} sect., 22 octobre 1926, *Pand. Rom.*, 1928, I, p. 107.

¹³ Cassation, I^{re} sect., 27 octobre 1926, *Buletinul*, vol. 63, III^e part., p. 115.

¹⁴ Cassation, I^{re} sect., 4 juillet 1923, *Pand. Rom.*, 1924, I^{re} partie, p. 269.

¹⁵ Cassation, sections réunies, 31 mars 1922, *Pand. Rom.*, 1922, I^{re} partie, p. 305 ; Cassation, sections réunies, 7 septembre 1922, *Pand. Rom.*, 1923, I^{re} part., p. 1.

¹⁶ L'article 103 de la Constitution de 1923 prévoit que seule la Cour de Cassation, Chambres réunies, a le droit de juger la constitutionnalité des lois et de déclarer inapplicables celles qui sont contraires à la Constitution. La décision est limitée au cas jugé.

Mais même avant ce texte la jurisprudence s'est reconnu le droit de se prononcer sur la question de la constitutionnalité d'une loi. Cassation, I^{re} section, 16 mars 1912, *Pand. Rom.* 1923, I^{re} part., p. 65.

¹⁷ La loi des pensions du 15 avril 1925 ; la loi sur le recours en matière agraire du 25 mars 1925 se sont conformées aux décisions de la Cour de Cassation (décisions du 9 novembre 1924 et du 5 février 1925).

¹⁸ Cour de Cassation, chambres réunies, décembre 1925 ; 17 mars 1927 et 3 novembre 1927.

¹⁹ Cassation, III^e sect., 6 octobre 1926.

²⁰ Cassation, III^e sect., 19 décembre 1924, *Pand. Rom.*, 1925, I^{re} part.,

p. 183 ; Cassation, III^e sect., 28 mars 1921, *Pand. Rom.*, 1922, III^e part., p. 58.

²¹ Cassation, I^{re} sect., 31 mai 1926, *Pand. Rom.*, 1927, I^{re} part., p. 66.

²² Cassation, I^{re} sect., 24 avril 1928, *Buletinul*, vol. 65, II^e part., p. 65.

²³ Cassation, II^e sect., 20 juin 1920, *Pand. Rom.*, 1924, I^{re} part., p. 158.

²⁴ Cassation, II^e sect., 6 juin 1929, *Pand. Rom.*, 1930, I^{re} part., p. 138.

²⁵ Cour d'Appel Bucarest, II^e sect., 25 juin 1921 ; Tribunal Ilfov (Bucarest), I^{re} sect. commerc., 28 juin 1921, *Pand. Rom.*, 1922, II^e part., p. 51, *Pand. Rom.*, 1924, I^{re} part., p. 113 ; Cour d'Appel Craiova, 28 septembre 1922, *Pand. Rom.*, 1923, I^{re} part., p. 259.

²⁶ Cassation, I^{re} sect., 10 juin 1924, *Pand. Rom.*, 1925, I^{re} part., p. 226 ; Cassation, I^{re} sect., 5 mai 1926, *Buletinul*, vol. 63, II^e part., p. 70 ; 9 juillet 1926, *Buletinul*, vol. 63, II^e part., p. 255.

²⁷ Cassation, I^{re} sect., 2 janvier 1923, *Pand. Rom.*, 1923, I^{re} part., p. 206.

²⁸ Cassation, I^{re} sect., 12 octobre 1926, *Buletinul*, vol. 63, III^e part., p. 63.

²⁹ Cassation, I^{re} sect., 4 novembre 1929, *Pand. Rom.*, 1930, I^{re} part., p. 161.

³⁰ Cour d'Appel de Bucarest, II^e sect., 16 mai 1878, « Dreptul » 9/878 ; Cour d'Appel Craiova, II^e sect., 27 mars 1922, *Pand. Rom.*, 1922, II^e part., p. 225.

³¹ Cassation, III^e sect., 28 septembre 1926, *Buletinul*, vol. 63, III^e part., p. 417.

³² Cassation, I^{re} sect., 23 juin 1870, *Buletinul*, 208 ; Cour d'Appel de Bucarest, 10 décembre 1924, *Buletinul Curției de Apel*, 6/925.

³³ Cassation, I^{re} sect., 29 novembre 1921, *Pand. Rom.*, 1924, I^{re} partie, p. 184.

³⁴ Cassation, III^e sect., 15 février 1919, *Pand. Rom.*, 1922, I^{re} part., p. 63.

³⁵ Le Contentieux administratif est déféré aux Cours d'Appel, en première instance, avec droit de recours près la Cour de Cassation.

³⁶ Cassation, I^{re} sect., 15 février 1920, *Pand. Rom.*, 1921, I^{re} part., p. 5.

³⁷ Fr. GÉNY, préface, pp. xiv-xvi de l'ouvrage de E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, t. I, Paris, 1923.

³⁸ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, t. II, Résumé, n° 223, IV, page 406, Paris, 1919.

³⁹ Fr. GÉNY, *op. cit.*, n° 223, VII, p. 407.

⁴⁰ H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, vol. II, pp. 233 et suivantes.

⁴¹ Fr. GÉNY, *op. cit.*, vol. II, nos 155 et s. ; résumé, vol. II, n° 223, VIII, pp. 407-408.

⁴² Fr. GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. IV, pp. 147 et suivantes, surtout la préface pp. xiv et suivantes.

CHAPITRE II

La jurisprudence peut-elle instituer en Hongrie des règles juridiques du droit privé

par le Docteur Edmond KUNCZ,
Professeur de droit commercial
à la Faculté de Droit de l'Université de Budapest

La présente étude écrite pour rendre hommage aux travaux scientifiques du Doyen Gény, connus et appréciés dans le monde civilisé entier, n'envisagera et ne contiendra pas toutes les questions au traitement desquelles, d'après le titre ci-dessus, le lecteur pourrait s'attendre. Car, pour écrire une étude approfondie sur la jurisprudence formant loi, on devrait d'abord faire l'analyse des idées de sources de droit et de droit. Or, pareille analyse passerait outre au cadre limité de la présente étude et à nos compétences ; le commercialiste, à notre avis, doit se contenter d'apporter sa contribution au problème qui nous occupe, en fournissant les expériences et données dont il dispose.

Mais quant à la compétence du commercialiste pour faire ce travail contributif, on ne pourrait la mettre en doute. Car, l'on sait qu'en matière de droit privé c'est précisément le droit commercial dont la formation et le développement s'accomplissaient dans le passé et dont l'évolution s'accomplit même de nos jours dans la plus grande mesure sous l'influence de la jurisprudence. Il nous paraît suffisant d'évoquer à ce sujet les paroles du grand commercialiste allemand, L. Goldschmidt, selon lesquelles le droit commercial, en ce qui concerne son essence et son évolution, n'est que la constatation des lois de la vie économique, volontairement adoptées par les gens en forme de conventions et ce sont celles-ci qui, condensées dans l'apparition de la coutume ou des lois, représentent le droit positif.

C'est le caractère spécial de la vie économique devant être réglementée par le droit commercial qui fait ressortir le rôle prépondérant du droit coutumier inspiré, aidé, individualisé et maintes fois même créé par la jurisprudence. Ce sont éminemment les professions commerciales qui vérifient le mieux la thèse de Héraclite énonçant que tout se meut, change et rien n'est constant. Comme l'évolution de la vie économique présente une continuelle variation, ce sont les commerçants, plus précisément les entrepreneurs, les

homines œconomici consacrés à la spéculation, calculation et organisation qui s'empressent en premier lieu d'en tenir compte. Les rapports et les institutions économiques se renouvelant sans cesse demandent d'être réglementés d'urgence. C'est pour cela qu'un code prétendant à ne pas être modifié ne pourrait aucunement subsister dans la vie économique et que les Anglais et les Américains du Nord se gardent de codifier le « merchant law » et le « bussiness law » respectivement.

La nouvelle institution demande d'être adaptée sans retard. Le législateur ne pouvant suivre de près l'allure vertigineuse de l'évolution économique ce sont les conventions des parties soumises au contrôle des juridictions qui constituent les éléments primitifs réglementant les rapports de droit. Ce n'est que dans les cas où les parties, ne profitant pas de la liberté qui leur est assurée, ne concluent pas de conventions et les juridictions ne sont pas capables non plus d'adapter l'institution économique nouvellement surgie qu'entre en scène l'œuvre du législateur.

Il résulte de ce rapide aperçu que le caractère inconstant et de Protée de la vie économique exige, en dehors du droit civil conservateur et lourd, le développement systématique du droit commercial capable de s'acclimater et destiné à un rôle de pionnier ; système dont l'élasticité apparaît assurée moyennant le droit coutumier et la jurisprudence ¹.

*
* *

Nous croyons répondre le mieux à la question de savoir si la jurisprudence hongroise peut constituer des règles positives du droit privé et ainsi contribuer le mieux, dans le cadre étroit de la présente étude, à la discussion actuelle des problèmes du droit coutumier et de la jurisprudence en analysant les dispositions correspondantes du droit positif hongrois et les théories principales professées, en cette matière, par les juristes hongrois.

I

1. Dans les affaires commerciales doivent être appliqués, selon l'article 1^{er} du Code de commerce, comme sources de droit : les lois commerciales, les coutumes commerciales et le droit civil général, dans l'ordre énuméré. (Voir la traduction française du Code de commerce hongrois, loi XXXVII de l'année 1875, dans l'*Annuaire de législation française et étrangère*, 1875). Par suite de cet ordre, les coutumes commerciales ne peuvent être appliquées que dans les cas où les lois commerciales ne statuent point et on peut seulement avoir recours aux règles du droit civil général lorsque ni les lois commerciales ni les coutumes commerciales ne contiennent de dispositions relatives à l'espèce qui devra être examinée. Nous ne saurions approuver la méthode par laquelle le législateur prescrit

l'application rigide de l'ordre indiqué. Le législateur lui-même dut abandonner sa propre méthode lorsque, à plusieurs reprises (par exemple aux articles 277, 285, 327, 334, 335, 340, 341, 345, 375, 377, 397, 544 et 547), il donna la préférence à la coutume commerciale. D'ailleurs, il vaut mieux faire trancher cette question par la jurisprudence, car la disposition de l'article 1 du Code de Commerce n'a pu avoir pour effet d'abroger la thèse toujours valable du droit civil hongrois selon laquelle le droit coutumier vaut la loi la complétant, l'interprétant et aussi, très souvent, l'abrogeant.

2. Comme la coutume (*consuetudo*) constitue la source principale du droit civil en Hongrie, le rôle éminent que remplit le droit coutumier parmi les sources de droit, est spécial au pays. Et c'est ainsi que l'article 1 du Code de Commerce lorsqu'il se réfère, en dehors des lois commerciales, aussi au droit civil général, signifie en même temps la reconnaissance indirecte du droit coutumier comme source de droit.

Il faut remonter au début du xvr^e siècle pour voir procéder à une codification du droit coutumier qui jouit même de nos jours de la plus grande autorité. Elle a pour auteur Etienne Werböczi, maître royal des jugements, qui, en 1514, termina un projet de loi intitulé « Opus Tripartitum juris consuetudinarii incliti regni Hungariae » (en abrégé « Tripartitum »). Le corps législatif et le Roi approuvèrent cette excellente œuvre de codification au cours de la même année et c'est seulement parce qu'on a omis d'apposer à son texte authentique le sceau majeur, prescrit par les lois constitutionnelles, qu'elle ne fut jamais revêtue de force de loi. C'est ainsi que le « Tripartitum » ne peut prétendre qu'à l'autorité d'un simple ouvrage scientifique : il ne jouit que de l'autorité de son auteur. Cependant, les juridictions n'ayant jamais cessé de l'employer il jouit, en qualité de droit coutumier, d'une autorité équivalant à la loi et constitue, abstraction faite des parties tombées en désuétude, même de nos jours la source principale du droit civil hongrois.

Aux termes du titre 6 de la Partie II du « Tripartitum », on distingue les trois espèces suivantes des sources de droit civil : 1^o lois, 2^o privilèges royaux et 3^o arrêts des juridictions ordinaires royales hongroises².

3. Le caractère de source de droit des arrêts fut également énoncé par la Reine Marie Thérèse lorsqu'en 1769, ayant reconnu leur force constitutive de droit, elle fit éditer, sous la forme d'un Recueil officiel et systématique, intitulé « Planum Tabulare sive decisiones curiales etc. », les arrêts de la Cour Royale Septemvirale réorganisée en 1723.

Les 1010 arrêts insérés dans ce Recueil, au lieu d'être de simples décisions judiciaires (*sententiae*), constituent les règles juridiques pour les questions non réglées par les lois. C'est ainsi que

le « *Planum Tabulare* », démontrant d'une façon systématique l'évolution que traversa le droit civil hongrois depuis 1514, revêt le caractère du droit coutumier.

4. La marche organique de l'évolution du droit civil hongrois s'attachant de près aux décisions judiciaires fut rapidement arrêtée, en 1848, par le régime autrichien de l'absolutisme succédant à la défaite de la guerre d'indépendance hongroise. Le nouveau régime, se souciant peu des lois constitutionnelles du pays, crut pouvoir mettre en vigueur, moyennant des décrets impériaux, le Code civil autrichien et d'autres lois appliquées jusqu'alors en Autriche.

L'on sait que ce régime ne dura que jusqu'en 1860 où François-Joseph rétablit l'autorité des lois hongroises d'avant 1848. Cependant des difficultés se soulevèrent lors de cet acte de rétablissement. Car les réformes révolutionnaires du législatif de 1848 s'étendant aussi sur le terrain du droit civil ne purent être mises en vigueur sans porter atteinte aux droits acquis des tiers. (Ces lois, conformément aux idées de la Révolution française, décrétèrent, entre autres, l'égalité devant les lois : ce qui aurait dû mettre fin à la distinction entre les droits privés des nobles et des non-nobles.) C'est pourquoi il fut convoqué, sous la présidence du Grand-Justicier, en 1861, avant que le corps législatif eût pu établir un Code Civil moderne tenant compte de la situation modifiée, la *Conférence des Jurisconsultes*, formée pour la plus grande partie de juges supérieurs, en vue d'établir des *règles provisoires* qui harmonisent les rapports juridiques du présent avec le passé. La plus grande partie de ces règles provisoires sont toujours en vigueur, justifiant l'adage français selon lequel ce n'est que le provisoire qui dure.

Cependant, il est à noter que c'est en qualité de droit coutumier que ces règles juridiques, n'étant pas consacrées par la législation, sont appliquées. Voilà le procédé, par lequel le droit civil hongrois qui avant 1848, avait eu sa source principale dans le droit coutumier, reprit en 1861 son ancienne base sous la forme du droit coutumier établi par les juges hongrois supérieurs.

5. Des travaux ayant pour objet de préparer le *Code civil hongrois* furent mis en marche dès 1861 et à leur suite de nombreux projets fragmentaires furent publiés. La Commission Permanente de Codification organisée en 1895 par l'ordre du Ministre de la justice publia son premier projet complet avec les motifs en 1900. Succédèrent, en 1913, le deuxième projet, en 1914, le projet de loi du gouvernement, remanié en 1915 par une Commission spéciale de la Chambre des Députés. Les travaux préparatoires interrompus par la grande guerre furent repris en 1922 et, à leur suite, le ministre de la justice soumit à la Chambre des Députés, le 1^{er} mars 1928, le projet le plus récent de Code de droit civil. Les discussions sur ce projet ne furent pas encore entamées par la Chambre.

Cependant, cette allure ralentie des préparatifs de codification,

s'étendant à plus de soixante-dix ans, ne peut rester sans influence sur l'évolution du droit hongrois. Les Cours, dans leurs arrêts de principe, s'habituerent peu à peu à adopter les conceptions modernes des projets. C'est ainsi qu'on peut constater que les Cours, dans leurs arrêts rendus depuis 1900, sous la forme du droit coutumier, transformèrent en réalité légale, en particulier, les dispositions relatives au droit des obligations des projets de Code civil ³.

6. Le rang élevé que tient la jurisprudence hongroise, et en particulier les arrêts des juridictions supérieures, dans l'évolution du droit privé et spécialement dans celle du droit commercial, s'explique d'une part par le passé que nous venons d'esquisser et qui ne cessa jamais d'attribuer à la jurisprudence le rôle de source de droit, et d'autre part par les dispositions des récentes lois. Conformément à celles-ci, l'article 19 de la loi IV de l'année 1869 statua que « les juges devront procéder et juger selon les lois et *le droit coutumier ayant force de loi* » ; les lois LIX de l'année 1881 et XXV de l'année 1890 autorisèrent les Cours d'Appel à rendre des arrêts de principe et enfin les articles 70 à 79 de la loi LIV de l'année 1912 réglementèrent l'émission des arrêts de principe de la Cour Suprême.

7. La loi dernièrement indiquée (LIV de l'année 1912) mettant le mieux en relief l'activité des juridictions qui tend au développement du droit coutumier, nous croyons devoir en analyser les dispositions ayant rapport à notre sujet. Aux termes de cette loi, la Cour Suprême, pour *sauvegarder l'uniformité de la juridiction*, peut émettre deux sortes d'arrêts de principe : a) arrêts d'unité du droit et b) arrêts rendus par les Chambres Réunies. En outre, elle peut publier, dans le Recueil Officiel des Arrêts civils, aussi c) des arrêts de principe n'ayant pas la portée des arrêts indiqués.

Ad a) Les *arrêts d'unité du droit* sont rendus par la Chambre de l'Unité du Droit organisée spécialement dans ce but : α) lorsqu'une des Chambres de la Cour Suprême se propose de s'écarter d'un principe déjà établi par un arrêt de la Cour inséré dans le Recueil Officiel, et β) lorsque la Cour Suprême a rendu des arrêts basés sur des principes opposés ou que ce sont les juridictions inférieures (Cours d'Appel, Cours de Justice et Tribunaux de District) qui ont suivi, en questions de principe, une jurisprudence contradictoire.

Ad b) Les Chambres Réunies de la Cour Suprême rendent des arrêts α) lorsqu'une des Chambres de la Cour se propose de s'écarter d'un principe déjà établi par un arrêt antérieur d'unité de droit ou par un arrêt rendu par les Chambres Réunies, β) ou bien que le Président de la Cour ou le Ministre de la Justice estime nécessaire d'infirmer un arrêt antérieur d'unité de droit ou rendu par les Chambres Réunies.

Toutes les juridictions sont tenues d'appliquer, dès le 15^e jour

suivant leur publication dans le Recueil Officiel, les arrêts de la Cour Suprême tant qu'ils ne sont pas infirmés. Les Chambres Réunies de chacune des Cours d'Appel sont également autorisées à faire des propositions en vue d'infirmier des arrêts.

Ad c) Bien que les règles indiquées ne soient pas applicables aux arrêts de principe de la Cour Suprême, leur importance ne doit pas être méconnue. Car, tout en n'étant pas obligatoires pour les juridictions inférieures, ils ont une portée pour la Cour Suprême en ce que la Chambre d'Unité de Droit devra être réunie avant qu'aucune des Chambres de la Cour puisse, dans une espèce dont elle devrait juger, s'écarter d'un arrêt inséré dans le Recueil Officiel des Arrêts civils.

II

Après avoir donné une courte analyse des règles juridiques relatives au droit coutumier et à la jurisprudence contribuant à la formation de celui-ci, nous croyons devoir présenter une esquisse des opinions que manifestent les principaux juristes hongrois sur le présent problème.

1. Etienne Werböczy, dans le préambule de son « *Tripartitum* » (articles 10 à 12), examinant les conditions et les effets de la « *consuetudo* », consacre une étude approfondie à l'essence du droit coutumier. Il définit la « *consuetudo* » de la manière suivante : « *Consuetudo est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur.* »

Il établit les conditions suivantes de la « *consuetudo* » : 1° il faut qu'elle soit raisonnable : ce qui, en matière de droit coutumier civil, signifie qu'elle soit en harmonie avec le bien public (« *bonum publicum* »), 2° elle devra être appliquée pendant une durée prolongée (il faut qu'elle soit « *praescripta, habeat tempus debitum* »), 3° il faut que le « *consensus populi* » y soit exprimé par des actes fréquents (« *frequentia actuum* »). Les effets de la « *consuetudo* » sont au nombre de trois : 1° « *virtus interpretativa* », 2° « *virtus derogativa* » (!) et 3° « *virtus imitativa* » (effet complétant la loi).

En qualifiant de source de droit les arrêts de principe des juridictions, il développe sa thèse, dans le paragraphe 11 du Titre 6 de la Partie II, de la manière suivante : « *Tertio vero, et ultimo : ex Judicium Ordinariorum Regni Sententiis, Literisque Adiudicatoriis iteratis, imo pluribus vicibus uno et eodem ordine, ac modo processuque latis et confectis, ac executione iuridica roboratis, consuetudo ipsa emanavit.* » De cette interprétation, on ne pourrait guère conclure purement et simplement à la force de loi qui serait due aux décisions de principe des juridictions. On pourrait formuler à ce sujet, appliquant les paroles de M. Benjamin Zsögöd, la thèse suivante : Les décisions des juridictions rendues à plusieurs reprises

d'une manière similaire et dans un sens pareil donnaient aussi lieu à la naissance et au développement du droit coutumier.

2. Feu Ignace Frank, professeur à l'Université de Budapest, le second grand jurisconsulte hongrois, dans son ouvrage publié en 1845⁴, caractérise ainsi la portée des décisions judiciaires : Le droit coutumier constituant des règles juridiques naît des opinions identiques de ceux qui les emploient, pourvu qu'elles se manifestent par des faits. Le droit coutumier peut se former sans que le pouvoir principal y adhère d'une manière explicite. Il suffit que le pouvoir principal ne s'y oppose pas. Les juridictions n'étant pas revêtues de pouvoir législatif et ne disposant que de pouvoir judiciaire, la force obligatoire du droit coutumier a lieu sans leur approbation.

3. M. Benjamin Zsögöd, Professeur récemment retraité à l'Université de Budapest, dans son important ouvrage, intitulé : *Jogszabálytan* (« Théorie des règles juridiques »), Budapest, 1905 (pages 211 à 838), consacre des études approfondies au rôle que remplissent le droit coutumier et les décisions judiciaires parmi les sources de droit. (Il va de soi que l'auteur n'a pu tenir compte de la loi LIV de l'année 1912 susvisée.)

C'est le droit coutumier (*consuetudo*) que l'auteur considère comme l'*unique* source du droit privé. Les lois, selon lui, ne sont que des sources secondaires, car seulement celles de leurs dispositions se transforment en réalité légale qui sont adoptées par la coutume réelle. La force obligatoire des lois ne se réalise que par la voie de la coutume. C'est seulement grâce à la coutume que les lois deviennent un élément de la réalité légale. C'est la même conception qui se fait valoir, essentiellement, selon l'auteur, dans le « Tripartitum ». « Cette thèse, dit-il, est aujourd'hui et de tout temps également vraie. » Les décisions de principe des juridictions, en elles-mêmes, ne sont pas obligatoires et n'ont pas de force de loi. Cependant, les juridictions rendant, pendant une durée prolongée, dans des espèces pareilles, des décisions identiques, constituent droit coutumier et forment, en conséquence, d'une manière indirecte, droit. On ne peut aucunement considérer la règle juridique établie par une décision comme une source de droit *a priori* ; par contre adoptée et admise par le droit coutumier elle peut se transformer en source de droit *a posteriori* (p. 767)⁵. Le rôle éminent que remplissent les décisions judiciaires dans le droit coutumier ne peut être contesté. Car les décisions judiciaires non seulement engendrent le droit coutumier et en dirigent l'évolution, mais aussi en constituent la preuve la plus propre.

Les quelques thèses professées par l'auteur que nous venons de citer démontrent sa doctrine fondamentale selon laquelle ce serait la coutume qui constituerait la source principale du droit. Et l'auteur procède d'une manière logique lorsqu'il ne reconnaît comme réalité légale la règle juridique établie dans les décisions judiciaires que

sous la condition qu'elle soit adoptée par la coutume réelle de la vie pratique, par la conviction juridique de la nation ⁶.

4. Parmi les opinions des juristes contemporains nous nous bornons à reproduire celles de MM. Charles Szladits, Valentin de Kolosváry et feu G. de Magvary, remarquable spécialiste de la procédure civile et du droit international.

M. Szladits, dans son Manuel du droit civil (p. 11), se contente de relever l'importance qu'a en Hongrie, à défaut de Code civil, le droit coutumier comblant les lacunes du droit privé et se *manifestant par la jurisprudence*, en particulier, par les arrêts de la Cour Suprême, notamment les arrêts civils de principe.

Dans une étude récemment publiée (« Jogtudományi Közlöny », 1931, n° 11) il consacre une analyse plus approfondie à la source de droit que représente la jurisprudence. L'auteur estime que l'idée de la jurisprudence et celle du droit coutumier ne coïncident pas. La règle juridique déclarée par la jurisprudence peut seulement être considérée comme l'énonciation du droit coutumier lorsqu'elle se manifeste, à l'exemple, des lois, d'une autorité incontestée. La jurisprudence ne peut créer du droit coutumier d'un seul coup. Le système hongrois des sources du droit n'a rien de commun avec le système anglais des précédents. Les décisions judiciaires loin de constituer des lois ne font que déclarer ce qui est contenu dans les lois ; elles constatent l'existence des lois sans jamais constituer de nouvelles règles juridiques générales (absolues).

M. de Kolosváry dans son ouvrage publié en hongrois et intitulé *Traité du droit civil*, Budapest, 1930, pp. 9 à 36, analyse les doctrines des sources du droit d'une manière plus détaillée. Il adopte les théories de Werböczi, Zsögöd, des juristes allemands (Savigny, Puchta, Windscheid) et de M. Gény, lorsqu'il donne la définition du droit coutumier et qu'il en établit les deux conditions suivantes : l'application suivie pendant une durée prolongée et la *conviction* des intéressés concernant son autorité. Le soit disant « droit des juristes », résultat des travaux des jurisconsultes et des praticiens, tout en ne pouvant être considéré comme droit coutumier, constitue quand même un élément essentiel de l'opinion juridique commune compétente pour former droit. Parmi les éléments destinés à inspirer et former le droit coutumier ce sont les arrêts des Cours qui tiennent le premier rang et c'est pour cela qu'ils constituent un organe éminent des sources du droit. La loi LIV de l'année 1912, tout en réglementant la faculté de la Cour Suprême d'énoncer des arrêts de principe et rendant ceux-ci obligatoires pour toutes les juridictions, n'a pas revêtu la Cour d'un pouvoir législatif. Car, les arrêts n'obligeant que les juridictions, ne sont pas obligatoires pour tout le monde ; en outre, on doit prendre en considération que, rendus pour sauvegarder l'uniformité de la jurisprudence, ils n'ont pas l'intention de créer la loi.

Feu G. de Magvary, traitant les problèmes du droit coutumier,

ne les envisage qu'au point de vue de la procédure civile. Il relève la marche d'évolution que traverse sur le terrain de la procédure civile la jurisprudence pour se transformer en droit coutumier. En ce qui concerne, en particulier, les arrêts visés par la loi LIV de l'année 1912, ceux-ci constituent, en eux-mêmes, sans une pratique suivie, des règles juridiques ; ils se distinguent des lois en ce qu'ils se bornent à l'interprétation du droit existant.

5. Parmi les juristes qui traitent le rôle qui est dû au droit coutumier et à la jurisprudence au point de vue de la philosophie du droit, nous relevons les Professeurs Félix Somló, décédé à un jeune âge ⁷, et Jules Moór ⁸.

Feu F. Somló, étant d'avis que la manière dont on juge le droit réagit sur la théorie du droit coutumier, ramène, à l'exemple des autres philosophes du droit, le problème du droit coutumier à la notion du droit. L'essentiel du droit consiste, selon lui, en ce qu'il émane d'un pouvoir ayant l'habitude et la capacité de réaliser sa volonté d'une manière plus efficace que d'autres organes. Le droit signifie les règles relatives à l'activité de l'homme. Le pouvoir législatif peut énoncer lui-même des règles juridiques ou peut en charger d'autres organes à lui subordonnés. C'est de cette façon que se forment les règles juridiques primaires et secondaires (p. ex. les décrets ministériels). Le pouvoir législatif suprême, lui aussi, peut déclarer sa volonté d'une double façon : explicitement ou bien d'une manière indirecte qui y laisse conclure. C'est de cette façon que naissent les règles explicites (écrites) et les règles coutumières. Cette doctrine peut être appliquée par n'importe quelle théorie des sources de droit pour établir une classification générale : toutes les règles juridiques sont primaires ou secondaires et, en même temps, écrites (explicites) ou coutumières. Toutes les autres distinctions des sources de droit sont faites par le droit positif ; cependant tous les systèmes juridiques, sans exception, impliquent les classifications indiquées.

Selon Somló le droit coutumier, lui aussi, ne peut être formé que par celui qui, en général, est compétent pour créer droit. Et c'est toujours l'organe qui tient, chaque fois, le pouvoir principal. Le « tacitus consensus populi », la conviction juridique, la coutume du peuple, etc., ne constituent pas de droit coutumier, ils ne forment que des usages généraux et n'apportent que des contributions à la formation du droit coutumier. Ces usages généraux ne peuvent se transformer en règles juridiques que si le pouvoir principal, d'une manière explicite ou indirecte, les adopte. Les décisions judiciaires sont la voie par laquelle le pouvoir principal transforme habituellement les usages généraux en règles juridiques d'une manière implicite, par des faits concluants. Cependant, les décisions judiciaires ne sont pas toujours basées sur des usages généraux. *Les juridictions sont autorisées à former le contenu de la règle juridique, c'est-à-dire à créer, sous forme de droit coutumier, des règles juridiques entièrement nouvelles.* Bien plus, le droit coutumier

dérivé de la jurisprudence, *peut même déroger à la règle juridique écrite*. Même dans cette occurrence on ne doit pas perdre de vue que même le droit coutumier abrogeant les lois s'appuie sur la volonté du pouvoir principal. Car, en fin de compte, c'est le pouvoir principal lui-même qui abroge les lois lorsqu'il exécute les décisions judiciaires opposées aux lois et qu'il ne rend pas impossible pareille jurisprudence, mais, au contraire, la reconnaît comme les siennes, y adhère. Ce n'est donc pas la jurisprudence qui, d'après la terminologie de l'auteur, forme le droit coutumier secondaire abrogeant le droit écrit primaire (lois), mais c'est le droit coutumier primaire qui abroge le droit écrit primaire antérieur. *Le droit coutumier dû à la jurisprudence implique en même temps le droit coutumier primaire formé par le pouvoir principal*.

Il résulte des analyses données par l'auteur que, selon lui, la jurisprudence joue, dans la formation du droit coutumier, un rôle décisif ; il reconnaît aux juridictions, appelées primitivement à appliquer les lois, compétence pour créer des règles juridiques. A son avis la règle juridique exprimée par les décisions judiciaires n'est que la manifestation indirecte de la volonté du pouvoir principal.

Ce sont trois ouvrages qu'a consacré notre collègue M. Jules Moór aux problèmes du droit coutumier et de l'application des lois (décisions judiciaires). En ce qui concerne le problème des sources de droit, il adopte, dans son Manuel de la philosophie du droit, (pp. 221-246), en général, la théorie de F. Somló. Il distingue la source de droit intérieure (l'organe disposant du pouvoir de constituer les lois, dont celles-ci émanent) et la source de droit extérieure (la forme dans laquelle le commandement juridique se présente) et relève que chacune des conceptions indiquées de la source de droit est en étroit rapport avec l'idée du droit. La source de droit intérieure représente, en fin de compte, le pouvoir social le plus fort. Ce pouvoir peut créer lui-même des règles juridiques et, en outre, peut revêtir aussi d'autres organes à lui subordonnés du pouvoir législatif. Ces derniers, opposés au pouvoir le plus fort, source de droit primaire, peuvent être dénommés sources de droit secondaires.

La conception de la source de droit extérieure ressort également de l'idée du droit lui-même. Car, on ne saurait s'imaginer l'existence du droit sans qu'il se fasse valoir en réalité, sans qu'il soit observé. Par suite, il doit se manifester dans une forme apercevable, ce qui rend possible qu'il puisse être observé. C'est donc au moment de l'apparition de la source de droit extérieure que la formation du droit s'achève. D'autre part, c'est la source de droit extérieure qui constitue la base de son interprétation et, en même temps, le point de départ de l'application des lois. Voilà la raison pour laquelle, malgré les caractères opposés de l'idée de la source de droit et de l'application des lois, leur science se meut, pour la plus grande partie, sur le même terrain. Cela s'applique particulièrement au

droit coutumier ne se manifestant pas en forme écrite et dont la forme authentique doit, en conséquence, être établie et vérifiée par celui qui l'applique. En cette occurrence l'application de la loi implique en même temps une fonction de source de droit. D'ailleurs, l'idée du droit, ainsi que nous l'avons vu, impliquant qu'il se fasse valoir en réalité et la loi devant être appliquée pour qu'on puisse parler de sa formation, l'application de la loi signifie, en général, toujours une fonction de source de droit.

M. Moór formule la base de la distinction entre la loi (droit écrit) et le droit coutumier de la façon suivante. Tandis que le droit écrit se manifeste par des actes du législateur ayant pour but unique d'énoncer la règle juridique, on ne peut conclure à l'existence du droit coutumier que par des actes du législateur. Ceux-ci tout en n'étant pas dirigés directement vers la législation, servent, quand même, à établir sa conception et sa volonté sur certains problèmes. Il résulte de ce que nous venons de dire *que le droit coutumier peut se former, pourvu que sa volonté y puisse être établie, par un seul acte du législateur, sans qu'un usage se manifestant pendant une durée prolongée et par des répétitions multiples y soit nécessaire.* Le droit écrit et le droit coutumier émanant tous les deux de la volonté du pouvoir social le plus fort, leur force obligatoire est équivalente. Il en résulte *que le droit écrit antérieur peut être abrogé par le droit coutumier, car tout droit cesse d'exister dès la modification de la plus forte volonté.*

Les problèmes de l'interprétation du droit et de l'application des lois sont également traités d'une manière approfondie, dans les trois ouvrages indiqués de M. Jules Moór. Il démontre que la question originellement philosophique de l'application des lois est devenue un problème important du droit positif. Car, la philosophie du droit, dit l'auteur, doit partir de la règle générale exigeant que les règles juridiques soient interprétées comme des éléments du système uniforme et non contredit du droit et que celui qui applique la loi doive l'adopter, dans son sens exactement établi, sans aucune réserve. Cependant, il appartient au seul droit positif de fixer la manière (stricte ou libérale) dont celui qui applique les lois doit établir le vrai sens des règles juridiques et de déterminer la mesure dans laquelle il peut s'en écarter ¹⁰.

En se consacrant à la solution de ce problème, le droit positif doit tenir compte de la vocation suprême du droit qui consiste à s'accommoder à la vie pratique incessamment variable et fluctuante, et de ce que l'application des lois, suivant l'exemple de la législation, doit s'exercer en s'acclimatant aux exigences de la vie évolutive.

M. Moór, tout en admettant certains traits syllogiques de la juridiction, n'adopte entièrement ni l'ancienne théorie appelée « syllogisme » (rabaissant la juridiction au niveau d'une simple fonction logique), ni la théorie moderne du *droit libre*. Faisant face à la théorie du syllogisme, il démontre que la juridiction ne consiste pas,

exclusivement, en fonction syllogique. Car, même adoptant le système du *strictum jus*, la restriction et l'extension interprétatives, ainsi que l'analogie et l'*argumentum a contrario* peuvent bien avoir lieu. Or, il est évident que la faculté de choix entre ces deux manières d'interprétation ne peut plus être qualifiée de simple fonction logique. La fonction logique des juridictions (constituant syllogisme) se complète encore, dans le système du *jus aequum*, par l'activité s'exerçant sur le terrain du choix, de la volonté et de l'appréciation morale.

En ce qui concerne la *théorie du droit libre* M. Moór la rejette catégoriquement. Il en envisage les trois nuances suivantes établies par feu F. Somló : a) la théorie logique (celle de la lacune), b) la théorie psychologique (relevant les fonctions de volonté et d'appréciation) et c) la théorie historique. Il leur reproche de partir de la non-valeur des lois et de considérer *a priori*, sans exception, le droit positif comme faux et l'appréciation des juridictions appliquant les lois comme juste. Cependant, il reconnaît les services que la théorie du droit libre a rendus, en insistant, par réaction contre un droit positif tendant à généraliser et à poursuivre des types, sur l'extension de la liberté des juridictions pour réaliser les exigences morales de l'individualisation. Tout de même M. Moór tient à mettre en garde les juridictions de ne pas s'écarter de la loi et à recommander au législateur de rendre possible le fonctionnement individualiste aux juridictions. On peut donc résumer que c'est seulement de *lege ferenda* qu'il adopte les revendications de la théorie du droit libre.

Il nous faut encore signaler une thèse de l'auteur qu'il manifeste en connexité avec l'application des lois, étant donc en étroit rapport avec le sujet qui nous occupe. Selon lui, l'application des lois implique en même temps, à certains égards, législation, développement du droit. « Car, dit-il, la profonde lacune qui existe entre la règle absolue et sa réalisation en l'espèce ne peut être comblée que par l'activité créatrice de l'application des lois tendant à individualiser le droit. » (Cf. *La théorie des personnes juridique*, p. 301 et *Logique dans le droit*, p. 34.) L'on voit que, par cette thèse, l'auteur s'approche de la théorie radicale de M. Kelsen identifiant l'application des lois avec la législation. (Cf. *Les traits élémentaires de la vie de l'Etat*, pp. 65 à 72 ¹¹.)

III

Après avoir donné un court aperçu des thèses de la législation et de la science juridique hongroises relatives aux sources de droit et à l'application des lois nous nous proposons de montrer dans quelles mesures elles coïncident ou elles divergent avec les principes professés par M. Gény dans son ouvrage intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, fort bien connu et apprécié aussi dans notre pays.

1. Les thèses I-V établies dans le résumé de M. Gény (tome II, n° 223) ont été, en général, reconnues et adoptées sur le terrain du droit hongrois. La divergence que démontre la conception juridique hongroise en se refusant à établir un ordre entre les sources de droit primaires et mettant au même rang le droit coutumier et la loi écrite n'est pas, à notre avis, d'une portée fondamentale. On peut même constater que, sous l'influence de la doctrine du Professeur Zsögöd et inspirée par l'évolution historique du droit privé hongrois, la conception juridique hongroise penche vers l'opinion selon laquelle la coutume (*consuetudo*) constituerait la source principale du droit privé et l'idée de la loi écrite impliquerait la nécessité de l'application effective et de la réalisation des règles juridiques.

La manière stricte dont M. Gény, dans ses thèses IV et V, interprète les lois n'est pas appliquée non plus en droit hongrois. Le but suprême du droit étant d'établir l'ordre de la vie, il faut que l'interprétation de la loi, dans le cas de changement des rapports réglementés par les lois anciennes, soit mise en œuvre avant que la législation soit en état de modifier les lois tombées en désuétude. L'interprétation de la loi appelée à satisfaire aux besoins de la vie devra procurer le rythme nécessaire à l'évolution successive de la vie, protéger contre l'iniquité et réunir le passé avec le présent. Même la volonté expresse du législateur partant de rapports surannés ne pourrait entraver le jeu de la juridiction.

2. La science juridique hongroise tout en étant d'accord, dans un sens limité, avec la thèse VI de M. Gény, témoigne de certaines divergences. Sa définition du droit coutumier, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, s'harmonise avec les thèses de plusieurs de nos juristes. La distinction qu'il fait entre la coutume et l'usage de fait est également adoptée par la science et la législation hongroises. Cependant la thèse de M. Gény selon laquelle la coutume pourrait suppléer ou compléter les lois, mais ne pourrait y porter atteinte, y déroger, à un titre quelconque, ne saurait être adoptée dans notre pays. La thèse de Werböczi établissant l'effet dérogatif (*virtus derogativa*) qu'exerce le droit coutumier sur la loi est toujours fort exacte. La coutume abrogeant la loi ne se distingue de la loi que par la façon dont s'effectue l'abrogation. « Tandis que, dit M. Zsögöd, la loi est capable d'écarter les règles juridiques à la fois, d'un seul coup, le droit coutumier ne le fait que peu à peu, par une activité suivie. » « Le vrai sens de l'effet dérogatif du droit coutumier consiste en ce, dit M. de Kolosváry, que la pratique, à la suite de l'application et de l'interprétation des lois, ne satisfaisant pas aux besoins de la vie et le plus souvent défectueuses dès le début, effectuées de bonne foi, s'éloigne tellement du sens originaire des lois qu'une contradiction insurmontable se crée entre l'une et les autres. En pareil cas, le droit coutumier met les lois hors vigueur, leur substitue une règle nouvelle, sans que ce procédé se présente sous l'aspect d'un acte heurtant la loi. »

Quant à nos philosophes de droit, ils adoptent, nous l'avons vu, sans réserve, l'affirmation que l'effet dérogatif du droit coutumier émane de la volonté du pouvoir suprême ¹².

3. Les thèses VII à IX de M. Gény touchent de près le sujet que nous traitons. Nous avons eu l'occasion de traiter en détail les opinions manifestées à ce sujet dans notre science juridique. Nous avons démontré, en particulier, que, selon la conception hongroise, les règles juridiques appliquées constamment par la jurisprudence peuvent se transformer en droit coutumier réel, source de droit équivalent à la loi. Et quant aux arrêts de la Cour Suprême, le droit positif prescrit leur application obligatoire par la Cour même et les juridictions inférieures. Il est de principe incontesté en droit hongrois que, malgré les caractères différents de la jurisprudence et du droit coutumier, la jurisprudence est aussi compétente pour créer un droit coutumier et que même c'est la jurisprudence à laquelle appartient d'établir le texte authentique du droit coutumier, de l'individualiser et d'énoncer son effet obligatoire ¹³.

Il n'y a qu'une seule divergence de vues qui existe dans la science juridique hongroise à ce sujet. C'est la question de savoir si le pouvoir constituant le droit est compétent pour créer le droit coutumier d'un seul coup ou bien seulement à l'aide d'usage effectif ayant persisté à maintes reprises pendant une durée suffisante ? Tandis que nos civilistes considèrent l'usage, s'étant exercé à maintes reprises et pendant une durée prolongée, comme l'élément essentiel du droit coutumier généralement obligatoire, nos philosophes du droit se contentent d'un seul acte du pouvoir suprême, pourvu qu'on en puisse conclure à sa volonté.

4. Résumant la description du rôle que remplit en Hongrie la jurisprudence dans l'évolution du droit coutumier, on doit tout d'abord relever que la thèse de certains philosophes du droit du XVIII^e siècle : (les adhérents du *ius naturale*) considérant la loi comme la seule source de droit et refusant raison d'être au droit coutumier n'a jamais pu s'établir en droit hongrois. La théorie tendant à écarter le droit coutumier et manifestée dans le Landrecht de Prusse, le Code civil de France et le Code civil autrichien ne furent jamais adoptés en Hongrie. Au contraire : la plus grande partie du droit privé hongrois est basée, même de nos jours, sur le droit coutumier et c'est également le droit coutumier se manifestant par la jurisprudence qui met celles des dispositions du Code de commerce qui sont tombées en désuétude ou témoignent de lacunes, en harmonie avec les conditions modifiées de la vie.

C'est de la manière suivante que nous croyons pouvoir résumer les observations ci-dessus présentées :

a) C'est la jurisprudence qui est appelée en premier lieu à constater l'usage de fait s'étant formé dans la vie, à le formuler avec la précision voulue, à vérifier son contenu authentique, en un

mot, à le qualifier de droit coutumier. Lorsque la fantaisie illimitée de la vie crée une nouvelle institution juridique, les parties intéressées se hâtent de la revêtir de certaines formes de convention. Cependant, ces formes de convention ne pourront se prévaloir de la force et du caractère de règles juridiques sans un litige au cours duquel c'est la juridiction qui, à défaut de lois et de droit coutumier, moyennant la « libre recherche scientifique » signalée par M. Gény, résoudra si les formes de convention en question doivent être adoptées ou non comme des règles juridiques. Cette adoption aura lieu si les formes de convention sont en harmonie avec l'esprit du droit national, les principes généraux du droit et les doctrines de la science. (Art. 6 du Projet de Code civil.) A l'aide d'une jurisprudence constante cette règle juridique se transformera en droit coutumier ¹⁴ ;

b) Au surplus, *la jurisprudence est encore destinée à perfectionner et faire s'harmoniser les formes de convention, nées dans la vie pratique, avec les principes des règles juridiques existantes.* Les juridictions pourront donc purement et simplement adopter les formes de convention qui leur sont soumises sous forme de droit coutumier ou bien les modifier, compléter et préciser dans le sens et de la manière qu'elles jugeront nécessaires ¹⁵ ;

c) Le plus haut degré de l'activité législative de la jurisprudence se manifeste lorsqu'elle *inspire* les nouvelles règles juridiques et en prend l'*initiative* par voie d'application des lois. Quelque précise que soit la disposition de la loi, elle ne pourra être appliquée d'une manière uniforme que dans les plus rares espèces. Malgré l'existence des meilleures lois, les juridictions, partout, se voient souvent délaissées en face d'une règle juridique élastique lorsqu'elles ont à résoudre des questions de haute importance. On a beau énoncer par les dispositions des lois que les juridictions devront juger d'après l'*équité*, annuler les conventions se heurtant aux *bonnes mœurs*, apprécier *librement* les conventions, examiner si les parties, en fait, ont agi en *soigneux commerçants*, etc., etc. C'est l'appréciation des juridictions, leur activité morale, manifestant volonté et constituant loi, qui remplit de contenu réel ces « fantômes ». C'est donc l'application des lois en général et l'existence des règles juridiques élastiques qui rendent inévitable que les juridictions *inspirent de nouvelles règles juridiques du droit coutumier*, comblant les lacunes des lois et en prennent l'initiative. Ces nouvelles règles juridiques tout en pouvant avoir pour base des formes de convention des usages généraux, peuvent être entièrement originales et formées par les juridictions d'une manière indépendante pour devenir généralement obligatoires sous forme de droit coutumier ¹⁶ ;

d) *Enfin c'est la jurisprudence qui contribue en premier lieu à la formation du droit coutumier abrogeant les lois écrites.* La conception estimant que la loi une fois née s'écarte de la sphère d'influence de son créateur, mène une vie quasi-indépendante et

doit satisfaire, d'une manière loyale, aux besoins continuellement variables de la vie, constitue un principe fondamental de la jurisprudence hongroise. C'est à juste raison que ce but peut être appelé l'âme de la loi. Et, même si la lettre de la loi est opposée, les juridictions ne devront entendre que la voix de l'âme. C'est uniquement par cette méthode d'interprétation et d'application que les lois deviendront des institutions vivantes et évoluant, et seule cette méthode rendra possible d'appliquer les normes créées lors de la naissance de rapports plus tard devenus surannés, à ces rapports modifiés. Cette « révision tacite » cependant qu'accomplit la jurisprudence, équivaut à la législation et, très souvent, à la modification ou même à l'abrogation de la loi en vigueur.

¹ Le caractère spécial du droit commercial comparé au droit civil est fort bien relevé par THALLER-PERCELOU dans le *Traité élémentaire de droit commercial* (7^e édition, n° 49, note 2) : « Et cependant on a bien le sentiment que l'usage dispose d'une moindre portée en matière civile qu'en matière de commerce. »

² « Sciendum secundo, quod... haec nostra Consuetudo, qua in Judiciis modo generaliter utimur, ex tribus fundamentis constat : 1. primo ex constitutionibus et decretis publicis, 2. secundo autem, ex Principum privilegiis, 3. tertio vero, ex Judicum Ordinariorum Regni sententiis... »

³ Nous croyons mettre en rapport les idées de M. GénY avec la conception du Projet de 1928 en citant ses dispositions suivantes relatives aux sources de droit et à l'application des lois : « Les juridictions décident d'après l'équité lorsque les lois se rapportent à leur appréciation, aux circonstances de l'espèce ou à la considération d'une circonstance relevante (art. 4).

« En interprétant et appliquant les dispositions des lois il faut tenir compte non seulement du strict sens de leur texte, mais aussi de leur intention se manifestant dans leur idée fondamentale et but, ainsi que du rapport logique existant entre ces dispositions. » (Art. 5.)

« Dans les espèces n'étant pas réglementées par les lois, les juridictions devront juger selon l'esprit du droit national, les principes généraux du droit et les résultats acquis par la science. » (Art. 6.)

« Par loi il faut entendre aussi le droit coutumier ayant force de loi et d'autres règles juridiques sous réserve de dispositions contraires. » (Art. 7.)

⁴ *A közigazság törvénye Magyarhonban*, Budapest, articles 9, 41 à 44 de la partie I (*Le droit général en Hongrie*.)

⁵ Nous croyons pouvoir opposer à cette thèse l'opinion de M. GénY portant : « Les décisions judiciaires ... ne vaudront, dans le domaine de la création des règles juridiques, que par leur mérite intrinsèque (*rationis imperio*), non par la vertu de leur forme (*ratione imperii*). » Cf. *op. cit.*, t. II, n° 223.

⁶ Parmi les juristes allemands c'est Schuppe (*Das Gewohnheitsrecht*) qui professe la doctrine de l'auteur lorsqu'il considère la cou-

tume comme droit primitif (*auf Ueberzeugung beruhender Volkswille*) et la loi comme forme secondaire de la manifestation de volonté.

⁷ Cf. *Le droit coutumier* (en hongrois), Kolozsvár, 1914 et *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917, 2^e édition, 1923.

⁸ *Introduction à la philosophie du droit* (en hongrois), Budapest, 1923 ; *Logique dans le droit* (en hongrois), pp. 30 à 37 et *La théorie des personnes juridiques* (en hongrois), Budapest, 1931, pp. 301 et suivantes.

⁹ Nous estimons à propos d'invoquer à ce sujet les idées suivantes de M. Lambert : « La coutume n'est point un usage spontanément formé au sein des masses, mais une règle de progrès suggérée par les juriscultes ou par une élite en possession de la connaissance des lois. » Cf. *Etudes de droit commun législatif*, 1903.

¹⁰ Le droit positif offre les méthodes suivantes à ce sujet : 1^o le système appelé « référé législatif » réservant la solution des questions douteuses à la décision du législateur (par exemple l'Ordonnance civile touchant la réformation de la justice de 1667 ; l'article 26 du Code de Joseph II de 1786) ; 2^o le principe de la « denegatio justitiae » (Code civil, art. 4) ; 3^o le système du « jus strictum » obligeant les juridictions à procéder selon le strict sens de la loi ; 4^o le système du « jus aequum » admettant que les juridictions puissent s'écarter du sens strict, savoir : a) l'établissement de la volonté vraie du législateur à l'aide de la conclusion logique, ou bien b) s'appuyant sur des fonctions de volonté et d'appréciation indépendantes ; ce sont particulièrement les idées élastiques, les lois-cadres (« bonnes mœurs », « bona fides » etc.) qui s'y prêtent ; 5^o l'autorisation aux juridictions de ne point appliquer la règle juridique dans l'hypothèse de l'existence de causes importantes.

¹¹ L'on sait que MM. Kelsen et Merkl (*Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Wien 1923, considèrent l'application des lois comme l'escalier inférieur de la législation (c'est pour cela qu'on a dénommé leur thèse la « théorie d'escalier ») ; elle ne fait, disent-ils, que remplir les blancs de la formule du droit primaire. Bien plus, selon M. Kelsen, le sujet de droit aussi, en établissant les conditions du contrat et remplissant ainsi les lacunes laissées vides par les lois (*lex contractus*), exerce une fonction législative.

¹² Il doit être remarqué que l'opposition mise par M. Gény à l'effet dérogatif du droit coutumier ne rencontre pas une reconnaissance unanime parmi les juristes français non plus. C'est dans ce sens que professent MM. Thaller-Percey dans leur *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e édition, Paris, 1925, p. 49, que les règles juridiques incomplètes et défectueuses peuvent être non seulement complétées, mais aussi abrogées par les tribunaux. Rien n'y est changé, à notre avis, par la circonstance que les tribunaux conçoivent cet accroc fait par eux à la législation écrite sous la couleur d'interprétation.

¹³ Le droit hongrois ressemble à cet égard à la conception anglaise : « The *lex non scripta* is declared by the judges, whose decisions are guided by established precedents. Custom is not in itself law ; but it becomes so when it is recognised as binding by the judges, or is incorporated into a statute. » (Smith's, *Manuel of common law*, Ed. 12, p. 3.)

¹⁴ Nous préférons la thèse attachant la force obligatoire du droit coutumier à la reconnaissance et la fixation par les juridictions à celle de Windscheid. Cet auteur estime que c'est la pratique par laquelle se manifeste la conviction juridique de celui qui applique une règle et que

c'est dans cette conviction que se trouve la base de la force obligatoire du droit coutumier. Déjà Savigny démontrait (*System des heutigen römischen Rechts*, p. 37, t. I) que particulièrement deux éléments contribuent à la reconnaissance et à l'évolution du droit coutumier : la forme symbolique des actes juridiques et les sentences des tribunaux du peuple. Ce sont ces dernières qui conçoivent et établissent le rapport juridique sous un réel aspect.

¹⁵ Le rôle rempli par la jurisprudence dans le développement du droit coutumier existant a été relevé d'une manière claire par J. Unger dans son *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, 1868, lorsqu'il dit : « Dies (naemlich das « Juristenrecht » ist kein Produzieren eines neuen Rechts, sondern Entwicklung und Entfaltung des Gegebenen, Aufdecken des Vorhandenen). »

¹⁶ Même ceux qui estiment que la jurisprudence seule ne peut créer droit coutumier réel, admettent sa fonction d'initiative indiquée. La thèse VII de M. Gény énonce décidément que l'autorité jurisprudentielle pourra encore être initiatrice de coutumes. HEINSHEIMER (*Handelsrecht*, 1930, pp. 7 et 8) bien qu'il proclame que les juridictions ne sont pas tenues aux principes établis par elles-mêmes, démontre que le soi-disant « Richterrecht » (créé, d'une part, par la modification des rapports de la vie et, d'autre part, par des contemplations) tout en ne constituant pas de règles juridiques obligatoires (« imperativer Kraft »), signifie en qualité de « kognitive Rechtsquelle » la consécration authentique de l'état de droit actuel et se fait valoir à mesure que la loi vieillit.

TITRE VI

LE CONTRAT ET LA LOI

CHAPITRE PREMIER

L'essor moderne du concept contractuel

par Louis JOSSERAND,
Doyen de la Faculté de Droit de Lyon

On croit trop volontiers que la matière des obligations bénéficie d'un privilège dont elle aurait l'exclusivité, celui de l'unité dans le temps et dans l'espace : en tout lieu et à toute époque, elle serait constituée par des dogmes immuables, d'une vérité définitive et universelle, réalisant ainsi ce *verum jus*, cette *lex et sempiterna et immutabilis* que Cicéron évoquait sur un plan différent lorsque, dans le *De republica*, il entendait opposer le droit naturel au droit positif de chaque pays.

Cette conception trop simpliste est artificielle et fausse² ; même lorsqu'il réglemente les rapports obligatoires, le droit demeure encore une science sociale, donc une science évolutive ; et c'est le cas de rappeler le mot de Jean Cruet qu'« une loi indéformable ne peut se concevoir que dans une société immobile »³, ce qui revient à dire qu'elle ne saurait se concevoir en aucune façon, puisque, par essence même, toute société humaine est un organisme en évolution incessante, en perpétuel devenir. Il est bien vrai que les juristes de Rome avaient élaboré une théorie des obligations fort bien aménagée et dans laquelle ils avaient prodigué leurs dons de praticiens et d'analystes ; mais, quelle qu'en fût la valeur à la fois psychologique et technique, elle ne pouvait prétendre à la pérennité ; édifiée à l'usage du monde romain, elle n'est plus à notre mesure, et d'année en année, son insuffisance se manifeste plus évidemment ; les vieux cadres, tout solides et tout vénérables qu'ils fussent, craquent de toutes parts et notre société du xx^e siècle aspire légitimement à revêtir une armure juridique tout autre que celle dont se parait la Rome des Antonins et des Sévère. Comment en pourrait-il être autrement, alors que l'organisation des rapports obligatoires entre les hommes est fonction de la vie économique et sociale ? Aussi est-il

advenu que tels concepts se sont périmés ou éliminés progressivement — voies d'exécution sur la personne du débiteur, cession de biens, solidarité active, novation, contrats de droit strict, — tandis que tels autres ont fait leur apparition ou se sont développés dans des proportions inouïes, comme la personnalité morale ou la stipulation pour autrui. La vie juridique s'est avérée comme une création continue et le droit n'a pu se rajeunir qu'en se dévorant lui-même : c'est sur les ruines du passé que le progrès réalise toutes ses conquêtes.

*
* *

La réalité de cette loi suprême de l'évolution ne saurait être contestée dans le compartiment des délits, plus généralement dans celui des obligations extra-contractuelles : ici, quantité de concepts sont apparus ou ont pris un essor prodigieux, comme ceux du risque, de l'abus des droits, de la responsabilité du fait des choses ou de l'enrichissement sans cause : comparé au droit délictuel d'aujourd'hui, le droit délictuel romain, ou celui de notre ancienne France, voire celui de notre Code civil de 1804, nous apparaissent singulièrement indigents et étriqués ; ils manquent d'envergure et de substance : ils sont aussi anémiques que notre droit actuel s'affirme pléthorique ; sans conteste, c'est dans le sens de l'amplification, du développement d'un plexus obligatoire délictuel toujours plus riche, que s'est produite et que s'accélère l'évolution à laquelle nous assistons et qui se révèle autrement rapide, autrement fougueuse que celle qui s'affirme dans d'autres compartiments, tant dans le droit de la famille que dans celui de la propriété ; l'essor moderne du concept délictuel est indéniable ; la réalisation, la vérification en sont de tous les instants.

*
* *

Dès lors, on est amené à se demander si cette hypertrophie du droit délictuel n'a pas trouvé sa contre-partie dans un appauvrissement de la matière contractuelle : puisque *rien ne se perd et rien ne se crée*, l'un des deux grands compartiments du droit des obligations n'a pu se remplir que parce que l'autre se vidait à son profit ; le contractuel a dû se déverser partiellement, dans le délictuel ; s'il y a eu gain d'un côté, c'est qu'il y a eu perte de substance de l'autre.

Cependant cette conclusion ne cadre nullement avec la réalité juridique : nous voudrions montrer, dans cette brève esquisse, que les concepts contractuel et délictuel ne se sont pas comportés ainsi que des vases communicants, mais qu'ils ont progressé, chacun de son côté, isolément l'un de l'autre, en sorte que leurs destinées parallèles, mais nullement complémentaires l'une par rapport à l'autre, ont pu se développer avec des succès égaux : le contrat du ^{xx}e siècle présente sur le contrat du droit romain de l'époque classique une

supériorité aussi éclatante que celle dont peut se prévaloir notre statut délictuel comparé à celui de la loi *Aquilia* ; dans le second domaine aussi bien que dans le premier, le droit romain, comme d'ailleurs notre ancien droit français, font aujourd'hui figure de parents pauvres.

L'essor du concept contractuel s'affirme dans quantité de directions, mais surtout dans deux principales : d'une part, les contrats sont devenus infiniment plus nombreux et plus divers que par le passé ; d'autre part, les effets s'en sont multipliés et intensifiés : le progrès a donc été à la fois *quantitatif* et *qualitatif*. Non seulement les contrats sont désormais innombrables, mais leur efficacité est devenue plus grande ; ce n'est pas seulement le phénomène contractuel qui a augmenté de fréquence, c'est aussi son incidence qui s'est modifiée, c'est son rayonnement qui s'est accru : le contenu obligatoire s'est considérablement enrichi au cours des siècles.

Etudions le double courant qui s'est ainsi précipité et grâce auquel le concept contractuel a gagné en quantité et en qualité.

I. ESSOR QUANTITATIF

Multiplication et diversification des contrats

L'essor quantitatif des contrats, qui se manifeste à la fois par la multiplication, la fréquence de ces actes juridiques, et par leur diversification, est la résultante d'un grand nombre de facteurs, les uns économiques ou sociaux, les autres plus spécifiquement juridiques.

1. C'est dans la première catégorie qu'il convient de situer le développement du commerce et de l'industrie, et plus généralement l'intensification des échanges, au sens le plus compréhensif du mot : non seulement les contrats d'un type ancien — vente, louage de services, dépôt, mandat, prêt, gage, contrat hypothécaire — sont utilisés bien plus fréquemment que jadis par des hommes aux prises avec les difficultés d'une vie toujours plus trépidante et plus complexe, mais aussi des catégories nouvelles ont fait leur apparition — assurances de toutes sortes, conventions collectives, contrat d'édition — cependant que des clauses ingénieuses viennent s'insinuer dans des conventions depuis longtemps pratiquées sans elles : clause dite commerciale, clauses d'imputation de la dot ; le clavier contractuel, mis à contribution plus que jamais, offre à qui l'utilise de nouveaux sons et de nouvelles combinaisons.

2. De plus, le jeu en est libre : soit quant à la forme, puisque la règle de la *consensualité* s'est substituée à celle de la *solennité* ; soit quant au fond, à raison du principe de *l'autonomie de la volonté* qui domine l'ensemble du droit contractuel. Il est vrai que la liberté laissée aux parties trouve des limites nécessaires dans les exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs (Cod. civ., art. 6) ; mais on peut dire que, dans cette direction, l'histoire de notre législation

et de notre jurisprudence est une abolition presque constante ; nombreuses sont les opérations qui, jadis proclamées illicites ou immorales, ont été par la suite reconnues régulières, soit à de certaines conditions, soit absolument : il suffira de citer *le prêt à intérêt*, proscrit sous l'influence de l'Eglise, puis admis à de certaines conditions limitatives du taux de l'intérêt (L. 3 septembre 1807), aujourd'hui permis sans limitation soit en matière commerciale (L. 12 janv. 1886), soit même en matière civile (L. 18 avril 1918); les *Assurances sur la Vie*, considérées par les rédacteurs du Code civil, comme odieuses et criminelles, puis largement pratiquées malgré l'absence d'une réglementation qui s'est fait attendre jusqu'à la loi du 13 juillet 1930 *relative au contrat d'assurance* (titre III, section 2, art. 56 à 83); les *clauses d'inaliénabilité*, que la Cour de cassation a d'abord proscrites impitoyablement et sans distinction (Civ. 6 juin 1853, *D. P.*, 1853, I, 191) pour les reconnaître ensuite valables à de certaines conditions et dans des limites déterminées (V. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. I, n° 1841); le contrat dit de *succès dramatiques*, d'abord condamné par la jurisprudence comme « essentiellement basé sur le mensonge et la corruption », puis validé par la Cour de Paris (Comp. Lyon, 25 mars 1873, *D. P.*, 1873, 2, 68 et Paris, 5 avril 1900, *D. P.*, 1903, 2, 279); enfin, le *courtage matrimonial*, pour lequel nos tribunaux se montraient jadis d'une sévérité extrême et qu'ils ont maintenant une propension à envisager avec plus d'indulgence (trib. civ. Lisieux, 21 janv. 1903, *S.*, 1903, 2, 182 ; Agen, 15 déc. 1909, *S.*, 1910, 2, 211 ; trib. civ. Nice, 22 déc. 1909, *S.*, 1910, 2, 293 ; Bordeaux, 13 déc. 1912, *S.*, 1915, 2, 38). L'activité contractuelle bénéficie ainsi d'un champ toujours plus étendu, grâce à la disparition de préjugés moyenâgeux ou romantiques qui venaient autrefois la refouler ou la conditionner étroitement.

3. Ce n'est pas tout : non seulement les variétés de contrats se multiplient, mais aussi leur *technique* se modifie (V. Edmond Sallé, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*); au type traditionnel, dont les clauses sont débattues librement par les intéressés, s'oppose le contrat dont l'économie est préparée par une seule des parties, l'autre contractant se bornant à entrer dans la combinaison qui lui est soumise, à l'approuver, à y adhérer ; au contrat *de gré à gré* s'oppose le contrat dit *d'adhésion*, qui exclut toute discussion, tout marchandage, sorte de contrat-règlement s'extériorisant dans une *prérédaction* susceptible d'être retenue par quiconque entendra se l'appliquer en faisant honneur aux clauses qu'elle renferme. Le projet de contrat apparaît alors comme une sorte de cliché contractuel dont il est possible de tirer des épreuves à l'infini : c'est à une opération de ce genre que se livrent le voyageur qui prend un billet dans une gare, l'expéditeur qui confie des colis à un voiturier, le souscripteur d'une police d'assurances, l'ouvrier embauché dans une usine, le client d'un grand magasin, etc. Dans de telles éventualités, l'opération juridique s'effectue

avec une rapidité foudroyante : le contrat est construit *en série*, suivant les règles d'une rigoureuse standardisation qui réduit au minimum l'effort des parties et la perte du temps : l'armature contractuelle donne le rendement *optimum*.

*
* *

Il est vrai que certains juristes — en général des publicistes — déniaient aux opérations que nous venons de décrire le caractère contractuel et prétendent y voir des actes unilatéraux, des règlements soumis à un statut particulier ; car, disent-ils, l'égalité économique y fait défaut ; l'une des parties émet une volonté réglementaire et impose ainsi sa volonté à l'autre qui ne joue dans l'opération qu'un rôle passif ; le concept contractuel ne serait plus ici qu'une « pure apparence » dont « le contenu réglementaire jure avec son enveloppe » (M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., pp. 206 et suiv. ; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, p. 371. Comp. Saleilles, *La déclaration de volonté*, art. 133, n^{os} 89 et 90).

Cette conception publiciste, qui tend à restreindre le champ du contrat pour assurer un nouveau domaine au règlement, est à rejeter sans hésitation : la loi n'exige nulle part que la conclusion des contrats soit préparée par une libre discussion à laquelle les parties prendraient part à armes égales ; elle se contente d'un consentement exempt des vices énumérés aux articles 1109 et suivants du Code civil ; autre chose est l'égalité juridique : cette dernière suffit à assurer le fonctionnement régulier de la règle du jeu contractuel (V. Ripert, *La règle morale*, n^{os} 55 et suiv. ; G. Dereux, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, *Rev. trim. dr. civil*, 1910, p. 503 ; Edmond Sallé, *op cit.* ; V. aussi les thèses de M. Dollat, 1905 et Gounot, 1909).

Sur un terrain différent, on a également tenté de refouler le concept contractuel au moyen de l'*institution* ou de l'*union* dont on a voulu effectuer la différenciation d'avec le contrat : un acte juridique ne rentrerait dans la catégorie des contrats qu'autant qu'il tendrait exclusivement à faire naître des obligations entre les parties ; mais du moment qu'il établit une situation durable, un *modus vivendi* permanent, il rentrerait dans une catégorie différente ; il serait en quelque sorte promu au grade supérieur, il aurait la valeur d'une institution, (Hauriou, *op. cit.*, pp. 409 et suiv.) ou d'une *union* (Duguit, *op. cit.*, pp. 409 et suiv.) ; il échapperait ainsi à « l'infirmité » (Hauriou, p. 204) qui est la tare du contrat, concept fragile et restreint, qui ne dure qu'un temps. Telle serait notamment l'enviable destinée du mariage, de la société de commerce, de l'association.

Mais les auteurs qui préconisent cette opposition, (V. aussi Georges Renard, *La théorie de l'institution, Essai d'Ontologie juridique*, 1930 ; Gaston Morin, *Vers la révision de la technique juridique*, dans les *Archives de philosophie du droit*, 1931, p. 73) et qui, — certains d'entre eux du moins —, se préoccupent surtout de faire mordre

le droit public sur le droit privé, se font du contrat une idée archaïque et bien étroite ; ils en sont restés au temps de la stipulation romaine, avec la double déclaration de volonté qu'elle contenait, alors que, dans le droit moderne, il convient de voir un contrat dans tout acte juridique plurilatéral tendant à créer ou à déplacer des obligations, sans distinguer d'après la durée de ces dernières ni selon qu'une situation permanente se trouve établie entre les parties, sans quoi il faudrait refuser le caractère contractuel au bail à longue durée, au louage de services conclu pour une durée déterminée, et même au mandat, car cette dernière opération est susceptible, elle aussi, d'instituer entre les parties un régime organique à longue portée. En réalité, les publicistes ont confondu le contrat avec ses effets et ils ont pris prétexte de l'importance, de la durée de ceux-ci, pour contester l'existence de celui-là ; et ils ont fait du droit romain, voire de l'ancien droit romain, sans s'apercevoir que le concept contractuel avait évolué, depuis ces temps lointains, dans un sens toujours plus compréhensif et plus libéral.

Nous pensons que leurs efforts demeureront vains et que l'évolution du contrat s'affirmera dans le sens quantitatif, comme une « évolution créatrice », sans régression aucune ; les conquêtes réalisées par le droit moderne demeureront, dans cette direction, définitives.

II. ESSOR QUALITATIF

Amplification du contenu obligatoire des contrats

Ce second phénomène est moins connu que le premier, alors qu'il présente cependant une importance et un intérêt juridique bien supérieurs ; il tient tout entier dans cette constatation que la substance contractuelle se développe sans cesse, que le rendement de chaque opération devient toujours meilleur et que le rayonnement du contrat s'intensifie soit à l'égard des tiers, soit dans le cercle des parties et des personnes qui leur sont assimilées.

1° *A l'égard des tiers*, le rayonnement du contrat, nul à l'origine, est devenu de plus en plus puissant.

a) Tandis que, primitivement, les contrats ne pouvaient produire que des obligations, le droit moderne a admis qu'ils fussent translatifs de propriété ou constructifs de droits réels, sous la réserve de certaines formalités de publicité qui ne sont d'ailleurs exigées, en thèse générale, que pour les transactions immobilières : la vente d'un meuble corporel individualisé rend l'acheteur aussitôt et par elle-même propriétaire *erga omnes* ; les contrats retentissent ainsi au loin, au delà du cercle des contractants, de leurs héritiers et de leurs créanciers ; la grande règle de la relativité des conventions, formulée dans l'article 1165 du Code civil, cesse d'être exacte dans la mesure où les contrats sont par eux-mêmes productifs ou translatifs de droits réels opposables aux tiers ;

b) Même parmi les contrats simplement productifs d'obligation, il en est qui atteignent au delà des contractants, qui sont à grand rayon d'action : ceux qui interviennent précisément en faveur de tiers et qui rentrent ainsi dans le cadre, de plus en plus vaste, de *la stipulation pour autrui* (C. civ., art. 1121) et ce sont aussi les *contrats collectifs*, dont la force de pénétration est encore supérieure, puisqu'ils enserrent certains tiers dans un réseau obligatoire qui est tissé, non seulement de créances, mais aussi d'obligations envisagées au point de vue passif (concordat accordé à un failli ; *associations syndicales* de propriétaires fonciers ; *convention collective de travail*) : la loi contractuelle s'impose alors, non seulement aux parties contractantes, à ceux qui ont conclu et signé l'arrangement, mais aussi à des personnes qui y sont demeurées étrangères, ou même qui y étaient ouvertement hostiles ; la minorité se trouve ainsi liée par la majorité ; la volonté collective enchaîne, bon gré mal gré, les volontés individuelles ; des tiers subissent ainsi l'emprise contractuelle.

*
* *

2° Dans le cercle des *parties contractantes* et des personnes qui leur sont assimilées, l'amplification du contenu obligatoire n'est pas moins remarquable et revêt alors un caractère particulièrement technique ; la substance obligatoire devient de plus en plus riche, les contrats s'affirment toujours plus productifs, toujours plus féconds, d'abord parce que certains d'entre eux, jadis essentiellement gratuits, ont été pénétrés par le titre onéreux et sont ainsi devenus, pratiquement, des opérations parfaitement synallagmatiques (mandat, dépôt), par cela même plus riches en substance obligatoire ; puis et surtout parce que notre jurisprudence découvre, institue à la charge des parties ou de l'une d'elles des obligations jusque-là insoupçonnées et qui lui paraissent découler de plein droit, tout naturellement, de tel ou tel contrat dont la productivité se trouve ainsi accrue sans que ni le législateur, ni les parties aient eu à intervenir.

C'est qu'en effet, dans le droit moderne, tous les contrats sont *de bonne foi* ; la notion du contrat de droit strict si accréditée dans le droit romain de la première époque, déjà fortement entamée à l'époque classique, a été réduite de nos jours presque à l'état d'une curiosité juridique ; non seulement les conventions légalement formées *doivent être exécutées de bonne foi* (C. civ., art. 1134, par. 3), mais encore elles obligent à *toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* (art. 1135) ; ce qui revient à dire que le juge dose souverainement le potentiel obligatoire d'une catégorie conventionnelle donnée, et que les contrats sont donc des opérations à contenu essentiellement variable, suivant les usages, les mœurs, les habitudes du commerce juridique : à un quart de siècle de distance, le même cadre abrite des rapports juridiques différents, plus ou moins nombreux, plus ou moins rigides ; le même

pavillon est susceptible de couvrir une marchandise plus ou moins abondante ; la complexité peut succéder à l'unité, le licite à l'illicite, et cela indépendamment de toute intervention du législateur et par l'appréciation du juge, interprète officiel des mœurs, des usages, de l'équité.

C'est ainsi que sont apparues, dans la suite des années, quantité d'obligations contractuelles nouvelles, jadis insoupçonnées, et qui sont une création de notre jurisprudence : à côté des obligations nées des actes juridiques, des actes illicites, de l'enrichissement sans cause et de la loi, on a vu surgir des *obligations jurisprudentielles* qui, sans doute, sont encore contractuelles par le cadre où elles se situent, mais qui, si on ne se paie pas de mots, si on va jusqu'au fond des données juridiques, ont une origine *prétorienne* (André Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, p. 369) en prenant d'ailleurs ce qualificatif dans son sens le plus bienveillant et le plus légitime à la fois, puisqu'ici c'est la loi elle-même qui, en tournant les regards du juge vers la bonne foi, vers l'équité et vers l'usage, l'invite à fouiller le fonds contractuel pour y découvrir des obligations nouvelles, susceptibles de varier et de se multiplier au cours des âges, sous la pression des phénomènes individuels, économiques ou sociaux.

L'obligation de sécurité

Parmi ces obligations nouvelles que notre jurisprudence distingue et fait surgir de certains contrats dont elle développe ainsi le contenu et le rayonnement *inter partes*, il convient d'assigner une place d'honneur à *l'obligation de sécurité*.

Volontiers, nos tribunaux estiment qu'en concluant tel ou tel *negotium*, les parties entendent que l'une des parties assure vis-à-vis de l'autre une obligation de sécurité ; obligation à la fois tacite et absolue : *tacite*, en ce sens qu'elle n'a pas besoin d'être stipulée, qu'elle va de soi, étant postulée par l'économie générale de l'opération, par les exigences de la bonne foi et de l'équité ; *absolue*, puisque celui qui en est tenu doit restituer, au moment voulu son cocontractant à lui-même, sain et sauf, en sorte que, si un accident survient, la victime se trouvera, quant à la preuve, dans une situation aussi avantageuse que possible, celle qui est faite au créancier contractuel en présence de la carence de son débiteur défaillant : c'est à celui-ci qu'il appartiendra de prouver que le dommage est survenu par la faute de la victime ou à raison d'un cas de force majeure, extérieur à l'entreprise, au cercle contractuel : créancière de sécurité, elle se contentera d'alléguer que cette sécurité n'a pas été obtenue et que, jusqu'à plus ample informé, le débiteur est donc responsable contractuellement du dommage éprouvé.

Cet essai de forçage du contenu contractuel a été tenté par les jurisprudences française et belge à l'occasion de différentes opérations. A vrai dire, la première tentative devait subir un échec com-

plet : le *louage de services*, premier champ d'expériences, se révéla réfractaire à ce phénomène de génération spontanée ; vainement des juristes de talent s'efforcèrent-ils d'établir que l'employeur s'engage tacitement à restituer l'ouvrier à lui-même sain et sauf à tout moment et qu'un accident survenant, sa responsabilité se trouve engagée contractuellement envers l'ouvrier. (Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie* ; Marc Sauzet, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, *Rev. crit.*, 1883) ; cette thèse ne pénétra pas dans notre droit positif français ; on sait d'ailleurs comment le problème fut résolu, par le législateur lui-même, grâce à l'utilisation de la notion du risque professionnel (L. 9 avril 1898 et lois postérieures) ; la responsabilité du patron, bien que supposant l'intervention d'un contrat de travail, n'est point spécifiquement contractuelle ; forfaitaire et libérée, dans son principe du moins, de l'idée de faute, réserve faite cependant de la faute intentionnelle, elle repose sur la notion du risque créé dont l'accident est considéré comme la réalisation.

La tentative de rattachement au contrat d'une obligation de sécurité protectrice de l'une des parties, ne fut pas plus heureuse en ce qui concerne le *contrat d'éducation* ou *d'enseignement* : le directeur d'une institution ne garantit pas, de par l'accord intervenu avec les parents de ses élèves, l'intégrité corporelle de ceux-ci ; sans doute, un accident survenant, sa responsabilité peut être engagée à raison d'une faute par lui commise ; mais il s'agit alors d'une faute délictuelle dont la preuve de la réalité incombe au demandeur en indemnité ; et si, par exemple, un élève est blessé par une tuile qui s'était détachée de la toiture de l'école, le directeur n'est point, contrairement à ce qu'avait d'abord jugé le tribunal civil de Clermont-Ferrand, contractuellement responsable, mais il ne peut être recherché que par une action délictuelle, étayée sur une faute par lui commise (Riom, 18 juillet 1928, *Gaz. Pal.* ; 1928, 2, 784).

Notre jurisprudence ne s'est pas non plus montrée favorable à la transposition dans la tonalité contractuelle, des obligations qui incombent tant aux *notaires* vis-à-vis de leurs clients (Req. 9 janv. 1907, *D. P.*, 1910, I, 215 ; Civ. 21 juillet 1921, *S.* 1922 ; I, 172, Colmar, 15 juin 1926, *D. H.* 1926, 505), qu'aux *médecins* et aux *chirurgiens* à l'égard de leurs malades (Req. 21 juillet 1919, *D. P.*, 1920, I, 30, note Denisse, Paris, 12 mars 1931, *D. H.*, 1931, 259 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, p. 756 ; P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, t. IV, n° 524 ; André Brun, *op. cit.*, n° 241).

*
* *

Mais si, dans ces différents domaines, le droit délictuel a conservé intacte sa souveraineté traditionnelle, dans d'autres directions il a dû reculer devant les progrès réalisés par la responsabilité contractuelle, grâce à l'incorporation, dans le contrat, d'autorité et pour

ainsi dire de vive force, d'une obligation absolue de sécurité garantissant l'intégrité de la personne, du moins jusqu'à preuve contraire, c'est-à-dire jusqu'à la démonstration que le dommage est dû à la faute de la victime ou à la force majeure.

L'évolution s'est accomplie ou s'est dessinée pour toute une série d'opérations : transport de personnes, jeux forains, manège, contrat d'hôtellerie, bail d'immeuble.

a) C'est pour le transport de personnes que le phénomène est le plus connu ; il s'est produit avec autant de soudaineté que d'intensité ; en 1911, la Cour de cassation a proclamé que le voiturier assume, vis-à-vis du voyageur, une obligation de sécurité absolue ; qu'il prend tacitement et nécessairement l'engagement de le conduire à destination, non pas mort ou vif, mais bien sain et sauf ; c'est une véritable prise en charge qu'il effectue ainsi et dont les conséquences sont commandées par la disposition de l'article 1147 du Code civil ; lorsqu'un accident survient, l'inexécution du devoir de sécurité est par là même établie et la responsabilité du transporteur se trouve donc contractuellement engagée envers la victime ou ses héritiers (Civ. 21 nov. 1911, S., 1912, I, 73, note Lyon-Caen, D. P., 1913, I, 249, note Sarrut ; 27 janv. 1913, S., 1913, I, 177, note Lyon-Caen ; 24 janv., 4 juillet 1922, 22 juillet 1924, S., 1924, I, 161, note A. Mestre, Req. 27 juillet 1925, D. P., 1926, I, 5, note Ripert, S., 1925, I, 249, note P. Esmein ; Civ. 24 juillet 1930, S., 1930, I, 368.

Formulée dans des termes absolus, la thèse de la Cour de cassation est générale dans son domaine d'application ; elle intervient du moment qu'il y a *accident de transport de personnes*, sans distinguer d'après la personnalité de la victime, civile ou militaire (arrêts précités des 24 janv. et 4 juillet 1922), ni selon les circonstances dans lesquelles l'accident s'est produit (ouverture d'une portière en cours de route, fermeture d'une portière au départ, croisement de deux trains, déraillement), ni d'après le mode de locomotion employé ; peu importe que le trajet fût effectué sur mer ou sur terre, par paquebot ou dans une simple barque (Grenoble, 15 mars 1921, D. P., 1922, 2, 25, note Rouast), par tramway (Civ., 6 fév. 1917, D. P., 1917, I, 35 ; 25 juillet 1922, D. P., 1923, I, 209), par chemin de fer (V. la plupart des décisions citées, et notamment celle de 1911), dans le métropolitain (Civ., 20 juin 1921, D. P., 1923, I, 209), par automobile (Civ., 16 mars 1921, D. P., 1924, I, 203 ; 31 juillet 1922, D. P., 1923, I, 209 ; 23 mars 1925, D. H., 1925, 330) dans une voiture attelée (Req. 28 juin 1916, D. P., 1917, I, 35), ou dans un aéronef (Grenoble, 25 mars 1925, D. P., 1925, 2, 137, note Ripert) : la doctrine de la responsabilité contractuelle du transporteur de personnes présente un caractère d'universalité ; elle s'applique du moment que le voyageur se trouvait lors de l'accident, en cours de transport régulier (V. pour le cas où le voyageur se trouvait en dehors du parcours régulier, Civ., 6 juillet 1925, D. P., 1925, I, 233, note Roger, S., 1925, I, 278 ; et pour non-voyageur, trib. civ. Seine, 15 nov. 1929, D. P., 1930, 2, 23) ; il n'est pas excessif de dire

que, dans le domaine du transport de personnes et pour les accidents survenus en cours de route, la responsabilité délictuelle a été supplantée par la contractuelle ; le concept contractuel a fait reculer devant lui et a vaincu le concept délictuel (V. L. Josserand, *Les Transports*, 2^e éd., n^{os} 893 et suiv.) ;

b) Une observation du même genre est de mise pour les accidents survenus du fait des *jeux forains*, et par exemple des manèges forains : d'après une jurisprudence qui s'affirme et qui se consolide de plus en plus, tandis que le tiers, le curieux, blessé par un de ces engins, doit, s'il veut obtenir réparation, mettre en jeu la responsabilité délictuelle du tenancier, donc faire la preuve d'une faute commise par celui-ci, à l'inverse, le client, victime d'un accident, est à même d'utiliser le contrat conclu avec l'entrepreneur et d'invoquer l'inexécution de l'obligation de sécurité absolue qui découlait implicitement de cette opération : le tenancier de jeux forains est débiteur contractuel de sécurité envers ses clients, tout comme le voiturier est garant de l'intégrité physique des voyageurs dont il assure le transport (Nancy, 26 juin 1925, Paris, 22 fév. 1926, *D. P.*, 1927, 2, 25, note Lalou ; trib. com. Vienne, 26 avril 1927, *D. H.*, 1927, 363 ; Grenoble, 27 fév. 1928, *D. H.* 1928, 343 ; trib. com. Saint-Etienne, 1^{er} mars 1928, *D. H.*, 1928, 363 ; Lyon 7 déc. 1928, *D. P.*, 1929, 2, 17, note L. Josserand) ;

c) La Cour de Lyon a évoqué la responsabilité contractuelle pour assurer une indemnité au client d'un *manège* victime d'un accident de cheval au cours d'une leçon : le directeur de l'établissement est proclamé contractuellement garant de la sécurité de ses élèves (Lyon, 1^{er} avril et 21 octobre 1922, *D. P.*, 1924, 2, 51) ;

d) Le contrat d'hôtellerie semble bien, lui aussi, devoir faire preuve de réceptivité par rapport à la thèse de la responsabilité contractuelle ; en 1920, le Cour de Lyon posait ce principe que « l'un des devoirs essentiels de l'hôtelier est d'assurer la sécurité absolue des voyageurs qui se confient à ses soins » (Lyon, 24 juin 1920, *D. P.*, 1922, 2, 40), et, quelques années plus tard, la Cour de cassation estimait que « commettait une faute engageant sa responsabilité un hôtelier qui ne prend pas les précautions nécessaires pour assurer, la nuit, la sécurité de ses hôtes de passage » (Req. 18 déc. 1928, *D. H.*, 1929, 17) ;

e) Enfin, les rapports établis par un *bail* entre propriétaires et locataires semblent se prêter de plus en plus volontiers à l'établissement d'une responsabilité contractuelle, laquelle jouera au profit du preneur et à l'encontre du bailleur au cas où le preneur est victime d'un accident causé par l'usage des lieux loués et que l'on pourrait qualifier d'*accident locatif* : ce n'est pas dans l'article 1386 du Code civil destiné à régir les rapports entre tiers ; c'est dans la loi du contrat qu'il convient de chercher alors les éléments et la source de la responsabilité du bailleur (Rouen, 4 juin 1910, motifs, *S.*, 1913, 2, 145, note Charmont ; Lyon, 23 oct. 1925, *Rec. Somm.* 1926, n^o 1696 ; Nîmes, 2 juil. 1929, *Sem. Jur.* 1929, p. 1216, Colmar,

29 avril 1930, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1930 ; Comp. trib. civ. Haute Vienne, 18 avril 1929, *D. P.*, 1930, 2, 12, note Lalou).

Obligations autres que l'obligation de sécurité

Ce n'est pas seulement une obligation de sécurité que notre jurisprudence fait sortir de certains contrats, c'est aussi parfois telles ou telles obligations, de portées très différentes et fort diverses.

1° C'est ainsi que, dans le contrat de *louage de services*, on a fait découler du contrat conclu entre employeur et employé, ouvrier ou domestique :

a) L'obligation, pour le premier, de fournir aux seconds une nourriture saine : le domestique agricole, intoxiqué par une eau contaminée, va pouvoir mettre en jeu la responsabilité contractuelle du patron qui a manqué à une obligation par lui implicitement assumée (Trib. civ. Haute Vienne, jugement précité) ;

b) L'obligation de veiller sur les vêtements dont les ouvriers ou les employés sont obligés de se débarrasser, à raison des nécessités mêmes du travail (Civ. 9 déc. 1930, *D. H.*, 1931, 35) ;

2° Les obligations du *notaire* envers ses clients sont comprises avec beaucoup de rigueur (V. P. Esmein, *Les obligations*, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. VI, nos 529 et suiv.) ; notamment, il est admis depuis longtemps que cet officier ministériel doit renseigner les parties sur les conséquences des actes qu'il reçoit (Civ., 2 janv. 1924, *D. P.*, 1924, 1, 114, S., 1924, 1, 169, note Vialleton ; trib. civ. Tours, 25 mars 1930, S., 1931, 2, 157) ;

3° Et l'on se demande si *l'agent de change*, en sa qualité de mandataire salarié, ne doit pas être traité avec la même sévérité ; s'il n'est pas tenu contractuellement de renseigner son client sur les conditions exactes dans lesquelles a lieu l'opération à laquelle il se livre et sur les conséquences qui en résulteront pour lui (V. Demogue, *Chronique de Jurisprudence*, *Rev. Trim.*, 1930, p. 1074). Si la Cour de Bordeaux s'est prononcée en sens contraire, c'est pour des raisons de fait, le client se trouvant être, dans l'espèce, un capitaliste averti, parfaitement au courant des opérations de bourse (Bordeaux, 9 juil. 1930, *Rec. Bordeaux*, 1930, p. 42) ;

4° Un courant se dessine dans la jurisprudence et dans la doctrine, qui conduirait à un alourdissement de la responsabilité du *banquier émetteur de titres* : considéré comme un vendeur, il répondrait des vices cachés de la chose, dans les termes des articles 1641 et suivants du Code civil ; les obligataires auraient donc la ressource de se retourner contre lui lorsque, porteurs de titres dont les intérêts ont été stipulés payables en franc-or, ils se heurtent au mauvais vouloir ou à l'insolvabilité de l'Etat émetteur (V. Caen, 30 mars 1928, *Gaz. Trib.*, 16 oct. et pour la bibliographie, H. Cabrillac, *La responsabilité civile des banques dans le placement et l'émission de titres*, 1931).

Appréciation critique

Ainsi, le mouvement est incontestable qui porte la jurisprudence à transposer la situation obligatoire des intéressés, à faire passer les obligations du délictuel dans le contractuel, à leur donner un caractère préconstitué et à améliorer ainsi la situation du créancier qui, en plaçant sa demande sous l'égide du contrat, en réclamant son dû, bénéficie d'une facilité de preuve très appréciable : le préjudice dont il se plaint coïncide avec l'inexécution d'une obligation contractuelle, et c'est au débiteur qu'il appartiendra d'écarter la responsabilité dans laquelle on prétend l'enfermer, en alléguant et en prouvant la faute du créancier ou le cas de force majeure, c'est-à-dire l'événement externe ayant fait irruption dans l'entreprise, dans le cercle contractuel. Le contenu obligatoire des conventions reçoit ainsi, par un procédé technique ingénieux, un développement imprévu : de ce procédé que faut-il penser ? Quelle en est la valeur juridique, la légitimité ?

A notre sentiment, il y a lieu de distinguer entre l'obligation de sécurité et les autres effets que la jurisprudence attache aux contrats ; les derniers sont parfaitement justifiés ; ils cadrent avec l'intention probable, avec l'intention légitime des parties ; et nous pensons que le mouvement qui s'est dessiné, se poursuivra encore et aboutira à la reconnaissance de nombreuses obligations auxquelles pendant longtemps et jusqu'ici, on n'avait pas même songé : c'est ainsi, pour nous borner à un exemple, qu'il serait juridique et équitable d'admettre, contrairement à ce qui a été décidé par le tribunal de commerce et par le tribunal civil de la Seine (20 mars et 28 mars 1930, *Rec. Jur. de l'automobile*, pp. 202 et 204) que le garagiste s'engage tacitement, en vertu du contrat de dépôt qu'il a conclu, à garantir contre le gel les voitures dont il a assumé la garde (Sylvain et Charles Girerd, *Le garagiste et l'automobiliste*, p. 48) : car le déposant a certainement entendu qu'il en fût ainsi, et le dépositaire ne pourrait pas légitimement prétendre, sans manquer à la bonne foi et sans dénaturer le contrat de dépôt, qu'il avait entendu répudier une telle responsabilité : c'est l'occasion de rappeler que les contrats, aujourd'hui tous ou presque tous de bonne foi, obligent à toutes les suites que l'équité ou l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature (C. civ., art. 1135).

Quant à l'obligation de sécurité que la jurisprudence inclut de vive force dans nombre de contrats, il nous semble que le procédé est plus discutable, parce qu'il se ramène à une dénaturation systématique de la volonté des parties ou du moins de l'une d'elles : dans le transport des personnes, par exemple, il est douteux que le voyageur ait voulu imposer au voiturier une obligation absolue tendant à sa propre sécurité et aboutissant à le traiter ainsi qu'un ballot de marchandises ; et surtout il n'est pas croyable que le transporteur ait entendu, de gaieté de cœur, assumer une obligation, étendue au point d'être irréalisable, et jouer ainsi le rôle du guillotiné par persuasion.

En réalité, les obligations que l'on insère ainsi d'autorité dans certains contrats, ne sont plus à base de consentement, mais à base d'autorité : ce sont les pouvoirs publics qui les instituent de toutes pièces ; avec elles, on voit reculer le dogme de l'autonomie de la volonté qui cède devant celui de la contrainte ; en décidant que le voiturier s'engage contractuellement à garantir l'intégrité physique du voyageur, la Cour de cassation a fait, en 1911, de l'interventionnisme, de l'étatisme juridique ; elle a fait produire au contrat, acte de *libre volonté*, une *obligation forcée* : l'effet est en contradiction flagrante avec la cause ; la toile jure avec le cadre dans lequel elle est incluse d'autorité.

Mais il n'en reste pas moins que le procédé technique auquel recourt en pareil cas notre jurisprudence a pour aboutissement d'enrichir le contenu obligatoire du contrat et de donner ainsi un nouvel essor, un nouvel aliment au concept contractuel qui, loin de céder la place au concept délictuel, s'installe sur de nouvelles positions et s'organise solidement sur le terrain conquis : ce n'est pas seulement le droit délictuel qui progresse ; c'est le monde des obligations qui, dans tous ses compartiments, se multiplie et s'affaire à suivre, dans ses transformations incessantes et rapides, une société toujours plus complexe et plus agissante : les rapports obligatoires sont fonction des rapports économiques et sociaux et l'intensification de ceux-ci détermine fatalement le développement de ceux-là ; la multiplication des relations entre humains postule nécessairement un enchevêtrement croissant des liens juridiques dont l'hypertrophie du contenu obligatoire des contrats ne constitue que l'une des manifestations les plus caractéristiques : le concept contractuel se développe et s'enrichit de pair avec le concept délictuel ; s'il traverse une crise, c'est une crise de croissance qui se traduit tant par de nouveaux apports venus de l'extérieur que par un regain de vitalité et qui doit comporter comme aboutissement la « *déromanisation* » du contrat et son adaptation au monde économique et social du xx^e siècle.

¹ Cons. Henri MAZEAUD et LÉON MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I ; André BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1931 ; H. LALOU, *La responsabilité civile*, et un article dans *Dalloz Hebd.*, 1931, Chron., p. ESMEIN, *Les obligations* dans le *Traité pratique de droit civil* de PLANIOL et RIPERT, t. VI ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. V ; JOSSERAND, notes *D. P.* 1927, 1, 105 ; 1929, 2, 161.

² V. Paul ESMEIN, dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, t. VI, n^o 3 ; Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n^o 7.

³ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 56.

CHAPITRE II

L'ordre économique et la liberté contractuelle

par Georges RIPERT,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris,

Professeur à l'Ecole des Sciences politiques

1. L'article 6 de Code civil énonce un principe dont l'application varie sans cesse. Il édicte la nullité de conventions contraires aux lois qui intéressent l'ordre public et ne donne aucun moyen de reconnaître ces lois. En nul autre endroit du Code on ne trouve une définition de l'ordre public. La notion paraissait sans doute claire. La loi est d'ordre public, disait Portalis, quand « elle intéresse plus directement la société que les particuliers ». Forme de la liberté individuelle, la liberté de contracter s'arrête quand elle mettrait en péril le groupement auquel appartiennent ceux qui prétendent en user. Tout contrat est union. Il crée entre le créancier et le débiteur une petite société temporairement constituée pour une fin déterminée. Cette petite société ne peut être formée que si elle ne compromet pas la vie et le fonctionnement du corps dans lequel elle prétend vivre. On ne peut par le contrat déroger aux lois qui règlent l'Etat, la famille, la profession. C'est là l'ordre public au sens politique du mot. Les relations économiques entre les hommes cèdent le pas à la nécessité de la vie en société. Il y a une primauté du politique sur l'économique.

Le domaine du contrat reste d'ailleurs immense. Le Code civil lui abandonne toutes les relations économiques, car, en matière économique, il n'est d'autre organisation que celle qui se forme par la liberté des conventions. Le contrat est loi, et, si la loi intervient, ce n'est que pour interpréter la volonté probable des contractants, suppléer à leur volonté non exprimée. Parfois le législateur se risque à une interdiction, interdiction de la lésion dans la vente d'immeuble, de l'usure dans le prêt. Il ne vise jamais que le respect de la morale. Encore les juristes de l'école classique ne le comprennent-ils pas très bien. Il acceptent la règle dictée par l'expérience et maintenue par la force de la tradition; ils ne manquent pas d'en signaler le caractère exceptionnel. Il y a des échanges de richesse et de services qui peuvent être contraires à la morale; on ne conçoit pas comment ils pourraient être contraires à l'ordre public si du moins l'objet du contrat est dans le commerce.

2. Nous connaissons aujourd'hui des contrats qui naissent comme autrefois sous le signe de la liberté mais ne peuvent y vivre. La volonté n'a d'autre force que la soumission au régime légal. Les parties déterminent librement la quantité d'objets qu'elles veulent remettre, d'argent qu'elles veulent payer ; elles sont impuissantes à régler les conditions de la remise ou du paiement. Elles épuisent leur pouvoir de vouloir dans la désignation de leur désir, le législateur se charge de la réalisation.

Abstraite et permanente, la règle légale ne peut que donner un type uniforme de contrat. C'est toujours par la même voie que devra être atteint le but auquel visent les contractants. La route est tracée et il n'est point possible de s'en écarter. Un ordre naît de cette réglementation, qui est bien un ordre public, mais de nature différente. Il ne s'agit plus d'arrêter les conventions privées parce qu'elles porteraient atteinte à la chose publique, mais bien au contraire de les développer à la condition de les plier à l'ordre économique. L'homme n'a plus le droit de se lier à un autre homme par le jeu complexe des rapports juridiques que son intérêt ou son caprice imaginent. Il doit se ranger obligatoirement dans le cadre d'un de ces contrats jugés les plus propres à assurer l'échange le meilleur des richesses et des services. La clause dictée par la volonté individuelle est considérée comme perturbatrice de l'ordre désiré.

Ainsi le contrat perd sa force en tant que créateur d'obligations. Certains auteurs nieront même que la volonté humaine puisse créer le rapport juridique. La volonté n'a plus d'autre règle que la soumission à la règle légale. Nous avons des institutions dans la vie économique comme nous en avons dans l'ordre social. Il y a une nouvelle partie du droit civil qui n'est pas dans le Code : la réglementation obligatoire des rapports économiques.

3. On nous l'a tout d'abord dissimulé. Il ne s'agissait semblait-il que de développer les principes du Code civil. Le consentement n'oblige que s'il est libre et conscient. La lésion et l'usure sont des causes de nullité parce qu'elles révèlent l'abus de la faiblesse. Le législateur est dans son rôle s'il va au secours des faibles. La liberté ne convient qu'aux forts. Le contrat suppose l'égalité dans la lutte ; l'infirmité physique et intellectuelle est vice du consentement. Il n'y a qu'une présomption de capacité au profit de ceux que la loi ne déclare pas incapables. Celui qui s'est incliné devant la résolution inflexible de l'autre partie et a subi sa loi n'a pas consenti une obligation. Le contrat d'adhésion n'a plus que le vêtement contractuel.

Il a pourtant paru impossible au législateur comme au juge d'apprécier dans le contrat les forces respectives en présence et de compenser le plus faible par la révision du contrat. Mais prenant prétexte de la faiblesse présumée de l'un des combattants, le législateur a réglé minutieusement les conditions du contrat. Il n'est pas de meilleur exemple que la réglementation du contrat de travail en vue de la protection du travailleur. Le législateur a lentement élaboré un

Code du travail aux dispositions impératives. Quand plus tard on a été habitué à l'idée, la loi du 13 décembre 1926 qui contient le Code du travail maritime déclare par une formule générale que toutes les dispositions sont d'ordre public (art. 133).

Sous le même prétexte de protéger contre des transporteurs jouissant d'un monopole d'exploitation les négociants obligés d'expédier leurs marchandises, la loi du 17 mars 1905 a interdit les clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport sans se soucier du bouleversement apporté aux tarifs spéciaux. Il devenait pourtant plus difficile de dire que l'on voulait encore protéger la faiblesse de l'un des contractants. Il s'agissait en réalité de maintenir obligatoirement la responsabilité sur la tête de celui qui a la garde des marchandises parce que c'est le moyen le plus efficace de donner la sécurité du transport. Le droit maritime désire depuis longtemps une solution semblable, hésite à bouleverser les conditions habituelles de l'affrètement et cherche dans une convention internationale la réforme considérée comme indispensable au progrès économique.

Pendant ~~et après la guerre~~ le mouvement se précipite. Il n'est plus question que de prorogation, taxation et révision. Le contrat succombe sous les remèdes de ceux qui prétendent le sauver en l'adaptant aux circonstances. Le législateur se porte au secours des locataires, des fermiers, des commerçants, des acheteurs. Il taxe les denrées, fixe le prix des baux, prolonge les contrats en cours. Il n'ose même plus parer ses interventions d'un prétexte de justice. Il ne s'agit plus que d'intérêts matériels. Tous les contrats qui troublent l'économie seront condamnés.

Troublent l'économie ceux qui veulent reprendre les locaux loués, expulser les commerçants, majorer les loyers ; comme ceux qui ne veulent pas se servir de la monnaie nationale, stipulent en francs-or ou en devises étrangères. L'Etat a son plan de restauration économique ; les conventions privées ne peuvent y faire échec.

Beaucoup de ces lois ont disparu ou vont disparaître ; quelques-unes restent et il reste surtout l'idée qui a inspiré cette législation. Désormais il paraîtra naturel que toute loi donnant les règles du contrat soit impérative. Quand par la loi du 13 juillet 1930 le législateur réglemente le contrat d'assurance il dispose en termes généraux que les dispositions légales ne peuvent être modifiées par convention que dans les cas déterminés par l'article 2. D'un seul coup ce contrat passe de la liberté absolue à la réglementation étroite.

4. Cette réglementation a sa charge. Voici désormais le législateur obligé de chercher les règles du contrat non plus dans la volonté commune et probable des intéressés, mais dans les besoins généraux de la société qu'il prétend diriger. Il faut qu'il connaisse le prix moyen des denrées, qu'il calcule les charges des propriétaires et les exigences de l'habitation, qu'il prévoie les procédés de transport et trouve pour chaque transport, terrestre, maritime ou aérien, le régime de responsabilité compatible avec les charges de l'explo-

tation, qu'il étudie le marché de l'assurance et ce que l'on peut imposer à l'assureur sans aggraver la charge de la prime.

Propriétaires, commerçants, agriculteurs appellent tour à tour l'Etat à leur secours. On lui demande de régler la vente des engrais et celle des animaux, et celle du blé et du vin, de protéger la propriété commerciale, d'interdire la vente des valeurs à lots. On réclame des lois sur les dépôts en banque, sur le contrat d'édition, sur le transport maritime et le transport aérien. Quand le commerce est trop prospère les consommateurs crient au secours, et quand le commerce est atteint les négociants réclament protection. La liberté n'est plus considérée que comme source de désordre. ~~Nous réclamons tous de l'Etat l'ordre économique, et au maintien de cet ordre, nous sommes prêts à offrir en sacrifice la liberté contractuelle.~~

5. Cette conception nouvelle de l'ordre public ne laisse pas le juriste sans inquiétude. Déjà il constate que cet ordre public devient une notion singulièrement changeante. Il ne s'agit plus des besoins permanents de l'Etat, de l'ordre d'une société stable. Il faut satisfaire aux besoins de l'heure. L'Etat court au plus pressé. L'œuvre du législateur en matière de baux à loyers est un exemple frappant de la mobilité d'une législation ébranlant la stabilité du contrat. L'œuvre ne peut connaître de répit. La révision des baux à ferme à peine terminée et les fermages majorés une nouvelle révision se prépare qui les diminuera. Le législateur s'essouffle à suivre l'état du marché. Comment d'ailleurs dans cette tâche pour lui nouvelle ne commettrait-il pas des erreurs? Une loi à peine votée on met en chantier celle qui la corrigera ou la remplacera. La convention privée ne peut plus permettre les modalités particulières. Il faut bien que le législateur essaye de tout prévoir.

Autrefois l'ordre public représentait l'élément stable de la société, le contrat la satisfaction temporaire des intérêts. Aujourd'hui le contrat est plus stable que la loi et la loi détruit volontairement cette stabilité qui lui paraît incompatible avec le mouvement économique.

En même temps cette loi emprunte au contrat ses caractères de réalisation concrète. La convention privée ajustait par ses modalités les intérêts particuliers. Si elle ne peut plus faire cet ajustement, il faut bien que le législateur essaye lui-même de tout prévoir. Les publicistes avaient défini la loi au sens matériel la règle abstraite et permanente. La loi moderne devient un règlement détaillé et temporaire. Elle prend des mesures de circonstance si bien qu'un jour le législateur s'oublia à qualifier de définitive une loi sur les loyers. Elle ne le fut pas plus que les autres.

6. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible de donner à ces lois le plus souvent destinées à faire régner un certain ordre économique une portée d'application générale. L'Etat peut bien essayer de créer chez lui un certain ordre ; ses pouvoirs s'arrêtent à ses fron-

tières et il ne peut vivre dans un régime d'économie fermée. Il est alors obligé de tolérer dans le commerce international ce qu'il défend dans le commerce intérieur. Des contrats semblables régis au même titre par la loi française seront valables ou nuls suivant que l'échange des richesses sera national ou international. La Cour de cassation, annulant les clauses par lesquelles les contractants cherchaient à parer à la dépréciation monétaire, a été obligée de les valider quand le contrat participait aux opérations du commerce international. La loi du 17 mars 1905 s'applique aux transports ferroviaires nationaux mais non à ceux qui sont régis par la Convention de Berne. Le transporteur maritime a échappé jusqu'ici à la règle sévère qui impose une responsabilité complète au transporteur terrestre parce qu'il commerce avec l'étranger. Le transporteur aérien a obtenu un régime de faveur parce que son exploitation est internationale.

Le nationalisme économique engendre un nationalisme juridique. Les lois modernes assimilaient l'étranger au national quant à la protection des intérêts privés. Nous voyons reparaître dans la législation contemporaine des différences injustifiables; le propriétaire français et le locataire étranger, le propriétaire étranger et le locataire français ne trouvent pas les mêmes droits dans le contrat de louage d'immeubles. Et comme par ailleurs nous avons des accords internationaux garantissant une réciprocité de traitement le juge civil se débat dans d'inextricables difficultés quand on lui demande de reconnaître ou supprimer un droit d'après la nationalité du contractant.

7. Mieux encore on crée des différences de traitement entre les nationaux suivant leur classe et le principe de l'égalité devant la loi disparaît devant la diversité des intérêts à protéger. Puisque la loi se propose la protection des intérêts matériels elle ne saurait protéger à la fois les intérêts de tous. Les représentants du peuple qui votent la loi ne peuvent s'empêcher de songer, quand on les invite à faire régner l'ordre économique, aux bienfaits que la majorité de leurs électeurs attend de l'ordre qu'ils imposeront. La loi n'est pas faite pour les Français ou pour ceux qui habitent le territoire français; elle est faite pour le vigneron ou pour le marchand de vin, pour le petit industriel ou pour l'ouvrier travaillant à domicile, pour le propriétaire de l'immeuble ou pour le locataire commerçant. Encore faut-il distinguer dans le nombre. Il y a le gros propriétaire et le petit qui n'est point soumis à l'impôt sur le revenu et que l'Etat indemnise de sa perte; les gros et les petits locataires divisés en tranches; les gens âgés et les infirmes, le travailleur dont le salaire est insaisissable pour partie et le marin qui peut tout garder sans payer ses dettes, le mutilé de guerre qui a droit aux emplois réservés, l'ancien combattant qui ne loue pas sa maison dans les mêmes conditions que les autres à moins que son propriétaire soit lui-même un ancien combattant auquel cas les faveurs légales se neutralisent!

Dans cette recherche des intérêts divers qu'il ne peut pas con-

naître le législateur est l'esclave des corporations reconstituées, des associations qui pullulent. Chacune réclame une faveur pour ses membres. La Fédération des commerçants impose la loi sur la propriété commerciale, la Fédération des vignerons réglemente le commerce des vins, l'Union des propriétaires proteste contre les lois sur les loyers mais la Fédération des locataires en impose le maintien, les syndicats ouvriers élaborent le Code du travail et obtiennent que la convention collective devienne la loi de la profession.

8. Dans les traités classiques de droit civil on trouve en général une courte énumération des lois qui intéressent l'ordre public. Comment pourrait-on aujourd'hui tenter une telle revue? Les lois destinées à faire respecter l'ordre économique sont trop nombreuses. Mais cet ordre public a-t-il la même valeur juridique que l'ancien? C'est une question que le juriste doit examiner et dont la solution est indécise.

La convention qui déroge à l'ordre public est nulle et il est admis que cette nullité est absolue parce qu'elle doit être à la disposition de chacune des parties et échapper à une confirmation de l'acte. Peut-on traiter avec autant de sévérité la convention contraire à l'ordre économique? La faute n'est plus ici d'avoir contracté, car le contrat était désirable en soi, mais uniquement de prétendre en modifier les conditions.

Il n'est plus dès lors utile de faire tomber ce contrat, il suffit d'en effacer les clauses contraires à la loi. Peut-être les parties n'auraient-elles pas contracté et tenaient-elles avant tout à la stipulation prohibée. Il paraît pourtant douteux que la nullité de la clause entraîne la nullité du contrat tout entier.

En tout cas il paraît difficile de donner également l'action en nullité aux deux parties. Un tel contrat ne blesse l'ordre public qu'en tant qu'il n'est pas conforme à l'ordre économique. Mais après tout il s'agit de défendre des intérêts matériels. Si celui qui pourrait se plaindre est satisfait du contrat, pourquoi l'autre aurait-il le droit de faire annuler le contrat? La nullité est ici nullité de protection tout comme en matière d'incapacité. Par exemple l'assuré pourrait demander la nullité du contrat d'assurance passé en violation des obligations légales imposées à l'assureur, mais l'assureur ne peut se dégager d'un tel contrat.

On peut même se demander si l'expression nullité de contrat convient ici. Il s'agit en réalité d'une application des règles légales dès que le contrat est conclu. Toutes les stipulations conventionnelles deviennent inutiles en présence de cette application. La loi ne se contente pas de dire ce qu'il ne faut pas faire ; elle dit ce qu'il faut faire. Les clauses du contrat sont non écrites et le contrat s'exécute. Il faudrait penser à la règle de l'article 900. L'idée est d'ailleurs la même : décourager l'infraction à la loi en la rendant inutile.

9. On parle souvent d'une décadence du contrat à l'époque con-

temporaire ; jamais pourtant des contrats aussi nombreux n'ont été conclus sur des intérêts aussi considérables. Il n'y a pas de décadence du contrat, car l'Etat moderne n'ose pas se faire producteur et distributeur de richesses et des exemples récents ne nous encouragent guère à le souhaiter. Mais il y a une substitution du législateur aux parties pour régler les obligations contractuelles. Nous passons du type souple au type semi-rigide.

Nous ne connaissons pour limiter la force contractuelle que le moyen brutal de la nullité. Le législateur se trouve dans l'alternative de tout briser ou de tout subir. La convention est loi suivant l'article 1134 ou n'est rien suivant l'article 6. Ce tout ou rien n'est pas satisfaisant pour l'ordre économique. Il faudrait pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements imprévus et le faire servir à l'ordre économique.

Le difficile n'est pas de trouver le moyen technique ; déjà dans la théorie de l'imprévision on en a imaginé plusieurs. Mais pour les proposer avec assurance il faudrait être convaincu que cet assouplissement du contrat n'engendrera pas un pire désordre que sa fixité et que l'Etat sous sa forme présente peut donner avec quelque certitude les lois de l'ordre économique.

CHAPITRE III

Une évolution vers un Statut légal des Contrats

par E.-H. PERREAU,
Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse

Au moins depuis l'époque ancienne où le droit romain admit la pleine efficacité des pactes adjoints *in continenti* les effets des conventions étaient déterminés par la volonté même des contractants. A la vérité, le Code civil et tous les codes étrangers contemporains renferment des dispositions minutieuses, réglant les conséquences des contrats. Mais c'est uniquement pour combler les lacunes des stipulations des parties et parer à leur silence. Ces dispositions ne sont qu'interprétatives d'intentions, et notre savant maître, M. le Doyen GénY, voulant montrer la fréquence considérable des présomptions légales en droit actuel, a pu dire que ces règles nombreuses étaient de véritables présomptions légales de la volonté des contractants ¹.

Un revirement complet de technique législative allait être imposé par ces conventions d'un nouveau type, dites Contrats d'Adhésion, dont les différentes clauses ne sont plus discutées par les deux parties, mais qui, rédigées d'avance par une d'elles, sont soumises à l'acceptation en bloc de l'autre. Sur l'utilité de ces contrats pour simplifier la marche des affaires compliquées, sur leur nécessité parfois pour combler d'importantes lacunes de la loi, l'on a trop bien et trop complètement écrit pour que nous soyons obligé d'en parler ici ².

Mais il n'est médaille humaine qui n'ait son revers. Ces contrats d'un nouveau genre ne se rencontrent pratiquement que lorsqu'une personne peut exercer sur la volonté de toute une catégorie d'autres, une puissance de droit ou de fait, capable de la décider à l'acceptation complète des conditions stipulées. Si utiles et si nécessaires qu'ils soient ces contrats présentent l'inconvénient fâcheux de mettre une des parties plus ou moins à la merci de l'autre.

Comme remède à cette situation souvent jurisprudence et doctrine interprétèrent les contrats d'adhésion, en cas d'équivoque ou d'absurdité, contre leur rédaction, du fait de laquelle provenait la difficulté ³.

Allant plus loin, de grandes voix proposèrent d'interpréter toujours ces contrats par l'équité, mais non, en recherchant, comme dans les autres, la commune intention des parties ⁴, ou encore en s'inspirant du bien du service et de l'intérêt de celle des parties qui

paraît, dans chaque cas, la plus respectable ⁵. D'autres voudraient distinguer entre les clauses essentielles sur lesquelles porte l'attention des deux parties et les stipulations accessoires, généralement imprimées, dont l'adhérant n'a pas pris connaissance ⁶.

Beaucoup souhaitaient soit une réglementation d'ensemble de ce genre de contrat ⁷, soit l'introduction dans notre droit d'un texte analogue à l'article 138, Code civil allemand, annulant toute convention où l'une des parties abuse de la faiblesse ou de la détresse de l'autre ⁸.

Nos lois répugnent aux formules trop abstraites et l'esprit français refuse d'adopter des principes extrêmement généraux avant d'y avoir été conduit par des expériences précises. Aussi ne faut-il pas s'étonner que nos lois suivent une méthode de moindre envergure, mais plus sûre dans ses résultats : soustraire à la volonté des parties les points les plus critiques de tel ou tel genre de contrats déterminés ⁹.

Ce n'est plus alors la volonté des parties qui détermine les effets des contrats, dans chaque cas particulier, mais la loi qui les précise d'office et d'une manière générale. C'est une technique nouvelle dans la législation des contrats, cessant d'être purement interprétative de volonté pour devenir absolument impérative.

Ce système est-il aussi complètement neuf qu'on pourrait croire au prime abord? N'exagérons rien : dès longtemps, parmi les effets du contrat les plus usuels, des lois en ont fixé certains sans permettre la dérogation conventionnelle (v. art. 1453 *in fine*, 1521, § 2, 1628, 1674, C. civ.). De leur côté les lois nouvelles ne déterminent pas d'office tous les effets des contrats qu'elles envisagent, et laissent plusieurs d'entre eux au choix des parties.

Il y a donc une question d'étendue d'application des méthodes beaucoup plus que de revirement de conceptions. Mais dans les lois nouvelles dont nous parlons, les effets contractuels déterminés par la loi, au lieu d'être exceptionnels, comme autrefois, tendent à devenir les plus nombreux. Dans cette voie, le législateur avait été précédé par l'Exécutif.

Dès longtemps, l'autorité administrative insère, dans les cahiers de charges des concessions de services publics, des clauses déterminant les droits et obligations des personnes désirant user de ceux-ci, et dans les marchés administratifs des dispositions en faveur des ouvriers chargés de leur exécution. La fixation par l'autorité des péages sur routes, ponts ou bacs remonte bien avant dans l'ancien régime. Aujourd'hui cette réglementation est parfois si minutieuse que nos maîtres se sont demandé si elle laissait place à de véritables contrats ¹⁰.

Le contrat de travail, d'abord réglementé impérativement en certains points, par les marchés administratifs (décret 10 août 1899; art. 1, mod. par décret 13 juill. 1923 ; v. aussi loi 28 juill. 1928), est le premier dont la loi se soit préoccupée de fixer elle-même une part des effets ¹¹. Comme cette réglementation légale y possédait plus

d'étendue qu'en tout autre contrat, les auteurs du Traité de Versailles ont cru qu'il s'agissait d'un caractère propre à cette convention, parce que les services de l'homme ne seraient pas une marchandise. Evidemment, mais il n'en est pas moins un objet de contrat.

D'ailleurs toute cette même détermination d'effets par la loi se rencontre en d'autres conventions, dont il nous suffira de citer les exemples les plus récents et les plus marquants : la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire et les biens réservés de la femme, les lois successives de celle du 18 mars 1918 à celle du 29 juin 1929 sur les prorogations de baux d'immeubles ; et tout récemment la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurances.

§ 1. *Motifs de la réglementation légale*

Quoique le but de cette réglementation demeure le même à l'égard de tous, son étendue n'est pas identique selon qu'il s'agit de contrats indépendants du fonctionnement de tous les services publics et dont les parties sont protégées par les dispositions légales elles-mêmes, ou de conventions d'ordre privé se rattachant à l'exécution de tels services et dont les dispositions protectrices d'intérêts privés sont contenues dans un cahier des charges.

I. *Contrat indépendant des services publics.* — Les mesures de protection légale au profit d'un des cocontractants sont très nombreuses et très diverses. Elles interviennent principalement afin de procurer la stabilité du contrat, de protéger une des parties contre certains aléas, de limiter ses charges ou même lui garantir un minimum de profits. Ces divers objectifs sont poursuivis par des moyens variant d'après la nature de chaque contrat.

1° Il est d'abord des restrictions dans un intérêt de stabilité de la convention. Le législateur intervient manifestement dans ce but en édictant toutes les lois sur la prorogation des baux d'immeubles qui se succèdent depuis celle du 9 mars 1918 jusqu'à celle du 29 juin 1929. Il en est évidemment de même quant à la loi du 30 juin 1926, modifiée par celle du 27 mars 1928, sur le renouvellement des baux commerciaux, formant ce qu'on nomme la propriété commerciale.

Ce n'est pas la plus ancienne intervention législative de ce genre. Bien avant, le législateur avait poursuivi le même objet par les lois successives limitant la liberté de résilier le louage de services, astreignant en certains cas l'auteur de la résiliation au paiement d'une indemnité (lois 27 décembre 1890, 16 décembre 1927 et 19 juillet 1928). Ces lois sont d'autant plus édifiantes qu'auparavant, dans le louage de services, le législateur s'efforçait au contraire d'atténuer le plus possible les limitations en résultant pour la liberté des parties (loi 22 germinal an XI, art. 15, limitant à une année la durée maxima du louage de services fait sans écrit ; loi 16 ventôse an XII autorisant la résiliation unilatérale sans réserve des louages de durée indéterminée).

La loi du 19 juillet 1928 est particulièrement caractéristique de

cette tendance ; car, non seulement elle s'efforce de garantir une indemnité à la victime d'une résiliation dommageable injustifiée, mais elle défend aux parties de supprimer par contrat les délais usuels de congé et rattache l'employé plus à l'établissement qu'à la personne de l'employeur, en l'y maintenant en cas de vente, succession, mise en société.

Ce même but de stabilité apparaît plus nettement encore dans la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance. Ainsi maintient-elle, au moins provisoirement, nonobstant toute clause contraire, la convention au profit de l'acquéreur de la chose ou de l'héritier de la personne assurée (art. 19 et 48), au profit du failli ou liquidé judiciaire (art. 18). Elle ne permet la suspension et la résiliation des assurances de choses, faute de paiement des primes, que moyennant l'observation de formes et délais rigoureux (art. 16) ; les interdisant même dans les genres les plus courants d'assurance-vie (art. 75, § 3). Sauf quelques réserves, elle défend des clauses de déchéance devenues de style : pour infraction aux lois et règlements ou pour retard soit à déclarer le sinistre à l'instant, soit à transmettre des pièces à l'assureur (art. 24).

Elle maintient le contrat malgré la réticence ou la fausse déclaration de l'assuré, quand sa mauvaise foi n'est pas démontrée (art. 22). Il en est de même de l'assurance des biens, voire des assurances multiples pour valeur supérieure à celle de la chose assurée (art. 29, § 2 et 30, § 3). Elle maintient l'assurance malgré l'aggravation des risques, si l'assureur continue de recevoir les primes (art. 17).

A la même intention de stabilité peut se rattacher l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 (complétée par celle du 8 juin 1923) ne permettant au mari de retirer à la femme sa capacité relative aux biens réservés qu'au seul cas d'abus et moyennant une procédure judiciaire déterminée.

2° Non moins importantes, quoique moins nombreuses, sont les restrictions à la liberté des contrats pour garantir une partie contre certains aléas, mis à la charge de son cocontractant.

Telles sont les différentes lois mettant au compte du patron les risques des accidents du travail menaçant les salariés à son service (lois des 9 avril 1898, 12 avril 1906, etc.), celles qui lui imposent la moitié des charges des assurances sociales (loi 5 avril 1928, art. 2, mod. par loi 30 avril 1930), ou qui lui ordonnent, sous certaines pénalités, de prendre des mesures déterminées pour garantir l'hygiène et la sécurité de ses employés (art. 65 et s., liv. II, C. trav.).

En vue de garantir le salaire contre l'aléa des affaires patronales, la loi accorde au salarié un privilège général pour le paiement de sa rémunération (art. 2101, § 4, C. civ. ; art. 549, C. com., mod. par loi 17 juin 1919), privilège récemment étendu au paiement des indemnités pour résiliation du louage de services (loi 19 juil. 1928).

Naturellement cette même idée se trouve spécialement accentuée dans la loi du 13 juillet 1930 sur les assurances. Il en est ainsi d'une

part quand elle oblige tout assureur à supporter les conséquences, qu'elles qu'en soient la nature et la gravité, des fautes des personnes dont l'assuré répond légalement (art. 13), l'assureur contre l'incendie à réparer soit les dommages matériels causés aux objets assurés par les secours et moyens de sauvetage (art. 42), soit les dommages par incendie qui sont la suite du vice propre des choses assurées (art. 44). Il en est encore ainsi quand elle oblige tout assureur à prouver, pour se libérer, que le dommage provient de guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires (art. 34, § 2) ou que la disparition des objets assurés pendant le sinistre provient d'un vol (art. 43), ou l'assureur sur la vie à prouver que le décès de l'assuré provient d'un suicide (art. 62, § 3).

Ce même souci de rejeter certains aléas d'une des parties sur l'autre paraît avoir inspiré la loi du 13 juillet 1907, quand elle conserve son pécule à la femme qui renonce à la communauté, la protégeant ainsi contre l'aléa des affaires maritales (art. 5, § 2), quand elle refuse le droit de saisir les biens réservés aux créanciers ayant contracté avec le mari dans son intérêt personnel (art. 3, § 2) et même en imposant aux créanciers communs qui les veulent saisir l'obligation de prouver qu'ils ont contracté dans l'intérêt du ménage (art. 3, § 3).

3° Le législateur va plus loin en limitant, indépendamment de tout aléa, les dépenses et charges résultant inévitablement d'un contrat pour une des parties.

Cette intention est manifestée d'une manière particulièrement ostensible par la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée par celle du 29 juin 1929 sur la prorogation des baux à loyers et dans celle du 30 juin 1926 modifiée par celle du 27 mars 1928 sur la propriété commerciale, quand elles déterminent la manière de calculer le prix du nouveau bail.

C'est encore le même esprit qu'on retrouve dans les dispositions du Code du travail (liv. II) limitant la durée de la journée de travail (art. 6 et s.), obligeant le patron à donner un jour de repos par semaine au salarié (art. 30 et s.), ou interdisant le travail de nuit soit à certains salariés en toute industrie (femmes et enfants, art. 21 et s.), soit à tous les salariés de certaines industries (boulangerie et pâtisserie, art. 20). L'article 50 du même Code (liv. I) n'édicte-t-il pas une disposition du même ordre, quand il limite à trois espèces les créances pouvant être entièrement compensées par le patron avec la totalité de sa dette envers le salarié et n'admet la compensation que pour un tiers quant aux autres.

Malgré la difficulté d'évaluer avec précision le prix des risques supportés par l'assureur, et malgré des usages anciens et constants, la loi du 13 juillet 1930 a trouvé le moyen de limiter la charge des primes pour l'assuré, en refusant à l'assureur tout droit de réclamer ou garder la partie de la prime correspondant à la durée du temps restant à courir, quand le contrat prend fin avant expiration de la durée convenue, notamment aux cas de résiliation après faillite de

l'une ou l'autre partie (art. 18), de résiliation par l'assureur pour omission ou fausse déclaration de bonne foi par l'assuré qui refuse un supplément de prime (art. 22, § 2), de diminution des primes après constatation d'une surévaluation de bonne foi de la chose assurée (art. 29), de perte totale de la chose résultant d'événement non prévu par la police (art. 35 et 47), de destruction de la chose avant la conclusion du contrat (art. 39), etc.

Dans le même ordre d'idées, citons l'article 20 de la même loi décidant que, lorsque pour fixer la prime on a tenu compte de causes spéciales d'aggravation du risque mentionnées dans la police, et qu'elles disparaissent au cours du contrat, l'assuré à droit, nonobstant toute clause contraire, de résilier l'assurance, sans indemnité, si l'assureur n'accepte pas une diminution de prime correspondant à celle des risques, d'après le tarif en vigueur au jour de la formation du contrat (art. 20).

4° Enfin, la loi fait, en certains cas, un pas plus hardi encore, en garantissant à l'un des contractants un minimum de profit.

Il en est évidemment ainsi de la loi du 10 juillet 1915 établissant un salaire minimum des ouvriers travaillant à domicile. On sait que pareil avantage, réservé d'abord aux ouvrières de l'industrie du vêtement (art. 33 et s., liv. I, C. trav.), a été depuis étendu à celles de plusieurs autres industries (décret 10 août 1922 et 30 juill. 1926), pour s'appliquer aujourd'hui même aux hommes appartenant à l'une de ces industries (loi 14 décembre 1928).

C'est encore un minimum de profit que garantit, aux acquéreurs de terrains vendus par lots, la loi du 14 mars 1919 (art. 12, mod. par loi 19 juill. 1924), quand elle oblige le vendeur à l'exécution préalable de travaux d'aménagement, de viabilité, et d'assainissement, en facilitant l'usage, en augmentant l'utilité, en accroissant la valeur pécuniaire.

Si bizarre que cette constatation paraisse, des avantages du même genre sont garantis à l'assuré, ou à ses ayants droit par la loi du 13 juillet 1930. Il en est ainsi particulièrement soit quand elle rend obligatoire, en principe, pour l'assureur le rachat de l'assurance-vie chaque fois qu'il est demandé par l'assuré (art. 77 et 78), soit quand elle oblige l'assureur à verser sa réserve aux ayants-droit de son contractant (suicide volontaire non couvert par l'assurance : art. 62 ; attentat à la vie de l'assuré par le tiers bénéficiaire : art. 79, § 2) ; faillite ou liquidation judiciaire de l'assureur : art. 82).

Déjà la loi du 22 juillet 1919 prescrivait de restituer la réserve aux ayants droits d'un assuré, soit en cas de décès, soit en cas de vie, non couvert contre les risques de guerre, quand, mobilisé, il décédait en guerre (art. 2 et 6), et à ceux de l'assuré en cas de décès, couvert même en temps de guerre contre le risque de mort normale, s'il décède par fait de guerre (art. 5, § 2).

Les conventions contrevenant aux restrictions légales ci-dessus seraient certainement nulles comme illicites. Cette nullité serait radicale, avec toutes les conséquences attachées à ce caractère. Du reste,

il incombe aux intéressés de défendre eux-mêmes leurs droits. Quoiqu'il soit armé d'une action d'office dans des circonstances engageant l'ordre public (loi 10 avril 1810, art. 46) le Ministère public n'aurait pas qualité pour faire prononcer cette nullité. D'abord parce qu'une annulation judiciaire n'est pas ici nécessaire et en outre parce que, même dans les circonstances où l'ordre public est engagé, il ne peut agir d'office quand il existe des particuliers lésés ayant qualité pour saisir eux-même la justice ¹².

Il n'en est autrement que dans les cas où la loi le charge spécialement d'intervenir ¹³. Or, celles dont nous venons de parler gardent complètement le silence à cet égard. Nous verrons que la loi ne laisse pas se défendre seuls les particuliers lésés, dans le second groupe du cas auquel nous arrivons.

II. *Contrats se rattachant à l'exécution d'un service public.* — Ici les restrictions aux conventions particulières, pour la protection d'un des contractants sont beaucoup plus anciennes, puisqu'on en rencontre déjà dans les Clauses et Conditions générales des Ponts et Chaussées de 1866 (art. 9, 15 et 16), comme nous le mentionnions plus haut ¹⁴. Les limitations à la liberté des compagnies de chemins de fer de traiter avec les usagers sont bien plus anciennes encore. Les restrictions à la liberté de contracter que nous envisageons ici résultent du cahier des charges de l'entrepreneur ou du concessionnaire d'un service public. Elles peuvent concerner deux ordres de personnes : ou bien les usagers du service, — hypothèse la plus ancienne, — ou les salariés employés par l'entrepreneur ou concessionnaire, — hypothèse fréquente surtout depuis 1899 ¹⁵.

1. *Restrictions au profit des salariés de l'entrepreneur ou concessionnaire.* — Comme l'avait observé le savant Doyen Hauriou, il semble que l'Etat, le département, la commune, l'établissement de bienfaisance, concluant un marché administratif, traite avec l'ensemble du personnel de l'entreprise considéré comme formant une entité juridique ¹⁶. Un certain nombre de stipulations en faveur des employés sont imposées par les trois décrets du 10 août 1899, dits décrets Millerand. Celui du 13 juillet 1923 ordonne en outre l'insertion, dans les marchés de travaux publics, de clauses leur assurant des allocations familiales, sauf dans les cas exceptionnels déterminés par décision motivée du Ministre.

Ici précisément nous rencontrons les deux genres de restrictions les plus avantageuses pour l'une des parties au contrat du travail et les plus hardies pour l'autorité publique dans ces marchés que nous avons examinés ci-dessus. Car elles ont surtout pour but de limiter les charges des employés, tout en leur procurant un minimum de bénéfices.

D'abord les clauses limitatives des charges d'une des parties. Les décrets Millerand (art. 1) ordonnent l'insertion, dans tous marchés administratifs, de clauses interdisant à l'entrepreneur de faire travailler chaque jour son personnel employé à l'exécution du marché, plus que la durée moyenne, dans la localité, de la journée des

ouvriers de la même catégorie. En outre, ils fixent la manière de déterminer cette durée moyenne (art. 3). Cette stipulation n'a pas perdu toute son utilité depuis la loi du 23 avril 1919, sur la journée de 8 heures, fixant seulement une moyenne et non un maximum, et constitue un avantage spécial pour tous les employés collaborant à l'exécution des marchés administratifs.

Plus importantes encore sont devenues, avec le temps, les stipulations garantissant aux salariés un minimum d'avantages. Ces mêmes décrets prescrivent d'inscrire dans les cahiers des charges des marchés administratifs une clause imposant à l'entrepreneur de payer aux ouvriers employés à l'exécution une rémunération équivalant au salaire local moyen des ouvriers de même profession, et, parmi les ouvriers de leur profession, ceux de même catégorie. Ces salaires moyens doivent être constatés dans un bordereau joint au marché et déterminés d'après les procédés indiqués par ces décrets (art. 3). Cette clause est plus importante que jamais, au milieu de la crise des salaires actuels.

Les décrets du 13 juillet 1923 ont complété les dispositions précédentes en prescrivant l'inscription dans les marchés des travaux publics, d'une stipulation obligeant l'entrepreneur à payer à son personnel un sursalaire familial dans les conditions qu'ils déterminent.

A ces dispositions s'en ajoute une autre dans l'intérêt de la stabilité des engagements, des salaires français, ordonnant l'inscription aux cahiers des charges des marchés administratifs d'une clause limitant le nombre des ouvriers étrangers employés pour leur exécution.

2. *Restrictions au profit des usagers du service.* — Beaucoup plus nombreuses et minutieuses sont les restrictions à la liberté contractuelle des parties au profit des usagers du service ; car des cahiers des charges déterminant à peu près toutes les conditions où celui-ci s'exécutera fixent à l'avance presque toutes les dispositions des contrats passés entre le concessionnaire et les usagers.

Ici encore elles ont surtout pour but de limiter les dépenses et charges des personnes traitant avec le concessionnaire et de leur procurer un minimum d'avantages.

C'est ainsi que les cahiers des charges déterminent le prix maximum des fournitures faites aux services rendus aux usagers, ou tout au moins la manière d'en fixer le tarif. En même temps, ils déterminent avec soin les nature, quantité et qualité des fournitures au service correspondant à chacun des prix du tarif (v. notamment l'Ord. 15 nov. 1846, art. 44-50, sur les voies ferrées).

3. *Quelle est la sanction de ces limites à la liberté des contrats* — D'abord des sanctions administratives. Sur la plainte de l'employé, l'administration signataire du marché peut prélever sur les sommes dues à l'entrepreneur le chiffre suffisant pour payer au plaignant la différence entre le salaire fixé par le bordereau et la rémunération effectivement payée par le patron (décr. 10 août 1899, art. 4).

Plus généralement le Ministre dont le marché relève peut pro-

noncer la déchéance et, s'il y a lieu, l'exclusion des marchés de l'Etat des entrepreneurs violant les dispositions du cahier des charges au détriment de leur personnel (*ibid.*, art. 5).

Les infractions au cahier des charges au détriment des usagers du service fréquemment sont frappées de pénalités (Ord. 15 nov. 1846, sur les chemins de fer, art. 50 ; loi 15 juill. 1845, art. 21). Telles sont les infractions aux conditions d'exploitation des chemins de fer.

En dehors de ces sanctions administratives ou pénales en existe-t-il de civiles ? En d'autres termes, les dérogations contractuelles aux obligations que les cahiers des charges imposent aux entrepreneurs envers leur personnel, aux concessionnaires envers le public, sont-elles nulles ? Les tribunaux peuvent-ils appliquer aux usagers et salariés, y ayant consenti, les dispositions des cahiers des charges, en dépit de leur renonciation ? Longtemps la question fut discutée. La jurisprudence admit d'abord que ces dérogations contractuelles restaient valables entre les parties les acceptant ¹⁶ ; mais depuis, revenant sur cette première solution, elle admit au contraire que les cahiers des charges contiennent une stipulation pour autrui par l'autorité signataire et profitant aux tiers intéressés ¹⁷.

Ainsi sommes-nous conduit à l'examen des méthodes d'interprétation judiciaire des restrictions légales à la liberté des contrats.

§ 2. *Interprétation judiciaire du statut légal des conventions*

Notre savant maître R. Saleilles jugeait rationnel d'interpréter les contrats d'adhésion, non comme des conventions ordinaires d'après l'intention même des parties, mais par des considérations d'équité ¹⁸. Son but est atteint par les lois dont nous parlons, ayant précisément pour but d'empêcher à l'avenir celles des stipulations de ces contrats qu'antérieurement on trouvait trop rigoureuses.

I. Ces lois dérogeant au grand principe de la liberté des conventions, généralement les juges les entendent avec réserve. Cependant, ici comme ailleurs ¹⁹, ils n'hésitent pas à s'écarter de cette règle d'interprétation traditionnelle quand l'esprit de la loi leur paraît exiger une application extensive.

1. La loi du 27 décembre 1890 fut entendue très restrictivement par la chambre civile de la Cour de cassation, malgré les efforts contraires des tribunaux, des Cours d'appel et même de la Chambre des Requêtes. Ainsi, d'après cette dernière, il y aurait abus de droit de résilier le louage de services dans tout renvoi de l'employé par l'employeur pour une autre cause qu'une faute du premier, ou au moins un acte enlevant au patron la confiance nécessaire à la bonne entente des parties. Notamment le renvoi par suite de remaniements dans l'organisation générale du personnel de l'entreprise ne serait pas légitime ²⁰.

Beaucoup plus restrictivement la Chambre civile ne qualifie abus de résiliation, en dehors de la violation de promesses au moins impli-

cites relatives à la durée de l'engagement, que les actes de malveillance ou de légèreté caractérisée ²¹.

D'après la Chambre des Requêtes, toutes circonstances de fait donnant, toutes choses égales d'ailleurs, plus de valeur aux services d'un employé, spécialement leur qualité ou leur ancienneté, imposeraient des ménagements particuliers, notamment un congé donné d'avance, même quand la loi, la convention ou l'usage n'en exigent point, une prolongation des délais conventionnels ou d'usage ordinaires, le pouvoir pour le juge d'examiner si une moins grave sanction que le renvoi ne suffirait pas au maintien de l'ordre dans l'atelier ²². D'après la Chambre civile, pareils motifs n'obligent pas à donner d'avance un congé que n'impose pas la convention ou l'usage ²³, ni à prolonger les délais usuels ou conventionnels ²⁴, et n'autorise pas davantage le juge à reviser la décision patronale ²⁵.

Bref, dans le silence de la loi du 27 décembre 1890, la Chambre civile s'en tient strictement à la théorie de l'abus du droit et refuse d'en tempérer les solutions par simple motif d'équité ²⁶.

2. L'interprétation restrictive domine également l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, qu'on peut considérer comme ajoutant au louage de services l'obligation pour le patron de garantir l'employé du risque professionnel.

Ainsi la jurisprudence refuse d'étendre au veuf le droit à pension que son article 3, paragraphe 2 reconnaît au « conjoint survivant » de la victime d'un accident du travail, la femme seule étant légalement à la charge du mari ²⁷ ; elle borne rigoureusement l'application de cette loi aux accidents proprement dits, dont elle emprunte la définition aux polices d'assurances antérieures : « blessures ou lésions provenant directement de l'action violente et soudaine d'une cause extérieure, indépendante de la volonté de la victime » ²⁸, à l'exclusion de toute maladie proprement dite ²⁹.

Elle n'en reconnaît les avantages qu'aux seules victimes subordonnées à leur patron par un louage de services, les refusant au contraire en cas de louage d'ouvrage, mandat, ou contrat innommé ³⁰.

Malgré les expressions larges : « accident par le fait ou à l'occasion du travail » (art. 1^{er}), elle exige, selon le droit commun, la preuve d'un lien de causalité entre le dommage et le travail ³¹.

3. Plus sévère encore peut-être fut l'interprétation de la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme et les biens réservés, à tel point qu'il fallut la loi du 8 juin 1923 pour faire reconnaître à la femme la capacité d'emprunter sur ses biens réservés et de les hypothéquer.

L'article 6 lui permettant d'ester en justice sans autorisation « dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi », elle ne lui dénie pas moins cette faculté, pour les contestations, même concernant les produits de son travail ou l'engagement de ses services, quand elles sont relatives aux droits reconnus par d'autres lois, notamment quand l'ouvrière, victime d'un accident du travail, demande les rentes ou indemnités concé-

dées par la loi du 9 avril 1898 ou lorsque la femme habilitée à faire le commerce, conformément à l'article 4, Code du commerce, veut ester en justice pour les besoins de son négoce.

4. Dans le même ordre d'idée, citons la jurisprudence de la Cour suprême n'admettant d'autre mode d'évaluation des prix de baux prolongés que la méthode indiquée par la loi du 1^{er} avril 1926 ³². Toutefois bien des tribunaux tournent la difficulté en prétextant que les baux antérieurs au 1^{er} août 1914 étaient tous indistinctement passés pour une somme inférieure à la valeur locative.

Cette même jurisprudence refuse d'étendre la prorogation légale des baux à d'autres locaux que ceux qui servent à l'habitation ou à l'exercice des professions non industrielles ou commerciales, comme les garages des autos, fussent-ils employés pour usage professionnel ³³.

Elle ne traite comme locaux professionnels, pour application de cette même loi, que ceux où le locataire pratique son métier avec l'autorisation, au moins tacite, du bailleur ³⁴.

II. Il serait facile de multiplier encore les exemples d'interprétation restrictive des lois déterminant d'office et *ne varietur* les effets de certains contrats. Pourtant, il ne faudrait pas croire que les tribunaux se conforment toujours rigoureusement à cette méthode traditionnelle d'exégèse : *exceptio est strictissimae interpretationis*. Quel que soit le caractère exceptionnel de ces lois, ils n'hésitent pas à les étendre largement chaque fois que leur esprit leur paraît l'ordonner.

L'une des plus célèbres de ces interprétations extensives est celle qui, jusqu'à preuve contraire, répute survenu à l'occasion du travail tout accident survenu pendant le temps et sur le lieu du travail ³⁵.

Non moins connue est la jurisprudence de cassation admettant que, pour évaluer les rentes dues à la victime d'un accident du travail, on doit faire complète abstraction de l'état antérieur de la victime, et par conséquent traiter comme dommage provenant en entier de l'accident celui qui seulement en provient en partie ³⁶.

C'est encore par interprétation extensive de la même loi (art. 2, § 2) que la jurisprudence dénie la faculté d'intenter une action en indemnité basée sur les articles 1382 et suivants du Code civil, soit aux ayants cause de la victime d'un accident du travail à qui la loi de 1898 n'accorde pas de droit ³⁷, soit même aux ayants cause qui n'en reçoivent le droit que dans des conditions spéciales ³⁸.

Plus récemment la Cour de cassation a décidé qu'en interdisant aux parties d'abrégé par un louage individuel de services les délais usuels de congé, la loi du 19 juillet 1928 édicte une disposition d'ordre public au premier chef, immédiatement applicable dans la plus large mesure, c'est-à-dire même aux contrats antérieurs ³⁹. Elle en a déduit que la loi nouvelle rend inefficace les stipulations antérieures des louages de service abrégéant les délais de congé ⁴⁰, et qu'elle annule toutes conventions antérieures déterminant à forfait l'indemnité, quand elles font échec à l'usage local d'accorder à l'em-

ployé, conservé après essais, le salaire du mois en cours et du suivant ⁴¹.

Il est des interprétations extensives plus curieuses encore de lois déterminant statutairement les effets des contrats. Les lois des 1^{er} avril 1926 et 29 juin 1929 frappent d'une amende prononcée par le tribunal civil tout bailleur exigeant un loyer supérieur au maximum qu'elles fixent. Cette amende étant civile, on pouvait se demander si elle s'augmentait des nombreux décimes s'ajoutant aux amendes pénales. C'est pourtant la solution qu'admet la jurisprudence ⁴².

Les restrictions à la liberté de contracter de l'entrepreneur ou du concessionnaire de services publics sont, elles aussi, à l'occasion, largement interprétées. La solution de ce genre la plus notable est celle qui lui refuse la faculté de choisir ses cocontractants et l'oblige, malgré le silence du cahier des charges, à traiter avec toute personne offrant de remplir les conditions que celui-ci impose au public ⁴³. De la sorte les avantages garantis par le cahier des charges de la concession aux usagers s'appliquent non seulement aux personnes agréées comme usagers par le concessionnaire en vertu d'un contrat, mais à toute personne demandant à contracter avec lui, ce qui pratiquement efface le caractère contractuel du rapport entre le concessionnaire et les usagers.

En fin de compte on peut dire que la plupart des dispositions des lois fixant *ne varietur* les effets d'un contrat sont élargies par la jurisprudence, en s'appuyant sur leur but manifeste de favoriser une des parties dans un ordre d'idées donné. Les juges étendent ces textes, quoique exceptionnels, dans toute la mesure nécessaire pour atteindre l'équilibre que le législateur se propose d'obtenir en intervenant. Sans doute sur bien des points se rencontrent encore des hésitations fâcheuses ; il n'est pas facile de déraciner du jour au lendemain des traditions plusieurs fois séculaires, comme l'incapacité de la femme. Cependant nous croyons avoir cité assez d'interprétations hardies de la jurisprudence pour attester ses tendances dominantes et faire présager qu'elle ne laissera pas à l'état de lettre morte cette nouvelle technique législative et saura pleinement utiliser la réglementation statutaire des contrats.

¹ *Science et Technique en Droit privé positif*, III, n° 237, pp. 342 et suiv. ; cf. *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., n° 171, p. 153.

² DEMOGUE, *Notions fondamentales de Droit privé*, pp. 111 et s. ; *Tr. des obligations en général*, II, pp. 308 et suiv. n°s 616 et suiv. ; GÉNY, *Du Droit sur les lettres missives*, I, n° 29, p. 54 ; MORIN, *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, pp. 36 et s. ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, pp. 93 et suiv.

³ Paris, 1^{er} août 1844, S. 46, 2, 12 ; D. P. 45, 2, 7 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, I, 3^e éd., n° 573, p. 516 ; v. déjà : DOMAT, *Lois civiles*, 1^{re} partie, livre I, titre I, sections 2 et 14.

⁴ SALEILLES, *Déclaration de volonté*, art. 133, n° 89, p. 229.

⁵ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, n° 618, pp. 313 et s.

⁶ G. DEREUX, *De la nature juridique des contrats d'adhésion* (*Rev. trim. de Droit civil*, 1910, pp. 526, etc. ; PICHON, *Des contrats d'adhésion*, thèse, Lyon, 1913, pp. 197 et s.

⁷ COLIN et CAPITANT, *Cours de Droit civil*, 6^e éd., II, p. 259 ; DEMOGUE, *Tr. des oblig.*, II, n° 618, p. 314 ; DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques*, pp. 152-210 ; DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, thèse, Paris, 1905.

⁸ PORTIER, *Du rôle du juge dans les contrats d'adhésion* (thèse, Dijon, 1909) ; PIC, *Traité de législation industrielle*, 6^e éd., n° 920, p. 633 ; DE SAINT-REMY, *De la révision de clauses léonines dans les contrats d'adhésion* (thèse, Paris, 1928).

⁹ PLANIOL et RIPERT, *Tr. élément. de Droit civil*, 10^e éd., II, n° 972bis, p. 353 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, *Des obligations*, par M. Esmein, n° 125, p. 161.

¹⁰ L. DUGUIT, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public* (*Mélanges Hauriou*, pp. 259 et s.) ; *Revue de Droit public*, 1907, t. 26, p. 428 ; *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 55, 298 ; HAURIOU, *Principes de Droit public*, 2^e éd., pp. 20 et s., et notes au *Sirey* 1908, 3, 17 ; 1909, 3, 137 ; A. MESTRE, note au *Sirey* 1926, 2, 113.

¹¹ Un ensemble de protections de l'ouvrier se rencontrait déjà dans les *Clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées* du 16 novembre 1866, fixant le mode de paiement des salaires (art. 15), assurant des soins médicaux aux malades et blessés (art. 16), interdisant le marchandage et donnant à l'ouvrier action directe contre l'entrepreneur principal quand il est engagé par un sous-entrepreneur (art. 9).

¹² Civ. 17 déc. 1913, S. 14, 1, 153 note Ruben de Couder.

¹³ Req. 12 mai 1920, *Gaz. Trib.* 21, 1, 19.

¹⁴ *Annales des Ponts et Chaussées* (Lois et ordonnances), 1866, pp. 427 et suiv. Sur ces dispositions, v. la circulaire du ministre des Travaux Publics du 21 nov. 1866, *ibid.*, p. 419.

¹⁵ Sur les tentatives antérieures, v. notre étude : *Stipulations en faveur des ouvriers dans les marchés administratifs* (*Bull. Académie de législation*, 1918-1919, p. 276).

¹⁶ Cass. 23 déc. 1908, 25 mars 1908, 3 mars 1909, S. 1911, 1, 369, note M. Demogue.

¹⁷ Civ. 8 juill. 1914, S. 1914, 1 sup., 107 ; Trib. Seine, 1^{er} févr. 1918, S. 1918, 2, 16.

¹⁸ SALEILLES, *Déclaration de volonté*, art. 133, n° 89, p. 229.

¹⁹ Cf. notre *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, I, pp. 304 et suiv.

²⁰ Req. 18 déc. 1918, D. P. 23, 1, 198 ; *Gaz. Pal.* 1919, 2, 49 ; cf. *Répertoire de FUZIER-HERMAN*, Supp., v° *Louage de service*, n° 327bis, 365bis, II.

²¹ Civ. 15 mars 1926, S. 26, 1, 117 et les renvois.

²² Req. 2 août 1924, D. H. 1924, p. 370.

²³ Civ. 4 mai 1912, S. 15, 1, 47 ; 26 mai 1908, S. 08, 1, 241, note Ruben de Couder.

²⁴ Civ. 28 juin 1908, S. 08, 1, 241.

²⁵ Civ. 2 janv. 1924 (premier arrêt), S. 24, 1, 268 ; 13 mai 1912, S. 12, 1, 304 ; D. P. 13, 1, 246.

²⁶ Ces solutions ne sont pas modifiées par la loi du 19 juill. 1928. Cf. *De la résiliation du contrat de travail d'après la loi du 19 juillet 1928* (Rev. trim. de Droit civil, 1930, pp. 277 et s.).

²⁷ Trib. Valenciennes 30 nov. 1922, Gaz. Trib., 1923, 2, 191.

²⁸ Cass. 3 nov. 1903, S. 05, 1, 271 et jurisprudence constante.

²⁹ SIREY, *Table décennale*, 1900-1910, v^o Ouvrier, n^{os} 73 et s.

³⁰ Cass. 29 fév. 1904, S. 07, 1, 29 et jurisprudence constante.

³¹ Trib. Seine, 24 févr. 1912 et Douai 23 oct. 1912, S. 14, 2, 73.

³² Commiss. sup. Cass. 12 mai 1927, D. H. 1927, p. 513 ; 23 févr. 1927, D. H. 1927, p. 210.

³³ Commiss. sup. Cass. 2 avril 1928, S. 1928, 1, 191 : 19 mai 1928, D. H. 1928, p. 420 et les renvois.

³⁴ Commiss. sup. Cass. 17 nov. 1927, *Semaine Dentaire*, 1928, p. 411, note M. Paris ; Trib. Seine 13 janv. 1927 et 12 juin 1928, D. H. 1928, pp. 215 et 458 ; Paris, 28 juill. 1928, D. H. 1928, p. 546.

³⁵ Cass. 1^{er} août 1906, S. 09, 1, 541 ; 22 nov. 1909, S. 1910, 1, 254 et jurisprudence constante.

³⁶ Cass. 23 juill. 1902, 10 déc. 1902, 11 nov. 1903, 25 nov. 1903 (deux arrêts), 25 juill. 1904, S. 1903, 1, 271 ; 1905, 1, 397.

³⁷ Bordeaux, 14 nov. 1907, S. 09, 2, 221.

³⁸ Cass. 16 nov. 1903, S. 07, 1, 27.

³⁹ Civ. 22 avril 1929, D. H. 1929, p. 281 ; 31 mai 1929, Gaz. Pal. 29, 2, 127 ; 4 nov. 1929, D. H. 1929, p. 588 ; cf. JOSSEERAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1930, t. II, n^o 1280, p. 612.

⁴⁰ Civ. 22 avril et 31 mai 1929, précités.

⁴¹ Civ. 4 nov. 1929, précité.

⁴² Paris, 16 avril 1928, D. H. 1928, p. 357.

⁴³ Trib. comm. Nice 2 janv. 1893, S. 93, 2, 193, note M. LABBÉ ; Aix 16 juill. 1894, S. 95, 2, 207 ; Cass. 19 fév. 1894, S. 96, 1, 144 ; Trib. Mâcon, 4 juill. 1912, Gaz. Trib. 1912, II, 2, 304 ; Dijon 17 mars 1913, D. P. 14, 2, 39.

CHAPITRE IV

De la volonté dans la formation des contrats

par Trajan R. IONASCO,
*Professeur de droit civil à la Faculté de droit
de l'Université de Jassy*

Les psychologues, divisant les phénomènes psychologiques en faits de sensibilité, d'intelligence (ou connaissance) et de volonté, croyaient que ces derniers offrent à l'étude des caractères spéciaux complètement indépendants des deux autres phénomènes psychologiques. Or, on s'est vite aperçu que cette division tripartite n'a qu'une valeur pédagogique, car, dans la réalité psychologique, la volonté est un phénomène complexe, dont le contenu renferme des états intellectuels et des états affectifs ; son caractère propre consistant en ce qu'elle est « une *synthèse nouvelle et active* d'éléments très variés qu'on pourrait classer dans toutes les autres catégories des phénomènes psychologiques : sensibilité et intelligence »¹. La volonté, et la volonté juridique nécessairement aussi, ne pourra pas être perçue comme l'exercice d'une faculté indépendante, mais, au contraire, comme un phénomène *complexe* ou *synthétique* où se rencontrent la sensibilité et la connaissance. Le mouvement volontaire ne peut naître que si un phénomène intellectuel — représentation — se produit² ; mais, à lui seul, ce phénomène ne peut enfanter le mouvement volontaire ; c'est parce que à cette représentation intellectuelle coexiste un phénomène affectif — douleur ou plaisir — que l'esprit conçoit la représentation d'un but à atteindre : une chose ou un fait susceptible de satisfaire le besoin éprouvé, de calmer la douleur ou de susciter le plaisir.

Dès le moment où la représentation de but est apparue, le mouvement volontaire s'organise en ce que les psychologues appellent une *tendance*, et quand cette même représentation du but à atteindre devient de plus en plus claire, la tendance se transforme en *désir*. Mais cette tendance n'est pas isolée ; d'autres sensations, représentations sentiments s'organisent en tendances nouvelles qui, le plus souvent, opposeront une résistance ferme à la première tendance, et, d'autres fois, au contraire, aideront les développements de celle-ci. A la suite de ce trouble psychologique commence la *délibération*. « La délibération, nous dit toujours Paulhan (*op. cit.*, pp. 58-59), est la mise en rapport avec le « moi », l'épreuve, avant le choix décisif, des tendances qui aspirent à se satisfaire et à diriger

l'activité, des idées qui viennent contrôler ces tendances en montrant les avantages et les inconvénients, des impressions, des sentiments qui accompagnent naturellement ces idées et l'activité entravée ou commençante de ces tendances, des tendances secondaires avec leur cortège nouveau d'idées et d'impressions qui viennent appuyer les unes ou combattre les autres. » La délibération sera longue ou courte, sa durée étant en complète dépendance de la clarté, de la netteté que la représentation du but conservera dans la conscience de l'individu, nonobstant la résistance que les autres tendances et phénomènes psychologiques lui opposent ; d'autant plus intense sera cette représentation, d'autant plus vite interviendra la décision. Il faut qu'il se produise une coordination hiérarchique entre les diverses tendances et phénomènes psychologiques, pour que la décision puisse intervenir. En effet, Ribot écrit que la volition complète « a pour condition fondamentale une coordination hiérarchique, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas que des réflexes soient coordonnés avec des réflexes, des désirs avec des désirs, des tendances rationnelles avec des tendances rationnelles, mais qu'une coordination entre ces différents groupes est nécessaire, une coordination avec subordination, *telle que tout converge vers un point unique, le but à atteindre* »³. Jusqu'à présent nous avons décrit l'évolution psychologique d'une seule volition mais, comme nous l'avons déjà remarqué, une volition ne reste jamais isolée ; au contraire, dès qu'une tendance s'organise, les phénomènes psychologiques commencent à pulluler autour d'elle, et, parmi ces phénomènes, il y a des tendances qui contredisent la première, d'autres qui favorisent son développement. Les tendances qui favorisent l'évolution et l'accomplissement de la première présentent ceci de caractéristique qu'elles sont, quant à leurs buts et leurs objets particuliers, l'intermédiaire qu'il faudra atteindre et réaliser de toute nécessité, avant d'arriver au but de la première volition. Il faut réaliser les *moyens* pour pouvoir réaliser le *but*⁴.

Mais, ces moyens prennent figure de but à certains moments et leur volition entraîne la volition d'autres moyens, qui, à leur tour, se présenteront comme buts, pour la réalisation desquels il faudra vouloir — encore — d'autres moyens et ainsi de suite ; de sorte que *tout acte de volonté est d'une complexité considérable, renfermant en soi une série de volitions, enchaînées les unes aux autres et coordonnées entre elles par un rapport de moyen au but*⁵.

Voilà ce que la science psychologique nous révèle⁶. Mais, si tout le matériel fourni par la science psychologique constitue une donnée certaine pour l'élaboration scientifique du droit, donnée appartenant déjà à la « substance juridique », il reste encore que ce matériel psychologique donne des résultats « trop généraux, trop schématiques, trop fuyants et trop indéterminés dans leurs contours pour s'insérer utilement au milieu de la fluidité mouvante de la vie »⁷. A cette insuffisance de l'élaboration scientifique de droit, c'est la *technique juridique* qui suppléera, et, dans notre cas, les efforts de cette technique porteront à la fois sur la complexité du phénomène volonté

et sur l'impossibilité dans laquelle on se trouve de connaître et saisir l'ensemble de volitions s'enchaînant les unes aux autres par un rapport des moyens au but. Pour arriver à ce résultat, la technique juridique mettra en œuvre son procédé le plus habituel qui est la réduction des éléments substantiels du droit, réduction par élimination. Mais, dans la profondeur du phénomène volonté, à quel degré se placera cette limite marquée par l'opération de réduction à laquelle nous devons procéder ou, mieux, comment délimite-t-on la volonté juridique dans son cadre technique? C'est le problème de la volonté dans la formation des contrats.

*
* *

Premièrement on pourrait concevoir un système technique donnant une signification juridique aux seules volitions dont l'exécution manifesterait ostensiblement la volonté à l'extérieur sans qu'on ait à remonter, en aucune façon, dans l'enchaînement des volitions, dans la profondeur de la volonté, jusqu'au besoin initial qui a enfanté le mouvement. Ce système s'appuierait sur des raisons et considérations de crédit et sécurité, intérêts fondamentaux, lesquels veulent que les contractants puissent agir vite et connaître facilement la portée de leurs engagements, sans avoir la crainte que les opérations conclues tombent pour des motifs subjectifs à l'une des parties ; « trop d'intérêts multiples et divers sont attachés à la validité d'un seul contrat, son effondrement inattendu produirait par répercussion des conséquences trop lointaines, pour que l'on puisse en prononcer la nullité pour des causes demeurées obscures, dégagées à la suite de l'analyse laborieuse dont les résultats demeurent toujours incertains »⁸. Ce serait le système de la *déclaration de volonté* (*Erklärungstheorie* ou *Vertrauensstheorie*) adopté, comme on le prétend, par le code civil allemand, système technique, dont les données réelles résident dans la constatation que le phénomène volonté, en lui-même, n'a aucune puissance créatrice d'effets juridiques ; qu'au contraire et seulement, sa manifestation à l'extérieur peut toucher la volonté manifestée d'une autre personne et former ainsi un rapport juridique ; que donc, seulement par cette manifestation, la volonté devient un « fait social », volonté manifestée à laquelle la « loi objective » attache la qualité de déclancher les effets juridiques⁹.

Dans cette conception, fatalement, la manifestation de la volonté devient l'élément constitutif du contrat, la volonté interne ne prenant aucune signification juridique ; pas même les dernières volitions en date, dont l'examen révèle le but de la volition de s'obliger, si elles ne sont pas déclarées. L'ensemble des données psychologiques, que nous avons vu, est méconnu par cette technique de la déclaration, étant donné l'application excessive du procédé de réduction par élimination dont elle a usé afin de supprimer cet élément substantiel du droit qu'est la volonté, car, toute la série de volitions, moins celles

dont l'exécution était nécessaire à la manifestation extérieure de la volonté, se trouve éliminée. Or, le but de la technique juridique est l'adaptation de ces données à la vie et aux fins suprêmes du droit et non pas leur méconnaissance.

Il ne suffit pas de conclure vite à la *complexité* et à l'*insaisissabilité* de la volonté d'une part, et de constater les exigences du crédit et de la sécurité d'autre part, pour que, sans autre effort, la technique juridique commence à construire sur ces données. Non, l'effort technique doit porter sur cette *complexité* et sur cette *insaisissabilité* pour rendre, le plus possible, dans ces constructions, la *profondeur* de la volonté.

D'ailleurs le code civil allemand, plus soucieux des exigences juridiques d'une société, a organisé de telle manière la déclaration que les données psychologiques trouvent, au point de vue pratique, autant de satisfaction que dans le code et la jurisprudence français ; c'était inévitable, parce que, quoi que l'on fasse et quoi que l'on veuille, on ne peut pas séparer la manifestation de la volonté — pour la considérer indépendamment et lui faire produire des effets juridiques comme telle — de la psychologie de son auteur, où elle trouve son support, un sens exact et une direction. En effet, cette déclaration de volonté, pour en être une, doit être *nécessairement volontaire* ; et encore, faut-il qu'elle se produise avec la *volonté spéciale de constituer un acte juridique définitif*. Puisque, pour manifester la volonté à l'extérieur, on peut employer n'importe quel moyen plastique, même le silence — car la loi n'a pas entendu préciser et *formaliser* les moyens techniques d'expression de la volonté — il sera nécessaire de se livrer à une analyse de la volonté interne justement pour savoir si la déclaration est bien *volontaire* et si elle s'est produite à l'*état d'engagement juridique*¹⁰. Et alors le grand avantage de cette théorie de la déclaration — à savoir la suppression de toute analyse psychologique — sur lequel ses partisans ont particulièrement insisté pour satisfaire les exigences de crédit et sécurité, disparaît complètement, étant donné que l'analyse psychologique s'impose quand même, afin de savoir si la déclaration est *volontaire* et à l'*état d'engagement juridique*.

En effet, dans les ventes de vin aux enchères, une pratique allemande veut que le simple geste de lever la main suffise pour surenchérir de 100 marks ; mais si l'un des enchérisseurs, apercevant un ami dans la salle, le salue en levant la main, ce geste sera considéré comme une déclaration de volonté de surenchérir de 100 marks. Sera-ce une déclaration *volontaire* ? Evidemment non, puisque c'est tout ce qu'il y a de plus involontaire par rapport à la surenchère. On ne peut, non plus, parler d'une volonté, produite à l'*état d'engagement juridique*.

Donc la déclaration n'est valable que si elle est volontaire, et pour qu'elle soit volontaire, il faut avoir la conscience que l'on déclare quelque chose et la conscience de ce que l'on déclare¹¹. D'ailleurs cette analyse psychologique n'est pas la seule ; elle sera

suivie par d'autres, particulièrement quand la question du contenu de la déclaration se posera.

En effet, ce contenu, n'étant pas fixé objectivement par la loi, la volonté des parties peut le remplir comme elle l'entend en y introduisant l'objet individualisé, les qualités essentielles ou accidentelles de celui-ci, conditions, présuppositions, motifs principaux ou secondaires sous l'unique réserve de le déclarer dans tous ses détails. Seulement, pour savoir si tous ces points sont déclarés, il sera nécessaire de se livrer à une nouvelle analyse psychologique de la volonté interne, étant donné qu'on peut déclarer par n'importe quel moyen plastique, même le silence ; la question de savoir si la déclaration est volontaire ou non, se pose de nouveau, cette fois-ci à propos, non plus de la manifestation générale de la volonté juridique comme engagement, mais de la manifestation des volitions, qui expliquent le sens et la direction de cet engagement, volitions plus reculées dans la profondeur du phénomène volonté et qui, en terminologie juridique, s'appellent qualités essentielles, conditions, présuppositions, motifs, toutes intégrées dans le contenu du concept de but.

Le système de la déclaration s'inquiète donc fatalement de l'enchaînement des volitions les unes aux autres par un rapport des moyens au but ; il satisfait les données psychologiques, quoique la technique adoptée parte de considérations tendant à les éliminer. Finalement le *Bürgerliches Gesetzbuch* a dû, quand il s'est agi des détails d'application, faire la concession capitale, à savoir, l'admission de l'erreur comme cause d'annulation, lorsqu'elle tombe sur le contenu de la déclaration, qu'on n'aurait pas émise si on avait eu « connaissance de l'état de choses et qu'on eût fait une appréciation raisonnable de la situation » ¹². Encore une analyse de la volonté interne afin de savoir si, sans cette erreur sur un point déclaré, la partie aurait émis la déclaration d'engagement — donc une analyse de la force déterminante de l'erreur sur le consentement — alors que, dans la rigueur théorique de la doctrine allemande, il ne fallait pas du tout admettre que la volonté, une fois manifestée, devenue « fait social », puisse être retirée pour des considérations subjectives d'erreur. Le code allemand, admettant toutes ces fissures dans la ligne rigide de la théorie de la déclaration, a satisfait, par une technique différente et moins sincère que celle de la doctrine française de l'autonomie de la volonté, les mêmes données psychologiques, que nous avons vu, à savoir l'impossibilité de considérer la manifestation extérieure de la volonté, comme indépendante de la psychologie de son auteur ¹³. En quoi consiste la théorie française ? En ce que la volonté des parties fait elle-même sa loi (art. 1134, sec. I, C. civ. fr.) sans d'autres limites que celles imposées par l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 C. civ.) : ce qui revient à dire que la création la modification et l'extinction des contrats sont l'œuvre de la volonté des parties. En tant qu'on accorde à la volonté des parties cette puissance créatrice, on est forcé de lui faire produire des effets et de la

considérer dans sa réalité psychologique interne et non pas seulement dans sa manifestation à l'extérieur (art. 1156, C. civ. : « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes »).

L'origine de ce système est dans la doctrine du contrat social, d'après laquelle l'individu peut faire ce qu'il veut dans la mesure où il n'y a pas eu abdication de ses droits à la société, abdication contractuelle nécessaire à la formation de la société par le contrat. Quoi qu'il en soit quant à la valeur théorique de cette conception ¹⁴, il n'est pas moins vrai que, même de l'avis de l'école positiviste, l'homme, vivant en société, ne peut établir des rapports avec les autres que par le contrat, qui est un fait social s'imposant, par son utilité incontestable, au moins à trois points de vue : 1° il offre la meilleure utilisation des choses et des services, puisque ce sont les individus qui sont les mieux placés pour savoir quelle collaboration sera plus intéressante quant à l'exploitation ; 2° c'est toujours le contrat qui sera le meilleur instrument de sécurité dynamique puisque on peut contracter à terme et partant se ménager l'utilisation des choses pour l'avenir, d'où résultera la stabilisation des cours ; 3° enfin c'est toujours le contrat qui organise le mieux la division du travail, chaque individu sachant que par son travail il obtiendra ce que lui-même ne produit pas, mais que d'autres produisent ¹⁵. Si le contrat s'impose justement par son utilité, alors le principe de l'autonomie de la volonté, cantonné dans le domaine contractuel, garde sa justification et sa valeur aux yeux même des positivistes ¹⁶. Dans le système français la manifestation de la volonté n'est qu'une plastique employée pour que la volonté d'un individu puisse toucher celle d'un autre, sans quoi l'accord de volontés, le contrat, ne peut se produire. Mais, si cette manifestation est une nécessité inéluctable pour que deux volontés puissent se rencontrer, l'article 1156, sec. I précise qu'il faut considérer surtout cette volonté interne, le phénomène psychologique des volitions s'enchaînant les unes aux autres par un rapport des moyens au but, et non pas le sens littéral des termes employés. Donc le droit français présente la manifestation de la volonté interne comme un élément complètement subordonné et par là il arrive à la nécessité d'une analyse psychologique de cette volonté interne, nécessité à laquelle le droit allemand n'a point échappé non plus, parce que d'ordre scientifique.

Seulement, comment le droit français a-t-il opéré cette *réduction* par *élimination* de l'élément substantiel du droit, qui est le phénomène volonté ? Où a-t-il marqué cette limite à l'analyse psychologique, ou, ce qui revient au même, qu'est-ce donc que la cause au point de vue technique ? Et c'est bien le point de vue du droit français, puisque, pour traduire les données réelles psychologiques, il emploie et construit plusieurs concepts qui s'englobent dans le contenu de la construction — plus grande et principale — de la volonté juridique. Un des concepts qui est contenu dans la construction de

la volonté, c'est le *consentement*, qui, à lui seul, ne la remplit pas. Il n'est qu'une partie de cette volonté, à savoir : la volition de s'obliger, c'est-à-dire la *décision* qui intervient dans le phénomène volonté; et, comme le consentement ne peut pas s'expliquer par lui-même, force est de croire que l'article 1156, sec. I — en nous obligeant à considérer la volonté interne plutôt que le sens littéral des termes — nous invite à chercher l'explication et la *direction* de la décision manifestée, en remontant dans l'enchaînement des volitions. Donc le concept technique de consentement n'achève pas la construction de la volonté juridique. Ce n'est pas le consentement qui fixe la limite à l'analyse psychologique de la volonté, puisqu'on est obligé de le dépasser, de le remonter, en pénétrant davantage dans la profondeur des volitions s'enchaînant les unes aux autres, pour trouver la force déterminante de la décision, les *buts principaux* qui seront le second concept technique contenu dans la construction de la volonté juridique ¹⁷.

Mais, jusqu'à quelle limite a-t-on à remonter dans la profondeur de la volonté? Jusqu'aux *buts* contenus dans la notion de *cause*, qui, au point de vue technique, marque cette limite à l'analyse psychologique, donc opère la réduction de la volonté — réduction nécessitée par la complexité et l'insaisissabilité qu'elle présente — pour arriver à construire la volonté juridique, d'une part ¹⁸; jusqu'à la *cause*, qui au point de vue scientifique, explique le consentement — la décision dans l'acte de volonté — en nous révélant son principe déterminant : le but qui d'aucune manière ne peut se trouver renfermé dans le consentement — et qui, par là, donne satisfaction aux données psychologiques en les faisant passer, dans la construction juridique de la volonté, dans ce que ces données présentent de plus important, d'autre part. Maintenant, si nous voulons connaître précisément l'étendue, la profondeur de la volonté juridique, il faut déterminer le contenu de la notion de cause dont le rôle technique consiste justement à faire le départ entre la volonté juridique et la volonté qui reste purement psychologique.

La théorie moderne soutient que la notion de cause est le seul criterium *technique* permettant de faire le *départ* entre la volonté juridique et la volonté qui reste simplement psychologique (dont il n'y a pas lieu de tenir compte) le consentement n'étant que *l'expression de la décision* dans l'acte de volonté. Ainsi, la construction de la *volonté juridique* comporte ces *deux notions* : *consentement* d'une part et *cause*, c'est-à-dire but déterminant qui amène la décision d'autre part. Mais, parmi la multitude de buts que comporte tout acte de volonté, la notion de cause n'en renferme que deux, les autres constituant de simples motifs indifférents à l'ordre juridique.

Ces deux buts dont est faite la cause ce sont : 1° le *but de la volonté de remplir son rôle dans le contrat*, but *immédiat* de l'obligation, *abstrait, objectif, contenu à l'intérieur du contrat* et qui renferme la considération de l'exécution de la prestation du cocon-

tractant dans les actes à titre onéreux, ou bien de l'absence de cette prestation dans les libéralités ; 2° le but de la volonté de faire le contrat même, but immédiat du contrat mais *médiat de l'obligation, concret, subjectif, extérieur mais proche du contrat*, à l'intérieur duquel, parfois, il est contenu sous la forme d'une *condition ou garantie* et qui renferme la considération d'une *qualité ou manière d'être du fait* ou de la personnalité même du *cocontractant*. Il faut que ce but soit *connu* par les deux parties. Les deux buts sont en relation de *moyen au but*.

La cause, avec ce contenu, doit être licite et non fausse (non entachée d'erreur) dans toutes les obligations, en général. Mais les engagements peuvent être abstraits complètement — donc détachés de leur cause *intégralement* — ou *seulement partiellement* — donc détachés du *second* élément de la cause : le but *médiat* de l'engagement. C'est la notion de cause qui sera le fondement juridique de toute la *jurisprudence* sur l'erreur substantielle, les vices rédhibitoires, l'erreur de droit, l'erreur de fait ainsi que de la jurisprudence sur les conventions illicites et *immorales*, l'article 6 étant d'application fort restreinte et le Code civil n'ayant qu'un seul texte d'application générale à ce point de vue (art. 1133, la cause)¹⁹. Enfin c'est par la cause qu'on peut procéder à la distinction *des actes juridiques* en actes à titre onéreux et libéralités et nous rendre compte des cas et de la fonction des engagements abstraits en droit français²⁰.

Maintenant il faut rappeler que le but *médiat* de l'obligation n'est cause que s'il est *connu* par l'autre partie et à condition qu'il renferme la considération d'une qualité ou de la manière d'être du fait ou de la personnalité même de cette autre partie ; mais, dans ces conditions, il est parfaitement exact de dire que ce but a été déclaré *hoc sensu* et alors la différence pratique entre le système allemand et le système français est insignifiante.

En effet, un auteur allemand, — nous songeons à Schlossmann, — reconnaît que le code allemand a fait une grande place au système de l'autonomie de la volonté et il cite à l'appui les textes suivants du code civil allemand : 133 (sur l'interprétation de la déclaration) ; 157 (sur l'interprétation des conventions) ; 138 (sur l'acte qui porte atteinte aux bonnes mœurs). A ces textes il faut ajouter encore : l'article 118 (visant la déclaration émise par plaisanterie) ; l'article 120 (la transmission inexacte de la déclaration) ; l'article 117 (sur la simulation) et l'article 140 (sur la conversion des actes juridiques). Tous ces textes sont l'application du principe de l'autonomie de la volonté auquel se ramène le code civil allemand de l'avis de Saleilles aussi. Aussi la différence pratique entre les systèmes français et allemand est insignifiante, mettant à part le cas des réserves mentales, car c'est toujours la volonté interne qui compte. Mais, tandis qu'en droit français c'est la cause qui nous permet de faire le départ entre la volonté juridique et la volonté qui reste simplement et purement psychologique, en droit allemand, le même rôle technique est

assuré par la notion de *contenu de la déclaration*. Néanmoins la cause, par les deux buts qu'elle renferme, ainsi que par la manière dont nous avons vu qu'elle est conçue par la doctrine moderne, représente, en droit français, précisément le contenu de la volonté juridique, de même que le contenu de la déclaration représente, en droit allemand, tous les éléments renfermés à l'intérieur de ce que nous appelons la cause. Voici donc, qu'au point de vue pratique il y a uniformité entre les deux systèmes.

Toutefois, il faut conclure en affirmant nos préférences pour le système français parce que plus sincère, plus clair, plus logique, au point de vue théorique.

¹ PAULHAN, *La volonté*, pp. 3, 49 et 53.

² P. JANNET, *Causes finales*, p. 2, précise que « la cause finale est un fait ; mais comme il est impossible qu'il soit cause avant d'exister, la vraie cause n'est pas le fait lui-même, mais son *idée*. En d'autres termes c'est un *effet prévu*, et qui n'aurait pu avoir lieu sans cette prévision ».

³ RIBOT, *Les Maladies de la volonté*, p. 149 ; comparez avec les lignes de P. JANNET (*op. cit.*, p. 4) : « Pour qu'un fait soit appelé cause finale, il faut que toute la série des phénomènes qui est appelée à la produire, lui soit subordonnée. Ce phénomène non encore produit règle et commande toute la série. »

⁴ Comp. HOFFDING, *Esquisse d'une psychologie fondée sur l'expérience*, p. 412.

⁵ Cf. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 529.

⁶ FR. GÉNY, *Science et Technique en droit positif*, t. I, p. 97 ; le phénomène psychologique volonté, tel que nous l'a démontré la science psychologique, constitue une *donnée réelle ou naturelle*, d'après la terminologie de M. GÉNY (*op. cit.*, t. II, p. 371) ou même une *donnée psychologique* (voir *loc. cit.*, note 1) dans l'élaboration scientifique du droit.

⁷ GÉNY, *op. cit.*, t. III, p. 34.

⁸ LOUBERS, *Rev. gén. du dr.*, 1906.

⁹ BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, pp. 106 et suiv. ; DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, 1921, t. I, pp. 232-240 et *Les transformations du droit privé*, pp. 94 et s. ; SCHALL (dans *Parteiwille im Rechtsgeschäft*) indique que le juge doit rechercher ce qui est le plus juste et le plus utile « das zweckmässigste, das dem Zweck im Recht entsprechende... »

¹⁰ Nous parlons « d'état d'engagement juridique » pour bien montrer que le contenu de la volonté dans l'acte juridique est à la fois économique et juridique. Nous ne croyons pas à la distinction, dont les critiques allemands du Willensdogma ont fait état, entre la *volonté économique*, volonté d'un état de fait qu'on prétend seule réelle, et la *volonté juridique*, volonté d'un état de droit qu'on prétend inexistante. Cette théorie de la volonté économique, soutenue par LENEL (*Parteiabschit und Rechtsfolge, Jahrb. f. Dogm.* 1881, pp. 151 et suiv.) ; SCHLOSSMANN (*Kritik zu Zeitschrift*, VII, pp. 569 et suiv.) et autres (voir la biblio-

graphie citée par WINDSCHEID (*Pandekten*, t. I, p. 167), parmi lesquels MM. Paul ROUBIER (*Responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, pp. 252 et suiv.) et Xavier PERRIN (*Conversion des actes juridiques*, thèse, 1911, p. 112) a été réfutée par ENNECCERUS (*Rechtsgeschäft Bedingung und Anfangstermin*, pp. 22-27) dont la conclusion est que l'idée d'acte juridique suppose que l'on veut un effet de droit et non pas seulement un effet économique. L'invitation à déjeuner renferme sans doute la promesse de donner un déjeuner : seulement, le but de cette promesse n'était pas de conférer à quelqu'un un droit ; le promettant n'a pas entendu se lier juridiquement ; sa déclaration n'a pas été produite à l'état d'engagement juridique ; partant sa promesse n'engendre pas d'obligation juridique. Dans cet ordre d'idées voir Cour Paris, 3 janv. 1901, *Le droit*, 1^{er} juin 1901.

¹¹ Cf. DEREUX, *Etudes des diverses conceptions actuelles du contrat* (*Revue Critique*, 1901). Voir *Ibid.* et ISAY, *Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäft*, d'autres exemples, ainsi que celui rapporté au texte, d'où on conclut à la nécessité d'une déclaration volontaire. Sur la notion de déclaration voir SALEILLES, *Déclaration de volonté*, principalement, pp. 1-19.

¹² L'article 119 B.G.B. ; L'interprétation de ce texte dans SALEILLES, *op. cit.*, pp. 19-22.

¹³ SALEILLES, *op. cit.*, pp. 19-22, dit que « tout se ramène encore à l'autonomie de la volonté, seule libre, seule maîtresse et souveraine ». PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, pp. 165 et suiv.) d'ailleurs précise que le contenu de la déclaration renferme non pas les énonciations faites, mais l'esprit qui a déterminé ces énonciations ; enfin, SCHLOSSMANN (*Die Lehre von der Stellvertretung*, pp. 95 et 98, note 1) reconnaît que le code allemand a fait une grande place au système de l'autonomie de la volonté, consacré dans les différents textes du code : 133 (sur l'interprétation de la déclaration), 157 (sur l'interprétation des conventions) et 138 (l'acte qui porte atteinte aux bonnes mœurs). A cette énumération des textes qui consacrent le principe de l'autonomie de la volonté on peut ajouter l'article 118 (déclaration émise par plaisanterie) ; l'article 120 (visant la transmission inexacte de la déclaration) qui n'est que l'application de l'article 119 ; l'article 117 al. 2 (simulation) va plus loin que l'article 1321 c. c. fr. puisque l'acte réel produira toujours toutes ses conséquences en dépit de l'acte apparent sur lequel les tiers étaient fondés de compter ; l'article 140 (la conversion des actes juridiques). Tous ces textes ne peuvent s'expliquer que par le principe de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire par le principe de la volonté psychologique, par rapport à laquelle la manifestation, la déclaration n'est rien de plus que la forme d'expression, toujours subordonnée.

Il nous semble qu'entre les deux systèmes il n'y a pas de différence pratique et non plus théorique à l'exception du cas de réserves mentales ; la différence consiste plutôt dans les pouvoirs du juge qui sont bien autrement étendus dans le système allemand.

¹⁴ Voir l'exposé et la critique du principe de l'autonomie de la volonté dans RIPERT, *L'idée de justice dans la théorie des obligations*, Cours Doct., Paris, 1920-1921 ; et GOUNOT, *Principe de l'autonomie de la volonté*, thèse Dijon 1912. L'objection fondamentale tient à ce que, « pour admettre que la société soit fondée sur un contrat, il faudrait commencer par admettre que les hommes avaient eu d'abord l'idée d'un

contrat et qu'il y a eu une autorité, un Etat, qui a imposé cette idée. Donc il n'y a pas de contrat s'il n'y a pas eu de société. On tourne dans un cercle vicieux. »

¹⁵ Sur tous ces points, cf. RUPERT, *op. cit.*

¹⁶ Ils ont combattu les excès du principe : extension à l'ensemble du droit privé et même public. En effet, la doctrine classique considère différentes institutions juridiques — le mariage, l'adoption, le régime matrimonial légal et la dévolution *ab intestat* des successions — comme ayant à leur base un contrat exprès ou tacite. Une autre objection des positivistes concerne le cas où la volonté n'est pas libre — économiquement parlant — et partant adhère au contrat, c'est-à-dire à la loi imposée par l'autre partie. Si cette incapacité économique appelle l'organisation d'une protection législative pour les cas particuliers où elle se révèle, il ne s'en suit pas que le principe de la volonté, en matière contractuelle, ne garde pas sa valeur.

¹⁷ Cf. BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, pp. 527-529 ; BARTIN, *Des Conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, pp. 362, 363 et 366 ; FR. GÉNY, *op. cit.*, t. III, p. 70 ; CAPITANT, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁸ Cf. CHIRONI e H. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, t. I, §§ 399-402.

¹⁹ CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1923 ; FR. IONASCO, *L'évolution de la notion de cause*, Paris, 1923, pp. 162-166.

²⁰ CAPITANT, *op. cit.*, chap. V, pp. 347-423 où les engagements abstraits en droit français, ainsi que les promesses non causées, sont brillamment étudiées. Consulter sur la conception moderne de la cause : H. CAPITANT, *op. cit.*, LOUIS JOSSEMERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928, J. BONNECASE, *Supplément au traité de Baudry Lacantinerie*, t. II, 1925, pp. 746-753 ; FR. IONASCO, *op. cit.* et *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations* (*Revue trimestrielle*, 1931, n° 1).

CHAPITRE V

Judicial freedom of implying conditions in contracts

by Edwin W. PATTERSON,
Professor of Law, Columbia University, New-York, U.S.A.

In proving that judicial freedom of decision is inevitable, the jurist also proves that it is impossible. In demonstrating the inadequacy of the words of authoritative legislation to account for a host of judicial decisions¹, one can hardly fail to bring in other logical bases, or other causal factors, to explain these decisions. The judge is no longer imprisoned within the narrow walls of a legislative will ; neither is he free to traverse the countryside in disregard of established highways. His choice of his destination is restrained by the available remedies of judicial procedure ; and his choice of the route by which to reach that destination is restricted by technical notions, juridical traditions, popular *mores*, social and economic institutions, all of which likewise restrain his liberty of choosing his destination. To abandon the metaphor, one may say that judi-

Le droit des juges de sous-entendre des conditions dans les contrats

par Edwin W. PATTERSON,
professeur de Droit. Université de Columbia, New-York, U. S. A.

Traduit par H. BIAUJEAUD,
Docteur en droit

En prouvant que la liberté judiciaire de décision est inévitable, le juriste prouve en même temps qu'elle est impossible. Quand on démontre l'insuffisance des mots de la législation invoquée comme autorité pour rendre compte d'une multitude de décisions judiciaires¹, on ne peut guère manquer de recourir à d'autres bases logiques, ou d'autres facteurs de causalité, pour expliquer ces décisions. Le juge cesse d'être emprisonné dans l'enceinte étroite d'une volonté législative ; il n'est pas libre pour cela de passer à travers champs en dédaignant les chemins établis. Le choix de sa destination est limité par les actions et autres remèdes utilisables de la procédure judiciaire ; et son choix de la route pour atteindre cette destination est restreint par les notions techniques, les traditions juridiques, les *mœurs* populaires, les institutions sociales et économiques, toutes choses qui restreignent aussi sa liberté de choisir une destination. Si l'on abandonne la métaphore, on peut dire que la liberté de décision judiciaire dénote l'action limitée d'une source du

cial freedom of decision denotes the limited operation of one source of law (the statute or code) and connotes the greater efficacy of other sources, formal or informal, of law. The gap in one official source of law is not an anarchistic vacuum²; it is filled by these other sources of law. The processes by which these other sources of law may be recognized and evaluated, and the technique by which they may be so conceptualized as to display their relations to each other and to the official sources, are among the most important problems of modern philosophy of law.

If the omniscience of the legislature were the only object of attack of the "free-law jurists", they would be merely reiterating the wisdom of Aristotle³. Their chief target is the unity and comprehensiveness of the law, that is, the assumption that all the sources of law can be made to yield, by a process of deduction, one and only one solution of any legal controversy. One may conjecture that because this assumption is more plausible, it is more efficacious and hence more pernicious, in a code-bound state than in a state whose principal form of law is judicial precedent. The "Civil Code" purports to issue from a single will at a single moment of time, (ignoring amendments) and therefore purports to be complete and self-consistent. Judicial precedents, on the other hand, obviously issue from different courts at different times, and hence carry with them the indicia of a more or less limited range of operation. Hence the American jurist can more readily persuade himself that the official sources of law are heterogeneous. Yet the difference must not

droit (le statut ou le code), et implique en même temps l'efficacité plus grande d'autres sources formelles ou non formelles, du droit. Le vide dans une source officielle du droit n'est pas un vide anarchique, il est rempli par ces autres sources. Et l'un des plus importants problèmes de la philosophie moderne du droit est de dégager quels sont les procédés au moyen desquels on pourra reconnaître et évaluer ces autres sources du droit, et la technique par laquelle elles pourront être ramenées à des concepts qui révèlent leurs rapports entre elles et avec les sources officielles.

Si les « juristes du libre-droit » n'avaient dirigé leurs attaques que contre l'omniscience du législateur, ils auraient simplement répété Aristote³. Leur principale cible est l'unité et la plénitude du droit, c'est à-dire l'affirmation que les sources du droit dans leur ensemble peuvent être rendues aptes, par un processus de déduction, à donner une solution, et une seule, à chaque controverse juridique. On peut conjecturer que cette supposition, parce qu'elle est plus plausible, est plus efficace, et partant plus pernicieuse, dans un état lié par une codification que dans un état où la principale forme du droit est le précédent judiciaire. Le « Code Civil » se présente comme sorti tout entier d'une même volonté à un même moment (en faisant abstraction des amendements) et par conséquent il se présente comme complet et homogène. Les précédents judiciaires, d'autre part, émanent évidemment de cours différentes à différents moments, et partant, ils portent en eux l'indice d'un champ d'opération plus ou moins limité. C'est pourquoi le juriste américain peut plus facilement se persuader que les sources officielles

be over-emphasized. It is a common (though not uniform) ⁴ assumption of American judicial reasoning that the judge can derive *the* solution of a legal controversy from the official sources of law. For these reasons, a study of the method of operation of case-law may prove of interest to Continental jurists.

Considered not merely as a revolt against the tyranny of words, but also as a study of the ultimate sources from which judges derive the grounds of their decisions, the "free-law" movement becomes an effort to explain and to construct juridical methods. While the present article makes no attempt to explain juridical methods in terms of a general theory, its purpose is to contribute to a general theory by a study of the juridical methods employed in a particular field of law, that having to do with controversies arising out of the performance of contracts, in which a particular set of technical notions had been employed.

The field of operation of "implied conditions in contracts" is admirably adapted to display the working of a case-law system ⁵, since the field in question has not been materially affected by statute, and not at all by codification ⁶. At the same time, this field of operation is sufficiently broad to include contracts which differ widely in respect to their economic uses and their institutional bases. The subject of this paper thus requires a discussion of the relations between those general notions which embrace all contracts, and those particular notions which are restricted to certain types of contracts, grouped by reference to their economic uses and insti-

du droit sont hétérogènes. Cependant il ne faut pas exagérer la différence. C'est une supposition commune, (quoique non uniforme) du raisonnement judiciaire américain ⁴ que le juge peut toujours tirer *la* solution d'une controverse juridique des sources officielles du droit. C'est pourquoi l'étude de la méthode d'opération du « droit des cas » (case-law) peut offrir quelque intérêt pour les juristes du Continent.

Considéré, non seulement comme une révolte contre la tyrannie des mots, mais aussi comme une étude des sources ultimes d'où les juges tirent les bases de leurs décisions, le « libre-droit » devient un effort pour expliquer et construire des méthodes juridiques. Toutefois le présent article ne prétend pas exposer les méthodes juridiques en la forme d'une théorie générale ; son but est de contribuer à l'élaboration d'une théorie générale, par l'étude des méthodes juridiques employées dans un champ particulier du droit, celui qui a trait aux controverses nées de l'exécution des contrats, où une série particulière de notions techniques est employée.

Le terrain des « conditions sous-entendues dans les contrats » est admirablement fait pour montrer la façon dont opère un système de « cas de droit ⁵ », puisqu'aucun statut ne l'a matériellement affecté, et que la codification ne l'a pas touché du tout ⁶. En même temps ce champ est assez vaste pour comprendre des contrats dont les usages économiques ou les bases institutionnelles peuvent être très différents. Ainsi, le sujet de cette étude demande une discussion des rapports existant entre des notions générales qui embrassent tous les contrats, et des notions propres à certains types de contrats, groupés d'après leurs usages économiques ou leurs bases institutionnelles. Les contrats de

tutional bases. Contracts for the sale of land have something in common with contracts for the sale of chattels, or with contracts for the erection of a building; yet each group must be, for many purposes, sharply differentiated. How can the jurist's general notions about contracts be so formulated as to guide the judge in making these differentiations between particular types of contract? A great American jurist, Mr. Justice Oliver Wendell Holmes, who may properly be regarded as a pioneer of the "free-law" movement, has said that "general propositions do not decide concrete cases"⁷. The syllogism is not a means of discovery. Yet the usefulness of general notions in organizing a body of narrower rules, and in suggesting the factors to be considered in inventing new ones, is not to be denied. The "implied condition" is a general notion which has been, more or less consistently, used for these purposes by American judges. Before commencing the discussion of this problem, however, one must summarize the procedure of American courts in so far as it bears upon the problem.

In deciding a law-suit based upon defendant's breach of a legal duty arising out of a contract, the American judge is no Cadi sitting at the city gates⁸. In terms of official action the effects of the judge's decision are pretty definitely circumscribed. In the first place, he cannot make an official decree that the defendant, under penalty of imprisonment, perform *in specie* his contractual duty to the plaintiff, except in a limited class of cases : contracts for the transfer of land or a rare ("unique") movable, or very exceptionally

vente de terres ont quelque chose de commun avec les contrats de vente de biens meubles, ou avec des contrats d'entreprise de construction ; cependant chacun de ces groupes doit être, à divers égards, soigneusement différencié. Comment le juriste doit-il alors formuler ses notions générales sur les contrats pour qu'elles puissent servir de guide au juge qui opère ces différenciations entre les types de contrats particuliers? Un grand juriste américain, le juge Oliver Wendell Holmes, que l'on peut à juste titre considérer comme l'un des pionniers du mouvement du « libre-droit », a dit : que les « propositions générales ne décidaient pas des cas concrets⁷ ». Le syllogisme n'est pas un instrument de découverte. Cependant, on ne saurait nier l'utilité des notions générales pour organiser un cadre de règles plus étroites et pour suggérer les facteurs à considérer pour en découvrir de nouvelles. La « condition sous-entendue » est une notion générale que les juges américains ont employée, d'une façon plus ou moins consistante, à ces fins. Avant d'aborder la discussion de ce problème nous devons toutefois résumer la procédure des cours américaines en tant qu'elle intervient comme élément de solution.

En décidant une action basée sur la violation par le défendeur d'un devoir légal né d'un contrat, le juge américain n'est pas un Cadi siégeant aux portes de la ville⁸. Dans les conditions normales d'une action officielle les effets de la décision du juge sont circonscrits avec une certaine précision. En premier lieu il ne peut rendre d'ordonnance officielle pour astreindre le défendeur, sous peine d'emprisonnement, à exécuter en nature (*in specie*) son obligation contractuelle envers le demandeur, sauf dans des catégories limitées de cas : contrats en vue du

contracts imposing an obligation on defendant to render service to plaintiff⁹. The usual judgment of a court, if defendant is found to have violated a contractual duty, is a judgment for the payment of money by defendant, which enables the plaintiff to have defendant's assets (but not his person) seized by an official of the court, and sold for money with which to pay the plaintiff's claim. In the second place, this pecuniary judgement is limited (with unimportant exceptions) to a sum which will *compensate* the plaintiff, as distinct from *punishing* the defendant. A final limitation is one not explicitly stated in legal doctrine, and less easily demonstrable, though in the opinion of the present writer it is a fairly uniform tendency of judicial decisions defining the scope of the damages which will be awarded to the plaintiff by way of compensation. Compensation will be restricted to the *immediate* consequences (of the defendant's non-performance) as measured by certain formal economic categories: Interest, or wages, or rent, or profits. Every bargain is regarded as having a value in terms of the standard of the market for similar performances¹⁰. Within the limits thus set by judicial (professional) tradition, if not by popular Anglo-American tradition¹¹, the judge exercises whatever freedom he has of implying conditions in contracts.

The legal consequence of any condition¹², express or implied, of a contractual obligation, is, primarily, to give the obligator a defense in the event that the condition is not fulfilled. An express

transfert d'une terre ou d'un meuble rare (« unique »), ou très exceptionnellement : contrats imposant au défendeur une obligation de faire envers le demandeur⁹. Le jugement habituel du tribunal, s'il est reconnu que le défendeur a violé une obligation contractuelle, est un jugement condamnant le défendeur à payer une somme d'argent, ce qui permet au demandeur de faire saisir par autorité de justice l'actif (mais non la personne) du défendeur, et de le faire vendre, l'argent retiré de la vente servant à acquitter ce qui est dû au demandeur. En second lieu, ce jugement pécuniaire est limité, (sauf exceptions sans importance) à une somme qui *dédommagera* le demandeur, par opposition à toute *punition* du défendeur. Une dernière limitation, — non explicitement formulée dans la doctrine légale et moins facilement démontrable, bien que l'auteur du présent travail estime qu'il existe, dans les décisions judiciaires, un courant qui tend à devenir uniforme en ce sens — consiste dans la délimitation de l'étendue des dommages qui peuvent être accordés au demandeur à titre de réparation. Le dédommagement sera limité aux conséquences *immédiates* (de la non-exécution par le défendeur), mesurées par certaines catégories d'éléments économiques déterminés : — l'intérêt, ou les salaires, ou la rente, ou les profits. Tout pacte est considéré comme ayant une valeur déterminable d'après les conditions types du marché pour toutes les opérations similaires¹⁰. C'est dans les limites ainsi déterminées par la tradition judiciaire, sinon par la tradition populaire anglo-américaine¹¹, que le juge exerce sa liberté de sous-entendre des conditions dans les contrats.

La conséquence légale de toute condition, expresse ou tacite, d'une obligation contractuelle est, premièrement, de donner un moyen de défense au débiteur dans le cas où la condition n'est pas remplie. La

condition is one which is designated by certain words of art ("if" "unless" "on condition that", etc.) or by other words deemed to have the same meaning. In juristic writings it is frequently assumed that the judge has no freedom of decision in giving effect to express conditions¹³. Now it seems clear from a study of the decisions involving such conditions that the judge has considerable latitude, not only in determining what words make a condition, but also in "interpreting" the words which describe the condition¹⁴. Yet the limits of "interpretation" of express conditions are narrower than the limits of the judicial freedom of implying or constructing conditions; if this were not so, the prudent foresighted man would be no better off than the rash and foolhardy.

In "implying" a condition in a contract, the court is deciding the case *as if* the obligation contained words giving rise to an express condition. The non-occurrence of the implied condition gives the promisor a complete defense to an action based on his failure to perform his promise. The *consequence* of a judicial decision that an implied condition has not been fulfilled is clearly defined; the *circumstances* under which the condition will be implied, are much less clearly defined, and herein lies the range of judicial freedom of decision. Is the judge unrestricted in his freedom? May he imply a condition, under any and all circumstances, for the purpose of relieving the obligor of his obligation?

It may be said that the implied condition is an "artificial

condition expresse est celle qui est désignée par certains mots d'ordre technique (« si », « à moins que », « à condition que », etc.) ou par d'autres mots que l'on regarde comme ayant la même signification. Dans la doctrine, il est souvent affirmé que le juge n'a aucune liberté de décision en donnant effet aux conditions expresses¹². Mais il ressort clairement de l'étude des décisions judiciaires portant sur de semblables conditions que le juge jouit d'une latitude considérable, non seulement pour déterminer quels mots constituent une condition, mais aussi pour « interpréter » les mots qui décrivent la condition¹³. Cependant, les limites de l'« interprétation » des conditions expresses sont plus étroites que celles de la liberté judiciaire de sous-entendre ou de construire des conditions; s'il n'en était ainsi, l'homme prudent et prévoyant ne serait pas mieux traité que le téméraire ou l'insensé.

En « sous-entendant » une condition dans un contrat, le tribunal décide le cas *comme si* l'obligation contenait les mots donnant naissance à une condition expresse. La non-arrivée de la condition tacite fournit au promettant une défense complète contre une action basée sur le non-accomplissement de sa promesse. La *conséquence* d'une décision judiciaire reconnaissant qu'une condition tacite n'a pas été remplie est clairement définie; les *circonstances* dans lesquelles une condition sera sous-entendue le sont beaucoup moins; c'est là que trouve place la liberté judiciaire de décision. Mais le juge ne subit-il aucune limite dans l'exercice de cette liberté? Peut-il sous-entendre une condition dans n'importe quelles circonstances, afin de relever le débiteur de son obligation?

On peut dire que la condition sous-entendue est une « supposition

assumption " ¹⁵, a fiction of the law which imposes burdens or denies rights without regard to the intentions or the expectations of the contracting parties. This is true of implied conditions in varying degrees. Some implied conditions require assumptions which can plausibly be inferred from the language of the contract and the type of performance, while others are obviously dogmatic assumptions. The view that all juristic fictions are dishonest ¹⁶, or the notion that juridical fictions are useful only in the early stages of legal development ¹⁷, cannot be accepted. Dogmatic fictions are logical devices. They are hypotheses more or less based on observation. Hypotheses " may refer to entities which are empirically discoverable, or to entities which are not directly discoverable " ¹⁸. Some of the latter class of hypotheses are known to be contrary to (empirically discoverable) fact, (e.g. that an engine operates without friction, an assumption used in the theory of mechanics) while others are known to be partial representations of fact (e.g. a map of a portion of the earth's surface) ¹⁹. Likewise, implied conditions vary in their degree of artificiality, i.e. in the extent to which they lack an empirical basis for the inference that the parties would have inserted in the contract a particular clause, had they foreseen the situation which subsequently arose. From this point of view, as well as from the point of view of the *purposes* which implied conditions are used to effectuate, they may be divided into four classes:

artificielle » ¹⁴, une fiction du droit qui impose des charges ou refuse des droits sans tenir compte des intentions ou des prévisions des parties contractantes. Ceci est, à différents degrés, vrai des conditions tacites. Certaines conditions tacites requièrent des suppositions qui peuvent d'une façon plausible être induites des termes du contrat et du type d'exécution prévu, tandis que d'autres sont évidemment des suppositions très dogmatiques. On ne peut admettre l'opinion que toutes les fictions juridiques soient malhonnêtes ¹⁵, ni l'affirmation qu'elles ne soient utiles que dans les plus anciens stades du développement du droit ¹⁶. Les fictions dogmatiques sont des expédients d'ordre logique. Ce sont des hypothèses plus ou moins basées sur l'observation. Les hypothèses « peuvent se référer à des entités que l'on peut découvrir par expérience, ou à des entités qu'on ne peut pas découvrir directement » ¹⁷. Certaines des hypothèses de cette dernière classe sont connues être contraires à la réalité (qui peut être découverte par expérience), (par exemple, on utilise dans la théorie mécanique la supposition qu'une machine travaille sans frottement), tandis que d'autres sont connues être la représentation partielle de la réalité, (par exemple, la carte d'une partie de la surface de la terre) ¹⁸. De même, les conditions sous-entendues varient quant à leur degré de caractère artificiel, c'est-à-dire quant à l'étendue dans laquelle manque une base empirique pour la supposition que les parties auraient inséré une clause particulière dans le contrat, si elles avaient prévu la situation qui est survenue ultérieurement. Partant de ce point de vue, aussi bien que de celui des buts qu'elles sont destinées à atteindre, les conditions sous-entendues peuvent être divisées en quatre classes : — 1. Les conditions tacites (basées sur la notion) de l'échange. 2. Les conditions tacites (basées sur la notion) de la coopération. 3. Les conditions tacites qui se présentent dans

1. Implied conditions (based on the notion) of exchange. 2. Implied conditions (based on the notion) of cooperation. 3. Implied conditions (arising in case) of frustration. 4. Implied conditions arising out of mistaken presuppositions of the parties. This terminology, avowedly novel, is designed to denote "the intrinsic elements of the situations dealt with" ²⁰.

Implied Conditions of Exchange. The historical development, in English and American law, of the doctrine of implied conditions (of exchange) is a highly interesting illustration of the origin and growth of judicial freedom of decision. Prior to 1700, the English courts of common law acted on the assumption that each party to a contract must perform his promise independently of the performance by the other party, unless an express provision of the contract indicated the contrary. Thus, if, by contract between A and B, A promised to work for B for one year, and B promised to pay A £ 20, A could sue B and recover a judgment for the money, although A had not done the work. That this assumption was based upon the ancient notion that a court cannot go beyond the words of the bargain, rather than upon the belief that it corresponded with "the intention of the parties", is shown by the fact that the judges seized upon ambiguous words in the contracts as a basis of implying a condition. The assumption that the contracting parties expected to exchange performances, and not merely promises to perform, was an important step ; but it could not be given its full effect as long

le cas de « frustration » (c'est-à-dire de survenance d'impossibilités d'exécution faisant disparaître l'utilité et la raison d'être du contrat). 4. Les conditions tacites survenant en cas de presuppositions erronées des parties. Cette terminologie, qu'on ne dissimule pas être nouvelle, est destinée à faire ressortir « les éléments intrinsèques des situations auxquelles s'appliquent ces conditions » ¹⁹.

Les Conditions sous-entendues de l'Echange. Le développement historique, dans le droit anglais et américain, de la doctrine des conditions tacites (de l'échange) est une illustration hautement intéressante de l'origine et de la croissance de la liberté judiciaire de décision. Avant 1700, les cours anglaises de droit commun agissaient sur l'admission (comme postulat) que chacune des parties à un contrat doit accomplir sa promesse indépendamment de l'exécution par l'autre partie, à moins qu'une disposition expresse du contrat n'ait indiqué le contraire. Ainsi, si par contrat entre A et B, A avait promis de travailler pour B pendant un an, et B avait promis de payer £ 20 à A, A pourrait poursuivre B et obtenir un jugement pour le paiement de l'argent, bien qu'il n'eût pas fait le travail. Que l'admission (de ce postulat) fût basée sur la notion ancienne selon laquelle le tribunal ne pouvait pas aller au delà de la lettre du pacte, plutôt que sur la croyance qu'elle correspondait à l'« intention des parties », c'est ce que démontre le fait que les juges saisissaient l'existence de mots ambigus dans le contrat comme une base pour y sous-entendre une condition. L'admission que les parties contractantes entendaient échanger des exécutions, et non pas seulement des

as judges felt themselves limited to interpreting the words of the bargain. It remained for an able and daring judge, in passing upon a revolting claim, to introduce the innovation, implied conditions. Lord Mansfield was a bold inventor, a lawyer trained in the more sophisticated Scotch law, and an active participant in the executive and legislative branches of the government, as well as the judicial. In 1773 he introduced the theory of implied conditions into English law ²¹. He divided covenants into three classes : Those which are wholly *independent* (i.e. no conditions implied) ; those which are to be *concurrently* performed ; and those which require a certain order of performance, so that the performance of one party is a condition *precedent* of the other party's duty to perform.

The innovation was not immediately accepted in judicial opinions. Later judges, both in England and in America ²², continued to work with the old theory of "interpretation", as expanded by the assumption that the intentions of the parties could *always* be empirically discovered within the words of the contract. Eventually, the theory of implied conditions so completely gained supremacy that Lord Mansfield's first class "independent covenants", has all but disappeared from the scene. A jurist of the present day has difficulty in finding contracts in which the court will imply no conditions as to the order in which performances are to be exchanged. A generation ago Mr. Justice Holmes declared :

promesses d'exécuter fut un pas important ; mais elle ne put donner tous ses effets tant que les juges se sentirent tenus de se limiter à l'interprétation des mots du pacte. Il restait à un juge habile et audacieux, en écartant une prétention juridique révoltante, d'introduire cette innovation : les conditions sous-entendues. Lord Mansfield était un inventeur hardi, un juriste entraîné au plus subtil droit écossais, et un membre actif du gouvernement exécutif et législatif aussi bien que judiciaire. En 1773, il introduisit la théorie des conditions tacites dans le droit anglais ²⁰. Il divisait les conventions en trois classes : celles qui sont entièrement *indépendantes* (c'est-à-dire sans conditions tacites) ; celles qui doivent être exécutées *concurrentement* et celles qui requièrent un certain ordre d'exécution, de sorte que l'exécution de l'une des parties est la condition *préliminaire* au devoir d'exécuter de l'autre partie.

Cette innovation ne fut pas immédiatement acceptée dans les opinions judiciaires. Des juges postérieurs, en Angleterre comme en Amérique ²¹, continuèrent encore à mettre en œuvre la vieille théorie de « l'interprétation », telle qu'elle s'était développée par suite du postulat que les intentions des parties pouvaient *toujours* être découvertes empiriquement dans les mots du contrat. Mais finalement, la théorie des conditions tacites a conquis une suprématie si complète que la première classe de Lord Mansfield, les « conventions indépendantes », a presque disparu de la scène. Un juriste du temps présent a difficulté à trouver un contrat où la cour ne sous-entendra pas de conditions quant à l'ordre dans lequel les prestations doivent être échangées. Il y a une génération, le juge Holmes déclarait :

“ You can give any conclusion a logical form. You can always imply a condition in a contract. But why do you imply it? It is because of some belief as to the practice of a community or of a class, or because of some opinion as to policy, or, in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logical conclusions. Such matters really are battle grounds, where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place ²³. ”

For example, a promise to pay for services to be rendered is subject to the implied condition that the services be rendered before the payment must be made ²⁴. Here the implied condition is based upon the practice of employers not to pay in advance, or upon the assumption that employers' promises are more reliable than those of employees ²⁵, or upon the social policy of stimulating productive industry. Even though there be other peoples among whom contrary practices or policies prevail, it does not follow that the judge is free to imply a condition (e.g. that employer pay first) in a sense contrary to the prevailing practices or *mores* (e.g. that the employer pays last). Yet the credit to be extended by new types of enterprise need not be bounded by older precedents. A Massachusetts court denied that a wealthy correspondence school was obliged to render

« Vous pouvez toujours donner une forme logique à toute conclusion. Vous pouvez toujours sous-entendre une condition dans un contrat. Mais pourquoi la sous-entendez-vous ? C'est en raison de quelque croyance de quelque opinion quant à la politique (de la décision), ou en raison, bref, de quelque attitude que vous prenez sur une matière qui n'est pas susceptible de mesure quantitative exacte et pour laquelle, par conséquent, l'on ne peut trouver de conclusion logique exacte. Ces matières sont de véritables terrains de bataille, où il n'existe pas de moyens de détermination valables de tous temps, et où la décision ne peut faire plus que d'exprimer la préférence d'un corps judiciaire donné, à un moment et dans un lieu donnés ²². »

Par exemple, une promesse de payer un service qui doit être rendu est soumise à la condition tacite que le service sera rendu avant que le paiement ne doive être fait ²³. Ici la condition tacite est basée sur la pratique des employeurs de ne pas payer à l'avance, ou sur la supposition que les promesses des employeurs sont plus dignes de foi que celles des employés ²⁴, ou sur une politique sociale tendant à stimuler l'industrie productive. Bien qu'il y ait des milieux où des pratiques ou des politiques contraires prévalent il ne s'en suit pas que le juge soit libre de sous-entendre une condition (par exemple que l'employeur paierait le premier) dans un sens contraire aux pratiques ou aux *mœurs* qui prédominent (à savoir que l'employeur paie le dernier). Cependant la nécessité de faire crédit à de nouveaux types d'entreprises exige que l'on ne soit pas lié par des précédents plus anciens. Une cour du Massachusetts s'est refusée à admettre qu'une riche école par correspondance soit obligée d'accomplir ses prestations envers l'élève avant

its service to a pupil before collecting his tuition fees ²⁶, but there are contrary decisions ²⁷.

In so far as implied conditions conform to a settled practice of the community or class to which the parties belong, they may fairly be said to conform to the "intention of the parties", in this sense that presumably the parties would have inserted a condition of this sort had they thought it necessary. The credit terms, or order of exchange of performances, in many types of transactions are fairly well settled, and to the extent that implied conditions of exchange conform to usage they are fictions *neutral* to the realm of fact ²⁸. On the other hand, in so far as the implied condition is merely a logical formulation of the judge's notions of fairness, convenience, or policy, in evaluating a situation which the parties could not have foreseen, it is a fiction contrary to fact.

The development of the notion of implied conditions of exchange is an example of juridical *technique*, and the applications of this notion by reference to what M. Geny calls "the nature of things" — custom or usage, convenience, public policy, *mores* — illustrate, it seems, that which M. Geny calls "science". To demonstrate fully the development of these procedures in American law would be beyond the scope of this "résumé". It is highly significant, however, that judicial freedom is not restricted to the "science of application". Juridical technique has developed other concep-

de recevoir ses droits d'inscription ²⁵, mais il y a des décisions contraires ²⁶.

On peut dire que les conditions tacites, dans la mesure où elles sont conformes à une pratique établie de la communauté ou de la classe à laquelle les parties appartiennent, sont aussi conformes à l'« intention des parties », en ce sens que l'on peut présumer que les parties auraient introduit une condition de cette sorte dans leur convention, si elles avaient pensé que cela fût nécessaire. Les conditions du crédit, ou l'ordre de l'échange des prestations sont assez bien établis pour certains types de conventions et, dans la mesure où les conditions tacites de l'échange sont conformes à l'usage, elles sont des fictions *neutres* dans le royaume du fait ²⁷. Mais d'autre part, dans la mesure où la condition sous-entendue n'est que l'expression logique des sentiments de justice, de convenance, ou de politique d'un juge en évaluant une situation que les parties n'avaient pas pu prévoir, c'est une fiction contraire au fait.

Le développement de la notion des conditions tacites de l'échange est un exemple de *technique* juridique, et les applications de cette notion par rapport à ce que M. GénY appelle « la nature des choses » — la coutume ou l'usage, les convenances, l'ordre public, les *mœurs* — illustrent, semble-t-il, ce que M. GénY nomme « science ». Retracer entièrement le développement de ces procédures dans le droit américain, dépasserait les limites de ce résumé. Le fait toutefois que la liberté judiciaire n'est pas limitée à la « science de l'application » est très significatif. La technique juridique a élaboré d'autres conceptions afin de

tions for the purpose of limiting and correcting the harsh consequences of a strict application of the theory of implied conditions.

The doctrine of "substantial performance" is one of these corrective conceptions²⁹. Four years after he started the notion of implied condition on its career, Lord Mansfield introduced the doctrine that if the plaintiff had "substantially" performed his promise, the implied condition was fulfilled and plaintiff could rightfully demand the defendant's performance, although the defendant had a right to compensation for the difference between complete performance and substantial performance³⁰. This doctrine is applied most frequently to situations where the defendant has received substantially all of the plaintiff's performance, where restitution of the *status quo ante* is impossible, and where the defendant (assuming he can be compensated for the plaintiff's default) would be *unjustly enriched* if the doctrine of implied conditions were strictly applied. A typical situation is one in which the plaintiff has constructed a building on defendant's land, with some deviations from the plans and specifications stipulated in the contract. In determining the "substance" of performance the court considers principles of architecture and engineering, the utility of the actual building to the defendant (owner), the inconvenience of correcting the defects and the ratio between the expense of correction and the contract price³¹. These factors establish limits for judicial freedom of decision.

Another corrective concept is the notion of "divisibility" of a

limiter et de corriger les conséquences rigoureuses de la stricte application de la théorie des conditions sous-entendues.

La doctrine de l'« exécution substantielle » est une de ces conceptions correctives²⁸. Quatre ans après qu'il eut ouvert la carrière de la condition tacite, Lord Mansfield introduisit le principe que, si le demandeur avait « substantiellement » exécuté sa promesse, la condition tacite était remplie, et que le demandeur pouvait à bon droit demander l'exécution de la promesse du défendeur, bien que celui-ci ait droit à une compensation pour la différence existant entre l'exécution complète et l'exécution substantielle²⁹. Cette doctrine est très fréquemment appliquée dans les cas où le défendeur a substantiellement reçu la prestation entière du demandeur, où le rétablissement des choses dans le *statu quo ante* est impossible, et où le défendeur (qui prétend à être dédommagé du défaut du demandeur) serait *injustement enrichi* si la doctrine des conditions sous-entendues était strictement appliquée. La situation typique est celle du demandeur qui a construit, sur le terrain du défendeur, un bâtiment avec quelques déviations par rapport aux plans et conditions stipulés dans le contrat. Pour déterminer la « substance » de l'exécution, le tribunal considère les principes de l'architecture et de l'art mécanique, l'utilité du bâtiment, tel qu'il est effectivement, pour le défendeur (propriétaire), la difficulté de corriger les défauts et le rapport entre les frais de rectification et le prix stipulé dans le contrat³⁰. Ces facteurs forment les limites de la liberté judiciaire de décision.

Un autre concept correctif est la notion de la « divisibilité » d'un

contract. For example, if A has contracted to transport 1,000 logs a distance of 100 miles for B, who promised to pay ten cents per log, and if A has transported 500 logs the distance of 100 miles and then ceased performance, the doctrine of implied conditions would lead to the decision that A could claim nothing for his partial performance, (which is obviously not "substantial" performance). Yet the court, assuming that B would be unjustly enriched by such a decision, would fictitiously divide the contract into 1,000 contracts, each obligating B to pay ten cents for the transportation of one log. Then A has performed the implied condition of 500 of these hypothetical contracts and may obtain as compensation $500 \times \$ 10 = \$ 50$; on the other hand, B may obtain compensation from A because of A's failure to perform the other 500 hypothetical contracts³². One may ask, could A claim onehalf of the compensation if he transported 500 logs only fifty miles? The court could logically reach this result by fictitiously dividing the contract into 100,000 contracts, each obligating B to pay \$ 001 for transporting one log a distance of one mile. Only the judge's notions of usage, utility and fairness can tell him which fictitious assumption to choose as the logical basis of a particular decision³³. So attractive has become this notion of divisibility, as a means of preventing unjust enrichment, it has been applied to contracts in which, by well recognized usage, the partial payments are not regarded by the parties themselves as compensation for a partial performance³⁴. The court is likely to err if

contrat. Si, par exemple, A s'est engagé par contrat à transporter 1.000 bûches à une distance de 100 miles pour B, qui a promis de payer dix cents par bûche, et si A a transporté 500 bûches à la distance de 100 miles puis arrête son exécution, la doctrine des conditions tacites conduirait à décider que A ne peut rien réclamer pour son exécution partielle, (qui n'est évidemment pas une exécution « substantielle »). Mais le tribunal, estimant que B serait injustement enrichi par cette décision, divisera fictivement le contrat en 1.000 contrats, chacun d'eux obligeant B à payer dix cents pour le transport d'une bûche. A, qui a accompli alors la condition tacite pour 500 de ces contrats hypothétiques, peut obtenir en dédommagement $500 \times \$. 10 = \$ 50$; d'autre part, B peut obtenir un dédommagement de A, parce que A n'a pas accompli les 500 autres contrats hypothétiques³¹. On pourrait se demander si A pourrait réclamer la moitié du dédommagement s'il n'avait transporté 500 bûches qu'à cinquante miles seulement? Logiquement, le tribunal pourrait arriver à ce résultat en divisant fictivement le contrat en 100.000 contrats, dont chacun obligerait B à payer \$ 001, pour le transport d'une bûche à la distance de un mille. Ce sont seulement les conceptions du juge quant à l'usage, l'utilité et la justice qui lui dicteront la supposition fictive à adopter comme base logique dans chaque cas d'espèce³². Cette notion de la divisibilité, comme moyen d'empêcher l'enrichissement injuste, est devenue si attractive qu'elle a été appliquée à des contrats où, selon un usage bien établi, des paiements partiels ne sont pas considérés par les parties elles-mêmes comme la contre-partie d'une exécution partielle³³. Le tribunal se trompera vraisemblablement

it does not consider the nature of the transaction, as above indicated ³⁵.

A third and more refined corrective concept is the notion that the principal implied condition of exchange is itself subject to another implied condition which excuses compliance with the principal condition. Thus, if A has contracted to erect a building on B's land, and if after the building is partly finished B has repudiated the contract by announcing that he will not pay the agreed price, the application of the unqualified doctrine of implied conditions would lead to the decision that A can claim no compensation because he has not fulfilled the implied condition (i.e. completion of the building) of B's promise to pay. Yet obviously A should be excused from incurring further expense for which he will receive no compensation ³⁶. The decisions uniformly allow A to recover a judgment against B, for breach of contract ³⁷. One may state the logical basis of these decision thus : the principal implied condition (that A shall complete the building) is itself subject to a sub-condition that B shall do nothing during the course of performance to destroy A's expectation that he will receive the agreed compensation by way of exchange ³⁸. This sub-condition has been extended to include : — B's voluntarily disabling himself to perform ; B's involuntarily becoming unable to perform ; and even B's "substantial" breach of his promise ³⁹. On the other hand, it is not a sub-condition that B shall at all times be unquestionably solvent ⁴⁰. The application of this refined notion requires the judge to scrutinize

s'il ne prend pas en considération la nature de la transaction, comme on l'a indiqué plus haut ³⁴

Un troisième, et plus raffiné concept correctif, est la notion que la condition tacite principale de l'échange est soumise à une autre condition tacite qui dispense de se soumettre à la condition principale. Ainsi, si A s'est engagé par contrat à élever un bâtiment sur le terrain de B, et si, lorsque la construction est en partie finie, B répudie le contrat, en disant qu'il ne paiera pas le prix convenu, une application inconditionnelle de la doctrine des conditions tacites conduirait à décider que A ne peut réclamer aucun prix parce qu'il n'a pas rempli la condition tacite de la promesse de payer de B (c'est-à-dire l'achèvement de la construction). Pourtant il est évident que A doit être excusé de n'avoir pas entrepris de nouvelles dépenses pour lesquelles il n'aurait pas reçu de compensation ³⁵. Toutes les décisions admettent uniformément A à obtenir un jugement contre B, pour rupture de contrat ³⁶. On peut définir ainsi le fondement logique de ces décisions : — la condition tacite principale (que A achèvera le bâtiment) est elle-même soumise à une sous-condition, que B ne fera rien pendant la période d'accomplissement pour détruire l'expectative qu'a A de recevoir le prix convenu en échange ³⁷. Cette sous-condition a été étendue de façon à comprendre : — le cas où B se met volontairement hors d'état d'exécuter, celui où B devient involontairement incapable d'exécuter ; et même celui où B viole « substantiellement » sa promesse ³⁸. D'autre part la solvabilité indiscutable de B à tous moments n'est pas une sous-condition ³⁹. L'application de cette notion subtile demande au juge d'exa-

the type of business transaction and the particular situation which has arisen.

Implied Conditions of Cooperation. In economic theory the competitive aspect of man's economic activity has been emphasized. The cooperative aspect is no less important. Both aspects are significant for the law of contracts. Contracting parties, though not competitors with each other in the traditional economic sense⁴¹, compete with each other for the most advantageous terms of exchange. On the other hand, few, if any, exchanges could be consummated without a minimum of cooperation between the parties, either on one side or on both. Thus, if A has promised to perform services for B for an agreed compensation, A may reasonably expect that B will not actively prevent his performance, although the words of the contract say nothing about such prevention⁴². One may formulate the legal consequences of this expectation by saying that A's promise to serve is subject to an implied condition that B will not prevent performance, and one may call this an "implied condition of cooperation" in order to distinguish it from an "implied condition of exchange"⁴³. In this simple case the implied condition does not rest upon a highly artificial assumption, because one may plausibly infer that the parties would have inserted such a conditional clause if prevention had been foreseen. Yet the scope of the implied condition is not restricted to such simple cases of inferred intention. Suppose, for instance, that A contracts to convey to B an immovable which,

miner la nature de l'affaire traitée et la situation particulière qui est survenue.

Les conditions tacites de la Coopération. On a dans la théorie économique insisté sur cet aspect de l'activité économique de l'homme qu'est la concurrence. L'aspect coopératif n'est pas moins important. Les deux aspects sont significatifs pour le droit des contrats. Bien qu'elles ne soient pas entre elles concurrentes au sens économique traditionnel, les parties contractantes luttent cependant entre elles pour obtenir les conditions d'échange les plus avantageuses⁴⁰. D'autre part, on ne pourrait réaliser que peu d'échanges, — on n'en pourrait peut-être réaliser aucun —, sans un minimum de coopération entre les parties, soit d'un côté, soit des deux. Ainsi, si A a promis de fournir des services à B contre une compensation convenue, A peut raisonnablement penser que B n'empêchera pas, par son fait, l'exécution de ces services bien que les termes du contrat ne disent rien quant à un tel empêchement⁴¹. On peut formuler les conséquences légales de cette expectative en disant que la promesse de faire de A est soumise à la condition tacite que B n'en entravera pas l'exécution. C'est ce qu'on peut appeler une « condition tacite de coopération », afin de la distinguer des « conditions tacites de l'échange »⁴². Dans ce cas simple, la condition sous-entendue ne repose pas sur une supposition très artificielle ; car on peut plausiblement présumer que les parties auraient inséré une clause conditionnelle si elles avaient prévu cet empêchement. Mais, le champ d'application des conditions tacites n'est pas limité à ces cas simples d'intention présumée. Supposons par exemple, que A s'engage par contrat

as B knows, A does not own but which he expects to acquire at a certain auction sale. Can A recover damages for breach of contract if B outbids A and buys the property directly at the auction sale ⁴⁴ ? The extent to which B can compete with A by acquiring the materials necessary for A's performance cannot be determined in such cases by a genuine process of inference ; it is to be determined by a consideration of those factors of usage, convenience, policy and fairness, to which reference has already been made.

Active cooperation is likewise required in some situations. Often this requirement is obviously to be inferred from the words of the contract and the kind of performance required ; for these conditions based upon genuine inference the terme, " condition implied in fact ", has been used ⁴⁵. This terminology is inadequate, for in some situations conditions are implied, not by a genuine inference from the particular facts, but by creating a juridical norm out of other materials. Thus, in building or construction contracts, a condition has been implied : — That the owner shall actively designate the site for the building ⁴⁶ ; that the owner shall confer upon the builder a legal privilege to enter upon the proposed site ⁴⁷ ; and that the owner shall clear away rubbish from the site ⁴⁸. To the extent that these implied conditions become standardized as norms for the decision of similar controversies, they become less " implied in fact ". On the other hand, juridical tradition has set limits to the notion of cooperation ; the owner is not required, for

à transmettre à B un immeuble que, comme B le sait, A ne possède pas, mais qu'il compte acheter à une vente aux enchères déterminée. A pourra-t-il recouvrer des dommages pour rupture de contrat si B renchérit sur A et achète le bien directement à la vente aux enchères ⁴³ ? Le point jusqu'où B peut concurrencer A pour acquérir les matériaux nécessaires à l'exécution (de son engagement) par A ne peut, en pareil cas, être déterminé par un processus de pure induction ; il doit être déterminé par la considération de ces facteurs d'usage, de convenance, de politique et de correction, auxquels on a déjà fait allusion.

Une coopération active est aussi requise dans certaines situations. Souvent cette exigence peut être évidemment déduite des termes du contrat et de l'espèce de prestation demandée ; pour ces conditions, basées sur une véritable induction, on a employé le terme de « condition sous-entendue en fait » ⁴⁴. Cette terminologie est impropre ; car dans certains cas les conditions sont sous-entendues non pas par une véritable induction tirée des faits particuliers, mais par la création d'une règle juridique normative tirée d'autres matériaux. Ainsi, dans les contrats d'entreprise de bâtiments ou de constructions, on a sous-entendu les conditions suivantes : — que le propriétaire indiquera effectivement le terrain sur lequel le bâtiment doit être bâti ⁴⁵ ; qu'il donnera au constructeur un droit légal de pénétrer dans le lieu indiqué ⁴⁶ ; et que le propriétaire en fera enlever les décombres ⁴⁷. Dans la mesure où ces conditions sous-entendues se standardisent en règles normatives pour la décision des controverses similaires, elles deviennent moins « sous-entendues en fait ». D'autre part la tradition juridique a établi des limites à la notion de coopération ; par exemple, le propriétaire n'est pas tenu de fournir

example, to furnish a site (for the building) free from hidden rocks and quicksands ⁴⁹. Here one touches the problem of implicit allocation of risk.

Implied Conditions of Frustration. Frustration means disaster. Disasters are usually not foreseen by those optimists who put their faith in contracts. Hence "implied conditions of frustration" are the logical instruments of the juridical surgeon, who must operate upon the victims of an accident. The effect of a frustration may be either (a) to make "impossible" the performance of a contractual promise, or (b) to render valueless that which the promisor is to receive in exchange, and thus to frustrate the purpose of the exchange. As to (a) the doctrine that "impossibility" (a flexible notion) of performance excuses a promisor, is almost wholly a creation of judges during the nineteenth century ⁵⁰. The language of "implied condition" was not introduced until 1863 ⁵¹. Unfortunately the creative process has been dammed within three categories : — Supervening illegality of the act to be performed, death or serious illness of a person whose services are required, and destruction of the "subject-matter of the contract" ⁵². Yet the boundaries of these three categories are as uncertain as those of the three parts into which all Gaul was divided. For instance, whether the "subject matter" is specific or not seems to depend a good deal upon whether the promisor is a merchant or a producer ⁵³. The "implied condition" is based on an assumption which is

(pour la construction) un terrain exempt de rochers cachés ou de sables mouvants ⁴⁸. On touche ici au problème de l'attribution implicite du risque.

Les conditions tacites de « Frustration ». — « Frustration » signifie désastre. Les désastres ne sont généralement pas prévus par ces optimistes qui font foi aux contrats. Partant, les « conditions tacites de frustration » sont les instruments logiques du chirurgien judiciaire, qui doit opérer les victimes d'un accident.

L'effet de la « frustration » peut être soit a) de rendre « impossible » l'exécution d'une promesse contractuelle, soit b) de rendre sans valeur ce que le promettant devait recevoir en échange, et ainsi de rendre irréalisable ou sans intérêt le but visé par l'échange. En ce qui concerne la première branche a) de la théorie de la « frustration » : la doctrine que « l'impossibilité » d'exécution (une notion flexible) fournit une excuse à celui qui a promis d'exécuter, elle est presque complètement une création des juges du XIX^e siècle ⁴⁹. L'expression « condition sous-entendue » ne s'y était pas introduite jusqu'en 1863 ⁵⁰. Malheureusement, ce processus de création a détaché trois catégories spéciales : survenance de l'illégalité de l'acte à exécuter, mort ou maladie grave de la personne dont les services sont requis, et destruction de « l'objet » du contrat ⁵¹. Les limites de ces trois catégories sont aussi incertaines que celles des trois parties qui formaient la Gaule. Par exemple, si l'« objet » est un corps certain ou une chose de genre semble dépendre en grande partie du fait que le promettant est commerçant ou producteur ⁵². La « condition sous-entendue » est basée sur une supposition qui est généra-

usually highly artificial ⁵⁴. Yet the compensation to be paid for a promised service may, with other factors, furnish the basis for a genuine inference that the promisee did not expect the promisor to assume the risk of an imminent disaster ⁵⁵.

As to (b), the creative process is still in the bud. A few decisions ⁵⁶, running counter to juridical tradition, have recognized that a promise to pay money (which does not fall within any of the three categories of "impossibility") may be subject to an implied condition of frustration. Here is a field for the next generation of judges.

Implied Conditions Arising Out of Mistaken Presuppositions of the Parties. A fourth class of the problems which have been formulated in terms of "implied conditions" is the group of situations in which rescission (with restitution of the *status quo ante*) is granted on the basis of mutual error as to an "essential" fact ⁵⁷. The technique of judicial procedure permits a full investigation of the negotiations between the parties (prior to the consummation of the contract) for the purpose of discovering their common presuppositions of existing facts, and to this extent the "implied condition" is based on a genuine inference. However, not every erroneous mutual presupposition will give rise to an implied condition; the fact must be "essential". In determining what is the "essence" of a particular transaction the judge exercises a *normative* function, and hence transcends the process of genuine inference. The

lement très artificielle ⁵³. Cependant, le prix à payer pour un service promis peut, avec d'autres facteurs, fournir une base à la conclusion que le bénéficiaire ne s'attendait pas à ce que le promettant assume les risques d'un désastre imminent ⁵⁴.

En ce qui concerne la seconde branche b) de « frustration », le processus de création est encore en germe. Quelques décisions ⁵⁵, allant contre la tradition juridique, ont reconnu qu'une promesse de payer de l'argent (qui ne tombe dans aucune des trois catégories de l'« impossibilité ») peut être soumise à une condition sous-entendue de « frustration ». C'est là un champ ouvert aux prochaines générations de juges.

Les conditions tacites survenant en cas de presuppositions erronées des parties. — Une quatrième classe de problèmes qui ont été résolus par le moyen de « conditions sous-entendues » est le groupe des situations où l'on accorde la rescission (avec le rétablissement du *statu quo ante*) pour cause d'une erreur mutuelle quant à un fait « essentiel » ⁵⁶. La technique de la procédure judiciaire permet l'examen complet de toutes les négociations intervenues entre les parties (antérieurement à la conclusion du contrat) afin d'y rechercher leurs presuppositions communes de faits existants; et dans cette mesure la « condition tacite » est basée sur une véritable induction. Toutefois toute presupposition mutuelle erronée ne donnera pas naissance à une condition tacite; le fait doit être « essentiel ». En déterminant ce qui est l'« essence » d'une transaction particulière le juge exerce une fonction *normative*, et partant il dépasse le processus de l'induction véritable. L'« essence » d'une

“ essence ” of a transaction depends upon considerations of usage, convenience, policy and fairness ⁵⁸. The normative function of the judge is, for many important types of transactions, limited by well-defined rules of “ interpretation ” or of allocation of risk. Thus the seller of goods is deemed to have made, tacitly, certain “ implied warranties ” as to the quality, and ownership, of the goods which he sells ; likewise, the transferor of a negotiable instrument is deemed to have made certain “ implied warranties ”. These provisions, enacted into statute in almost every one of the United States ⁵⁹, have codified the “ essential ” presuppositions of such transactions. The statutes are, in general, merely declaratory of the conclusions derived from the earlier work of judges in “ libre recherche scientifique ”.

Conclusion. The moral of this tale is not merely that judges have considerable freedom of decision, for the sophisticated reader will not need to be told such a platitude. The moral is, further, that freedom of judicial decision is not incompatible with a technical and orderly elaboration of the bases of decision. The moral is, further, that the relation between these bases and the factors which the judge should take into consideration — the relation between “ technique ” and “ science ” — can usefully be indicated by a terminology which points to the facts and the factors which will be decisive. The *limits* of the judge's freedom are at least as certain as these factors themselves are certain.

transaction dépend de la considération des usages, des convenances, de la politique et de la correction ⁵⁷. La fonction normative du juge est, pour de nombreux types importants de transactions, limitée par des règles bien définies d' « interprétation », ou d'attribution du risque. Ainsi, le vendeur de marchandises est censé avoir implicitement accordé certaines « garanties tacites » quant à la qualité et la possession des marchandises qu'il vend ; de même, le cédant d'un effet négociable est censé avoir donné certaines « garanties tacites ». Ces dispositions, consignées en des statuts dans presque tous les Etats de l'Union ⁵⁸, ont codifié les présuppositions « essentielles » des dites transactions. Les statuts, en général, sont uniquement déclaratoires des conclusions tirées des travaux antérieurs des juges dans la « libre recherche scientifique ».

Conclusion. — La morale de cette histoire n'est pas seulement que les juges ont une liberté de décision considérable ; car le lecteur subtil n'a pas besoin qu'on lui dise une telle platitude. La morale est aussi que la liberté de décision judiciaire n'est pas incompatible avec une élaboration technique et ordonnée des fondements de la décision. La morale est enfin, que le rapport entre ces fondements et les facteurs que le juge doit prendre en considération, — la relation entre « technique » et « science » — peut être utilement indiqué par une terminologie qui met en évidence les faits et les facteurs qui seront décisifs. Les *limites* de la liberté du juge sont au moins aussi certaines que ces facteurs eux-mêmes.

¹ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2^e éd., 1919), I, §§ 35, 46.

² *Ibid.*, II, § 196. See also KANTOROWICZ, *Legal Science. A Summary of Its Methodology*, 28 *Columbia L. R.* 679, 699-706 (1928).

³ ARISTOTLE, *Politics*, Bk. III, Ch. 15, 16.

⁴ CARDOZO, *The Growth of the Law*.

⁵ The term "system" is used here to mean the sum total of the propositions of law conceived as having been established by judicial precedents. Obviously no assumption is made that the propositions are all harmonious, nor that they have been organized in such a way as to bring out their conflicts.

⁶ The "Restatement of the Law of Contracts", prepared under the auspices of the American Law Institute, is not comparable to a European code, because it purports merely to "restate" the law of judicial precedents, and because it is not an official compilation. In general, it is believed that the statements made in this article are not in conflict with the "Restatement", although the latter contains many more detailed provisions than the ones here mentioned.

⁷ To which the learned jurist adds: "The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise." *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 76 (1905).

⁸ One may suspect that the *cadi* had a good deal less freedom of decision than is commonly supposed by occidental jurists who use him as a straw man for illustrative purposes.

⁹ The types of contracts here referred to are those falling properly within the province of a "court of equity" (as distinguished from a "court of common law"). The cases in which American courts command the defendant to "specifically perform" his contract are relatively infinitesimal, excepting the cases involving contracts to convey land, and in such cases, by statute, the conveyance can be and usually is, made effective to transfer title to plaintiff without any act of defendant. When I say that the judge "can not" decree specific performance of other contractual obligations, I do not mean to say that such a decree would be null for lack of jurisdiction, but that it would be obviously a departure from established tradition. The matter is too complex for further discussion here.

¹⁰ The basic assumption in measuring compensatory damages is that the plaintiff could have obtained the equivalent of defendant's performance by paying the market price at the time when, and place where, that performance was due. Consequences more remote in causal relation to the defendant's non-performance (called "consequential" damages) are rarely awarded.

¹¹ The procedure by which many courts in continental Europe "implement" a contractual obligation, that is, authorize the plaintiff to complete performance at defendant's expense, is practically unknown in the law of the United States. On the contrary, it seems to be a corollary of American notions of individual liberty that a man should not be forced to perform his contract; he will only be coerced to pay compensatory damages. See *Davis v. Bronson*, 2 N. D. 300, 50 N. W. 806 (1892). Cf. HOLMES, *The Common Law* (1881) 300. In the law of sales of movables, the seller is in some instances allowed a procedure somewhat resembling the procedure of implementing the contract.

¹² The term "condition" is used in this article primarily to refer to the *act* or *event*, the occurrence (or non-occurrence, as the case may

be) of which extinguishes the obligor's duty to perform, and only secondarily to refer to the *words of the contract* which create such a condition. See CORBIN, *Conditions in the Law of Contracts*, 28 Yale L. J. 739 (1919).

¹³ E.g., WILLISTON, *Contracts* (1920), § 675 ; LANGDELL, *Summary of Contracts* (2nd ed., 1880), § 157 : "It is a fundamental principle of conditions that the court has no power to modify them or to dispense with their complete performance or fulfilment ; for the exercise of such a power would involve the enforcement against a party of a covenant or promise which he never made. "

¹⁴ E.g., a promise to pay for goods or services "if I am satisfied" is frequently "interpreted" to mean "if a *reasonable man* would be satisfied". (PATTERSON, *Illusory Promises and Promisor's Options*, in *Selected Readings in Contracts* (published 1931, by Macmillan and Co., New York). Likewise, conditions in contracts of insurance (the most condition-laden of all contracts) are interpreted in accordance with the *purpose* for which the condition is inserted. See the brilliant opinion of Cardozo, J., in *Suetterlein v. Northern Ins. Co.*, 251 N. Y. 72 (1929) ; PATTERSON, *Supervening Impossibility of Performing Conditions in Insurance Contracts*, 22 *Columbia L. R.* 613 (1922), suggesting a classification of the functions of insurance conditions.

¹⁵ LANGDELL, *op. cit.*, *supra*, note 13, § 106 (referring only to implied conditions of *exchange*) ; WILLISTON, *Contracts*, § 825. But juridical technique is all, in a sense, "artificial". GÉNY, *Science et Technique*, III, § 182.

¹⁶ BENTHAM, *Works* (Bowring's ed., 1843), VII, 283 ; II, 466 ; VI, 582.

¹⁷ IHERING, *Geist des römischen Rechts* (3te Aufl.) 296, 297. But see POUND, *An Introduction to the Philosophy of the Law* (1922) 114 ; cf. GÉNY, *Science et Technique*, III, 393.

¹⁸ MORRIS R. COHEN, *On the Logic of Fictions*, 20 *Journal of Philosophy*, 477, 486 (1923). Prof. A.-L. Corbin, in the article above cited (note 12) suggests the term "constructive conditions" for those conditions which are created by the court artificially, while the term, "implied conditions", he reserves for those based upon a plausible inference as to the intentions of the contracting parties. The distinction has much to commend it ; but the term "implied conditions" is used in this article, in accordance with established usage, to include both of these classes.

¹⁹ *Ibid.*, VAHINGER, *The Philosophy of "As If"* (1913), gives numerous illustrations of such fictions, in various fields of thought.

²⁰ GÉNY, *Science et Technique*, III (1921), § 207. See also, *Ibid.*, I (1914), § 47 (p. 137). While the *terminology* is novel, the *categories* denoted are implicit in legal decisions and treatises.

²¹ *Kingston v. Preston*, 2 Doug. 689 ; Lofft 194 (1773). The defendant, by formal (sealed) contract promised to sell his stock in trade and good will as a silk merchant to plaintiff, his employee, and plaintiff agreed to give "good and sufficient security" for the payment of the price. The plaintiff claimed damages on account of defendant's failure to perform, though plaintiff had not given or offered the security promised. To give judgment for the plaintiff and leave the defendant to sue later for the price would have been in accordance with the precedents, but obviously an inadequate protection of defendant.

²² See, for example, *Terry v. Duntze*, 2 H. Bl. 389 (1795) ; and even as late as 1903 : *Prest v. Cole*, 183 Mass. 283, 67 N. E. 246 (1903).

²³ O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, 10 *Harvard L. R.* 457, 466 (1897).

²⁴ See, for example, *Coletti v. Knox Hat Co.*, 252 N. Y. 468, 169 N. E. 648 (1930). This assumption was applied to a contract to construct a building, although a custom was proved, according to which the builder was entitled to partial payments as the work progressed. *Stewart v. Newbury*, 220 N. Y. 379, 115 N. E. 984 (1917). The custom was too indefinite to alter the rule established by precedent.

²⁵ WILLISTON, *Contracts*, § 830.

²⁶ *International Text-book Co. v. Martin*, 221 Mass. 1, 108 N. E. 469 (1915). While the opinion of the court states, *formally*, that the pupil's promise to pay was "independent" of the plaintiff's promise to give instruction, the court also analyzes the situation of fact and concludes that the pupil agreed to pay for a *right* of receiving instruction. Hence, if the plaintiff had *refused* to give instruction, the court would probably have decided that the pupil was excused from paying ; that is, the implied condition of the pupil's promise was that plaintiff should be *willing and able* to give instruction.

²⁷ *International Text-book Co. v. Jones*, 166 Mich. 86.

²⁸ If a definite usage is proved, for the purpose of adding to, or modifying, the words of the contract, the condition becomes, in effect, an *express* condition. In the case of implied conditions, the usage is assumed as a matter of common experience, but is not empirically verified in the particular case.

²⁹ See GÉNY, *Science et Technique*, III, § 212.

³⁰ *Boone v. Eyre*, 1 H. Bl. 273 (1777). The plaintiff promised to convey a plantation and certain slaves, and defendant promised to pay plaintiff a certain sum annually during plaintiff's life ; the defendant did not pay and defended on the ground that plaintiff had not conveyed one of the slaves which he promised. This was held to be not a good defense. Since the one slave was not such a trifling deficiency as to come under the maxim, *de minimis non curat lex*, the defendant would be entitled to compensation for the slave.

³¹ The numerous precedents of a single state, New York, are collected and analyzed in 31 *Columbia Law Review* 307-314 (1931). The courts also purport to consider the *ethical* aspect of the builder's conduct ("wilfulness" or "bad faith" in substituting a different performance); but it seems this factor is rarely controlling where the factors above mentioned are clearly determined. In New York the performance has never been adjudged "substantial" where the deficiency was as great as ten per cent of the contract price. (31 *Columbia Law Review* 311.)

³² See, for example, *Gill v. Johnstown Lumber Co.*, 151 Pa. 534, 25 Atl. 120 (1892) where A was allowed to recover proportionate compensation for partial performance.

³³ So, in *Gill v. Johnstown Lumber Co.*, *supra*, last note, the court decided A had no right to compensation for the transportation of some of the logs a part of the distance. The earlier attempts of juristic writers to establish mechanical tests of divisibility (PARSONS, *Contracts* (1855) II, 29-32) have not been successful. See "Entire and Divisible Contracts",

37 *Yale L. J.* 634-642 (1928); LLEWELLYN, *Cases and other materials on Sales* (1930) 531 *et seq.* ("Entire" is the opposite of "divisible").

³⁴ E.g., a contract whereby A promises to erect a building for B and B promises to pay installments of the price as the work progresses, has been fictitiously divided into separate contracts for each installment, though ordinarily the installment payments are merely advances by the owner to help the builder meet his expenses.

³⁵ The notion of divisibility may also be used for legal consequences other than the one above discussed. (37 *Yale L. J.* 634). A contract may be assumed to be divisible for one purpose and not for another. Swan, J., in *Czarnikow-Rionda Co. v. West Market Grocery Co.*, 21 F. (2d) 309, 312 (C.C.A. 2d, 1927).

³⁶ I.e., A can claim no compensation for continuing his performance after B has repudiated. See *supra*, note 11.

³⁷ The measure of A's recovery is not the entire contract price, but the contract price *minus* the sum which A saved by not completing his performance. *Millen v. Gulesian*, 229 Mass. 27, 118 N.E. 267 (1917). Hence B's promise to pay is not treated as wholly independent of A's promise to build.

³⁸ The notion of a "condition on a condition" was originated by my former colleague, Professor Herman Oliphant, now of the Institute of Law of the Johns Hopkins University. While he has frequently expounded it to his students, I know of no publication in which it has been referred to.

³⁹ On the matter of "substantial breach", as an excuse for cessation of performance, see *Guerini Stone Co. v. Carlin Construction Co.*, 248 U. S. 334, 39 Sup. Ct. 102 (1919) (failure to pay installment due under building contract). The English courts have rejected this type of excuse. *Freeth v. Burr*, L. R. 9 C. P. 208 (1874); WILLISTON, *Contracts*, § 865.

⁴⁰ *Koppelon v. W. M. Ritter Flooring Corporation*, 97 N. J. L. 200, 116 Atl. 491 (1922); 32 *Yale L. J.* 91. But it is said that in such a case the insolvent party may be required to pay cash or give security. *Pardee v. Kanady*, 100 N. Y. 121, 2 N. E. 885 (1885).

⁴¹ I.e., competitors who have the same kind of goods or services to offer ordinarily do not contract with each other for the exchange of such goods or services, though such arrangements may be made in rare emergencies.

⁴² WILLISTON, *Contracts*, § 677.

⁴⁰ Cooperation is, from the *individual* point of view, merely accessory to the performances to be exchanged; yet, from the viewpoint of *political economy* it may be equally important in producing wealth. The use of the term "cooperation" to designate this implied condition is based on LANGDELL, *Summary of Contracts* (2d ed., 1880), §§ 174, 175, although Prof. Langdell did not use the term, "implied condition of cooperation."

⁴⁴ A was awarded damages in *Patterson v. Meyerhoffer*, 204 N. Y. 96, 97 N. E. 472 (1912). The court of first instance decided that "each party was free to act in his own interest, restricted only by the stipulations of the contract"; but the Court of Appeals declared that the defendant "impliedly agreed" to do nothing which would prevent the plaintiff from acquiring the property at the auction sale.

⁴⁵ "A condition implied in fact is a condition which from the nature of the case must be performed in order that the promise of the other party may be performed, although the condition is not expressly stated." COSTIGAN, *The Performance of Contracts* (1911) 9. See LANGDELL, *Summary of Contracts* (2d ed., 1880) § 41; WILLISTON, *Contracts*, §§ 668, 893. Thus, B's promise to deliver coal on board A's ship is subject to an implied condition that A provide the ship and notify B when it is ready. See *Armitage v. Insole*, 14 Q. B. 728 (1850).

⁴⁶ *Suburban Land Co., Inc., v. Brown*, 237 Mass. 166, 129 N. E. 291 (1921).

⁴⁷ *St. Louis & S. F. Railway Co. v. Hall*, 186 Ala. 353, 65 So. 33 (1914).

⁴⁸ *Strobel Steel Construction Co. v. Sanitary District of Chicago*, 160 Ill. App. 554 (1911). Such decisions do not create rules of iron, but merely tendencies which may (or may not) be influential in subsequent litigation.

⁴⁹ *Steers v. Leonard*, 20 Minn. 448 (1874) and many other decisions. Here the rule has become so hard that only an explicit stipulation will alter it.

⁵⁰ WILLISTON, *Contracts*, § 1931.

⁵¹ *Taylor v. Caldwell*, 3 B. & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (1863): "The contract is . . . to be construed . . . as subject to an implied condition . . . in case performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor."

⁵² The civil law doctrine of "force majeure" offers a much broader range of excuses for non-performance.

⁵³ See PATTERSON, *The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices*, 24 *Columbia L. R.* 335, 348 (1924). In this article the present writer points out that certain economic distinctions have influenced the application of the law.

⁵⁴ PAGE, *Development of the Doctrine of Impossibility of Performance* (1920), 18 *Michigan L. R.* 589, urging that the term "implied condition" be discarded as a useless fiction. But see WOODWARD, *Impossibility of Performance as an Excuse for Breach of Contract* (1901), 1 *Columbia L. R.* 529, urging that the doctrine of impossibility conforms to the inferred intention of the parties.

⁵⁵ *The Kronprinzessin Cecilie*, 244 U. S. 12 (1917); a contract to transport gold to England, by a German steamship, was excused by the outbreak of the World War, which was imminent when the contract was made. The compensation was at the usual (peacetime) rate.

⁵⁶ *Krell v. Henry*, [1903] 2 K. B. 750; *Heart v. Brewing Co.*, 121 Tenn. 69, 113 S. W. 364 (1908).

⁵⁷ PATTERSON, *op. cit.*, *supra*, note 50, p. 355.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ The Uniform Negotiable Instruments Law, and the Uniform Sales Act, are comprehensive statutes, drafted on the basis of prior decisions, which have been all but universally adopted by the legislatures of the several states.

TITRE VII

L'ÉQUITÉ

CHAPITRE UNIQUE

Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano

par Mario ROTONDI

Ordinario di diritto commerciale, Università di Pavia

Aderendo all'invito del Comitato costituitosi per onorare la splendida attività scientifica di Francesco Gény, ritorno su di un tema che spero possa essere gradito al festeggiato che in questo campo della dottrina generale delle fonti e dell'interpretazione segnò orma così larga e duratura.

A nessuno che segua con qualche attenzione il recente movimento scientifico può esser sfuggito il rinnovato interesse e il rinnovato fervore d'indagine suscitatosi intorno a quelli che sono i problemi fondamentali della nostra disciplina : le fonti del diritto, l'interpretazione della legge, il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico positivo. In quest'ordine di problemi rientra anche quello dei rapporti tra equità e principii generali di diritto. Già tempo addietro non mancò nella dottrina italiana chi sostenesse

Equité et principes généraux de droit dans l'ordre juridique italien

(Prof. Mario ROTONDI)
Université de Pavie

Traduit par F. PISSARD et P. QUADEN

Répondant à l'invitation du Comité constitué pour honorer la splendide activité scientifique de François Gény, je reviens sur un thème qui, je l'espère, sera agréé par celui que nous fêtons, lequel a laissé un souvenir impérissable dans ce domaine de la doctrine générale des sources et de leur interprétation.

Quiconque a suivi avec quelque attention le récent mouvement scientifique ne peut ignorer avec quel intérêt et quelle ferveur toujours renouvelée sont étudiés les problèmes fondamentaux de notre discipline : sources du droit, interprétation de la loi, problème des lacunes existantes dans l'ordre juridique positif.

Au nombre de ces problèmes il faut ranger celui des rapports existants entre l'équité et les principes généraux du droit. Déjà, dans ces derniers temps, la doctrine italienne n'a pas manqué de partisans pour

l'identificazione dei due concetti ¹, ma se allora tale opinione non ebbe seguito, é curioso notare come ad essa si sia ritornati ora, e indipendentemente, da taluni studiosi ².

Il problema é troppo interessante e troppo gravido di conseguenze nei riguardi di tutta la dottrina elle fonti perché non si sia tentati di richiamar subito alcune ovvie considerazioni per cui, modestamente, la soluzione pare a chi scrive inaccettabile dal punto di vista del nostro diritto positivo. Ma quì subito ci si para un'obiezione del Maggiore secondo cui il problema della natura e della funzione dell'equità é un problema metagiuridico e come tale insolubile rimanendo nell'orbita del diritto positivo puro ³. Se non che l'obiezione preliminare non credo possa esser tale da far deviare il cammino delle nostre ricerche : noi osserviamo solo che non esiste un problema dell'equità, ma più problemi dell'equità esistono, perché intorno a questo fatto — il richiama all'equità in uno o in più ordinamenti giuridici positivi — diversi sono i problemi che si possono sollevare, diverse di conseguenza le conclusioni cui si deve mirare, e se di queste alcune possono ricadere nell'orbita di ricerche metagiuridiche, non credo si possa negare che esista almeno un problema giuridico puro — limiti e funzione del concetto di equità nel sistema del nostro diritto positivo — per cui certo é superfluo uno sconfinamento dal campo stretto della pura indagine giuridica. Questo non mi pare possa essere messo in dubbio anche da chi, identificata già l'equità coi principi generali del diritto, ci ammonisca che questi sono anteriori al diritto e non già deducibili da esso ⁴, al qual

soutenir l'identité des deux concepts ¹. Mais si cette opinion n'eut pas alors de répercussion, il est curieux de noter à l'heure actuelle un retour à ces théories, qui vont cependant à l'encontre de celles de certains auteurs ².

Le problème est trop intéressant et entraîne des conséquences trop importantes relativement à la doctrine des sources tout entière, pour qu'on ne soit pas tenté de rappeler sans tarder quelques considérations émises dans ce sens, qui, à mon humble avis, rendent la solution inacceptable du point de vue de notre droit positif.

Mais ici nous revient à l'esprit une objection que fit Maggiore. D'après lui, le problème de la nature et de la fonction de l'équité est un problème métajuridique, et comme tel insoluble s'il reste dans l'orbite du droit positif pur ³. Je ne pense pas cependant que cette objection préliminaire soit de nature telle qu'elle puisse nous arrêter dans nos investigations. Nous remarquons seulement qu'il n'existe pas un problème de l'équité, mais plusieurs ; autour de ce fait : les références à l'équité dans un ou plusieurs ordres juridiques positifs, les problèmes qui peuvent être posés sont en effet différents, et différentes également dans leurs conséquences les conclusions auxquelles on peut aboutir. Et si quelques-unes de celles-ci peuvent retomber dans l'orbite des recherches métajuridiques, je ne crois pas qu'on puisse nier qu'il existe au moins un problème juridique pur. Ce problème, c'est celui des limites et de la fonction de la notion d'équité dans notre système de droit positif, pour lequel il est certainement superflu de s'éloigner du champ strict de l'investigation juridique pure. Je ne crois pas que ce point puisse être mis en doute, même par ceux qui ont déjà identifié l'équité avec les

riguardo pure ci par possibile ribattere che le due cose non sono affatto incompatibili, ed, ammesso pure che equità e principii generali vadano considerati nei confronti della legge scritta come un *prius* — (come ontologicamente dal punto di vista storico e filosofico potremmo anche ammettere) — ciò non toglie che dal punto di vista della conoscenza essi debbano apparire al giurista come un *posterius*, in quanto che solo dall'esame dell'ordinamento giuridico concreto noi potremo assorgere alla nozione di quel concetto di equità o di principii generali del diritto che in esso sia passato.

Questa premessa per giustificare la posizione nostra e dell'Osilia stesso che, pur condividendo nelle conclusioni la identificazione dell'equità coi principii generali di diritto, indipendentemente affermata dal Maggiore, da lui radicalmente divergendo nel metodo, scrive : « Ogni legge, in quanto non é un atto di arbitrio individuale, si ispira necessariamente ad una certa idea di equità, la quale presiede alla determinazione della sfera di libertà dei singoli, al regolamento dei loro rapporti, al modo di dirimerne i conflitti. La legge sotto quest'aspetto é l'espressione più autentica dell'equità. Orbene, questa equità é *conoscibile*, col procedimento di astrazione dei principii generali del diritto positivo, con i quali si identifica...⁵ »

A parte quest'ultima conclusione, che non crediamo accoglibile per le ragioni che schematicamente accenneremo, metodologicamente nulla mi sembra imputabile all'Osilia che, logicamente, cerca la prova della sua tesi nei singoli articoli del codice e delle leggi speciali che espressamente contengano un riferimento all'equità.

principes généraux du droit, et qui expriment que ces derniers sont antérieurs au droit et n'en dérivent pas⁴.

A cet égard, il nous paraît possible de répondre que les deux choses ne sont pas incompatibles ; et, même en admettant que l'équité et les principes généraux doivent être considérés dans les rapports avec la loi écrite comme un *prius* (ce que nous pourrions même accepter ontologiquement du point de vue historique et psychologique) il n'empêche que du point de vue connaissance, ils doivent apparaître au juriste comme un *posterius*. C'est en effet par l'examen de l'ordre juridique concret que nous pourrions arriver à la notion de cette conception de l'équité ou des principes généraux du droit.

Cette prémisses justifie la position que nous avons prise, ainsi que celle d'Osilia qui, tout en identifiant dans ses conclusions l'équité avec les principes généraux du droit, (c'est également l'opinion de Maggiore, dont la méthode toutefois est différente) écrit : « Toute loi, en tant qu'elle n'est pas un acte individuel d'arbitraire, s'inspire nécessairement d'une certaine idée d'équité, qui préside à la détermination de la sphère de liberté laissée à chacun, à la réglementation de leurs rapports, aux modes de solution des conflits. La loi, envisagée sous cet angle, est l'expression la plus authentique de l'équité. Dès lors, cette équité peut être décelée, abstraction faite des principes généraux du droit positif, avec lesquels elle s'identifie...⁵ »

Mise à part cette dernière conclusion, que nous ne jugeons pas acceptable pour des raisons que nous nous bornerons à indiquer sommairement, au point de vue de la méthode rien ne peut, me semble-t-il, pouvoir être reproché à Osilia qui, logiquement, cherche une confirma-

Ma anche dell'Osilia non mi persuade invece la conclusione ultima, non riuscendomi affatto convincente una identificazione dei due concetti. Valgano le poche osservazioni che seguono a chiarire le ragioni del dissenso e — se non é eccessiva speranza — a far meglio risaltare i rapporti in cui mi sembrano stare i due concetti nel nostro diritto positivo.

L'art. 3 delle Disposizioni Preliminari del Codice Civile — di cui il Brunetti ha messo acutamente in luce tutta l'importanza ⁶ — si riferisce espressamente ai principii generali di diritto nei casi in cui il dubbio giuridico dell'interprete, derivante da mancanza di espressa norma di legge, non sia risolubile neppure colla interpretazione analogica di norme espresse. All'equità non é fatto richiamo in termini generali in alcuna parte del nostro codice, ma ad essa si riferiscono articoli singoli ed in guisa tale da doversi escludere probabilmente per essa, come per la natura delle cose, la qualità di fonte vera di diritto ⁷.

Anzi diversa é l'origine storica del richiamo ai principii generali di diritto (art. 3 disp. prel.) et dei richiami singoli all'equità nel codice nostro e in leggi speciali. Com' é noto il primo é innovazione del codice Albertino (art. 15) ⁸ sul codice Napoleonico e sullo stesso codice civile Austriaco (§ 7) ⁹ che espressamente riferivasi al diritto naturale (cfr. cod. Badese § 4a), mentre il richiamo all'equità in casi singoli é proprio anche del codice francese (art. 565, 1135,

tion de sa thèse dans des articles particuliers du code et des lois spéciales qui contiennent une référence expresse à l'équité.

Mais je ne puis pas me rallier aussi à sa dernière conclusion : l'identification qu'il fait des deux concepts ne me paraît nullement convaincante. J'espère, grâce aux quelques observations qui vont suivre, pouvoir mettre en lumière les raisons de ce désaccord et, si cet espoir n'est pas excessif, pouvoir faire mieux ressortir les rapports auxquels se limitent à mon avis les deux notions dans notre droit positif.

L'article 3 des dispositions préliminaires du Code civil, dont Brunetti a très bien mis en lumière toute l'importance ⁶, renvoie expressément aux principes généraux du droit, dans le cas où l'interprète, par suite de l'absence d'une norme juridique exprimée, ne trouve pas la solution dans l'interprétation par analogie d'autres normes. Notre Code ne fait aucune mention, en termes généraux, de l'équité. Certains articles toutefois s'y réfèrent, mais de telle manière qu'ils lui dénie, *comme pour la nature des choses*, la qualité de source véritable de droit.

Différente est l'origine historique du renvoi aux principes généraux du droit dans l'article 3 des dispositions préliminaires et celle des renvois particuliers à l'équité qui se rencontrent dans notre code et les lois spéciales. Il est de notoriété que la première est une innovation du Code albertinien (art. 15) ⁷ sur le Code Napoléon, et même sur le Code civil autrichien (§ 7) ⁸ qui se réfère expressément au droit naturel (cf. Code badois, § 4a), alors que le renvoi à l'équité dans les cas particuliers est propre au Code français (art. 565, 1135, 1854 du Code Napoléon).

Et même si l'on voulait, contrairement à la doctrine la plus récente ⁹, considérer en droit français l'équité, source de droit, comme fondement

1854 c. c. Nap.). E se anche, contro la più recente dottrina ¹⁰, si volesse ritenere nel diritto francese fonte di diritto l'equità, in base all'art. 11 progetto preliminare del codice napoleonico che diceva : « Nelle materie civili il giudice in difetto di leggi precise é un ministro di equità. L'equità é il ritorno alla legge naturale ed agli usi ricevuti nel silenzio della legge positiva », dovremmo far osservare anzitutto il concetto stranamente lato di equità contenuto in questo articolo, che la dice comprensiva di tutto il diritto consuetudinario, e in secondo luogo, che tanto il citato articolo quanto la spiegazione datane dal Faure al Tribunato — là dove dice che le regole d'equità *consistono nelle massime del diritto naturale, di giustizia universale, di ragione* —, se fanno in tutto o in parte coincidere col diritto naturale ¹¹, non servirebbero ancora a dimostrare l'identità dei due concetti — equità e principii generali — se non a patto d'accettare preventivamente l'identificazione di questi principii generali coi principii del diritto naturale, che non é ancor certo opinione pacifica ¹². Anzi l'equazione : equità naturale = diritto naturale già deve dar luogo a sospetto, come quella che nega *a priori* ogni differenza concettuale tra le nozioni stesse di diritto e di equità, concetti pure ritenuti universalmente come ben distinti fra loro.

Tutto questo del resto non dovrebbe toccare l'Osilia che se, colla dottrina tradizionale intende per « principii generali » i principii del nostro diritto positivo ¹³, tanto meno dovrebbe sentirsi autorizzato alla identificazione dell'equità coi principii del diritto positivo nostro.

Giacché intesi i principii generali di diritto come principii di diritto non naturale ma positivo ¹⁴, la loro identificazione coll'equità non pure non é compatibile, ma é espressamente esclusa se non altro

de l'article 11 du projet préliminaire du Code Napoléon qui stipulait : « En matière civile, le magistrat, à défaut de lois précises, est un juge d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle et aux usages reçus, dans le silence de la loi positive », nous devrions insister sur la conception étrangement large de l'équité contenue dans cet article ; ce dernier étend l'équité à tout le droit coutumier, et en second lieu, l'article cité, comme l'explication qu'en a donnée Faure au Tribunat, où il déclara, que les règles d'équité « constituent des maximes de droit naturel, de justice universelle, de raison » ne permettraient pas encore de démontrer l'identité des deux concepts : équité et principes généraux, à moins d'admettre au préalable l'identité de ces principes généraux avec les principes du droit naturel, opinion qui n'est certainement pas de tout repos ¹⁰.

Bien au contraire, car l'équation : équité naturelle = droit naturel, est déjà sujette à caution, au même titre que l'opinion qui nie *a priori* qu'il existe une différence quelconque entre les notions mêmes de droit et d'équité, notions qui pourtant sont reconnues universellement comme étant bien distinctes l'une de l'autre.

Tout ceci d'ailleurs ne devrait pas atteindre Osilia ; si, avec la doctrine traditionnelle, il entend par « principes généraux » les principes de notre droit positif ¹¹, il devrait d'autant moins s'autoriser à admettre l'identification de l'équité avec les principes de notre droit positif. Si l'on considère les principes généraux du droit comme des principes de droit non pas naturel, mais positif ¹², non seulement leur concept est incompatible avec celui d'équité, mais leur identification en est même

dalla dizione precisa del nostro art. 1124 (1135 c. Nap.) che ricorda l'uno accanto all'altro — *equità, uso, legge* — come tre concetti affatto distinti.

Ciò posto noi non crediamo assolutamente possibile farci dell'equità altro concetto da quello chiaramente formulato da Fadda e Bensa e cioè di un eccezionale rinvio del giudice « alla sua ispirazione di probo e onesto cittadino » non imponendogli « di ispirarsi ai principii generali del suo sistema, ma di escogitare nel caso pratico quei temperamenti, che né in ispecie trovano la loro base in una disposizione espressa, né in genere possono far capo a un principio direttivo del sistema ¹⁵ ». Col che a parer mio bene vien delimitata anche la funzione dell'equità nel nostro sistema giuridico, ravvisandola come un sussidio al giudice — cui egli possa ricorrere, dopo l'esame del dettato della legge — per le varlo da quella posizione di dubbio cui altro rimedio non sarebbe dato se non il ricorso ai principii generali del diritto. In altre parole quando non si possa risolvere una controversia con una precisa ed esplicita disposizione di legge, non sempre é necessario seguire la via, bene additata dal Brunetti, del richiamo all'analogia o, *ove il caso rimanga tuttlavia dubbio* (art. 3 disp. prel.) ai principii generali del diritto ¹⁶, ma in qualche caso — nei casi cioè espressamente indicati dalla legge — il richiamo generico e preventivo all'equità del giudice, toglierà qualsiasi dubbio alla soluzione di casi specifici.

spécialement exclue, du moins par les dispositions précises de notre article 1124 (1135 du Code Napoléon) qui rappelle l'un à la suite de l'autre : équité, coutume, loi, comme trois concepts entièrement distincts l'un de l'autre.

Ceci dit, il nous paraît absolument impossible de nous faire de l'équité une idée différente de celle qui est clairement formulée par Fadda et Bensa, qui y voient une compétence exceptionnelle de juge « statuant en sa qualité de citoyen probe et honnête », sans qu'il lui soit imposé « de puiser son inspiration dans les principes généraux du système juridique de son pays, mais qui doit rechercher dans chaque espèce particulière des solutions qui ne se rattachent pas à un texte spécial et qui ne s'appuient à aucun principe directeur du système juridique en vigueur » ¹³.

Ce qui précède, à notre avis, délimite même la fonction de l'équité dans notre système juridique, en ne lui attribuant qu'une importance secondaire pour le juge, qui ne peut y recourir qu'après avoir examiné les dispositions légales et pour écarter jusqu'au dernier doute qu'il pourrait avoir dans le cas où il ne trouverait pas d'autre solution dans les principes généraux du droit. En d'autres termes, quand un cas controversé ne peut être résolu par un texte légal exprès et précis, il n'est pas toujours nécessaire de suivre la voie indiquée par Brunetti et de s'en rapporter à l'interprétation analogique ou, « lorsque le cas reste néanmoins douteux » (article 3 dispositions préliminaires) aux principes généraux du droit ¹⁴. Mais alors, c'est-à-dire dans les cas spécialement indiqués par la loi, le renvoi général et préventif à l'équité du juge, fera disparaître tout doute relativement à la solution des cas d'espèce.

In ciò sta secondo noi la funzione del richiamo all'equità. Né si dica che con ciò seguiamo una concezione subbiettiva dell'equità che toglie la certezza al diritto o fa del giudice un legislatore ¹⁷ : giacché subbiettiva é sempre l'opera dell'interprete anche quando applica la norma esplicita della legge e, rifacendo in senso inverso l'opera di progressiva astrazione del legislatore, ripensa la norma per cavarne la soluzione del caso concreto : fenomeno interessante e forza che fa del giudice strumento speso anche inconscio del progresso giuridico, come già rilevava il Rümelin ¹⁸ e acutamente sviluppava da noi il Miceli ¹⁹. Solo col richiamo all'equità la legge vuole evitare — in casi ordinariamente complessi anche nei riguardi del puro esame di fatto ²⁰ — questo duplice procedimento logico dal concreto della varietà dei casi all'astratto della norma, e dall'astratto della norma alla fattispecie concreta, e delega al giudice la facoltà di portare la sua valutazione giuridica sul caso concreto ²¹ proprio all'opposto di quando lo rimanda ai principii generali.

E' quì appunto che culmina la differenza tra i due concetti di equità e di principii generali : questi sono quanto v'ha di più astratto nel complesso d'un ordinamento giuridico positivo, quella quanto v'ha di più concreto ²². E quì che si rivela la diversa, anzi l'opposta funzione pratica dei due concetti : questi sono lo spirito animatore di tutto il sistema giuridico vigente quale risulta dal complesso di tutta quanta la legislazione in vigore, quella forza nuova e indipendente ²³ attraverso cui nuova aria vivificatrice penetra — secondo

C'est en cela, selon nous, que réside la fonction de la référence à l'équité. Que l'on ne vienne pas dire que, ce faisant, nous adoptons une conception subjective de l'équité qui enlève au droit de sa certitude et fait du juge un législateur ¹⁵ : l'œuvre de l'interprète est toujours subjective, même quand il fait application d'une norme législative expresse, et en faisant à nouveau en sens inverse le travail d'abstraction progressive du législateur, il repasse la norme pour en tirer la solution du cas concret : phénomène intéressant et force qui fait du juge un instrument, souvent même inconscient, du progrès juridique, comme le remarque Rümelin ¹⁶, et comme le développe très bien chez nous Miceli ¹⁷.

Avec le rappel à l'équité, la loi veut seulement éviter, dans les cas ordinairement complexes, même au point de vue d'un examen de pur fait, cette double procédure logique qui, du concret et de la variété des espèces, va à l'abstrait et à la norme, et de la norme abstraite aux multiples espèces concrètes, et attribue au juge le pouvoir d'apprécier chaque cas concret au point de vue juridique ¹⁸, par opposition à ce qu'il fait quand il renvoie aux principes généraux du droit.

La différence essentielle des deux notions : équité et principes généraux, réside précisément en ceci : les principes généraux constituent la plus haute abstraction existante dans le tout complexe d'un ordre juridique positif ; l'équité, au contraire, en est la partie la plus concrète ¹⁹. C'est ici que se révèle justement la diversité et même l'opposition pratique des fonctions respectives des deux concepts : ceux-ci constituent l'esprit animateur de tout le système juridique, tel qu'il résulte du complexe de toute la législation en vigueur, lui donnent une force nouvelle et indépendante, et, selon une belle image qui a fait fortune, font

una bella immagine che ha fatto fortuna — entro il chiuso organismo del diritto costituito.

Di quì conseguenze pratiche sulla censurabilità o meno dell'applicazione dell'equità fatta dal giudice di merito da parte della Corte Suprema²⁴ : non é l'applicazione dell'equità fatta dal giudice che si potrà censurare, ma i limiti entro cui il giudice avrà applicata l'equità, se eccedenti quelli stabiliti dalla legge stessa e costituiti dalle singole norme espresse da un lato e dal rimando ai principii generali dall'altro²⁵. Di quì la soluzione anche di quell'altra questione che pure occupò la giurisprudenza, se cioè debbano prevalere i principii generali o l'equità in caso di conflitti²⁶ : questione, che, se si accetta quanto sopra si é esposto, appare subito come questione male impostata, perché all'equità rimanda appunto la legge quando ritiene conveniente escludere il rimando a principii generali del diritto, onde se la legge rimanda alla equità, la questione é risolta senza che sorga quel dubbio, non logico ma giuridico²⁷ che nel richiamo al principii generali del diritto ha il suo rimedio. Per cui un contrasto tra diritto ed equità é escluso nel nostro diritto, che mantiene anche di regola l'unità del giudice²⁸, come del resto anche per quei sistemi giuridici che riconoscessero addirittura due organi distinti applicanti rispettivamente il diritto e l'equità²⁹.

Di quì ancora la conclusione che l'equità non può mai richiamarsi *contra legem*³⁰ perché se c'è una legge che si violerebbe, non ci sarebbe neppure quel dubbio che é ragione dell'autorizzazione

pénétrer un air nouveau et vivifiant dans l'organisme clos du droit établi. Ce qui indique la mesure dans laquelle peut être exercée la censure de la Cour Suprême²⁰ sur l'application de l'équité faite par le juge : ce n'est pas l'application de l'équité faite par le juge que l'on pourra censurer, mais les limites dans lesquelles le juge l'aura appliquée s'il dépasse celles qui ont été établies par la loi elle-même, limites constituées d'une part par ses dispositions particulières expresses et d'autre part par son renvoi aux principes généraux auxquels la loi renvoie²¹.

De cette constatation découle en outre la solution d'une autre question dont s'occupe la jurisprudence, concernant la prééminence des principes généraux ou de l'équité en cas de conflit²². Question qui apparaît de suite comme mal posée si l'on admet les explications antérieures, parce que c'est la loi qui renvoie à l'équité quand elle estime opportun de ne pas renvoyer aux principes généraux du droit ; si la loi renvoie à l'équité, la question est donc résolue sans aucun doute possible, non au point de vue logique, mais au point de vue juridique²³, par le fait même du renvoi aux principes généraux du droit.

Il résulte qu'il ne peut exister d'antagonisme entre le droit et l'équité dans notre droit qui s'en tient aussi à la règle de l'unité de juridiction²⁴, comme il ne peut en exister d'ailleurs davantage dans ces systèmes juridiques qui connaissent deux corps distincts de juridictions appliquant respectivement le droit et l'équité.

De là résulte encore que l'équité ne peut être appliquée *contra legem*²⁵ parce que, si une loi se trouvait en fait être violée, ce ne serait jamais qu'en vertu de l'autorisation donnée au juge d'appliquer l'équité ;

data al giudice di applicare l'equità, e che se non é *contra legem* necessariamente deve ritenersi *secundum legem*, in quanto espressamente richiamata dalla legge stessa finché non ecceda i limiti entro cui é richiamata. Che se il contrasto apparisse, sarebbe segno che veramente l'applicazione del giudice ha ecceduto i limiti entro cui doveva essere circoscritta, in quanto richiamata a risolvere un caso che, tanto non era dubbio, che la legge dava espressa norma contraria. Di equità *praeter legem* poi solo in tanto si potrà parlare, in quanto si faccia la legge sinonimo di legge scritta, ed allora veramente dovrà dirsi che l'equità applicata dal giudice é sempre *praeter legem*; che se invece si fa la legge sinonimo di ordinamento giuridico positivo, non si potrà certo più parlare di equità *praeter legem*, apparendo appunto l'equità come quell'elemento che con la legge scritta e con la consuetudine dà completezza al nostro ordinamento giuridico positivo ³¹.

Così infine appare in che senso possiamo accogliere il famoso *aequitas legislatori jus judici magis convenit*, e cioè nel senso che il richiamo all'equità non può essere che opera del legislatore che, come può con un sistema di norme espresse attuare uno scopo di equità quale é da lui sentito ³², può in altri casi delegare al giudice di applicar lui stesso quella concezione di equità che, come tale, non può mai essere che subbiettiva: e subbiettivo é del resto il concetto di equità o di giustizia del legislatore, prima che trovi obbiettiva espressione nel dettato della legge. Ma la stessa applicazione dell'equità da parte del giudice é per questo *jus*, cioè ottemperanza a quella norma

et cette application n'est pas faite *contra legem*, et doit être considérée comme faite *secundum legem*, en tant qu'expressément réclamée par la loi, à condition qu'elle ne dépasse pas les limites dans lesquelles elle a été réclamée. S'il surgissait un conflit, il y aurait là un indice que l'application que le juge a faite de l'équité a excédé les limites dans lesquelles il devait se circonscrire, et qu'il a fait appel à l'équité pour résoudre un cas qui n'était pas douteux puisque la loi donnait une norme contraire.

On ne pourra parler d'équité *praeter legem* que pour autant que l'on fasse du terme loi le synonyme de loi écrite. C'est alors que l'on pourra vraiment dire que l'équité appliquée par le juge est toujours *praeter legem*; si au contraire on fait de la loi un synonyme d'ordre juridique positif, on ne pourra certainement plus parler d'équité *praeter legem*, l'équité apparaissant justement comme l'élément qui, avec la loi écrite et la coutume, donne toute sa plénitude à notre ordre juridique positif ²⁶.

Nous avons fait apparaître ainsi le sens que l'on peut donner à l'adage fameux « *aequitas legislatori jus judici magis convenit* », à savoir que l'équité ne relève que du seul législateur qui peut, avec un système de normes écrites, réaliser la part d'équité qu'il estime possible d'appliquer ²⁷; il peut aussi, en d'autres circonstances, déléguer au juge l'application du concept d'équité, qui par nature ne peut être que subjective; la conception d'équité et de justice du législateur est d'ailleurs toute subjective avant qu'elle ne trouve une expression objective dans les textes légaux. Mais l'application de l'équité faite par le juge constitue pour lui

cogente che gl'impone di decidere secondo quello che per lui é equo ³³.

Né in tutto ciò é contrasto ma solo apparente incompatibilità, come gran parte di vero é nelle parole di chi esalta i meriti e la funzione dell'equità come in quelle di chi ne va enumerando i pericoli, vari apparendo, secondo i vari concetti che sono fonte non ultima di incessanti malintesi ³⁴.

le *jus*, c'est-à-dire obéissance à cette norme qui lui impose de décider conformément à l'équité ²⁸.

Dans tout ceci, il n'y a pas d'antagonisme, mais seulement une apparente incompatibilité ; de même il y a une grande part de vérité dans ce que dit celui qui exalte les mérites et la fonction de l'équité ; ne se trompe pas davantage celui qui en énumère les dangers. Tout ceci dérive des différences de conceptions, qui ne sont pas la moindre source de ces continuels malentendus.

¹ V. già LAJ, *Sistema del diritto civile italiano*, Cagliari, 1885, I, § 54, p. 64, v. anche incidentalmente GIAN TURCO, *Sistema*, p. 123 : « fra i principii generali del diritto vi ha senza dubbio quello di equità che ha formato il diritto moderno » e, forse, RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Filangieri*, 1919, p. 31 segg., specialm p. 42. Contro già FADDA e Bensa, in *Note alle Pandette di Windscheid*, vol. I, Parte 1, n. X, p. 136.

² MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1923, pp. 256-287 e specialmente pp. 274 e segg. ; OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923.

³ *Op. cit.*, p. 236.

⁴ MAGGIORE, *op. cit.*, p. 276.

⁵ *Op. cit.*, p. 74.

⁶ BRUNETTI, G., *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, Modena, 1923.

⁷ Ritengono fonte autonoma del diritto l'equità : CHIRONI e ABELLO, *Trattato di dir. civ.*, I, pp. 53 seg. ; BRUGI, *Istituzioni*, p. 30 ; BARASSI, *Istituzioni*, § 5, p. 11 ; SIMONCELLI, *Istituzioni*, p. 19 ; contro RAGGI, *op. cit.*, p. 35 :

Per la natura dei fatti come fonte di diritto v. DERNBOURG, *Das bürgerl.*

¹ Voir LAJ, *Sistema del diritto civile italiano*, Cagliari, 1885, I, § 54, p. 64 ; voir également incidemment GIAN TURCO, *Sistema*, p. 123, qui exprime : « Parmi les principes généraux du droit, il y a sans doute l'équité qu'a formée le droit moderne. » Peut-être aussi RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *FILANGIERI*, 1919, p. 31 et *Contra*, voir FADDA et Bensa in *Note aux Pandectes de Windscheid*, vol. 1, 1^{re} partie, no X, p. 136.

² MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1923, pp. 256-287, et spécialement pp. 274 et suiv. ; OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Rome, 1923.

³ *Op. cit.*, p. 236.

⁴ MAGGIORE, *op. cit.*, p. 276.

⁵ *Op. cit.*, p. 74.

⁶ BRUNETTI, G., *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, Modène, 1923.

⁷ Considèrent l'équité comme une source autonome de droit : CHIRONI et ABELLO, *Trattato di dir. civ.*, I, pp. 53 et suiv. ; BRUGI, *Istituzioni*, p. 30 ; BARASSI, *Istituzioni*, § 5, p. 11 ; SIMONCELLI, *Istituzioni*, p. 19 ; *Contra* RAGGI, *op. cit.*, p. 35.

Relativement à la nature des faits en tant que source de droit, consultez : DERNBOURG,

Recht, Halle, 1906, I, 86 ; ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, I, Marbourg, § 53, p. 121 ; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1919, II, n. 159, p. 88 ; tra noi : VIVANTE, *Trattato*, I, n. 25 e più ampiamente ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921 (vol. 86), pp. 129 segg., che la definisce come « rappresentazione che delle funzioni dei rapporti sociali fa la coscienza umana » (p. 138) identificandola in sostanza coll'equità. All'Asquini rimando anche per più ampia bibliografia. Contro ultimamente M. RÜMELIN, *Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in *Archiv für die civ. Praxis*, N. F., vol. II, p. 171.

⁸ V. le discussioni in proposito, e le varie formule proposte in : *Motivi dei codici per gli Stati Sardi*, Genova, 1853, I, pp. 28 segg., e in generale sulla storia dell'articolo cf. F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888, pp. 979 segg. ; FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*, Napoli, 1886, P. II, pp. 572 segg.

⁹ Non sarà privo d'interesse notare che nonostante l'espresso richiamo ai principii del diritto naturale molti autori intendono il riferimento come fatto ai principii generali del diritto austriaco (Wagner, Stubenrauch). L'Unger, pur osservando che l'esplicito dettato della legge non permette tale soluzione, svaluta il richiamo ritenendolo una semplice affermazione teorica del legislatore, inutile data l'analogia di diritto che, per la postulata logica completezza del diritto, deve bastare a risolvere qualsiasi caso, e finalmente Pfaff e Hoffmann acutamente rilevano che, appunto perché la credenza nelle dottrine giusnaturalistiche ispirò al legislatore la disposizione in parola, si deve anche ritenere che i principii del diritto naturale siano quelli penetrati nel codice come principii generali del diritto positivo (v. più ampiamente GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. Giur.* 1923, 89, p. 142). Ai principii generali dell'ordinamento giuridico positivo rimandava anche il § 1 del Primo Progetto del codice tedesco.

Das bürgerl. Recht, Halle, 1906, I, 86 ; ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, I, Marbourg, 1921, § 53, p. 121 ; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1919, II, n. 159, p. 88 ; parmi les nôtres : VIVANTE, *Trattato*, I, n. 25, et plus complètement ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921, vol. 86, pp. 129 et suiv., qui y voit « la représentation que la conscience humaine se fait des fonctions des rapports sociaux » (p. 138) de sorte qu'il l'identifie en substance avec l'équité. Pour de plus complètes références bibliographiques, je renvoie encore à ASQUINI.

En sens inverse, et en tout dernier lieu, M. RUMELIN, *Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in *Archiv für div. civ. Praxis*, N. FN., vol. II, p. 171.

⁸ Voir la controverse à ce sujet, ainsi que les formules proposées dans : *Motivi dei codici per gli Stati Sardi*, Gênes, 1853, I, pp. 28 et suiv. ; et en général, en ce qui concerne l'histoire de l'article, cf. F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, Turin, 1888, pp. 979 et suiv. ; FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*, Naples, 1886, P. II, pp. 572 et suiv.

⁹ Il n'est pas sans intérêt de noter que, nonobstant le fait que la référence est faite d'une manière expresse aux principes du droit naturel, beaucoup d'auteurs la considèrent comme faite aux principes généraux du droit autrichien (Wagner, Stubenrauch).

UNGER observe que le texte explicite de la loi ne permet pas de se rallier à cette solution, et ramène le renvoi à une simple affirmation théorique du législateur, parce qu'il est inutile étant donné l'analogie du droit ; celui-ci, qui exige de constituer un tout logique, doit suffire à résoudre n'importe quel cas. Et finalement PFAFF et HOFFMANN relèvent très judicieusement que c'est précisément parce que la croyance dans la doctrine de justice naturelle inspira au législateur la disposition en question, qu'on doit retenir aussi que les principes de droit naturel sont ceux qui ont été insérés dans le Code à titre de principes généraux du droit positif (pour plus de détails, voir GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. Giuridico*, 1923 (89), p. 142). Le § 1 du Premier Projet du Code civil allemand renvoie en outre aux principes généraux de l'ordre juridique positif.

¹⁰ V. PLANIOL, *Traité*, I, 5 ediz., p. 89 : cf. già il DEMOLOMBE, *Cours*, I, n. 5-12.

¹¹ Cf. LOCRÉ, *Motivi* (trad. it., Napoli 1840), I, p. 417 ; Discorso del Sig. Faure alla sessione del 14 ventoso, anno XI.

¹² In favore v. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, pp. 109 segg. e *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 437 ; DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921 (vol. 85), p. 337 ; BRUGI, *I principii generali del diritto e il diritto naturale*, in *Arch. Giur.*, 1923 (vol. 90), pp. 160 seg. ; MICELI, *I principii generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 23 segg. ; GANGI, *op. cit.*, pp. 137 seg. ; CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza ed interpretazione della legge*, in *Arch. Giur.*, 1923 (vol. 90), pp. 167 seg. ; SIOTTO PINTOR, *La funzione del diritto naturale nella dottrina del diritto pubblico interno*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1924, p. 6

¹³ *Op. cit.*, p. 44.

¹⁴ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, p. 25 ; FADDA e Bensa, note alla traduz. italiana delle *Pandette* del WINDSCHEID, vol. I, parte I, p. 128 ; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, I, 4 ediz., p. 81 ; BRUGI, *Istituzioni*, p. 47 ; CHIRONI, *Istituzioni*, I, 2 ediz., § 9, p. 24 ; BARASSI, *Istituzioni*, § 11, p. 39 ; PACCHIONI, *Elementi*, § 37, p. 51 ; VENZI, *Manuale*, § 16, p. 14 e n. a ; PACIFICI MAZZONI, *Istitu.*, *loc. cit.*, e pp. 90 segg. ; STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, n. 847, pp. 616 seg. ; FERRARA, *Trattato*, vol. I, p. 228 ; DUSI, *Istituzioni*, p. 54 ; ASQUINI, *op. cit.*, p. 134. V. da ultimo sull'argomento, il Pacchioni che sostiene essere tali principii i principii generali scaturienti da tutte le fonti (*leges e iura*), non quindi dalla sola legge scritta, ma anche dalla giurisprudenza intesa come fonte creatrice di diritto (v. *I principii generali di diritto*, in *Arch. giur.*, 1924 vol. 91, p. 133).

¹⁵ *Op. cit.*, p. 136.

¹⁶ *Le fonti e la funzione del dubbio*, p. 14.

¹⁷ Così l'OSILIA, *op. cit.*, p. 68. Il pericolo sta solo nella eccessiva

¹⁰ Voir PLANIOL, *Traité*, 5^e édition, p. 89 ; cf. déjà DEMOLOMBE, *Cours*, I, n. 5-12.

¹¹ Cf. LOCRE, *Motivi* (traduction italienne Naples, 1840), I, p. 417 ; Discours de M. Faure à la session du 14 ventôse, an XI.

¹² En ce sens, voir BRUNETTI, *Il delitto civile*, Florence, 1906, pp. 109 et suiv., et *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 437 ; DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921, vol. 85, p. 337 ; BRUGI, *I principii generali del diritto e il diritto naturale*, in *Arch. Giur.*, 1923, vol. 90, pp. 160 et suiv. ; MICELI, *I principii generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1923, pp. 23 et suiv. ; GANGI, *op. cit.*, pp. 137 et suiv. ; CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza ed interpretazione della legge*, in *Arch. Giur.*, 1923, vol. 90, pp. 167 et suiv. ; SIOTTO PINTOR, *La funzione del diritto naturale nella dottrina del diritto pubblico interno*, in *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1924, p. 6.

¹³ *Op. cit.*, p. 44.

¹⁴ Voir SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, p. 25 ; FADDA et Bensa, note à la traduction italienne des *Pandectes* de WINDSCHEID, vol. I, 1^{re} partie, p. 128 ; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, 14^e édition, p. 81 ; BRUGI, *Istituzioni*, p. 47 ; CHIRONI, *Istituzioni*, 12^e édition, § 9, p. 24 ; BARASSI, *Istituzioni*, § 11, p. 39 ; PACCHIONI, *Elementi*, § 37, p. 51 ; VENZI, *Manuale*, § 16, p. 14 et n.a. ? PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, endroit cité et pp. 90 et suiv. ; STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, n. 847, pp. 616 et suiv. ; FERRARA, *Trattato*, vol. I, p. 228 ; DUSI, *Istituzioni*, p. 54 ; ASQUINI, *op. cit.*, p. 134.

Voir en dernier lieu sur ce point PACCHIONI, qui soutient que ces principes émanent de toutes les sources en général (*leges et iura*) et non de la seule loi écrite, mais également de la jurisprudence considérée comme source créatrice de droit (voir *I principii generali di diritto*, in *Arch. giur.*, 1924, vol. 91, p. 133).

¹⁵ *Op. cit.*, p. 136.

¹⁶ *Le fonti e la funzione del dubbio*, p. 14.

¹⁷ En ce sens, OSILIA, *op. cit.*, p. 68. Le danger réside exclusivement dans l'extension

estensione accordata all'arbitrio del giudice, che rende discutibile l'opportunità dell'art. 1 cod. civ. Svizzero, e più le disposizioni preliminari alle norme complementari all'ordinamento giudiziario tripolino approvate con decreto luog. 15 aprile 1917, n. 938 che danno al giudice il potere di apportare « alle leggi quelle modificazioni che, se egli fosse stato legislatore, avrebbe stabilito per regolare gli stessi rapporti di diritto ». Sulla notevolissima e troppo poco nota disposizione v. BERTOLA, in *Riv. di dir. pubblico*, 1919, 1, 309.

¹⁸ *Werturteile und Willensentscheidungen in Civilrecht, Reden gehalten in... der Universität Freiburg. i. Br., 1891, II, pp. 46 segg.*

¹⁹ MICELI, *Sul principio d'equità*, in *Studi per Scialoja*, II, pp. 90 segg. ; *Il diritto e la realtà*, in *Riv. Ital. di sociologia*, 1918, pp. 34 segg. ; v. anche DONATI, B., *Sul principio d'equità*, in *Annali facoltà di giurispr. di Perugia*, 1913, p. 335 ; MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914.

²⁰ Così l'esempio tipico, quello dell'art. 463 c. civ. ital. in materia d'accessione. Nella discussione del corrispondente art. 565, c. nap. il richiamo all'*équité naturelle* sollevò vivaci critiche, benché non si comprenda bene se perché sconveniente o se perché superfluo (v. Osservazioni del Tribunato, 16 brumaio XII in LOCRÉ, *Legislazione*, IV, p. 102) ma lo difese il PORTALIS (v. Esposizione dei motivi, *ivi*, IV, p. 117) rilevando come in una materia tanto poco capace di principii assoluti solo l'equità possa servir di guida. Notevole, — benché, non mi sembri notato — il diverso valore attribuito alle disposizioni espresse in materia di accessione da parte del legislatore nostro e da parte di quello francese : il nostro parla di *norma*, il francese dice *serviront d'exemple*. La divergenza é forse più che meramente formale.

²¹ Questo é anzi tipico temperamento al sistema attuale della formulazione legislativa del diritto in confronto al sistema primitivo della formulazione giudiziaria, che non disgiunge i due procedimenti logici dal caso concreto all'astratto della norma e dalla norma al caso concreto.

excessive accordée à l'arbitraire du juge, qui rend discutable l'opportunité de l'art. 1 du C. C. suisse, et dans les dispositions préliminaires aux normes complémentaires de l'ordre juridique tripolitain approuvées par décret du lieutenant (royal) du 15 avril 1917, n. 938, qui donnent au juge le pouvoir d'apporter « aux lois telles modifications qu'il aurait prises s'il avait été législateur pour établir les mêmes rapports juridiques ». Sur cette remarquable disposition, d'ailleurs trop peu connue, voir BERTOLA, in *Riv. di dir. pubblico*, 1919, I, p. 309.

¹⁸ Voir *Werturteile und Willensentscheidungen in Civilrecht, Reden gehalten in... der Universität Freiburg. i. Br., 1891, II, pp. 46 et suiv.*

¹⁹ MICELI, *Sul principio d'equità*, in *Studi per Scialoja*, II, pp. 90 et suiv. ; *Il diritto e la realtà*, in *Riv. Ital. di sociologia*, 1918, pp. 34 et suiv. ; voir aussi DONATI, B., *Sul principio d'equità*, in *Annali facoltà di giurispr. di Perugia*, 1913, p. 335 ; MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914.

²⁰ Ainsi l'exemple typique de l'article 463 du Code civil italien en matière d'accession. Dans la controverse provoquée par l'article correspondant 565 du Code Napoléon, le renvoi à l'*équité naturelle* suscita de vives critiques, sans que l'on sache si celles-ci se basaient sur le fait que cet article ne convenait pas ou qu'il était inutile (voir Observations du Tribunat, 16 brumaire an XII, dans LOCRÉ, *Législation*, IV, p. 102) ; mais Portalis prit sa défense (voir Exposé des motifs, même ouvrage, IV, p. 117), en mettant en lumière le fait que seule l'équité peut servir de guide dans une matière aussi dépourvue de principes absolus. La différence de valeur octroyée par les législateurs italiens et français aux dispositions expresses régissant la matière de l'accession est digne d'être notée, quoiqu'elle me semble avoir été ignorée : le premier parle de normes, et le français dit « serviront d'exemple ». La différence est peut-être plus que de pure forme.

²¹ Cette méthode est au contraire un tempérament notable au système actuel de la formulation législative du droit, en contradiction avec le système primitif de la formulation judiciaire, qui ne distingue pas entre les deux procédés logiques qui vont, l'un du cas concret à la norme actuelle abstraite et l'autre de la norme au cas concret.

²² Questo permette che il richiamo all'equità sia fatto anche, — ed anzi con preferenza — ai giudici non togati, non presentando l'applicazione dell'equità quelle difficoltà che presenta la ricerca e l'applicazione dei principii generali del diritto, che costituiscono l'apice della tecnica giuridica e presuppongono la conoscenza chiara e profonda di tutto il sistema.

Non deve quindi stupire se in qualche caso il richiamo sia fatto ancor prima e più che al giudice, al cittadino, senza entrare naturalmente nell'indagine di quale sia normalmente il destinatario della norma (per la quale cf. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Roma, 1910). Così già nel più importante dei casi in cui l'equità si trova richiamata, quello del 1124 c. c. ital. (Sulla funzione del richiamo all'equità come semplice criterio d'interpretazione e come fonte di obblighi nuovi v. A. BIANCHI, *L'equità dei contratti secondo il patrio codice civile*, in *Filangieri*, 1884, 1, 385) ed anche più evidentemente nel caso dell'art. 1718 c. c. che impone la ricerca e l'applicazione dell'équo, prima ancora che al giudice, all'arbitratore, onde assai bene la legge parla di *equità*, non di *giustizia*, come usava promiscuamente qualche relatore del corrispondente art. 1845 c. Nap. (cf. il rapporto del Boutteville, e il discorso del Gillet, in LOCRÉ, *op. cit.*, VII, pp. 358, 365).

²³ L'obiezione non può sfuggire allo stesso OSILIA, *op. cit.*, p. 75.

²⁴ Ritengono l'interpretazione equitativa del giudice di merito incensurabile in Cassazione: C. Torino, 25 giugno 1885, in *Giur. Torinese*, 1885, 457; C. Napoli, 16 febbraio 1909 in *Dir. e giurisprudenza*, XXIX, 337; e 10 luglio 1906, *ivi*, XXII, 312; C. Palermo 17 marzo 1904, in *Foro Puglie*, 1904, 262: così MARINONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, *Filangeri*, 1914, p. 522. Ammettono ricorso per violazione della natura delle cose il GANGI, *op. cit.*, p. 62, e l'ASQUINI, *op. cit.*, p. 147.

²⁵ V. il notevole scritto del CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.* 1921, I, p. 150. Analogamente per violazione di consuetudine commerciale, e quindi per

²² De là résulte que le renvoi à l'équité peut et même doit être de préférence réservé aux juges sans toge, l'application de l'équité ne présentant pas les difficultés que présente la recherche et l'application des principes généraux du droit, qui constituent le summum de la technique juridique et présupposent la connaissance claire et profonde du système tout entier.

On ne peut donc s'étonner de ce que, en certains cas, le renvoi soit fait d'abord au citoyen et plus qu'au juge, sans naturellement qu'on recherche pour cela ceux qui sont normalement les destinataires de la norme (pour celle-ci, voir BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Rome, 1910). Par exemple, au nombre des cas les plus importants où l'on s'en rapporte à l'équité, il faut citer l'art. 1124 du Code civil italien (sur la fonction de l'équité comme simple critère d'interprétation ou comme source d'obligations nouvelles, voir A. BIANCHI, *L'equità dei contratti secondo il patrio codice civile*, in *FILANGIERI*, 1884, I, 385); il faut citer encore le cas plus évident de l'art. 1718 du Code civil, qui impose la recherche et l'application de l'équité à l'arbitre même avant le juge; c'est pourquoi la loi parle avec raison d'équité et non de justice, comme les ont confondues certains interprètes de l'article correspondant 1845 du code Napoléon (cf. le rapport de Boutteville, et le discours de Gillet, dans LOCRÉ, *op. cit.*, VII, pp. 358, 365).

²³ L'objection ne peut échapper à OSILIA lui-même, *op. cit.*, p. 75.

²⁴ Les décisions suivantes reconnaissent que l'usage fait par le juge du fond de son pouvoir de statuer d'après l'équité doit échapper au contrôle de Cour de Cassation: C. Turin, 25 juin 1885, dans *Giur. Torinese*, 1885, 457; C. Naples, 16 février 1909, dans *Dir. e giurisprudenza*, XXIX, 337; et 10 juillet 1906, même recueil, XXII, 312; C. Palerme, 17 mars 1904, in *Foro Puglie*, 1904, 262: dans le même sens MARINONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, *FILANGERI*, 1914, p. 522. Admettent le recours en cassation pour violation de la nature des choses, GANGI, *op. cit.*, p. 62, et ASQUINI, *op. cit.*, p. 147.

²⁵ Voir le remarquable ouvrage de CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, dans *Riv. dir. comm.* 1921, I, p. 150. Voir par analogie, pour la violation de la coutume commerciale et de celle de l'article premier du code de commerce par

violazione all'art. 1, c. comm. v. VIVANTE, *op. cit.*, vol. I, 5 ediz., n. 17, pp. 58, 62 e giurisprudenza ivi : cf. anche BOLAFFIO, *Disposizioni Generali*, n. 16, p. 113 ; NAVARRINI, *Trattato*, I, p. 74, n. 50. Altra é la questione della possibilità di provare la consuetudine davanti allo stesso giudice di cassazione.

²⁶ Sull'impossibilità di concepire diritto ed equità come termini antitetici, v. FILOMUSI-GUELFI, *Enciclop. giur.*, § 28 ; RAGGI, *op. cit.*, pp. 37 segg. Sui rapporti tra i due concetti, ed in pari tempo sulle diverse considerazioni storiche dell'equità, v. ora GIANNINI, in *Archivio Giuridico*, 1931 (vol. CV e CVI). Così é a dirsi dell'equità e della consuetudine se é richiamata prima la consuetudine, e sussiste, non si applicherà la equità : « Né può il magistrato giudicare *ex bono et aequo*, secondo il suo prudente arbitrio, senza prima ricercare se esisteva un uso mercantile, speciale e generale (di cui gli si offriva prova), e perchè avendo anch'esso forza di legge, se ne doveva accertare la esistenza prima di ricorrere all'ultimo espediente dell'arbitrio del magistrato » Cass. Firenze, 16 gennaio 1913, *Foro Ven.*, 1913, 322. A torto si affermò che la consuetudine debba essere equa per potersi applicare (A. Firenze, 20 marzo 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 593) ; Contro : BARASSI, nota ivi ; NAVARRINI, *Trattato*, I, n. 46, p. 76 ; COVIELLO, *Manuale*, p. 51 ; e Cass. Firenze, 16 gennaio 1913, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 387 ; che annullava la precedente perché avendo la consuetudine applicazione solo in quanto la legge la richiami, dovrà applicarsi, precisamente come la legge, anche se possa apparire iniqua. Che se l'equità é richiamata, allora il tener conto degli usi sarà pel giudice comodo ausilio, ma sempre facoltativo. Quanto ad un possibile contrasto tra consuetudine e principii generali, male si afferma in modo semplicistico da taluna giurisprudenza la prevalenza incondizionata dei primi, perché se gli usi sono richiamati, il ricorso ai principii generali sarà reso inutile.

²⁷ V. BRUNETTI, *Le fonti e la funzione*, ecc. p. 14.

conséquent, VIVANTE, *op. cit.*, vol. I, 5^e édit., n° 17, pp. 58, 62, et la jurisprudence qui s'y trouve indiquée. Cf. également BOLAFFIO, *Disposizioni generali*, n. 16, p. 113 ; NAVARRINI, *Trattato*, I, n. 74, n° 50.

Autre chose est la question de la possibilité de prouver la coutume même devant le juge de cassation.

²⁶ Sur l'impossibilité de concevoir le droit et l'équité comme antithétiques, voir FILOMUSI-GUELFI, *Enciclop. giur.*, § 28 ; RAGGI, *op. cit.*, pp. 37 et suiv.

Sur les rapports existants entre les deux concepts, et en même temps sur les différentes considérations historiques de l'équité, voir actuellement GIANNINI, dans *Archivio Giuridico*, 1931 (vol. CV et CVI).

Il faut dire de même en ce qui concerne l'équité et la coutume que, s'il est fait renvoi d'abord à la coutume, et s'il en existe une, on n'appliquera pas l'équité. « Le magistrat ne peut statuer *ex bono et aequo* conformément aux règles d'une décision prudente sans rechercher au préalable s'il existe un usage commercial, spécial et général (dont on lui offre la preuve) et parce que celui-ci a force de loi on doit le rechercher avant de recourir au moyen ultime de décision du juge. » Cass. Florence, 16 janvier 1913, *Foro Veneto*, 1913, 322.

On a affirmé à tort que la coutume doit être équitable pour pouvoir être appliquée (Florence, 20 mars 1912, dans *Riv. dir. comm.* 1912, II, 593) ; contra : BARASSI, note dans NAVARRINI, *Trattato* I, n. 46, p. 76 ; COVIELLO, *Manuale*, p. 51 ; et Cass. Florence, 16 janvier 1913, dans *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 387 ; cette décision annule la précédente. En effet, la coutume ne peut être appliquée qu'autant que la loi y renvoie, et devra donc être appliquée au même titre que la loi, même si elle peut apparaître inique. Si on renvoie à l'équité, ce sera pour le juge un appoint précieux, mais toujours facultatif, que de tenir compte des usages. En ce qui concerne le cas d'un conflit entre la coutume et les principes généraux, une certaine jurisprudence affirme parfois d'une façon simpliste la prédominance inconditionnelle des derniers ; mais à tort, parce que le renvoi aux usages rend inutile le recours aux principes généraux.

²⁷ V. BRUNETTI, *Le fonti e la funzione...* etc., p. 14.

²⁸ Però vi sono giudici ai quali l'applicazione dell'equità é più particolarmente imposta, v. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, in *Arch. giur.*, 1921, pp. 224 segg. Per richiami all'equità in leggi speciali, oltre la legge 15 giugno 1893 sui probiviri, per cui non mancano dubbi (v. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 259 ; BARASSI, *Contratto di lavoro*, II, 2 ediz., p. 297), cf. OSILIA, *op. cit.*, p. 112 ; MAGGIORE, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ Son l'Inghilterra, specialmente fino al 1873, dove la distinzione tra *equity* e *common law* trova una corrispondente distinzione di organi giurisdizionali, che attribuiva la prima alla Corte di Cancelleria.

³⁰ Che il giudice non potesse sotto pretesto di equità attribuire alla legge significato diverso da quello chiaramente palesato dalle parole, affermavano già ; C. Torino, 21 gennaio 1871, in *Mon. Trib.*, 1871, 98 ; A. Torino, 8 marzo 1872, in *Giur. Torinese*, IX, 298 ; T. Roma, 7 marzo 1884, in *Foro Italiano*, 1884, I, 247). Lo stesso dicasi quando si tratti d'interpretare un contratto che é legge fra le parti (C. Torino, 24 febbraio 1888, in *Giur. Torinese*, 1888, 152 ; C. Napoli, 6 febbraio 1912 ; C. Torino, 8 gennaio 1866, *ivi*, 1866, 115 ; A. Torino, 26 dicembre 1870, *ivi*, 1871, 125).

Il Maggiore che esalta il valore dell'equità nei confronti della legge per conciliare la prevalenza accordata a quella, colla riconosciuta illiceità della violazione di questa da parte del giudice, é costretta a sostenere che il giudice, non applicando la legge nelle contingenze in cui gli sembra iniqua, in sostanza osserva la legge, che non può aver voluto l'ingiustizia. Egli scrive : « In verità quando il giudice, tempera la durezza della legge nel caso particolare, o le nega applicazione in caso di patente iniquità, non viola, ma esegue la volontà del legislatore. » (*Op. cit.*, pp. 282 seg.): Abile difesa, ma non so in quanto persuasiva. Del resto il Maggiore ammette che la libertà del giudice non deve degenerare in arbitrio, ma é lecito domandarci : *Quis custodiet custodes?* date le premesse da lui poste.

²⁸ Il existe cependant des juges auxquels l'application de l'équité s'impose plus particulièrement. V. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, dans *Arch. giur.*, 1921, pp. 224 et suiv. Pour le renvoi à l'équité dans les lois spéciales, outre celle du 15 juin 1893 sur les prud'hommes à propos de laquelle il existe certains doutes, voir CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 259 ; BARASSI, *Contratto di lavoro*, II, 2^e édition, p. 297 ; cf. OSILIA, *op. cit.*, p. 112 ; MAGGIORE, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ Ainsi en Angleterre, spécialement jusqu'en 1873, où la distinction entre *equity* et *common law* trouva une distinction correspondante entre les organes juridictionnels ; la première était ainsi de la compétence de la Cour de la Chancellerie.

³⁰ La défense faite au juge d'attribuer à la loi sous prétexte d'équité une signification autre que celle qui dérive du texte, se trouve affirmée par C. Turin, 21 janvier 1871, dans *Mon. Trib.*, 1871, 98 ; A. Turin, 8 mars 1872, dans *Giur. Torinese*, IX, 298 ; T. Rome, 7 mars 1884, dans *Foro Italiano*, 1884, I, 247.

Il en est de même pour l'interprétation des contrats qui ont force de loi entre les parties (C. Turin, 24 février 1888, dans *Giur. Torinese*, 1888, 152 ; C. Naples, 6 février 1912 ; C. Turin, 8 janvier 1866, même recueil, 1866, 115 ; A. Turin, 26 décembre 1870, *ibid.*, 1871, 125).

MAGGIORE, qui exalte la valeur de l'équité vis-à-vis de la loi pour concilier la supériorité attribuée à cette dernière avec le caractère illicite de l'acte posé par le juge lorsqu'il viole la loi, est contraint de soutenir que lorsque le juge n'applique pas la loi dans des circonstances où elle apparaîtrait inique, il ne fait en substance qu'observer la loi, qui ne peut avoir voulu consacrer l'injustice. Il écrit ce qui suit : « En vérité, lorsque le juge tempère la rigueur de la loi dans certains cas particuliers, ou bien refuse de l'appliquer dans des cas où elle apparaîtrait inique d'une façon patente, il ne viole pas la loi, mais il ne fait qu'exécuter la volonté du législateur. » (*Op. cit.*, pp. 282 et suiv.). Défense habile, mais je ne sais jusqu'à quel point convaincante. D'ailleurs MAGGIORE reconnaît que la liberté laissée au juge ne peut dégénérer en arbitraire ; mais il est licite de nous demander : *Quis custodiet custodes?* étant donné les prémisses qu'il a posées.

³¹ Sul problema v. LUZZATTO, R. (*Sull'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Ferrara, 1922) et GANGI (*op. cit.* specialmente, pp. 142 segg. e bibl. ivi) che concludono per l'incompletezza e la possibilità di lacuna. Contro v. soprattutto D. DONATI, *Le lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1911, pp. 28 segg. e bibl. ivi citata. Anche qui credo che in parte il dissenso derivi da malintesi. Nel nostro diritto positivo il legislatore, imponendo al giudice di risolvere qualsiasi controversia (art. 783 e 517, n. 3, c. p. c.) dandogli norme — vere e proprie norme giuridiche, e secondo noi (cf. N. COVIELLO, *Manuale*, p. 68; GANGI, *op. cit.*, p. 149; contro: GÉNY, *Méthode*, I, 2 ediz. n. 56, p. 106; A. Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arch. Giur.*, 1900, p. 96) — per la soluzione dei casi dubbi (art. 3 segg. disp. prel.), minacciando sanzioni penali in caso di denegata giustizia (art. 178 c. pen. del 1899 cf. ora 328 cod. pen. vigente), esclude che la soluzione del caso pratico sottoposto al giudice possa rifiutarsi per una pretesa lacuna nell'ordinamento giuridico. In sostanza e sul terreno pratico non si può a meno d'esser d'accordo, il disaccordo — più apparente che reale — consiste in ciò, che noi diciamo: nel diritto non ci sono lacune in quanto che alle deficienze della norma scritta suppliscono consuetudine, principii generali di diritto, equità (ed altri potrebbe aggiungere se lo credesse, natura dei fatti, libera ricerca del diritto, ecc.), intendendo come diritto il complesso delle norme scaturienti da tutte le fonti di diritto, — fonti in pieno e fonti in bianco, come direbbe il Brunetti — (così da ultimo PACCHIONI, *op. cit.*, p. 145), mentre i sostenitori della opposta tesi affermano: nel diritto vi sono lacune (intendendo per diritto il complesso delle norme scritte o poco più) tant'è vero che non tutti i casi vi sono o vi potrebbero essere previsti, e il legislatore stesso l'ammette col richiamo all'equità, ai principii generali (ed altri aggiunge alla natura dei fatti, agli usi, al diritto naturale, al *diritto giusto*, quando pur non ammette una libertà assoluta di ricerca da parte del giudice). Senonché così, anche: sequaci della così detta teoria del diritto libero, ammettono che, appunto in virtù di questo,

³¹ Sur ce problème, voir LUZZATO, R. (*Sull'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Ferrara, 1922) et GANGI (*op. cit.*, particulièrement pp. 142 et suiv. et la bibliographie y citée) qui concluent à l'existence d'un droit incomplet où peuvent exister des lacunes.

Contra, voir surtout D. DONATI, *Le lacune nell'ordinamento giuridico*, Milan, 1911, pp. 28 et suiv., et la bibliographie y citée. Ici également, je crois que le désaccord dérive en partie d'un malentendu. Dans notre droit positif, le législateur, en imposant au juge de résoudre toute controverse possible (art. 783 et 515, n. 3, code de procédure civile), en mettant à sa disposition des normes véritables et proprement juridiques, et selon nous (cf. N. COVIELLO, *Manuale*, p. 68; GANGI, *op. cit.*, p. 149; contra: GÉNY, *Méthode*, I, 2^e édit., n. 56, p. 106; A. Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, dans *Arch. Giur.*, 1900, p. 96), en le menaçant de sanctions pénales en cas de déni de justice (art. 178 du code pénal de 1899 correspondant à l'article 328 du code pénal actuellement en vigueur) dans la solution des cas douteux (art. 3 et suiv. dispositions préliminaires) exclut la possibilité pour le juge de refuser de trouver une solution dans certains cas sous prétexte de lacunes dans l'ordre juridique. Sur le terrain de la pratique, en cas de désaccord, celui-ci est souvent plus apparent que réel, et consiste en ceci: Certains disent qu'en droit il n'existe pas de lacunes, parce qu'on supplée aux déficiences de la norme écrite par la coutume, les principes généraux du droit et l'équité (et d'autres pourraient ajouter, s'ils le jugent bon, que la nature des faits facilite la recherche du droit, etc.), le droit étant considéré comme un complexe issu de l'ensemble des sources de droit, sources in pieno et sources in bianco comme le dirait Brunetti (dans le même ordre d'idée, et pour finir, voir PACCHIONI, *op. cit.*, p. 145). Ceux qui soutiennent la thèse opposée disent au contraire qu'en droit il existe des lacunes (entendant par droit l'ensemble des seules normes écrites, ou à peu près), tant il est vrai d'après eux que tous les cas ne sont et ne pourraient être prévus; le législateur même le reconnaît lorsqu'il renvoie à l'équité et aux principes généraux (et, ainsi que d'autres l'ajoutent qui n'admettent cependant pas une liberté absolue dans les investigations du juge, à la nature des faits, aux usages, au droit naturel, et au droit juste). Cependant, les partisans eux-mêmes de la théorie dite du droit libre

le lacune si colmano (v. il suggestivo libro del KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Palermo, 1908, p. 82).

Né può parlarsi di lacuna nel senso che esistano campi in cui il diritto non penetri (*rechtsleerer Raum* di BERGBOHM, v. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, pp. 371 segg.) perché di fronte alle attività che in questi campi si volessero far rientrare, la completezza dell'ordinamento giuridico si mostrerebbe come effetto di quella norma di chiusura negativa (ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 18) od esclusiva (v. DONATI, *op. cit.*, pp. 46 segg.) per cui il giudice dovrebbe riconoscere lecite tali attività in quanto non espressamente vietate, onde la norma ci sarebbe pure sempre.

Questo nel nostro ordinamento giuridico positivo e negli altri simili a lui, lasciando impregiudicata la questione generale della possibilità o meno di esistenze di lacune negli altri ordinamenti giuridici. Anzi dubitiamo che la questione possa porsi in modo astratto indipendentemente dalla conoscenza dei presupposti di diritto pubblico che soli rendono possibile secondo noi la risposta in ogni singolo ordinamento giuridico concreto. Se pertanto possiamo condividere in gran parte le critiche del Brunetti alle dottrine che, da diversi punti di partenza giungono a negare la possibilità e la concepibilità di lacune in un ordinamento giuridico qualsiasi (v. *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze, 1924) non possiamo accogliere la sua opinione in quanto giudica il problema della completezza e dell'incompletezza dell'ordinamento giuridico come senza senso addirittura (v. *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1921, vol. III, pp. 1 et segg. ; *Ancora sul senso del problema delle lacune*, ivi, pp. 30 segg. ; contro LONGO, in *Riv. di dir. civile*, 1917, p. 238). Secondo il Brunetti mentre si può parlare di esistenza o meno di lacune *de iure condendo* ed anche *de lege lata* (intendendo dire ch'è possibile giudicare la legge stessa come perfetta od imperfetta dichiarazione della volontà del legislatore) non avrebbe senso parlare di completezza o incompletezza dell'ordinamento giuridico in sè, mancando quel termine di riferimento che è sempre necessario per giungere ad un giudizio di

admettent, précisément en vertu de cette liberté du droit, que les lacunes soient comblées (voir le livre caractéristique de KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Palermo, 1908, p. 82).

On ne peut parler de lacunes en tant qu'il existerait des domaines où le droit ne pourrait pénétrer (*Rechtsleerer Raum* de BERGBOHM, v. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 371 et suiv.), parce que, en présence de l'activité qui pourrait rentrer dans ce domaine, l'ordre juridique complet apparaîtrait comme un effet de cette norme de fermeture négative (ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 18) ou exclusive (v. DONATI, *op. cit.*, pp. 46 et suiv.) par laquelle le juge devrait reconnaître licites certaines activités non expressément défendues par la loi, d'où la norme y serait toujours pure.

Ce qui existe dans notre ordre juridique positif et dans d'autres semblables au nôtre, laisse sans préjudice la question générale de l'existence de lacunes dans les autres ordres juridiques. Nous doutons même que la question puisse être posée d'une manière abstraite, indépendamment de la connaissance préexistante de notions de droit public, qui selon nous permettent seules de trouver une réponse dans chaque ordre juridique concret. Si nous pouvons partager en grande partie les critiques adressées par BRUNETTI aux doctrines qui, avec des points de départ différents, nient qu'il puisse y avoir et même que l'on puisse concevoir l'existence de lacunes dans un ordre juridique quelconque (v. *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Florence, 1924), nous ne pouvons toutefois nous rallier à sa manière de voir lorsqu'il considère comme vide de sens la question de savoir si l'ordre juridique est complet ou non (v. *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, dans *Scritti giuridici vari*, Turin, 1921, vol. III, pp. 1 et suiv. ; *Ancora sul senso del problema delle lacune*, *ibid.*, pp. 30 et suiv. ; contra : LONGO, dans *Riv. di dir. civile*, 1917, p. 238).

Selon BRUNETTI, si on peut parler de l'existence de lacunes *de iure condendo* et même

relazione, come quelle che si contiene nelle parole *completo* e *incompleto*. Senonché ci pare di poter obbiettare che, sia esatto o inesatto l'uso, parlando di completezza di un ordinamento giuridico si intende comunemente riferirsi alla possibilità dell'ordinamento giuridico stesso di risolvere tutte le possibili questioni presentatisi in qualsivoglia fattispecie, onde il giudizio si rende possibile — quando anche, ripetiamo, con risultato diverso secondo i diversi diritti — confrontando il complesso delle norme svariate emananti da tutte le fonti riconosciute da ogni singolo ordinamento giuridico con ogni possibile manifestazione dell'attività umana. Il problema allora ha per ogni singolo ordinamento senso e rilievo, ome ha senso domandare se l'indice d'un opera é completo, non in base all'esame di esso, ma in base al confronto coll'opera cui si riferisce.

V. più ampiamente il mio scritto *Dogmatica e diritto comparato*, nella collezione *Studi di diritto privato italiano e straniero* da me diretta, vol. I, p. 3.

³² In ciò sta appunto la differenza tra il metodo di interpretazione tradizionale che indaga la *mens legislatoris* e il metodo storico evolutivo che indaga la *mens legis*.

³³ Vedi quanto si é detto sopra circa la censurabilità in cassazione dell'applicazione dell'equità fatta dal giudice di merito. Il ricorso si può giustificare solo come violazione dell'articolo stesso di legge che richiama il giudice all'applicazione dell'equità ; in quanto cioè il giudice abbia effettuato tale applicazione al di là dei limiti assegnatigli, violando quindi la legge in una norma espressa o nei supremi principii, non in quanto ad erronea applicazione o interpretazione di un principio d'equità, nel che il giudice non é censurabile, e non può non esserlo anche per effetto del carattere subbiiettivo da noi riconosciuto all'equità.

³⁴ Varietà di concetti e di definizioni rilevata anche dal BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, *Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1923, p. 450. Sul concetto d'equità nel diritto classico, v. BONFANTE, in *Riv. dir.*

de lege lata (il veut dire par là qu'il est possible de considérer la loi comme une déclaration de volonté parfaite ou imparfaite du législateur), il serait sans aucun sens de parler du caractère complet ou incomplet de l'ordre juridique en soi, ce terme ne se rattachant à rien qui permette de prononcer un jugement de relation, comme celui qu'impliquent les termes *completo* et *incompleto*.

Il nous semble cependant que l'on peut objecter, quelle que soit l'exactitude de cet usage, qu'en parlant du caractère complet d'un ordre juridique, on entend par là communément la possibilité pour l'ordre juridique même de résoudre tous les cas qui se présentent de manière à rendre possible une décision (ceci, nous le répétons, alors même que la diversité des droits aboutirait à des résultats différents), en confrontant les normes variées et complètes issues de l'ensemble des sources reconnues par chaque ordre juridique avec toutes les manifestations possibles de l'activité humaine.

Pour de plus amples renseignements, voir mon ouvrage *Dogmatica e diritto comparato*, dans les *Studi di diritto privato italiano e straniero*, dirigés par moi, vol. I, p. 3.

³² En ceci réside la différence entre la méthode traditionnelle d'interprétation qui recherche la *mens legislatoris* et la méthode historique évolutive qui recherche la *mens legis*.

³³ Voir ce qui a été dit sur ce point relativement au droit de contrôle de la Cour de cassation sur l'application de l'équité par le juge. Le recours ne peut se justifier qu'en tant qu'il y ait violation de l'article même qui renvoie le juge à l'équité ; c'est-à-dire pour autant que le juge en ait fait application au delà des limites à lui assignées et ait ainsi violé la loi dans une de ses normes expresses ou dans ses principes suprêmes, non pour autant qu'il ait mal appliqué ou interprété un principe d'équité ; car dans ce dernier cas, le juge échappe au contrôle, et ne peut y être soumis en vertu du caractère subjectif que nous avons reconnu à l'équité.

³⁴ Variété de concepts et de définitions qu'a remarquée également BRUGI, dans *L'equità e il diritto positivo* (*Riv. internaz. di filosofia del diritto*, 1923, p. 450). Sur la notion

civ., 1923, pp. 191 segg. ; per l'analisi della concezione vichiana cf. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, in *Riv. di filosofia e scienze affini*, 1903, pp. 150 segg., per la concezione aristotelica il lucido scritto già ricordato di B. Donati.

d'équité en droit classique, voir BONFANTE, dans *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 191 et suiv.; cf. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, dans *Div. di filosofia e scienze affini*, 1903, pp. 150 et suiv.; et pour la conception aristotélicienne, le livre averti de B. DONATI dont nous avons déjà parlé.

TITRE VIII

LA LIBRE RECHERCHE SCIENTIFIQUE

A quel critérium peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique?

par MARC DESSERTAUX,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Dijon

Il y a aujourd'hui plus de trente ans qu'un ouvrage remarquable a montré la difficulté d'adapter, aux cas non prévus par le législateur, les procédés traditionnels d'interprétation, et a fait ressortir la nécessité, en même temps que la légitimité, d'une libre recherche scientifique exercée dans ces hypothèses ¹.

Ces idées, contraires à l'opinion générale des juristes français antérieurs, ont été progressivement admises ou vues avec sympathie ² par un parti considérable qui compte aujourd'hui, parmi ses adeptes, les représentants autorisés de la doctrine et de la jurisprudence, et qui n'a plus que de rares contradicteurs. Mais, si on s'accorde généralement à déclarer que l'interprète peut et doit, dans certains cas, exercer une libre recherche scientifique, on a grand-peine, en revanche, à tomber d'accord ³ quand il s'agit de diagnostiquer, au milieu de l'histoire des arrêts et des théories juridiques doctrinales, les cas où cette méthode a été employée avec succès.

La difficulté vient de ce que les cas d'application doivent, pour être intéressants, être des hypothèses où il y a eu *réellement œuvre personnelle de l'interprète*, et où, d'autre part, cette œuvre personnelle est arrivée à rallier la majorité des suffrages, et à faire régner un droit coutumier paisible. Or, presque toujours, l'une ou l'autre de ces deux conditions fait défaut.

C'est à la recherche d'un critérium, permettant de procéder dans de meilleures conditions à ce diagnostic, que nous voudrions consacrer la présente étude.

Parfois, la solution donnée par la jurisprudence et la doctrine dominantes à des questions controversées apparaît comme l'application, non pas absolument évidente à première vue, mais soutenable et même probable, d'une volonté législative : il en est ainsi, pour prendre des exemples un peu au hasard, des solutions qui ont prévalu

dans la matière des droits des créanciers des copartageants sur le prix de l'immeuble licité ⁴ — de l'imputation, sur la quotité disponible ou la réserve, des libéralités reçues par le successible réservataire ⁵ — du droit de préférence prétendu par la femme commune contre les créanciers communs ⁶ — et, avant la loi du 8 février 1922, du droit exclusif du porteur de lettre de change sur la provision ⁷. Dans toutes ces hypothèses, le travail personnel de l'interprète, qui existe assurément, est intégré et comme noyé dans le « donné légal » et, si le juriste a été obligé de déployer une certaine ingéniosité dans l'interprétation grammaticale et logique, dans l'étude des précédents — on peut affirmer que la part de libre recherche nécessaire, est, si elle existe, réellement insaisissable et infime.

Dans d'autres hypothèses, on se trouve bien en présence d'un effort personnel considérable de l'interprète pour construire en dehors du donné légal ; mais cet effort n'a pas été tenté avec succès, en ce sens que l'accord n'a pu se faire autour des solutions, œuvre personnelle de certains esprits. Comme exemples de cette deuxième situation, nous retiendrons : l'anarchie qui règne dans la doctrine et la jurisprudence au sujet du moment et du lieu de formation du contrat par correspondance ⁸ — l'obscurité du critérium entre la substitution prohibée et le legs conditionnel ⁹ — et même, quoique à un moindre degré : les très grandes difficultés que l'on éprouve à s'entendre sur certaines applications de l'idée de causes illicites ¹⁰, en matière de libéralités entre personnes vivant en concubinage — sur certains détails de mise en œuvre de la théorie contemporaine de l'abus du droit ¹¹.

La vérité est que la libre recherche scientifique ne peut guère fonctionner, avec le double caractère d'*originalité suffisante* et de *généralité dans l'application*, que dans deux groupes de cas, les uns et les autres assez spéciaux.

A. Parfois, l'usage que fait l'interprète de ses larges pouvoirs tend à rapprocher la pratique contemporaine d'une tradition historique, assez bien établie antérieurement à la loi codifiée, et que les auteurs de la loi codifiée ont, non pas condamnée formellement, mais du moins passée sous silence : en pareil cas, c'est cette tradition qui sert de guide aux interprètes dans l'œuvre un peu aventureuse qu'ils tentent, et c'est elle qui constitue le point de ralliement, permettant aux juristes de se grouper autour d'une même idée, malgré la diversité de leurs tempéraments et la diversité des espèces pratiques qui ont été la cause occasionnelle de l'éclosion de leurs idées.

Cette situation se rencontre notamment dans la matière des restrictions à la capacité du prodigue, dans laquelle les interprètes ont procédé par extension des articles 499 et 513 de façon à se rapprocher de l'ancienne institution de l'interdiction des prodiges ¹², dans celle de la forme des donations où l'admission très large des donations déguisées et des dons manuels malgré l'article 931 (C. civ.) s'explique par un retour à une tradition antérieure

à l'édit de 1731 ¹³, dans la matière de la preuve de la filiation paternelle des enfants naturels (avant la loi du 6 nov. 1912) où la reconnaissance de la validité des promesses d'aliments et l'allocation de dommages-intérêts pour séduction rapprochait singulièrement malgré l'article 340 du Code civil la jurisprudence moderne de la jurisprudence ancienne ¹⁴, peut-être dans celle de la validité des actes de l'héritier apparent, où la jurisprudence, interprétant très librement l'article 1599 du Code civil se rapproche de la tradition relative à la saisine collective ¹⁵ — et surtout dans certaines institutions du droit des régimes matrimoniaux, qui formaient des pièces fondamentales de l'ancien système, que le Code civil n'avait pas mentionnées nettement et que la jurisprudence a cependant rétablies : telles que le mandat tacite de la femme mariée ¹⁶ et la protection de la dot mobilière ¹⁷.

Dans tous les cas de ce genre, la direction suivie par l'interprétation a obéi à une véritable nécessité. Il s'agissait en général d'institutions de notre ancienne France qui avaient fait leurs preuves, et que la codification avait omises, sans que cette omission s'expliquât par un vœu bien net de l'opinion publique ¹⁸. La direction prise par l'interprète était nécessaire à un autre point de vue : l'omission de l'institution ancienne par le Code civil avait été non pas radicale, mais capricieuse et partielle : les auteurs du Code civil avaient paru vouloir nettement maintenir en vigueur certaines parties de l'institution (p. ex. pour le régime dotal l'inaliénabilité de la dot immobilière). Or, il semble bien que ces solutions transactionnelles, arbitraires — conséquences de compromis, au sein d'une assemblée, entre les partisans de l'institution et ceux qui lui sont hostiles — se heurtent à une loi sociologique : l'institution mutilée tend à se reconstituer tout entière, de même que l'arbre dont on a voulu ne conserver que le tronc lance de nouvelles branches parallèles aux anciennes, de même que l'animal victime d'un traumatisme reforme, avec une puissance variable suivant les cas, les tissus détruits.

Ces applications de la libre recherche, quoique curieuses, ne sont cependant pas les plus typiques. Leurs partisans peuvent alléguer qu'ils s'appuient, sinon sur une volonté bien explicite, du moins sur une volonté implicite du législateur, qui, ayant conservé une institution, a dû vouloir la consacrer telle qu'elle avait fonctionné, telle qu'elle était apparue susceptible de produire de bons résultats et de former un tout harmonieux. Ces créations ne sont pas, en général, sans appui dans les textes ¹⁹ : ainsi, la reconnaissance du mandat tacite peut invoquer au moins certains des termes de l'article 1420 ; la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière, empêchant les actes par lesquels la femme compromettrait sa créance de reprise dotale, peut se réclamer, non seulement des arguments de texte assez faibles que l'on peut tirer des mots « biens dotaux » dans les articles 1555 et 1562, mais encore peut-être d'un principe général qui semble se dégager de plusieurs textes du Code

civil (v. g. 1130) d'après lesquels les actes de disposition sur droits éventuels ne seraient pas valables.

Ce qui montre que l'interprétation obéissait ici à une espèce de nécessité, et que la part personnelle de l'interprète était assez minime, c'est qu'on a vu dans des pays voisins la jurisprudence, en présence d'une tradition semblable et de textes très analogues par leurs lacunes, arriver au même résultat. Je n'en veux comme exemple que la jurisprudence anglaise contemporaine, consacrant, malgré le silence de l'Act de 1882, l'équivalent du mandat tacite de la femme mariée ²⁰.

B. Toutefois, cette tendance à s'orienter vers une tradition historique oubliée du législateur n'est pas la seule forme que prenne la mise en œuvre de la libre recherche scientifique. Il existe d'autres circonstances où les interprètes ont adopté des solutions non justifiées par une volonté légale précise, et qui ne trouvaient pas non plus d'appui bien net dans la tradition antérieure à la loi codifiée. Ce qui sert, dans ces hypothèses, de *levier* à l'activité créatrice de l'interprète, c'est l'existence de quelque *fait nouveau*, dans l'ordre économique, parfois dans l'ordre politique ou même dans l'état de la civilisation — fait qui vient bouleverser les conditions antérieures et rendre difficilement applicables les règles juridiques pré-existantes.

C'est ainsi que les très grands bouleversements causés par la guerre, les obstacles inattendus apportés à la production, les variations soudaines dans la valeur de l'unité de monnaie — contrastant avec la fixité dont elle avait fait preuve depuis plus d'un siècle — expliquent l'éclosion de la théorie de l'imprévision.

Le développement du machinisme, spécialement de l'automobile et des avions, et le grand nombre d'accidents, causés par des facteurs très complexes (et difficiles à rattacher à une faute individuelle), qui en a été la suite expliquent le développement de la théorie objective de la responsabilité du fait des choses.

La complexité des rapports issus de la vie moderne, par suite de l'essor de l'industrie et de la formation de grandes villes, explique le développement de la théorie de l'enrichissement sans cause et de l'action de *in rem verso*.

Peut-être d'ailleurs la jurisprudence a-t-elle fait preuve, à une époque plus rapprochée du Code civil, et dans des circonstances moins remarquées d'un esprit d'initiative et de création analogues. Ainsi, les nouveaux procédés employés pour la décoration des appartements ont amené l'interprète à créer, notamment en ce qui concerne les glaces, de nouveaux cas d'immobilisation par attache à perpétuelle demeure, distincts de ceux qui étaient visés par l'article 525 paragraphe 2. De même, je serais tenté de voir un effort analogue, et également autonome, de construction dans la tentative de la jurisprudence, en présence de l'article 970, pour préciser les sanctions des conditions de forme du testament olographe, et notamment de la date.

Ces initiatives de l'interprète sont en général plus franches et plus nettes que dans l'hypothèse précédente. Ce n'est pas à dire pourtant que, dans cette catégorie de cas, tout se passe en dehors des textes. Ainsi, la rédaction de l'article 1150 du Code civil a influencé favorablement l'évolution de la théorie de l'imprévision ²¹; celle de la responsabilité objective a pu trouver dans la lettre de l'article 1384 paragraphe 1 et dans les précédents tirés des travaux préparatoires et des opinions d'anciens auteurs ²², un certain appui, qui a été grossi sans doute par l'habileté de quelques-uns de ses défenseurs, mais qui n'était pas entièrement imaginaire. L'extension du nombre des immeubles par destination peut se justifier par la généralité de la formule de l'article 524 ²³; et, en matière de testament olographe, si l'article 970 ne peut guère guider sérieusement l'interprète dans la détermination des cas de nullité, il n'est du moins pas contraire aux solutions qui ont prévalu.

C'est pour ce motif qu'il est très difficile de distinguer d'une part les cas d'application de la libre recherche scientifique, et de l'autre les conséquences des procédés normaux d'interprétation.

Nous croyons que, dans ce genre d'études, il ne faut pas négliger un critérium, trop souvent inaperçu, et qui est cependant précieux. Lorsque le texte, appliqué dans plusieurs Etats différents ou au moins devant plusieurs systèmes différents de juridiction du même Etat, conduit partout les interprètes aux mêmes solutions pratiques, on peut affirmer que le rôle personnel du juriste dans l'interprétation a été minime. Au contraire, lorsque le même texte, appliqué ainsi par plusieurs groupes de juges différents, donne lieu à des développements variés et divergents, il est à présumer que la part personnelle des divers groupes d'interprètes a été prépondérante. Si chacun des groupes de juridiction a vu dans le texte quelque chose de différent, c'est que certains au moins ont pris dans leur fond personnel pour ajouter au texte.

Et, pour nous qui nous préoccupons de contruire une saine méthodologie juridique, il y a là un champ d'expérience plus vaste qu'on ne le croit généralement; car, non seulement, en beaucoup de matières, nous pouvons étudier la contradiction qui existe en France entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat, mais d'autre part, par suite de la très grande force d'expansion à l'étranger de la codification napoléonienne, beaucoup de nos formules légales ont été adoptées dans des Etats étrangers ou même lointains, offrant parfois un milieu social très différent, et y ont vécu, devant des juridictions qui ne subissaient pas l'influence de notre Cour de cassation française, d'une vie propre.

C'est ainsi que dans la matière de l'imprévision, où l'on voit notre Conseil d'Etat admettre, beaucoup plus facilement ²⁴ que notre Cour de cassation, la possibilité pour le débiteur de s'écarter des conditions du contrat primitif en cas de difficulté imprévue d'exécution, il est probable que les deux théories rivales, aussi bien celle

de la jurisprudence judiciaire que celle des tribunaux administratifs, contiennent une part de libre recherche.

Nous inclinons à apprécier de même la théorie de la Cour de cassation, déclarant le propriétaire légalement responsable des choses qu'il a sous la garde, parce qu'on remarque dans la jurisprudence mixte égyptienne une certaine tendance à adopter une théorie différente et plus restrictive de la responsabilité²⁵. Toutefois, cet exemple n'est pas parfaitement démonstratif, à cause de certaines différences de rédaction, non négligeables, entre le texte français et les textes égyptiens²⁶.

Les solutions de notre Cour de cassation, qui prononcent en principe la nullité du testament olographe pour date inexacte²⁷, et qui apportent cependant à cette nullité une exception sous la double condition que l'erreur soit involontaire et qu'elle puisse être rectifiée au moyen d'éléments fournis par le testament lui-même²⁸ sont les uns et les autres l'œuvre personnelle de l'interprète, puisque, en présence des mêmes textes, la jurisprudence belge et la jurisprudence italienne arrivent à un résultat tout différent, et valident le testament en considérant que la fixation arbitraire de la date par le testateur est une application régulière de l'autonomie de la volonté de celui-ci²⁹.

Cette comparaison avec l'étranger montre d'ailleurs que parfois certains de nos textes français peuvent être l'objet, de la part de l'initiative propre de l'interprète, d'un développement autonome qui commence en France et qui s'achève à l'étranger.

C'est ce qui est arrivé, notamment, d'une manière assez intéressante, pour l'action paulienne³⁰. Notre article 1167 était un texte bien laconique, et, comme il n'était éclairé ni par des travaux préparatoires développés, ni par une tradition historique immédiate et solidement établie, il ne pouvait guère servir que de poteau indicateur, montrant la route dans laquelle allaient s'engager la doctrine et la jurisprudence.

En présence de cette situation, les auteurs et les arrêts, désireux de préciser les conditions de recevabilité de l'action en révocation, ont été obligés de se livrer à un travail de construction, dans lequel assurément ils pouvaient utiliser à titre d'indication les précédents lointains du droit romain, mais où, inspirés par ailleurs par les considérations de justice, par l'analyse du but pratique à atteindre et par la recherche d'un équilibre satisfaisant des intérêts en présence, ils ont certainement fait, dans une certaine mesure déjà, œuvre de libre recherche scientifique. C'est ainsi qu'ils ont attaché, à la suite de l'opinion dominante à Rome³¹, une assez grande importance à la distinction de l'acte gratuit et de l'acte onéreux³², sauf à répartir les actes entre ces deux compartiments d'une façon un peu arbitraire, et à classer par exemple dans la deuxième catégorie les libéralités faites aux futurs époux en faveur et à l'occasion du mariage³³ : enfin, précisant un point sur lequel les jurisconsultes romains ne semblent pas s'être prononcés d'une façon très nette

(au moins à en juger par les textes tels qu'ils nous ont été transmis)³⁴, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence françaises a décidé que la distinction de l'acte onéreux et de l'acte gratuit, absolument capitale lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions de succès de la révocation qui dépendent de l'état d'esprit du tiers contractant, serait au contraire sans intérêt en ce qui concerne les conditions requises en la personne du débiteur, et que, à l'égard de ce dernier, la recevabilité de l'action en révocation pour les deux catégories d'actes exige toujours, non seulement l'insolvabilité, mais encore la pensée de fraude ou la conscience du préjudice causé³⁵.

C'est à ce dernier point de vue qu'un développement plus accentué de la libre recherche scientifique, dans le sens d'une meilleure protection des créanciers, s'est manifesté en jurisprudence sous l'empire d'une législation qui est en quelque sorte fille de la législation française : la législation égyptienne contemporaine. Cette législation contenait sur la question deux textes, les articles 204 C. civ. M. et 143 C. civ. ind. dont la rédaction ne présentait pas, avec l'article 1167 C. civ. français, de différence indiquant manifestement la volonté législative de modifier les solutions³⁶. Mais il est probable que les magistrats chargés de les appliquer ont été frappés de certains faits sociaux un peu nouveaux, résultant du très puissant développement du commerce international en Egypte, et du caractère redoutable des fraudes auxquelles donnait lieu la complexité de ces rapports commerciaux, et la collaboration en Egypte d'hommes d'affaires d'origine et de formation morale très diverse, appartenant à toute sorte de nations et de milieux : aussi, tout en maintenant la classification des actes gratuits et onéreux et le classement dans la deuxième catégorie des libéralités en faveur du mariage³⁷, ils ont décidé que, pour la révocation des actes gratuits, la preuve de la fraude ne serait pas nécessaire, non seulement en la personne du tiers co-contractant, mais même en la personne du débiteur³⁸. En ce faisant, ils ont renforcé la protection des créanciers (et par conséquent de l'honnêteté commerciale), ils ont augmenté l'importance de la classification des actes gratuits et onéreux, et, chose assez curieuse, ils ont sanctionné une théorie qui avait été proposée comme interprétation du droit français, par les célèbres commentateurs Aubry et Rau³⁹ et qui n'avait d'ailleurs pas triomphé en France.

L'étude de cette intéressante question spéciale montre que, quand nous cherchons des cas d'application de la libre recherche scientifique, nous aurions tort d'attacher notre attention trop exclusivement à l'interprétation purement française. Nous ne devons pas oublier que nos textes d'origine française ont eu quelquefois une fortune brillante dans des pays et des milieux très différents. Et notre conclusion sera que les vrais cas d'application de la libre recherche doivent être cherchés, non pas tant dans les hypothèses d'un retour plus ou moins net vers la tradition antérieure à la loi

codifié, mais plutôt dans les cas qui se caractérisent à la fois par l'apparition d'un fait social nouveau, et par la divergence entre les interprétations d'un même texte devant plusieurs groupes de juridictions ⁴⁰. C'est là un fait important à noter pour les auteurs désireux d'exercer une influence sur la jurisprudence de leur pays, et d'incliner l'interprétation des textes par leurs compatriotes dans un sens novateur ; cette belle tâche ne peut être tentée avec quelque chance de succès que quand paraissent se rencontrer ces deux conditions fondamentales : nouveauté des circonstances — tendance à des interprétations diverses du même texte par plusieurs systèmes de juridictions. Et c'est pourquoi je me permettrais de recommander aux professeurs consultés par les étudiants pour le choix de sujets de thèses de leur faire étudier le plus fréquemment possible, dans leurs monographies, les institutions dans lesquelles se rencontre ce double phénomène : c'est la meilleure manière de faire d'eux d'utiles collaborateurs de l'œuvre du progrès du droit.

¹ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^{re} éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1899.

² V. en ce sens PLANIOL, *Tr. élém. de dr. civ.*, t. I, 11^e éd., avec la collaboration de M. Ripert, n° 224 ; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, n° 94 ; ROUAST, *Rev. Trim.*, 1922, 37. V. aussi les observations un peu plus réservées de MM. COLIN et CAPITANT, t. I, 7^e éd., p. 37. Les monographies et thèses de doctorat inspirées de l'enseignement de M. Gény sont si nombreuses, qu'il serait difficile dans une brève étude d'essayer de citer même les plus connues et les plus remarquables.

³ Voyez par exemple, au sujet de l'interprétation contemporaine de l'art. 1384, considérée dans ses rapports avec la nouvelle méthode, les idées très dissemblables de MM. Josserand, II, n° 532, et Planiol, II, nos 917 et 930 et la divergence de vues visible entre Saleilles, *Accidents de travail et responsabilité civile*, et Gény, *op. cit.*, p. 547. Et cependant, cette matière est une de celles dans lesquelles l'accord s'est fait de la façon la plus complète sur les solutions pratiques : GAUDEMET, *Une évolution nouvelle*, *Revue trimestrielle*, 1927, p. 893.

⁴ Art. 883 C. civ. Cassation, Ch. R., 5 déc. 1907, *D. P.*, 1908, 1, 113, S., 1908, 1, 5.

⁵ Art. 785, 845 et 922. Ch. R., 27 nov. 1863, *D. P.*, 64, 1, 5 ; S., 63, 1, 513.

⁶ Art. 1470, C. civ., Ch. R., 16 janv. 1858, *D. P.*, 58, 1, 5 ; S., 58, 1, 8.

⁷ Art. 136, C. co. Cass., 20 juin 1854, *D.*, 54, 1, 305 ; S., 54, 1, 593.

⁸ V. la très profonde opposition qui existe dans la doctrine entre d'une part la position de M. PLANIOL, *Tr. élém.*, II, n° 986 — de l'autre celle de MM. COLIN et CAPITANT, II, p. 273 sq., et JOSSERAND, II, n° 52, dans la jurisprudence, entre Paris, 5 févr. 1910, *D.* 1913, 2, 1 ; Besançon, 26 oct. 1929. *Gaz. Pal.* 1929, 2, 920 et Nîmes, 4 mars 1908 ; *D.*, 1908, 2, 248. Et cf. sur l'attitude purement négative de la Cour de Cassation : Req., 29 janv. 1923, *D.*, 23, 1, 176. V. au surplus pour une bibliographie plus complète : VALÉRY, *op. cit.*, nos 132 sq.

⁹ V. la très grande opposition qui existe entre Seine 4 mars 1924, *Gaz. Pal.*, 13 mai et Seine 15 févr. 1926 (*Gaz. Trib.*, 24 mai). Jugement libéral. Et cf. sur l'attitude également négative, de la Cour de Cassation : Req., 24 mai 1927, *D. H.*, 27, 402 ; et, sur une remarquable tentative doctrinale d'élaboration d'une théorie nouvelle — tentative qui n'a pas rallié autour d'elle l'opinion générale : LAMBERT, *De l'exhérédation*, n° 814.

¹⁰ Cf. par exemple d'une part Grenoble, 25 févr. 1925, *Gaz. Pal.*, 10-11 mai 1925, et de l'autre Seine, 2 janv. 1931, *Gaz. Pal.*, 11 févr.

¹¹ Cf. par exemple sur le point de savoir si la théorie de l'abus de droit permet au juge de déroger à une clause formelle d'un contrat, déclarée « de rigueur » par un texte formel de loi, l'article 1717 : Amiens, 29 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 11 juin ; Lyon, 11 févr. 1926, *D. H.*, 26, 245, cf. *Rev. crit.*, 1927, 142.

¹² Sur cet ancien état du droit, V. MERLIN, *Rép.*, V° Prodigue, § V, n° VI, et cf. Civ., 2 déc. 1885, *D.*, 86, 1, 128 : Req. 24 juin 1896, *D.*, 97, 1, 404.

¹³ Voir les renvois sous Sirey, 1813, 1, 330.

¹⁴ Cf. sur l'état ancien du droit : BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels*, Paris 1873.

¹⁵ Cf. MERLIN, *Questions de droit*, t. VIII, V° Héritier, pp. 325-328 ; DENIZART, V° Héritier, § 2, n° 16.

¹⁶ LEBRUN, *Communauté*, chap. 2, sect. 2 ; POTHIER, *Communauté*, n° 574.

¹⁷ TESSIER, *Quest. sur la dot*, n° 95 sq. ; JULIEN, *Eléments de jurisprudence*, p. 57, n° 28. V. aussi ROUSSILHE, *De la dot*, nos 233 sq., 256 sq.

¹⁸ La lecture des cahiers des Etats Généraux dans les Archives parlementaires, fait ressortir que, en 1789, aucun vœu sérieux tendant à une modification des règles du droit n'avait été présenté en ces matières.

¹⁹ Le fondateur de l'école nouvelle semble avoir d'ailleurs un peu hésité au sujet de l'appréciation méthodologique à porter sur les solutions de ce groupe. V. par exemple (*Méthode d'interprétation et Sources*, 1^{re} éd., p. 224), un passage, dans lequel, tout en constatant la hardiesse des solutions relatives à l'inaliénabilité de la dot mobilière, il les rattache à l'« interprétation » de la loi. Cf., 2^e éd., p. 260 (n° 97).

²⁰ Cette théorie n'est mentionnée dans les lois anglaises récentes que d'une manière tout à fait incidente, et dans des termes qui laissent place aux interprétations les plus variées. Act du 5 décembre 1893, article 1^{er}. Et cependant la jurisprudence récente n'hésite pas à considérer cette théorie traditionnelle comme toujours en vigueur. Wilson, v. Glassop (1888), 20 Q. B. 354, 58 L. T. R. 707. Et le fait est d'autant plus remarquable que cette théorie ne cadre que médiocrement avec le principe anglais de la séparation entière des intérêts pécuniaires des deux époux. Cf. BERTHEAU, *De la capacité de la femme mariée anglaise*, Paris, Rousseau 1902, pp. 104 sq.

²¹ Fyot, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, pp. 63 sq. ; 80 sq.

²² V. notamment les paroles de Bertrand de Grenille, dans FENET, XIII, p. 477.

²³ Req., 8 mai 1850, *D.*, 50, 1, 269.

²⁴ Cf. par exemple C. d'Et., 26 sept. 1871, Leb. 1871, 834 et Civ., 10 mars 1919, S., 1920, 1, 105 ; Civ., 6 juin 1921, *D.*, 21, 1, 73, S., 21,

1, 193 ; v. aussi les tendances de certains tribunaux civils et de certaines Cours d'appel, plus voisines de celles du Conseil d'Etat : Gap, 5 mai 1922, *D.*, 23, 2, 17 ; Paris, 29 déc. 1920, *D.*, 21, 2, 43. Cf. aussi la jurisprudence belge qui fait en cette matière des distinctions assez originales et occupe une position intermédiaire (Bruxelles, 7 févr. 1924, *Belg. jud.*, 24, 361, *Rev. trim. de dr. civ.*, 27, 388).

²⁵ La jurisprudence mixte considère bien le propriétaire comme responsable de plein droit des dommages causés par les immeubles, par exemple de ceux résultant de l'écroulement d'un bâtiment mal entretenu (Arrêt mixte, 15 déc. 1909, *Bull. Lég. Jurispr.*, XXII, 43) et incline à admettre la même solution, en cas de dommage causé par un produit chimique, contre celui qui avait la garde de ce produit (A. 28 janv. 1925, *Bull.*, XXXVII, 188) ; mais elle rejette cette solution et exige la preuve effective d'une faute en cas de dommage causé par une automobile (A. M. 1^{er} déc. 1927, *Bull.*, XL, 64).

²⁶ Le texte indigène, par exemple, reproduit bien la formule de l'article 1382, C. civ., dans son article 151 ainsi conçu : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer... », mais, peut-être *brevitatis causa*, il ne reproduit pas formellement les articles 1384, § 1 et 1386. Le Code mixte a légèrement modifié même la formule de l'article 1382 (C. civ. M., 212-213). Aussi la comparaison des méthodes suivies est-elle ici assez délicate. C'est pour un motif analogue que nous ne mentionnons pas ici les différences si curieuses entre la jurisprudence française et la jurisprudence mixte au sujet des coupons payables en diverses monnaies — différences qui s'expliquent par l'impossibilité d'appliquer en Egypte certains textes français tels que la L. 12 août 1870, art. 1 ; la L. 5 août 1914, art. 3.

²⁷ Cass., 16 juill. 1895, *D.*, 96, 1, 196.

²⁸ Req., 16 févr. 1909, *D.*, 1911, 1, 189 ; 5 mars 1913, *S.*, 1913, 1, 295.

²⁹ Cass. belge, 14 mars 1895. *S.*, 97, 4, 35 ; Cass. italienne, 21 nov. 1927, *Foro*, 1928, 1, 193, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, 523, arrêt rendu à propos de l'article 775 C. civ. ital., texte très semblable au texte français et conçu ainsi « Le testament olographe doit être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. La date du testament doit indiquer le jour, le mois et l'année. »

³⁰ L'intérêt de cette question avait été bien mis en lumière par le fondateur de la nouvelle école : GÉNY, *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 540 ; 2^e éd., II, p. 168 (n° 173).

³¹ *D.*, 42, 7, L. 6, § 11.

³² Req., 25 juin 1895, *D.*, 95, 1, 486 ; 16 nov. 1910, 1^{er} arrêt, *S.*, 1912, 1, 100 ; 6 janv. 1913, *D.*, 1914, 1, 40. — V. dans le même sens PLANIOL, 11^e éd., II, n° 922 ; COLIN et CAPITANT, 6^e éd., t. II, p. 54.

³³ V. notamment Req., 11 nov. 1878, *D.*, 79, 1, 416 ; Cass. civ., 18 déc. 1895, *D.*, 98, 1, 193. — L'origine de cette solution est dans Venuleius au *Dig.* 42, 7, 25, §§ 1 et 2.

³⁴ Cf. *Dig.*, 42, 7, L. 1.

³⁵ Req., 25 juin 1895, *D.*, 95, 1, 486 et, pour les opinions conformes de nombreux auteurs français, cf. les renvois de la note.

³⁶ C. civ. mixte 204 « Les créanciers ont, dans tous les cas, le droit de faire révoquer les actes faits en fraude de leurs droits, et les donations et renonciations consenties à leur préjudice. — Le texte indigène est conforme. *A priori*, le membre de phrase final aurait pu être interprété

comme rappelant seulement qu'en matière de donation ou de renonciation, aucune fraude du tiers bénéficiaire n'était exigée, et cette interprétation semble avoir séduit au début la Cour mixte : arrêt mixte, 20 févr. 1890. *Bulletin de législation et de jurisprudence*, II, 392.

³⁷ A. M., 31 mars 1920, B. XXXII, 245.

³⁸ A. M., 20 avril 1892, *Bull. Lég. Jurispr.*, IV, 227 ; 12 févr. 1896, *Bull. Lég. Jurispr.*, VIII, 116 ; 3 mai 1927, *Bull. Lég. Jurispr.*

³⁹ AUBRY et RAU, 4^e éd., IV, § 313, texte et note 18 ; 5^e éd., IV, § 313.

⁴⁰ Ce phénomène de la *divergence d'interprétation entre les tribunaux de divers Etats travaillant sur des textes semblables* qui est à mon sens caractéristique de la libre recherche scientifique, se rencontre, quoiqu'à un moindre degré, dans certaines des matières que nous avons réunies sous la rubrique A et dans lesquelles la jurisprudence française s'est surtout orientée vers la tradition. Cf. par exemple sur la question de l'héritier apparent, la résistance des tribunaux belges à l'interprétation française : dans Cass. belge, 7 janv. 1847, et v. les observations de M. van Biervliet dans le *Livre du Centenaire du Code civil*, II, 668. Et, sur l'hésitation des interprètes italiens à admettre les solutions françaises en matière de dot mobilière, cf. BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, p 346.

CHAPITRE II

Méthode d'interprétation en droit privé positif

par

M. Frédéric ZOLL,

*Docteur en droit et professeur de Droit civil
à l'Université Jaguillon de Cracovie*

A mes cours à l'Université sur le droit civil j'ai toujours considéré comme de mon devoir d'insister tout spécialement sur la méthode d'interprétation. C'est pourquoi j'en fis en même temps le sujet de mes études. Il est vrai que dans aucun autre domaine je ne ressentis aussi puissamment la vérité des si justes paroles de Faust de Goethe : « Ziehe... quer u. krumm — Meine Schüler an der Nase herum. »

J'ai publié les premiers résultats de mes travaux sur la méthode d'interprétation en 1899 dans la première partie (générale) de mon manuel de droit civil. Jhering (*Zweck im Recht*), Bülow (*Gesetz und Richteramt*) et Regelsberger influèrent fortement sur mes études d'alors. Dans la deuxième édition de la Partie générale de mon manuel (1909) j'ai considérablement élargi le chapitre consacré à l'interprétation (30 pages environ), et, en raison de nouvelles études comme aussi sous l'influence de l'œuvre admirable de Gény sur la Méthode d'interprétation (1899) et des travaux de quelques autres savants, j'ai un peu modifié ce que j'avais écrit en 1899. Les éditions ultérieures, dont la dernière est de 1931, n'ont pas subi de grands changements ; car j'avais dû transporter mes études dans d'autres domaines.

Je désire résumer ici ce dont j'ai traité dans les manuels susmentionnés. Peut-être ce résumé saura-t-il intéresser l'éminent professeur dont nous célébrons le jubilé. Il ne manquera pas d'y retrouver les traces laissées par sa pensée et ce sera pour lui comme un écho fidèle lui revenant de la lointaine Cracovie.

*
* *

Comme professeur de droit à l'Université Jaguillon qui, avant la résurrection de la Pologne, appartenait à l'Autriche, j'ai basé mes études sur le droit en vigueur en Autriche et sur la doctrine édifiée sur cette donnée.

*
* *

La théorie de Montesquieu concernant la séparation des pouvoirs a exercé une considérable influence en Autriche. C'est probablement sous cette influence que les rédacteurs du *Josefinisches Gesetzbuch* de 1786 décidèrent d'obvier aux empiètements du pouvoir judiciaire sur le législatif en introduisant (première partie, §§ 24 et 26) des dispositions en vertu desquelles le juge n'a que le droit strict d'appliquer la loi ; au cas où cette loi lui semblerait douteuse il a le devoir de se référer au souverain, mais non de résoudre lui-même ses doutes (Voir Génv : *Méthode d'interprétation*, 1919, I, n° 42). Dans le Code civil autrichien, en vigueur jusqu'à nos jours, il n'est plus question de se référer au souverain en cas de doute, mais là aussi le principe est maintenu que seule la loi est source du droit (§§ 1, 9-12). Pourtant, aux paragraphes 6-8 traitant de l'interprétation, le législateur a décidé comme suit : « Si un cas particulier ne peut être résolu ni d'après le texte ni d'après la signification naturelle de la loi, il convient alors de se reporter à des cas semblables, nettement résolus par les lois, et de se conformer aux principes des autres lois les plus voisines. Si cependant le cas demeure douteux il doit être résolu d'après les *principes juridiques naturels* eu égard aux diverses circonstances recueillies avec soin et mûrement étudiées. »

Cette prescription limite singulièrement le principe sus-énoncé que seule la loi est source de droit. Quand, en effet, un juriste doit apprécier si un cas donné, qui ne tombe pas sous le coup de la loi, ressemble suffisamment aux cas prévus par la loi pour qu'on puisse lui appliquer les sanctions prévues dans lesdits cas, sans aucun doute il va au delà de la loi. Il la dépasse d'autant plus qu'il doit résoudre le cas donné d'après « les principes juridiques naturels, eu égard aux diverses circonstances recueillies et mûrement étudiées ». Ainsi donc il ne s'agit de rien de moins que — comme nous le dirions aujourd'hui — de l'application du droit dérivant de la nature même des choses, autrement dit, du droit naturel !

Par conséquent le Code civil en vigueur dans notre province nous incite lui-même, surtout dans ses paragraphes 7 et 6, aux réflexions suivantes :

La loi ne peut être source unique du droit en vigueur et ceci pour les raisons qui suivent :

D'abord parce que le législateur se sert de mots et que les mots ne représentent pas des notions exactes, mathématiques, mais des conceptions élastiques, instables. Cette remarque concerne, non seulement les expressions générales telles que : faute, mauvaise intention, accident, force majeure, bonne ou mauvaise foi, bonnes mœurs, ordre public, etc., mais même des expressions bien plus concrètes comme oral, écrit, aide, arme, chemin de fer, susceptible d'emploi, remaniement, etc... De plus, nombreux sont les exemples

où un (seul et même) mot est employé dans une même loi avec des acceptions différentes. Ainsi voyons-nous la loi autrichienne de 1869 sur la responsabilité juridico-civile pour mutilation ou mort d'homme causées par le fonctionnement des chemins de fer, employer quatre fois le mot « faute » dans les deux paragraphes 1 et 2, et chaque fois avec une acception différente : Nous devons notamment définir différemment la faute de l'entreprise, la faute de ses organes, la faute de la victime et la faute des tierces personnes. Zitelmann dit donc très justement que dans les idées (notions) que recouvrent les mots de la loi nous ne pouvons trouver qu'une moëlle de certitude ; tout ce qui entoure cette moëlle est brumeux comme une image vue par un myope. Et combien plus frappant encore apparaît ce manque de précision dans les idées cachées sous la lettre de la loi si nous considérons qu'une loi oblige pendant de longues années tandis que les idées mêmes enfermées par les termes de la loi se développent, subissent de nouvelles fluctuations à toute pulsation nouvelle du progrès. Sous l'immuabilité des mots de la loi la vie juridique se développe, les idées subissent des changements, et en même temps le sens du droit en vigueur. Ainsi par exemple un juriste ayant à appliquer les prescriptions sur les actes autographes se demande — après l'invention des machines à écrire — si ces prescriptions concernent aussi les pièces tapées à la machine de la propre main de l'intéressé, ou encore — autre cas — si les prescriptions sur les contrats verbaux, conclus *inter praesentes*, doivent aussi s'appliquer aux conversations téléphoniques ayant pour but la conclusion d'un contrat, etc... etc... Et que dire du changement quant à son sens qu'a subie, par exemple, la prescription du Code civil autrichien de l'année 1811, stipulant que l'objet de la location (logement) doit être « propre à l'usage » alors que les xix^e et xx^e siècles faisaient faire un pas si rapide à l'hygiène et transformaient si radicalement les notions de propreté. Πάντα ζεῖ ; tout évolue. Le droit vivant varie sans cesse quoique le texte de la loi reste le même. C'est pourquoi Regelsberger dit que la lettre de la puissante loi paie toujours un tribut à la force du temps, plus puissante qu'elle (*Auch das Machtwort des Gesetzgebers entrichtet der Zeit seinen Zoll*).

La seconde raison pour laquelle la loi seule ne saurait être source du droit en vigueur — raison proche de la première qualitativement quoique différente quantitativement — est que souvent le législateur lui-même ne veut pas résoudre certains problèmes et les laisse à la libre appréciation et discrétion (*arbitrium*) du juge. Il en est ainsi par exemple s'il s'agit de fixer le salaire d'un travailleur quand ledit salaire n'a pas été établi à l'avance (voir § 1152 du Code civil autrichien), ou l'indemnité quand le travailleur ne peut exécuter les services pour lesquels il s'est engagé, et ceci par la faute du patron (§ 1155), etc...

La troisième raison résulte des omissions du législateur. Le

législateur, même le plus perspicace, ne peut embrasser dans ses formules abstraites les multiples manifestations de la vie moderne. Il le peut d'autant moins encore pour les types de situations que l'avenir nous réserve. C'est pourquoi les grandes lois et surtout les codes ne sont presque jamais exempts de lacunes alors que le droit civil ne peut en avoir.

La quatrième raison résulte du fait — hélas, de plus en plus fréquent — que le législateur exprime mal ses conceptions ; soit qu'il se trompe soit qu'il n'ait pas suffisamment approfondi la question, il donne dans une même loi ou des prescriptions contradictoires ou des prescriptions inapplicables.

Si nous considérons les quatre raisons qui précèdent et surtout la première nous voyons — comme l'a justement remarqué Lambert que la loi donne seulement les limites, les cadres du droit, mais n'en donne pas le contenu, donc que le droit, quelque excellente que puisse être la rédaction d'une loi, est en règle *jus incertum*, et non *jus certum*. La tâche qu'avait le préteur romain d'*adiuvare*, *supplere*, *corrigere* les lois romaines avant que le *iudex* les applique, demeure invariable aujourd'hui comme au temps de Rome. Le juriste qui applique le droit ne peut le plus souvent, aujourd'hui encore, se borner à soumettre un cas donné aux prescriptions de la loi, mais doit *adiuvare leges* quand elles ne lui donnent pas la pleine expression de la norme juridique nécessaire, soit qu'elles n'emploient par nécessité que des mots, des expressions creuses et non des idées fortement définies, soit que le législateur lui-même ait a dessein évité de donner une norme pour laisser au juge sa liberté d'appréciation ; il doit *supplere leges* quand les lois sont lacunaires ; il doit enfin *corrigere leges* quand elles recèlent des contradictions ou sont inapplicables par suite du fait que le législateur a mal exprimé sa pensée.

Quelle est donc la juste marche à suivre par un juriste ayant à appliquer le droit ?

Avant tout il doit apprendre à discerner la sphère du *juris certi*. Et par là il faut comprendre non seulement ce que le texte de la norme juridique exige incontestablement, mais aussi ce qui en découle avec une certitude logique. Ainsi, par exemple, si la loi autrichienne de 1871 exige pour la validité des conventions matrimoniales un acte notarié, il en résulte comme *jus certum*, *arg. a contrario*, que l'omission de cette formalité, même si l'acte a été établi par-devant le tribunal, entraîne sa nullité. Mais cette prescription de la loi de 1871 ne peut être pleinement *jus certum* qu'à condition que l'accord donné soit sans aucun doute et conformément au texte de la loi une convention matrimoniale, ce qui apparaît quand la loi désigne un certain accord (par exemple s'il s'agit de la dot) comme convention matrimoniale. Cependant une incertitude peut naître pour tous les accords où la loi manque de semblables précisions. Le juriste entre alors dans le domaine du *jus*

incertum. Il doit, devant l'absence de définition par la loi, commencer l'application de ladite loi en fixant la notion de convention matrimoniale (*adjuvare legem*).

Ainsi le juriste passe du domaine des études consistant à *connaître* ce qui existe, et qui le lie — car la loi le lie — au domaine des lacunes à combler, et donc au domaine de la création. A-t-il des directives dans ce domaine ? Oui, sans aucun doute. Aristote disait déjà qu'il faut compléter les normes de la loi comme pourrait le faire le législateur, et le Code suisse, dans son fameux article 1^{er} l'a répété en 1907 sous une forme un peu modernisée. Comment faut-il comprendre cette indication ?

Avant tout il est bon de se souvenir que, comme le constatait si justement Laband, le droit est « un monde de la pensée où la suzeraineté revient à la logique ». La logique lie notre interprète. Il ne peut compléter le *jus certum* que de façon à ne pas se mettre en contradiction avec lui. Son apport doit être d'accord avec ledit *jus certum*. (Il en va autrement pour le législateur : celui-ci peut édicter une norme contredisant les prescriptions en vigueur ; car toute contradiction est écartée par le principe : *lex posterior derogat priori*. Le système n'aura rien de contradictoire du fait que les prescriptions en tant qu'elles s'opposent à la loi nouvelle seront abolies.)

Cependant, dans ce domaine dominé par la logique il reste un vaste champ pour la création. De ce champ, et conformément au principe d'Aristote, nous devons exclure l'arbitraire de l'interprète. Il ne peut, par son travail créateur, compléter le droit d'après ses opinions personnelles sur ce qui est utile et devrait être le droit ; il ne saurait se guider par ses sympathies ou ses antipathies, par ses goûts ou ses points de vue subjectifs ; tout au contraire la mesure complétée ou établie par lui doit être en parfaite harmonie avec toutes les lois en vigueur, être fidèle aux idées directrices, aux raisons du législateur, respecter les principes éthiques, religieux, politiques et sociaux du législateur. Il n'est pas seulement lié par les ordres du législateur et par toutes les conséquences logiques en découlant, mais encore par ses différents points de vue et opinions sur la nature des choses, sur les biens matériels et moraux, ainsi que sur les moyens par lesquels, d'après lui, il convient de résoudre les conflits résultant d'intérêts opposés. Ainsi donc l'essence de la création de l'interprète diffère totalement de ce que nous avons accoutumé de concevoir par ce mot. Alors que d'ordinaire la création consiste à revêtir les objets d'une empreinte personnelle propre au seul créateur, chez l'interprète-juriste elle consiste à prendre la place d'un autre, à donner aux normes qu'il crée l'empreinte conforme à l'individualité de celui qu'il remplace, c'est-à-dire du législateur. Et ainsi sa tâche est bien plus ardue que celle de tout autre créateur qui peut chercher l'inspiration dans son propre esprit, dans son propre cœur, dans sa propre flamme. L'interprète, lui, doit brûler

du feu d'autrui, étouffer sa propre flamme si elle ne s'accorde pas avec ce feu extérieur.

Pour bien accomplir cette rude tâche le juriste doit non seulement s'imprégner de la connaissance de toutes les prescriptions en vigueur qui forment un système, une entité, mais aussi apprendre à connaître la « nature des choses », autrement dit, toute la vie juridique à laquelle ces prescriptions se rapportent, les intérêts et les buts pour lesquels luttent les parties, les conflits de ces intérêts et leurs fondements. Quand ensuite il comparera la vie juridique, ses forces morales, économiques et sociales avec la teneur des normes législatives, il pourra connaître les jugements portés précédemment et de son temps par le législateur sur les facteurs de cette vie, connaître les buts auxquels il a visé, ses tendances, et par là même il parviendra à trouver la base qui lui permettra de compléter les normes de la loi dans ce même esprit.

Mais toutes ces recherches peuvent s'avérer insuffisantes pour bien concrétiser une prescription de droit. Ceci se produira surtout s'il s'agit de créer des normes pour de nouvelles manifestations de la vie où les intérêts en conflit apparaissent à l'interprète comme étant de valeur égale : la loi peut alors se développer harmonieusement dans telle ou autre direction sans que son unité ou son esprit en souffrent. Cependant, et même dans un tel cas, le juriste ne peut formuler ses règles arbitrairement, mais doit chercher la voie la plus juste et la plus conforme aux idéaux de la vie sociale (Stammler). Pour trouver cette voie il doit avant tout se reporter aux normes consacrées par l'usage, même non reconnues par la loi comme source du droit en vigueur (il trouvera là fréquemment la solution parfaite du problème) et, si cette ressource lui fait défaut, qu'il consulte l'*histoire du droit* ainsi que ce qu'on appelle le *droit comparé*. *Magistra omnium rerum*, autrement dit l'histoire, lui donnera plus d'une indication et surtout lui expliquera comment, et dans telle époque ou circonstance différente, le droit a résolu des conflits d'intérêts tout aussi contradictoires. En outre les législations des états étrangers, spécialement de ceux dont la culture juridique a devancé les lois en vigueur, lui seront des sources précieuses, rien que par le fait qu'après la phase de la vie juridique où se trouve aujourd'hui notre pays succéderont probablement les autres phases qui, dans les états à culture supérieure, ont suivi l'état juridique correspondant au nôtre actuel (Liszt).

De telles études sur la vie juridique, sur les prescriptions en vigueur, sur l'histoire du droit et des lois étrangères développent chez le juriste ce que nous appelons le *sens du droit*, c'est-à-dire l'aptitude à trouver « le droit juste » ou « droit ». Cette aptitude augmente évidemment dans la mesure où l'instruction générale du juriste est plus étendue, où il comprend mieux la culture moderne, surtout juridique, qui est spécialement celle du législateur moderne, où il a plus de cœur et de raison, où il est vraiment l'enfant de son

siècle. Une assimilation mécanique de toutes les prescriptions du droit ne saurait remplacer cette aptitude ; ainsi donc il ne suffit pas de manier abstraitement des formules juridiques détachées de la vie et de ses pulsations si la sagesse et une profonde connaissance de la vie juridique ne les accompagnent.

Sur la base de ces quelques indications touchant la méthode il nous est facile d'apprécier la justesse des opinions émises par quelques penseurs.

Ainsi s'exprime Sohm : « La connaissance du droit qui nous mène dans le domaine de l'histoire, dans le monde de l'église, dans le bureau du marchand, au fond d'une mine, dans le vaste champ de l'économie sociale, nous introduit avant tout dans le cœur des peuples et au sein de ces puissances profondes qui les gouvernent. »

Unger remarque : « C'est seulement la liaison du sens juridique et de la raison juridique qui peut donner de justes sentences appuyées sur de justes motifs. Le sentiment de ce qui est « de droit exercé par la logique, le sens juridique aiguisé par la science, un instinct juridique rationalisé, voilà de quoi un homme a besoin. La tête et le cœur lui sont également nécessaires ».

Citons encore les paroles de Bacon : « Les sciences, dit ce penseur, constituent surtout le domaine des empiriques et des dogmatiques : les empiriques rassemblent et utilisent ce qu'ils ont rassemblé — comme les fourmis ; les dogmatiques tissent leur toile de leur propre substance — comme les araignées. Seules les abeilles indiquent la bonne route : elles volent dans les champs et les jardins, sucent le meilleur suc des fleurs, le travaillent, le transforment par leur propre savoir. » Et ce sont elles qui fournissent un produit utile.

Ce que je viens d'exposer rapidement appelle une question fondamentale : la science du droit est-elle science *sensu stricto* ou art ? Les deux ensemble peut-être ?

La science en général est la recherche de la connaissance. La recherche scientifique analyse les phénomènes, trouve leurs causes, les classe, en forme des groupes. La science affirme qu'une chose existe, et comment elle existe, ou qu'elle ne décèle rien, et dans ce cas, poussée par les courants de l'ordre et du mouvement, elle bâtit des hypothèses. Les résultats des recherches scientifiques peut être vrai ou faux, erroné. L'art par contre agit, crée, peut et par conséquent veut être utile, vise à rendre heureux, à éveiller ce qui devrait être, à former la beauté ; peut-être agit-il et crée-t-il sans ces intentions ; mais contrairement à la science il mène toujours non aux résultats vrais ou faux, mais aux meilleurs ou aux pires ¹.

La science du droit est donc science en tant qu'elle vise à connaître la vie juridique, les prescriptions en vigueur, les unit en un système et tâche de connaître les raisons qui ont dirigé le législateur dans la rédaction des lois (*ratio legis*), en tant qu'elle cherche à savoir l'histoire du droit et étudie les lois étrangères —, mais elle

est art dès lors qu'elle considère la valeur des phénomènes, qu'elle recherche les meilleures voies, qu'elle rédige ou crée les règles ou prescriptions les plus adéquates, les plus justes ; elle est art alors, car elle fait apparaître et tâche d'exprimer le mieux les idéaux sommeillant au fond de la conscience de l'homme et de les appeler à la vie, mais sous une forme concise et cristallisée. Cet art (*ars boni et aequi*) peut s'appeler aussi politique (du droit civil), si nous entendons par la politique l'art de trouver dans des conditions données la voie la meilleure, la plus adéquate, visant le mieux au but à atteindre.

Cependant l'art du droit ne peut jamais quitter le terrain qui lui est tracé et limité par la science (Bekker). Ces limites, comme je l'ai déjà spécifié, sont autres pour le législateur que pour le juriste appliquant les normes en vigueur. Le législateur n'est lié que par les règles scientifiques de la logique — par ailleurs il peut librement rechercher les meilleures normes et en les créant supprimer les prescriptions jusque-là en vigueur. Ceci n'est pas permis à qui applique le droit en vigueur. Celui-ci est limité par le droit contenu dans la loi ou en résultant. Ce n'est que conformément à elle (*secundum legem*) ou en dehors d'elle (*praeter legem*), mais non contre elle (*contra legem*), et donc dans les seules limites des normes promulguées par le législateur, qu'il peut compléter les prescriptions de la loi, les développer, en créer de nouvelles².

Mes considérations, très abrégées ici, exigent pour que le tableau soit complet une explication essentielle : la définition du *législateur* auquel je fais si souvent allusion, ceci en raison du principe souligné par moi que la création de l'interprète doit être celle d'un remplaçant ; il doit compléter les prescriptions comme le ferait le « législateur » lui-même.

Sans aucun doute la notion du « législateur » dans un tel ordre d'idées ne peut être prise dans son sens propre, général, technique, basé sur le régime de l'Etat. Sur cette base il faudrait différencier l'Etat possédant un régime absolu de l'Etat démocratique et pour le premier comprendre par législateur le monarque régnant dont cependant le savoir et la volonté, quand il signe la loi, ne sauraient être considérés comme compétents au sens propre du terme, ceci par le seul fait qu'un monarque a en général une assez faible idée de ce qu'il signe. Mais encore dans un Etat démocratique où la loi est votée par le parlement on ne peut reconnaître pour compétents au sens propre du terme le savoir et la volonté des membres du parlement ; car seulement une partie d'entre eux se rendent un compte exact de ce sur quoi ils statuent, et parmi eux, il y a assez rarement une complète conformité d'idées et identité d'intentions.

Nous ne pouvons nous plus identifier avec le législateur, tel que nous le comprenons, les différents juristes qui préparent les projets de lois. Ceci, *primo* parce qu'ils ne sont que des auxiliaires aux ordres du législateur, *secundo* parce que leur participation est fort

différente comme différentes sont leurs tendances. C'est pour eux qu'il faudrait dire comme pour les députés votant les lois : *quot capita, tot sensus* !

Le législateur — et ceci résulte de mes explications précédentes — apparaît comme une forte individualité, source de toutes les prescriptions légales en vigueur à un moment donné, c'est-à-dire au moment de leur application, prescriptions qui (une fois les contradictions écartées) sont réunies en un système logique. Cette individualité connaît ce système, le domine et le comprend. Cette individualité a une volonté, exprimée dans les lois ; elle sait ce qu'elle veut, connaît nettement ses buts qui pour elle sont indiscutables et précis, tend vers eux pour des motifs basés sur la connaissance de la vie juridique et de la nature des choses, en raison de leur valeur éthique, économique et sociale — et ceci au moment donné qui est celui où l'interprète doit appliquer la loi.

Tel est « le législateur » dans notre sens, celui que l'interprète doit remplacer, en découvrant et complétant le droit, exprimé imparfaitement dans les lois.

Au législateur ainsi conçu il ne manque qu'une seule chose, mais d'importance : c'est l'existence réelle ! Il est une fiction. Pour la science, pour la volonté telles que nous venons de les définir, nous créons en imagination ce personnage, cette forte individualité, et nous le nommons « législateur » afin d'en faire le support de cette science et de cette volonté, et ainsi nous personnifions le monde de la pensée et des intentions extraits des textes de la loi par la culture juridique moderne.

Voilà quel est le législateur tel que je le comprends, tel que j'ai voulu le faire apparaître plus avant.

A cette notion du « législateur » se rattache aussi la notion du « droit en vigueur » conçu comme la volonté d'un tel législateur.

Mais comment concilier la conception d'un législateur de cette sorte et surtout ses idées homogènes et cohérentes sur les raisons morales, sociales et économiques des lois en vigueur au moment de leur application, avec le fait que certaines lois qui sont dans ce moment en vigueur, (n'étant pas contradictoires dans leur essence), proviennent de temps différents et résultent donc en réalité de motifs législatifs divers appartenant même parfois à des groupes d'idées radicalement opposés. L'obtention de l'uniformité est possible ici quand toutes les lois parallèlement en vigueur, sans égard au moment de leur promulgation, sont unies en un système logique, exempt de toute contradiction, et quand nous les interprétons toutes par des motifs législatifs de la période en cours, c'est-à-dire de celle où l'interprète doit appliquer la loi. Les lois les plus récentes sont alors l'émanation directe de ces motifs, les plus anciennes restent en vigueur non à cause des motifs qui les ont fait naître ; mais en raison des motifs législatifs pour lesquels le législateur actuel trouve bon de ne pas les supprimer. On peut ici comparer les prescriptions

juridiques à l'expression de dernières volontés : un testament rédigé quelques années avant la mort du testateur est considéré comme étant l'expression de sa volonté au moment de sa mort, et ceci d'après l'argument que, puisqu'il ne l'a pas annulé jusqu'à son décès, c'est qu'il l'approuvait encore à ce moment. C'est sur la même base que l'interprète de plusieurs dispositions de dernière volonté, valables conjointement et remontant à des temps différents, écarte les doutes qui peuvent se présenter dans leur interprétation pour les amener à l'uniformité et à l'harmonie parfaites de ce que nous appelons *la dernière volonté* ³.

A cette comparaison ajoutons-en une seconde : l'analogie est frappante entre la façon de concevoir le droit en vigueur comme expression de la volonté du « législateur » tel que nous venons de le définir, et la volonté d'accord des contractants. La volonté du législateur, par conséquent le droit en vigueur, ce n'est pas pour nous ce que voulaient effectivement les législateurs au sens technique (le monarque absolu, les membres du parlement dans un Etat constitutionnel, etc.), mais c'est ce qui découle des lois d'après toute la culture juridique contemporaine sus-définie (il s'agit surtout ici de la nature des choses, des courants éthiques, sociaux et économiques, des coutumes, etc...) De même, comme volonté d'accord des contractants nous considérons non ce qu'ils voulaient effectivement, mais ce que nous estimons être leur volonté d'après les manifestations de cette volonté et d'après les autres faits et circonstances accompagnant la rédaction du contrat, et plus spécialement d'après les mœurs en cours chez les honnêtes gens (voir § 863 du Code civil autrichien, art. 1135 Code Napoléon, et § 157 du Code civil allemand). Evidemment il y a aussi des différences : ainsi, lors de l'interprétation du contrat le moment de sa conclusion nous paraît décisif ; lors de l'interprétation du droit en vigueur, ce n'est pas le moment de la promulgation de la loi mais de son application qui est surtout décisif. Les lacunes dans la volonté des contractants, volonté expresse ou telle que nous la supposons, sont relativement comblées par les prescriptions juridiques en vigueur (*jus dispositivum*) ; tandis que dans la volonté du législateur sus-défini aucune lacune n'existe ni ne peut exister comme n'existent ou ne peuvent exister de lacunes dans le droit de la nature (d'après la conception actuelle du terme) ou dans celui de l'intuition ou dans ce monde parfait des idées — quel que soit le mot qui la désigne — que communément nous appelons « justice ». Les lacunes n'existent que dans les lois écrites, dans cette œuvre imparfaite des législateurs réels.

*
* *

Dans la suite de mon livre je présente, sur la base de la méthode d'interprétation ainsi conçue, la fonction de quatre éléments interprétatifs sur lesquels Savigny attire notre attention : les éléments

verbal, logique, systématique et historique, et conformément à la notion sus-mentionnée du « législateur » je démontre que l'élément interprétatif historique, s'il éclaire la nature des choses et les motifs législatifs du passé, joue régulièrement un rôle secondaire ; car la culture juridique des gens qui, en fait, ont rédigé les anciennes lois est parfois fort éloignée de la culture juridique de notre moderne législateur fictif. Et pour l'interprète du droit positif c'est la culture de ce dernier qui est prépondérante.

Ensuite, je traite de l'analogie *legis* et *juris*, et enfin de l'interprétation authentique.

En traitant de l'analogie *legis* et *juris* je procède de ce qui suit : Toute prescription juridique comporte deux parties : une situation de fait définie *in abstracto* à l'aide de certains critères, et l'impératif de la loi (ordre, défense), c'est-à-dire une sanction. Si donc un interprète, après avoir étudié les prescriptions juridiques en vigueur, arrive à la certitude qu'on n'y a pas prévu la situation répondant au cas concret dans lequel il doit décider, alors, cherchant pour sa part, en tant que créateur, et d'après mes précédentes énonciations, une sanction *ad hoc*, il peut constater que ces mêmes motifs qui dans son cas sont décisifs pour le choix d'une juste sanction sont aussi la base (*ratio legis*) d'une sanction exprimée dans une prescription juridique, et alors, vu l'identité des motifs, il transporte et applique à l'état de fait, non prévu dans cette prescription, la sanction trouvée dans la prescription de la loi. Nous disons alors qu'il y a *analogia legis*.

Ceci est illustré par l'exemple suivant :

A a pris arbitrairement une chose appartenant à B ; il l'a vendue en son propre nom et l'a donnée en propriété à C ; C n'a pas acquis la propriété, et B peut porter efficacement contre lui une action en restitution. Cependant, si A après avoir vendu et remis ladite chose à C l'achète à B et l'obtient en propriété par la cession de l'action en restitution, il (A) ne pourra pas porter efficacement action contre C ; car ce dernier se couvrira du paragraphe 336 (*in fine*) du Code civil autrichien en se basant sur le fait que le demandeur A lui a vendu ladite chose et par conséquent a le devoir de respecter son état de possession (*exceptio rei venditae ac traditae*). La question se pose, question non résolue au paragraphe 366, de savoir si B peut porter une plainte en restitution contre C au cas où A (n'aurait pas acheté ladite chose à B, mais) serait mort et où B deviendrait son héritier. Or, nous décidons, d'après l'analogie du paragraphe 366, Code civil *in fine*, que B ne peut alors utilement porter action en restitution contre C (même prescription qu'au paragraphe 366 *in fine*) ; car, en tant qu'héritier de A il lui a succédé dans ses obligations et par conséquent a vis-à-vis de C le devoir résultant du contrat de vente (même motif légal que la raison *legis* de la prescription du paragraphe 366 *in fine*).

Quand cependant l'interprète n'arrive pas à trouver une pres-

cription où la sanction soit basée sur la même *ratio legis*, il doit établir une nouvelle sanction, non prévue jusque là dans les prescriptions juridiques, mais conforme à l'esprit des lois en vigueur, et c'est alors que nous pouvons parler d'*analogia juris*.

C'est par voie d'*analogia juris* que l'interprète établit par exemples les normes concernant ce que doit devenir la propriété d'une personne juridique dissoute au cas où ni ses statuts, ni ses actes de constitution ou autres, ni les décisions de ses organes *ad hoc* ne le déterminent.

La création de l'interprète dans l'*analogia legis* ne se manifeste donc que dans l'expression que la sanction légale exprimée dans la loi doit être appliquée aux situations de fait non prévues par cette loi, tandis que dans l'*analogia juris* cette création s'étend au sujet même de la sanction.

¹ C'est surtout dans les sciences naturelles que nous voyons la justesse de cette définition. Le jour et l'heure fixés par l'astronome pour une éclipse de lune, tel est le résultat d'une recherche scientifique. Dans ce qu'on appelle les sciences de l'esprit (*Geisteswissenschaften*) l'activité créatrice s'introduit toujours. L'action scientifique y porte toujours l'empreinte individuelle, donc créatrice du chercheur. C'est pourquoi le plus souvent il est si difficile de distinguer la science de l'art. Ceci apparaît surtout dans la science juridique.

² Je ne mentionne pas dans cet article ce qui va sans dire, c'est-à-dire que le droit formulé par l'interprète ne saurait avoir la rigueur des prescriptions de la loi. L'importance qu'avaient les *responsa jurisprudentium*, basée sur les lois des empereurs romains, appartient à l'histoire: aujourd'hui, même l'interprétation des tribunaux n'oblige que pour les cas dans lesquels ils ont statué.

³ Je ne veux pas ici aborder des questions épineuses, à savoir si pour l'interprétation des lois de dates différentes les vrais motifs de leur érection ne sont pas aussi d'importance.

CHAPITRE III

La loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé¹

par Naojiro SUGIYAMA

Professeur à l'Université Impériale de Tokio

I

1. Voici le texte de la loi, objet de notre étude :

« Décret de Dajokwan n° 103 du 8 juin VIII^e année de Meiji ».

Les règles sur l'administration de la justice sont ci-après déclarées :

ARTICLE PREMIER. — Tout tribunal doit juger sans retard conformément à la loi dans les affaires civiles aussi bien que dans les affaires criminelles. Il n'est pas permis de suspendre l'instance pour demander avis au tribunal supérieur sur les difficultés éventuelles sauf au cas de condamnation à mort ou aux travaux perpétuels.

ART. 2. — Le juge ne doit pas donner d'explication au condamné qui exprimerait son mécontentement contre le jugement, mais il doit lui indiquer son droit d'appel ou de pourvoi en cassation dans un délai légal.

ART. 3. — Dans les affaires civiles, à défaut de loi écrite, on doit juger selon les coutumes, à défaut de coutumes, par la recherche de la raison et de l'équité.

ART. 4. — Il est interdit au juge de prononcer pour l'avenir par voie de règlement général.

ART. 5. — Les instructions données par les autorités administratives pour des cas concrets ne valent pas comme règle générale pour le tribunal, sauf en ce qui concerne les déclarations et avis spécialement distribués.

Ce décret de Dajokwan promulgué en 1875, l'époque où il n'y avait pas encore la séparation des pouvoirs, valait naturellement une loi au sens formel d'aujourd'hui.

Les deux premiers articles de ce décret déterminent les règles communes à l'administration de la justice, tandis que les articles 4 et 5 ne reconnaissent pas le caractère de sources de droit au jugement et aux actes administratifs ; enfin l'article 3 fixe les sources du droit privé, la hiérarchie entre elles et le critérium de l'administration de

la justice dans les affaires civiles. Même l'article premier peut être considéré comme correspondant indirectement à l'article 3 *in fine* qui reconnaît une source non formelle de droit. Le décret est donc la loi la plus fondamentale du Japon en ce qui concerne les sources du droit privé et criminel aussi bien que le critérium de l'administration de la justice civile et criminelle.

Quelle est l'origine de cette charte sur les sources du droit et surtout de son article 3, objet principal de notre étude? Nous n'avons pu encore trouver de preuve directe pour formuler une conclusion décisive.

Mais nos recherches nous permettent, en nous basant sur différentes circonstances, de présumer qu'il s'agit principalement d'une législation autonome et spontanée, quoiqu'il y ait lieu d'imaginer une certaine influence, mais après tout subsidiaire, des articles 4 et 5 du Code civil français et du professeur Boissonnade.

Ce caractère de spontanéité autonome est surtout remarquable en ce qui concerne l'article 3, essence de la loi. En effet, « le pouvoir du juge de la libre recherche de la raison et de l'équité ou de la nature des choses » à défaut d'une source formelle de droit, que, cet article prévoit, est une vieille tradition japonaise.

Cette règle traditionnelle était même admise dans les affaires pénales, malgré qu'elle fut l'antithèse du principe moderne *nulla poena sine lege*. Elle a été consacrée textuellement dans les Codes pénaux chinois depuis la Dynastie T'ang jusqu'à la Dynastie Ts'ing, et a été incorporée dans le code japonais Yōrōritsu de 718, peut-être même déjà dans le Taihōritsu de 700. Le Code pénal « Kaitai-Ritsurei » de 1873 a maintenu la même règle du Code pénal « Shin-ritsu-Kōryō » de 1870. C'est pourquoi l'article 3 de notre charte de 1875 se contenta de consacrer seulement le même principe pour les affaires civiles.

Mais l'admission de cette même règle en matière civile était à la fois plus facile et plus nécessaire qu'en matière pénale, étant donné la carence des lois écrites dans le domaine du droit privé aussi bien pendant tout notre ancien régime qu'au commencement de Meiji.

Je conclus donc que cette loi est non seulement traditionnelle, mais encore une production spontanée et indispensable de l'état du droit non écrit de cette époque ².

En ce qui concerne les commentaires de cette loi, je me bornerai à dire que son article 3 coïncide, sauf quelques différences, avec la thèse de M. Gény sur la source du droit privé, et qu'il appartient à la même famille d'institutions que l'article premier du C. C. S., l'article 7 C. C. Austr. et bien des dispositions d'autres législations.

2. Cette loi marque une époque dans l'évolution du droit japonais moderne.

D'abord, depuis la consécration législative de la libre recherche par l'article 3 *in fine*, les juges ont eu ouvertement recours à ce

système déjà traditionnel. Et ils ont reconnu les Codes napoléoniens comme « la raison écrite » et les ont appliqués comme « la raison et l'équité » prévues par cet article. Les Codes napoléoniens ont joué alors au Japon le même rôle que le *Corpus iuris civilis* dans l'ancien droit français et par cette voie le droit japonais a vite quitté la famille du droit chinois pour devenir membre de la famille du droit français³.

A ce règne des Codes napoléoniens succéda le règne, au titre de la raison et l'équité, du « projet de Code civil ancien » rédigé par le professeur Boissonnade.

C'est par ce fonctionnement de notre article 3 que le droit français a joui d'une influence prépondérante au Japon pendant une trentaine d'année. Mais les peuples occidentaux n'avaient pas confiance en ce système de la libre recherche complémentaire de notre article 3 et ne voulaient pas abandonner leurs droits d'exterritorialité au Japon tant que ce système continuerait. Le peuple japonais a été forcé de sacrifier le progrès de son droit par la voie d'interprétation jurisprudentielle et s'est hâté de codifier sans avoir assez de temps pour s'occuper de la recherche de nos coutumes traditionnelles. Il est intéressant de constater que le système de la libre recherche est devenu une cause occasionnelle d'un système de Code!

II

3. La loi de 1875 a-t-elle ultérieurement subi des transformations législatives, doctrinales et jurisprudentielles? En ce qui concerne les transformations législatives, il faut se contenter de passer rapidement en revue les dispositions principales qui s'y rapportent : l'article 2 du « Code pénal ancien » de 1880 remplaçant par le système *nulla poena sine lege* le système de la libre recherche complémentaire prévue par Kaitei-Ritsurei de 1873 et apportant par là une transformation indirecte à l'étendue de l'esprit de l'article 3 de notre loi de 1875 ; l'article 76 alinéa 1, articles 21, 23, 27, article 24, article 57 alinéa 1 de la Constitution de 1889 mise en vigueur en 1890 consacrant ou plutôt corroborant l'existence et l'esprit de notre loi ; la loi d'organisation judiciaire de 1890, le Code d'instruction criminelle de 1880, le Code de procédure civile de 1890 absorbant dans leurs dispositions l'article 2 de notre loi ; l'article 9 de la loi d'introduction du Code civil de 1898 laissant notre loi de 1875 en dehors de l'énumération des lois supprimées et la consacrant implicitement ; l'article 2 de la loi d'application générale des lois dite de « Hô-rei » consacrant la portée de l'article 3 de notre loi en matière de coutume ; l'article premier du Code de commerce donnant à la coutume commerciale priorité sur les textes du Code civil dans les affaires commerciales et portant par là une modification partielle à l'article 3 de notre loi aussi bien qu'à l'article 2 du Hôrei.

En somme on peut dire que la législation postérieure, sauf quelques modifications, n'a fait que corroborer notre loi en général

et surtout l'article premier qui défend le déni de justice, l'article 4 qui interdit l'arrêt de règlement et l'article 3 qui ordonne dans les affaires civiles l'application hiérarchique de la loi, de la coutume et de la troisième source non formelle du droit par la libre recherche.

4. Mais la question devient tout à fait différente si l'on regarde du côté des transformations doctrinales et interprétatives ; ici on assiste à des transformations profondes. Le Japon une fois devenu un pays de droit codifié, on y a vu l'avènement de l'école d'exégèse des Codes comme dans le droit allemand qui a codifié un peu plus tôt que nous, et qui s'est substitué, par suite de cette similitude de codification, au droit français dans l'influence dont celui-ci jouissait sur le droit japonais. L'article 3 *in fine* de notre loi, au lieu d'empêcher cette soumission à l'école d'exégèse qui est contraire à son esprit, fut désormais négligé par nos juristes ; ils se sont plutôt félicités de la cessation de la cause d'insécurité venant de la libre recherche ⁴.

Mais le Japon n'a pas échappé aux conséquences de la révolution industrielle qui a commencé au ^{xx}e siècle et s'est achevée vers 1919.

L'effort pour remédier au désaccord entre le Code et les faits est devenu nécessaire et c'est après la grande guerre que la tendance à la socialisation et à l'internationalisation du droit s'est surtout accusée.

L'activité interprétative a été plus nécessaire que l'activité législative pour s'adapter à cette transformation sociale.

La doctrine a été alors attirée vers l'interprétation libre du droit en amenant la décadence de l'école de l'exégèse, sous l'influence des deux grandes doctrines représentant les deux grands courants de l'interprétation libre du droit, savoir : la libre recherche scientifique de Gén^y et l'interprétation évolutive du droit de Saleilles, influence déjà visible dès l'époque de Taishō c'est-à-dire vers 1912.

Comme phénomène corrélatif, on a pu constater un relèvement de l'influence du droit français et une diminution de celle du droit allemand.

Ce sont croyons-nous les deux grands ouvrages de Gén^y, *Méthode d'interprétation* et *Science et technique* qui ont joué ici un rôle important. Il nous semble que l'influence et la contribution de Gén^y à ce point de vue a été plus grande encore que celle de Saleilles, et le renom de Gén^y dans le monde juridique japonais dépasserait beaucoup et à juste titre ce qu'on croit en France.

Mais, d'un autre côté, je dois regretter que l'état réel de notre droit soit trop inconnu des juristes occidentaux, même de M. Gén^y qui, dans son chef-d'œuvre, formule sur ce point une observation dont l'inexactitude n'a pas besoin d'être démontrée ⁵.

Mais ce qui est étonnant et regrettable, c'est que notre loi de 1875 ait été laissée à l'écart par nos juristes dans leur négligence jusqu'aujourd'hui, bien que son principe soit en accord avec la thèse de Gén^y aussi bien qu'avec l'article premier C. C. S. qu'ils admirent ! Nos

juristes et toutes les collections de nos Codes et lois oublient à peu près unanimement son existence, lorsqu'il s'agit d'indiquer les lois nationales concernant les sources du droit.

5. Quelle est enfin la transformation jurisprudentielle? Sans retracer les différentes étapes que notre jurisprudence a traversées, nous nous contenterons de dire qu'elle est entrée dans la voie de collaboration avec la doctrine et qu'elle a commencé depuis une dizaine d'années un effort d'adaptation aux exigences sociales nouvelles. Nous citerons à titre d'exemples quelques décisions de jurisprudence où se manifeste cette tendance :

1° Cass. 26 janv. 1915, arrêt admettant, en cas de rupture de promesse de mariage, c'est-à-dire de divorce en fait, la responsabilité contractuelle fondée sur la « conception générale du pays » (c'est-à-dire l'opinion publique);

2° Cass. 3 mars 1919, arrêt admettant, dans le cas de mort d'un arbre connu comme souvenir historique, mort causée par la fumée des locomotives, la responsabilité pour rapport de voisinage en général, sans qu'il y ait au Japon de disposition correspondant à l'article 1384 alinéa premier du Code civil français, en se fondant simplement sur la « conception générale ».

3° Cass. 28 novembre 1925, arrêt condamnant le bailleur d'un local commercial pour avoir refusé au locataire un renouvellement et pour l'avoir loué à un tiers, et admettant la responsabilité délictuelle de l'article 709 C. c. jap., en interprétant les mots « violer le droit » dans le sens de « léser un intérêt qui mérite réparation d'après la conception générale »⁶ ;

4° Cass. 20 juillet 1926, arrêt instituant le devoir civil de fidélité du mari, malgré l'article 813 C. c. jap. et l'article 183 C. pén. jap. visant exclusivement ce devoir chez la femme, en se fondant toujours sur la même raison, c'est-à-dire la « conception générale ».

On pourrait citer encore des décisions jurisprudentielles concernant les clauses de style, les meubles par anticipation, la règle anglaise de l'estoppel*, la concurrence déloyale, et bien d'autres.

* Pour l'explication du rôle joué, à l'heure actuelle, comme l'une des doctrines fondamentales du fond même du droit anglo-américain — de son droit substantiel — par cette doctrine d'origine procédurale, nous renvoyons les lecteurs des pays de *droit civil* à l'exposition, d'une si saisissante clarté, que L.-L. Fuller en a donnée dans le second paragraphe de sa contribution sur les *fictions légales* contenus dans le titre II du présent volume (p. 159). Sur les origines procédurales de l'estoppel, Coke (sur Littleton, 352) nous dit : « *Estoppe* vient du vieux mot français *estoupe*, d'où est sorti le mot anglais *stopped*, et on l'appelle un *estoppel* ou une *conclusion* (c'est-à-dire moyen de procédure qui ferme la voie dans laquelle on s'était engagé, argument sans répliques). parce que le propre acte ou la propre acceptation d'un homme l'arrête ou lui ferme la bouche pour alléguer ou plaider la vérité. » C'était encore

Nous considérons le troisième arrêt comme une application du système d'interprétation évolutive soutenu par Saleilles, tandis que les autres arrêts sont plutôt une application de la phrase finale de l'article 3 de notre loi de 1875, en accord avec la thèse de la libre recherche complémentaire par GénY. Cependant nous n'avons pu encore trouver à notre regret aucun arrêt japonais qui soit fondé sur cette disposition ni aucune note d'arrêt qui ait donné cette justification. Les motifs donnés par nos arrêts à leur interprétation libre, comme la conception générale du pays, la bonne foi, la règle d'expérience, l'équité, etc., ne sont en effet que la justification ajoutée au prétexte d'application fictive d'une disposition légale, c'est-à-dire d'une loi écrite.

M. Hideo Yokota, ancien président de notre Cour de cassation, a eu l'honneur en 1930 de faire une conférence devant sa Majesté Impériale au sujet de « la méthode d'interprétation de François GénY ». Il a choisi ce sujet, tellement la thèse de M. GénY sur la libre recherche scientifique l'avait touché comme juste explication de l'activité de notre jurisprudence. Mais il faut regretter qu'il n'ait pas mentionné l'article 3 de notre loi. N'est-ce point là un témoignage de l'oubli où notre jurisprudence laisse cette loi, oubli dont elle n'est pas encore sortie aujourd'hui?

III

6. Suis-je, du point de vue du droit comparé, fondé à regretter cet oubli de notre loi nationale de 1875?

Nous allons donner un coup d'œil aux divers systèmes qui ont existé depuis l'antiquité et nous essayerons de les classer comme suit :

1° Le système de l'administration de la justice pure et simple par la raison et l'équité, système qui est appliqué en général dans les sociétés les plus primitives qui ne connaissent encore ni la loi, ni la coutume ;

2° Le système de l'application du droit naturel, dont les exemples sont le *jus gentium*, la jurisprudence prétorienne, l'Equity anglais ;

3° Le système de la défense absolue de l'interprétation libre, par exemple, l'interdiction de Justinien concernant le *Corpus juris*

sous l'aspect procédural que Blackstone (*Commentaries*, 3, 308) l'envisageait en le définissant « un moyen procédural particulier (*special plea*) qui se produit quand un homme a fait quelque acte ou établi quelque titre instrumentaire solennel (*deed*) qui l'empêche de faire la preuve de quelque chose. » Il suffira de lire les pages de Fuller, auxquelles nous renvoyons, pour comprendre les raisons pour lesquelles le principe fondamental de droit substantiel, sorti de là, apparaît à l'étranger, et notamment au Japon, comme l'un des éléments les plus attirants parmi les constructions du *Common law*.

civilis, la loi autrichienne de 1786, la loi française de 1790, la loi prussienne de 1794 ;

4° Le système admettant indirectement la possibilité de la libre recherche complémentaire, par exemple, l'article 4 du C. c. fr. ;

5° Le système de l'omnipotence de la volonté du législateur, c'est-à-dire celui de la première école d'exégèse qui régna sur la plupart des Etats européens dans la première moitié du XIX^e siècle ;

6° Le système de la fiction de la volonté du législateur, à la base de l'Ecole postérieure d'exégèse, qui a été prépondérante dans la seconde moitié du XIX^e siècle dans la plupart des pays européens ;

7° Le système de l'analogie du droit, par exemple, l'article 3 de la loi italienne de 1865, l'article 6 du C. c. espagnol et l'article premier du premier projet du B. G. B., aussi bien que le B. G. B. en vigueur, législations inspirées du même esprit que le Code civil autrichien, mais manquant de foi et de courage sous l'oppression du courant d'idées en faveur du culte des textes du XIX^e siècle et revenant après tout au dixième système ci-après ;

8° Le système de l'interprétation évolutive de la loi écrite, système magistralement développé par l'autorité de Saleilles, formant une des deux grandes doctrines sur l'interprétation libre et ayant une grande influence dans le domaine de la théorie concurremment avec le système de la libre recherche. Mais en fait il n'y a aucune législation qui ait consacré ce système, et il y a peu de jurisprudences qui en pratiquent la véritable méthode, dont le mécanisme trop compliqué a besoin pour sa mise en mouvement de qualités trop hautes et rares chez le juge et dont la démarcation est trop délicate à faire avec le système de l'application fictive de la loi positive ;

9° Le système de la libre recherche complémentaire déjà soutenu par Aristote, mais législativement consacré pour la première fois par l'article 7 du Code civil autrichien de 1811 et maintenu par sa réforme en 1916, puis consacré d'une manière autonome par notre loi japonaise de 1875, — au milieu du courant universel d'idées en faveur du culte des textes, sous le joug duquel ont fléchi même les législations italienne, espagnole et allemande, — inconsciemment suivi dans la même année par l'article 11 du Code civil mixte égyptien et l'article 34 du règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Egypte, et au XX^e siècle par l'article premier du nouveau Code civil suisse de 1907, adopté par le Code civil turc, repris par l'article premier du Código civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916, renouvelé par les articles premier et 2 du Code civil chinois de 1929 ;

10° Le système de la soi-disant application fictive de la loi écrite, système délaissé en théorie, mais en fait embrassant confusément même le huitième système et à la mode aujourd'hui encore dans la pratique de presque tous les pays, même dans les pays où l'on possède des dispositions comme l'article premier du Code civil suisse, comme l'article 3 de notre loi, etc.

7. De ce qui précède, on pourrait conclure, à un certain point de vue, qu'il y a dans les sociétés du temps présent une opposition entre deux systèmes principaux : le système de la soi-disant application fictive de la loi écrite, prépondérant en fait, et le système législatif de la libre recherche complémentaire, le plus recommandable pour une saine administration du droit.

Le premier système est anachronique, et ne constitue pas un véritable système, car il va à l'encontre de l'esprit réaliste et scientifique du temps présent ; il n'équilibre pas la législation et l'administration de la justice et va contre l'esprit de la séparation des pouvoirs, en créant omnipotence législative dans la forme et toute-puissance de l'administration de la justice au fond ; et cette toute-puissance de la justice exercée par la fiction d'application de la loi positive n'est pas sauvée du danger du subjectivisme et de l'insécurité du droit.

Le second système est exempt des lacunes du premier, car il suit l'orientation de l'évolution accomplie depuis l'antiquité jusqu'aujourd'hui en vue de défendre l'omnipotence de la loi aussi bien que la toute-puissance du juge et en vue de consacrer l'application hiérarchique de la loi, de la coutume et de la troisième source matérielle de droit. C'est le véritable système, quoiqu'encore imparfait. Conforme à la réalité, il doit l'emporter sur le système de la fiction de volonté législative. Il investit le juge d'une partie du pouvoir de la loi : investiture faite par la loi elle-même ; mais en même temps il marque la limite du pouvoir du juge, lui défendant par exemple le socialisme juridique, le jugement de Magnaud. C'est un système à la fois de liberté et de restriction, assurant l'équilibre harmonieux entre l'acte de législation et l'acte de l'administration de la justice, réalisant la rationalisation du principe de la séparation des pouvoirs, indiquant le critérium non seulement à la justice, mais encore à la législation.

C'est le système indispensable non seulement dans la plupart des sociétés dont les lois écrites sont défectueuses, mais aussi dans les sociétés à droit nouvellement codifié pour prévenir le retour habituel après la codification de l'école de l'exégèse et la stagnation du droit.

Nous reconnaissons donc la rationalité et la valeur pratique de ce système législatif qui marque l'orientation de l'évolution générale au xx^e siècle en ce qui concerne les sources du droit et les rapports entre la loi et la justice.

8. Or notre loi de 1875 a l'honneur d'être une des législations représentatives de ce système et d'avoir été un des précurseurs du Code civil suisse et des autres Codes de même famille. Il faut même remarquer que notre loi de 1875 se présente comme à peu près unique par sa qualité de loi spéciale et par son contenu à la fois compréhensif et cohérent en ce sens que la libre recherche est combinée avec la défense du déni de justice et garantie contre l'abus de la libre recherche par la défense précise, ce qui est une supériorité sur

la *lex imperfecta* de l'article premier, alinéa 3 du Code suisse, d'être une source de droit à l'encontre de la pratique judiciaire et de la pratique extrajudiciaire aussi bien qu'à l'encontre de la doctrine, étendant ces deux dernières défenses même aux affaires criminelles. On peut apprécier sa valeur législative moderne malgré l'ancienneté de sa date.

IV

9. Nous sommes donc convaincu que nous avons raison de regretter l'oubli général dans lequel on tient au Japon cette loi nationale de 1875.

Mais peut-on nous opposer la désuétude de cette loi? Non, nous n'admettons pas la désuétude fondée sur la théorie de la coutume abrogatoire, théorie qui reconnaît la prépondérance de la coutume sur la loi écrite. D'ailleurs il n'est pas possible d'appliquer cette théorie, même si on la reconnaissait, à notre loi pour si peu d'années de simple sommeil alors que son réveil est déjà annoncé, par le grand courant en faveur de la libre recherche. Il y aurait certes aujourd'hui peu de juristes japonais qui méconnaîtraient catégoriquement l'existence de cette loi. En ce qui concerne les textes par lesquels on peut affirmer le maintien en vigueur de cette loi, il suffira de se reporter au paragraphe ci-dessus concernant la transformation législative; l'article 76, alinéa premier du Code constitutionnel et l'article 9 de la loi d'introduction du Code civil sont particulièrement convaincants.

10. Mais pour que cette charte encore en vigueur — et tout spécialement l'article 3 — renaisse et rende un véritable service à la formation des sources du droit privé et à l'administration de la justice dans les affaires civiles, il y a lieu encore de résoudre la question d'interprétation de la loi écrite et un certain nombre d'autres questions importantes relativement à l'interprétation de l'article 3. Et pour cela, il faudrait confronter notre point de vue avec l'interprétation donnée dans les législations du même système, entre autres avec les études si approfondies de M. Gény sur la libre recherche scientifique. Mais nous n'avons pas assez d'espace pour le faire et nous ne parlerons ici que de quelques points concernant la libre recherche.

Peut-être à la différence de la doctrine suisse généralement admise relativement à l'interprétation de l'article premier de son Code civil, mais en accord avec le Code autrichien et les Codes égyptiens, faut-il envisager la libre recherche telle qu'elle est conçue dans l'article 3 de notre loi, comme une application du droit naturel. La libre recherche n'est donc pas inconstitutionnelle, d'après l'article 57, alinéa premier de notre Code constitutionnel, qui exige « l'exercice du pouvoir judiciaire en vertu de la loi », car nous pouvons reconnaître au droit naturel la qualité de loi au sens de cette dernière disposition.

Mais attribuer à la libre recherche la nature du droit naturel, cela resterait une conception vide, tant que la connaissance scientifique du droit naturel n'est pas rendue possible. Il convient, dès lors, de donner à l'article 3 de notre loi, comme à l'article premier du Code civil suisse et aux autres législations, ou plutôt à tout le système de la libre recherche, un caractère scientifique qui lui manquait jusqu'aujourd'hui. C'est ce qui forme l'objet principal des efforts faits dans *Science et Technique* de M. Gény. Mais malgré la contribution considérable qu'apportent les études si approfondies du grand juriste, il nous semble qu'il y ait lieu encore d'attendre les études plus poussées qu'il ne manquera pas de nous donner.

11. Je n'ai aucune prétention d'aborder ce problème trop vaste. Mais nous exposerons très brièvement notre avis tout à fait personnel sur le fonctionnement de la libre recherche dans son rapport avec la formation du droit universel privé constituant au temps présent un élément important, parfois même l'élément le plus important du droit naturel.

Il faut distinguer, à mon avis, deux étapes et deux aspects du problème du droit mondial ; le problème d'évolution et de progrès dans l'avenir perpétuel et le problème d'adaptation aux exigences actuelles.

Notre perspective sur l'évolution perpétuelle du droit mondial aussi bien que notre idéal du progrès perpétuel sont les suivants : le droit international privé perdra sa raison d'être par la décadence du principe de la souveraineté nationale. Ce sera le droit privé mondial qui aboutira à être la norme à la fois directe et unique de la société mondiale. Le droit privé national ne se conservera qu'au titre du droit spécial appliqué aux rapports privés dans une société nationale. Même le contenu de ce droit national s'assimilera pour la majeure partie à celui du droit mondial. C'est le même phénomène d'évolution auquel nous avons assisté lors de l'unification des droits villageois en droit provincial et des droits provinciaux en droit national⁷.

A côté de cette évolution perpétuelle que nous venons d'envisager, il y a un problème de la plus grande actualité sous le système actuel fondé sur le particularisme national chez tous les peuples modernes qui s'obstinent encore trop à leur souveraineté nationale. Ce n'est pas ici le lieu d'étudier les différentes voies de solution de ce problème, c'est seulement la voie d'interprétation par la libre recherche complémentaire qui rentre dans le cadre de notre examen.

Il faut d'abord remarquer que, même dans les rapports internes d'un pays, le droit mondial au titre des données dites réelles par M. Gény, — comme par exemple, droit conventionnellement unifié, coutumes internationales, pratique judiciaire et pratique extra-judiciaire internationales, — forme le droit naturel fondu avec d'autres éléments nationaux, et qu'il est bien conforme à l'esprit de l'article 3 de notre loi de faire place dans ce cas à l'élément international même

aux dépens de l'élément national, tant qu'il ne brise pas l'harmonie du système du droit national tout entier, afin de stimuler l'assimilation du droit national au droit mondial.

Mais c'est surtout dans le commerce international que cet élément du droit mondial joue le rôle le plus important. Il y a dans ce domaine des cas exceptionnels dans lesquels le droit mondial sous la forme de droit conventionnellement unifié trouve tout directement son application. Mais en général, c'est par le double procédé d'application d'une règle de droit international privé et d'application d'un droit national qu'une affaire née du commerce international est réglée.

Or, dans le premier procédé, à défaut d'une disposition légale de droit international privé c'est-à-dire du *Hōrei*, on aboutira parfois à la libre recherche en vertu de l'article 3 de la loi 1875. C'est alors l'esprit du droit international privé universel qui doit être appliqué au titre du droit naturel.

Lorsque, par ce premier procédé, il est décidé d'appliquer au cas donné notre droit national, c'est d'abord la source formelle de droit qui vient, en vertu de l'article 3, à être appliquée.

Mais appliquer au commerce mondial une loi nationale ou la coutume locale, ce n'est pas certes conforme à l'esprit de l'article 3. ni à la thèse de M. Géný sur l'application de la loi ou de la coutume. Il est naturel de revenir, dans la plupart des cas, à l'application du droit naturel au titre de la troisième source, en vertu de l'article 3 *in fine*. Or, ce qui forme ici le droit naturel, c'est le droit universel positif constitué par les données réelles, comme le droit général conventionnellement unifié, les coutumes internationales, la pratique judiciaire et extra-judiciaire relative au commerce international, les tendances du droit commun législatif ou doctrinal, dégagées par le droit comparé, et purifiées par les données historiques, idéales et surtout rationnelles d'après la thèse de M. Géný.

C'est donc grâce au fonctionnement de l'article 3 *in fine*, c'est-à-dire grâce à la libre recherche scientifique que le droit mondial peut former le droit commun subsidiaire même sous le système actuel du particularisme national, et que nous pouvons apercevoir le grand avenir du droit mondial. On doit reconnaître par là quel rôle on peut espérer du système de la libre recherche scientifique.

12. En terminant l'interprétation de la loi de 1875, nous voulons ajouter quelques desiderata pour le réveil de nos juges et de nos juristes de leur sommeil sur cette loi.

Il est à désirer que les juges statuent toujours sans perdre de vue la loi de 1875 et surtout l'article 3, qu'ils indiquent expressément dans les motifs sur laquelle des trois sources de droit ils se sont fondés, et surtout qu'ils aient assez de foi et de courage, au cas de libre recherche, pour le déclarer ouvertement, en abandonnant l'usage traditionnel de se cacher derrière le prétexte d'application fictive de la loi positive. Et pour cela est également désirable le con-

trôle ou l'orientation de la jurisprudence par la doctrine. C'est la voie du progrès à la fois dynamique et statique, non seulement de l'interprétation judiciaire, mais encore de la législation.

C'est ainsi que la loi de 1875, par le réveil de l'attention du juge, pourra comme l'article 1384 alinéa premier du Code civil en France, jouer au Japon le grand rôle qui lui est dû depuis longtemps.

Nous concluons donc que la loi de 1875, malgré son apparence désuète, est destinée à renaître. Et c'est le devoir commun de notre doctrine et de notre jurisprudence de collaborer à cette renaissance, en s'efforçant surtout de perfectionner le système de la libre recherche de l'article 3 par une meilleure construction scientifique.

Nous devons déjà beaucoup aux deux ouvrages capitaux de GénY, *Méthode d'interprétation* et *Science et Technique*, surtout à ce dernier. Mais nous avons bien des choses à attendre encore de ce grand juriste.

Le Japon, pays du système de la libre recherche, a une affinité merveilleuse avec GénY, initiateur de la même doctrine. La renaissance moderne de la loi de 1875, qui atteint sa cinquante-sixième année, doit être célébrée au même titre que le jubilé du maître GénY. C'est pourquoi le monde juridique japonais exprime tous ses souhaits sincères et reconnaissants envers le maître GénY à l'occasion de son jubilé. Mais nos souhaits doivent être productifs. Les juristes de tous les pays ont l'obligation solidaire de collaborer au perfectionnement de la libre recherche, tout en se basant sur l'œuvre jusqu'aujourd'hui accomplie grâce à l'effort de M. GénY. C'est notre vœu le plus cher que le maître GénY, en conservant toujours une santé excellente, continue le plus longtemps possible à nous diriger vers le progrès de la libre recherche, et à contribuer par là au progrès de la civilisation humaine.

¹ La présente note est un abrégé de mon article en japonais intitulé également *La loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du Droit privé*. — Pour le jubilé du Maître GénY, et publié complètement dans *Hogaku-Kyokwai-Zasshi*, nos 9 à 12, t. XXXIX et n° 1, t. L, revue mensuelle publiée par la Société de Droit de la Faculté de Droit de l'Université Impériale de Tokio.

² C'est ce que j'ai déjà conclu il y a dix ans, dans mon article *L'évolution générale du Droit japonais moderne*, nos 19 et 20, dans *Les transformations du Droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*. Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée, t. II, 1923, pp. 251 et 252. — Cf. dans le même sens, *L'évolution du Droit*, grand ouvrage écrit par mon Maître Nobushige Hozumi, t. I, 1924, p. 224, pp. 228 à 230.

³ *L'Évolution générale du Droit japonais moderne* (op. cit., n° 20).

⁴ Il n'est pas étonnant que la *Méthode d'interprétation*, par GénY, publiée à cette époque n'ait pas eu de répercussion au Japon. Je dois

me rappeler le fait qu'étant alors étudiant, mon grand Maître Tomii m'a donné cet ouvrage en me conseillant son étude.

⁵ En ce sens, GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., t. I, p. VIII.

⁶ Il faut noter qu'il n'y a chez nous aucune loi spéciale prévoyant la protection de la propriété commerciale.

⁷ Sur le problème du Droit universel, nous nous permettons de signaler les études si originales et si approfondies de notre collègue Kōtarō TANAKA, *Le droit, la religion et la vie sociale ; la théorie du droit mondial*, thèse Tokio 1928, qui montre le summum des thèses japonaises de doctorat, et ses autres études, tout spécialement son grand ouvrage : *La théorie de droit mondial*, dont le tome 1^{er} est sur le point d'être publié. C'est sur sa thèse que les vues ci-dessus présentées sont appuyées.

CHAPITRE IV

Libre recherche in America

Albert KOCOUREK

Northwestern University Law School

“For reason is life of the Law, nay the common law it selfe is nothing else but reason which is to be understood of an artificiall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man's naturall reason, for *Nemo nascitur artifex*. This legall reason is *summa ratio*.” — COKE upon LITTLETON, Lib. 2 cap. 6, Sect. 138 (1629).

Ideas sometimes assume an institutional character ¹. Frequently ideas becoming highly organized in one field spread to other fields. Occasionally, also, one intellectual organism unites with others, whether lineals or collaterals, and succeeds in dominating, at least for a time, the whole field of human thought and activity. It is not our purpose to make these general ideas precise or to pursue them even in general outline. That has already been done, in one way and another, hundreds of times ².

La libre recherche en Amérique

par A. KOCOUREK,

Professeur de Droit, Northwestern University Law School

Traduit par Jules HELLA,

Docteur en Philosophie et Lettres

« Car la raison est la vie du droit, que dis-je, le droit coutumier lui-même n'est que de la raison, entendue dans le sens d'une perfection artificielle de la raison obtenue par une longue étude, par l'observation et l'expérience et non dans le sens de la raison naturelle à tout homme, car *Nemo nascitur artifex*. Cette raison légale est *suma ratio*. » — Coke sur Littleton, Lib. 2 cap. 6, Sect. 138 (1629).

Il arrive que des idées prennent la valeur d'une institution ¹. Il en est souvent qui, en s'organisant fortement à l'intérieur d'un domaine débordent ce dernier et atteignent d'autres sphères. Parfois aussi, un assemblage de concepts s'unit à d'autres qui lui sont directement ou indirectement apparentés et parvient à régner, au moins pour un certain temps, sur tout le champ de la pensée et de l'activité humaines. Il n'entre pas dans nos intentions de préciser ces idées générales ou de les exposer même dans leurs grandes lignes. Cela a déjà été fait, d'une manière ou d'une autre, des centaines de fois ².

It will suffice here merely to mention the Darwinian biology, the functional logic, the non-surface geometries, pragmatism and instrumentalism, relativity, and the postulate of the hypothetical character of the laws of nature. All of these ideas have one thing in common — the revolt against authority, against the *a priori*, against mental and material stasis, against ultimate definitions and fixed categories. These ideas, as is well known, have had important and far-reaching unfoldments in the physical sciences, in logic, in general philosophy, in economics, in political science, and sympathetically, even in the fine arts. With so large a field of human thought and activity affected, it would be strange if even so conservative an institution as the law should escape the influence of these intellectual movements. It has not escaped, and in America, the wave of insurgence has gone so far as to call in question the traditional view of the nature of law as constituted, or tending to a constitution, of rules. It is a revolt against the statement at the head of this paper, which represents the long-accepted view of Anglo-American lawyers and judges.

We shall make an effort to give an account of the matter. We shall first state the general background of the movement. Then we shall deal briefly with the foreground of the movement in America. It will be found that Professor Gény has been a considerable factor in stimulating and supporting the ideas which have found expression in America, but it needs to be stated at once that Professor Gény's

Qu'il nous suffise ici de mentionner simplement la biologie darwinienne, la logique fonctionnelle, la géométrie dans l'espace, le pragmatisme et l'instrumentalisme, la relativité et le postulat du caractère hypothétique des lois de la nature. Toutes ces idées ont une chose en commun : la révolte contre l'autorité, contre l'*a priori*, contre la stase mentale et matérielle, contre les ultimes définitions et les catégories fixes. Ces idées, comme on le sait, ont eu des répercussions importantes et lourdes de conséquences dans les sciences physiques, dans la logique, dans la philosophie générale, dans les sciences économiques, dans les sciences politiques et, par voie de sympathie, jusque dans les beaux-arts eux-mêmes. Lorsqu'un champ aussi vaste de la pensée et de l'activité humaines se trouve atteint, il semblerait étrange que, même une institution aussi conservatrice que le droit pût échapper à l'influence de ces mouvements intellectuels. Elle n'y a pas échappé en effet, et, en Amérique, la vague d'insurrection s'est étendue au point de remettre en question le point de vue traditionnel qui veut qu'il soit de la nature du droit d'être constitué ou de tendre à être constitué par des règles. C'est une révolte contre le principe rappelé en tête de cet article, lequel exprime l'opinion acceptée depuis toujours par les juges et les législateurs anglo-américains.

Nous allons essayer d'exposer cette question. Nous établirons d'abord quel est l'arrière-plan général du mouvement. Puis, nous traiterons brièvement de l'avant-plan du mouvement en Amérique. Il apparaîtra clairement que le professeur Gény a contribué considérablement à stimuler et à soutenir les idées qui ont trouvé leur expression en Amérique. Mais il convient de faire remarquer tout de suite qu'en

insistence on the creative function of the judge is a proposal for "free research" within scientific limits, and not a proposal for an unlimited judge. While Professor Gény will be interested to see how far his ideas have carried, yet we think it highly improbable that he would accept all that has been advanced under the high protection of his distinguished name.

The legal background in Europe. — For European legal thought we may begin with Jhering's ³ attack on a jurisprudence of concepts. In America, Jhering's position has been carried to a position where we believe Jhering himself would have declined to follow. Some writers have gone to the length, it would seem, of abolishing or wishing to abolish all conceptual thinking in law. Some of them would rest legal judgments entirely on the intuition of the judge. Law would not any longer be a compound of unformulated postulates, principles, rules, standards, and discretion. The three middle elements (principles, rules, standards) would be eliminated. Law would have for its source only the unformulated postulates felt rather than understood, of the needs of a social organization, implemented by the enlightened inspiration of the judge. In a word, law would be administered (and it is claimed, indeed, that it is now in fact so administered) on a basis of intuition produced by emotive judgments, and not on a basis of reasoned judgments produced by logical processes. Following closely after Jhering came Professor Gény, in his celebrated work, *Méthode d'interprétation et sources en*

insistant sur la « fonction créatrice » du juge, le professeur Gény nous propose la « libre recherche » dans le cadre de limites scientifiques et non pas le pouvoir illimité du juge. Il sera sans doute intéressant pour le professeur Gény de voir jusqu'où ses idées ont porté, mais il nous paraît très improbable qu'il accepterait tout ce qui a été avancé sous la haute protection de son nom distingué.

L'arrière-plan légal en Europe. — Pour ce qui est de la pensée légale européenne, nous pouvons commencer par l'attaque de Jhering ³ contre la jurisprudence des concepts. En Amérique, le point de vue de Jhering a été exagéré par ses partisans jusqu'à un point où nous croyons que Jhering lui-même aurait refusé de les suivre. Quelques auteurs semblent être allés jusqu'à abolir ou tendre à abolir toute idée conceptuelle dans le droit. Certains d'entre eux voudraient faire reposer les jugements légaux uniquement sur l'intuition du juge. Le droit cesserait d'être un composé de postulats non formulés, de principes, de règles, de jugements-types, et de pouvoir discrétionnaire. Les trois éléments moyens (principes, règles, jugements-types) seraient éliminés. Le droit n'aurait plus comme source que les postulats non formulés des besoins d'une organisation sociale. Ces besoins, plutôt sentis que compris, trouveraient dans l'inspiration illuminée du juge l'instrument de leur satisfaction. En un mot, le droit serait appliqué (et d'aucuns prétendent qu'en réalité c'est déjà ainsi qu'on l'applique maintenant) sur la base d'une intuition produite par des jugements émotifs, et non sur la base de jugements raisonnés à l'aide de procédés logiques. Suivant de près Jhering, vint le professeur Gény, avec son ouvrage célèbre : *Méthode*

droit privé positif. In that great work, Professor Géný coined the expression "libre recherche". Professor Géný's views seem to have won the adhesion of the greater number of writers working in the same field. His views have been made known in America ⁴, and American writers who attack the traditional theory of law frequently invoke his name.

The American background. — The American background consists of the European background, chiefly so far as it has been made known to American writers through "The Modern Legal Philosophy Series" ⁵, and the views of Bergson, Poincaré, Einstein, Eddington, Jeans, Schiller, Vaihinger, Russell, Whitehead, and many others, dealing with problems of science, mathematics, logic, or general philosophy. But America has a special background of its own in at least three aspects : (a) its own philosophers including Peirce, James, and Dewey ; (b) the peculiarity of Anglo-American law in that, in contrast with the law of Europe, it has its chief source in precedents and not in codes ; (c) the background created by its leading jurists. The background includes also many physical scientists such as Lewis and Bridgman. It includes such economists as Veblen and numerous others in related fields whose eminence deserves a place in any enumeration.

To give an adequate statement of the background would necessarily go far beyond the proper limits of this paper. In discussing this specific American background, we pass over entirely

d'interprétation et sources en droit privé positif. Dans ce grand ouvrage, le professeur Géný forgea l'expression « libre recherche ». Les vues du professeur Géný semblent avoir gagné l'adhésion du plus grand nombre d'auteurs travaillent dans le même domaine. On a fait connaître ses idées en Amérique et les auteurs américains qui attaquent la théorie traditionnelle du droit invoquent fréquemment son nom.

L'arrière-plan américain. — L'arrière-plan américain correspond à l'arrière-plan européen dans la mesure où les auteurs américains en ont eu connaissance par *The Modern Legal Philosophy Series* ⁵, et les opinions de Bergson, Poincaré, Einstein, Eddington, Jeans, Schiller, Vaihinger, Russell, Whitehead, et bien d'autres, traitant des problèmes de la science, des mathématiques, de la logique ou de la philosophie générale. Mais l'Amérique a un arrière-plan qui lui est propre sous au moins trois aspects : a) ses propres philosophes, y compris Peirce, James et Dewey ; b) cette particularité du droit américain qui, contrairement au droit européen, a sa source principale dans les précédents et non dans des codes ; c) l'arrière-plan créé par ses propres juristes. L'arrière-plan comprend aussi des savants physiciens tels que Lewis et Bridgman. Il comprend également des économistes comme Veblen et de nombreuses autres autorités des sciences connexes dont la haute valeur a droit à une place dans toute énumération.

Donner une idée adéquate de l'arrière-plan, nous entraînerait nécessairement au delà des limites de cet article. En discutant cet arrière-plan spécifiquement américain, nous laisserons entièrement de côté les

the philosophers that enter into it. The philosophy of pragmatism and instrumentalism is as well understood in Europe as in America. We limit ourselves, therefore, to the remaining elements of the background, that is to say, to the system of precedents and to jurists whose writings precede the present decade. This division is justified by the recency of the "free judge" movement in America.

The system of Anglo-American precedents. — Continental writers on "libre recherche" have contrasted the English judge with the judge in code countries. Sometimes it has been said that the English system of precedent is superior to the continental system⁶. We believe that essentially this is a doubtful if not a mistaken view. The Anglo-American system of law employs the judge-made rule of stare decisis⁷. In England it has a stricter operation than in America⁸; but in both countries the inferior courts feel bound by this rule of judicial practice. The highest courts also constantly appeal to the rule and they depart from it only with great reluctance. In the Anglo-American system the overwhelming mass of legal rules (if provisionally we may assume the existence of legal rules) and, especially, in the field of private law, is the creation of the courts. The only difference between a code country and a country which employs the law of precedents is that in a code country the rules of law have been formulated at one stroke as legislation, while in the countries which employ precedents the great mass of rules which

philosophes qui y rentrent. La philosophie du pragmatisme et de l'instrumentalisme est comprise en Europe aussi bien qu'en Amérique. C'est pourquoi nous nous limitons aux éléments restant de l'arrière-plan, c'est-à-dire au système de précédents et aux juristes dont les écrits précèdent la présente décennie. Cette division est justifiée par le caractère récent du mouvement du « libre juge » en Amérique.

Le système des précédents anglo-américain. — Les auteurs continen-taux qui ont traité de la « libre recherche » ont souligné le contraste entre le juge anglais et les juges des pays régis par des codes. On a dit parfois que le système anglais des précédents est supérieur au système continental⁶. Nous pensons que ceci est, par essence, une opinion douteuse sinon erronée. Le système anglo-américain de droit emploie la règle judiciaire du stare decisis⁷. En Angleterre, elle a des effets plus stricts qu'en Amérique⁸; mais dans l'un comme dans l'autre pays, les tribunaux inférieurs se sentent liés par cette règle de pratique judiciaire. Les tribunaux supérieurs, eux aussi, en appellent constamment à cette règle et ils ne s'en départissent qu'avec une répugnance marquée. Dans le système anglo-américain la majeure partie des règles légales (si, provisoirement, nous pouvons supposer l'existence de règles légales), spécialement dans le domaine du droit privé, est la création des tribunaux. La seule différence entre un pays régi par le code et un pays qui emploie le droit basé sur des précédents est que, dans un pays à code, les règles de droit ont été, du premier coup, exprimées en formules législatives, tandis que, dans les pays qui emploient les précédents, la grande masse des règles employées par les juges et les hommes de loi n'ont jamais été déterminées par une formule officielle. Elles ont grandi en volume et en

are employed by lawyers and judges never have had an official formulation. They have grown in bulk and subject matter in a long period of centuries. They have no authoritative form. It is a body of *rationes decidendi* rather than a legislative *corpus juris*. The rules which are implicated by the *rationes decidendi* are often uncertain in their limits. The leading cases which mark important creative steps in the growth of law frequently require long periods of time in which varied applications of the ratio slowly tend to clarify the meaning of the ratio and its applicative scope. This feature of our law gives the appearance of great uncertainty and instability, but in truth this factor affects essentially only the border lines of the ratio and leaves what lies within the border lines as a basis of professionally reliable predictions of the consequences of human conduct.

The English and American judges feel and act as bound by the precedents. The Continental judge feels and acts as bound not by precedent but by the code itself. The American theory of case law is that the judge is bound not by what is said in the course of decision but by what is done (decided) in strict view of the facts. In England the view has recently been expressed that the judge is bound also by the opinion⁹. Without attempting here to go into the details of Anglo-American judicial practice, it may be said that the English and the American judge are in actual fact as limited by definitions, classifications, concepts, and rules as is the Continental judge.

In the Anglo-American system there is a basic theory called the

importance au cours de longs siècles. Elles n'ont pas une forme positive qui leur confère autorité. C'est un corps de *rationes decidendi* plutôt qu'un *corpus juris* législatif. Les règles qu'impliquent les *rationes decidendi* ont souvent des limites incertaines. Les cas principaux qui marquent une étape créatrice importante dans la croissance du droit, ont souvent nécessité de longues périodes de temps pendant lesquelles des applications variées de la *ratio* ont lentement tendu à clarifier la signification de la *ratio* et à déterminer son champ d'application. Ce trait de notre droit lui donne une grande apparence d'incertitude et d'instabilité, mais, en réalité, ce facteur d'incertitude n'affecte essentiellement que les lignes frontières de la *ratio*. Ce qui demeure à l'intérieur de ces lignes reste une base suffisamment solide pour permettre de prévoir à coup sûr les conséquences légales de la conduite humaine. Les juges anglais et américains sentent et agissent comme étant liés par les précédents. Les juges du continent sentent et agissent comme étant liés par le code lui-même. La théorie américaine du droit basé sur les précédents est que le juge est lié, non pas par ce qui est *dit* au cours de la décision mais par ce qui est *fait* en s'en tenant à la stricte considération des faits. En Angleterre, on a récemment exprimé l'avis que le juge est également lié par l'*opinion*⁹. Sans essayer d'entrer ici dans les détails de la pratique judiciaire anglo-américaine, on peut dire que l'activité du juge anglais et du juge américain est, en réalité, aussi limitée par les définitions, classifications, concepts et règles, que l'est celle du juge du continent.

Dans le système anglo-américain, il y a une théorie de base appelée

Declaratory theory of precedent according to which the judge does not make law but only discovers it. The function of the judge is to decide and not to legislate. That this is a fiction is universally understood and we think also generally admitted. However, this fiction has a bearing on the problem before us. If the judge only applies law and does not create it, then, of course, the judge can not make a legal rule. The rule of *stare decisis* and the Declaratory theory stand in mutual contradiction. If we look to the rule of *stare decisis* we see in practical effect a body of legal rules carefully observed, at least in ceremonial appearance ; but when we look to the Declaratory theory we see that, *officially* (if we eliminate enacted law) the great bulk of the legal system is without ascertainable rules.

The juristic background. — For the present purpose a description of the juristic background of the current theories of law may begin at a point after the decline of the Natural Law doctrines of the 1700s and 1800s ¹⁰.

Oliver Wendell Holmes. — It is not necessary, of course, to describe Holmes as a Justice of the Supreme Court of the United States *, or to say that he is the foremost living jurist of the Anglo-American system, and likewise, perhaps the greatest figure in its entire history. His authority has become so great that for many of

la « théorie déclaratoire du précédent » d'après laquelle le juge ne fait pas la loi mais la découvre seulement. La fonction du juge est de décider et non de légiférer. Tout le monde comprend qu'il ne s'agit là que d'une fiction et la chose est, croyons-nous, universellement admise. Toutefois, cette fiction a un rapport avec le problème qui nous occupe. Si le juge applique seulement la loi et ne la crée pas, il est dès lors bien entendu qu'il ne peut pas établir une règle légale. La règle du *stare decisis* et la théorie déclaratoire se contredisent mutuellement. Si nous considérons la règle du *stare decisis*, nous voyons qu'elle se traduit dans la pratique par un corps de règles légales soigneusement observées, au moins en la forme ; mais si nous considérons la théorie déclaratoire nous voyons que, *officiellement* (si nous exceptons le droit écrit), la grande masse du système légal n'a pas de règle qui puisse être tenue pour certaine.

L'arrière-plan juridique. — Pour les besoins de notre cause, nous pouvons faire commencer la description de l'arrière-plan juridique des théories courantes du droit vers le moment qui suit le déclin des doctrines du droit naturel des XVIII^e et XIX^e siècles ¹⁰.

Oliver Wendell Holmes. — Il n'est évidemment pas nécessaire de rappeler que Holmes est juge à la Cour Suprême des Etats-Unis * ou qu'il est le premier des juristes vivants du système anglo-américain, et même, peut-être la plus grande figure de toute son histoire. Son autorité est devenue si grande que, pour nombre d'entre nous, sa parole

* Depuis le moment où ces lignes ont été écrites, le juge Holmes a quitté le banc de la Cour Suprême des Etats-Unis. Mais cette retraite n'a pas empêché que l'influence de sa pensée se fasse sentir avec plus de force que jamais sur la marche de la jurisprudence de la grande Cour fédérale.

us his utterances are considered if not oracular, at least as the highest words of wisdom.

In the American background, Holmes is quoted oftener than any other writer in support of the new theories of law. In point of time he comes earlier by nearly a score of years than that other great pioneer, GénY. Unlike GénY, however, Holmes did not elaborate a system supported by a detailed discussion, to guide the judge in his rôle as creator of law. Holmes simply briefly described the judicial process in detached sentences, but he described it in phrases so incisive and illuminating that they have had more influence than the same truths written out in heavy treatises. But there is a danger that goes along with an apt phrase. It may sometimes be a text for an utterly alien program. An aphorism does not exhibit its own limitations.

A few of such sententious utterances of Holmes may here be set out as follows : " The life of the law has not been logic ; it has been experience ¹¹. " " In form [the law's] growth is logical. * * * In substance the growth of the law is legislative ¹². " " A legal duty so-called is nothing but a prediction ¹³. " " Certainty generally is illusion * * *. Behind the logical form lies a judgment * * * often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding ¹⁴. " " A generalization is empty so far as it is general ¹⁵. "

In the light of what since has been written by GénY, Ehrlich, and scores of others, there is no longer any novelty in these

équivaux, sinon à un oracle, du moins à l'expression de la plus haute sagesse.

Dans l'arrière-plan américain, Holmes est cité plus souvent que n'importe quel autre auteur à l'appui des nouvelles théories de droit. Sous le rapport du temps, il arrive presque une vingtaine d'années avant cet autre grand pionnier, GénY. Toutefois, contrairement à GénY, Holmes n'a pas élaboré un système soutenu par une discussion détaillée, pour guider le juge dans son rôle de créateur du droit. Holmes a simplement décrit brièvement le procédé judiciaire dans des phrases isolées, mais il l'a décrit en des paroles si incisives et si lumineuses qu'elles ont eu plus d'influence que les mêmes vérités transcrites tout au long en de lourds traités. Mais toute locution trop heureuse comporte un danger, car on peut la faire servir d'épigraphe à un programme tout à fait étranger à son esprit. Un aphorisme ne nous indique pas par lui-même les limites de ses applications.

Quelques-unes des expressions sentencieuses de Holmes peuvent être énoncées comme suit : « La vie du droit n'est pas faite de logique mais d'expérience ¹¹. » « Dans sa forme l'accroissement du droit est logique. Dans sa substance, l'accroissement du droit est législatif ¹². » « Ce que l'on appelle une obligation légale n'est autre chose qu'une prédiction ¹³. » « La certitude n'est en général qu'une illusion. » « Derrière la forme logique, il y a un jugement souvent, il est vrai, un jugement inarticulé et inconscient, mais qui n'en est pas moins la racine et le nerf même de toute la procédure ¹⁴. » « Une généralisation est vaine dans la mesure où elle est générale ¹⁵. »

A la lumière de ce qui a été écrit depuis lors par GénY, Ehrlich, et des douzaines d'autres, ces paroles ne nous apprennent plus rien de nou-

utterances, and yet they are very remarkable in that Holmes was the first one of our jurists to see clearly and realistically the nature of the judicial process. Yet there is nothing in these statements or any others that we have seen, to justify the belief that Holmes thought that judicial application rests entirely on intuition or that it is not in the main controlled by rules or reasons already formulated.

When Holmes says that the life of the law is not logic but experience he clearly means, as the context shows, that in the *creation* of legal rules formal logic has an inferior place ¹⁶. His numerous opinions indicate that where the problem was to *apply* asserted rules his method was not one based on intuition or a calculation of social advantages but a logical method which employs the tools of subsumption, analogy, and what Wurzel ¹⁷ has aptly called projection.

On this point, it must be admitted that the appearance is not conclusive. It was said by Holmes himself : " You can give any conclusion a logical form ¹⁸. " It may be added that to do so is not necessarily a badge of fraud or of insincerity. But no one has yet so far expertly analyzed the thinking operations of the judge's mind at the point of judgment as to be able to say how far logical form has entered into the formation even of intuitive judgments. In America, judges have occasionally attempted to describe their hidden mental operations ¹⁹. An effort also has been made to apply the Freudian psychology to judicial judgments ²⁰.

veau, et pourtant elles sont remarquables en ce que Holmes fut le premier de nos juristes à envisager d'une manière claire et réaliste la nature du procédé judiciaire. Mais rien dans les passages que nous venons de citer ni dans les autres, ne nous permet de croire que Holmes ait pensé que l'application de la justice repose entièrement sur l'intuition ou qu'elle ne dépende pas, pour la plus grande part, de règles ou de raisons déjà formulées.

Lorsque Holmes affirme que la vie du droit n'est pas de logique mais d'expérience il veut dire clairement, comme le montre le contexte, que dans la création de règles légales, la logique formelle n'occupe qu'une place inférieure ¹⁶. Ses nombreuses opinions indiquent que, là où le problème consistait à *appliquer* des règles établies, sa méthode n'était pas une méthode bâtie sur l'intuition ou le calcul d'avantages sociaux, mais une méthode logique qui emploie les instruments de la subsumption, de l'analogie et de ce que Wurzel ¹⁷ a très justement appelé « projection ». Sur ce point, on doit admettre que les apparences ne sont pas concluantes. Holmes lui-même a dit : « Vous pouvez donner à n'importe quelle conclusion une forme logique ¹⁸. » On pourrait ajouter qu'agir ainsi n'est pas nécessairement un indice de tromperie ou de mauvaise foi. Mais personne, jusqu'à présent, n'a encore fait des opérations intellectuelles du juge en train de rendre son jugement, une analyse assez habile pour pouvoir dire jusqu'à quel point la forme logique est intervenue dans la formation de ses jugements intuitifs. En Amérique, des juges ont parfois essayé de décrire leurs opérations mentales cachées ¹⁹. On a également fait un effort pour appliquer la psychologie freudienne aux jugements judiciaires ²⁰.

John C. Gray. — The very first lines of Gray's treatise entitled "The Nature and Sources of the Law" state that law "consists of the general rules" which are "followed" by the courts. Later in the same work the phrase is somewhat altered and law is said to be "composed of the rules which the courts * * * lay down ²¹".

It will be noticed here that Gray, like Sir John Salmond and other recent writers of his time puts aside entirely the legislature and the executive in the creation of law ²². This presents an interesting and perhaps also difficult question not relevant in this discussion. The essence of the matter here is that Gray regards law as a body of rules. He does not deny that social needs press for changes in the law. These changes are made by substituting new rules for old rules. Gray's book is devoted primarily to the sources of law and it is not therefore especially valuable for a solution of the questions which were to arise soon after his death in 1915. His position seems to be clearly one opposed to the view that there are no legal rules, but since his own views simply followed the beaten track of a traditional theory without knowledge (probably) of the stirring literature, then still new, of France, Germany, and Austria dealing with "libre recherche", nothing can be claimed for Gray's position other than that it represented the prevailing opinion of our most competent scholars twenty years ago.

James C. Carter. — James C. Carter († 1905) was a distinguished practitioner at the New York City bar ²³. He took the leading part in

John C. Gray. — Les toutes premières lignes du traité de Gray intitulé *La nature et les Sources du droit* constatent que le droit « se compose des règles générales » qui sont « suivies » par les tribunaux. Plus loin, dans le même ouvrage, la phrase est légèrement transformée et il y est dit que « le droit se compose des règles que les tribunaux imposent ²¹. »

On remarquera ici que Gray, comme Sir John Salmond et d'autres auteurs récents écarte entièrement le pouvoir législatif et l'exécutif de la création du droit ²². Ceci soulève un problème intéressant et peut-être difficile qui ne relève pas de notre discussion. Mais la question essentielle est que Gray considère le droit comme un ensemble de règles.

Il ne nie pas que les besoins sociaux poussent à des modifications de la loi. Ces modifications sont apportées en substituant de nouvelles règles aux anciennes règles. Le livre de Gray est consacré principalement aux sources du droit et c'est pourquoi il n'apporte guère de contribution appréciable à la solution des questions qui devaient se poser peu après sa mort en 1915. Il semble prendre nettement position contre le point de vue qui veut qu'il n'y ait point de règles légales. Mais puisqu'il ne faisait que suivre le sentier battu des théories traditionnelles sans avoir (probablement) connaissance de la hardie littérature juridique, alors nouvelle, qui, en France, en Allemagne et en Autriche, traitait de la « libre recherche », nous ne pouvons rien affirmer quant à la position prise par Gray. Tout ce que nous pouvons dire, c'est qu'il représentait l'opinion qui, il y a vingt ans, prévalait parmi nos savants les plus compétents.

James C. Carter. — James C. Carter (mort 1905) était un praticien distingué du barreau de New-York City ²³. Il prit une part prépondé-

opposing and preventing the adoption in New York of the draft Civil Code of David Dudley Field. This professional labor led him into an inquiry concerning the distinction between written law and unwritten law. His matured views were fully elaborated in a series of lectures prepared for delivery at the Harvard Law School and published soon after his death ²⁴.

His views may be stated in a series of running quotations.

“ While all law is custom, all custom is not necessarily law ²⁵. ”
 “ The province of written law ” * * * is “ not in overthrowing or displacing the unwritten law but in acknowledging the supremacy of custom * * * and supplementing and aiding it by doing those things which custom could not do for itself ²⁶ ”. “ The appropriate province of legislation ” is political organization, regulation of elections and official appointments, establishment of schools, prisons, etc., maintenance of a governmental system, control of banks, insurance companies, etc., “ supplying details necessary to secure certainty in the operation of the unwritten law ” such as days of grace, etc. The statute books of England and America have for their contents provisions of this character “ which is not the making of law in any juristic sense ²⁷ ”. “ What is law without legislation cannot be made *more* law by enactment ²⁸. ” “ Law cannot be made but must be found. ” “ Society is not an institution created by voluntary action * * * but is a great fact springing from the nature

rante dans l'opposition qui tint en échec le code civil ébauché par David Dudley Field. Ce travail professionnel l'amena à faire une enquête concernant la distinction entre le droit écrit et le droit non écrit. Après y avoir mûrement réfléchi, il exposa ses vues en détail dans une série de conférences qu'il devait donner à la Faculté de Droit de Harvard et qui furent publiées peu après sa mort ²⁴.

On peut trouver l'expression de son point de vue dans une série de citations courantes.

« Tandis que tout droit est coutume toute coutume n'est pas nécessairement droit ²⁵. » « Le rôle du droit écrit ne consiste pas à renverser ou à déplacer le droit non-écrit, mais à reconnaître la suprématie de la coutume, à en combler les lacunes et à lui venir en aide en faisant telles choses que la coutume ne pouvait pas faire par elle-même ²⁶. » « Le domaine propre de la législation », c'est l'organisation politique, la réglementation des élections et des nominations officielles, la fondation d'écoles, de prisons, etc..., le maintien d'un système gouvernemental, le contrôle des banques, des compagnies d'assurances, etc. Son rôle est encore de fournir les détails nécessaires pour assurer la bonne application du droit coutumier, par exemple quand il s'agit d'accorder des jours de grâce, etc. Les « codes » * d'Angleterre et d'Amérique contiennent des dispositions de ce genre qui, « en aucun sens juridique ne constituent la création du droit » ²⁷. « Ce qui est le droit sans la législation ne devient pas plus le droit par le fait qu'on l'édicte ²⁸. » « Le droit ne doit pas être fait mais doit seulement être découvert. » « La société n'est pas une institution créée par un acte volontaire mais un

* « Code » est pris ici, dans le sens de recueil de lois, et non dans le sens d'œuvre de codification. Le terme technique anglais *statute book* n'a pas d'équivalent français exact.

of man as a social animal ²⁹. " " The special province " of legislation is that of public law ³⁰. " One instance in which legislation may be made productive * * * is in removing uncertainty and confusion " in customary law ³¹. This function is the explanation and " the main original cause of the Code Napoléon and of the recent codification in the German Empire ³² ". So far as concerns uncertainty in the unwritten law due to " transactions presenting novel features " or " new groupings of fact, the law must necessarily be uncertain and inasmuch as the world and life are forever developing and displaying new features, this uncertainty will forever continue ". " It is manifest that codification * * * can do nothing to remove it ³³. " " Whenever the unwritten law plainly contradicts the precepts of justice * * * doubt will be made whether the legislator really intended what he seems to have declared ³⁴. " " Law is self-created and self-existent and can neither be made nor abrogated ³⁵. " " Society cannot make law at will, the great causes which create law being self-operative ; but it can aid in the process * * *. " " Its office [i. e. legislation] is a supplementary one to that of the judges, designed to accomplish a work for which the judicial power is unfitted. The character of custom is uniformity and it is instinctive in the judge to pronounce the law the same today as yesterday. He hesitates even to say that a change has taken place even when one has in fact taken place ³⁶. "

Carter sums up his position. " While legislation is a command

grand fait dérivant de la nature de l'homme en tant qu'animal social ²⁹. » « Le domaine spécial » de la législation est celui du droit public ³⁰. » « Un exemple de cas où la législation peut être rendue productive, est le cas où elle écarte l'incertitude et la confusion » dans le droit coutumier ³¹. Cette fonction est l'explication et la « principale cause originelle du code Napoléon et de la récente codification dans l'Empire allemand » ³². En ce qui concerne l'incertitude dans le droit écrit due à des « faits présentant des traits nouveaux » ou à « de nouveaux groupes de faits, la loi doit nécessairement être incertaine et, étant donné que le monde et la vie révèlent et développent sans cesse des traits nouveaux, cette incertitude subsistera à tout jamais ». « Il est manifeste que la codification ne peut rien faire pour l'écarter ³³. » « Chaque fois que la loi non écrite contredit clairement les préceptes de justice, il conviendra de se demander si les intentions du législateur concordaient vraiment avec ce qu'il semble avoir déclaré ³⁴. » « Le droit existe et est créé par lui-même et il ne peut être ni créé ni abrogé ³⁵. » « La société ne peut pas établir le droit à volonté, les grandes causes qui créent le droit produisant d'elles-mêmes leurs effets ; mais elle peut aider ces effets à se produire. » « Son rôle (à la législation) est de venir en aide au juge désigné pour accomplir une œuvre pour laquelle le pouvoir judiciaire n'est pas armé. L'uniformité est le caractère distinctif de la coutume et le juge appliquera la loi aujourd'hui comme il l'a appliquée hier. Il hésitera même à dire qu'un changement a eu lieu, même s'il a eu lieu en réalité ³⁶. »

Carter résume son point de vue. « Tandis que la législation est un commandement du Souverain, le droit non écrit n'a rien d'un comman-

of the Sovereign, the unwritten law is not a command at all ; it is not the dictate of Force but an emanation of Order ³⁷. »

The difference between Gray and Carter as to judiciary law is that Gray thinks that judges make law while Carter believes they only discover it. On this point, Gray seems to have the better of the argument and yet there is an element of truth in Carter's position. Perhaps it is more true to say that the judge both creates and discovers law at different times and in different proportions. Both Gray and Carter seem to be blinded by anthropomorphic images of sovereignty. Austin himself stumbled at the same vision. All this, however, is, at least ought to be, ancient history. Austin's view is fundamentally right for any system of law. It is only necessary to clarify it by assuming a conceptual sovereign and by understanding legal rules as conceptual formulas involving an imperative element. The immense amount of writing on this point is one of the clearest symptoms of the backwardness of legal science. It is due to a materialism of ideas which Maitland had already remarked ³⁸ and from which unhappily legal science has not yet become emancipated.

Carter's generalization that customary law is coterminous with private law and that written law is coterminous with public law is a fair picture of the Anglo-American system ³⁹. It is also a warning to legislators. With the qualifications that Carter admits and others that cannot be escaped, it results that the limits of legislation go far beyond public law. Carter's position is an expression of the conservative tradition associated with the Historical School and is belied

dement ; ce n'est pas une expression de la Force mais une émanation de l'Ordre ³⁷. »

La différence entre Gray et Carter en ce qui concerne le droit judiciaire est que Gray pense que les juges font le droit tandis que Carter croit qu'ils ne font que le découvrir. Sur ce point, Gray semble l'emporter dans la discussion et pourtant il y a un élément de vérité dans le point de vue de Carter. Il est peut-être plus vrai de dire que le juge, à la fois, crée et découvre le droit à des moments différents et dans des proportions différentes. Gray et Carter semblent tous deux aveuglés par des images anthropomorphiques de la souveraineté. Austin lui-même se heurte à la même vision. Tout ceci, pourtant, est ou devrait être de l'histoire ancienne. Le point de vue de Austin est fondamentalement juste pour n'importe quel système de droit. Il suffit de le clarifier en admettant un souverain conceptuel et en comprenant les règles légales comme des formules conceptuelles impliquant un élément impératif. Le nombre immense des écrits sur ce point est un des plus clairs symptômes du retard de la science légale. Il est dû à un matérialisme d'idées que Maitland a déjà remarqué ³⁸ et dont la science légale ne s'est malheureusement pas encore affranchie.

La généralisation de Carter d'après laquelle le droit coutumier rejoint le droit privé et le droit écrit le droit public donne une image assez juste du système anglo-américain ³⁹. C'est également un avertissement pour le législateur. Compte tenu des réserves que Carter admet et d'autres qui ne peuvent être évitées, nous pouvons conclure de ce qui précède que les limites de la législation s'étendent bien au delà du droit public. La position prise par Carter est l'expression de la tradition conservatrice associée avec l'école historique et se trouve démentie par les plus récents

by the most recent events as witnessed on a large scale in the Fascist legislation in Italy and the Soviet codes in Russia. But here it must be acknowledged that when the law is in a state of quiescent growth and not subjected to the influences of political upheaval, legislation has great difficulty in making way against custom.

Carter's general position dealing with the limitations of formulated rules and the uncertainties produced by new situations is in accord with the ideas of the recent "free judge" movement which in principle is opposed to all attempts at codification in the domain of private law.

Roscoe Pound. — Professor Roscoe Pound, Dean of the Harvard Law School, is internationally recognized as one of the greatest of America's legal scholars. That he was once a scientific botanist, a practicing lawyer, and a professional judge is perhaps not so well known abroad. Yet it is probable that his practical experience in law administration and his background of training in one of the biological sciences have contributed much to a point of view on law which is at once conservative and progressive. He is our leading legal philosopher. He has written prolifically dealing both with the strictly technical as well as the theoretical sides of law. His chief interest, perhaps a trait developed by his training as a botanist, has been in what is called in America, "Jurisprudence", meaning here the science of law. His writings have the merit of solidity, complete mastery of the sources, and a remarkable command of literary expression. It should be noted here that his familiarity with the juristic literature of the leading countries of Europe is unsurpassed. He became acquainted with the sociological jurisprudence of Europe

événements, ainsi qu'en témoignent surabondamment la législation fasciste en Italie et les codes soviétiques en Russie. Mais il faut reconnaître ici que, lorsque le droit est en état de croissance paisible et n'est pas sujet aux influences du levain politique, il est bien difficile pour la législation de prévaloir contre la coutume.

Le point de vue général de Carter, traitant des déficiences des règles formulées et des incertitudes qu'amènent les situations nouvelles s'accorde avec les idées du récent mouvement du « libre juge », lequel est opposé, en principe, à toute tentative de codification dans le domaine du droit privé.

Roscoe Pound. — Le professeur Roscoe Pound, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Harvard, est internationalement reconnu comme l'un des plus savants légistes d'Amérique. Ce que l'on ne sait peut-être pas aussi bien à l'étranger, c'est qu'il fut jadis un savant botaniste, qu'il pratiqua le droit et qu'il exerça les fonctions de juge. Pourtant, il est probable que son expérience pratique de la chose judiciaire et la formation qu'il avait préalablement acquise dans le domaine des sciences biologiques ont beaucoup contribué à lui donner une conception du droit, à la fois conservatrice et progressiste. Il est le représentant le plus éminent de notre philosophie du droit. Il nous a donné en abondance des écrits traitant des aspects aussi bien strictement tech-

long before it had become known in America, either in name or in idea, and his fame rests largely on his pioneer writings in that field of research.

Pound's writings are so rich in insight that detached phrases here or there may serve as texts for many diverse programs, whether progressive or reactionary, for in truth Pound is a combination of both. Out of many detached pieces of writing one that often is quoted and one likewise that bears systematically on the problem considered here is his essay on *Mechanical Jurisprudence* ⁴⁰.

In the *Mechanical Jurisprudence* Pound writes plainly under the influence of von Jhering ⁴¹. Law, he says, " must be judged by the results it achieves, not by the niceties of its internal structure ⁴² ". That, of course, is true, but if the results are bad the question remains what is to be done about it ? Shall the judge depart from *stare decisis* or shall the judge await the correction of the legislature, that either never comes or comes much too slowly ? Pound in this essay, is dealing mainly with the idea of the maturity of law where " conceptions are fixed " and where " the premises are no longer to be examined ". At this point, " everything is reduced to simple deduction. Principles cease to have importance ". Accordingly " the law becomes a body of rules ⁴³ ". " Our case law ", he adds,

niques que théoriques du droit. Il s'est particulièrement attaché à ce qu'on a appelé en Amérique la « jurisprudence » prise au sens de « science du droit ». Peut-être faut-il voir en cela un effet de l'esprit scientifique qui l'anima au cours de ses recherches de botanique.

Ses écrits ont le mérite de la solidité. Il possède admirablement ses sources et sa maîtrise dans l'expression littéraire est particulièrement heureuse. Il faut noter ici que la littérature juridique des principaux pays d'Europe lui est plus familière qu'à tout autre. La jurisprudence sociologique de l'Europe n'avait déjà plus de secrets pour lui longtemps avant qu'elle fût connue en Amérique, soit par son nom, soit par ses idées et la renommée de ce maître repose en grande partie sur ses œuvres de pionnier dans ce domaine.

Les écrits de Pound sont si riches d'observation pénétrante, que des phrases détachées ci et là, pourraient servir d'épigraphe pour les programmes les plus divers, qu'ils soient réactionnaires ou progressistes, car, à vrai dire, Pound est une combinaison des deux. De ses écrits détachés, il en est un qui est souvent cité et qui traite systématiquement du problème qui nous occupe. C'est son essai sur « la jurisprudence mécanique » ⁴⁰.

Dans la *Jurisprudence Mécanique* Pound écrit visiblement sous l'influence de Von Jhering ⁴¹. Le droit, dit-il, « doit être jugé sur les résultats qu'il obtient, et non sur les finesses de sa structure interne » ⁴². Ceci est vrai, évidemment, mais, que faire si les résultats sont mauvais ? Le juge se départira-t-il du *stare decisis* ou attendra-t-il la correction de la législation, laquelle ne vient jamais ou ne vient que trop lentement ? Pound, dans cet essai traite principalement de l'idée de la maturité du droit où « les conceptions sont fixées » et où « les prémisses n'ont plus besoin d'être examinées ». A ce point, « tout est réduit à une simple déduction. Les principes cessent d' « avoir de l'importance ». Par conséquent, le droit devient un corps de règles » ⁴³ « Notre droit basé sur les jugements » ajoute-t-il, « a acquis la stérilité des systèmes arrivés à leur

“ has acquired the sterility of a fully developed system ⁴⁴ ”. At another point he says that sociological theory “ lays down principles from which to deduce not rules but decisions ⁴⁵ ”. The last statement, if read literally, points clearly to a no-rule theory of law, at least as law ought to be.

In a later paper under the title *Courts and Legislation* ⁴⁶, Pound returns to the same problem. Here he says that “ the application of law is not and ought not to be a purely mechanical process. Laws are not ends in themselves ; they are a means toward the administration of justice. Hence, within somewhat wide limits, courts must be free to deal with the individual case ⁴⁷ ”. “ Application of law must involve not logic merely but a measure of discretion as well. All attempts to eradicate the latter element and to make the law purely mechanical in its operation have ended in failure. Justice demands that instead of fitting the case to the rule, we fit the rule to the case ⁴⁸. ”

Here Pound is writing under the influence of the School of “ libre recherche ”. Later he takes a more conservative stand and says that “ since the fundamental idea of law is that of a rule or principle underlying a series of judicial decisions, it is obvious that the power of finding the law which a tribunal must be allowed to exercise is to be governed by some sort of system, or we shall have a personal rather than a legal administration of justice ⁴⁹ ”.

Pound can hardly be relied upon to support a program of unlimited freedom of decision or a no-rule theory of law.

plein développement » ⁴⁴. Plus loin, il dit que la théorie sociologique « pose des principes d'où l'on peut déduire, non des règles, mais des décisions » ⁴⁵. Cette dernière constatation, si on la lit dans sa lettre, tend clairement vers une théorie d'un droit non formé de règles, du moins en ce qui concerne le droit tel qu'il devrait être. Dans un article plus récent, sous le titre *Tribunaux et Législation* ⁴⁶, Pound retourne au même problème. Ici, il dit que l'application du droit n'est pas et ne doit pas être un procédé purement mécanique. Les lois ne sont pas des fins en elles-mêmes ; elles ne sont qu'un moyen tendant à rendre la justice. Il s'en suit donc, que, en dedans de certaines limites assez larges, les tribunaux doivent avoir toute liberté pour traiter le cas individuel ⁴⁷. « L'application de la loi ne comporte pas seulement de la logique, mais aussi une certaine quantité de pouvoir discrétionnaire. Toutes les tentatives pour éliminer ce dernier élément et pour rendre le droit purement mécanique en ses opérations ont abouti à un échec. La justice exige qu'au lieu d'adapter le cas à la règle, nous adaptions la règle au cas ⁴⁸. »

Ici, Pound écrit sous l'influence de l'Ecole de la « libre recherche ». Plus tard, il adopte une attitude plus conservatrice et dit que « puisque l'idée fondamentale du droit est celle d'une règle ou d'un principe étayant une série de décisions judiciaires, il est évident que le pouvoir de découvrir la loi qu'un tribunal pourra appliquer devra être régie par un système quelconque, faute de quoi, la justice serait administrée d'une façon personnelle plutôt que légale » ⁴⁹.

On ne peut guère compter sur Pound pour soutenir un programme de liberté illimitée dans la décision ou une théorie d'un droit non com-

It must also be remembered that he is speaking with reference to the background of legal administration as it exists. That background has two chief features : (a) a highly unsatisfactory judge-made body of legal concepts ; (b) a mass of rudely constructed legislation. At this point another observation may be intruded. It is not improbable that the administration of justice in the present era would improve if the rule of *stare decisis* were completely abolished in the highest courts of appeal provided only that the rule were kept strictly intact for the inferior courts. That in effect, as we understand it, is the situation as to the Court of Cassation. It would, however, be intolerable if that same unlimited freedom were allowed to the trial judge. This suggestion does not, however, carry with it any idea of vesting our highest courts of appeal with the power of abrogating rules of law enacted by the legislature.

Joseph W. Bingham. — Professor Bingham, a well-known and very able teacher of law, is more directly and immediately to be credited with laying the foundations of the " free judge " movement in America than any other writer. His merit lies in putting forward a new idea of the nature of law and in bringing to light the lack of clearly defined boundaries in legal duties. Professor Bingham does not command the eloquence of diction which characterizes the writings of Maine, or Holmes, or Pound. He reminds one rather of Austin. It must be said, however, that the subjects which he has treated do not lend themselves easily to a freemoving literary

posé de règles. Il faut aussi se rappeler qu'il s'exprime par référence à la base actuellement existante d'administration de la justice. Cette base comporte deux traits principaux : a) un corps, fort peu satisfaisant de concepts légaux faits par les juges ; b) une masse de législation rudimentairement bâtie. Ici, il nous faut introduire une autre observation. Il n'est pas improbable que l'administration actuelle de la justice s'améliorerait si la règle du *stare decisis* était complètement abolie dans les plus hautes cours d'appel, pourvu seulement qu'elle fut gardée strictement intacte pour les tribunaux inférieurs. Telle est en effet, comme nous le comprenons, la situation de la Cour de cassation. Il serait toutefois intolérable que la même liberté illimitée fût permise au juge qui tranche le procès en premier lieu. Mais cette suggestion n'implique pas que nous puissions investir nos plus hautes cours d'appel du pouvoir d'abroger les règles de droit édictées par le pouvoir législatif.

Joseph W. Bingham. — Le professeur J. Bingham, professeur de droit très capable et bien connu a contribué d'une manière plus directe et plus immédiate que tout autre auteur à établir les fondements du mouvement en faveur du « libre juge » en Amérique. Son mérite consiste à mettre en avant une nouvelle idée de la nature du droit et à mettre en lumière le manque de délimitations clairement définies des obligations légales. Le professeur Bingham ne possède pas cette maîtrise éloquente des termes qui caractérise les écrits de Maine, de Holmes ou de Pound. Il rappelle plutôt Austin. Il faut avouer toutefois que les sujets qu'il a traités ne se prêtent pas facilement à une aussi libre manipulation litté-

manipulation. With these drawbacks, whether remediable or not, he has undoubtedly exercised a powerful influence on others, sometimes tardily acknowledged. It is also worth noticing that his essay entitled *What is the Law ?* ⁵⁰ was published five years before Professor Gény's book had become known in America by means of translation. It is altogether probable that Professor Bingham's ideas are original with him, at least in development. But it needs to be added that the movement which Bingham brought into motion was assisted in a large degree by the later publication in part of the views of Professor Gény.

In speaking of Professor Bingham's theory of law, the present writer unavoidably touches on a debate with Professor Bingham upon which nearly twenty years of time have fallen either to widen differences of view or to bring them nearer to reconciliation. There is not space to examine into that question which moreover is of no great interest to others. The present writer reviewed Professor Bingham's essay ⁵¹. Professor Bingham replied in detail ⁵² and there the controversy has stood. The present writer has no wish to renew the discussion (it has already been fairly stated with due observance of academic proprieties on both sides); but it may be permissible to sum it up by the statement that each of us has isolated the subject-matter of law and that our choices do not agree.

The whole American movement, we think, rests on this very problem of isolating the subject-matter of law. There are various

raire. Mais, réserve faite de ces causes de déperdition de forces, réparables ou non, il a indubitablement exercé sur les autres une influence considérable que l'on a mis trop de temps à reconnaître. C'est aussi un fait digne de remarque, que son essai intitulé *What is the Law ?* ⁵⁰ fut publié cinq ans avant que le livre du professeur Gény ne fût connu en Amérique par le truchement d'une traduction. Il est probable que les idées du professeur Bingham lui appartiennent en propre, du moins dans leur développement. Mais, il faut ajouter que le mouvement que Bingham mit en route reçut, dans la suite, une impulsion considérable par la publication partielle des vues du professeur Gény.

En parlant de la théorie du droit du professeur Bingham, l'auteur de ces lignes ne peut manquer de toucher au débat qui s'éleva entre lui et le professeur Bingham et sur lequel près de vingt années ont passé, soit pour élargir la différence entre leurs points de vue, soit pour les amener plus près de la conciliation. Ce n'est point ici l'endroit pour approfondir cette question qui n'a, d'ailleurs, pour les autres, aucun intérêt. L'auteur de ces lignes fit la critique de l'essai du professeur Bingham ⁵¹. Le professeur Bingham répliqua d'une manière détaillée et la controverse en est restée là (ceci a déjà été loyalement reconnu de part et d'autre, conformément aux usages académiques). L'auteur de ces lignes n'a aucun désir de rallumer le débat ; mais il sera sans doute permis de le résumer en constatant que chacun de nous a isolé la matière du droit et que nos points de vue ne s'accordent pas. Tout le mouvement américain repose, à notre avis, sur le problème même de l'isolation de la matière du droit. Il y a plusieurs manières possibles de concevoir

possible and actual current views as to what is the subject-matter of law. The enumeration follows :

1. Law may be regarded as what the courts have done in the adjudication of cases as manifested by their decisions. This may be called the phenomenal applied law.

2. Law may be regarded as a systematic, and, as far as possible to construct it, organic structure of legal rules logically extractible from judicial decision. This may be called the rationalized applied law.

3. Law may be regarded as a body of rationally organized hypotheses based on official or non-official sources as to what action the officers of government (chiefly the judges) will take on given states of fact in a controversy of asserted rights. This may be called the hypothetical law.

4. Law may be regarded as a body of legal phenomena (limited to decisional controversies) in the process of becoming realized. This may be called the becoming law. This is law in the Heraclitean sense of ceaseless change.

5. Law may be regarded as a system of concepts in parallel course to the becoming law. This may be called the conceptual becoming law.

6. Law may be regarded as the power of officers of the government to make decisional judgments. This may be called the power theory ⁵³.

7. Law may be regarded as an ideal system of principles which

ce qu'est la matière du droit. Voici celles qui sont aujourd'hui couramment défendues :

1. On peut considérer comme étant le droit ce que les Cours ont fait dans les jugements des procès tels qu'ils ressortent de leurs décisions. Ceci peut être appelé le droit appliqué phénoménal.

2. Le droit peut être envisagé comme un édifice systématique et, pour autant qu'il soit possible de le construire, un édifice organique de règles légales logiquement extractibles des décisions judiciaires. Ceci peut être appelé le droit appliqué rationalisé.

3. Le droit peut être envisagé comme un corps d'hypothèses rationnellement organisées (basées sur des sources officielles ou non officielles) quant à la conduite qu'adopteront les officiers du gouvernement (principalement les juges) devant des états de faits donnés dans une controverse où chacun défend ses prétendus droits. Ceci peut être appelé le droit hypothétique.

4. Le droit peut être considéré comme un corps de phénomènes légaux (limités aux controverses sur la décision) en train de se réaliser. Ceci peut être appelé le droit en devenir. Ceci est le droit au sens héraclitéen de changement perpétuel.

5. Le droit peut être considéré comme un système de concepts en ligne parallèle au droit en devenir. Ceci peut être appelé le droit en devenir conceptuel.

6. Le droit peut être considéré comme le pouvoir qu'ont les officiers du gouvernement de rendre des jugements ayant force de loi. Ceci peut être appelé la théorie du pouvoir ⁵³.

7. Le droit peut être considéré comme un système idéal de principes

practical law attempts to approximate. This may be called ideal law. It is a view logically implicated by the Anglo-American Declaratory theory of precedent. The fiction of the Declaratory theory is universally understood, but this theory of law is not without support ⁵⁴.

We see here various types of theory — rationalistic theories and realistic theories, practical theories and idealist theories, rule theories and non-rule theories.

Professor Bingham's view is that law does not consist of rules but of events, i. e., governmental phenomena. He admits that there might be a science of law in the sense of rules forecasting governmental events, but he says that such knowledge is not real, that it is only in the mind, that it is imperfect, that it lacks authority, and that it is not accurate.

He seems to be putting into opposition what we have called the hypothetical law with the phenomenal law. Only the latter, he says, is real. He seems to treat legal phenomena on the same plane as natural phenomena. Chemical action and the science of chemistry are different things, but is it allowable to emphasize governmental phenomena as against the body of ideas which undertakes to forecast these phenomena ? Here, too, there is unquestionably a difference, but there is also a distinction. The science of chemistry has absolutely no influence on chemical phenomena, but the body of ideas employed by lawyers and judges do have a direct causal influence on governmental phenomena. There is no doubt that in

dont le droit pratique tend à se rapprocher. Ceci peut être appelé le droit idéal. C'est un point de vue logiquement impliqué dans la théorie anglo-américaine dite « théorie déclaratoire du précédent ». La fiction de la théorie déclaratoire est universellement comprise, mais cette théorie du droit n'est pas sans fondement ⁵⁴.

Nous voyons ici différents types de théories : théories rationalistes et théories réalistes, théories pratiques et théories idéalistes, théories qui veulent que le droit soit un ensemble de règles et théories qui ne le veulent pas.

L'opinion du professeur Bingham est que le droit ne se compose pas de règles mais d'événements, c'est-à-dire de phénomènes de gouvernement. Il admet qu'il peut y avoir une science du droit au sens de règles prévoyant les événements gouvernementaux, mais il dit qu'une telle connaissance n'est pas réelle, qu'elle n'est que dans l'esprit, qu'elle est imparfaite, qu'elle manque d'autorité et qu'elle n'est pas précise.

Il semble mettre en opposition ce que nous avons appelé le droit hypothétique et le droit phénoménal. Seul ce dernier, dit-il, est réel. L'action chimique et la science de la chimie sont des choses différentes, mais peut-on admettre que l'on invoque précisément les phénomènes de gouvernement comme opposés aux corps d'idées qui se donnent justement pour tâche de prédire ces mêmes phénomènes ? Il y a bien ici une différence indiscutable, mais il y a aussi une distinction. La science de la chimie n'a aucune influence sur les phénomènes chimiques, mais les corps d'idées employés par les juges et les hommes de loi ont, eux, une influence causale directe sur les phénomènes gouvernementaux. Il n'y a aucun doute que dans les deux cas les phénomènes réels réagissent sur

both cases the actual phenomena react on the knowledge concerning them, but while the science of chemistry does not produce chemical phenomena, the body of rules known as the law does immediately produce legal phenomena.

It is needless to pursue the point, but the view discussed should be emphasized, since the "free judge" movement in America rests in large part on a naturalistic theory of law. Acceptance of it leads to the logical consequence that rules of law have no official or binding character and are in their nature of little importance. By this line of reasoning the judge is made free, as an officer of the State, if not as a rational human being. It may perhaps be true and we have already admitted it above that rules of law employed by courts do not have in our law an official character as to verbal form (in contrast with direct legislation) but the question remains whether they do not have an official character in substance, i. e., in that they are officially binding in their logical and teleological meaning.

Morris R. Cohen. — Professor Cohen is a teacher of philosophy. He is also a first-rate mathematician and a jurist of distinction. Since he is on familiar ground in philosophy, logic, and law, anything he says on the problem of philosophy of law or logic in law is of great importance.

Professor Cohen is thoroughly familiar with jurisprudential literature in all languages and we may be sure that nothing of

la connaissance qui les concerne, mais tandis que la science de la chimie ne produit pas de phénomènes chimiques, le corps de règles connu sous le nom de « droit » produit immédiatement des phénomènes légaux.

Il est inutile de poursuivre cette question mais il importe d'attirer l'attention sur le point de vue que nous discutons, puisque le mouvement du « libre juge » en Amérique repose en grande partie sur une théorie naturaliste du droit. L'accepter, conduit à cette conséquence logique que les règles du droit ne possèdent aucun caractère officiel ou obligatoire et, par leur nature même, n'ont que peu d'importance. Par cette manière de raisonner, le juge est rendu libre, du moins en tant qu'officier de l'Etat, sinon en tant qu'être humain raisonnable. Il est peut-être vrai — et nous l'avons déjà admis plus haut — que les règles de droit employées par les tribunaux n'aient pas, dans notre droit, un caractère officiel quant à leur forme verbale (contrairement à la législation directe) mais reste à savoir si elles n'ont pas un caractère officiel dans leur substance, c'est-à-dire en ce qu'elles sont officiellement obligatoires dans leur signification logique et téléologique.

Morris R. Cohen. — Le professeur Cohen enseigne la philosophie. C'est aussi un mathématicien de premier ordre et juriste distingué. Puisqu'il se trouve chez lui dans les domaines de la philosophie, de la logique et du droit, tout ce qu'il peut nous dire sur le problème de la philosophie du droit ou sur la logique dans le droit est d'une grande importance.

La littérature de la jurisprudence dans toutes les langues n'a pas de secrets pour le professeur Cohen et nous pouvons tenir pour assuré

significance has escaped his attention that touches any fundamental problem. Referring to Holmes's much quoted and sententious statement that "the life of the law has not been logic but experience", Cohen answers that "experience or life without logic is stupid and brutish"⁵⁵. Cohen does not accept the Aristotelian classification of propositions as existentially true or false but proceeds from a modern relational view of the proposition — which metaphysically means that not things but a complex of things-in-relation is the subject-matter of science⁵⁶.

"Deduction", he says, "is not an accidental incident in law and in natural science but is rather an essential part of their life"⁵⁷. "The law oscillates between natural classification and logical division and readily throws the incautious jurist into confusion"⁵⁸. Having in mind, perhaps, the premiss often asserted that the rule should fit the case and not the case the rule, Professor Cohen says, on the assumption that "the shoe should fit the foot, the theoretical consequence would be that no two shoes should be made exactly alike"⁵⁹. Which means, of course, that so much infusion of equity into judicial administration would destroy all rules of law.

Legal justice demands the ministration of the logically and technically trained judge. For this task the lay notions of the *bonus vir* will not suffice. "The trained mind sees in a flash of intuition that which the untrained mind can succeed in seeing only after painfully treading many steps"⁶⁰. "Those who scorn the idea of

que rien d'important touchant aucun problème fondamental n'a échappé à son attention. Rappelant cette déclaration sentencieuse et si souvent citée de Holmes : « La vie du droit fut faite non de logique mais d'expérience », Cohen répond que « l'expérience ou la vie sans la logique est stupide et digne de la brute »⁵⁵. Cohen n'accepte pas la classification aristotélicienne des propositions essentiellement vraies ou fausses mais il part du point de vue moderne de la conception relative de la proposition — ce qui, métaphysiquement, signifie que la matière de la science n'est pas un composé de choses séparées, mais un complexe de choses-en-relation⁵⁶.

« La déduction », dit-il, « n'est pas une donnée accidentelle dans le droit et dans les sciences naturelles, mais est plutôt une partie essentielle de leur vie »⁵⁷. « Le droit oscille entre la classification naturelle et la division logique et jette volontiers dans la confusion le juriste non circospect »⁵⁸. Pensant peut-être à cette assertion souvent soutenue que la règle doit s'adapter au cas et non le cas à la règle, le professeur Cohen dit : « Si l'on supposait que le soulier doit s'adapter au pied, la conséquence logique serait que deux souliers ne devraient jamais être fabriqués exactement de la même façon »⁵⁹. Ce qui signifie, évidemment, que si, pour rendre la justice il fallait s'inspirer à ce point de l'équité, il n'y aurait plus de règles de droit possibles.

La justice légale exige le ministère d'un juge formé selon les exigences de la logique et la technique de son métier. Pour cette tâche, les notions profanes du *bonus vir* ne sont pas suffisantes. « L'esprit exercé voit en un éclair d'intuition ce que l'esprit non exercé ne peut réussir à voir qu'après s'être péniblement traîné sur plusieurs pas »⁶⁰. Ceux qui méprisent l'idée du juge en tant que automate logique, tombent faci-

the judge as a logical automaton are apt to fall into the opposite error of exaggerating the force of bias or prejudice ⁶¹. »

Professor Cohen does not minimize the rule of discretion in the law ; but he is one of the few, somewhat out of fashion for this decade, who insists, and we think properly, that to rest the task of legal justice entirely on the judge's discretion would be nothing less than a surrender to tyranny. " To be ruled by a judge is, to the extent that he is not bound by law, tyranny or despotism. It may often be intelligent and benevolent but it is tyranny just the same ⁶². »

THE FOREGROUND

We have attempted to sketch significant parts of the background of the " free judge " movement in America. We now come to the foreground of that movement. In attempting to give an account of it we shall deal briefly with two of its most representative exponents. Regrettably we must pass over prominent figures who in one way or another are aligned, if not completely, with the idea of free judicial power, stand, at any rate, in opposition to the rationalist approach to law. Among those who deserve consideration in such an enumeration are Judge Cardozo ⁶³, Jerome Frank ⁶⁴, Judge Hutcheson ⁶⁵, Professor Llewellyn ⁶⁶, Professor Moore ⁶⁷, Professor Oliphant ⁶⁸, Professor Patterson ⁶⁹, Professor Radin ⁷⁰, and Professor Yntema ⁷¹.

lement dans l'erreur opposée en exagérant la force des penchants personnels ou des préjugés ⁶¹. »

Le professeur Cohen ne prétend pas réduire au minimum la place du pouvoir discrétionnaire dans le droit; mais il est un des rares qui, contrairement à la mode de ces dix dernières années, soutiennent l'opinion, très juste à notre avis que, faire reposer entièrement la tâche de la justice légale sur la discrétion du juge, n'équivaudrait rien moins qu'à se mettre à la merci de la tyrannie. « Être gouverné par un juge, c'est, dans la mesure où il n'est pas lié par le droit, de la tyrannie ou du despotisme. Elle peut parfois être bienfaisante mais ce n'en est pas moins de la tyrannie ⁶². »

L'AVANT-PLAN

Nous avons essayé de décrire brièvement les parties les plus significatives de l'arrière-plan du mouvement du « libre juge » en Amérique. Venons-en maintenant à l'avant-plan de ce mouvement. En essayant d'en donner un aperçu, nous parlerons brièvement de deux de ses partisans les plus représentatifs. A notre grand regret, nous devons passer sous silence des figures de premier plan qui, si elles ne se sont pas rangées entièrement à l'idée du libre pouvoir judiciaire, sont en tout cas opposées à une conception rationaliste du droit. Parmi celles qui mériteraient de retenir notre attention il faut citer le juge Cardozo ⁶³, Jerome Frank ⁶⁴, le juge Hutcheson ⁶⁵, le professeur Llewellyn ⁶⁶, le professeur Moore ⁶⁷, le professeur Oliphant ⁶⁸, le professeur Patterson ⁶⁹, le professeur Radin ⁷⁰ et le professeur Yntema ⁷¹.

Walter Wheeler Cook. — From the standpoint of experience in a wide field of subjects and in influence, Professor Cook is one of the outstanding personalities in the profession of American law teachers. He is a man of brilliant intellect and fearless judgment. He is undoubtedly one of the leading influences in giving the "free judge" idea the proportions of a definite movement and program. A good deal would need to be said to do justice to his activities and his ideas. We must restrict our observations to a limited field.

Professor Cook has the advantage of a background of rigorous training in the physical sciences to fortify his wide learning in the law. He has attacked the rationalist doctrine chiefly from the angle of the most recent developments in the sciences and in mathematics. In his paper entitled *Scientific Method in the Law*⁷², he attacks the deductive method which "by combining general and particular truths" seeks to "arrive at new truth about the world * * * without new observation". He discusses the mathematical systems of Bolyai, Lobachewski, and Reimann, and quotes Russell to say that mathematics "is the science in which we never know what we are talking about or whether what we are saying is true". Thus, "as a branch of pure mathematics, arithmetic is true; but as applied to the physical world a given arithmetical formula is in the abstract neither true nor false".

Naturally, he makes the most of recent scientific views concerning x-rays, radio activity, transmutation of elements, electrons, and protons, the Michelson-Morley experiment, and the quantum theory, and concludes that "we have reached the age of

Walter Wheeler Cook. — Du point de vue de l'expérience acquise dans un grand nombre de domaines et de l'influence qu'il exerce, le professeur Cook est une des personnalités les plus éminentes de l'enseignement du droit américain. Il contribua d'une manière prépondérante à donner à l'idée du « libre juge » les proportions d'un mouvement et d'un programme définis. Il y aurait beaucoup à dire pour rendre justice à ses activités et à ses idées. Nous devons limiter nos observations à un champ restreint.

Le professeur Cook a cet avantage que sa vaste érudition en droit est étayée par une solide formation en sciences physiques.

Il a attaqué la doctrine rationaliste principalement sous l'angle des plus récentes découvertes des sciences et des mathématiques. Dans son article intitulé *La Méthode Scientifique dans le Droit*⁷² il attaque la méthode déductive qui, « en combinant des vérités générales et des vérités particulières » cherche à « arriver à une nouvelle vérité sur le monde sans observation nouvelle ». Il discute les systèmes mathématiques de Bolyai, Lobachewski, et Reimann, et cite Russell pour dire que la mathématique « est la science dans laquelle nous ne savons jamais de quoi nous parlons ou si ce que nous disons est vrai ». Donc, « en tant que branche des mathématiques pures, l'arithmétique est vraie; mais, en tant qu'appliquée au monde physique, une formule arithmétique donnée, n'est, dans l'abstrait, ni vraie ni fausse ».

Naturellement, il tire le plus grand parti possible des récentes opinions scientifiques concernant les rayons X, la radio-activité, la transmutation des éléments, les électrons et protons, l'expérience de Michelson-

relativity". He insists that there is need of (1) "recognition of the extent to which all our thinking is based on underlying postulates"; (2) "surrender of the hypothesis that the universe can be fully described in terms of matter and motion"; and (3) "limitations of the process of deductive and inductive logic".

Professor Cook seems to destroy the overwhelming effect for legal thinking of all these newer ideas in the physical sciences and in mathematics by saying if a given situation is *new*, the judge must decide a *new* case. He is careful to emphasize that by hypothesis the case is new. If the case is not a new case, the judge is expected, it would seem, to apply the conventional rule whatever may be the implications of the Michelson-Morley experiment.

If the case is new, another procedure is called for. The new case presents, of course, the old problem of gaps in the law. How these gaps are to be supplied raises the question of how free the judge is to be in finding the sources of his decision. What an American judge will do in such a case is clearly shown by recent American decisions dealing with airports⁷³. The whole question here, as we see it, reduces to this: Shall the judge where the case is new be as free as the legislator or shall he feel constrained by the ideas of the system of law under which he acts⁷⁴? It needs also to be pointed out that no new case is entirely new, just as, on the contrary, it must be admitted that no old case is entirely old.

With reference to Professor Cook's use of ideas derived from the physical sciences, we venture to believe that the analogy of

Morley et la théorie du quantum et conclut que « nous avons atteint l'âge de la relativité ». Il insiste sur la nécessité 1° de reconnaître la mesure dans laquelle notre pensée est basée sur des postulats qui l'étaient; 2° d'abandonner l'hypothèse selon laquelle l'univers peut-être défini complètement en termes de matière et de mouvement; 3° de limiter les procédés de la logique inductive et déductive.

Le professeur Cook semble détruire l'effet de toutes ces nouvelles idées des mathématiques et des sciences physiques sur la pensée légale en disant que, si une situation donnée est *nouvelle*, le juge doit trancher un cas *nouveau*. Il prend soin de souligner que, par hypothèse, le cas est nouveau. Si le cas n'est pas un cas nouveau, il semble que le juge doive appliquer la règle conventionnelle, quoi que puisse impliquer l'expérience de Michelson-Morley.

Si le cas est nouveau, il requiert une autre procédure. Le nouveau cas soulève évidemment le vieux problème des lacunes de la loi. Comment combler ces lacunes? Autrement dit, où le libre juge va-t-il trouver les sources de sa décision? Ce que le juge américain fera en pareil cas, est clairement indiqué par de récents jugements américains concernant les aéroports⁷³. Toute la question, telle que nous la voyons ici, se réduit à ceci: le juge, là où le cas est nouveau, sera-t-il aussi libre que le législateur, ou se sentira-t-il tenu par les idées du système du droit en vertu duquel il agit? ⁷⁴ Il faut aussi bien remarquer qu'aucun cas nouveau n'est entièrement nouveau tout comme, au contraire, il faut admettre qu'aucun cas ancien n'est entièrement ancien.

A propos de l'emploi qu'a fait le professeur Cook des idées dérivant des sciences physiques, nous nous permettons de croire que l'ana-

contingency and relativity is pressed too far. Our knowledge of physical phenomena is hypothetical. There is no absolute truth with reference to the outer world, but this fact has no application whatever as to the mental sciences. Law is not a description of what happens in actual social relations (including here legal phenomena); it is a method of control which has for its purpose the conformity of social phenomena with what it prescribes. It is a normative standard for human conduct and is not merely descriptive of that conduct. Here we believe lies the fundamental error in the new ways of thinking. Law is not what happens ; it is what is expected to happen where reason is the basis of what does happen. In a system of law such as ours, the gap between the expectation and the happening is a wide one. The present happening also is constantly modifying the future expectation. It is the province of legal science to narrow the gap between the bases of prediction and the actual event. But however wide may be the separation between the idea and the event, the law is not in any scientific or practical sense the brute fact of phenomenon but remains always the ideal fact of what is rationally expected in human behavior. It is probably unnecessary to adduce the cautionary remark that it is here admitted that the ideal fact is imperfect, due to the want of technical skill to realize it in this age, but that admission does not in the slightest way affect the basic nature of law or furnish any solution for curing the deficiencies of its statement.

logie entre la contingence et la relativité est poussée trop loin. Notre connaissance des phénomènes physiques est hypothétique. Il n'y a pas de vérité absolue par rapport au monde extérieur mais ce fait n'a rien à voir avec les sciences mentales. Le droit n'est pas une description de ce qui se passe dans nos relations sociales réelles (y compris ici les phénomènes légaux); c'est une méthode de contrôle qui a pour but de veiller à ce que les phénomènes sociaux soient conformes à ce qu'elle prescrit. Il impose une norme à la conduite humaine et ne se contente pas de la décrire. C'est ici, pensons-nous, que gît l'erreur fondamentale dans la nouvelle manière de penser. Le droit n'est pas ce qui arrive ; c'est ce qui devra normalement arriver lorsque l'on aura pris la raison pour base de ce qui arrive en réalité. Dans un système de droit comme le nôtre, entre ce que l'on attend comme devant se produire et ce qui se produit en réalité, il y a une très grande marge. L'événement présent, lui aussi, modifie constamment ce que l'on attend de l'avenir. La science légale a pour objet de rétrécir la marge entre les bases de prédiction et l'événement réel. Mais quelque large que soit la séparation entre l'idée qu'on se fait de l'événement futur et cet événement lui-même, le droit n'est en aucun sens, ni théorique ni pratique, le fait brutal du phénomène, mais il demeure toujours le fait idéal que l'on doit raisonnablement attendre de la conduite humaine. Il n'est sans doute pas nécessaire de faire remarquer — par précaution — que nous admettons ici que le fait idéal est imparfait, par suite de notre incapacité technique à nous l'imaginer dans le moment présent. Mais cet aveu n'affecte nullement la base de la nature du droit et ne fournit pas non plus de solution pour parer aux déficiences de sa définition.

Leon Green. — Professor Green is one of the newer arrivals in the field of legal science. The field of "Torts" is one of the most difficult of all the subjects in a law school curriculum. Its chief difficulty is not in the technical interplay of abstruse concepts where meaning is already fairly well defined, but rather in the absence of clear definitional concepts and of precise methods of technical operation. The whole foundation of torts is unstable. The superstructure of ideas is in a perpetual state of vibration, which makes it hard to say in any really arguable case that one solution is clearly right on technical grounds or another clearly wrong. It may be briefly described as an area of formless law. Dean Green has made himself a master of the problems. Certainly he has no superior in an understanding of the defects of the conceptual apparatus which is applied in the tort field, and no one else perhaps has as clear an understanding of its unreliability.

Professor Green first attracted the attention of the learned world by the publication of a small volume entitled *Rationale of Proximate Cause* (1927). In this unpretentious book he succeeded at one stroke in annihilating the idea of "proximate cause" as it had been used since the days of Lord Bacon. He succeeded in demonstrating that what is called "proximate cause" is simply a legal judgment of the existence of liability based upon causal relation but not being in

Léon Green. — Le professeur Green est un des derniers arrivés dans le domaine de la science légale. L'étude des « Torts »* est une des branches les plus difficiles qui soient au programme d'une faculté de droit. La principale difficulté ne réside pas dans le mélange technique de concepts abstraits dont on entrevoit assez bien le sens, mais plutôt dans l'absence de concepts pouvant fournir la base de définitions claires et dans le manque de méthodes précises d'opération technique. Les fondements mêmes des « torts » sont instables ; la superstructure des idées est dans un état de perpétuelle vibration. Il en résulte que, dans un cas qui prête réellement à la discussion, il est bien difficile de dire en se basant sur des raisons techniques, que telle solution est clairement bonne ou telle autre clairement mauvaise. En un mot, c'est le terrain du droit informe. Le Doyen Green est passé maître en ces problèmes. Nul mieux que lui n'a su comprendre les défauts de l'appareil conceptuel auquel on a recours dans le domaine du « tort », et n'a une compréhension aussi claire de son manque de sécurité.

Le professeur Green attira d'abord l'attention du monde savant par la publication d'un petit volume intitulé *Rationale of Proximate Cause* (1927). Dans ce livre sans prétention, il a réussi d'un seul coup à annihiler l'idée de la « cause immédiate » (Proximate Cause) telle qu'elle avait été en usage depuis les jours de Lord Bacon. Il réussit à démontrer que ce qu'on appelle la « Proximate Cause » est simplement la constatation légale de l'existence d'une responsabilité basée sur une relation causale mais que cette responsabilité n'est pas en soi un fait physique

* *Tort* : Acte dommageable autre qu'une rupture de contrat — un délit causant préjudice à autrui et donnant lieu à réclamer des dommages et intérêts. (Note du traducteur.)

itself a physical fact to be ascertained. We believe that this is a notable and important discovery, and that it marks the author of it as a keen and accurate analyst.

Within the last five years, Professor Green has written industriously and ably upon various other problems of tort law. Some of his writings have just been collected in a volume entitled *Judge and Jury* (1930). The title of this book hardly indicates that in effect it embodies a vigorous, original, and interesting theory of the nature of law and of the function of legal ideas in the administration of justice. It is strongly fortified by concrete appeal to facts as shown by a large apparatus of cases. It gives also assuring evidence of wide and intelligent reading. Thus, for example, we find that Professor Gény is not overlooked at points where his views are important. Of all the writings that have appeared in America on the subject of the "free judge", none is as satisfying in its marshalling and analysis of concrete legal facts.

Professor Bingham, as we have seen, takes the position that law is not constituted of rules, etc., but has for its substance the phenomena of government. Dean Green agrees that rules, etc. do not constitute law, but asserts that law is "the power to control human conduct by passing judgment on such conduct"⁷⁵. Bingham defines law in terms of what comes to pass (phenomena); Green defines law in terms of power to create the phenomena of government. Green isolates the machinery of government for his starting

dont on puisse vérifier l'existence. Nous pensons que ceci est une découverte importante et digne d'être retenue. Elle dénote chez son auteur un sens aigu et précis de l'analyse.

Dans le cours des cinq dernières années, le professeur Green nous a donné des écrits nombreux et bien informés sur de nombreux autres problèmes du droit concernant les « torts ». Quelques-uns de ses articles viennent d'être réunis en un volume intitulé *Juge et Jury* (1930). Le titre de ce livre nous indique à peine qu'il contient, en réalité, une théorie vigoureuse, originale et intéressante de la nature du droit et de la fonction des idées légales dans l'administration de la justice. Il étaye fortement sa théorie en faisant appel à des faits concrets, ainsi qu'en témoigne un vaste attirail de cas. Cet ouvrage est une preuve certaine que son auteur a lu beaucoup et de façon intelligente. Ainsi nous voyons, par exemple, que le professeur Gény n'est pas oublié quand il s'agit de points sur lesquels ses opinions sont d'importance. De tous les écrits qui ont paru en Amérique sur le sujet du « libre juge », aucun n'est aussi satisfaisant dans sa domination et son analyse des faits légaux concrets.

Le professeur Bingham, comme nous l'avons vu, prétend que le droit n'est pas constitué par des règles etc..., mais a pour substance les phénomènes de gouvernement. Le Doyen Green admet que les règles etc. ne constituent pas le droit, mais il soutient que le droit est « le pouvoir de contrôler la conduite humaine en portant des jugements sur cette conduite »⁷⁵.

Bingham définit le droit en disant que c'est ce qui arrive (phénomènes); Green définit le droit en disant que c'est le pouvoir de créer les phénomènes de gouvernement. Dès le point de départ, Green isole le

point ; Bingham looks to the behavior of that machinery of government.

Dean Green seems to attribute little force, if any, to legal rules etc. as controls of judgment in the judicial process. The factors of judgment " lie outside of the theories, formulas, and rules employed by the courts * * * and show dimly, if at all, through them ". These factors which control the use of rules are the following : (1) the administrative factor ; (2) the moral factor ; (3) the economic factor ; (4) the preventive factor ; (5) the justice or " capacity to bear loss " factor ⁷⁶.

At this point we may pause to consider one or two instances where the factor of policy would likely, if at all, override an obstructive rule. In an Illinois case the prisoner was convicted of attempt to obtain money by " confidence game " ⁷⁷. The statute was directed (a) against attempts to obtain etc. and (b) obtaining money etc. In a word, the statute made criminal the attempt as well as the successful fraud. The evidence showed that the prisoner had obtained etc., and had not merely attempted to obtain etc. There was a variance between the allegation and the proof. It was clear that the prisoner had committed a crime. The objection of variance was purely formal and could not have prejudiced the prisoner. The court reversed the judgment of conviction.

In another case the prisoner was indicted for larceny and was

mécanisme de gouvernement ; Bingham porte ses regards vers la façon dont se comporte ce mécanisme.

Le Doyen Green semble attribuer peu de force aux règles légales en tant que moyen de contrôle des jugements dans le processus judiciaire. Les facteurs de jugement « sont en dehors des théories, formules et règles employées par les tribunaux et ne percent à travers elles que faiblement ou pas du tout ». Ces facteurs qui contrôlent l'emploi des règles sont les suivants : 1^o le facteur administratif ; 2^o le facteur moral ; 3^o le facteur économique ; 4^o le facteur préventif ; 5^o le facteur justice ou « capacité de subir une perte » ⁷⁶.

Nous pouvons ici nous arrêter un moment pour examiner un ou deux cas où le facteur de « police » pourrait l'emporter sur une règle gênante. Dans un procès en Illinois, le prisonnier fut condamné pour avoir *tenté* d'obtenir de l'argent par un abus de confiance ⁷⁷. La loi écrite prévoyait : a) la tentative d'obtenir, etc... ; b) le fait d'obtenir... En un mot, la loi écrite condamnait aussi bien la tentative que le délit accompli. Mais les témoignages recueillis prouvaient que le prisonnier *avait obtenu* et n'avait pas seulement *tenté* d'obtenir... etc. Il y avait une différence entre l'allégation et la preuve. Il était clair que le prisonnier avait commis un délit. L'objection de « variance » * était purement formelle et n'aurait pu en rien porter préjudice au prisonnier. La Cour cassa le jugement qui le déclarait coupable.

Dans un autre cas, le prisonnier était poursuivi pour larcin et fut

* *Variance* : Contradiction entre l'accusation dont le prisonnier est l'objet et les faits qui résultent des débats. (Note du traducteur.)

convicted of attempt to steal ⁷⁸. This judgment also was reversed by the Supreme Court.

In another case the prisoner was indicted for stealing a "pair" of boots. The evidence showed that the boots were not a "pair" but for the same foot. A judgment of conviction was reversed.

How would such instances (and thousands of such formal law instances could gathered) be explained? What "factor" accounts for such decisions? Dean Green probably would say that the administrative factor controls these cases, on the view that rules of law are mere administrative devices.

There are two kinds of cases: (1) those, such as above instanced, where it is difficult to suppose that some factor "lying outside of the rule" was the determinative element of decision rather than the rule itself; (2) those where the "factor" and the "rule" agree. In the second case where "factor" and "rule" agree, can it ever be proved that the factor was the determinative element of decision and not the "rule"? Dean Green's catalogue of "factors", unfortunately for this question, is so comprehensively constructed that it makes possible in nearly all cases an immediate reference to the "factor" as an ultimate explanation of the decision.

There are also cases where a judge reaches either a technically sound or unsound result by use of improper technical rules. Such an instance is where, for example, a result is reached on a pledge theory although the operative facts do not disclose a pledge ⁷⁹. Such

condamné pour tentative de vol ⁷⁸. Ce jugement fut également cassé par la Cour Suprême.

Dans un autre procès, le prisonnier fut poursuivi pour avoir volé une « paire » de souliers. Or, les témoignages prouvèrent que ces souliers ne formaient pas une « paire » mais étaient pour le même pied. Un jugement de condamnation fut cassé.

Comment expliquer ces exemples? (On pourrait d'ailleurs réunir des milliers d'exemples semblables de droit formel.) Le Doyen Green dirait sans doute que c'est le facteur « mode d'application » qui contrôle ces cas, en partant de ce point de vue que les règles de droit ne sont que de simples appareils servant à l'application du droit.

Il y a deux espèces de cas: 1^o ceux où, comme dans les exemples cités plus haut, il est difficile de supposer que c'est un facteur « se trouvant en dehors de la règle » qui a été l'élément déterminant de la décision, plutôt que la règle elle-même; 2^o ceux où le « facteur » et la « règle » s'accordent. Dans le second cas, où le « facteur » et la « règle » s'accordent, peut-on jamais prouver que c'est le « facteur » et non la « règle » qui fut l'élément déterminant de la décision? Malheureusement pour cette question, le catalogue des « facteurs » du Doyen Green en embrasse un si grand nombre, que, dans presque tous les cas, il devient immédiatement possible de ramener à un « facteur » l'ultime explication d'une décision.

Il y a aussi des cas où un juge obtient un résultat, sain ou non au point de vue technique, par l'emploi de règles techniques non appropriées. Il en est ainsi par exemple, lorsqu'on atteint un résultat en se basant sur une théorie de gage alors que les faits en cause n'impliquent aucune idée de gage ⁷⁹. On peut présenter ces cas comme tendant à

cases may be offered as tending to show the predominance of the "factor", since by hypothesis the rule is inapplicable. But does the faulty reasoning exclude the possibility of a correct rationalization which accords with the factor ? Do such cases prove even that the result was not causally reached by the faulty reasoning ?

These additional observations may here also be interpolated :

1. The judge's later explanation of his thought processes is not reliable for two reasons : (a) the explanation is colored by the motive of explanation ; (b) it comes too late since one cannot at the same moment will and reflect on how he wills, and obviously if the explanation comes long after, the original psychical fact has become submerged in an endless thought stream.

2. Even if the judge's decision rests on an emotive judgment, the character of the emotive element is conditioned by the judge's legal training. In a word, his knowledge of legal rules controls the direction and force of his emotive and intuitive judgments.

Let us now proceed to extract further quotations from Dean Green's book.

" A decision of a case is no more law than the light from last night's lamp is electricity ⁸⁰. " Dean Green here clearly departs from Professor Bingham. " By suggesting that law has been confused with machinery [decisions, statutes, etc.], I do not mean to minimize the importance of machinery. * * * But machinery without power is impotent. Hence " law " * * * is the power of passing judgment ⁸¹. " Law is " the power which operates through rules ⁸² ".

montrer la prédominance du « facteur » puisque, par hypothèse, la règle est inapplicable. Mais le raisonnement fautif exclut-il la possibilité de rendre raison du jugement d'une façon correcte qui s'accorde avec le facteur ? De tels cas prouvent-ils même que le résultat ne fut pas atteint, suivant l'ordre des causes, par le raisonnement erroné ?

Nous pouvons intercaler ici les observations suivantes :

1° On ne peut pas se fier à l'explication que le juge donne après coup du processus de sa pensée. Ceci pour deux raisons : a) le motif de l'explication a une influence sur l'explication elle-même ; b) cette explication vient trop tard, vu que l'on ne peut, en même temps, vouloir et réfléchir à ce que l'on veut et, évidemment, si l'explication vient longtemps après, le fait psychique originaire a fini par être submergé par un courant de pensée à l'infini.

2° Même si la décision du juge repose sur un jugement émotif, le caractère de l'élément émotif est conditionné par la formation juridique reçue par le juge. En un mot, sa connaissance des règles légales contrôle la direction et la force de ses jugements émotifs et intuitifs.

Continuons maintenant à extraire d'autres citations du livre du Doyen Green.

" La décision d'un cas n'est pas plus du droit que la lumière de la lampe d'hier soir n'est de l'électricité ⁸⁰. " Ici, le Doyen Green se sépare nettement du professeur Bingham. " En suggérant que le droit a été confondu avec le mécanisme par lequel il s'exprime, (jugements, lois écrites, etc.) je n'ai pas l'intention d'amoindrir l'importance de ce mécanisme. Mais un mécanisme sans pouvoir moteur est impuissant. D'où il ressort que le « droit » c'est le pouvoir de prononcer des jugements ⁸¹. Le

Here Dean Green means to say that " power " is the substance of law and " rules " are the means by which this power is translated into acceptable explanations. At other places Dean Green seems to say various apparatus of rules may at will be used to " articulate " the judgment. But is that true ? No doubt there are judgments that may be rationalized on different theories. An instance of that is a New York case ⁸³ where the ultimate decision may be explained on a theory of pledge, mortgage, conditional sale, or trust.

But not more than one theory can be the technically correct one from the standpoint of legal science. There must be a criterion of judgment to determine what is for any given case the correct operative theory in the light of the entire legal system and the logical and esthetic canons of judgment. That legal science is imperfect in not showing how these judgments are to be resolved with respect to competing theories is no warrant for abolishing legal science and surrendering to the rustic judgments of the " natural man ".

In the solution of legal problems, Dean Green believes we should start not with " a rule or an aggregate of rules " but with the concept of power which he calls the law. Law is power and it " is indefinable and ungraspable ". He believes the efforts of the American Law Institute * " will prove fruitless in setting up an hierarchy of rules and

droit, c'est « le pouvoir qui opère au moyen des règles » ⁸². Ici, le Doyen Green entend bien dire que le « pouvoir » est la substance du droit, et que les règles sont les moyens par lesquels ce pouvoir est traduit en explications acceptables. A d'autres endroits le doyen Green semble dire que l'on peut employer à volonté divers appareils de règles pour « articuler » le jugement. Mais cela est-il vrai ? Il n'y a pas de doute qu'il existe des jugements dont on puisse rendre raison en se basant sur des théories différentes. Voyez par exemple, ce procès de New-York où le jugement définitif peut être expliqué en se basant, soit sur la théorie du gage, soit sur celle de l'hypothèque, de la vente conditionnelle ou du *fideicommiss*.

Mais du point de vue de la science légale, il ne peut y avoir plus d'une seule théorie techniquement correcte. Il doit y avoir un critère de jugement pour déterminer dans n'importe quel cas donné, la théorie qui doit sortir ses effets à la lumière de l'ensemble du système légal. Ce critère doit aussi nous indiquer les canons logiques et esthétiques du jugement. Que la science légale soit imparfaite en ce qu'elle ne montre pas comment ces jugements doivent être résolus par rapport aux diverses théories qui s'affrontent, cela ne nous autorise nullement à abolir la science légale pour nous rendre à la merci des jugements sommaires de l' « homme naturel ».

Dans la solution des problèmes légaux, le Doyen Green croit que nous devrions partir, non d'une « règle ou d'un agrégat de règles », mais du concept du pouvoir qu'il appelle le droit. Le droit, c'est le pouvoir et il est « indéfinissable et insaisissable ». Il croit que les efforts de l'American Law Institute * pour établir une hiérarchie de règles et de formules

* L'œuvre de *Restatement* du droit entreprise par l'*American Law Institute*, à laquelle il est fait allusion ici et à bien d'autres endroits de ce Recueil, est l'un des plus récents chaînons d'un enchaînement, déjà ancien, d'activités, qui pousse le droit américain à préparer son adaptation aux conditions de vie de la nationalité, plus large et plus forte,

formulas. The day for that has gone * * *. Under whatever guise it has been undertaken the search for a language technic which would solve the difficulties of government has been the falsest hope of legal scholarship ⁸⁴ ”.

The above are some of the fundamental statements in Dean Green's book.

Dean Green minimizes the importance of legal rules without, however, putting them aside altogether. It would seem that he would allow legal rules to be used simply for the purpose of isolating the legal problem and for translating back the power judgment. The function of legal rules, therefore, becomes purely vehicular and is

resteront vains. Il est trop tard pour cela. Sous quelque forme qu'elle ait été entreprise, la recherche d'un langage technique qui résoudrait les difficultés de gouvernement a été l'espérance la plus trompeuse du monde savant du droit ⁸⁴.

Telles sont quelques-unes des idées fondamentales du livre du Doyen Green.

Le Doyen Green réduit au minimum l'importance des règles légales sans toutefois les écarter complètement. Il semblerait, d'après lui, que les règles légales ne doivent servir qu'à isoler le problème légal et à servir de moyen d'expression au jugement du pouvoir. C'est pourquoi la fonction des règles légales devient purement véhiculaire et n'est pas un élément causal dans la création du jugement du pouvoir. Le point de départ, pour le Doyen Green, c'est le jugement et non la règle.

Les essais du Doyen Green se rapportent tous aux problèmes des

qui a fondu dans son sein les nationalités des Etats fédérés. Même pour les branches du droit du commerce, de la production ou du travail, où l'on sent le plus fortement les gênes créées par les douanes juridiques intérieures nées de l'autonomie des droits des 48 Etats — sans compter ceux du district et des territoires — il n'est pas possible de concevoir, tant que la constitution fédérale se maintiendra dans son économie générale traditionnelle, qu'un droit national puisse être directement substitué à cette poussière de droits locaux. Aujourd'hui comme hier et comme dans l'avenir immédiat, l'élite des juristes américains doit donc et devra donc se borner à engager plus largement le droit américain dans une phase que les droits de peuples, comme la France et l'Allemagne, ont dû traverser avant d'arriver à leur unité : la phase où la constitution par la doctrine de *droits communs nationaux* atténue progressivement, sans pouvoir les détruire, les inconvénients de la diversité des droits provinciaux ou régionaux.

Nous empruntons l'analyse de ce dernier épisode d'une marche, depuis longtemps commencée, vers la formation d'un droit général américain, à une conférence de A. L. GOODHART, *Law reform in the United States*, publiée dans le volume de 1934 du *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, pp. 23-25. Goodhart rappelle que l'*American Institute of Law* a été créé, sous l'impulsion principale de l'*Association of American Law Schools*, comme un organisme permanent destiné à travailler à l'amélioration du droit ; organisme constitué en 1923 sous la direction de William Dwyer Lewis et financièrement soutenu par la Fondation Carnegie, qui a confié à des comités la tâche de restaurer doctrinalement l'unité de la partie judiciaire ou coutumière (*common law*) du droit américain, en faisant ainsi pendant aux efforts faits par la commission d'uniformité des lois d'Etats pour travailler à l'uniformisation partielle et relative du droit législatif (du *statute law*).

Goodhart rappelle que le but poursuivi par l'*American Law Institute* n'est pas d'obtenir que ce *Restatement* soit accepté comme un code à édicter par les divers Etats, mais d'arriver à ce qu'il acquière une autorité *prima facie* du chef de ce qu'il sera l'œuvre de comités de juristes, dont la compétence se trouvera reconnue par le monde de l'enseignement du droit — quelque chose comme la subsidiarité du droit romain dans les pays de droit écrit de l'ancienne France, ou celle du droit commun coutumier dans ses pays de coutume. L'œuvre de *Restatement* de l'Institut sera-t-elle capable, en fait, de s'élever à cette autorité relative et subsidiaire, c'est le mystère de l'avenir.

Pour plus amples détails nous renverrons, avec Goodhart, à des articles parus dans *Yale Law Journal*, mars 1933, et *Harvard Law Review*, juin 1934, œuvres de premier du doyen Clark et le second d'un des apporteurs de contributions au *Recueil Cézay* : Mitchell Franklin.

not a causal element in the creation of the power judgment. The point of departure for Dean Green is the judgment and not the rule.

Dean Green's essays are all written around tort problems. The natural inference is that his generalizations are to be limited to that field. As so limited his position probably in the practical result is unassailable, since the basic ideas of tort law rest on standards of reasonable conduct where the notion of standard is in itself a negation of rules. His position may be extended to all fields of law which employ standards of conduct in contrast to rules. That extension, of course, is an important one and includes such ideas as "good faith", "reasonable notice", "reasonable opportunity", and scores of other similar terms. Even those fields of law which are not based directly on standards of conduct as the core or center of regulation, become attenuated at their margins by similar uncertainties of definite meaning. Even in the field of contract law the meaning of offer, or acceptance, or performance, while starting from a logically complete concept, shades off gradually into an area where it is impossible to say in advance where the dividing line is to be found. Wurzel has pointed out the impossibility of fixing definite twilight zones since the effect of further definition is only to create new twilight zones ⁸⁵.

The distinction, therefore, is between those fields of law like torts which are based in the first instance on standards which do not have a precise logical content, but rather, instead, have only a descriptive content (e.g., the concept of "due care"), and those

« torts ». La conclusion naturelle est que ses généralisations doivent être limitées à ce domaine. Ainsi définie, sa position devient pratiquement inattaquable puisque l'idée de base du droit des « torts » repose sur des modèles (standards) de conduite raisonnable, là où la notion de « standard » est en elle-même une négation des règles. Son point de vue peut s'étendre à tous les domaines du droit où l'on emploie des « standards de conduite » par opposition « aux règles ». Cette extension est évidemment très importante et comprend des idées telles que « la bonne foi » « la connaissance raisonnable », « l'occasion raisonnable » et des douzaines de termes semblables. Même les domaines du droit qui ne sont pas basés directement sur des modèles de conduite considérés comme l'âme ou centre de la réglementation voient leurs limites rendues incertaines par le même manque de précision dans les termes. Même dans le droit des contrats, le sens des mots « offre », « acceptation » ou « exécution », bien que partant d'un concept logiquement défini, se fond en une série de significations de plus en plus nuancées jusqu'à se perdre en un terrain dans lequel il est bien difficile de dire à l'avance où se situera la ligne de séparation. Wurzel a fait remarquer qu'il est impossible de fixer des zones intermédiaires bien définies puisque toute tentative de définition plus précise a pour effet de créer de nouvelles zones intermédiaires imprécises. Ce qu'il importe donc de distinguer, ce sont d'une part les domaines du droit qui, comme le droit des « torts », sont basés en principe sur des « standards » qui n'ont pas un contenu logique défini, mais n'ont plutôt qu'un contenu descriptif (par exemple : le concept des « précautions nécessaires ») et, d'autre part, les domaines du droit qui sont basés, en principe, sur des concepts aux significations logiques

fields of law which are based in the first instance on concepts of definite logical meanings which become indefinite meanings at the boundary lines of application. For the second field we believe it is going beyond the truth of the matter to say that the judicial judgment is not controlled by rules of law.

SOME CONCLUSIONS

Some of the premisses upon which the "free judge" movement in America is based are the following :

1. Human relationships are too numerous and too complex for reduction into verbal frames of legal rules. The human mind is powerless to regulate in advance the whole domain of human conduct in all its permutations and shades of meaning. The unprovided cases will outweigh the others.

2. Human relationships due to developments in the arts and sciences and in industry and commerce are constantly changing in form and meaning. The legal rules of today can not adequately anticipate and provide for the new relationships of tomorrow. In the field of private custom, the law can have little effect. The force of custom will destroy any legal prescription that stands opposed to it.

3. Moral judgment of conduct is in a perpetual state of flux. The attempt to standardize conduct by fixed rules will cause a breach between law and morals or will so affect the applicative

définies qui deviennent des significations indéfinies aux limites frontières de leur application. En ce qui concerne ces derniers domaines, nous pensons que c'est aller au delà de la vérité que de dire que le jugement judiciaire n'est pas contrôlé par des règles de droit.

QUELQUES CONCLUSIONS

Voici donc quelques-unes des prémisses sur lesquelles est basé le mouvement du libre juge en Amérique :

1. Les relations entre les hommes sont trop nombreuses et trop complexes pour qu'on puisse les faire rentrer dans les cadres verbaux des règles légales. L'esprit humain est impuissant à réglementer à l'avance le domaine entier de la conduite humaine dans tous ses échanges et avec toutes les nuances de sens que ces échanges comportent. Les cas imprévus l'emportent toujours en quantité sur les autres.

2. Les relations entre les hommes dues à l'évolution des arts et des sciences, de l'industrie et du commerce changent constamment de forme et de signification. Les règles légales d'aujourd'hui ne peuvent pas prévoir d'une manière adéquate les relations de demain ni pourvoir anticipativement à leurs besoins. Dans le domaine du droit privé, la loi ne peut avoir que peu d'effet. La force de la coutume détruira toute prescription légale qui sera en opposition avec elle.

3. Le jugement moral de la conduite est dans un état de flux perpétuel. Toute tentative de « standardiser » la conduite par des règles fixes provoquera une rupture entre la loi et la morale ou bien affectera les modes d'application de la loi de façon telle que la loi tombera en désué-

process of law that the law will fall into desuetude or be modified to accord with moral opinion and custom.

4. Legal rules must be expressed by words. Words can not be an accurate copy of reality and they can not in application control the judgment of the judge and especially not for the case of the dynamic phenomenon of conduct. Moreover, the rule will always be applied in the light of its purpose and the interpretation of this purpose can not be withdrawn from the applier of the rule.

5. Legal rules have no meaning apart from the applicative process by judges, juries, and executive officers of the law. These human instruments of the application of law can not be separated from their subjective states in which normally will be found ignorance, prejudice, pride, fear, the wish to placate, and numerous other non-rational factors of judgment.

6. Human judgment is an emotive event. The realization of law depends on these emotive judgments which are later sought to be rationalized but which do not, however, change their actual character. The process of rationalization is only an illusion. It has the object of concealing the real fact from the observer and it usually deceives also the very one who uses this device. He comes to believe that what is rationalized is the fountain of judgment.

7. Phenomena are not presented to our minds in the form of definitions and classifications. This holds true also for the law. Jural ideas have no definitional limits and definition, therefore, is impossible. Classification for the same reason is useless.

tude ou sera modifiée de manière à s'accorder avec l'opinion morale et la coutume.

4. Les règles légales doivent être exprimées par des mots. Les mots ne peuvent pas être une copie exacte de la réalité et ne peuvent contrôler efficacement le jugement du juge, surtout dans le cas du phénomène dynamique de conduite. De plus, la règle sera toujours appliquée à la lumière du but qu'elle se propose et l'interprétation de ce but est inséparable de celui qui applique la règle.

5. Les règles légales n'ont d'autre sens que celui de mode d'application du droit dépend de ces mouvements émotifs que l'on cherche à Ces instruments humains de l'application du droit ne peuvent être séparés de leurs états subjectifs parmi lesquels peuvent se trouver l'ignorance, le préjugé, la fierté, la peur, le désir de plaire et nombre d'autres facteurs non rationnels de jugement.

6. Le jugement humain est un événement d'ordre émotif. La réalisation du droit dépend de ces mouvement émotifs que l'on cherche à expliquer après coup d'une manière rationnelle, sans que pourtant cela modifie en quoi que ce soit leur véritable caractère. Ce procédé de « rationalisation » n'est qu'une illusion. Il n'a d'autre but que de dissimuler à l'observateur la réalité des faits et aboutit ordinairement à tromper également celui-là même qui use de ce procédé. Il finit par croire que c'est ce qui est « rationalisé » qui est la source du jugement.

7. Les phénomènes ne se présentent pas à notre esprit sous forme de définitions et de classifications. Ceci reste également vrai pour le droit. Les idées juridiques ne sont pas limitées par nature et, par conséquent, il est impossible de leur attribuer une définition. Pour la même raison, la classification ne sert à rien.

We have here a catalogue of the seven mortal infirmities of the law. The temptation to inspect them is great ; but it must be put aside for the present purpose since our object here is chiefly a repertorial statement of the " free judge " movement in America, and not a critique of it or of its premisses. We may, therefore, close our account of the matter which ends with the literature existing at the end of the year 1930, with the following conclusions.

1. The " free judge " movement has taken on a specific form in America since the libre recherche movement was inaugurated by Professor GénY. The American movement has its own indigenous roots in the nature of our Anglo-American law and in our juristic literature. The movement in America has, however, been directly stimulated and fortified by the writings of European scholars.

2. The movement is still too new to make possible any appraisal of its influence or of its prospects. It is already exerting a collateral influence upon the materials used in law schools which are tending to employ case-book * materials projected on functional types of classification instead of traditional categories.

Nous avons ici un catalogue des sept infirmités mortelles du droit. La tentation de les examiner est grande. Mais nous devons l'écarter de nos préoccupations actuelles, car nous ne nous proposons rien d'autre ici que de dresser un répertoire des données du mouvement du libre juge en Amérique et non de faire la critique de ce mouvement ou de ses prémisses. Nous pouvons donc terminer ici notre analyse de la littérature existante sur cette matière jusqu'à la fin de 1930 par les conclusions suivantes :

1. Le mouvement du libre juge a pris une forme spécifique en Amérique depuis que le mouvement de la libre recherche fut inauguré par le professeur GénY. Le mouvement américain a ses propres racines indigènes dans la nature de notre droit anglo-américain et dans notre littérature juridique.

Toutefois, le mouvement en Amérique a été directement stimulé et fortifié par les écrits des savants européens.

2. Le mouvement est encore trop nouveau pour qu'il soit possible d'apprécier son influence ou ses perspectives d'avenir. Mais il influe déjà indirectement sur la manière de se servir des matériaux contenus dans la littérature du *case-book* * utilisés par les facultés de droit. Ceux-ci sont considérés, dès maintenant, non plus comme des catégories fixes, mais simplement comme des modèles en fonction desquels on jugera les cas à venir.

* Encore un terme qu'il faut se garder de traduire en français, si l'on veut être compris. La production des livres de classe, que sont les *Case-Books* ou *Select Cases*, est devenue la branche de beaucoup la plus touffue de la littérature juridique américaine. C'est, d'ailleurs, une conséquence inévitable de la prédominance prise dans les écoles de droit américaines par la « méthode du cas », qui commence à se propager dans les écoles canadiennes les plus proches des États-Unis et les plus en relations avec leurs universités, — comme l'école de droit d'Osgoode Hall à Toronto et Dalhousie Law School — mais qui n'a pas trouvé grand écho dans les autres pays de *common law* — au moins sous sa forme initiale et exclusiviste. La pénétration du *case-system* dans quelques écoles de droit au Canada s'y est immédiatement traduite par l'apparition d'une première série de *Case-Books*, celle que John D. Falconbridge a inaugurée par la publication de ses *Cases on the Sale of Goods* (Toronto, 1927). La traduction de *Select Cases* par *cas choisis* créerait une confusion avec des productions de la littérature des pays de droit civil, comme les *Espèces choisies* empruntées à la jurisprudence, publiées en 1927, à la Librairie

3. The American movement in some of its recently stated extreme forms goes far beyond European programs. Some of these extreme forms result in law being reduced for practical purposes to pure discretion.

4. The movement is likely to have an influence in breaking down the inflexibility of the rule of *stare decisis* ; but it is improbable that this effect will be carried to the extent of causing its abandonment, since the rule of *stare decisis*, though not strictly a rule binding on superior courts in America, is so firmly entrenched in professional thought as to amount to a constitutional principle of our law ⁸⁶.

5. The movement stands in opposition to the undertaking of the American Law Institute to restate the law or any effort to control conduct by an apparatus of words. It is not within the range of possibility that the work of the American Law Institute will be brought to halt, but the new movement for the " free judge " will affect the drafting of the restatement of law in various directions and especially at those points where the " free judge " movement seeks to impeach the reliability of written law.

6. The " free judge " movement is probably a temporary phase of juristic thought. It will not succeed in destroying the rationalist

3. Le mouvement américain dans certaines de ses formes extrêmes les plus récemment constatées, va bien au delà des programmes européens. Certaines de ces formes extrêmes aboutissent à réduire le droit dans la pratique à la discrétion pure et simple du juge.

4. Il est probable que le mouvement exercera une influence tendant à adoucir l'inflexibilité de la règle du *stare decisis* ; mais il est improbable qu'il parvienne à faire abandonner complètement cette règle, étant donné que la règle du *stare decisis*, bien que n'étant pas une règle liant strictement les Cours Supérieures en Amérique, s'est si fermement incrustée dans la pensée professionnelle, qu'elle est devenue comme un principe constitutionnel de notre droit.

5. Le mouvement est en opposition avec la tentative entreprise par l'American Law Institute pour reconstruire le droit sur de nouvelles bases et avec tout effort qui se proposerait de contrôler la conduite humaine par un appareil de mots. Il ne rentre pas dans l'ordre des choses possibles qu'il soit mis fin à l'œuvre de l'American Law Institute, mais il est certain que le mouvement en faveur du « libre juge » affectera l'entreprise de reconstruction du droit dans des sens divers et spécialement là où le mouvement du « libre juge » s'efforce d'ébranler la confiance que l'on peut avoir dans le droit écrit.

6. Le mouvement du « libre juge » est probablement une phase temporaire de la pensée juridique. Il ne réussira pas à détruire la théorie rationaliste du droit. Ses explications scientifiques sont un reflet d'atti-

du Dalloz, sous la direction de Henri Capitant, qui se présentent comme un complément et une application de l'enseignement donné en pays de *droit civil*, sous forme synthétique, par l'action combinée des cours méthodiques (ou *Lectures*) et des manuels et traités, alors que le *Case-Book* américain se présente, non pas seulement comme le concurrent, mais comme le remplaçant du manuel ou du traité. Quant à la traduction par recueils de jugements ou de cas jugés, elle serait encore plus vicieuse, puisqu'elle éveillerait l'idée d'une assimilation aux Recueils d'arrêts français ou aux *Law-Reports* des pays de *common law*. *Case-method* et *Case-book* sont des mots qui doivent être — et qui sont déjà — hospitalisés dans la langue française pour désigner des choses spécifiquement américaines.

theory of law. In its scientific implications it is a reflection of scientific attitudes from other sciences which overlooks the fact that law in the professional sense is not natural phenomenon but an artifact.

7. In its extreme forms the "free judge" movement in America is nihilistic in tendency. As such it will yet serve the useful purpose of compelling a much needed revaluation of legal concepts and in the end a more accurate and scientific apprehension of their content.

8. The "free judge" movement attempts to make a virtue of uncertainty in the law. It arrives at this position from a consideration of the prevailing uncertainty in the application of law. It does not here properly distinguish between the uncertainties of facts and the uncertainties in legal rules⁸⁷. It fails here also to distinguish between the possibility of a quasi science dealing with assumed facts and the actual results as controlled by contingent facts. It puts all the emphasis upon an ultimate realism, even when the ultimate fact is the product of mistake or even prejudice or corruption. That extreme point of view furnishes nothing for a legal science even though it places in clear relief the actual forces which enter into the judicial process.

tudes scientifiques d'autres sciences, mais qui néglige de tenir compte du fait que le droit, au sens professionnel du mot, n'est pas un phénomène naturel, mais une création artificielle.

7. Dans ses formes extrêmes, le mouvement du libre juge en Amérique est à tendance nihiliste. Comme tel, il servira du moins à obliger à une évaluation nouvelle et bien nécessaire des concepts légaux et nous donnera, en fin de compte, une idée plus exacte et plus scientifique de leur contenu.

8. Le mouvement du « libre juge » tente de faire de l'incertitude dans le droit une vertu. Il arrive à cette position en partant de l'incertitude qui règne dans l'application du droit. Il ne fait pas ici la distinction voulue entre les incertitudes des faits et les incertitudes des règles légales⁸⁷. Il néglige ici aussi de faire la distinction entre la possibilité d'une quasi-science traitant de faits présumés et les résultats réels tels qu'ils sont vérifiés par les faits contingents.

Il concentre toute son attention sur un réalisme final, même lorsque le fait final est le produit de l'erreur ou même du préjugé ou de la corruption. Ce point de vue extrême ne nous fournit rien pour une science légale même s'il place en un clair relief les forces véritables qui entrent dans le processus judiciaire.

¹ KEEDY, *Decline of Traditionalism and individualism*, 1917 (*Penn. Law Rev.* 65, 764).

² ALBERTSWORTH, *The Changing Conception of Law*, 1922 (*American Bar Assn. Jour.* 8, 673).

¹ KEEDY, *Decline of Traditionalism and Individualism*, 1917 (*Penn. Law Rev.* 65, 764).

² ALBERTSWORTH, *The Changing Conception of Law*, 1922 (*American Bar Assn. Jour.*, S. 673).

- ³ JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1885).
- ⁴ *Science of Legal Method*, Boston, 1917 (*Modern Legal Philosophy Series*, vol. IX, pp. 2 seq.).
- ⁵ *Modern Legal Philosophy Series*, 1909-1922, The Macmillan Co., New York).
- ⁶ Cf. KOHLER Preface to ROGGE, *Methodologische Vorstudien*, p. III.
- ⁷ See ALLEN, *Law in the Making*, 1927, 2d ed. 1930.
- ⁸ *Great Western R. Co. v. SS. Mostyn* (1928) A. C. 57. See also GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi*, 1930 (*Yale Law Jour.* 40, 161).
- ⁹ See note 8 *supra* ; cf. ALLEN, *Law in the Making*, p. 148.
- ¹⁰ See HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, 1930. Prof. Haines, however, shows that in American constitutional law natural law ideas have survived without interruption.
- ¹¹ HOLMES, *The Common Law*, 1881, p. 1.
- ¹² *Common Law*, p. 35.
- ¹³ HOLMES, *The Path of the Law*, 1897, in *Collected Legal Papers*, p. 169.
- ¹⁴ *Collected Legal Papers*, p. 181.
- ¹⁵ HOLMES, *Law in Science*, 1899, in *Collected Legal Papers*, p. 240.
- ¹⁶ HOLMES, *The Common Law*, p. 1.
- ¹⁷ WURZEL, *Das Juristische Denken*, 1904, § 15.
- ¹⁸ HOLMES, *Collected Legal Papers*, p. 181.
- ¹⁹ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1922 ; HUTCHESON, *The Judgment Intuitive*, 1929 (*Cornell Law Quar.* 14, 274).
- ²⁰ SCHROEDER, *Psychologie Study of Judicial Opinions*, 1918 (*Calif. Law Rev.* 6, 89). See also LASSWELL, *Self Analysis and Judicial Thinking*, 1930 (*Int. Jour. of Ethics* 40, 354).
- ²¹ GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 1909, p. 84.
- ²² POUND, *Introduction to the Study of Law*, 1912 : " Law is the body

-
- ³ JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1885).
 - ⁴ *Science of Legal Method*, Boston, 1917, *Modern Legal Philosophy Series*, vol. IX, pp. 2 seq.
 - ⁵ *Modern Legal Philosophy Series*, 1909-1922, The Macmillan Co., New York.
 - ⁶ Cf. Kohler Preface to ROGGE, *Methodologische Vorstudien*, p. III.
 - ⁷ Voir ALLEN, *Law in the Making*, 1927, 2d ed. 1930.
 - ⁸ *Great Western R. Co. c. SS. Mostyn* (1928) A. C. 57. Voir aussi GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi*, 1930 (*Yale Law Jour.*, 40, 161).
 - ⁹ Voir note 8 *supra* ; cf. ALLEN, *Law in the Making*, p. 148.
 - ¹⁰ Voir HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, 1930. Le professeur Haines, toutefois, montre que dans le droit constitutionnel américain, les idées du droit naturel ont survécu sans interruption.
 - ¹¹ HOLMES, *The Common Law*, 1881, p. 1.
 - ¹² *Common Law*, p. 35.
 - ¹³ HOLMES, *The Path of the Law*, 1897, in *Collected Legal Papers*, p. 169.
 - ¹⁴ *Collected Legal Papers*, p. 181.
 - ¹⁵ HOLMES, *Law in Science*, 1899, in *Collected Legal Papers*, p. 240.
 - ¹⁶ HOLMES, *The Common Law*, p. 1.
 - ¹⁷ WURZEL, *Das Juristische Denken*, 1904, p. 15.
 - ¹⁸ HOLMES, *Collected Legal Papers*, p. 181.
 - ¹⁹ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1922 ; HUTCHESON, *The Judgment Intuitive*, 1929 (*Cornell Law Quar.* 14, 274).
 - ²⁰ SCHROEDER, *Psychologie Study of Judicial Opinions*, 1918 (*Calif. Law Rev.* 6, 89); voir aussi LASSWELL, *Self Analysis and Judicial Thinking*, 1930 (*Int. Jour. of Ethics* 40, 354).
 - ²¹ GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 1909, p. 84.
 - ²² POUND, *Introduction to the Study of Law*, 1912 : " Le droit est le corps de règles

of rules recognized or enforced by public or regular tribunals in the administration of justice " (p. 8).

²³ GRAY (*op. cit.*, pp. 233-240) states the differences between Carter and himself.

²⁴ CARTER, *Law : Its Origin, Growth, and Function*, New York, 1907.

²⁵ CARTER, *op. cit.*, p. 121.

²⁶ CARTER, *op. cit.*, pp. 202-3.

²⁷ CARTER, *op. cit.*, p. 203.

²⁸ CARTER, *op. cit.*, p. 204.

²⁹ CARTER, *op. cit.*, p. 252.

³⁰ CARTER, *op. cit.*, p. 253.

³¹ CARTER, *op. cit.*, p. 255.

³² CARTER, *op. cit.*, p. 257.

³³ CARTER, *op. cit.*, pp. 278-279.

³⁴ CARTER, *op. cit.*, p. 285.

³⁵ CARTER, *op. cit.*, p. 318.

³⁶ CARTER, *op. cit.*, p. 334.

³⁷ CARTER, *op. cit.*, p. 344.

³⁸ MAITLAND, *The Mystery of Seisin* (1886) in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. III, 591 (601).

³⁹ CARTER, *op. cit.*, pp. 234 seq., 254.

⁴⁰ POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 1908 (*Columbia Law Rev.* 8, 605).

⁴¹ JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885.

⁴² POUND, *loc. cit.*, note 40, p. 605.

⁴³ POUND, *loc. cit.*, p. 612.

⁴⁴ POUND, *loc. cit.*, p. 614.

⁴⁵ POUND, *loc. cit.*, p. 613.

⁴⁶ POUND, *Courts and Legislation* (1911) reprinted in *Science of Legal Method*, pp. 202 sq.

reconnues ou sanctionnées par les tribunaux publics ou réguliers dans l'administration de la justice », p. 8.

²³ GRAY, *op. cit.*, pp. 233-240, constate les différences entre Carter et lui-même.

²⁴ CARTER, *Law : Its Origin, Growth, and Function*, New York, 1907.

²⁵ CARTER, *op. cit.*, p. 121.

²⁶ CARTER, *op. cit.*, pp. 202-3.

²⁷ CARTER, *op. cit.*, p. 203.

²⁸ CARTER, *op. cit.*, p. 204.

²⁹ CARTER, *op. cit.*, p. 252.

³⁰ CARTER, *op. cit.*, p. 253.

³¹ CARTER, *op. cit.*, p. 255.

³² CARTER, *op. cit.*, p. 257.

³³ CARTER, *op. cit.*, pp. 278-279.

³⁴ CARTER, *op. cit.*, p. 285.

³⁵ CARTER, *op. cit.*, p. 318.

³⁶ CARTER, *op. cit.*, p. 334.

³⁷ CARTER, *op. cit.*, p. 344.

³⁸ MAITLAND, *The Mystery of Seisin*, 1886, dans *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. III, 591 (601).

³⁹ CARTER, *op. cit.*, pp. 234 seq., 254.

⁴⁰ POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 1908 (*Columbia Law Rev.* 8, 605).

⁴¹ JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885.

⁴² POUND, *loc. cit.* (note 40), p. 605.

⁴³ POUND, *loc. cit.*, p. 612.

⁴⁴ POUND, *loc. cit.*, p. 614.

⁴⁵ POUND, *loc. cit.*, p. 613.

⁴⁶ POUND, *Courts and Legislation* (1911), réimprimé in *Science of Legal Method*, pp. 202 sq.

- ⁴⁷ POUND, *loc. cit.*, note 46, p. 207.
⁴⁸ POUND, *loc. cit.*, p. 208.
⁴⁹ POUND, *loc. cit.*, p. 213.
⁵⁰ BINGHAM, *What is the Law*, 1912 (*Mich. Law Rev.* 11, 1, 109).
⁵¹ (1913) *Ill. Law Rev.* 8, 138.
⁵² *Legal Philosophy and the Law*, 1914 (*Ill. Law Rev.* 9, 98).
⁵³ This is Dean Green's theory which will again be encountered. Professor Pomeroy (*Municipal Law*, § 38) has expressed a somewhat similar thought : " The common law * * * is rather a power continually reproducing itself. "
⁵⁴ BEALE, *Treatise on the Conflict of Laws*, 1913.
⁵⁵ COHEN, *Law and Scientific Method*, 1928 (*Am. Law School Rev.* 6, 236).
⁵⁶ COHEN, *The Logic of Fictions*, 1923 (*Jour. of Philosophy* 20, 477).
⁵⁷ COHEN, *Logic in the Law*, 1916 (*Harv. Law Rev.* 29, 622).
⁵⁸ COHEN, *loc. cit.*, note 57, p. 635.
⁵⁹ COHEN, *loc. cit.*, p. 637.
⁶⁰ COHEN, *loc. cit.*, p. 638.
⁶¹ COHEN, *loc. cit.*, p. 638.
⁶² COHEN, *Positivism and the Limits of Idealism in the Law*, 1927 (*Columbia Law Rev.* 27, 237).
⁶³ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1922.
⁶⁴ FRANK, *Law and the Legal Mind*, 1930.
⁶⁵ HUTCHESON, *The Judgment Intuitive*, 1929 (*Cornell Law Quar.* 14, 274).
⁶⁶ LLEWYLLN, *The Bramble Bush*, 1930, p. 3.
⁶⁷ MOORE, Book Review of " *Rational Basis of Legal Institutions* " in *New Republic*, 1924.
⁶⁸ OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, in *Handbook of Assn. of Amer. Law Schools*, 1927, p. 61.
⁶⁹ PATTERSON, *Can Law be Scientific*, 1930 (*Ill. Law Rev.* 25, 121).

-
- ⁴⁷ POUND, *loc. cit.* (note 46), p. 207.
⁴⁸ POUND, *loc. cit.*, p. 208.
⁴⁹ POUND, *loc. cit.*, p. 213.
⁵⁰ BINGHAM, *What is the Law*, 1912 (*Mich. Law Rev.* 11, 1, 109).
⁵¹ 1913, III, *Law Rev.* 8, 138.
⁵² *Legal Philosophy and the Law*, 1914, III (*Law Rev.* 9, 98).
⁵³ Ceci est la théorie du doyen Green que nous rencontrerons encore plus loin. Le Professeur POMEROY, *Municipal Law*, § 38, a exprimé une pensée à peu près similaire : « Le Droit coutumier est plutôt un pouvoir qui se reproduit continuellement. »
⁵⁴ BEALE, *Treatise on the Conflict of Law*, 1913.
⁵⁵ COHEN, *Law and Scientific Method*, 1928 (*Am. Law School Rev.* 6 236).
⁵⁶ COHEN, *The Logic of Fictions*, 1923 (*Jour. of Philosophy* 20, 477).
⁵⁷ COHEN, *The Logic in the Law*, 1916 (*Harv. Law Rev.* 29, 622).
⁵⁸ COHEN, *loc. cit.* (note 57), p. 635.
⁵⁹ COHEN, *loc. cit.*, p. 637.
⁶⁰ COHEN, *loc. cit.*, p. 638.
⁶¹ COHEN, *loc. cit.*, p. 638.
⁶² COHEN, *Positivism and the Limits of Idealism in the Law*, 1927 (*Columbia Law Rev.* 27, 237).
⁶³ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1922.
⁶⁴ FRANK, *Law and the Legal Mind*, 1930.
⁶⁵ HUTCHESON, *The Judgment Intuitive*, 1929 (*Cornell Law Quar.* 14, 274).
⁶⁶ LLEWYLLN, *The Bramble Bush*, 1930, p. 3.
⁶⁷ MOORE, Book Review of " *Rational Basis of Legal Institutions* " in *New Republic* (1924).
⁶⁸ OLIPHANT, *A return to stare decisis* dans *Handbook of Assn. of Amer. Law Schools* (1927), p. 61.
⁶⁹ PATTERSON, *Can Law be Scientific*, 1930 (*Ill. Law Rev.* 25, 121).

- ⁷⁰ RADIN, *Statutory Interpretation*, 1929 (*Harv. Law Rev.* 43, 863).
- ⁷¹ YNTEMA, *The Hornbook Method*, 1928 (*Yale Law Jour.* 37, 468).
- ⁷² COOK, *Scientific Method in the Law*, 1927 (*Am. Bar Assn. Jour.* 13, 303).
- ⁷³ (1930) *Smith v. New England Aircraft Co.* 269 Mass. 639, 170 N. E. 385 ; (1930) *Swetland v. Curtiss Aircraft Corporation*, 41 Fed. (2d) 929.
- ⁷⁴ "What materials of reasoning shall [the judge] use in substitution for precedent ?" (WIGMORE, *Problems of Law*, 1920, p. 84).
- ⁷⁵ Green Address to Chicago Bar Association (31 Oct. 1929).
- ⁷⁶ GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 19. Cf. STURM, *Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft*, 1915.
- ⁷⁷ (1899) *Graham v. People*, 181 Ill. 477, 55 N. E. 179.
- ⁷⁸ (1921) *People v. Lardner*, 296 Ill. 190, 133 N. E. 375.
- ⁷⁹ (1876) *Talty v. Freedman's Savings and Trust Co.*, 93 U. S. 321, 23 L. ed. 886.
- ⁸⁰ GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 40.
- ⁸¹ GREEN, *op. cit.*, pp. 40-41.
- ⁸² GREEN, *op. cit.*, p. 41, n. 9.
- ⁸³ (1878) *Farmers and Mechanics National Bank v. Logan*, 74 N. Y. 568.
- ⁸⁴ GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 46. One of the clearest statements made by Dean Green of the function of legal theories and formulas is the following (p. 258): they "are employed : (1) to reduce the cases to terms which are convenient to work with * * * (2) to articulate what judgment has been passed".
- ⁸⁵ WURZEL, *Das juristische Denken*, 1904, § 15.
- ⁸⁶ The American bar, as a whole, is distrustful of vesting in the judge more power than he now has. See, for a good historical statement of the matter, HOGAN, *The Strangled Judge*, 1929, Presidential Address to Vermont Bar Association printed (in part) in *Journal Am. Jud. Society*, 1930, 14, 116.

-
- ⁷⁰ RADIN, *Statutory Interpretation*, 1929 (*Harv. Law Rev.* 43, 862).
- ⁷¹ YNTEMA, *The Hornbook Method*, 1928 (*Yale Law Jour.* 37, 468).
- ⁷² COOK, *Scientific Method in the Law*, 1927 (*Am. Bar Assn. Jour.* 13, 303).
- ⁷³ (1930) *Smith c. New England Aircraft Co.* 269 Mass. 639, 170 N. E. 385 ; (1930) *Swetland c. Curtiss Aircraft Corporation*, 41 Fed. (2d) 929.
- ⁷⁴ « Quels matériaux de raisonnements emploiera-t-il (le juge) en lieu et place du précédent ? » WIGMORE, *Problems of Law*, 1920, p. 84.
- ⁷⁵ Discours de Green à l'Association du Barreau de Chicago (31 oct. 1929).
- ⁷⁶ GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 19. Cf. STURM, *Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft*, 1915.
- ⁷⁷ (1899) *Graham c. People*, 181 Ill. 477, 55 N. E. 179.
- ⁷⁸ (1921) *People c. Lardner*, 296 Ill. 190, 133 N. E. 375.
- ⁷⁹ (1876) *Talty c. Freedman's Savings and Trust Co.*, 93 U. S. 321, 23 L. ed 886.
- ⁸⁰ GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 40.
- ⁸¹ GREEN, *op. cit.*, pp. 40-41.
- ⁸² GREEN, *op. cit.*, p. 41, n. 9.
- ⁸³ (1878) *Farmers and Mechanics National Bank c. Logan*, 74 N. Y. 568.
- ⁸⁴ GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 46. Une des plus claires définitions que le doyen Green ait donnée de la fonction des théories et formules légales est la suivante (p. 258) : « Elles sont employées : 1^o Pour réduire les cas à des termes dont on puisse facilement se servir : 2^o Pour exprimer le jugement qui a été rendu. »
- ⁸⁵ WURZEL, *Das Juristische Denken*, 1904.
- ⁸⁶ Le Barreau américain est très méfiant quand il s'agit d'investir le juge de plus de pouvoir qu'il n'en a maintenant. Pour une bonne étude historique de la question, voir HOGAN, *The Strangled Judge*, 1929, Discours Présidentiel à la Vermont Bar Association imprimé (en partie) dans le *Journal Am. Jud. Society*, 1930, 14, 116.

⁸⁷ LILE, *The Rule of Stare Decisis* an address to the Alabama State Bar Association July 1916, printed in *Virginia Law Review* 4, 95 (112): "Courts are but hospitals of the law, into which come, not the normal but the abnormal. And of these controversies, a majority spring not from uncertainty in the law, but from a dispute about the facts. "

⁸⁷ LILE, *The rule of Stare Decisis*, discours à l'Association du Barreau de l'Etat d'Alabama, juillet 1916, imprimé dans la *Virginia Law Review* 4, 95 (112) : « Les Cours sont des hôpitaux du droit où viennent non les cas normaux mais les cas anormaux. Et la majorité de ces controverses provient, non de l'incertitude dans le droit, mais d'une discussion sur les faits. »

CHAPITRE V

The problem of the unprovided case

John DICKINSON,

Professor of Law, University of Pennsylvania Law School

Every lawyer is familiar with the problem of the "unprovided case" — the case which does not fall squarely and obviously within the terms of a statute or rule established by precedent¹. These are the interesting cases, the cases which interrupt the monotony of routine practice, and under our common-law system with its restriction of the right of appeal in most instances to questions of law, they are the cases which reach appellate courts, find their way into the books, and become precedents for the future.

The problem of the unprovided case assumes greater or less importance at different epochs, and at any given epoch in different branches, of the law. All lawyers know from experience how immediately after the enactment of an important statute there are countless situations of possible doubt in the law until the statute has been construed by the courts in decisions which can serve as precedents. On the other hand where no new statute has been enacted,

Le problème du cas non-prévu

par John DICKINSON,

Professeur à l'Université de Pennsylvanie

Traduit par Paul BARATIER,

Docteur en droit,

Professeur agrégé aux Lycées de Lyon

Le problème du « cas imprévu » est familier à tout juriste — c'est le cas qui ne satisfait pas de façon précise et évidente aux conditions d'un statut ou d'une règle établie par des précédents¹. Ce sont là les cas intéressants, ceux qui interrompent la monotonie de la pratique routinière, et sous notre régime de « common law » qui restreint dans la plupart des cas le droit de faire appel aux seules questions de droit, ce sont les cas qui parviennent aux juridictions d'appel, s'introduisent dans les ouvrages, et constituent les précédents pour l'avenir.

L'importance du cas imprévu varie suivant les époques et, pour une époque donnée quelconque, suivant les différents domaines du droit. Tous les juristes savent, par expérience que, immédiatement après l'entrée en vigueur d'un statut important, il se présente d'innombrables situations où le doute est possible en droit, jusqu'à ce que le statut ait été interprété par les tribunaux rendant des décisions qui constituent des précédents. D'autre part, alors qu'aucun nouveau statut n'est entré en vigueur, lorsque l'entreprise et l'ingéniosité humaines se sont soudain

but where human enterprise and ingenuity have suddenly become active in a given field of business or social relations, creating new types of transactions, relationships, and interest-conflicts, this spawning of novel situations raises doubts in great numbers as to the proper legal rules applicable.

In our western civilization no period has ever been purely static and immune from change in one or another department of human activity, with the result that no epoch of legal history has been completely free from the problem of the unprovided case. All we can say is that at some periods the problem has presented itself in one field rather than another and that in some ages it has been insistent in a larger number of fields simultaneously than at other times. With the speeding up of the rate of change and progress which has marked the increase in mechanical inventions and the development of economic organization during the last hundred and fifty years, the problem has tended to become more omnipresent and insistent in a larger number of fields of law than ever before.

I. The problem of the unprovided case is one of finding grounds for reaching a decision of a case where those grounds are not directly and clearly supplied by existing rules and precedents. How and where are such grounds to be obtained? On what principle of selection are they to be chosen from various possible grounds which might lead to diametrically opposite decisions of the case? These are the questions which confront both the judge who is called on to render a decision and the lawyer who has to advise a client. Both are faced with the same problem, but with this difference, that the lawyer to advise his client soundly must attempt to reach the same

donné libre cours dans un certain domaine économique ou social, créant de nouveaux types de contrats, de rapports, de conflits d'intérêts, ce fourmillement de situations neuves fait surgir des doutes innombrables quant aux règles légales qu'il convient d'appliquer.

Dans notre civilisation occidentale aucune période n'a jamais été purement statique et à l'abri de tout changement dans un domaine quelconque de l'activité humaine, d'où il résulte qu'aucune époque de l'histoire du droit n'a ignoré entièrement le problème du cas imprévu. Tout ce que l'on peut dire c'est qu'à certaines périodes le problème a surgi dans un domaine plutôt que dans un autre et qu'à certains moments il s'est posé simultanément dans de plus nombreux domaines. Avec l'accélération du changement et du progrès qui marque le développement des inventions mécaniques et de l'organisation économique depuis cent cinquante ans le problème tend à devenir universel et urgent dans des domaines juridiques plus variés que jamais.

I. Le problème du cas imprévu consiste à découvrir des raisons fondant la solution d'une espèce lorsque ces raisons ne sont pas directement et clairement fournies par des règles ou précédents existants. Où et comment découvrir ces raisons? D'après quel critérium les distinguer des divers motifs possibles qui conduiraient peut-être à des solutions diamétralement opposées? Telles sont les questions qui se posent à la fois au juge qui est appelé à rendre une décision et à l'homme d'affaires qui doit conseiller son client. Tous deux se trouvent en face du même problème, mais avec cette différence que l'homme d'affaires pour conseiller sainement son client, doit s'efforcer d'atteindre le même résultat auquel par-

result which will be reached by the courts if the case should be litigated, while the judge, at least if he is a judge of last resort, is under no similar necessity for making his conclusion conform to the anticipated conclusion of another mind. Since the lawyer must thus conform his technique so far as possible to that of the courts in order that he may anticipate the result at which they will arrive, it is highly desirable that the technique which the courts employ for finding grounds of decision for unprovided cases should be settled with reasonable certainty and understood with reasonable precision by the bar.

This necessity for understanding the technique of deciding unprovided cases has become more and more obvious to the profession during the last half century, and has consciously or unconsciously attracted an increasing share of the attention of legal thinkers. It is the fundamental motive underlying the so-called "case-method" of law-teaching, which aims to put before the student not merely the dry bones of established and ready-made legal rules, but the living processes by which cases are decided for which the rules are not already settled. Nevertheless the nature and meaning of the problem has not been fully appreciated until comparatively recent years, and most of the earlier contributions made to its solution were made more or less unconsciously and without direct reference to the issues involved. Ideas have accordingly survived which tend to confuse and obscure the considerations on which a solution of the problem depends.

In the 17th and the early part of the 18th century, when many

viendront les tribunaux si l'espèce est jugée, tandis que le juge, du moins s'il s'agit d'un juge de dernier ressort, n'a pas à se préoccuper de conformer ses conclusions aux conclusions prévisibles d'un autre esprit. Etant donné que l'homme d'affaires doit aussi modeler, dans la mesure du possible, sa technique sur celle des tribunaux, afin de prévoir le résultat auquel ils parviendront, il est hautement désirable de régler avec une certitude raisonnable la technique suivie par les tribunaux pour découvrir les motifs des décisions à rendre dans les cas imprévus, et de permettre aux hommes d'affaires de la comprendre avec une précision raisonnable (de façon suffisamment précise).

Cette nécessité de comprendre la technique grâce à laquelle on tranche les cas imprévus est devenue de plus en plus évidente pour les professionnels durant la deuxième moitié du dernier siècle et a, consciemment ou non, de plus en plus attiré l'attention des juristes philosophes. Dans l'enseignement du droit le but essentiel de ce qu'on appelle la méthode du cas est d'offrir à l'étudiant non pas seulement le squelette desséché de règles légales établies et toutes faites, mais le vivant processus par lequel on tranche les espèces ne relevant d'aucune règle préétablie. Néanmoins la nature et le sens du problème n'ont été pleinement appréciés qu'à une période relativement récente, et la plupart des contributions antérieures apportées à sa solution furent faites plus ou moins inconsciemment et sans référence directe aux problèmes impliqués. Par suite, certaines idées ont survécu, qui tendent à confondre et à obscurcir les considérations d'où dépend la solution du problème.

Au xvii^e siècle et au début du xviii^e, lorsque s'établirent un grand

of the lines of our present legal processes were laid down, it is fair to say that the problem of the unprovided case was taken for granted and not clearly envisaged as a problem at all. The bulk of litigation of the time lay in the field of real-property law where the rules had already been elaborated to great fullness and required little more than direct application to the cases. On the other hand a strict formalism in the attitude of lawyers, and a tendency to reduce most questions to questions of procedure, led to a willingness to deny relief in cases which did not fall squarely within the terms of a precedent. Whenever an issue arose which seemed to the judges to call for relief not directly warranted by precedent, the case was apt to be decided on broad and vague grounds of "natural justice", and on unanalyzed sense of right and wrong and of what was fair and just from a lay point of view. There is astonishingly little close legal reasoning in our modern sense, there are very few instances of an elaborate chain of analysis and deduction, anywhere in the old reports. Toward the middle of the 18th century the tendency to decide unprovided cases on the basis of so-called natural justice increased, and many of the most famous decisions of Lord Mansfield can be reduced in the last analysis to no other grounds than the opinion of that great Judge that fairness and convenience required the result arrived at. It was this characteristic of Lord Mansfield's decisions which antagonized the latent desire of the bar for more settled and definite grounds of decision, and which justifies the

nombre de nos règles actuelles de procédure, il est juste de dire que le problème du cas imprévu fut considéré comme résolu et ne fut pas abordé clairement en tant que problème. Le plus grand nombre des procès de cette époque concernaient la « propriété réelle » où les règles avaient déjà atteint un haut degré d'élaboration et où il suffisait presque de les appliquer directement aux espèces. D'autre part, l'attitude strictement formaliste des juristes, et leur tendance à réduire la plupart des questions à des questions de procédure, les inclinaient à refuser tout recours dans les espèces qui ne s'adaptaient pas exactement aux termes d'un précédent. Dès que surgissait une question qui semblait au juge impliquer un recours qu'aucun précédent ne justifiait directement, le cas était le plus souvent résolu en vertu de considérations vagues et générales de « droit naturel », d'après un sentiment intuitif du juste et de l'injuste, et de ce qui, du point de vue du profane, était équitable et bon. Dans les anciens recueils de cas, on est surpris de trouver aussi peu d'exemples de raisonnement juridique précis, au sens moderne du mot, et ils contiennent très peu d'exemples d'une chaîne complexe d'analyse et de déductions. Vers le milieu du XVIII^e siècle la tendance à juger des espèces imprévues d'après ce qu'on appelle la justice naturelle s'accrut et nombre des décisions les plus célèbres de Lord Mansfield peuvent être ramenées, en dernière analyse, à cette seule considération que cet illustre juge estimait que la justice et l'opportunité impliquaient la solution adoptée. Ce fut cette caractéristique des décisions de Lord Mansfield qui éveilla le désir latent chez les membres du barreau d'obtenir des motifs de décisions plus explicites et plus constants, et qui justifia la réaction qui se

reaction under Lord Kenyon toward a more technical and closely reasoned jurisprudence ².

The first half of the 19th century witnessed a splendid outburst of intellectual effort in the field of the common law, which shaped the basic assumptions still current among the legal profession in common-law countries as to the nature of law and the technique of its application. This effort is associated with the names of such jurists as Kent and Story and Parsons in this country and Chitty, Sugden, Williams and Blackburn in England. Carrying forward the thought of the jurists of continental Europe in the preceding century ³, they conceived law as a system or "science" in the sense of a body of rules all rationally related to and connected with one another in such a way that any given rule could be deduced by a process of logic from other rules already known ⁴. The bearing of this conception on the problem of unprovided cases was direct, and its influences enormous. It formed the attitude toward the problem which still prevails, and which has become even more dominant through the influence of the case-method of teaching in the law-schools.

The notion that legal rules are so connected rationally that one can be deduced from others leads to the conclusion that in the last analysis there is no such thing as an unprovided case. If the rules which are already established grow out of one another inevitably by a mere process of reasoning, it seems to follow that rules which have never yet been applied because their application has not chanced

produisit avec Lord Kenyon en faveur d'une jurisprudence plus technique et de raisonnements plus précis ².

La première moitié du xix^e siècle fut témoin d'un splendide effort intellectuel dans le domaine de la « common law », effort qui fixa les croyances fondamentales encore admises couramment par les membres de la profession légale dans les pays de « common law », quant à la nature des règles légales et à la technique de leur application. A cet effort se rattachent les noms de juristes comme Kent, Story et Parsons chez nous, comme Chitty, Sugden, Williams et Blackburn en Angleterre. Prolongeant la pensée des juristes de l'Europe continentale du siècle précédent ³, ils conçurent la loi comme un système ou une « science », au sens d'un corps de règles toutes rationnellement rattachées et liées les unes aux autres de telle sorte que toute règle envisagée puisse être déduite par un processus logique d'autres règles déjà connues ⁴. Les rapports de cette conception avec le problème du cas imprévu furent directes, et son influence énorme. Elle détermina à l'égard de ce problème, l'attitude qui prévaut encore et dont la prédominance s'est encore accentuée grâce à l'influence de la méthode d'enseignement par l'étude du cas, dans les écoles de droit.

Cette idée que les règles légales sont rattachées les unes aux autres rationnellement, de sorte que l'une se déduise des autres, nous amène à cette conclusion qu'en dernière analyse le cas imprévu n'existe pas. Si les règles déjà établies sortent les unes des autres inévitablement par un simple procédé logique, il suit de là, semble-t-il, que les règles qui n'ont jamais encore été appliquées, parce qu'il se trouve que l'occasion ne s'est

to be called for are yet fully implicit in the body of existing rules ⁵, and that if a new case arises which calls for a hitherto unapplied rule, this rule can at once be deduced from the body of existing rules in the same way in which those rules themselves are supposed to have been deduced. There was thus consciously affirmed the doctrine of the logical completeness of the law, with the corollary that when an unprovided case arises the existing law already contains the proper legal ground of decision in spite of the fact that that ground of decision has never been applied in any preceding case. The theory is thus that it is not necessary to go outside the boundaries of existing law to find the ground of decision of new cases ; that the law, being complete, is necessarily self-contained, and that the ground of decision of new cases is to be sought not in something outside the precedents, like natural justice or a common-sense opinion of right or wrong, but within the body of technical law itself as expressed in the precedents. This notion underlies the theory of the case-method of law teaching as it was conceived by the inventor of the method, Langdell of Harvard. Langdell assumed that the entire body of existing precedents if treated inductively would reveal themselves as a system of particular instances of the application of certain general principles from which there could then be deduced by logic the proper rule to apply to any particular case falling within the scope of a principle ⁶. The process thus indicated was sufficiently technical to satisfy the demands of lawyers who were discontented with a crude appeal to lay considerations of

pas présentée, sont cependant entièrement impliquées par le corps de règles existantes ⁵, et que s'il surgit une espèce nouvelle, réclamant l'application d'une règle nouvelle, cette règle peut être immédiatement déduite de l'ensemble des règles existantes, par la même voie qu'on suppose que ces règles elles-mêmes ont été dégagées. Ainsi s'affirmait consciemment cette doctrine que le droit formait un ensemble complet et logique, avec ce corollaire que, lorsque surgit un cas imprévu, le droit existant contient déjà le vrai motif légal de la décision à rendre, bien que ce motif n'ait jamais été utilisé dans aucun cas antérieur. D'après cette théorie, donc, il n'est pas nécessaire de franchir les limites du droit existant pour découvrir le motif permettant de trancher des cas nouveaux ; le droit, formant un ensemble complet, se suffit nécessairement à lui-même, et le motif permettant de trancher une espèce nouvelle doit être recherché non pas en dehors des précédents, dans la justice naturelle ou l'opinion couramment admise touchant le juste et l'injuste, mais dans l'ensemble des règles techniques elles-mêmes telles qu'elles s'expriment dans les précédents. Cette notion est à la base de la théorie de l'enseignement du droit par la méthode du cas telle qu'elle fut conçue par son inventeur, Langdell de Harvard. Langdell crut que le corps tout entier des précédents existants, traité selon la méthode d'induction, se révélerait comme un système d'applications particulières de certains principes généraux, d'où l'on pourrait alors déduire logiquement la règle qu'il conviendrait d'appliquer à toute espèce particulière relevant du même principe ⁶. La méthode ainsi indiquée était assez technique pour satisfaire aux exigences de juristes mécontents d'un recours primitif aux conceptions que se fait un profane de la justice naturelle et de la loyauté, et d'autre part

natural justice and fair dealing, and on the other hand promised sufficient flexibility to make the law adaptable to the new cases which were constantly being presented by a progressive and changing civilization. The essential characteristic of the method, however, was its deliberate and conscious insistence that the law for new cases is to be found inside the law itself and not by resort to considerations and ideas drawn from outside the field of technical law.

It is a striking fact that this conception of law as self-contained, and as making it unnecessary to seek grounds of decision for new cases outside existing technical law, took possession of the jurists of continental Europe during the same period, although the legal environment in which they were working was as different as possible from that of the American and English legal systems during the 19th century. The continental jurists in a country like France were concerned with applying not a system of unwritten rules based on precedents, but a detailed Code which had been adopted in its entirety at a single moment. Nevertheless they took the view that this Code constituted a complete and scientific system of law precisely as the 19th century English and American jurists looked on the common law as constituting such a system, and the resulting attitude toward the problem of unprovided cases was the same. The great French commentators from Duranton to Laurent definitely assumed that from the statutory rules enacted in the Code there could be deduced without looking beyond the four corners of the

elle paraissait suffisamment souple pour permettre l'adaptation de la loi aux espèces nouvelles que faisait constamment surgir une civilisation changeante et en progrès. La caractéristique essentielle de cette méthode, cependant, résidait dans cette affirmation délibérée et consciente que l'on découvre la règle applicable aux espèces nouvelles, dans le droit lui-même et qu'il ne faut pas la chercher dans des considérations et des idées étrangères aux règles juridiques techniques.

C'est un fait remarquable que cette conception du droit comme se suffisant à lui-même et nous dispensant de chercher les motifs de décisions applicables aux espèces nouvelles en dehors des règles techniques existantes, se soit imposée aux juristes de l'Europe continentale au cours de la même période, quoique le milieu juridique où ils travaillaient fût aussi différent que possible des systèmes légaux américains et anglais au cours du XIX^e siècle. Les juristes continentaux, dans un pays comme la France, se préoccupaient d'appliquer non pas un système de règles non écrites fondées sur des précédents, mais un code explicite dont toutes les dispositions avaient été simultanément adoptées. Cependant ils adoptèrent l'opinion que ce code constituait un système complet et scientifique de droit, tout comme au XIX^e siècle les juristes anglais et américains considéraient la loi commune, et l'attitude qui en résulta quant au problème du cas imprévu fut la même. Les grands commentateurs français, de Duranton à Laurent, admirent nettement que l'on pouvait déduire des règles légales formulées dans le code, sans chercher au delà de ses limites,

Code the one and only correct rule which was legally applicable as the ground of decision for an unprovided case ⁷.

This assumption was what first attracted conscious attention to the problem of the unprovided case at the end of the 19th century. Once again the legal thought of continental European countries and of common law countries marched in the same direction at the same time. The rapide changes which were taking place throughout western civilization in prevalent conceptions as to some of the most fundamental human relations and institutions, the position of woman, the institution of marriage and divorce, the relation of parent to child, of employer to employee, of owner to property, and the rapid evolution of new types of economic activity and organization, the growth of corporations, the development of banking, the emergence of new methods of production and transportation, all created an unprecedented mass of novel situations for courts and lawyers to deal with. The attempt to deal with these situations strictly on the basis of rules deduced from pre-established and existing rules created dissatisfaction among jurists like Esmein and Raymond Saleilles ⁸ who never broke completely with the old assumptions, and concentrated attention on the defectiveness of the theory of the logical completeness and self-contained character of law. In consequence the problem of the unprovided case became a center of conscious interest and most of the jurists who devoted their study to it in the years about the turn of the century developed a new outlook and attitude toward law and its technique which register one of the great germinal epochs in the history of legal thought. Of

l'unique règle correcte légalement applicable comme motif de décision dans une espèce imprévue ⁷.

Ce fut cette croyance qui attira d'abord l'attention réfléchie sur le problème du cas imprévu à la fin du XIX^e siècle. Une fois de plus la pensée juridique des pays de l'Europe continentale et celle des pays de « common law » marchaient dans le même sens, en même temps. Les changements rapides qui s'effectuaient, dans toute la civilisation occidentale, dans les principes relatifs aux rapports humains fondamentaux et aux institutions essentielles, la condition des femmes, les institutions du mariage et du divorce, les rapports entre parents et enfants, entre employeurs et employés, entre le propriétaire et ses biens, et l'évolution rapide des types nouveaux d'activité et d'organisation économiques, la croissance des groupements, le développement de la banque, l'apparition de nouvelles méthodes de production et de transport, tout cela créait un nombre extraordinaire de situations neuves dont les tribunaux et les juristes devaient s'occuper. Lorsque l'on s'efforça de régler ces situations uniquement sur la base de règles déduites d'autres règles existantes et préétablies, on aboutit à une déception, sensible chez des juristes comme Esmein et Raymond Saleilles ⁸ qui n'abandonnèrent jamais complètement les vieilles idées, et concentrèrent leur attention sur les défauts de la théorie de la loi conçue comme un ensemble logique se suffisant à soi-même. Par suite le problème du cas imprévu devint un centre d'intérêt conscient et la plupart des juristes qui lui consacrèrent leur attention vers la fin du siècle adoptèrent de nouvelles conceptions et une attitude nouvelle à l'égard du droit et de sa technique, qui reflètent l'un.

these jurists the one who came most directly to grips with the central problem and who has devoted the most single-minded and painstaking study to its solution has been François Gény of the University of Nancy⁹.

What chiefly dissatisfied the newer thinkers was the idea that already existing rules of established positive law contained within themselves, and without resort to outside aids, the proper legal solution of all cases that might arise¹⁰. In France the technique of the great commentators on the Code was challenged on the ground that it made the law too rigid and did not sufficiently permit its adaptation to meet problems which not only were never heard of by the authors of the Code but would have been inconceivable to them. In Germany the revolt expressed itself in an extreme form in the movement for so-called "free judicial decision" which recommended leaving the decision of cases substantially to the discretion of the judge on the basis of the merits of each case¹¹. In the United States, where the older method was felt by many to have led to manifest injustices in the field of the law of husband and wife, master and servant, and constitutional law, the new tendency emerged in the so-called "sociological jurisprudence" sponsored by Dean Pound¹². The central idea of "sociological jurisprudence" was that the grounds of decision of unprovided cases should be sought not purely in deductions from existing rules but also in the study of social ends and purposes, of current views as to moral and economic values, and in a knowledge of the facts and methods of

des moments les plus féconds de l'histoire de la pensée juridique. Parmi ces juristes, celui qui s'est attaqué le plus directement au problème central et qui a consacré à sa solution l'attention la plus intense et la plus entière a été F. Gény de l'Université de Nancy⁹.

Ce qui décevait surtout les nouveaux penseurs était cette idée que les règles existantes du droit positif établi contenaient en elles-mêmes, en dehors de tout apport extérieur, la solution légale correcte de toutes les espèces qui pourraient surgir¹⁰. En France, la technique des grands commentateurs du code fut critiquée en vertu de cette idée qu'elle rendait la loi trop rigide et ne lui permettait pas assez de s'adapter à des problèmes dont les auteurs du code n'avaient jamais entendu parler, et que, d'autre part, ils n'auraient pas pu concevoir. En Allemagne la révolte se manifesta sous une forme extrême dans le mouvement réclamant ce qu'on qualifia de « décision judiciaires libre », qui voulait que l'on abandonnât la décision sur le fond des cas à la discrétion du juge se basant sur les caractères propres à chaque espèce¹¹. Aux Etats-Unis où beaucoup de gens se rendaient compte que la méthode ancienne avait conduit à des injustices manifestes dans les rapports du mari et de la femme, du maître et du serviteur, en droit constitutionnel, la tendance nouvelle se manifesta sous la forme de la « jurisprudence sociologique » préconisée par le doyen Pound. L'idée centrale de cette jurisprudence sociologique était que l'on devait chercher les motifs de décision pour les cas imprévus non pas seulement dans des déductions tirées de règles existantes, mais aussi dans l'étude des fins sociales et des buts sociaux, des idées courantes quant aux valeurs morales et économiques et dans une connaissance des faits et des méthodes de la vie sociale et

social and business life which would indicate the appropriate legal devices for attaining the results felt to be socially desirable.

II. Immensely valuable as have been the total results of the new movement, one unfortunate consequence has been the misconception which it has generated as to the place of logic in the development of law. It has tended to represent logic as an independent agency in legal development to be contrasted unfavorably with other agencies such as recourse to historical, philosophical and sociological materials. For this view the older jurists were themselves chiefly responsible in their assumption that existing legal rules could be extended to new cases with no other assistance than that supplied by logical processes alone.

Philosophers have seen the necessity in recent years of insisting that logic is not an instrument which works in a vacuum. The results of its processes depend always on the materials put before it to work upon. What we get out of a syllogism depends on what is filled into its major and minor premisses, and the question of whether or not a minor will fit under a major turns in the last analysis on the extra-logical process of constructing the premisses. It is this fact which makes it impossible to speak of logical deduction as a method for developing law coordinate with the historical and sociological methods¹³. These latter relate to the source of the materials to be used as a basis for legal reasoning, — in other words to the accumulation and choice of the data on which legal logic is to do

économique qui ferait apparaître les procédés juridiques appropriés aux résultats que l'on tenait pour socialement désirables.

II. Bien que les résultats d'ensemble du nouveau mouvement aient été extrêmement précieux, il eut comme conséquence fâcheuse d'engendrer une fausse conception du rôle de la logique dans le développement du droit. Il a tendu à représenter la logique comme un agent indépendant du progrès juridique, ne pouvant soutenir une comparaison avec l'emploi des éléments historiques philosophiques et sociologiques. D'ailleurs cette opinion est surtout imputable aux anciens juristes et à leur supposition que l'on peut étendre les règles légales existantes aux espèces nouvelles sans autre recours que celui des seuls procédés logiques.

Les philosophes ont récemment aperçu la nécessité d'insister sur ce fait que la logique n'est pas un instrument qui travaille dans le vide. Les résultats auxquels elle conduit dépendent toujours des matériaux sur lesquels elle s'exerce. Ce que nous tirons d'un syllogisme dépend de ce que contiennent sa majeure et sa mineure et la question de savoir si la mineure se conciliera avec la majeure se ramène après tout au processus extra logique de la construction des prémisses. C'est pourquoi il est impossible de parler de la déduction logique comme d'une méthode de développement du droit du même ordre que la méthode historique ou sociologique¹³. Ces dernières méthodes s'appliquent aux sources à utiliser à l'origine du raisonnement juridique — en d'autres termes à l'accumulation et au choix des données que la logique juridique élaborera.

its work. The logical method must be part of the application of any other method, — it is concerned with the employment of the data which the other methods put at its disposal. This was not sufficiently realized by all the newer jurists, nor by the older jurists whose work they criticized. The defect of the latter was that the meaning which they filled into their premisses was often too meager and inadequate, — in their effort to exclude from those premisses all considerations except such as seemed to be drawn from existing rules of law alone, they narrowed unduly the meaning and content of such rules. They did not fully grasp that the meaning of a rule of law depends after all on the meaning and ideas embodied in the words which express the rule, and that the meaning of words reaches out from law into life so that no rule of law can be used as the basis of reasoning without some consideration of what lies beyond law. Lacking this understanding, they were not always conscious of the processes which gave content to the premisses they employed, and the meaning of those premisses was accordingly too often filled in for them unconsciously and accidentally. The progressive jurists grasped the truth that existing legal rules themselves can be understood only in the light of ideas and information drawn from outside law, and that the process of collecting and selecting such ideas and information needs to be performed by lawyers with a full and conscious understanding of what is being done; but they have too much neglected the fact that this material can be properly utilized in the development of law only through the instrumentality of logical reasoning, and in consequence they have tended to belittle improperly the place of logic in legal thinking and to conceive the employment

La méthode logique doit participer à l'application de toute autre méthode, — elle concerne l'utilisation des données que les autres méthodes mettent à sa disposition. C'est ce que les nouveaux juristes ne comprirent pas assez, de même que les anciens juristes dont ils critiquaient l'œuvre. Le défaut de ces derniers fut de donner aux prémisses une signification trop faible et trop pauvre — s'efforçant d'en exclure toute autre considération que celles qu'ils croyaient déduire des seules règles de droit pré-existantes, ils limitaient par trop le sens et le contenu de ces règles. Ils ne voyaient pas nettement que le sens d'une règle de droit dépend somme toute du sens et des idées inclus dans les mots qui énoncent la règle, et que le sens des mots dépasse le droit pour pénétrer la vie de sorte qu'on ne peut utiliser aucune règle de droit comme base de raisonnement sans quelque considération de ce qui dépasse le droit. Faute de s'en rendre compte, ils n'aperçurent pas toujours par quelle voie ils établissaient les prémisses dont ils partaient, et le sens qu'ils leur attribuaient fut par suite trop fréquemment établi inconsciemment ou fortuitement. Les juristes nouveaux percurent cette vérité que les règles légales existantes elles-mêmes ne peuvent être comprises qu'à la lumière d'idées et de documents indépendants du droit et que, lorsque les juristes rassemblent et choisissent ces idées et ces documents, ils doivent se rendre exactement compte de ce qu'ils font ; mais ils ont trop négligé le fait que ces matériaux ne peuvent être convenablement utilisés en vue de développement du droit, que grâce au raisonnement logique, et par suite ils ont tendu à réduire à l'excès le domaine de la logique dans la pensée

of new materials drawn from history and sociology as somehow a substitute for logic.

The relation between logic as an agency in the development of law and the part played by the selection of the materials to which logical processes are to be applied can be illustrated by two sets of opposing decisions in the law of married woman. The first set raises a problem in the interpretation of the earlier type of Married Women's Property Acts. These acts provided, first, that a married woman should have the right to own, acquire, and enjoy separate property as if sole ; and, secondly, that she should have the right to contract with reference to such separate property. The question arose under such statutes whether a married woman having no separate property and contracting to purchase property could be held on her contract. In different jurisdictions, and at different times in the same jurisdiction, this question was answered in opposite ways. One result was reached by a line of reasoning which started from the proposition that, since a married woman could contract only with reference to her separate property, she must already own such property at the time of the contract and that therefore a contract for the acquisition of property was not binding if she owned no other property when the contract was made¹⁴. Exactly the opposite result was reached by a different chain of reasoning which started from the proposition that by the statute a married woman was given power to acquire property, that a contract of purchase was an appropriate means of exercising this power, and that therefore the statute when limiting the married woman's contractual ca-

juridique et à concevoir l'emploi de nouveaux matériaux empruntés à l'histoire et à la sociologie comme pouvant en quelque manière remplacer la logique.

Les rapports entre la logique comme facteur de développement juridique et le rôle joué par le choix des matériaux auxquels s'appliquera la méthode logique, peuvent être illustrées par deux séries de décisions opposées relatives au statut juridique de la femme mariée. La première série soulève un problème d'interprétation des lois de type ancien relatives au patrimoine des femmes mariées. Ces lois disposaient d'abord que la femme mariée aurait le droit de posséder et d'acquérir un patrimoine propre et d'en jouir, comme si elle était célibataire ; elles disposaient ensuite qu'elle aurait le droit de s'engager relativement à ses biens propres. La question se posa, sous le régime de ces lois, de savoir si une femme mariée n'ayant pas de biens propres et contractant une promesse d'achat, pouvait être contrainte de l'exécuter. Suivant les juridictions, et, devant la même juridiction, suivant les époques, la question fut résolue dans des sens opposés. L'une des solutions fut atteinte par un raisonnement partant de cette proposition que, puisqu'une femme mariée ne pouvait s'engager que relativement à ses biens propres, il fallait qu'au moment du contrat, elle possédât déjà de tels biens et que par suite une promesse d'achat n'était pas obligatoire si, au moment du contrat, elle ne possédait pas d'autres biens¹⁴. Le résultat exactement opposé fut atteint par un raisonnement différent partant de cette proposition qu'en vertu de la loi, la femme mariée était autorisée à acquérir des biens, qu'un contrat était un moyen régulier d'exercer ce pouvoir et que par suite le statut

capacity to contracts made with reference to her separate property included the case of property acquired by the contract itself ¹⁵. As the latter argument was put by Judge Cooley : " The contract is for the acquisition of separate property, and the title to it vests when the contract is made. There is therefore no straining of terms in saying that the contract is in relation to her separate property. Nothing in the statute limits her capacity so as to prevent her making the first acquisition any more than any subsequent ones on credit ¹⁶. "

The second set of decisions chosen for illustration relate to the question whether a husband who has abandoned his wife without means of subsistence is liable to one who supplies her with money for the purchase of necessities. It is settled law that the husband is liable to one who supplies the necessities themselves. Starting from this established rule, one line of decisions reaches the conclusion that in equity the husband is also liable to the person supplying the wife with money to buy necessities, while another line reaches the opposite result. The decisions allowing recovery result from reasoning that, since the persons supplying the necessities could themselves have recovered against the husband, equity will treat one who supplies the money paid to such persons as standing in their shoes and subrogated to their right of action against the husband ¹⁷. Decisions reaching the opposite result go on the argument that, since the wife paid for the necessities when bought, no right of action in the persons supplying them ever arose against the husband, and that

qui limite la capacité contractuelle de la femme mariée aux contrats relatifs à ses biens propres comprenait les biens acquis par le contrat lui-même ¹⁵. Suivant les termes employés par le juge Cooley : « Le contrat a pour objet l'acquisition de biens propres, et elle est investie d'un titre à un bien propre par la conclusion du contrat. Il n'y a par conséquent aucun abus de langage à dire que le contrat se rapporte à (concerne) les biens propres de la femme. Rien dans la loi ne restreint sa capacité en s'opposant à ce que le premier achat soit à crédit aussi bien que l'un quelconque des suivants ¹⁶. »

La seconde série de décisions choisies comme exemples se rapporte à la question de savoir si un mari qui a abandonné sa femme sans moyens d'existence est responsable envers le tiers qui lui donne de l'argent pour les achats indispensables. La règle est établie en droit que le mari est tenu envers le tiers qui fournirait les marchandises elles-mêmes. Partant de cette décision acquise, une série d'arrêts aboutit à cette conclusion qu'en équité le mari est également tenu à l'égard du tiers qui fournit à la femme l'argent avec lequel elle fait ces achats indispensables, tandis que une autre série aboutit à la conclusion opposée. Les décisions qui accordent un recours se fondent sur cet argument que, puisque les tiers fournissant les marchandises pourraient eux-mêmes exercer un recours contre le mari, l'équité traitera celui qui fournit l'argent qui leur est versé comme les remplaçant, et subrogé dans leur droit d'agir contre le mari ¹⁷. Les décisions qui aboutissent au résultat opposé se fondent sur cet argument que, puisque la femme a payé les articles nécessaires quand elle les a achetés, aucun recours n'a jamais pu être attribué au four-

therefore there was nothing for the person furnishing the money to be subrogated to ; while such person is prevented from acquiring any right against the husband because of want of " privity " ¹⁸.

It seems clear that in neither of the foregoing instances does the contradiction between the decisions result from logical error in either of them. The difference in result is due instead to the different meanings given to the premisses of the reasoning and these differences in meaning are due to the inclusion or exclusion of considerations other than established rules of law. Take for example the case of *a contract of purchase* made by a woman having no separate property at the time. Which of the two opposing results will be reached depends on the interpretation given to the statutory expression " contracts in reference to such separate property ". To take this expression to mean " property already owned at the time of the contract " results from disregarding the additional provision of the statute which permits a married woman to acquire property.

nisseur contre le mari et que par suite le tiers qui a fourni l'argent ne peut être subrogé à aucun droit ; d'autre part ce tiers ne peut acquérir de droit contre le mari, faute de « privity » ¹⁸ *.

Il paraît évident que dans aucun des exemples précédents la contradiction des décisions ne résulte d'une erreur logique. La différence entre les conclusions est due aux sens différents attribués aux prémisses du raisonnement et ces différences de sens sont dues à l'inclusion ou à l'exclusion de considérations étrangères aux règles de droit établies. Prenez par exemple le cas d'un contrat d'achat fait par une femme ne possédant à ce moment-là aucun bien propre. On aboutira à l'un ou l'autre des deux résultats opposés selon l'interprétation que l'on donnera à la formule légale : « contrats relatifs à ces biens propres ». Si l'on estime que cette formule signifie « biens propres acquis antérieurement au contrat », c'est que l'on laisse de côté la clause supplémentaire de la loi qui autorise une femme mariée à acquérir des biens. Cette

* Le traducteur de ce chapitre — qui a affirmé son tempérament de juriste comparatiste dans diverses études de droit anglais, et notamment dans une thèse de doctorat sur *L'autonomie syndicale et ses limites devant les cours anglaises*, dont est sorti le tome 22 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon* — s'est sagement abstenu de traduire ce terme technique du droit anglo-américain. La doctrine de la *privity* ne trouve point de correspondant exact dans la jurisprudence des « pays de droit civil », quoique les résultats auxquels elle tend y soient, en général, atteints par d'autres procédés de technique juridique. La *privity* existe entre des personnes qui sont considérées comme participant nécessairement à la connaissance d'une même chose ou d'une même situation juridique, ou qui participent au même droit ou au même intérêt (au sens juridique anglais du mot). Elle unit, par exemple, l'héritier à son auteur (*privity of blood*), les parties contractantes l'une à l'autre (*privity of contracts*), celui qui transfère un droit réel immobilier à celui à qui le transfert est opéré (*privity of estate*), etc.

A l'occasion de la dernière de ces applications — qui ne sont pas les seules — l'effet essentiel de la *privity* est défini par les auteurs de manuels anglais sur la *Real Property*, comme Williams ou Goodeve, de la façon suivante, dans le chapitre où ils exposent les effets de l'aliénation de sa tenure par le bénéficiaire d'un bail en « term of years » ou d'une autre tenure de moindre étendue que la propriété ou *freehold* : « Le bénéfice des conventions relatives à l'immeuble (de celles qui sont dites *run with the land*, bénéficiant à l'immeuble) conclues (ou consenties) par le bailleur, passent au cessionnaire (de la tenure ou bail). Car, quoiqu'il n'ait point été fait de contrat entre le bailleur, et le cessionnaire individuellement, ce dernier étant devenu cependant le tenancier du premier, on dit qu'il s'est établi entre eux une *privity of estate*, par l'effet de laquelle les conventions passées au moment où le bail a été concédé deviennent mutuellement obligatoires pour eux et peuvent être exécutées par l'un contre l'autre. » Cet exemple suffira, sans doute, pour faire entrevoir au lecteur continental le rôle qu'on a pu songer à faire jouer à la doctrine de la *privity* dans l'hypothèse analysée par le professeur Dinkinson.

Whether or not this provision is to be so disregarded, or is to be employed as justifying a broad interpretation of the provision conferring contractual capacity, cannot be decided on the basis of mere logical deductions from the rule. A decision of the question one way or the other turns upon whether or not the court thinks that the statute should be given a broad or narrow construction ; and this in turn depends upon whether or not the court regards the contractual capacity of a married woman as something desirable and to be extended, or as undesirable and therefore to be limited. On this point the decision in either direction turns ultimately on the court's view as to issues which can be intelligently faced only on the basis of information and considerations lying outside the four corners of established rules of law. The defect of the older jurists is that they did not fully realize the important and ultimately decisive character of considerations of this kind. They took for granted the views of social policy on which decisions of unprovided cases in the last analysis depend, instead of regarding such issues as worthy of their closest and most deliberate scrutiny. Consequently they unconsciously read into the meaning of established law views of policy which they happened personally to regard as normal, and concluded that the results flowing from such views were logically implicit in the law itself. The great contribution of the modern school of jurists has been to expose this fallacy and to reveal the important part which non-legal considerations always play in the process of deducing new rules from established ones.

The second set of cases considered, those namely which involve

clause doit-elle être négligée, ou doit-elle être invoquée comme justifiant une interprétation large de la clause attributive de capacité contractuelle, c'est ce qu'on ne saurait décider en se fondant sur de simples déductions logiques de la règle. Pour décider dans un sens ou dans un autre la cour devra choisir entre une interprétation large ou stricte du statut ; elle choisira l'une ou l'autre selon qu'elle tiendra la capacité d'une femme mariée comme souhaitable et digne d'extension, ou comme fâcheuse et à restreindre. Sur ce point la décision dépend en dernière analyse de l'opinion de la cour sur des questions que l'on ne peut raisonnablement résoudre qu'en s'appuyant sur des renseignements et des arguments qui dépassent les termes des règles juridiques établies. L'erreur des anciens juristes est de n'avoir pas entièrement compris que ces considérations étaient importantes et au fond décisives. Ils admirent sans discussion les opinions de politique sociale dont dépend en dernière analyse la décision des cas non-prévus, au lieu de les tenir pour dignes de leur examen le plus serré et le plus délibéré. Ils ont par suite découvert inconsciemment dans les règles de droit établies des opinions politiques qu'ils se trouvaient considérer personnellement comme normales, et ils en ont conclu que les résultats découlant de ces opinions étaient logiquement impliqués dans la loi elle-même. La grande contribution de l'école des juristes modernes a été de dénoncer ce sophisme et de révéler le rôle important que jouent toujours les considérations non-juridiques quand il s'agit de tirer de nouvelles règles des règles établies.

La seconde série d'espèces envisagée, à savoir celles qui mettent en

the liability of a husband for money furnished to an abandoned wife for necessities, disclose how even the transition from an established rule to a new one is made nominally by means of an intermediate technical concept like "subrogation" or "privity", the ultimate result once more depends on the non-legal considerations which determine views of policy. In neither instance is the transition from the premises to the conclusion determined conclusively by the intermediate legal concept. For example, while it is clear that there is no "privity" between the husband and the person supplying the wife with money, this does not conclusively require that there should be no right of action against the husband since it is equally true that there is no privity between the husband and the person supplying the wife with necessities, and yet the husband is liable to the latter. On the other hand, if the concept of subrogation is employed, it is correct enough to point out that subrogation in the usual sense cannot arise since the goods are paid for when bought and no right of action accrues to the seller; but it remains equally possible to argue that the reason upon which subrogation depends is present and that the concept of subrogation should be extended by analogy. In short the determination to apply or exclude the concept of subrogation or privity depends in great measure, if not wholly, on whether or not it is regarded as desirable to extend or limit the liability of the husband; and only after this decision has been made does the legal concept intervene decisively to give technical form to the result ¹⁹.

No one has examined more closely or in greater detail how the results of legal reasoning depend on the content which is initially

jeu la responsabilité du mari quant à l'argent remis à sa femme abandonnée pour l'achat du nécessaire, montre que même si le passage d'une règle établie à une règle nouvelle se fait nominalelement grâce à un concept technique intermédiaire comme la « subrogation » ou la « privity », le résultat définitif dépend une fois de plus de considérations non juridiques qui déterminent les vues de police. En aucun cas le passage des prémisses aux conclusions n'est déterminé de façon concluante par le concept juridique intermédiaire. Par exemple, s'il est clair qu'il n'existe aucune « privity » entre le mari et le tiers qui remet de l'argent à sa femme, ceci n'implique pas nécessairement que l'on ne doive accorder aucune action contre le mari, car il est également vrai qu'il n'existe pas de « privity » entre le mari et le tiers qui fournit des marchandises à sa femme, alors que pourtant le mari est obligé envers le tiers. D'autre part, si l'on emploie le concept de subrogation, il est assez juste de dire qu'on ne peut parler de subrogation au sens ordinaire du mot, puisque les marchandises sont payées comptant et que le vendeur ne dispose d'aucune action; mais on peut également soutenir que la raison sur laquelle repose la subrogation est réalisée, et qu'il y a lieu d'étendre par analogie le concept de subrogation. Bref, la décision d'appliquer ou d'exclure le concept de subrogation ou de « privity » dépend en grande partie, sinon entièrement, de la question de savoir si l'on tient pour désirable d'étendre ou de restreindre la responsabilité du mari; et c'est seulement lorsque cette décision a été prise que le concept juridique détermine la forme technique de la conclusion ¹⁹.

filled into legal concepts, or how legal " constructions ", like the concepts of privity and subrogation, are employed to give shape and direction to considerations of policy, than Professor Gény²⁰. At the same time both Gény and Pound have pointed out the danger of applying such constructions divorced from the ultimate considerations of policy upon which they are founded. Any such construction, applied as if it had an inherent content of its own and in forgetfulness that it is a mere instrument to give effect to policy, leads to the purely formal and often absurd results which Pound has characterized as " mechanical jurisprudence " ²¹. Perhaps the most extreme illustration of such mechanical jurisprudence has been the application of the concept of " privity " in the law of interpleader *; where it has had the effect of preventing in many instances

Nul n'a examiné de plus près et plus en détail que le Professeur Gény comment les résultats du raisonnement juridique dépendent du contenu qui est initialement introduit dans les concepts juridiques, et comment des « constructions » juridiques, comme les concepts de « privity » et de subrogation, sont employés pour donner forme et direction à des considérations de politique juridique²⁰. Gény et Pound ont montré tous deux en même temps le danger d'appliquer ces « constructions » en les séparant des considérations ultimes de politique juridique sur lesquelles elles sont fondées. Toute « construction » de cette nature, si on l'applique comme ayant un contenu propre, et si l'on oublie qu'elle constitue un simple instrument tendant à réaliser une politique, conduit à des résultats purement formels et souvent absurdes, que Pound a décrit comme « la jurisprudence mécanique » ²¹. L'exemple le plus extrême de

* Encore un terme que l'on tenterait vainement de traduire en français. Nous en emprunterons l'explication — qui ne saurait être donnée en une seule phrase — au chapitre XX du livre classique du grand jurisconsulte américain Story, *On Equity*. Story constate que le premier noyau, encore maigre et imparfait, de l'*interplead* vient de la procédure des Cours de *Common Law*, où il s'était développé dans l'application au cas — jadis courant — ou plusieurs parties, par une convention commune, avaient remis entre les mains d'un tiers des titres de propriété ou de créances, ou d'autres choses, en attendant le moment où le contrat en jeu serait exécuté, ou celui où se trouverait réalisée une condition prévue pour la restitution du dépôt à l'une ou l'autre des parties. Cas auquel il fallait joindre celui où les titres, les sommes ou les choses étaient entre les mains du tiers, parce qu'il les avait trouvées. Il pouvait advenir que le tiers fut actionné en restitution ou délivrance par l'une des parties, alors qu'il était contesté — ou qu'il était à redouter qu'il fut contesté — par une autre partie que la condition à laquelle était subordonné le droit à restitution fut réalisée. Le dépositaire pouvait se garantir contre le risque d'être contraint à répondre comme défendeur dans deux actions contradictoires, en plaçant qu'il était disposé à restituer les titres ou la chose à la partie qui y avait droit, mais qu'il ignorait si la condition dont dépendait le droit à restitution était ou non réalisée, et en demandant, pour cette raison, que l'autre déposant fut obligé à comparaître et à défendre à l'action en son lieu et place. Il obtenait ainsi qu'une contestation, dans laquelle il n'avait aucun intérêt personnel, fut plaidée directement (*interplead*) entre les parties réellement intéressées.

L'*interplead* n'a pris sa forme et son étendue définitives que devant les Cours d'Équité. Cette procédure s'y est appliquée, dit en substance Story, « aux cas où deux ou plusieurs personnes réclament séparément, à des titres ou en vertu d'intérêts différents, une même chose à une autre personne qui ne prétend elle-même aucun droit ou « intérêt » sur la chose ou le bien en sa garde, et ignore auquel des demandeurs elle doit légalement le rendre. Pour éviter d'être molesté par l'action ou les actions intentées contre lui, ou de subir un dommage du chef de ces réclamations contradictoires, le tiers a pu demander à une Cour d'Équité de le défendre, par la voie de l'*interplead*, non seulement contre le danger d'être obligé de restituer la chose ou la valeur réclamée à l'un et l'autre des demandeurs, mais aussi contre la vexation que constituerait l'obligation de répondre à des actions intentées — ou pouvant être intentées contre lui. »

Dans l'édition anglaise du livre de Story, Randall rappelle que cette procédure de l'*interplead* a trouvé son règlement final en Angleterre dans les *Rules of the Supreme*

precisely the type of relief which it is the function of interpleader to give ²². Similarly the mechanical application of the concept of "freedom of contract" in constitutional law, divorced from regard for the particular problems to which the concept was adapted, has often led to denial of the very protection which it was the object of the concept to bring about ²³. It is this extension of a concept to everything which can be brought formally within the possible meaning of the words, and without regard to the substantive purpose of the concept, which is sometimes exclusively thought of as the logical method of the development of law. In fact it is no more logical than the sounder method which begins by interpreting the premisses of the reasoning in the light of the problems which it is the aim of the law to solve ²⁴. To analyze and criticize premisses before beginning to reason from them does not deprive the subsequent reasoning of its title to be called logical.

III. The realization of the part played by considerations not purely legal in supplying grounds of decision for unprovided cases indicates as the next problem for progressive legal thought a more detailed analysis of these non-legal elements, and of the way in which they enter into combination with preexisting legal materials to form new precedents and rules of decision. To this fundamental

cette jurisprudence mécanique a été l'application du concept de « privity » au droit d'« interpleader », * où elle a eu pour effet d'écarter dans de nombreux cas le type même du recours que l'« interpleader » a pour fonction d'assurer ²². De même l'application mécanique du concept de « liberté contractuelle » en droit constitutionnel, en dehors de toute considération des problèmes particuliers auxquels le concept était adapté, a souvent conduit à refuser la protection même que le concept devait assurer ²³. C'est cette extension du concept à tout ce que l'on peut en la forme ramener au sens possible des termes, indépendamment de l'objet réel que le concept doit servir, que l'on considère parfois exclusivement comme la méthode logique de développement du droit. En fait, elle n'est pas plus logique que la méthode plus sûre qui consiste à interpréter les prémisses du raisonnement à la lumière des problèmes que la loi se propose de résoudre ²⁴. Le fait d'analyser et de critiquer les prémisses avant de commencer à en tirer des déductions ne nous interdit pas de traiter de logiques les raisonnements ultérieurs.

III. Si l'on se rend compte du rôle joué par des considérations non purement juridiques dans la découverte des motifs de décision de cas non-prévus, il apparaît que le premier problème à résoudre ensuite pour la progression de la pensée juridique, est une analyse plus détaillée de ces éléments extra-juridiques et de la façon dont ils se combinent avec les éléments juridiques pré-existants pour former de nouveaux précédents

Court de 1883, dont l'*Order* 57 débute ainsi : « Le secours par la voie de l'*interplead* peut être accordé : a) quand la personne qui cherche ce secours (procédural) se trouve sous la responsabilité d'une dette, d'une somme d'argent, de meubles ou de chattels, pour laquelle ou à l'occasion de laquelle elle est, ou s'attend à être poursuivie par deux ou plusieurs personnes élevant à ce sujet des prétentions adverses... »

problem Gény has devoted substantial attention and has made pioneer contributions of the greatest value ²⁵. However, taking the field of current legal thought as a whole, interest has for the moment tended to become diverted from this constructive field of investigation, and the nature of the problem itself has tended for the moment to be obscured, through the failure of many of the most advanced legal thinkers to shake themselves loose from a groupe of ideas inherited from earlier stages of legal thinking, and which have so far prevented a direct approach to the central issues involved.

We have already seen how the legal thought of the 19th century expressly assumed that all the materials which form the grounds of decision of an unprovided case and go into the creation of new law were themselves derived from the law itself, — that, in other words, nothing but law went into the formation of new law. Oddly enough the very thinkers who have insisted on enlarging the materials which are to form ingredients of new rules have too often been unable to shake off the conception that all these materials must themselves still be regarded as law, — they remain enmeshed in the old assumption that nothing but law must enter into the making of law. This has been particularly true of such advanced legal thinkers as Professor Duguit and his followers in France, and, indeed, it is true of the sociological school in general. The result has been the emergence in very recent years of a new theory of so-called "natural law", which forms one of the most significant present phenomena in jurisprudence ²⁶.

The new school of natural law results from an attempt to treat

et des règles de décision nouvelles. A ce problème fondamental, Gény a consacré une attention très grande et ses contributions sont très originales et des plus précieuses. Cependant si l'on considère dans son ensemble la pensée juridique contemporaine, l'intérêt a tendu pour l'instant à se détourner de ce champ constructif d'investigations, et la nature du problème lui-même a tendu à s'obscurcir un instant, de ce fait qu'un grand nombre des philosophes du droit les plus hardis, n'ont pas réussi à se dégager d'un groupe d'idées héritées de penseurs d'une période antérieure, et qui les ont empêchés jusqu'ici d'aborder directement les aspects fondamentaux du problème.

Nous avons déjà vu que la pensée juridique du XIX^e siècle supposait explicitement que tous les matériaux qui forment les bases de décision des espèces imprévues et contribuent à la création du droit nouveau étaient eux-mêmes empruntés au droit lui-même — qu'en d'autres termes le droit seul créait le droit nouveau. Chose assez curieuse, les penseurs même qui ont insisté pour qu'on enrichît les éléments constitutifs des règles nouvelles ont été trop souvent incapables de se dégager de cette idée que tous ces éléments doivent être eux-mêmes tenus pour juridiques — ils restent pris aux rets de cette vieille hypothèse que le droit seul doit contribuer à la création du droit. Ceci est particulièrement vrai de philosophes du droit aussi hardis que le professeur Duguit et ses disciples en France, et s'applique réellement à l'école sociologique dans son ensemble. Par suite, on a vu apparaître, au cours des dernières années une théorie nouvelle du prétendu « droit naturel » qui constitue l'un des phénomènes les plus significatifs de la science juridique actuelle ²⁵.

La nouvelle école du droit naturel est née d'une tentative pour traiter

as law the entire body of those considerations of social value and policy which it is quite properly insisted must enter into the selection of grounds of decision for new cases. To treat these considerations as law implies, of course, that they are marked by two characteristics which have hitherto always been regarded as involved in the concept of law : first, a certain clarity and definiteness which makes possible something approaching codification of their precepts ; and secondly, an authoritative character which entitles them to exercise mental compulsion on the mind of the judge to the exclusion of inconsistent and competing precepts. Now it is a very difficult thing to predicate these characteristics of the more or less vague and intuitive considerations of social theory and policy which properly form ingredients in the process of minting new legal rules. Accordingly a great deal of the legal theory of the last few years has been devoted to grappling with this difficulty and two wholly inconsistent lines of approach have been followed alternatively and sometimes even simultaneously by the newer theorists.

On the one hand there has been a strenuous effort to show that considerations of social policy can be formulated into cleancut and unambiguous precepts carrying compulsive intellectual conviction. This attempt usually takes the form of assuming that there is a " science " of human society and social relations which is scientific in the same full and complete sense as chemistry and physics, and which dictates with truly scientific precision the objectives which law exists to promote and the exact legal rules necessary to promote

comme étant du droit, l'ensemble de ces considérations de valeur sociale et de politique sociale qui doivent entrer, comme on le fait très justement remarquer, au nombre des raisons en vertu desquelles on tranche des cas nouveaux. Traiter ces considérations comme des éléments juridiques implique évidemment qu'elles réunissent deux caractéristiques que l'on a jusqu'ici toujours tenues pour inhérentes au concept du droit : d'abord une certaine clarté et une certaine netteté qui permettent une codification approximative de leurs préceptes ; et ensuite un caractère impératif qui leur permette d'exercer sur la pensée du juge une autorité morale à l'exclusion des préceptes inconciliables et concurrents. Or, il est très difficile d'attacher ces caractéristiques aux considérations plus ou moins vagues et intuitives de théorie et de politique sociale qui constituent les véritables éléments grâce auxquels on frappe les règles juridiques nouvelles. C'est pourquoi les théories du droit, au cours de ces dernières années, sont pour la plupart consacrées à se mesurer avec cette difficulté, et deux méthodes entièrement inconciliables ont été utilisées alternativement et parfois même simultanément par les théoriciens nouveaux.

D'une part on fait un vigoureux effort pour montrer que l'on peut formuler les considérations de politique sociale en préceptes nets et sans ambiguïté, entraînant une conviction intellectuelle décisive. Cette tentative s'exprime généralement sous la forme suivante : il existe une science de la société humaine et des relations sociales, science au même sens plein et complet que la physique et la chimie, et qui dicte avec une précision vraiment scientifique les buts que la loi doit chercher à réaliser et les règles légales exactes nécessaires à leur réalisation ²⁷. La

them ²⁷. The fallacy of this idea, which for the moment is widely prevalent among American legal thinkers, has nowhere been more successfully combatted than by Gén^y ²⁸, who has pointed out that the determination of legal rules must always depend on ultimate judgments of value, of better or worse, more preferable or less preferable, with which science has no concern, since science in the proper sense of the word is limited to establishing accurate descriptive connections between cause and effect, and to indicating that if one result is desired one course of action must be pursued while another course must be pursued to reach a different result. There is no contribution to recent legal literature which should be more worth the while of current American legal scholarship to ponder than the pages of Gén^y's great work which he devotes to a discussion of this topic.

The hopelessness of the attempt to find in "social science" a new body of authoritative natural law has not, however, damped the effort of many of the newer jurists to discover ready-made natural law in other directions. This effort has resulted in a definite recurrence by some writers to the frankly mediaeval conception of natural law as a body of authoritative precepts deducible from a scheme of values supposed to be inherent in human nature and which can only be transgressed at the cost of outraging the highest and noblest aspirations of humanity. Such a doctrine has all the appeal of clothing the honest convictions of each individual judge with the mantle of eternal verity. As Mr. Justice Holmes has said in expressing his dissent from it, it appeals to the innate human desire of every

fausseté de cette idée, qui est actuellement très répandue chez les juristes philosophes américains, n'a jamais été plus victorieusement démontrée que par Gén^y ²⁸, qui a signalé que l'établissement des règles légales doit toujours dépendre en dernière analyse d'un jugement de valeur sur ce qui vaut mieux, sur ce qui est préférable, dont la science ne doit pas se préoccuper, puisque la science au vrai sens du mot se limite à établir des liens descriptifs précis entre la cause et l'effet, et à indiquer que, si tel résultat paraît désirable, il faut poursuivre une conduite, et que pour atteindre un résultat différent, il faut tenir une autre conduite. Parmi les contributions récemment apportées à la littérature juridique, il n'en est pas dont la méditation puisse être plus profitable pour la pensée juridique américaine, que les pages du grand ouvrage de Gén^y consacré à la discussion de ce sujet.

Si la tentative faite pour découvrir dans la « science sociale » un corps nouveau de droit naturel impératif apparut comme désespérée, cela n'a pas cependant découragé l'effort de nombre de juristes modernes pour découvrir ailleurs un droit naturel tout formulé. Cet effort a conduit certains écrivains à avoir résolument recours à la conception nettement médiévale du droit naturel envisagé comme un ensemble de préceptes impératifs que l'on peut déduire d'une hiérarchie de valeurs supposées inhérentes à la nature humaine et qui ne sauraient être violés qu'en outrageant les plus hautes et les plus nobles aspirations de l'humanité. Semblable doctrine est attirante en ce qu'elle revêt les convictions honnêtes de chaque juge du manteau de l'éternelle vérité. Comme l'a dit Mr Justice Holmes en formulant son dissentiment, elle fait appel à un désir inné chez l'homme, le désir de chaque brave chevalier qui veut non

doughty knight that his lady shall be not merely fair, but the fairest lady in all the world ²⁹. The difficulty is that the values which different human beings regard as ultimate and absolute are not always the same values, and that, therefore as Dean Pound has pointed out, all theories of natural law result in making law ultimately personal and subjective ³⁰. Nowhere is this better illustrated than by the fact that both extreme socialists and extreme advocates of the rights of property vouch natural rights to warranty in support of their mutually inconsistent claims ; the ones insisting that there is a natural right in every human being to a livelihood, and the others that every man has a natural right to do what he wills with his own. Such antagonisms are insoluble on the basis of an appeal to supposed natural law, and the recurrence at the present time of natural law theory with its doctrine of absolute rights promises ill for the patient and conciliatory solution of some of the deepest problems of modern civilization.

The recurrence of natural law theory under the influence of the new jurisprudence represents one result of the survival of the idea that all the materials which enter into the construction of a new legal rule for an unprovided case must themselves be law. Natural law theory results from attempting to combine this idea with the notion of precision, certainty, and authoritativeness which inhere in the idea of law. The questionable character of the result, and the apparent necessity to which it leads of reviving discredited natural law theories, have caused other recent thinkers to seek a solution in

seulement que sa dame soit belle, mais la plus belle du monde ²⁹. La difficulté c'est que les valeurs que les différents êtres humains tiennent pour ultimes et absolues ne sont pas toujours les mêmes, que par suite, comme l'a dit le doyen Pound, toutes les théories de droit naturel ont pour résultat de faire du droit, en dernière analyse, une chose personnelle et subjective ³⁰. Ceci ne saurait être mieux illustré que par ce fait qu'aussi bien les socialistes extrémistes, que les défenseurs les plus intransigeants du droit de propriété invoquent la garantie de droits naturels pour soutenir leurs prétentions incompatibles ; les uns affirmant que chaque être humain a un droit naturel à pouvoir vivre, les autres affirmant que chaque homme a le droit naturel de faire ce qu'il veut de son bien. De telles oppositions sont insolubles si l'on se contente d'en appeler à un droit naturel prétendu, et la réapparition à l'heure actuelle d'une théorie du droit naturel avec sa doctrine de droits absolus fait mal augurer d'une solution patiente et conciliatrice de quelques-uns des plus graves problèmes de notre civilisation.

La réapparition de la théorie du droit naturel sous l'influence d'une nouvelle doctrine juridique, représente l'un des résultats de la survivance de cette idée que tous les éléments qui contribuent à l'établissement d'une règle juridique nouvelle à l'occasion d'une espèce non-prévue, doivent être eux-mêmes juridiques. La théorie du droit naturel résulte de ce que l'on s'efforce de combiner cette idée avec les notions de précision, de certitude et d'autorité, inhérentes à la notion de droit. Le caractère discutable du résultat, et la nécessité apparente à laquelle il conduit de ressusciter des théories de droit naturel discréditées, ont amené d'autres penseurs modernes à chercher la solution dans une autre direction. Ces pen-

a different direction. These thinkers, however, also remain enmeshed in the idea that the considerations of social policy which enter into the decision of unprovided cases must somehow be "law"; but they are awake to the undesirability of attempting to give them the precise and authoritative character hitherto associated with law. In consequence the result at which they arrive, and which represents the very latest development of legal thought, is that the idea of law itself must be purged of these characteristics which have always been associated with it, — that law must henceforward be understood as something different from a body of more or less definite rules distinguished from other rules by their title to exert an authoritative influence on judicial decisions. This newest school of jurists may be described as the school of legal sceptics, for whom law has melted into a fluid mass of factors of any and every kind which happen to influence the decision of any particular judge in a specific case. Law in this sense does not consist of rules, nor is it vested with any authority³¹. It is said to be simply whatever judges do. The law of every case is peculiar to itself and differend from the law of any other case. Law simply means official action³². Any attempt to formulate and apply legal rules is said to amount to no more than a futile attempt at self-deception. There is a body of law only insofar as there can be said to be a behaviouristic psychology of judges.

This final outcome of the new jurisprudence represents a scepticism which like most other scepticisms is in fact only a kind of inverted absolutism. Whereas under the old absolutism the legal

seurs cependant restent asservis à cette idée que les considérations de politique sociale qui contribuent à la décision des cas imprévus, doivent être en propre façon, du droit, mais ils comprennent qu'il ne convient pas d'essayer de leur donner le caractère précis et l'autorité jusqu'ici associés à la notion de droit. Par suite, le résultat auquel ils arrivent, et qui représente le tout dernier développement de la pensée juridique, est que l'idée de droit elle-même doit être dépouillée de ces caractéristiques qui lui ont toujours été associées, — que le droit ne doit plus être considéré comme un ensemble de règles plus ou moins définies, se distinguant des autres règles par l'influence décisive qu'elles prétendent exercer sur les solutions judiciaires. Cette dernière école put être définie comme l'école des sceptiques, aux yeux de qui le droit s'est résolu en une masse fluide de facteurs de toute espèce qui se trouvent influencer la décision d'un certain juge, dans une certaine affaire. Le droit en ce sens ne consiste pas en règles, et n'est revêtu d'aucune autorité³¹. On le définit comme étant simplement tout ce que font les juges. Le droit de chaque espèce lui est propre et diffère du droit de chaque autre espèce. Le droit c'est simplement l'activité officielle³². Tout effort en vue de formuler et d'appliquer des règles légales est considéré comme une vaine tentative d'auto-suggestion. Il n'existe de corps de droit que dans la mesure où l'on peut dire qu'il existe chez les juges une psychologie du « comportement ».

Le résultat final de cette doctrine nouvelle représente un scepticisme qui, comme la plupart des autres formes de scepticisme, est en réalité tout simplement une espèce de dogmatisme à rebours. Tandis qu'en

rule was everything, under the new absolutism it is nothing. And yet, on any realistic or pragmatic view of the judicial process, it seems clear that there are factors in that process which for want of some other name can be called legal rules, and which do in fact exert an influence on the process. A truly objective approach to an understanding of the process cannot afford to shut its eyes to this fact and behave as if the fact did not exist, but must recognize that under a developed legal system the process of deciding cases differs to, at least a certain extent, from the exercise of arbitrary discretion by an oriental *cadi*. It is this difference which forms a worthwhile subject of study if we are to understand the nature and operation of law as an agency of social control. We cannot get far towards such an understanding by treating law simply as discretionary official action. If we do so, we merely make believe that the problem does not exist instead of attempting to solve it. No advance toward better understanding of the making of legal decisions is therefore promised along the path of the new scepticism. Rather we need to go forward to further and more detailed analysis of the interaction between legal rules on the one hand and discretion on the other which is presented in the decision of every unprovided case.

vertu de l'ancien absolutisme la règle juridique était tout, en vertu du nouveau elle n'est rien. Et cependant, dès que l'on envisage la fonction judiciaire de façon réaliste ou pragmatique, il semble évident qu'elle implique des éléments que, faute d'un autre nom, nous pouvons appeler règles juridiques, et qui exercent sur la fonction une réelle influence. Si l'on s'efforce de comprendre la fonction judiciaire de façon vraiment objective, on ne peut se permettre de fermer les yeux sur ce fait, et de le traiter comme s'il n'existait pas, mais on doit reconnaître que, dans un système juridique évolué, la méthode de décision des espèces diffère au moins dans une certaine mesure de l'exercice arbitraire de sa discrétion par un *cadi* d'orient. C'est cette différence qui constitue un sujet digne d'étude pour qui veut comprendre la nature et l'action du droit agence ou instrument de gouvernement (social control). Si nous considérons la loi simplement comme l'activité discrétionnaire des juges, nous n'irons pas loin dans cette voie. Si nous considérons le droit sous ce jour nous imaginons simplement que le problème n'existe pas au lieu d'essayer de le résoudre. Qui suit la voie du nouveau scepticisme ne peut réaliser aucune avance dans la compréhension du mécanisme d'élaboration des décisions juridiques. Nous avons besoin, bien plutôt, de nous efforcer de réaliser une analyse plus profonde et plus détaillée de l'action réciproque des règles juridiques d'une part et de la discrétion judiciaire de l'autre, qu'implique la décision de tout cas non-prévu.

¹ See Géza Kiss, in *Science of Legal Method* (N. Y. 1921, Modern Legal Philosophy Series), p. 158 (translated from *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, vol. III, p. 536) ; also ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Leipzig, 1903).

² For an interesting comparison of Lord Mansfield with Lord Holt see 6 HOLDSWORTH, *History of English Law*, pp. 521-522. Eighteenth century natural law theorists like Mansfield and the contemporary French jurists regarded considerations of natural justice as themselves forming a system whose precepts could be deduced from other parts of the system by logic. For a popular expression of this assumption, see BLACKSTONE, *Commentaries* (ed. Christian), vol. 1, 41. This view differs from the nineteenth century view in that it places the logically complete system outside and not inside the body of authoritatively established rules of positive law consisting of statutes and precedents. Positive law consists of those parts of natural law which happen to have been already caught and fixed.

³ " Since there is nothing more necessary in sciences than to possess the first principles of them . . . that they may serve for a foundation to all the particulars which are to depend upon them ; it is of importance to know what are the principles of laws in order to know . . . the rules which depend on them . . . All the laws which govern society in the condition in which it is at present are no other than consequences of these first principles, or laws . . . In order to judge therefore of the spirit and use of the laws which maintain society in the condition in which it is at present, it is necessary to draw a plan of society on the foundation of the two primary laws to the intent that we may discover the order of all the other laws, and the connection which they have with these. " DOMAT, *The Civil Law in its Natural Order*, tr. by William Strahan, London, 1737, vol. I, pp. xxxiv, xxxvi.

⁴ These views resulted from the attempt to treat law as a kind of geometry, possessing mathematical certainty, which was promoted by the great advance of the mathematical sciences in the 17th century and the resulting tendency of other lines of intellectual activity to borrow from mathematics. See my *Administrative Justice and the Supremacy of Law* (Cambridge, 1927), p. 115, note 15. Quite comparable was

¹ Voir Géza Kiss, dans *Science of Legal Method* (N. Y., 1921, Modern Legal Philosophy Series), p. 158 (traduit de « Archiv für Recht und Wirtschaftsphilosophie », vol. III, p. 356) ; voir aussi ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Leipzig, 1903).

² Pour une comparaison intéressante entre Lord Mansfield et Lord Holt voir HOLDSWORTH, *History of English Law*, pp. 521-522. Les théoriciens du droit naturel aux XVIII^e siècle comme Mansfield et les juristes français contemporains tenaient les formules de justice naturelle comme formant elles-mêmes un système dont les préceptes pouvaient être logiquement déduits les uns des autres. On trouvera l'expression populaire de cette hypothèse dans BLACKSTONE, *Commentaires* (éd. Christian), vol. 1, 41. Cette opinion se distingue de celle du XIX^e siècle en ce qu'elle place le système logiquement complet non pas à l'intérieur mais à l'extérieur du corps des règles établies et sanctionnées qui constituent le droit positif, fait de statuts et de précédents. Le droit positif se compose de ces règles de droit naturel qui se sont laissé saisir et fixer.

³ « Puisqu'il n'est rien de plus nécessaire dans les sciences que d'en posséder les premiers principes... afin qu'ils servent de fondement à tous les détails. (Suit une citation des *Lois civiles* de Domat qui ne saurait être retraduite de la traduction anglaise. Que le lecteur se reporte à l'original français.) DOMAT, *Lois civiles*. »

⁴ Ces opinions se rattachent à l'effort fait pour traiter le droit comme une sorte de géométrie, possédant une certitude mathématique, effort provoqué par les grands progrès réalisés par les sciences mathématiques au XVIII^e siècle et la tendance des autres méthodes de recherche à se modeler sur les mathématiques. Voir mon ouvrage *Administrative justice and the Supremacy of Law* (Cambridge, 1927), p. 115, note 15. On peut y comparer

the borrowing by other disciplines of the concept of biological evolution in the later 19th century.

⁵ "It is supposed that the law contains within itself the materials for the decision of every case, however novel in its circumstances ; and accordingly, when the judges have a new case before them, they do not profess to arrive at the law by reasoning, by theory, or by philosophical inquiry, but they profess to discover it by searching among the records of former decisions", Lord WESTBURY, *Speech on Revision of the Law*, in WAMBAUGH, *The Study of Cases* (2d ed., 1894), p. 75.

⁶ See KEENER, *The Inductive Method in Legal Education*, 28 *American Law Review* 709 at 713 (1894) ; M. COHEN, *The Place of Logic in the Law*, 29 *Harvard Law Review* 622 at 627 (1916).

⁷ See Julien BONNECASE, *L'Ecole de l'exégèse en Droit Civil*, Paris, 1924, *passim*. The chief German exponent of the theory of the logical completeness of law is BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892), vol. I, pp. 371-393.

⁸ A. ESMEIN in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, tom. i, pp. 13-16 quoted in GÉNY, *Science et Technique en Droit privé positif*, tom. I (1922), p. 29. R. SALEILLES, preface to GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, quoted in BONNECASE, *op. cit.*, *supra* note 8, pp. 48-50.

⁹ *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, Paris, 1899 ; 2d ed., 2 vols., Paris, 1919 ; *Science et Technique en Droit privé positif*, 4 vols., Paris, 1914-24.

¹⁰ See E. JUNG, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts* (Berlin, 1900) ; ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Leipzig, 1903) ; L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung* (Berlin, 1907).

¹¹ Gnaeus FLAVIUS (H. U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) ; H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1911) ; E. FUCHS, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (1909) ; E. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* (1908). The dangers of the movement are pointed out in BEROLZ-

l'emprunt de la notion d'évolution biologique que les autres sciences demandèrent à la biologie à la fin du XIX^e siècle.

⁵ « On suppose que le droit contient en lui-même des éléments nécessaires à la décision de n'importe quelle espèce, si imprévue qu'en puissent être les circonstances ; par suite lorsque les juges se voient soumettre une nouvelle espèce, ils ne prétendent pas dégager la solution par voie de raisonnement, de théorie, de recherche philosophique, mais ils prétendent la découvrir en fouillant les recueils d'arrêts antérieurs. » Lord WESTBURY, *Speech on Revision of the Law*, dans WAMBAUGH *The Study of Cases*, (2^{me} édition, 1894), p. 75.

⁶ Voir KEENER, *The Inductive Method in Legal Education*, 28 *American Law Review* 709 at 713 (1894) ; M. COHEN, *The Place of Logic in the Law*, 29 *Harvard Law Review* 622 at 627 (1916).

⁷ Voir Julien BONNECASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, Paris, 1924, *passim*. Le principal défenseur allemand de la théorie du droit unité logique est BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, vol. I, pp. 371-393.

⁸ A. ESMEIN dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, pp. 13-16 cité par GÉNY dans *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, (1922), p. 29. R. SALEILLES, préface à GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cité par BONNECASE, *op. cit.*, *supra* note 8, pp. 48-50.

⁹ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899 ; 2^{me} éd., 2 vol., Paris, 1919 ; *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, 1914-1924.

¹⁰ Voyez E. JUNG, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts* (Berlin, 1900) ; ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Leipzig, 1903) ; L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, (Berlin, 1907).

¹¹ Gnaeus FLAVIUS (H. U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) ; H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1911) ; E. FUCHS, *Die Gemeenschädlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz* (1909) ; E. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* (1908). Les dangers du mouvement sont indiqués dans BEROLZHEIMER, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz* (Berlin, 1911) dont certains passages sont traduits

HEIMER, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz* (Berlin, 1911) parts of which are translated in *Science of Legal Method*, *supra*, pp. 166 ff. See also OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit* (Erlangen, 1909). For further bibliographical references on the movement see *Science of Legal Method*, pp. 146, 166, 170 footnotes ; GÉNY, *Science et Technique*, vol. I, p. 36.

¹² See especially his article *The Courts and Legislation*, 7 *American Political Science Review*, 361 (1912), reprinted in *Science of Legal Method*, *supra*, p. 202.

¹³ "There is ground for criticism when logic is represented as a method in opposition to others. In reality it is a tool that cannot be ignored by any of them. The thing that counts counts is the nature of the premises." CARDOZO, *The Growth of Law*, p. 62, referring to Morris Cohen, Introduction to TOURTOULON, *Philosophy in the Development of Law*, pp. 29-30.

¹⁴ *Ames v. Foster*, 42 N. H. 381 ; *Jones v. Crossthwaite*, 17 Ia. 393 ; *Walker v. Jessup*, 43 Ark. 167 ; *Palliser v. Gurney*, L. R. 19 Q. B. D. 519.

¹⁵ *Tillman v. Shackleton*, 15 Mich. 456 ; *Building & Loan Ass'n. v. Jones*, 32 S. C. 313 ; *Wilder v. Richie*, 117 Mass. 382 ; *Sidway v. Nichol*, 62 Ark. 146.

¹⁶ *Tillman v. Shackleton*, *supra*.

¹⁷ *Walker v. Simpson*, 7 Watts & Serg. (Pa.) 83, *Kenyon v. Farris*, 47 Conn. 510. This was the long-established doctrine in equity, *Harris v. Lee*, 1 P. Wms. 482, *Jenner v. Morris*, 3 De G., F., & J., 45.

¹⁸ *Skinner v. Tirrell*, 159 Mass. 474.

¹⁹ See CARDOZO, *The Growth of Law*, p. 99, discussing *Hynes v. New York Central Railroad Company*, 231 N. Y. 229.

²⁰ GÉNY, *Science et Technique en Droit privé positif*, vol. I, pp. 109-164 ; vol. III, pp. 175-257.

²¹ ROSCOE POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Review*, 605 (1908).

²² See Zechariah CHAFEE, Jr. in 33 *Yale Law Journal*, 685 ff. (1924).

dans *Science of Legal Method* *supra*, pp. 166 ff. Voir aussi OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit* (Erlangen, 1909). Pour d'autres références bibliographiques sur le mouvement voir *Science of Legal Method*, pp. 146, 166, 170, notes au bas des pages ; GÉNY, *Science et Technique*, vol. I, p. 36.

¹² Voyez surtout son article *The Courts and Legislation*, 7 *American Political Science Review*, 361 (1912), reproduit dans *Science of Legal Method*, *supra* p. 202.

¹³ Il y a lieu de critiquer la doctrine qui représente la logique comme une méthode opposée à d'autres. En réalité c'est un outil qu'aucune ne peut ignorer. Ce qui compte c'est la nature des prémisses. » CARDOZO, *The Growth of Law*, p. 62, à propos de Morris Cohen, Introduction à TOURTOULON, *Philosophy in the Development of Law*, pp. 29-30.

¹⁴ *Ames v. Foster*, 42 N. H. 381 ; *Jones v. Crossthwaite*, 17 Ia. 393 ; *Walker v. Jessup*, 43 Ark. 167 ; *Palliser v. Gurney*, L. R. 19 Q. B. D. 519.

¹⁵ *Tillman v. Shackleton*, 15 Mich. 456 ; *Building & Loan Ass'n v. Jones*, 32 S. C. 313 ; *Wilder v. Richie*, 117 Mass. 382 ; *Sidway v. Nichol*, 62 Ark. 146.

¹⁶ *Tillman v. Shackleton*, *supra*.

¹⁷ *Walker v. Simpson*, 7 Watts and Serg. (Pa.) 83, *Kenyon v. Farris*, 47 Conn. 510. C'était la doctrine depuis longtemps établie en équité, *Harris v. Lee*, 1 P. Wms. 482, *Jenner v. Morris*, 3 De G., F., & J., 45.

¹⁸ *Skinner v. Tirrell*, 159 Mass. 474.

¹⁹ Voir CARDOZO, *The Growth of Law*, p. 99, à propos de *Hynes v. New York Central Railroad Company*, 231 N. Y. 229.

²⁰ GÉNY, *Science et Technique en Droit privé positif*, vol. I, pp. 109-164 ; vol. III, pp. 175-257.

²¹ Roscoe POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Review*, 605 (1908).

²² Voir Zechariah CHAFEE, Jr. dans 33 *Yale Law Journal*, 685 ff. (1924).

²³ See Roscoe POUND, *Liberty of Contract*, 18 *Yale Law Journal*, 454 (1909).

²⁴ " We may take as our premise some pre-established conception and work it up by an effort of pure reason to its ultimate development, the limit of its logic. We may supplement the conception by reference to extrinsic sources, and apply the tool of our logic to the premise as thus modified or corrected. The difference between the function of logic in the one case and in the other is in reality a difference of emphasis. The tool is treated on the one hand as a sufficient instrument of growth, and on the other as instrument to cooperate with others. " CARDOZO, *The Growth of Law*, pp. 62-63.

²⁵ See especially *Science et Technique*, vol. II, pp. 351-422.

²⁶ For a recent review see Charles GROVE HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts* (Cambridge, 1930, *Harvard Studies in Jurisprudence*, vol. IV).

²⁷ See my article, *The Law Behind Law*, 29 *Columbia Law Review* 285 at 288-296 (1929).

²⁸ *Science et Technique*, Vol. I, pp. 179-181.

²⁹ HOLMES, *Natural Law*, in *Collected Legal Papers*, p. 310. It is interesting to note that this article is stated in a footnote to have been suggested by reading GÉNY's *Science et Technique*.

³⁰ *Common Law and Legislation*, 21 *Harvard Law Review* 383 at 393 (1908).

³¹ See the elaboration of this idea in a recent book, J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (N. Y. 1930).

³² See K. N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence — The Next Step*, 30 *Columbia Law Review* 431 at 456 (1930).

²³ Voir Roscoe POUND, *Liberty of Contract*, 18 *Yale Law Journal*, 454 (1909)

²⁴ « Nous pouvons choisir comme prémisses quelque concept pré-établi, et le pousser par un effort de raison pure jusqu'à ses derniers développements, jusqu'à ses limites logiques. Nous pouvons compléter ce concept en nous reportant à des sources extrinsèques, et appliquer l'instrument de notre logique à la prémisses ainsi modifiée ou rectifiée. La différence entre le rôle de la logique dans les deux cas est en réalité une différence d'importance. L'instrument est traité dans un cas comme un facteur suffisant de développement, dans l'autre comme un facteur coopérant avec d'autres. » CARDOZO, *The Growth of Law*, pp. 62-63.

²⁵ Voir surtout *Science et Technique*, vol. II, pp. 351-422.

²⁶ On trouvera un exposé récent dans Charles GROVE HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts* (Cambridge, 1930, *Harvard Studies in Jurisprudence*, vol. IV).

²⁷ Voir mon article *The Law behind Law*, 29 *Columbia Law Review*, 285 à 288-296 (1929).

²⁸ *Science et Technique*, vol. I, pp. 179-181.

²⁹ HOLMES, *Natural Law* dans *Collected Legal Papers*, p. 310. Il est intéressant de noter qu'une note au bas d'une page déclare que cet article a été suggéré par la lecture de *Science et Technique* de Gény.

³⁰ *Common Law and Legislation*, 21 *Harvard Law Review* 383, p. 393 (1908).

³¹ Voir le développement de cette idée dans un livre récent, J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (N. Y., 1930).

³² Voir K. N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence — The Next Step*, 30 *Columbia Law Review* 431 at 456 (1930).

CHAPITRE IV

The judgment intuitive; the function of the « hunch » in judicial decision

by

Joseph C. HUTCHESON, Jr.

PREFACE

In Appreciation

It seems not at all daring or revolutionary now, but quite regular and commonplace to say, because so many are saying it, that judges do not in fact discover, they create that law which some call customary, some unwritten, and some lawyers' law. But when François GénY more than thirty years ago said " Even today judges contribute to the creation of law, and to develop further such law as has been already formulated ", it was quite another thing.

When he said this in a code country, and under the influence of a legal system which in its emphasis upon application, as opposed to creation, magnified the positively legislative character of law, and minimized the creative function of the judge, and therefore the judge himself, it was revolutionary enough; and it is a tribute to the

Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire

par Joseph C. HUTCHESON, JUNIOR

Traduit par Gabriel MARTY,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble

AVANT-PROPOS

en manière de mise au point.

A l'heure actuelle, il ne semble plus du tout audacieux ni révolutionnaire, mais tout à fait normal et banal de dire après tant d'autres que les juges en réalité ne découvrent pas, mais créent, cette sorte de droit que certains appellent coutumier, d'autres non écrit, d'autres judiciaire. Mais quand François GénY, il y a plus de trente ans, disait : « même aujourd'hui les juges contribuent à créer le droit et à pousser plus loin le développement du droit déjà formulé », il en était tout différemment.

Quand il disait cela, dans un pays de droit codifié et sous l'influence d'un système juridique qui, en mettant l'accent sur l'application opposée à la création, exaltait dans le droit, le caractère de droit positif législatif, et minimisait la fonction créatrice du juge, c'était assez révolutionnaire ;

breadth of his social and scientific learning, and to the greatly luminous quality of his mind, that he was able not only to announce, but in his lifetime to establish his theory of " free judicial decision on the basis of scientific investigation ".

Later continental advocates of the theory, with their insistence that "there is no guaranty of justice except the personality of the judge"; that justice dominated by great ideals " counts most upon the element of creative thought by great individual minds " ; that " the play of the obscure forces of nature is powerless of itself to create true juridical customs "; that " judges are needed to discover, initiate and declare them " merely furthered, they did not innovate upon Geny's great idea.

For it was GénY who first declared that " the central and normal part to be played by the judge consists in a personal, mental activity "; that giving full recognition to the importance to legal science, essentially a science of action, of the simple observation of the facts of social life on which it is based, " we need also a process of reasoning which starts from intuition, supplemented by the feeling for what is just, and arrives at exact conclusions by a series of deductions under the constant guidance and control of practical common-sense " ; that " the needs of actual life must never be sacrificed to mere concepts " and that " there comes a point where the court can no longer rest secure on a formal rule, but must trust to his own skill to find the proper decision, which he is not permitted to refuse ".

et il doit à l'étendue de ses connaissances sociales et scientifiques, à la qualité hautement lumineuse de son esprit, d'avoir pu non seulement annoncer, mais, dans le cours de sa vie, établir sa théorie de « la libre décision judiciaire sur la base de la recherche scientifique ».

Les défenseurs continentaux plus récents de la théorie, en insistant sur ce « qu'il n'y a pas d'autre garantie de justice que la personnalité du juge », que la justice dominée par de grands idéaux « dépend beaucoup de l'élément de pensée créatrice fourni par l'effort individuel de grands esprits », ou que « le jeu des forces obscures de la nature est par lui-même sans pouvoir pour créer de vraies coutumes juridiques », que « les juges sont obligés de les découvrir, les innover et les déclarer », ont seulement appuyé la grande idée de GénY mais n'ont par rapport à elle rien apporté de nouveau.

Car c'est GénY qui le premier a déclaré « que le rôle central et normal que le juge doit jouer, consiste en une activité personnelle et intellectuelle » ; que, tout en reconnaissant pleinement l'importance pour la science du droit, qui est essentiellement une science d'action, de l'observation des faits de la vie sociale qui en est la base, il faut aussi un procédé de raisonnement « qui parte de l'intuition, aidée du sentiment de la justice, et qui arrive à des conclusions exactes par une série de déductions sous la direction et le contrôle constants du sens commun pratique », que « les nécessités de la vie actuelle ne doivent jamais être sacrifiées à de purs concepts » et qu'il vient un moment où les juges ne peuvent plus se reposer sur une règle formelle, mais doivent se confier à leur propre habileté pour trouver la décision convenable, qu'il ne leur est pas permis de refuser ».

Having long believed that law must be integrated with the life it serves, and that to great judging imagination, intuition, courage, high ideals, as well as the personal feeling of and for justice are at least quite as essential as the "being long accustomed to and acquainted with the judicial decisions of their predecessors" of Blackstone, I esteem myself greatly privileged to be allowed to contribute to the Gény memorial volume the article following, which in substantially this form first appeared in the April 1929 issue of the Cornell Law Quarterly, Volume 14, No. 3.

It represents an attempt on my part to give practical testimony to the germinating force and creative power of the great idea that judges may still "create" the law, and that when formal rules have failed him, and in his search for the correct decision there comes to him the hunch, or feeling, which is the triumphant precursor of the just judgment, that he has found the way to go, he must "create" the law as he sees it, for "he is not permitted to refuse".

J. C. H. Jr.

Many years ago, at the conclusion of a particularly difficult case both in point of law and of fact, tried to a court without a jury, the judge, a man of great learning and ability, announced from the Bench that since the narrow and prejudiced modern view of the obligations of a judge in the decision of causes prevented his resort to the judgment aleatory by the use of his "little small dice" he would take the case under advisement, and, brooding over it, wait for his hunch.

Croyant depuis longtemps que le droit ne doit pas être séparé de la vie qu'il sert, et que, pour bien juger, l'imagination, l'intuition, le courage, un haut idéal, aussi bien que les sentiments personnels de la justice et pour la justice, sont au moins aussi essentiels que « la longue accoutumance et fréquentation des décisions des précédents juges » dont parle Blackstone, je m'estime fort privilégié d'être admis à apporter, aux mélanges en l'honneur de Gény, la contribution de l'article qui suit, lequel a été publié pour la première fois, avec en substance la même forme, dans le fascicule d'avril 1929, de la Cornell Law Quarterly, volume 14, n° 3.

Il représente une tentative de ma part, pour donner un témoignage pratique de la force germinatrice et du pouvoir créateur de la grande idée que le juge peut encore aujourd'hui « créer » le droit et que, quant les règles formelles lui font défaut, que dans sa recherche de la décision correcte vient à lui l'intuition, ou sentiment, qui est le précurseur triomphant du jugement, et qu'il a trouvé la route, il doit « créer » le droit, tel qu'il l'aperçoit, « car il ne lui est pas permis de s'y refuser ».

Il y a nombre d'années, à la fin d'une affaire particulièrement délicate à la fois en droit et en fait, qui avait été soumise à une cour sans jury, le juge, homme de grand savoir et de grande capacité, déclara du haut du siège, que, puisque les étroits préjugés d'aujourd'hui relativement aux obligations d'un juge dans la décision des procès, lui interdisaient d'avoir recours au jugement du hasard en faisant usage des dés, il mettrait l'affaire en délibéré et méditant sur elle, attendrait que l'intuition lui vienne.

To me, a young, indeed a very young lawyer, picked, while yet the dew was on me and I had just begun to sprout, from the classic gardens of a University, where I had been trained to regard the law as a system of rules and precedents, of categories and concepts, and the judge had been spoken of as an administrator, austere, remote, "his intellect a cold logic engine", who, in that rarified atmosphere in which he lived coldly and logically determined the relation of the facts of a particular case to some of these established precedents, it appeared that the judge was making a jest, and a very poor one, at that.

I knew, of course, that some judges did follow "hunches", — "guesses" I indignantly called them. I knew my Rabelais, and had laughed over without catching the true philosophy of old Judge Bridlegoose's trial, and roughly, in my youthful, scornful way, I recognized four kinds of judgments; first the cogitative, of and by reflection and logomancy; second, aleatory, of and by the dice; third, intuitive, of and by feeling or "hunching"; and fourth, asinine, of and by an ass; and in that same youthful, scornful way I regarded the last three as only variants of each other, the results of processes all alien to good judges.

I had been trained to except inexactitude from juries, but from the judge quite the reverse. I exalted in the law its tendency to formulize. I had a slot machine mind. I searched out categories and concepts and, having found them, worshiped them. A logomachist, I believed in and practiced logomancy. I felt a sense of real

A moi, jeune, vraiment très jeune juriste, cueilli, couvert encore de rosée et alors que j'avais juste commencé à croître, dans les jardins classiques d'une université, où j'avais été dressé à considérer le droit comme un système de règles et de précédents, de catégories et de concepts, où l'on parlait du juge comme d'un administrateur austère et lointain, « de son intelligence comme d'une froide machine logique », qui dans l'atmosphère raréfiée où il vivait, froidement et logiquement déterminait le rapport des faits d'une affaire déterminée avec certains de ces précédents établis, il apparut que le juge en question faisait une plaisanterie, et en somme, une très pauvre plaisanterie.

Je savais certes, que certains juges suivent des « intuitions », des « divinations » comme je les appelais avec indignation. Je connaissais mon Rabelais et j'avais ri largement sans en saisir la vraie philosophie, du jugement du vieux juge Bridoie, et grossièrement, à la façon dédaigneuse d'un jeune homme, je classais les jugements en quatre catégories : d'abord le jugement cogitatif, produit de la réflexion et du travail logique ; en second lieu, le jugement aléatoire, issu des dés ; troisièmement le jugement intuitif, né de sentiments et d'intuitions, et quatrièmement, le jugement d'âne rendu par un baudet, et de la même jeune et dédaigneuse façon, je considérais les trois dernières catégories seulement comme des variantes l'une de l'autre, comme le résultat de procédés étrangers aux bons juges.

J'avais été formé à attendre des inexactitudes des jurys, mais du juge tout à fait l'inverse. J'exaltais dans le droit sa tendance à formulation. J'avais l'esprit semblable à une machine automatique. Je recherchais des catégories et des concepts, et les ayant trouvés je leur rendais

pain when some legal concept in which I had put my faith as permanent, constructive and all-embracing opened like a broken net, allowing my fish to fall back into the legal sea. Paraphrasing Huxley, I believed that the great tragedy of the law was the slaying of a beautiful concept by an ugly fact. Always I looked for perfect formulas, fact proof, concepts so general, so flexible, that in their terms the jural relations of mankind could be stated, and I rejected most vigorously the suggestion that there was, or should be, anything fortuitous or by chance in the law. Like Jurgen I had been to the Master Philologist and with words he had conquered me.

Perceiving the law as a thing fullgrown, I believed that all of its processes were embraced in established categories, and if anyone had suggested that the judge had a right to fell, or hunch out a new category into which to place relations under his investigation, I should have repudiated the suggestion as unscientific and unsound, while as to the judge who dared to do it, I should have cried — “ Away with him ! Away with him ! ”

I knew that in times past the law had grown through judicial action ; that rights and processes had been invented by the judges, and that under their creative hand new remedies and new rights had flowered.

I knew that judges “ are the depositaries of the laws like the oracles, who must decide in all cases of doubt and are bound by an oath to decide according to the law of the land ”, but I believed that creation and evolution were at an end ; that in modern law only

un culte. Logicien, je croyais en la logique et je la pratiquais. Je ressentais une réelle peine, lorsque quelque concept juridique que j'avais considéré comme permanent, constructif et exhaustif, s'ouvrait comme un filet brisé, laissant mon poisson retomber dans la mer juridique. Paraphrasant Huxley, j'estimais que la grande tragédie du droit, c'est le meurtre d'un beau concept par un vilain fait. Toujours je recherchais des formules parfaites, à l'épreuve du fait, des concepts si généraux, si souples que dans leurs termes les relations juridiques du genre humain puissent être fixées et je rejetais très vigoureusement l'idée qu'il y avait ou pouvait avoir dans le droit quelque chose de fortuit ou chanceux. Comme Jurgen j'étais allé au maître philologue et il m'avait conquis avec des mots.

Concevant le droit comme une chose ayant atteint son plein développement, je croyais que toutes ses manifestations étaient encadrées dans des catégories établies et si quelqu'un m'eut suggéré que le juge avait le droit de sentir, de rechercher intuitivement une nouvelle catégorie où placer les relations soumises à son examen, j'aurais répudié cette suggestion comme antiscientifique et mal fondée, quant au juge qui eut osé agir ainsi, je lui eusses crié : « arrière ! arrière ! à la porte ».

Je savais qu'au temps passé, le droit avait grandi par l'action en justice ; que les droits et les procédures avaient été inventés par les juges et que sous leur main créatrice de nouveaux recours et de nouveaux droits avaient fleuri.

Je savais que les juges « sont les dépositaires des lois comme des oracles, qui doivent décider dans tous les cas de doute et sont assujettis par un serment à décider suivant la loi du pays », mais je croyais que création et évolution se trouvaient arrivées à leur terme ; que dans le

deduction had place, and that judges must decide " through being long personally accustomed to and acquainted with the judicial decisions of their predecessors ".

As I grew older, however, and knew and understood better the judge to whom I have in this opening referred ; as I associated more with real lawyers, whose intuitive faculties were developed and made acute by the use of a trained and cultivated imagination ; as I read more after and came more under the spell of those great lawyers whose thesis is that " modification implies growth ; it is the life of the law " ; " that every opinion tends to become a law " I came to see that " the process of inclusion and exclusion so often applied in developing a rule cannot end with its first enunciation. The rule announced must be deemed tentative. For the many and varying facts to which be applied cannot be foreseen ".

I came to see that instinct in the very nature of law itself is change, adaptation, conformity, and that the instrument for all of this change, this adaptation, this conformity, for the making and nurturing of the law as a thing of law, is the power of the brooding mind, which in its very brooding makes, creates and changes jural relations, establishes philosophy, and drawing away from the outworn past, here a little, there a little, line upon line, precept upon precept, safely and firmly, bridges for the judicial mind to pass the abysses between that past and the new future, and that " in a changing world it is impossible for it to be otherwise ".

So, long before I came to the Bench, and while I was still

droit moderne seule la déduction a place et que les juges doivent décider « grâce à leur longue accoutumance et connaissance des décisions de leur prédécesseurs ».

En prenant de l'âge, cependant, j'ai mieux connu et compris le juge dont je parlais tout à l'heure ; en fréquentant davantage les vrais juristes dont les facultés d'intuition étaient développées et aiguës par l'usage d'une imagination formée et cultivée ; en lisant davantage les œuvres et me laissant davantage gagner par le charme de ces grands juristes qui soutiennent « que le changement implique croissance, que c'est la vie du droit », « que toute opinion tend à devenir du droit », j'en vins à apercevoir « que la méthode d'inclusion et d'exclusion si souvent appliquée pour développer une règle ne peut prendre fin avec le premier énoncé. La règle exposée doit être considérée comme un essai, car les faits multiples et variables auquel elle sera appliquée ne peuvent être prévus ».

J'arrivai à comprendre que la nature intime du droit est le changement, l'adaptation, la conformité, et que l'instrument pour tout ce changement, cette adaptation, cette conformité, pour l'élaboration et la nutrition du droit en tant que droit, c'est le pouvoir de l'esprit en méditation, qui dans sa méditation même, fait, crée et change les relations juridiques, établit la philosophie, et qui, s'écartant du passé périmé, ici un peu, là un peu, ligne après ligne, précepte sur précepte, sûrement et avec fermeté, jette un pont permettant à la pensée juridique de franchir les abîmes entre le passé et l'avenir, et que, « dans un monde changeant, il est impossible qu'il en soit autrement ».

Ainsi, longtemps avant de monter sur le siège, et alors que j'étais

uncertain as to the function of the judge, his office seeming pale and cold to me, too much concerned with logomachy ; too much ruled by logomancy, I loved jury trials, for there, without any body of precedent to guide them, any established judicial recognition of their right so to do, nay, in the face of its denial to them, I could see those twelve men bringing equity, " the correction of that wherein by reason of its universality the law is deficient ", into the law.

There they would sit, and hearing sometimes the " still, sad music of humanity ", " sometimes " catching sight through the darkness of the fateful threads of woven fire which connect error with its retribution ", wrestling in civil cases with that legal Robot, " the reasonably prudent man ", in criminal cases with that legal paradox, " beyond a reasonable doubt ", would hunch out just verdict after verdict by the use of that sixth sense, that feeling, which flooding the mind with light, gives the intuitional flash necessary for the just decision.

Later, when I became more familiar with the practices in admiralty and in equity, more especially when, a judge in such cases, I felt the restless, eager ranging of the mind to overcome the confusion and the perplexities of the evidence, or of constricting and outworn concepts, and so to find the hidden truth, I knew that not only was it the practice of good judges to " feel " their way to a decision of a close and difficult case, but that in such cases any other practice was unsound. " For it is no paradox to say that in

encore mal informé de la fonction du juge, son rôle me paraissant pâle et froid, trop en rapport avec la logique, trop dominé par elle, j'aimais les décisions des jurys, car là, sans aucun précédent pour les guider, sans aucune constatation judiciaire préétablie de leur droit d'agir ainsi, bien mieux, en présence de sentences opposées, je pouvais voir douze hommes apportant dans le droit l'équité, « cette correction de ce par quoi, à raison de son universalité, le droit est déficient ».

Ils seront là, siégeant, et tantôt entendant « la calme, mélancolique musique de l'humanité », tantôt « saisissant dans les ténèbres un aperçu du fil fatal de feu tressé qui joint la faute et sa rétribution », aux prises dans les affaires civiles avec cette marionnette juridique, « l'homme raisonnablement prudent », dans les affaires criminelles avec ce paradoxe légal « le doute raisonnable », ils dégageront verdict juste sur juste verdict, en se servant de ce sixième sens, de ce sentiment qui inondant l'esprit de lumière, donne l'éclair intuitif nécessaire pour une décision équitable.

Plus tard, quand je me familiarisai davantage avec la pratique de l'Amirauté et de l'Equité, plus spécialement lorsque, devenu juge d'affaires de cette sorte, je connus les démarches ardentes et sans repos de l'esprit pour dominer la confusion et les incertitudes du témoignage, ou de concepts étroits et périmés, de façon à découvrir la vérité cachée, je connus que non seulement c'est l'usage des bons juges de « sentir » la route à suivre pour décider d'une affaire obscure et difficile, mais que dans des cas semblables toute autre méthode est défectueuse. « Car il n'y a pas de paradoxe à soutenir que dans nos dispositions les plus

our most theoretical moods we may be nearest to our most practical application ”.

I knew that “ general propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise ”.

And so, after eleven years on the Bench following eighteen at the Bar, I, being well advised by observation and experience of what I am about to set down, have thought it both wise and decorous to now boldly affirm that “ having well and exactly seen, surveyed, overlooked, reviewed, recognized, read and read over again, turned and tossed about, seriously perused and examined the preparatories, productions, evidences, proofs, allegations, depositions, cross speeches, contradictions... and other such like confects and spiceries, both at the one and the other side, as a good judge ought to do, I posit on the end of the table in my closet all the pokes and bags of the defendants — that being done I thereafter lay down upon the other end of the same table the bags and satchels of the plaintiff ”.

Thereafter I proceed “ to understand and resolve the obscurities of these various and seeming contrary passages in the law, which are laid claim to by the suitors and pleading parties ”, even just as Judge Bridlegoose did, with one difference only. “ That when the matter is more plain, clear and liquid, that is to say, when there are fewer bags ”, and he would have used his “ other large, great dice, fair and goodly ones ”, I decide the case more or less off hand and by rule of thumb. While when the case is difficult or involved, and turns upon a hairsbreadth of law or of fact, that is to say, “ when

théoriques, nous pouvons être très proches de nos applications les plus pratiques. »

Je connus que « des propositions générales ne donnent pas la solution de cas concrets ; que la décision dépendra d'un jugement ou d'une intuition plus subtils que n'importe quelle prémisse majeure articulée ».

Et ainsi, après onze années de magistrature, suivant dix-huit années de barreau, me trouvant bien averti par l'observation et l'expérience de ce que je vais affirmer, j'en suis venu à estimer sage et convenable d'affirmer hardiment ceci : quand j'ai bien et exactement vu, considéré, parcouru, révisé, reconnu, lu et relu, tourné et retourné, sérieusement scruté et examiné les préparatoires, productions, témoignages, preuves, allégations, dépositions, prétentions réciproques, contradictions... « et autres telles dragées et épicerie d'une part et de l'autre, comme doit faire le bon juge, je pose sur le bout de ma table en mon cabinet, tous les sacs des défendeurs. Cela fait je pose les sacs du demandeur sur l'autre bout ».

Ensuite, je m'attache à « pénétrer et résoudre les obscurités, des passages variés et apparemment contradictoires de la loi qui sont invoqués par les plaideurs et parties », tout à fait comme le faisait le juge Bridoye, avec seulement une différence. « Lorsque la matière est plus simple, claire, liquide, c'est-à-dire qu'il y a moins de sacs », et qu'il eut usé de ses « autres gros dés bien beaux et harmonieux », je tranche la difficulté, plus ou moins haut la main et de façon empirique. Tandis que, lorsque le cas est difficile et embrouillé, et porte sur l'épaisseur

there are many bags on the one side and on the other " and Judge Bridlegoose would have used his " little small dice ", I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch — that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way.

And more, " lest I be stoned in the street " for this admission, let me hasten to say to my brothers of the Bench and of the Bar, " my practice is therein the same with that of your other worships ".

For let me premise here, that in feeling or " hunching " out his decisions, the judge acts not differently from, but precisely as the lawyers do in working on their cases, with only this exception ; that the lawyer, having a predetermined destination in view, — to win his law-suit for his client — looks for and regards only those hunches which keep him in the path that he has chosen, while the judge, being merely on his way with a roving commission, to find the just solution, will follow his hunch wherever it leads him, and when, following it, he meets the right solution face to face, he can cease his labors and blithely say to his troubled mind — " Trip no farther, pretty sweeting, journeys end in lovers meeting, as every wise man's son doth know. "

Further, at the outset, I must premise that I speak now of the judgment or decision, the solution itself, as opposed to the apologia

d'un cheveu, en droit ou en fait, c'est-à-dire « quand il y a beaucoup de sacs d'une part et de l'autre », et que le juge Bridove eut usé de « ses petits dés », moi, après avoir examiné tous les matériaux utiles à ma disposition, et dûment réfléchi sur eux, je laisse jouer mon imagination et méditant sur l'affaire, j'attends le sentiment, le *hunch*, — cet éclair intuitif de l'entendement qui constitue l'étincelle de jonction entre la question et la décision et, au point où le sentier est le plus obscur pour le pied du juge, répand sa lumière le long de la route.

Et, de plus, « par crainte d'être lapidé dans la rue », que je me hâte de le dire à mes frères du siège et de la barre, « ma façon de faire, est en cela la même que celle de vos Honneurs ».

Car, qu'il me soit permis de poser en prémisses, qu'en sentant ou dégageant intuitivement ses décisions, le juge n'agit pas différemment de ce que font les hommes de loi travaillant leurs affaires, mais agit précisément comme eux, avec seulement cette différence, que l'homme de loi ayant en vue un but prédéterminé, — gagner le procès pour son client — recherche et prend en considération seulement les intuitions qui le maintiennent dans la route qu'il a choisie, tandis que le juge étant en route avec une mission vagabonde, trouver la solution juste, suivra son intuition partout où elle le mène, et quand la suivant, il rencontre face à face la solution appropriée, il peut cesser son travail et dire gaiement à son esprit troublé, « ne vas pas plus loin, gentil ami, les voyages se terminent par des rencontres d'amour, ainsi que tout homme avisé le sait bien ».

En outre, avant d'aller plus loin, je dois prévenir que je parle en ce moment, du jugement ou de la décision c'est-à-dire de la solution elle-

for that decision ; the decree, as opposed to the logomachy, the effusion of the judge by which that decree is explained or excused. I speak of the judgment pronounced, as opposed to the rationalization by the judge on the pronouncement.

I speak, in short, of that act of definitive sentence of which Trinquamelle and Bridlegoose discoursed.

“ But when you do these fine things ” quoth Trinquamelle, “ how do you, my fine friend, award your decrees and pronounce judgment ? ” “ Even as your other worships ”, quoth Bridlegoose, “ for I give out sentence in his favor unto whom hath befallen the best chance by the dice, judiciary, tribunian, pretorial, which comes first. So doth the law command. ”

And not only do I set down boldly that I, “ even as your other worships do ”, invoke and employ hunches in decisions, but I do affirm, and will presently show, that it is that tiptoe faculty of the mind which can feel and follow a hunch which makes not only the best gamblers, the best detectives, the best lawyers, the best judges, the materials of whose trades are the most chancey because most human, and the results of whose activities are for the same cause the most subject to uncertainty and the best attained by approximation, but it is that same faculty which has guided and will continue to guide the great scientists of the world, and even those august dealers in certitude, the mathematicians themselves, to their most difficult solutions, which have opened and will continue to open hidden doors ; which have widened and will ever widen man’s horizon.

même, par opposition à sa justification ; l’arrêt par opposition au raisonnement, à l’épanchement du juge, par lesquels cet arrêt est expliqué ou excusé. Je parle du jugement prononcé, par opposition à l’établissement par le juge des motifs de son prononcé.

Je parle, en résumé, de cet acte de décision définitive dont discoutraient Trinquamelle et Bridoye.

« Mais quand vous faites ces jolies choses, demandait Trinquamelle, comment mon bon ami rendez-vous vos arrêts et prononcez-vous vos jugements ? »

« Comme vous autres messieurs », répondait Bridoye, « pour celui je donne sentence duquel la chance livrée par le sort du dé judiciaire, tribunian, pretorial, premier advient. Ainsi commandent vos droits ».

Et non seulement j’affirme hardiment que « comme vous autres, messieurs » j’invoque et utilise des intuitions dans mes jugements mais j’affirme et montrerai, que c’est cette faculté délicate de l’esprit, capable de ressentir et suivre une intuition qui fait les meilleurs joueurs, les meilleurs détectives, les meilleurs hommes de loi, les meilleurs juges, dont les instruments de travail participent le plus du hasard parce que très humains, et dont l’activité produit des résultats, pour la même raison, le plus sujets à incertitude et le mieux atteints par approximation, et c’est aussi cette même faculté qui a guidé et continuera à guider les grands savants du monde, et même ces nobles manieurs de certitude les mathématiciens eux-mêmes, à leurs solutions les plus ardues, qui a ouvert et continuera à ouvrir les portes closes, qui a élargi et continuera à élargir l’horizon humain.

“ For facts are sterile until there are minds capable of choosing between them and discerning those which conceal something, and recognizing that which is concealed. Minds which under the bare fact see the soul of the fact. ”

I shall further affirm, and I think maintain, that the judge is, in the exercise of this faculty, popularly considered to be an attribute of only the gambler and the short story detective, in the most gallant of gallant companies ; a philosopher among philosophers, and I shall not fear to stand unrebuked and unashamed before my brothers of the Bench and Bar.

Now, what is this faculty ? What are its springs, what its uses ? Many men have spoken of it most beautifully. Some call it “ intuition ” — some, “ imagination ”, this sensitiveness to new ideas, this power to range when the track is cold, this power to cast in ever widening circles to find a fresh scent, instead of standing baying where the track was lost.

“ Imagination, that wondrous faculty, which properly controlled by experience and reflection, becomes the noblest attribute of man, the source of poetic genius, the instrument of discovery in science. ”

“ Scientific men fight shy of the word because of its ultra-scientific connotations, but the fact is that without the exercise of this power our knowledge of nature would be a mere tabulation of co-existences and sequences. ”

Again — “ There is in the human intellect a power of expansion, I might almost call it a power of creation, which is brought into

« Car les faits sont stériles jusqu'au moment où il y a des esprits capables de faire un choix parmi eux, de discerner ceux qui cachent quelque chose et de reconnaître ce qui est caché ; des esprits qui sous le fait tout nu voient l'âme du fait. »

Je dois de plus affirmer et je pense maintenir, que le juge est dans l'exercice de cette faculté, communément considérée comme un attribut du joueur ou du détective de roman, dans la plus galante des galantes compagnies ; un philosophe parmi les philosophes et je suis assuré de demeurer sans honte et sans reproche devant mes collègues du siège et de la barre.

Maintenant quelle est cette faculté ? quelles sont ses sources, quels sont ses usages ? Bien des gens ont parlé d'elle de très belle façon. Certains l'appellent « intuition », certains « imagination », cette sensibilité aux idées nouvelles, cette aptitude à suivre la piste chaude, à se lancer dans des cercles toujours plus larges pour y trouver une nouvelle trace, au lieu de rester à aboyer là où la piste s'est perdue.

« L'imagination, cette merveilleuse faculté qui dûment contrôlée par l'expérience et la réflexion, devient le plus noble attribut de l'homme la source du génie poétique, l'instrument de la découverte en science. »

« Les hommes de science se défient de ce mot à cause de ses relations extra-scientifiques, mais le fait est que, sans l'exercice de ce pouvoir, notre connaissance de la nature, serait un simple tableau de ces existences et successions. »

Où encore : « Il y a dans la pensée humaine, un pouvoir d'expansion, je pourrais presque dire un pouvoir de création, qui est mis en

play by the simple brooding upon facts. The legend of the spirit brooding over chaos may have originated in experience of this power. ”

It is imagination which from assembled facts strikes out conclusions and establishes philosophies. “ For a fact is nothing except in relation to desire ; it is not complete except in relation to a purpose and a whole. ”

Cardozo, in his *Paradoxes of Legal Science*, expresses it most beautifully.

“ Repeatedly, when one is hard beset, there are principles and precedents and analogies which may be pressed into the service of justice, if one has the perceiving eye to use them. It is not unlike the divinations of the scientist. His experiments must be made significant by the flash of a luminous hypothesis. For the creative process in law, and indeed in science generally, has a kinship to the creative process in art. Imagination, whether you call it scientific or artistic, is for each the faculty that creates. ”

“ Learning is indeed necessary, but learning is the springboard by which imagination leaps to truth. The law has its piercing intuitions, its tense, apocalyptic moments. We gather together our principles and precedents and analogies, even at times our fictions, and summon them to yield the energy that will best attain the jural end. If our wand has the divining touch, it will seldom knock in vain. So it is that the conclusion, however deliberate and labored, has often the aspect of a lucky find. ”

mouvement par la simple réflexion sur les faits. La légende de l'esprit méditant sur le chaos a peut être son origine dans la constatation de ce pouvoir. »

C'est l'imagination qui des faits assemblés fait jaillir des conclusions, et établit des philosophies. « Car un fait n'est rien que par rapport au désir ; il n'est complet qu'en relation avec une fin et un tout. »

Cardozo, dans ses « Paradoxes de la science juridique » exprime cela de très belle façon : « Souvent, quand on est fortement embarrassé, il y a des principes, des précédents, des analogies qui peuvent être enrôlés au service de la justice, si l'on a le coup d'œil pour s'en servir. Cela ressemble assez à la divination du savant. Ses expériences prendront un sens par l'éclair d'une lumineuse hypothèse. Car les procédés de la création en droit, et d'ailleurs d'une façon générale en science, ont une parenté avec ceux de la création artistique. L'imagination qu'on la nomme scientifique ou artistique, est dans chaque domaine la faculté créatrice. »

« Certes le savoir est nécessaire, mais le savoir est le tremplin par lequel l'imagination s'élance jusqu'à la vérité. Le droit a ses intuitions aiguës, ses moments tendus et apocalyptiques. Nous rassemblons nos principes, précédents, analogies, et aussi quelquefois nos fictions, et nous les appelons pour produire l'énergie qui permettra d'atteindre au mieux le résultat juridique. Si notre baguette a le tact divinateur, elle frappera rarement en vain. C'est un fait que la conclusion, quoique délibérée et travaillée, a souvent l'apparence d'une découverte heureuse. »

If in other causes this faculty of "feeling" the correct decision is important to the successful trier of facts, it is doubly so in patent cases for "it is not easy to draw the line which separates the ordinary skill of a mechanic versed in his art, from the exercise of patentable invention, and the difficulty is especially great in the mechanic arts, where the successive steps in improvements are numerous, and where the changes and modifications are introduced by practical mechanics".

Mr. Roberts in his scholarly and exhaustive treatise on Patentability and Patent Interpretation, has this to say of the *Krementz* case :

"How the court could have arrived at the conclusion that this case furnished an instance of patentable invention is very difficult to understand in view of its attitude toward many other cases... The explanation must be sought in the fact that no objective criteria has ever been recognized as decisive of the question of patentability, and that accordingly each case has had to be decided upon consideration of what the judicial mind could determine to be, on the whole, just and fair under the particular circumstances which happened to be present."

Judges who have tried many patent cases, who have heard the testimony of experts, the one affirming the matter to be merely an advance in mechanical steps, the other to be invention of the highest order ; the one affirming prior use, the other denying it ; the one

Si dans d'autres procès, cette faculté de « sentir » la décision correcte est importante pour apprécier les faits avec succès, il en est doublement ainsi dans les procès relatifs aux brevets d'invention, « car il n'est pas facile de tracer la ligne qui sépare le savoir faire ordinaire d'un ouvrier versé en son art, de l'utilisation d'une invention brevetable, et la difficulté est spécialement grande dans les arts mécaniques où les étapes successives des perfectionnements sont nombreuses et où les changements et modifications sont introduits par des praticiens

M. Roberts, dans son traité classique et exhaustif, *Patentability and Patent interpretation*, déclare ce qui suit à propos du *Kremetz case*.

« Comment la cour est arrivée à la conclusion que cette affaire fournissait un exemple d'invention brevetable, il est très difficile de le comprendre si l'on se réfère à son attitude à l'égard d'autres cas... L'explication peut être recherchée dans le fait qu'aucun critérium objectif n'a jamais été reconnu comme susceptible de trancher la question de brevetabilité et que, par suite, il a fallu donner à chaque affaire une solution d'après ce que l'esprit des juges pouvait dans l'ensemble considérer comme juste et équitable étant données les circonstances particulières de la cause. »

Les juges qui ont examiné beaucoup d'affaires de Brevets, qui ont entendu les déclarations des experts, l'un affirmant qu'il s'agit simplement d'un perfectionnement mécanique accessoire, l'autre qu'il s'agit d'une invention de première ordre ; l'un affirmant l'usage antérieur,

affirming it to be the flight of genius into new fields, the other, the mere dull trudging of an artisan, know that for a just decision of such causes no objective criteria can be relied on. They well know that there must be in the trier something of the same imaginative response to an idea, something of that same flash of genius that there is in the inventor, which all great judges have had, that intuitive brilliance of the imagination, that luminous quality of the mind, that can give back, where there is invention, an answering flash for flash.

I remember once, in the trial of a patent case, where it was contended with great vigor on the one side that the patent evidenced invention of the highest order, and with equal vigor on the other that the device in question was merely a mechanical advance, I announced, almost without any sense of incongruity, that I would take the case under advisement, and after "having well and exactly seen and surveyed, overlooked, reviewed, read and read over again etc. all of the briefs, authorities and the record, would wait a while before deciding to give my mind a chance to hunch it out, for if there was a flash of invention in the device my mind would give back an answering flash ; while if there were none, my mind would, in a dully cogitative way, find only mechanical advance".

One of the lawyers, himself a "huncher" smiled and said — "Well, Your Honor, I am very grateful to you for having stated from the Bench what I have long believed, but have hesitated to

l'autre le déniait ; l'un affirmant qu'il s'agit d'un coup d'aile du génie dans des espaces nouveaux, l'autre qu'il s'agit simplement du terne cheminement d'un artisan, ceux-là savent que pour décider avec justice d'affaires semblables on ne peut se reposer sur aucun critère objectif. Ils savent bien qu'il doit y avoir chez le juge quelque chose de cette même réponse de l'imagination à une idée, de ce même éclair de génie qui se trouve chez l'inventeur ; que tous les grands juges ont eu cet éclat intuitif de l'imagination, cette lumineuse qualité de l'esprit qui peut rendre à l'invention, si elle existe, étincelle pour étincelle.

Je me souviens qu'une fois, au cours de l'examen d'une affaire de Brevets, dans laquelle il était soutenu avec grande vigueur d'un côté que le brevet révélait une invention de tout premier ordre, et avec une égale vigueur de l'autre côté que l'invention en question était un simple progrès mécanique, j'annonçai, sans éprouver aucun sentiment d'inconvenance, que je mettrais l'affaire en délibéré et que après avoir bien et exactement vu, considéré, parcouru, revu, lu et relu tous les mémoires, autorités et minutes, j'attendrais quelque peu avant de décider, pour donner à mon esprit la possibilité de trouver l'intuition nécessaire ; car s'il y avait un éclair d'invention dans la découverte litigieuse, mon esprit ne pourrait manquer de donner en réponse un éclair aussi ; et que s'il n'y en avait pas mon esprit, de façon platement cogitative, découvrirait seulement un progrès mécanique ».

L'un des hommes de loi, lui-même un « huncheur », sourit et dit : « je vous suis très reconnaissant, votre honneur, d'avoir constaté du haut du siège ce que je crois depuis longtemps mais que j'hésitais à

avow, that next to the pure arbitrament of the dice in judicial decisions, the best chance for justice comes through the hunch. " The other lawyer, with a different type of mind, only looked on as though impatient of such foolery.

But I, proceeding according to custom, got my hunch, found invention and infringement, and by the practice of logomancy so bewordled my opinion in support of my hunch that I found myself in the happy situation of having so satisfied the intuitive lawyer by the correctness of the hunch, and the logomachic lawyer by the spell of my logomancy, that both sides accepted the result, and the cause was ended.

Time was when judges, lawyers, law writers and teachers of the law refused to recognize in the judge this right and power of intuitive decision. It is true that the trial judge was always supposed to have superior facilities for decision, but these were objectivized in formulas, such as — the trial judge has the best opportunity of observing the witnesses, their demeanor — the trial judge can see the play and interplay of forces as they operate in the actual clash of the trial.

Under the influence of this kind of logomachy, this sticking in the " skin " of thought, the trial judge's superior opportunity was granted, but the real reason for that superior position, that the trial creates an atmosphere springing from but more than the facts themselves, in which and out of which the judge may get the feeling which takes him to the desired end, was deliberately suppressed.

avouer, c'est-à-dire qu'après le simple jugement des dés, la meilleur chance de justice vient de l'intuition ».

L'autre avocat, d'un type d'esprit différent, paraissait contenir son impatience d'entendre de telles folies.

Mais moi, procédant comme à l'accoutumée, j'eus mon intuition, je trouvai et l'invention et la contrefaçon, et par la pratique du raisonnement je justifiai mon opinion dans le sens de mon intuition, de telle façon que je me trouvai dans l'heureuse situation d'avoir ainsi satisfait le juriste intuitif par la justesse de l'intuition, et le juriste raisonneur, par le charme du raisonnement, de telle façon que les deux parties acceptèrent la conclusion et que l'affaire fut terminée.

Il fut un temps où les juges, les praticiens, les auteurs et les professeurs de droit, refusaient de reconnaître au juge ce droit et pouvoir de décider par intuition. Il est vrai que le juge était toujours supposé avoir des facilités particulières pour décider, mais celles-ci étaient objectivées en formules telles que : le juge est le mieux à même d'observer les témoins, leur comportement ; le juge a la possibilité de voir les actions et réactions des forces telles qu'elles se produisent dans le choc actuel des débats.

Sous l'influence de cette sorte de ratiocination, cette piqure « épidermique » de la pensée, l'on reconnaissait que le juge de la cause était plus particulièrement bien placé, mais l'on cachait la vraie raison de cette position meilleure, le fait que les débats créent une atmosphère qui sort des faits mais la dépasse, et d'où le juge peut tirer le sentiment qui le mène au but désiré.

Later writers, however, not only recognize but emphasize this faculty, nowhere more attractively than in Judge Cardozo's lectures before the law schools of Yale University in 1921, and Columbia University in 1927, while Max Radin in 1925, in a most sympathetic and charming way, takes the judge's works apart, and shows us how his wheels go round.

He tells us first, that the judge is a human being ; that therefore he does not decide causes by the abstract application of rules of justice or of right, but having heard the cause and determined that the decision ought to go this way or that way, he then takes up his search for some category of the law into which the case will fit.

He tells us that the judge really feels, or thinks that a certain result seems desirable, and he then tries to make his decision accomplish that result. " What makes certain results seem desirable to a judge ? " he asks, and answers his question that that seems desirable to the judge which, according to his training, his experience, and his general point of view, strikes him as the jural consequence that ought to flow from the facts, and he advises us that what gives the judge the struggle in the case is the effort to so state the reasons for his judgment that they will pass muster.

Now what is he saying except that the Judge really decides by feeling, and not by judgment ; by " hunching " and not by ratiocination, and that the ratiocination appears only in the opinion ?

Now what is he saying but that the vital, the moving impulse for the decision is an intuitive sense of what is right or wrong for

Certains auteurs plus récents, cependant, non seulement reconnaissent cette faculté, mais insistent sur son rôle, nulle part avec autant d'attrait que dans les conférences du Juge Cardozo faites dans les écoles de droit de l'université de Yale en 1921 et de l'université de Colombie en 1927, cependant que Max Radin en 1925, de façon fort sympathique et charmante, démonte le travail du juge et nous montre comment les rouages tournent.

Il nous dit que le juge est un être humain ; que par suite il ne tranche pas les procès par l'application abstraite de règles de justice ou de droit, mais ayant entendu la cause et ayant conclu que la décision devrait suivre telle ou telle direction, il se met alors à la recherche de quelque catégorie juridique dans laquelle le cas entrera.

Il nous dit que le juge en réalité sent ou pense qu'un certain résultat paraît désirable et il s'efforce ensuite d'obtenir que sa décision atteigne ce résultat. « Qu'est-ce qui fait qu'un certain résultat paraît désirable à un juge ? se demande-t-il ; il répond que paraît désirable au juge, ce qui, conformément à sa formation, son expérience, et ses conceptions générales, le frappe comme la conséquence de droit qui doit jaillir des faits et il nous avertit que ce qui donne de la peine au juge c'est d'énoncer les raisons de son jugement de telle façon qu'elles soutiennent l'épreuve de la critique.

Que dit-il donc, si ce n'est que le juge décide en réalité par sentiment et non par jugement, par intuition et non par raisonnement, et que le raisonnement apparaît seulement dans l'énoncé de son opinion ?

Que dit-il donc, si ce n'est que l'impulsion vitale, motrice pour la décision, c'est un sens intuitif de ce qui est juste ou injuste pour telle

that cause, and that the astute judge, having so decided, enlists his every faculty and belabors his laggard mind, not only to justify that intuition to himself, but to make it pass muster with his critics ?

There is nothing unreal or untrue about this picture of the judge, nor is there anything in it from which a just judge would turn away. It is true, and right that it is true, that judges really do try to select categories or concepts into which to place a particular case so as to produce what the judge regards as a righteous result, or so as to avoid any confusion in the matter of morals, I will say a "proper result".

This is true. I think we should go further, and say it ought to be true. No reasoning applied to practical matters is ever really effective unless motivated by some impulse.

"Occasionally and frequently, the exercise of the judgment ought to end in absolute reservation. We are not infallible, so we ought to be cautious." "Sometimes", however, "if we would guide by the light of reason, we must let our minds be bold".

The purely contemplative philosopher may project himself into an abstract field of contemplation where he reasons, but practical men, and in that judges must be included must have impulses. The lawyer has them, and because he has them his work is tremendously important. If a lawyer merely reasoned abstractly and without motive he would do the judge no good. But the driving impulse to bring about his client's success not only makes him burrow indus-

affaire, et que le juge astucieux, ayant ainsi décidé, engage toutes ses facultés et stimule son esprit indolent non seulement pour justifier cette intuition à ses propres yeux, mais encore pour qu'elle résiste aux critiques ?

Il n'y a rien d'irréel ni d'inexact dans cette peinture du juge et il n'y a rien non plus dont un juge juste voudrait s'écarter. Il est vrai — et à bon droit il en est ainsi — que le juge fait tous ses efforts pour choisir des catégories ou concepts dans lesquels il puisse placer le cas particulier pour produire ce que le juge estime un résultat juste, ou, plutôt pour écarter tout désordre en matière de moralité, un «résultat approprié».

Cela est vrai. Je pense même que nous devrions aller plus loin et dire qu'il est nécessaire que cela soit vrai. Aucun raisonnement appliqué à des matières pratiques n'est réellement effectif que s'il est motivé par quelque impulsion.

« Parfois et même fréquemment l'exercice du jugement doit aboutir à une absolue réserve. Nous ne sommes pas infallibles, aussi avons nous le devoir d'être prudents ». « Quelquefois, cependant, si nous voulons nous conduire à la lumière de la raison, nous devons laisser nos esprits être hardis. »

Le philosophe purement contemplatif peut se projeter dans un champ abstrait de contemplation, où il raisonne, mais les praticiens parmi lesquels le juge doit être compté, doivent avoir des impulsions. Le juriste en a, et parce qu'il les a, son travail est terriblement important. Si un homme de loi se contente de raisonner abstraitement et sans motif, il ne sera d'aucune utilité pour le juge. Mais l'impulsion directrice en vue du succès de son client non seulement le fait fouiller labo-

triously for precedents, and as industriously bring them forth, but also makes him belabor and cudgel the brains of the listening judge to bring him into agreement.

It is this factor in our jurisprudence, and only this, that clients have lawyers and that lawyers are advocates, which has made and will continue to make it safe for judges not only to state, but sometimes to make the law. "A thorough advocate in a just cause, — a penetrating mathematician facing the starry heavens, alike bear the semblance of divinity."

If the judge sat upon the Bench in a purely abstract relation to the cause, his opinion in difficult cases would be worth nothing. He must have some motive to fire his brains, to "let his mind be bold".

By the nature of his occupation he cannot have advocacy for either side of the case as such, so he becomes an advocate, an earnest one, for the — in a way — abstract solution. Having become such advocate his mind reaches and strains and feels for that result. He says with Elihu, the son of Barachel, the Buzite, of the family of Ram — "There is a spirit in man and the breath of the Almighty giveth him understanding. It is not the great that are wise, not the aged that understand justice. — Hearken to me : I also will show mine opinion. For I am full of matter ; the spirit within me constraineth me. Behold my belly is as wine which hath no vent. Like new wineskins it is ready to burst."

And having travailed and reached his judgment, he struggles

rieusement pour trouver des précédents et, aussi industrieusement, les produire, mais encore le fait travailler et tourmenter le juge qui écoute pour l'amener à être d'accord avec lui.

Dans notre système juridique, c'est le fait, et le fait seul, que les clients ont des hommes de loi et que ces hommes de loi sont avocats, qui a permis aux juges non seulement de constater mais quelquefois de faire le droit. « Un avocat consommé dans une juste cause — un mathématicien pénétrant face aux cieux étoilés portent pareillement en eux la ressemblance avec la divinité. »

Si le juge siégeait en se tenant en rapport purement abstrait avec la cause, son opinion dans les cas difficiles ne vaudrait rien. Il faut qu'il ait quelque motif pour enflammer son cerveau, pour « laisser son esprit être audacieux ».

Par la nature même de sa profession, il ne peut être le défenseur d'aucune cause dans le procès en tant que tel, mais il devient avocat et un avocat ardent, pour la solution — en une certaine façon — abstraite. Lorsque il est ainsi devenu avocat, son esprit tend, s'efforce et suit en vue de ce résultat. Il peut dire avec Elihu, fils de Barachel, le Buzite, de la famille de Ram : « il y a un esprit dans l'homme et le souffle du tout puissant lui a donné l'entendement. Ce ne sont pas les grands qui sont sages, ce ne sont pas les gens d'âge qui comprennent la justice... Ecoutez moi : moi aussi je vais vous dire ce que je pense. Car je suis gros de discours, l'esprit qui est en moi me presse. Dans mon ventre il y a comme du vin sans ouverture. Comme une outre neuve il est prêt à éclater. »

Et ayant enfanté et atteint son jugement, il lutte pour amener et

to bring up and pass in review before his eager mind all of the categories and concepts which he may find useful directly or by analogy, so as to select from them that which in his opinion will support his desired result.

For while the judge may be, he cannot appear to be, arbitrary. He must at least appear reasonable, and unless he can find a category which will at least "seemingly" support his view, he will feel uncomfortable.

Sometimes he must almost invent a category, but he can never do quite that thing, for as we have seen, the growth of the law is interstitial, and the new category cannot be new enough wholly to avoid contact and placement in the midst of prior related categories.

But whether or not the judge is able in his opinion to present reasons for his hunch which will pass jural muster, he does and should decide difficult and complicated cases, only when he has the feeling of the decision, which accounts for the beauty and the fire of some, and the labored dullness of many dissenting opinions.

All of us have known judges who can make the soundest judgments and write the dullest opinions on them ; whose decisions were hardly ever affirmed for the reasons which they gave. Their difficulty was that while they had the flash, the intuitive power of judgment, they could not show it forth. While they could by an intuitive flash leap to a conclusion, just as an inventor can leap to

passer en revue dans son esprit ardent toutes les catégories et tous les concepts qu'il peut trouver utiles directement ou par analogie, pour choisir parmi eux celui qui à son avis appuiera le résultat désiré par lui.

Car, si le juge peut être arbitraire, il ne peut pas laisser apparaître qu'il l'est. Il doit au moins paraître raisonnable et tant qu'il n'aura pas trouvé une catégorie qui « semble » au moins fournir appui à sa conception, il se sentira mal à l'aise.

Souvent il devra presque inventer une catégorie, mais il ne peut jamais le faire entièrement car, ainsi que nous l'avons vu, la croissance du droit est interstitielle et la nouvelle catégorie ne peut être neuve au point d'éviter le contact avec les catégories préétablies, et la mise en place parmi elles.

Mais que le juge se sente ou non en mesure de présenter en faveur de son intuition des raisons capables de résister à la critique juridique, il décide et doit décider les cas difficiles et compliqués, seulement quand il a le sentiment de la décision à prendre, ce qui explique la beauté, le feu de certaines opinions dissidentes et la laborieuse obscurité de beaucoup d'autres.

Nous avons tous connu des juges qui pouvaient rendre les jugements les plus sains et qui rédigeaient à leur propos des opinions les plus obscures ; leurs décisions n'ont presque jamais été rendues pour les raisons qu'ils donnent. La difficulté pour eux était qu'ayant l'éclair, le pouvoir intuitif de jugement, ils ne pouvaient l'expliquer. Alors qu'ils étaient capables par un éclair intuitif de sauter jusqu'à une conclusion, tout comme un inventeur peut sauter jusqu'à son invention, de même

his invention, just as often as an inventor cannot explain the result or fully understand it, so cannot and do not they.

There is not one among us but knows that while too often cases must be decided without that "feeling" which is the triumphant precursor of the just judgment, that just as "sometimes a light surprises the Christian while he sings", so sometimes, after long travail and struggle of the mind, there does come to the dullest of us, flooding the brain with the vigorous blood of decision, the hunch that there is, or is not invention; that there is or is not, anticipation; that the plaintiff should be protected by a decree, or should be denied protection. This hunch, sweeping aside hesitancy and doubt, takes the judge vigorously on to his decision; and yet, the cause, decided, the way thither, which was for the blinding moment a blazing trail, becomes wholly lost to view.

Sometimes again that same intuition or hunch, which warming his brain and lighting his feet produced the decision, abides with the decider "while working his judgment backward" as he blazes his trail "from a desirable conclusion back to one or another of a stock of logical premises".

It is such judicial intuitions, and the opinions lighted and warmed by the feeling which produced them, that not only give justice in the cause, but like a great white way, make plain in the wilderness the way of the Lord for judicial feet to follow.

If these views are even partly sound, and if to great advocacy and great judging the imaginative, the intuitional faculty is essen-

que souvent un inventeur ne peut expliquer le résultat ou le comprendre pleinement, ils ne pouvaient eux aussi le faire.

Il n'est pas un parmi nous qui ne sache que si trop souvent des litiges doivent être tranchés sans ce « sentiment » qui est le précurseur triomphant de la décision juste, quelquefois aussi de même que « parfois une lumière vient surprendre le chrétien pendant qu'il chante », ainsi après un long travail et un long effort de l'esprit, vient au plus obscur de nous-même inondant le cerveau avec le sang vigoureux de la décision, l'intuition qu'il y a ou qu'il n'y a pas invention; qu'il y a ou qu'il n'y a pas antériorité; que le plaignant doit non être protégé par un arrêt. Cette intuition balayant l'hésitation et le doute, conduit vigoureusement le juge à sa décision, et cependant la décision prise, la voie qui y mène, et qui, pendant le moment éblouissant, apparaît éclatante, disparaît entièrement à la vue.

Quelquefois encore, cette même intuition qui, échauffant le cerveau du juge et éclairant ses pas, a produit la décision, demeure avec son auteur « pendant qu'il cherche à fonder son jugement », en mettant en lumière la route par laquelle il remontera d'une conclusion désirable à l'un ou l'autre des éléments de son stock de prémisses légales.

Ce sont des intuitions judiciaires de cette sorte et les opinions, éclairées et réchauffées par le sentiment qui les a produites, qui non seulement procurent la justice dans l'affaire en cause, mais applanissent comme une grande route blanche dans le désert la voie du Seigneur que le pied de la justice suivra.

Si ces vues sont saines, même de façon partielle, si pour de grands avocats et de grands juges, la faculté d'imagination, d'intuition est

tial, should there not be some change in the methods of the study and of the teaching of the law in our great law schools ? Should there not go along with the plain and severely logical study of jural relations study and reflection upon, and an endeavor to discover and develop those processes of the mind by which such decisions are reached, those processes and faculties which, lifting the mind above the mass of constricting matter whether of confused fact or precedent that stands in the way of just decision, enable it by a kind of apocalyptic vision to " trace the hidden equities of divine reward, and to catch sight through the darkness, of the fateful threads of woven fire which connect error with its retribution ? "

essentielle, ne faudrait-il pas apporter quelque changement aux méthodes d'étude et d'enseignement dans nos grandes écoles de droit ? L'étude purement et sévèrement logique des relations juridiques ne devrait-elle pas être accompagnée d'une étude réfléchie des décisions et d'un effort pour découvrir et développer les procédés intellectuels par lesquels on y parvient, procédés et facultés qui, élevant l'esprit au-dessus de la masse de matériaux opprimante, soit faits confus, soit précédents, qui se trouve sur la route de la décision juste, le met à même, par une sorte de vision apocalyptique, de « découvrir les secrètes équités de la rémunération divine et de saisir dans les ténèbres un aperçu du fil fatal de feu tressé qui joint l'erreur et sa rétribution ».

CHAPITRE VII

A Scientific Approach to Free Judicial Decision

by James Grafton ROGERS,
University of Colorado Law School

There is an unlighted room in the premises of the law in which much of the most difficult and important work of the legal household is carried on. In it useful and important articles are fashioned, tooled and brought out to the light. Through its shadows every lawyer and judge learns to grope his way. It is the room in which new law is made in which the courts develop and manufacture or at least mature the standards of legal conduct when they find no patterns and molds already on the lighted shelves of legislation and authority in the better illuminated apartments. The wonder is to find the workmanship done in that dark room so good and useful when we are able to describe so little of the furniture and tools behind the door.

In this room Professor François GénY, like a very few other men

Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire

par James Grafton ROGERS,
de la Faculté de Droit de l'Université du Colorado

Traduit par Jules HELLA,
Docteur en Philosophie et Lettres

Dans les bâtiments du droit, il y a une chambre noire dans laquelle s'accomplit un des travaux les plus importants, les plus difficiles du ménage légal. C'est là que des articles utiles et importants sont fabriqués et façonnés. C'est de là qu'ils sortent pour voir le jour. Dans cette obscurité, les juges et les juristes cherchent leur voie à tâtons. C'est la chambre dans laquelle se fait le droit nouveau, dans laquelle les tribunaux découvrent et fabriquent ou tout au moins mûrissent les modèles de conduite légale quand ils ne trouvent pas de modèles ou de moules tout faits dans les rayons bien éclairés de la législation ou quand les appartements mieux illuminés ne leur fournissent pas de source d'autorité. Ce qui est merveilleux, c'est de devoir constater que l'ouvrage fait dans cette chambre noire soit si bon et si utile alors que nous connaissons si peu de chose des meubles et des outils cachés derrière la porte.

Dans cette chambre, le Professeur GénY, à l'instar d'un très petit

of enquiring and constructive mind, has done much exploring. He has struggled to describe the place and its equipment ; he has announced important views as to how its tools are and should be used ; he has, even more significantly in the writer's judgment, made progress in isolating its problems from the general dimness that seems common to this and other parts of our social household. This paper attempts to describe the problem that has enticed Professor Gény. The immediate purpose is not to pretend any solution of the mystery. That has provoked the application with little success of many minds. We shall try only to suggest some possible methods of approach. The paper constitutes a frank attempt to adapt the methods of other sciences to the domain of law, and to get rid of some of our own. The means of expression used will appear highly unconventional in the jurisprudential household, but the very novelty of expression is aimed at suggesting new possibilities of lighting and understanding the dark room of legal process.

The method of all modern science is essentially that of acquiring information by the process of segregating a particular inquiry or field of observation. The biologist who wants to understand a gland and become able to control it, like the astronomer who seeks to define the sun's effect upon the weather, or the chemist who proposes to improve the manufacture of cement, makes progress almost wholly by isolating his sector of inquiry. He gradually eliminates the phenomena that seem immaterial or foreign. At first glance, to make the simile more apparent, the physiologist finds in

nombre d'hommes à l'esprit actif et curieux, a fait beaucoup d'explorations. Il s'est efforcé de décrire la pièce et les meubles qu'on y rencontre. Il a émis des idées importantes sur la manière dont les outils qui s'y trouvent sont et devraient être employés. Chose plus remarquable encore, à notre avis, il a contribué à sortir ses problèmes de l'obscurité qui semble commune à cette partie et à d'autres encore de notre habitation sociale. Cet article se propose de décrire le problème qui a tenté le Professeur Gény. Notre but immédiat n'est pas de soutenir que nous ayons trouvé une solution quelconque au mystère. Beaucoup d'esprits s'y sont essayés sans succès. Nous nous efforcerons seulement de suggérer quelques méthodes possibles qui permettent de s'en approcher. Cet article constitue une franche tentative d'adapter les méthodes des autres sciences au domaine du droit et de nous débarrasser des nôtres. Les termes dont nous nous servirons ne respecteront guère les conventions en usage dans le monde de la jurisprudence, mais c'est à dessein que nous rechercherons la nouveauté d'expression afin de mieux suggérer de nouveaux moyens possibles d'éclairer la chambre noire du processus légal et de comprendre ce qui s'y passe.

La méthode de toute science moderne consiste essentiellement à acquérir des connaissances en délimitant la matière de ses recherches ou le champ de ses observations. Le biologiste qui veut comprendre une glande et être à même d'en contrôler l'activité, comme l'astronome qui cherche à définir l'effet du soleil sur le temps qu'il fait ou le chimiste qui veut perfectionner la fabrication du ciment n'arrive à faire des progrès qu'en isolant le secteur de ses recherches. Il élimine progressivement les phénomènes qui lui paraissent accessoires ou étrangers. A première vue — pour rendre notre comparaison plus claire — le physiologiste

the body half a dozen glands whose impairment or removal seems in each case to influence growth, let us say. He settles upon one gland which acts more promptly, or on some particular part of the organism. He finds this secretes a complex substance into the blood. He removes from this substance one thing after another without apparently affecting the influence of the remainder on the organism. He divides and subdivides, isolates and detaches until he produces as simple a result with as simple a substance as possible. He then can often control growth, cure disease, and direct a course in nature. He does no more general speculating than is necessary to plan a course of observations. He distrusts everything, including his own judgment. He shuns the tendency to generalize about anything. He is not concerned with what seems good or bad, wise or foolish. This is the essence of the scientific method which dominates our world.

We find in the organism of society — for such it can be usefully called for some purposes in spite of the fashionable repudiation of Herbert Spencer and his school — several glands or collections of men which make rules for the civil conduct of people in general. These rules or standards win enough observance to be important and we call them law. This law seems to be secreted in various places. Sometimes monarchs, dictators or priests have succeeded in announcing legal rules. The dictators of Russia and Italy today, to some extent, are ordering about their fellow man by such compulsive rules of civil conduct. Sometimes, particularly in recent European

trouve dans le corps une demi-douzaine de glandes dont l'atrophie ou l'ablation semble dans chaque cas influencer, disons la croissance. Il arrête son attention sur une glande qui agit plus promptement que les autres ou qui affecte, en particulier, une partie quelconque de l'organisme. Il découvre que cette glande sécrète une substance complexe qu'elle déverse dans le sang. Il enlève de cette substance un élément après l'autre sans affecter de manière apparente l'influence du reste sur l'organisme. Il divise et subdivise, isole et détache jusqu'à ce qu'il arrive à une substance aussi simple que possible. Il peut alors souvent régler l'allure de la croissance, guérir la maladie et diriger le cours de la nature dans un sens déterminé. Il ne se livre à d'autres spéculations générales que celles qui sont nécessaires pour fixer le plan de ses observations. Il se méfie de tout, même de son propre jugement. Il évite la tendance à généraliser en quoi que ce soit. Peu lui importe ce qui paraît bon ou mauvais, sage ou insensé. Voilà l'essence de la méthode scientifique qui domine notre monde.

Nous trouvons dans l'organisme de notre société — car nous pouvons utilement l'appeler ainsi dans certains cas, malgré la réfutation à la mode de Herbert Spencer et de son école — plusieurs glandes ou groupements d'hommes qui fabriquent des règles déterminant la conduite légale des gens en général. Ces règles ou modèles finissent par être suffisamment suivies pour devenir importantes et nous les appelons le droit. Ce droit semble être sécrété à des sources différentes. Parfois, des monarques, des dictateurs ou des prêtres ont réussi à proclamer des règles légales. C'est ainsi que les dictateurs de la Russie et de l'Italie d'aujourd'hui imposent leurs volontés à leurs concitoyens, dans une certaine mesure, par des règles coercitives de conduite légale. Parfois, surtout dans la récente

civilization, groups we call legislative bodies originate rules that produce some effect upon the way people conduct their daily lives. We find also another mass of scattered social cells, called lawyers and jurists, who seem to be formulating and crystallizing rules of conduct or at least talking with some success about these standards of civil deportment and what they ought or ought not to contain. The results of the lawyers' thinking and talking take effect principally through other agencies, such as legislatures and courts, but the lawyers to some extent by their own advice, threats and pleas modify human conduct. Finally (at least finally for present purposes), we see courts in operation. The judges are constantly and rather effectively announcing and enforcing principles of conduct. Most people go about their daily life without much contact or acute disturbance from these judges and their rules, but a few men, particularly classes like criminals, politicians and industrial leaders, have many collisions with the courts and, because of courts, behave and live as they would not otherwise have done. When we watch this making and enforcing of standards at some length we note significantly that the standards set up by the courts are strikingly similar to the course which most men follow anyway. These standards indeed, in spite of a peculiar detail and a specialized expression, seem so similar to the norms of conduct that are commonly accepted that some parallelism is evident. Therefore some

civilisation européenne, des groupes que nous appelons des corps législatifs sont à l'origine de règles qui produisent un certain effet sur la manière dont les gens conduisent leur vie quotidienne. Nous trouvons aussi une autre masse de cellules sociales éparpillées, appelées hommes de loi et juristes, qui semblent formuler et cristalliser des règles de conduite ou tout au moins parlent avec un certain succès de ces étalons de conduite civile et de ce qu'ils devraient ou ne devraient pas contenir. Le résultat des cogitations et des paroles des juristes produit ses effets principalement par l'intermédiaire d'autres agents tels que les assemblées législatives et les tribunaux, mais les juristes, dans une certaine mesure, par leurs propres conseils, menaces et prières, peuvent modifier la conduite humaine. Finalement (je dis finalement en ce qui nous concerne actuellement), nous voyons les tribunaux en action. A tout instant, les juges proclament et font appliquer assez efficacement des principes de conduite. La plupart des gens vont leur train quotidien sans avoir de contact avec ces juges et leurs règles ou, du moins, sans en être gravement importunés ; mais certains hommes, en particulier ceux appartenant à la classe des criminels, des politiciens et des capitaines d'industrie ont des collisions fréquentes avec les tribunaux et, à cause des tribunaux, se comportent et vivent comme ils ne l'auraient pas fait autrement. Lorsque nous observons avec un certain recul la composition et l'application des modèles de conduite, nous constatons cette chose significative que les « standards » établis par les tribunaux ressemblent de manière frappante à la conduite qu'adoptent de toute façon la plupart des gens. Ces modèles, en effet, malgré qu'ils soient décrits d'une manière particulière et au moyen d'expressions spéciales, paraissent si semblables aux normes de conduite communément acceptées, qu'il y a là une sorte de parallélisme évident. C'est pourquoi l'on reconnaît généralement une relation de cause à effet entre le droit et la manière de

connection in cause and effect between law and average behavior is generally recognized. The law is "common sense", we say.

The process of segregation can go further. On closer examination we find that those who write and generalize about the physiology of the courts, are pretty well agreed that the standards laid down by the courts can be divided modernly into several groups which differ in content and origin. Some of the standards are based upon legislative pronouncements or executive decrees. They refer to statutes or regulations, to Acts of Parliament, to the Code Napoleon, to the executive orders of a President or a Soviet council. They are thus governed or at least swayed by influences extraneous to the Courts. Other standards are derived from and based upon recorded acts or statements of previous judges or jurists. These opinions or statements are treated as precedents or authorities. The Anglo-American tradition gives much prestige to the earlier conclusions of judges and relatively little to the words of volunteer writers, scholars and compilers. The Continental tendency is still the reverse. Recently the two schools tend to converge a little. In the case of still another class of judicial utterances and orders we find the judges repudiating legislative or executive pronouncements and declaring these pronouncements to be futile. The judges summon and adopt instead broad philosophic principles about human rights or theories of inalienable equality or autonomy of will, or reasonable action or supremacy of law, or political principles or a written constitution. Here we meet *Marbury v. Madison* and

vivre adoptée par la généralité. Nous disons : le droit, c'est le « sens commun ».

Le procédé de ségrégation peut être poussé plus loin encore. A y regarder de plus près, nous trouvons que ceux qui traitent de la physiologie des tribunaux s'accordent généralement assez bien pour déclarer que les modèles établis par les tribunaux peuvent être divisés, dans les temps modernes, en plusieurs groupes qui diffèrent par leur contenu et leur origine. Certains de ces « standards » sont basés sur des décisions législatives ou des décrets du pouvoir exécutif. Ils dérivent des lois ou règlements, des actes du Parlement, du code Napoléon, des ordres exécutoires d'un Président ou d'un Conseil des Soviets. Ils sont donc régis ou du moins influencés par des facteurs extérieurs aux tribunaux. D'autres modèles de conduite sont tirés des jugements rendus par les juges précédents ou basés sur les opinions antérieures des juristes. Ces jugements et ces opinions sont traités comme des précédents ou considérés comme faisant autorité. La tradition anglo-américaine accorde beaucoup de prestige aux conclusions antérieures des juges et relativement peu aux paroles des auteurs, savants et compilateurs bénévoles. La tendance continentale demeure encore à l'opposé de celle-ci. Récemment, les deux écoles eurent une tendance à converger légèrement vers un même point de vue. Dans le cas d'une autre catégorie encore d'ordonnances et de décisions judiciaires, nous voyons les juges répudiant les arrêts du pouvoir législatif ou exécutif et les déclarant vains. Les juges invoquent et adoptent à leur place de larges principes philosophiques sur les droits de l'homme ou des théories sur l'égalité inaliénable, l'autonomie de la volonté ou l'action raisonnable, ou la suprématie du droit ou des principes politiques ou d'une constitution écrite. Nous pensons

Bonham's Case *. These cases are relatively rare. In still another series of incidents we can observe that the judge is formulating his standards of proper human conduct without the benefit of any of these various guides to decision and opinion. He seldom admits the fact that he is at sea, navigating without landfalls. The gospel of his guild, born of bitter human experience, tries to hush and exclude any suggestion that the judge ever navigates without official sailing orders. Yet every judge knows and today many commentators delight in exposing the fact, that sometimes, perhaps often, he must go to sea in his own wooden shoes. Indeed Professor Géný and some other voices on the Continent, facing as they do the modern rapid revolutions in social institutions and social structure set off against the rigid outlines of law reduced to a Romanesque code, boldly advocate what they describe as "free judicial decision". They expound its usefulness and even go about to suggest a technique.

To revert again to the biological simile (for all the end we now pursue is to get what suggestion we can from the analogy of the sciences) we find the judicial gland in the social organism is, in this last group of cases, producing a substance or result which is not

ici aux cas Marbury contre Madison et Bonham *. Ces cas sont relativement rares. Dans une autre série de cas encore, nous voyons que le juge formule lui-même le propre modèle de conduite humaine qu'il estime convenable sans tenir compte d'aucun de ces guides dans sa décision ou son opinion. Il admettra rarement qu'il soit en pleine mer, naviguant sans atterrages. L'évangile de sa corporation, né d'une amère expérience des hommes, s'emploie à étouffer et à rejeter toute insinuation selon laquelle le juge ne naviguerait jamais sans ordres de bord officiels. Pourtant, tout juge sait — et aujourd'hui, bien des commentateurs se font une joie de relever le fait — que parfois, souvent même, il doit partir en mer sur ses propres sabots de bois. En effet, le Professeur Géný et quelques autres voix du Continent, obligés qu'ils sont de faire face aux rapides révolutions modernes dans les institutions sociales et la structure de la société, s'élèvent contre les lignes rigides d'un droit réduit à un code plus ou moins romain et plaident hardiment en faveur de ce qu'ils appellent la « libre décision judiciaire ». Ils exposent son utilité et vont jusqu'à entreprendre d'en suggérer une technique.

Pour en revenir à notre comparaison biologique (car tout ce que nous cherchons maintenant, c'est de tirer toutes les suggestions possibles de l'analogie entre le droit et les sciences), nous découvrons que la glande judiciaire dans l'organisme social produit, dans le dernier groupe

* Les décisions judiciaires ici visées sont invoquées en relation avec l'institution du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, telle qu'elle fonctionne présentement aux Etats-Unis.

Le cas célèbre de *Madison v. Marbury* (1 *Crauch's Reports*, 137. — 2. *Lawyers' edition des Supreme Courts Reports*, 60) est celui à l'occasion duquel, en 1802, Marshall, s'exprimant en qualité de président de la Cour Suprême fédérale, glissa dans la jurisprudence constitutionnelle de cette cour les premières assises du contrôle du pouvoir judiciaire sur la constitutionnalité des lois.

Quant au *Bonham's case* (8 *Coke's English King's Bench Reports*, 115) c'est une très vieille décision anglaise : les *Reports* de Coke couvrent les années 1568-1611), qui a été souvent invoquée comme une autorité ou un précédent à l'appui de l'institution américaine, parce que Edward Coke y a tenté d'affirmer la supériorité du *common law* sur la législation parlementaire, quoique cette tentative ait été sans lendemain dans la jurisprudence-mère de l'Angleterre.

traceable to the nourishment it derives from the familiar outside sources. The courts are now producing something largely of their own. Something is coming out to influence men which was not supplied from the other law making organs of legislation and executive action. Nor was it congenitally present in the body of the gland itself in the form of old judicial material, nor borrowed from the tissue around in the shape of the writings of scholars. As might be expected it is seldom that the secretion so produced appears in a pure or solitary form. It is mingled usually with other secretions. Sometimes, however, it is pure or nearly so. Sometimes we can definitely observe the product in the process of manufacture in the judicial tissue. The word "free" in the phrase "free judicial decision" is simply a way of expressing the admitted observation of most modern observers that there is a class of instances in which a judge produces and applies legal norms of conduct which he does not assimilate from any of the recognized organs of government. If we isolate this phenomenon, study it alone in practice without any reference to the other law making processes, forget all about theories of government and other cloudy generalizations about human life, we may add an item to the understanding of how law is made. From Professor GénY's contribution in the efforts to delineate this single social phenomenon, this paper springs.

Let us picture the general type of cases in which a judge must arrive at a standard in the absence of statute, precedent or authority. Today someone produces an aeroplane which travels freely over the

de cas, une substance ou un résultat que l'on ne peut attribuer aux sources extérieures d'où elle tire ordinairement sa nourriture. Les tribunaux produisent maintenant quelque chose qui, pour une large part, leur appartient en propre. Quelque chose apparaît pour influencer la conduite des hommes, qui n'est pas fourni par les autres organes de législation ou de pouvoir exécutif. Cette chose n'est pas non plus congénitalement présente dans le corps de la glande elle-même sous forme d'anciens matériaux de justice, ni empruntée aux tissus environnants sous forme d'écrits de savants. Comme on peut s'y attendre, la sécrétion ainsi produite apparaît rarement sous une forme pure ou isolée. Elle est ordinairement mêlée à d'autres sécrétions. Quelquefois, pourtant, elle est pure, ou peu s'en faut. Parfois, nous pouvons observer d'une manière précise le produit en cours d'élaboration dans le tissu judiciaire. Le mot « libre » dans l'expression « libre décision judiciaire » est simplement une manière d'exprimer l'observation, admise par la plupart des observateurs modernes, qu'il y a une catégorie de cas dans laquelle le juge produit et applique des normes de conduite légale qu'il n'emprunte à aucun des organes reconnus de gouvernement. Si nous isolons ce phénomène, si nous l'étudions dans sa pratique, sans le rapporter aux autres procédés législatifs, si nous oublions tout des théories de gouvernement et autres généralisations nuageuses au sujet de la conduite humaine, nous pouvons ajouter un chapitre aux données qui nous aident à comprendre comment on fait le droit. Le présent article a été inspiré par la contribution apportée par le Professeur GénY aux efforts faits pour décrire ce phénomène social ainsi isolé.

Donnons une image-type des cas où un juge doit arriver à formuler un modèle de conduite en l'absence de statut, de précédent ou d'opi-

earth, transgressing every traditional conception of the exclusive possession of land in the shape of a wedge from the center of earth to the sky. The plane is wrecked by a storm and falling, demolishes a cottage. The cottager sues the pilot. A judicial problem arises. Who should bear the loss ? Tomorrow an anaesthetic gas comes into use which is incomparably superior to other substances used by surgeons but for some unfathomed reason kills an average of one person in ten thousand. A child bereaved of its only parent by the gas sues the hospital and physician who administered it. Must the child, the physician, the manufacturer, the hospital, the medical profession or the state or which or how many bear the loss incident to the operation of a beneficent agency ? Who must provide for the parentless child ? The next day a research laboratory produces electrical waves that paralyze every radio receiver and automobile in town not equipped with a certain cheap protective device. Must the laboratory cease its work, or provide a neutralizer for every household ? Where should the burden lie ? We have suggested problems of almost pure type. How does the judge go about solving them ?

We can in the first instance segregate this sort of situation from others which are often treated as similar. It is clear that such problems bear little relation to law questions which involve checks on administrative discretion or legislative power. They present no question of preserving the efficiency of government, nor any direct policy of public order. They involve neither public law nor

nion qui fasse autorité. Aujourd'hui, quelqu'un fabrique un aéroplane qui voyage librement au-dessus de la terre, violant ainsi toutes les règles traditionnelles qui veulent que tout propriétaire d'un terrain en ait la jouissance exclusive, ce terrain étant envisagé sous forme d'un coin partant du centre de la terre jusqu'au ciel. L'avion est assailli par une tempête et, en tombant, démolit un cottage. Le propriétaire poursuit le pilote en justice. Un problème judiciaire se pose. Qui doit supporter la perte ? Demain, on se servira d'un gaz anesthésique incomparablement supérieur aux autres substances employées par les chirurgiens, mais qui, pour une raison que l'on ne parvient pas à découvrir, tue, en moyenne, une personne sur dix mille. Un enfant, à qui ce gaz a ravi son unique parent, assigne l'hôpital et le docteur qui a administré le gaz. Faut-il que ce soit l'enfant, le corps médical ou l'Etat, ou lequel d'entre eux, ou pour combien chacun, qui supporte la perte inhérente aux effets d'une action bienfaisante ? Le jour suivant, c'est un laboratoire de recherches qui produit des ondes électriques, paralysant tous les récepteurs de T. S. F. et toutes les automobiles de la ville, non munis d'un certain dispositif protecteur à bon marché. Le laboratoire doit-il cesser ses recherches ou fournir un « neutraliseur » à toutes les maisons ? Sur qui doit peser la charge ? Nous avons suggéré des problèmes d'un type presque pur. Comment le juge va-t-il s'y prendre pour les résoudre ?

Nous pouvons, pour commencer, séparer cette sorte de situation d'autres qui sont souvent traitées comme similaires. Il est clair que de tels problèmes n'ont guère de rapport avec les questions de droit qui portent sur les limites de l'autorité administrative ou du pouvoir législatif. Il n'y est pas question de sauvegarder la liberté d'action du Gouvernement, ni d'assurer l'observation d'un règlement de police quel-

criminal law. They are essentially questions as to the mutual relations and obligations of members of society who are in the routine of life, neither in contact with government or disturbing community peace. We are not to decide whether a limited government agency has passed its boundaries of action as in the case of many American constitutional problems or a typical conflict in French administrative law, nor is there any impulse to check a legislature such as occurs under the "due process" clause in America. All such questions include governmental principles or convictions, theories of the state and sovereignty. Such factors are lacking in our postulated cases. We may set them apart. We are, moreover, not entangled in any policy involving the contact between the state and a citizen such as would be discussed in a question of taxes claimed to be due or of an electoral franchise denied a citizen or of a street railway franchise. The solution of such questions would require, if not some conception of the contemporary principles of government, at least some thought as to the policy of a specific government. On the other hand the cases we have chosen for investigation are not interwoven with any element of public disorder. Still other types of judicial problems might be distinguished. These distinctions are suggested because in legal tradition all these sorts of judicial problems have sometimes been treated as alike in content and method, as belonging to a common family. They were all bundled in one basket by the hands of Natural Law, for example,

conque directement destiné au maintien de l'ordre public. Ils ne ressortissent ni au droit public ni au droit criminel. Ce sont essentiellement des questions relatives aux relations mutuelles et aux obligations des membres de la société qui, dans la routine de la vie, d'une part, ne sont pas en contact avec le Gouvernement et, d'autre part, ne sont pas des perturbateurs de la paix publique. On n'a pas à y décider si le Gouvernement, dans un acte déterminé, a dépassé les limites de son pouvoir, comme dans le cas de maint problème constitutionnel en Amérique ou dans un conflit typique du droit administratif français. Il n'est pas question non plus de faire frein à une législature, comme cela arrive en Amérique en vertu de la clause de « due process ». Toutes ces questions impliquent des principes gouvernementaux ou des convictions politiques, des théories de l'Etat ou de la souveraineté. De tels facteurs sont absents des cas que nous avons supposés. Nous pouvons les mettre à part. De plus, on n'y touche à aucun système impliquant le contact entre l'Etat et un citoyen et que l'on pourrait discuter dans une question d'impôts prétendument dus, ou de droit de vote refusé à un citoyen ou de concession accordée à un tramway urbain. La solution de pareilles questions nécessiterait, sinon une conception quelconque des principes contemporains de gouvernement, du moins une idée quelconque du système d'un gouvernement déterminé. D'autre part, les cas que nous avons choisis pour les étudier ne comportent aucun élément de désordre public. On pourrait encore distinguer d'autres types de problèmes judiciaires. Nous nous proposons de les traiter de façon distincte parce que, dans la tradition légale, ces sortes de problèmes judiciaires ont parfois été traités comme semblables en leur contenu et en leur méthode, comme appartenant à une famille commune. Ils étaient tous jetés en bloc dans le même panier par les mains

which sees the conclusion in all these cases simply as an inquiry into the bearing of an eternal and inclusive code.

The type of problem now more or less isolated is intended to be one in which a judge must arrive at a legal standard in a situation between persons who collide while pursuing an approved course of conduct and in which there arises an economic burden or loss which someone must bear. There are always, of course, some rules, precedents or conceptions in the scope of legal experience which may by analogy be borrowed or extended from other subject matters. This is always true in human affairs. We can eliminate these and their gravitational force only by assuming in our class now under discussion that the influence of such ideas balance each other or that the analogies are like distant stars, so remote as not to control the area of our problems. At any rate, a pure case of original decision is or can be imagined.

How does the judge now go about his problem? Various schools of thought suggest a process. As already pointed out, the writers of Natural Law would expect here as everywhere else to find some eternal principle absolute for all times, places and nations, at which a judge should fumble by some instinctive process. The process has always been hazy. The Analytical Jurists, to use an inclusive term, urge that reason, not instinct or some more recognizably emotional or subjective process, should govern the decision. On close examination their "reasoning process" resolves itself principally

du droit naturel, par exemple, qui réduit la solution de ces cas à une simple recherche dans le contenu d'un code éternel et universel.

Le type de problème que nous venons ainsi d'isoler plus ou moins, est donc celui dans lequel un juge doit arriver à établir un modèle de conduite légale, dans une situation où l'on voit deux personnes entrer en conflit, alors que toutes deux suivaient une ligne de conduite légale mais d'où résulte pourtant un fardeau économique ou une perte que quelqu'un doit supporter. Il y a évidemment toujours certaines règles, précédents ou conceptions que l'on peut ramener dans le champ de l'expérience légale en les empruntant à d'autres domaines par assimilation ou par analogie. Ceci est vrai de toutes les affaires humaines. Nous pouvons éliminer ces dernières et leur force de gravitation en supposant que, dans les cas que nous discutons, les influences de ces idées se neutralisent mutuellement ou que les analogies sont comme de lointaines étoiles, si éloignées qu'elles n'ont pas d'effet sur les données de nos problèmes. En tous cas, nous imaginons ou nous pouvons imaginer un cas où la décision soit purement originale.

Comment le juge va-t-il aborder de tels problèmes? Diverses écoles de pensée ont suggéré un procédé. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, les auteurs de droit naturel prétendraient trouver ici comme partout quelque principe éternel ayant une valeur absolue pour tous les temps, pour tous les lieux et pour toutes les nations, qu'il appartient au juge de découvrir à tâtons par quelque procédé instinctif. Le procédé a toujours été bien vague. Les « juristes analytiques », pour employer un terme général, soutiennent que c'est la raison et non l'instinct ou quelque procédé émotionnel ou subjectif plus facilement reconnaissable qui

into an extension of established legal analogies. This "reason" has been often refined to include a method of major and minor premises which we cannot stop to discuss but which modern psychology inclines to brush away as being really artificial and unnatural to the human mind. The doctors of Historical Jurisprudence contribute little to a comprehension of the judicial process except that a study of the past may enlarge the judge's stock of vicarious judicial experience and criticize his mental approach by a perspective view of the evolution of legal systems. Comparative Jurisprudence adds that a horizontal study into other legal systems may help him. A new Sociological School, stirred by the growing public emphasis on the dependence of mankind on social structure, urges a consideration by the judge of the existing modes and channels of life and also prompts him to formulate a social policy. Chiefly each classic school accentuates a criticism of the others. Notably all of them tend to treat the whole field of lawmaking, but above all judicial lawmaking, as controlled by a single formula.

More recently contemporary writers have begun to isolate the problem in the way we have suggested above. Judge Benjamin N. Cardozo, who ought to know, says the court considers the social policy and consequences of the various standards and consults his sense of common morality. Professor GénY suggests that the judge resorts or should resort first to some inquiry into the structure of

doit guider le juge dans sa décision. A y regarder de plus près, leur « procédé raisonnable » se ramène principalement à une extension d'analogies légales établies. On a souvent redéfini cette « raison » pour y faire rentrer une méthode de prémisses majeures et mineures que nous ne pouvons nous arrêter à discuter ici, mais que la psychologie moderne a une tendance à balayer comme étant, en réalité, artificielle et non naturelle à l'esprit humain. Les docteurs de la jurisprudence historique ne nous aident guère à comprendre le processus judiciaire, sinon en mettant, par l'étude du passé, à la disposition du juge, un stock plus grand d'expérience judiciaire acquise par d'autres qui l'aide à corriger ses dispositions mentales par une vue rétrospective de l'évolution du système légal. La jurisprudence comparative ajoute qu'une étude horizontale des autres systèmes légaux peut également l'aider. Une nouvelle école sociologique, émue par l'importance croissante que le public accorde à la structure sociale pour le bonheur de l'humanité, soutient que le juge doit prendre en considération les conditions de vie actuellement existantes et formuler une ligne de conduite sociale. Nous voyons surtout chacune des écoles classiques mettre en relief les défauts des autres. Mais toutes tendent à considérer le domaine entier du droit, et surtout la législation de droit commun, comme régi par une formule unique.

Plus récemment, des auteurs contemporains ont commencé à isoler le problème de la façon que nous avons suggérée plus haut. Le juge Benjamin N. Cardozo, qui doit savoir de quoi il parle, dit que le tribunal considère les buts sociaux et les conséquences sociales que comportent les différents modèles de conduite et s'en rapporte ensuite à son sens de moralité commune. Le Professeur GénY suggère que le juge se renseigne

society, and secondly responds to an innate sense of justice, which escapes further definition. None of the Gény group carries the dissection much further. Dean Roscoe Pound refers to the judge's use of "an intuition of what is just and fair" or "a moral judgment". All of these views have been hurriedly approximated here partly for contrast with our own approach and partly because the projection of various hypotheses helps our investigation.

If we view the operations of the judicial organ objectively we see on one side of the court a great mass of people in most complex relationships, moving in a constant routine of acts repeated almost daily, as they rise, go to work, return and go to bed. The identity of their days is striking. The people are filled with theories about what is right and wrong, "fas" and "nefas", good and bad. Some instance of a collision in this community now comes under the judicial microscope for examination. It enters the raw material side of the judicial machines. The judge is supplied with all that flows into the consciousness of any man, plus some special attitudes and concepts cherished by legal thought and minus some exposure to those current and immediate personal influences which are supposed to be insulated from a judge. On the other side of the judge machine we find a product emerging. We find this in the form of a conclusion of law. One or more of the human beings involved in the collision, the court declares, has left undone something he ought to have done or has done something he ought not to have done or both or was perfect in his conduct. Nearly

ou doit d'abord se renseigner sur la structure de la société et, ensuite, agisse selon un sens inné de la justice qui échappe à toute définition plus précise. Aucun membre du groupe Gény ne pousse guère la dissection plus avant. Le doyen Roscoe Pound parle de l'usage que fait le juge d'une « intuition de ce qui est juste et légitime » ou d'un « jugement moral ». Nous avons exposé rapidement ces points de vue, d'une part, pour marquer leur contraste avec notre propre manière d'aborder la question et, d'autre part, parce que le rappel de ces hypothèses variées est de nature à faciliter nos recherches.

Si nous envisageons objectivement les opérations de l'organe judiciaire, nous voyons, d'un côté du tribunal, une grande masse de gens ayant entre eux les rapports les plus complexes, se mouvant dans la routine continuelle d'actes répétés presque chaque jour, se levant, allant au travail, rentrant chez eux et se couchant. Pour eux, les jours se suivent et se ressemblent d'une manière frappante. Ces gens sont farcis de théories sur ce qui est bien et mal, *fas et nefas*, bon et mauvais. Voici maintenant qu'un cas de collision au sein de cette communauté est amené sous le microscope judiciaire pour y être examiné. Il entre dans la machine judiciaire par le côté réservé à la matière brute. Le juge a en lui tout ce qu'on peut trouver dans la conscience d'un homme, plus certaines attitudes spéciales entretenues par la pensée légale et moins le risque d'être exposé à ces courants d'influence immédiate et personnelle dont un juge est supposé être isolé. De l'autre côté de la machine à juger, nous trouvons un produit qui émerge. Nous le trouvons sous forme d'une conclusion de droit. Le tribunal déclare qu'un ou plusieurs des êtres humains impliqués dans la collision a omis de faire une chose qu'il

always the judge explains that such and such a rule was applicable to the facts and that here and thus the person failed in compliance. It is significant that judges always and everywhere, with only the rarest exceptions, have conceived and stated that the rules they applied had always existed and were applicable from the beginning. In short, the judge feels that he is simply interpreting some preexisting standards. This is considered true even when the judge is conscious that his rules were difficult to find and delineate, and even when he is conscious of the conclusion of a laborious search. The labor is considered to be that of interpretation or expression, conversion or metamorphosis of some sort, not of creation.

If we examine what principle actually directs the daily conduct of men when the court is absent and out of mind, we find that men do not think in terms of rules and prohibitions but rather in terms of models or standards. Their dress, their manners, their ways of buying and selling, their handling of tools and so on are all characteristically imitations of some model, the following of some example. Only a few things are expressed in terms of "Thou shalt" or "Thou shalt not". Indeed it seems sometimes to be only the effort of expression that produces a rule or precept at all as distinguished from a mere mental pattern or model or norm. It soon occurs to us that the rule or precept may not be at all the original conception that influences conduct, but may be simply the resort of a mind which cannot stop fully to describe the real

aurait dû faire ou a fait quelque chose qu'il n'aurait pas dû faire, ou bien les deux, ou bien qu'il a été parfait dans sa conduite. Presque toujours, le juge explique que telle ou telle règle était applicable aux faits, et que, ici, et de cette façon, la personne n'y a pas satisfait. Il est significatif de constater que, toujours et partout, à de très rares exceptions près, les juges ont conçu et établi les règles qu'ils appliquaient comme ayant toujours existé et étant applicables de tous temps. En un mot, le juge sent qu'il ne fait qu'interpréter quelque modèle de conduite préexistant. Ceci est considéré comme vrai même lorsque le juge a conscience que ses règles furent difficiles à découvrir et à délimiter et même lorsqu'il a conscience que la conclusion fut le produit d'une recherche laborieuse. Ce travail est considéré comme un travail d'interprétation ou d'expression, de conversion ou de métamorphose quelconque, mais non comme un travail de création.

Si nous examinons quel principe guide, en réalité, la conduite journalière des hommes lorsqu'il n'est pas question de tribunal ou que les esprits n'en sont point occupés, nous voyons que les hommes ne pensent pas en termes de règles et de prohibitions, mais plutôt en termes de modèles ou de « standards ». Leur habillement, leurs manières, leurs façons d'acheter et de vendre, de manier des outils, etc., sont tous nettement caractérisés par l'imitation d'un modèle quelconque. En tout cela, ils suivent un exemple. Il n'y a que peu de choses que l'on exprime en termes de « Tu feras » ou « Tu ne feras pas ». Bien mieux, il semble parfois que ce soit seulement l'effort d'expression qui finisse par produire une règle se distinguant d'un échantillon, d'un modèle ou d'une norme existant dans l'esprit. Il nous apparaît bientôt que la conception originale qui influence la conduite peut très bien ne pas être la règle

standard and is therefore reduced to a simpler form of expression. Thus anyone driven to describe some particular man in words, however clear the recollection may be, has to struggle into and through a mass of division lines, yes and noes, plus and minuses. These appear finally in the form of such statements as, "He is dark (i.e. not light), tall (i.e. not short), gay, old, etc. ". Few of these thoughts have been defined prior to the demand for a description. In the same way, the norms of social conduct are not rules but examples.

On the end of the judicial machine, the product flows out in the form of a judgment or conclusion and an opinion is rendered in the form of rules, precepts and conceptions. The rules and precepts are characteristically negatives. The recurrence of "Thou shalt not" in all law and its almost complete prevalence in primitive law suggests again the idea that the process of expression is to define a curved and complex line of conduct which is visualized as a model or pattern by the excluding where it does not travel and where it does not extend.

If we now go on to a comparison of the raw material with the end product of the judicial process, we notice that when the makeup of the raw material alters, the product alters. This is obvious in the simile we are following but it was not obvious to twenty centuries of natural law philosophers. Today we recognize that when a judge, be he an Arab shiek or a French judge of an Egyptian Mixed Court

ou le précepte, mais que ceux-ci ne furent que le refuge d'un esprit qui ne peut parvenir complètement à décrire le modèle réel et en est donc réduit à une forme plus simple d'expression. Ainsi, quelqu'un à qui l'on demande de faire la description d'un homme en particulier, quelque clair que soit son souvenir, doit lutter contre un tas de lignes de démarcation, contre des « oui » et des « non », des « plus » et des « moins ». Ce qui lui fait dire, finalement, « il est noir » pour « il n'a pas les cheveux clairs », il est grand (c'est-à-dire non-petit), gai, vieux, etc. Il est peu de ces pensées qui aient été définies avant qu'on l'oblige à faire sa description. De la même façon, les normes de conduite sociale ne sont pas des règles mais des exemples.

A l'extrémité de la machine judiciaire, le produit s'écoule sous la forme d'un jugement ou d'une conclusion et une opinion est exprimée sous forme de règles, de préceptes et de conceptions. La règle et les préceptes se distinguent par leur caractère négatif. Les « Tu ne feras pas... » qu'on retrouve à chaque instant dans toute loi et qui sont la caractéristique presque unique du droit primitif, évoquent une fois de plus l'idée que le mode d'expression est destiné à définir une ligne de conduite courbe et complexe que l'on conçoit comme un modèle ou un étalon par le fait qu'on exclut les cas auxquels ils ne s'appliquent pas ou jusqu'où ils ne s'étendent pas.

Si nous continuons par une comparaison entre les matériaux bruts et le produit fini de la machine judiciaire, nous remarquons que, si nous modifions la composition de la matière brute, le produit fini change aussi d'aspect. Ceci apparaît de façon évidente dans la comparaison que nous poursuivons, mais pendant vingt siècles, cela n'a pas paru évident aux philosophes du droit naturel. Aujourd'hui, nous reconnais-

or an English magistrate in India, deals with a domestic controversy in a community that practices plural marriages; he produces different law and reaches different conclusions than would a judge in Wales or Iowa where marriages are not plural. We recognize also that law differs not merely territorially and racially but in the dimensions of time and even conditions. Ten thousand scattered farmers in Illinois are not governed by the same law as they would be if concentrated in two blocks of tenement houses in Chicago, though they spoke the same language, believed the same things, and the legislature had not intervened. These simple observations, accelerated by a little wider view of the days and ways of mankind, has recently cooled our reliance on the theories of Natural Law and its eternal code. Such observations as these do still more for our present purpose. They hint that if the end product of the lawmaking mechanism varies in conformity to the differences in structure or "mores" which are part of the raw material available to the judge, this social structure is a major constituent element in the law itself.

The end-product varies, however, with some other parts of the material which is supplied to court. The viewpoint of the analytical jurists would suggest that the law produced by courts should vary only with the quality of reason employed in the process. Curiously, however, the wise or cultured judge and the untutored justice of peace on the whole produce much the same result in judgments. They produce vastly different results in opinions and expressions.

sons que, lorsque un juge, qu'il soit un cheik arabe ou un juge français d'un tribunal mixte égyptien ou un magistrat anglais aux Indes, traite d'une controverse domestique dans une communauté qui pratique les mariages pluraux, il produit un droit différent et atteint des conclusions autres que celles d'un juge à Iowa ou dans le pays de Galles, où les mariages ne sont pas pluraux. Nous reconnaissons aussi que le droit diffère, non seulement d'après la race et le territoire mais aussi selon l'époque et les conditions de vie. Dix mille fermiers éparpillés en Illinois ne sont pas gouvernés par le même droit que s'ils avaient été concentrés dans deux blocs de maisons de rapport à Chicago, bien qu'ils eussent parlé la même langue, cru les mêmes choses, et sans intervention de la législation. Ces simples observations, renforcées par des idées un peu plus larges sur les mœurs et coutumes de l'humanité, ont, depuis quelque temps, mitigé notre confiance dans les théories du droit naturel et de son code éternel. Des observations comme celles-ci font plus encore pour servir nos desseins. Elles nous indiquent que, si le produit final de la machine à faire des lois varie conformément aux différences dans la structure des « mores » qui forment une partie des matériaux bruts à la disposition du juge, cette structure sociale est donc un élément constitutif majeur du droit lui-même.

Le produit final varie cependant encore d'après certaines autres parties du matériel fourni aux tribunaux. Les juristes analytiques soutiendront que le droit produit par les tribunaux ne peut varier que d'après la qualité de la raison qui a présidé à sa naissance. Et pourtant, chose curieuse, le juge sage et cultivé et le juge de paix sans instruction produisent à peu de chose près le même résultat en fait de *jugements*, mais produisent des résultats largement différents dans leurs *opinions* et leurs

(Again this suggests to the student that the expression of law, the recording and definition of it, rather than its application may be the process involving expertness.) The Historical Jurists suggest that the court's insight into history may influence his results. No doubt it may, but the results are manifestly variable according to some other more controlling factor than the historical training and knowledge of the presiding justices. We turn to Professor Gény, Judge Cardozo and Dean Pound who represent a more recent view than any of these schools. We would expect from their description of the judicial process to find the results or finished product of the judicial machine or gland to vary widely according to what one calls the sense of "justice", what another calls the sense of "common morality", and the third conveys as an "intuition of what is just and fair". All these phrases are intended to describe a sort of estimate of human conduct which measures the facts against some accepted yard-stick but also views them with an emotion of praise or blame. Justice is impartial but also censorious. Both justice and common morality contain and imply not only a standard but also a system or general plan, which is supported by the sort of aggressiveness that only a cause can arouse.

The springs of conscience, justice and moral judgment are not altogether mysterious. We see men's sense of justice modified by time and longer experience and tempered by travel. We know the view of what is right and wrong on alcoholic temperance differs in

expressions. (Et ceci doit de nouveau rappeler à l'étudiant que c'est l'expression du droit, sa définition, sa mise en formules écrites plutôt que son application qui exige de l'habileté.) Les juristes historiques prétendent que la connaissance que le juge a de l'histoire peut influencer ses résultats. Sans doute, elle le peut, mais il est manifeste que les variations dans les résultats sont soumises à d'autres facteurs encore bien plus impérieux que la formation ou les connaissances historiques des juges qui président aux débats. Tournons nos regards vers le Professeur Gény, le juge Cardozo et le doyen Pound qui représentent un point de vue plus récent que celui d'aucune de ces écoles. D'après la description qu'ils donnent du processus judiciaire, nous nous attendrions à voir varier largement les résultats ou les produits finis de la machine judiciaire ou de la glande d'après ce que l'un appelle le sens de la « justice », un autre le sens de la « morale commune » ou d'après ce qu'un troisième conçoit comme une « intuition de ce qui est juste et légitime ». Toutes ces expressions tendent à décrire une sorte d'estimation de la conduite humaine qui, sans doute, mesure bien les faits en les rapportant à un mètre étalonné, mais les envisage, de plus, avec un sentiment de louange ou de blâme. La justice est impartiale, mais elle se pose en censeur. A la fois la justice et la morale commune contiennent et impliquent, non seulement un « modèle de conduite » mais aussi un plan ou système général soutenu par cette sorte d'agressivité que seul un procès peut éveiller.

Les ressorts de la conscience, de la justice et du jugement moral, ne sont pas tout à fait mystérieux. Nous voyons le sens de la justice des hommes modifié par le temps et par une expérience plus longue en même temps qu'il est tempéré par les voyages. Nous savons que les opi-

Champagne and Colorado. Popular morality towards the negro race is not the same in Paris, Massachusetts and Texas. Cock-fighting and horse-racing have not through the centuries been viewed with the same eyes in the Englands of George I and of George V. Environment and experience both cool our moral tempers and modify our standards. Another factor that enters the equation of such standards is our social and religious theories. War is right to some sects, wrong to others. In short both our exposures to the varied conduct of people and our belief in social theories modify our views of justice and morality. Is there still a "tertium quid" in justice or morality, a something remaining ?

These recent authorities all recognize, secondly, a study of the form and currents of society, a view of how life moves, home business, home and leisure are carried on as material employed in the judicial process. We can observe that a judge who follows this plan is led sometimes to preserve the social norms he finds and other times to change them. He makes the legal rules a mere reflection of existing facts, habits and currents or he modifies them. If the judge proposes to modify, he must introduce some foreign standard, some idealistic norm which is not now present. If so, he is again theorizing, introducing ideas that are not prevalent in the phenomena before us. The observation or study of society which

nions sur ce qui est bien ou mal en matière de tempérance alcoolique diffèrent en Champagne et au Colorado. Les mentalités populaires vis-à-vis des nègres ne sont pas les mêmes à Paris qu'au Massachusett et au Texas. Les combats de coqs et les courses de chevaux n'ont pas été vus du même œil à travers les siècles dans l'Angleterre de Georges I^{er} et dans celle de Georges V. Le milieu et l'expérience, à la fois calment notre tempérament moral et modifient notre conception des modèles de conduite. Un autre facteur qui rentre dans l'équation de pareils « standards », ce sont nos théories sociales et religieuses. La guerre est juste pour certaines sectes, injuste pour d'autres. En un mot, *primo*, notre contact avec des modes de vie différents et, *secundo*, notre croyance en des théories sociales modifient notre sens de la justice et de la moralité. Y a-t-il encore, dans la justice ou la moralité un *tertium quid*, un quelque chose de plus ?

Ces autorités récentes reconnaissent toutes, en second lieu, l'étude des formes et des courants de la société, la façon dont la vie se meut, la manière de traiter les affaires, de vivre chez soi, d'utiliser ses loisirs comme étant des matériaux employés dans la confection d'un jugement. Nous pouvons observer qu'un juge qui suit ce plan est amené parfois à sauvegarder les normes sociales qu'il trouve devant lui, et, d'autres fois, à les modifier. Il fait, des règles légales, un simple reflet des faits, habitudes ou courants existants, ou bien il modifie ces derniers. Si le juge veut modifier, il doit introduire un « standard » étranger, quelque norme idéale n'existant pas dans le présent. Dans ce cas, il fait encore une fois de la théorie, puisqu'il introduit des idées qui ne sont pas courantes dans les phénomènes que nous avons devant nous. L'observation ou l'étude de la société à laquelle se livre le juge peut donc aboutir à mettre en œuvre

the judge pursues may thus be resolved into two forces set in motion, one static, one dynamic in consequence.

We have so far followed from a somewhat varied angle, the method of isolating and studying each phenomenon, its cause and effect separately with as little recourse to subjective impulses as the mind could attain. Such is at least one contribution of the studies of Professor Gény. Our analysis has carried us a shade further than his. An additional hypothesis may be suggested as worthy of further examination. The dissection of the two materials which he considers are employed in free judicial decision has indicated that in both of these the same two forces appear. The process of studying the organization of society produces in a judge two tendencies : One a mere impulse to preserve, petrify and represent its forms in law, the other to an impulse to theorize about it, and hence modulate the conduct of men by the pressure of law. The sense of justice or morality, in turn, we find contains in its formula both some influence to adopt the mold of the society in which it is formed, and also some tendency to theorize and hope to modify the ways of men to conform to our Utopias. It is often said there is in justice or conscience a third something that baffles description. Thus the observation of society produces force A, which is a tendency to copy or conform, and force B which is a tendency to modulate by social theory while the operation of a sense of justice or morality reveals both A and B and perhaps some third result of a force X. Reassorting the dynamic elements, we find, not social observation and a sense

deux forces différentes : l'une aux conséquences statiques, l'autre aux conséquences dynamiques.

Nous avons, jusqu'à présent, suivi, sous un angle légèrement différent, la méthode qui consiste à isoler et à étudier séparément chaque phénomène, ses causes et ses effets, en écartant autant qu'il est possible à l'esprit, toute impulsion subjective. Ceci constitue au moins l'un des apports fournis par les études du Professeur Gény. Notre analyse nous a conduits encore un rien plus loin que cela. Nous pouvons suggérer une nouvelle hypothèse qui vaut la peine d'être examinée de plus près. La dissection des deux matériaux qu'il considère comme étant employés dans la libre décision judiciaire nous a indiqué que, dans chacun d'eux, deux forces apparaissent. L'étude que fait le juge de l'organisation de la société, produit en lui deux tendances : l'une le pousse simplement à conserver, à pétrifier et à représenter les formes de cette organisation dans le droit, l'autre le pousse à émettre des théories à son sujet et, par conséquent à modeler la conduite des hommes sous la pression de la loi. Nous découvrons que le sens de la justice ou de la moralité, à son tour, contient en sa formule, une tendance à se mouler sur la société dans laquelle il est formé et aussi une certaine tendance à bâtir des théories dans l'espoir de modifier les mœurs des hommes d'une manière conforme à nos utopies. On dit souvent qu'il y a dans la justice ou dans la conscience un troisième élément qui défie toute description. Ainsi donc, l'observation de la société produit la force A qui est une tendance au conformisme ou à l'imitation et une force B qui est une tendance à remodeler la société par des théories sociales, tandis que les opérations

of morality as our forces, but first, the direct tendency to perpetuate, follow and crystallize the structure of society as it exists, second a process of attempting to modify it by legal pressure designed to accord with some theory of what society should be, and, third, an unknown something in the conscience. The unknown something is not needed to explain results. All the consequences of the process of judicial lawmaking can be referred to the two factors of simply perpetuating existing social norms as observed in operation or modifying them to meet some view of what they ought to be. Is it possible there is no "Tertium Quid" ?

The hypothesis is obvious. It suggests that the process of judicial lawmaking, or free legal decision in its pure and primitive forms consists of studying, observing and clearly picturing the social norms or pattern on which typical people carry on the particular activity involved in the controversy. Thus in a marriage affair, the court's mind is concerned with understanding how married people live, discipline their children and administer their income. In a charter party case, the court tries to picture the normal conduct of the shipping business and the mutual obligations which men in practice meet and recognize. In the next place the judge conscious or at least convinced that society evolves steadily in the general direction of increased faith and mutual confidence, or in some other direction, stimulated by the universal hope of better

du sens de la justice ou de la moralité nous révèlent à la fois A et B et peut-être un troisième résultat d'une force X. En reprenant les éléments dynamiques, nous trouvons que nos forces ne sont pas constituées par l'observation et un sens de la moralité mais par : *primo*, la tendance directe à perpétuer, suivre, cristalliser la structure de la société telle qu'elle existe ; *secundo*, une manière d'agir qui tente de la modifier par une pression légale pour la mettre en harmonie avec une théorie quelconque de la société telle qu'elle devrait être ; *tertio*, une chose inconnue en notre conscience. Cette chose inconnue n'est pas nécessaire pour expliquer les résultats. Toutes les conséquences dérivant du droit judiciaire peuvent être attribuées à deux facteurs, l'un consistant simplement à perpétuer les normes sociales existantes telles qu'on les a observées en action, l'autre visant à les modifier pour les rendre telles que l'on croit qu'elles doivent être. Est-il possible qu'il n'y ait pas un *Tertium Quid* ?

L'hypothèse est évidente. Elle donne à penser que la méthode de confection du droit judiciaire ou libre décision légale, dans sa forme pure et primitive, consiste à étudier, à observer et à dépeindre clairement les normes sociales ou exemples que nous fournit la conduite des gens normaux lorsqu'ils se livrent au genre d'activité qui fait l'objet des débats. Donc, dans une affaire de mariage, le tribunal cherchera à comprendre comment les gens mariés vivent, font obéir leurs enfants et administrent leurs revenus. Dans un procès de charte partie, le tribunal essaye de dépeindre la conduite normale des affaires maritimes et les obligations mutuelles que les hommes du métier reconnaissent et remplissent de part et d'autre. Puis, ensuite, le juge, conscient ou, du moins, convaincu de ce que la société évolue constamment vers plus de bonne foi et plus de confiance mutuelle, ou vers autre chose encore, tend à modifier par un idéalisme quelconque les normes qu'il a observées. Tantôt il cède à l'in-

things, tends to modify his observed norms by some idealism. Sometimes he gives way to social theories. Sometimes he goes no further than to fix his standard by the good citizen or the model man instead of that lower level, the typical man. In any case his first product is a fairly definite map, plan or formula of the course an acceptable person would have taken in the events before the court in which parties took part. It is a simple reflection or picture of observed human conduct. It is, however, readily modified, tempered or distorted by some theory or emotion about good social policy. It becomes a photograph or curve redrawn more or less by a tendency to theorize about where the line ought to be.

The court compares the actual conduct of the participants with the model conduct he has in mind. Where the orbits vary and only there he stops to define them, and point out the divergence. He makes little effort to map the full and complex course. He expresses the divergences by a statement that at this point a man who followed the model orbit should not have done so and so. The judge's opinion takes the form of a series of rules or precepts, exactly as the corrections spoken to a man who had erred in following a path through a forest would take the form, not of describing every step, but of pointing out the specific errors. The judicial process is known to involve certain qualities of mind, experience and attitude which are strikingly more in conformity to those needed for the successful pursuit of the process just outlined than those required to meet any

fluence de théories sociales, tantôt il se borne à adopter comme idéal le bon citoyen, l'homme modèle au lieu du citoyen-type tel qu'il l'a observé à un niveau inférieur dans la réalité des faits. Dans tous les cas, la première chose qu'il produit est une carte, un plan ou une formule assez bien définie de la ligne de conduite qu'aurait adoptée une personne convenable au milieu des événements dont la Cour a à juger et auxquels furent mêlées les parties en cause. C'est un simple reflet ou une image de la conduite humaine telle qu'il l'a observée. Mais cette image est aussitôt modifiée, troublée ou déformée par quelque théorie ou émotion inspirée par sa conception d'un bon système social. Elle devient une photographie ou une courbe plus ou moins retouchée par une tendance à émettre des théories sur les contours qu'elle devrait avoir.

Le tribunal compare la conduite réelle des participants à la conception qu'il se fait de la conduite modèle. Là où les orbites varient, et là seulement, il s'arrête pour les définir et faire ressortir leur divergence. Il ne fait guère d'efforts pour en suivre jusqu'au bout le cours complexe. Il exprime les divergences en constatant que, à tel point, un homme qui aurait suivi l'orbite modèle, n'aurait pas dû faire ceci ou cela. L'opinion du juge prend la forme d'une série de règles ou de préceptes, exactement comme les corrections que l'on indique à un homme qui se serait trompé en suivant un sentier à travers la forêt, prennent la forme, non d'une description de chacun de ses pas, mais d'un relevé de ses erreurs spécifiques. Les opérations judiciaires impliquent certaines qualités d'esprit, une expérience et des attitudes qui ressemblent bien plus à celles requises pour suivre avec succès le procédé que nous venons d'esquisser qu'à

theory suggested by the classic natural law school, the historical jurists, or the analytical school. The successful judge is more notably characterized by human experience and understanding than by jurisprudential learning, historical reading or mathematical reasoning powers.

The course of thought here followed is intended to outline a method and not a result. It proposes that if we isolate the phenomena of lawmaking and law enforcement, and study them separately instead of engulfing the whole field in some magnificent mystery of generalization, we shall be borrowing the chief device of modern science. It suggests that the fields of legal history and comparative law have already accumulated enough recorded observations to test the play of forces in the process. It offers another thought borrowed from the sciences. The way of progress is to outline a hypothesis and test it heartlessly against a series of observations.

Finally this paper suggests that Professor GénY has by patient dissection of the methods and science of law already contributed much insight into the hitherto illdefined life process of social control. He has been an anatomist and physiologist in the law. We have had many alchemists in jurisprudence, some successful physicians who understood the dark places from sheer experience, some operating surgeons of great dexterity and many adventurous theorists. We have seen few dissectors and analysts. There the hope of progress lies. Professor GénY is known abroad from France

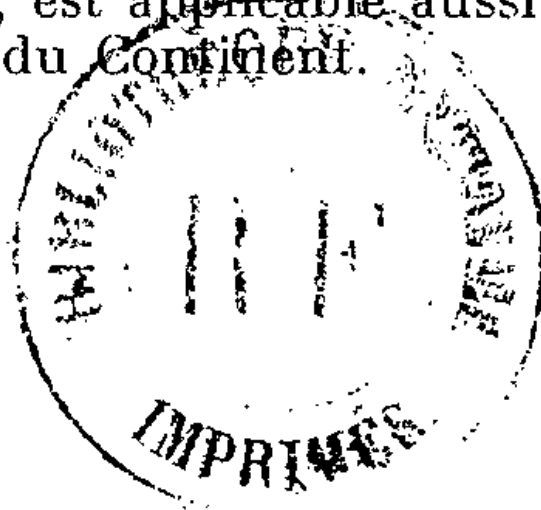
celles nécessaires pour satisfaire à n'importe quelle théorie inspirée par l'école du droit naturel, les juristes historiques ou l'école analytique. Le bon juge se distingue bien plus par son expérience et sa compréhension des hommes que par son érudition en jurisprudence, ses lectures historiques ou son pouvoir de raisonnement mathématique.

Les idées que nous avons développées ici visent à définir une méthode et non à exprimer un résultat. Elles veulent montrer que, si nous isolons les phénomènes de la création et de l'exécution de la loi, et les étudions séparément, au lieu d'engouffrer le tout dans le mystère de quelque magnifique généralisation, nous emprunterons à la science moderne son principal procédé. Nous croyons que les domaines de l'histoire du droit et du droit comparé ont déjà accumulé suffisamment d'observations dûment établies pour éprouver le jeu des forces du processus légal. Notre article présente une nouvelle pensée empruntée aux sciences. La méthode du progrès consiste à ébaucher une hypothèse et à la soumettre ensuite à l'épreuve impitoyable de toute une série d'observations.

Enfin, cet article veut rappeler que le Professeur GénY, par une dissection patiente des méthodes de la science du droit, a largement contribué à nous faire mieux connaître le mode de vie, jusqu'ici mal défini, du contrôle social. Il a été, dans le droit, un anatomiste et un physiologiste. Nous avons eu, jusqu'ici, bien des alchimistes en jurisprudence, quelques bons docteurs qui traitaient les points obscurs d'une manière purement empirique, quelques chirurgiens d'une grande dextérité et pas mal de théoriciens aventureux. Nous n'avons eu que peu d'anatomistes et d'analystes. C'est en eux que le progrès espère. Le Professeur GénY est connu hors de France, notamment comme le champion d'un droit natu-

partly as the swordsman of a new and somewhat metaphysical natural law. The writer suspects there are important strains of truth in both the old and new phases of that magnificent conception, but for the moment looks to his distinguished French colleague primarily as a contributor to methods of investigation. Such at least is a phase of his study of "free judicial decision" which is applicable alike to the present days of Continental and Anglo-American jurisprudence.

rel nouveau et, en quelque sorte, métaphysique. L'auteur de ces lignes ne doute pas qu'il y ait une grande part de vérité, tant dans l'ancienne que dans la nouvelle phase de cette magnifique conception, mais, pour le moment, il voit principalement dans son distingué collègue français l'homme qui a contribué à nous doter de méthodes d'investigation. C'est sous cet aspect qu'il nous apparaît du moins, dans son étude de la « libre décision judiciaire » qui, de nos jours, est applicable aussi bien à la jurisprudence anglo-américaine qu'à celle du Continent.



Imp. G. Thone
Liège (Belgique)

TITRE I. - L'influence de l'oeuvre de Gény dans ce domaine d'études
CHAPITRE I. - L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit, par Eugène GAUDEMET, <i>professeur à l'Université de Strasbourg</i>
CHAPITRE II. - La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurispru-anglaise, par B. A. WORTLEY, <i>professeur à l'Université de Birmingham</i>
CHAPITRE III. - L'influence de Gény sur les conceptions et les méthodes aux Etats-Unis, par Mitchell FRANKLIN, <i>professeur à Tulane University, New Orleans</i>
CHAPITRE IV. - L'oeuvre de François Gény et ses résultats, par P. VASILESCO, <i>professeur à l'Université de Cernauti, Roumanie.</i>
TITRE II. - Le système juridique. - Les instruments de son unité organique
CHAPITRE I. - Les principes généraux du droit, par Alberto DEL VECCHIO, <i>professeur de philosophie du droit à l'Université de Rome</i>
CHAPITRE II. - Les sources du droit au point de vue général de la pédagogie, par Xavier JANNE, <i>doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège</i>
CHAPITRE III. - La "regula juris" et la "definitio in jure civili", par J. STELLA-MARANCA, <i>Université de Bari</i>
CHAPITRE IV. - L'action d'enrichissement sans cause dans le projet italo-français de code des obligations, par Mario RICCA-BARBERIS, <i>professeur à l'Université de Turin</i>
CHAPITRE V. - Le legs avec charge, catégorie juridique, par Henri SIMONNET, <i>professeur à l'Université de Nancy</i>
CHAPITRE VI. - La notion de règle de conduite, par Adrian STOOP, <i>Université de Leyde</i>
CHAPITRE VII. - Le Standard juridique par Al. SANHOURY, <i>professeur à l'Université Egyptienne</i>
CHAPITRE VIII. - Quels motifs donnent naissance à la fiction légale historique, par L.-L. FULLER, <i>professeur à l'Université d'Illinois</i>
CHAPITRE IX. - Les survivances d'une forme de la propriété collective et leur interprétation, par Joseph DELPECH, <i>professeur à l'Université de Strasbourg</i>
TITRE III. - La législation dans ses rapports avec les autres sources du droit
CHAPITRE I. - L'objet commun des titres III à VIII et la répartition des matières entre ces titres
CHAPITRE II. - Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, par Henri CAPUTANT, <i>professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut</i>
CHAPITRE III. - Modes d'interprétation, par Gustav RADBRUCH, <i>Université d'Heidelberg</i>
CHAPITRE IV. - Le problème des sources du droit et la fonction de la loi, par J.-M. PERITCH, <i>professeur à l'Université de Belgrade</i>
CHAPITRE V. - Les forces cachées dernière et par delà le pragmatisme juridique aux Etats-Unis, par Fowler Vincent HARPER, <i>Indiana University Law School</i>
TITRE IV. - La coutume
CHAPITRE I. - Le droit coutumier espagnol moderne, par Rafael ALTAMIRA, <i>juge à la Cour Permanente de Justice Internationale, professeur à l'Université de Madrid</i>
CHAPITRE II. - Recherches sur la problématique du droit coutumier, par Walter HEINRICH, <i>professeur de droit à l'Ecole supérieure de Brno</i>
TITRE V. - La jurisprudence
CHAPITRE I. - L'interprétation du droit civil d'après la jurisprudence roumanie, par Alexandre COSTIN, <i>président à la Cour d'appel de Bucarest</i>
CHAPITRE II. - La jurisprudence peut-elle instituer en Hongrie des règles de droit privé, par Edmond KUNCZ, <i>professeur à l'Université de Budapest</i>
TITRE VI. - Le contrat
CHAPITRE I. - L'essor moderne du concept contractuel, par Louis JOSSERAND, <i>doyen de la Faculté de droit de Lyon</i>
CHAPITRE II. - L'ordre économique et la liberté contractuelle, par Georges RIPERT, <i>professeur à l'Université de Paris</i>
CHAPITRE III. - Une évolution vers un statut légal des contrats, par E. H. PERREAU, <i>professeur à l'Université de Toulouse</i>
CHAPITRE IV. - La volonté dans la formation des contrats, par Trajan R. JONASCO, <i>professeur à l'Université de Jassy</i>
CHAPITRE V. - Le droit des juges de sous-entendre des conditions dans les contrats, par Edwin W. PATTERSON, <i>professeur à Columbia University, New-York</i>
TITRE VII. - L'équité
CHAPITRE UNIQUE. - Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien, par Mario ROTONDI, <i>professeur à l'Université de Pavie</i>
TITRE VIII. - La libre recherche scientifique
CHAPITRE I. - A quel critère peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique, par Marc DESSERTAUX, <i>professeur à l'Université de Dijon</i>
CHAPITRE II. - Méthode d'interprétation en droit privé positif, par Frédéric ZOLL, <i>professeur à l'Université de Cracovie</i>
CHAPITRE III. - La loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé, par Naojiro SUGIYAMA, <i>professeur à l'Université Imperiale de Tokio</i>
CHAPITRE IV. - Libre recherche en Amérique, par Albert KOUKOUREK, <i>professeur à Northwestern University, Chicago</i>
CHAPITRE V. - Le problème du cas non prévu, par John DICKINSON, <i>professeur à l'Université de Pennsylvanie</i>
CHAPITRE VI. - Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire, par le juge Joseph C. HUTCHESON Jr.
CHAPITRE VII. - Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire, par James Grafton ROGERS, <i>University of Colorado Law School</i>