Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations / par [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Demogue, René. Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations / par René Demogue,.... 1911.

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.

Notions fondamentales du Droit privé

ESSAI CRITIQUE

Pour servir d'introduction à l'étude des Obligations

PAR

RENÉ DEMOGUE

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R-LES

NOTIONS FONDAMENTALES DU DROIT PRIVÉ

ESSAI CRITIQUE

35251

8° F
2226

DU MÊME AUTEUR

De la réparation civile des délits. Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris et l'Académie de législation de Toulouse, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1898.

Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. Paris, Pichon, éditeur, 1901.

Des droits éventuels. Hypothèses où ils prennent naissance. Nature et effets. Paris, Librairie du Sirey, 1906.

Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. Paris, Librairie du Sirey, 1907.

Obligations et contrats spéciaux. Etude de jurisprudence (*Revue de droit civil*, de 1902 à 1910).

Rapport au Congrès pénitentiaire international de Budapest sur l'amende comme peine complémentaire. 1905.

Rapport au Congrès pénitentiaire international de Washington sur l'application de la peine de mort en France, 1910.

La nationalité et la dénationalisation des sociétés. Rapport au Congrès des sociétés, Bruxelles, 1910.

La criminalité et la répression en Champagne au XVIII^e^ siècle. Reims, 1910.

LES

Notions Fondamentales du Droit privé

ESSAI CRITIQUE

Pour servir d'Introduction à l'étude des Obligations.

PAR

RENÉ DEMOGUE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

En me chargeant, dès mon entrée dans l'enseignement des Facultés, d'étudier la jurisprudence sur les Obligations dans la *Revue de droit civil*, les membres du Comité Directeur de cette *Revue* ont par là contribué à me suggérer les réflexions dont est sorti ce livre. Qu'ils me permettent de leur en faire hommage.

AVERTISSEMENT

Ce livre n'est pas une étude de droit positif. Les principes généraux qui dominent le droit privé positif ont été étudiés dans ces dernières années par M. Planiol et M. Capitant dans des pages qui en rendent un nouvel examen peu utile. Je me suis surtout placé à un point de vue critique pour montrer sans chercher à en rien dissimuler les conflits et les contradictions qui sans doute agiteront toujours le droit civil et mon but serait atteint si je pouvais suggérer aux étudiants déjà sortis des études élémentaires quelques réflexions faisant mieux pénétrer le fond des institutions.

Ainsi on peut espérer prendre mieux conscience de la transformation qui s'opère sous nos yeux dans cette matière, en apparence si lente à changer, des Obligations. Elle peut se concevoir mieux si l'on se garde d'oublier que les imitations et les conséquences provenant d'une même cause assurent à toutes les productions d'une époque une certaine ressemblance, un certain style. La même clarté, la même élégance avec cet horizon un peu limité qui se trouve dans l'art de Trianon et la musique de Glück se retrouvent dans les constructions juridiques et le style de Pothier. Pendant une partie du XIX^e^ siècle, à une décoration raide et lourde a correspondu tout un esprit juridique d'une netteté et d'une force très remarquable, mais excluant avec une rigueur peu commune ce qui ne rentrait pas directement dans ses cadres. De nos jours, un art nouveau s'est fait une place dont l'idéal est de produire un charme fait de la souplesse

de ses formes, de son emprunt aux réalités journalières à peine stylisées, d'une adaptation aux besoins pratiques. Lorsque le recul du temps aura produit son effet, une certaine musique même ne paraîtra pas trop éloignée de ces données. Est-il étonnant que toutes les productions de notre esprit fassent actuellement une sorte de symphonie avec ces données ? Ne tend-il pas à se former un art juridique plus souple dans ses théories, les constructions juridiques trop rigides étant aujourd'hui assez critiquées, un droit plus près des réalités pratiques, empruntant plus aux données de l'économie politique, voisinant plus avec la jurisprudence qui, malgré des erreurs possibles, est la vie et traduit inconsciemment les besoins pratiques les plus forts. C'est ce que nous avons cherché à dégager, tout en nous efforçant, au milieu de ces transformations, de ces styles divers du droit, de voir où pouvait être le permanent qui correspond aux aspirations de notre esprit.

PREMIÈRE PARTIE

NOTION ET BASES DU DROIT

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE DROIT

> « Sonder la profondeur de l'abîme n'est donné à personne, mais on fait preuve d'un esprit bien superficiel, si on ne cède à la tentation d'y plonger parfois le regard. » RENAN, *Dialogues philosophiques*, p. VII.

Avoir ou n'avoir pas tel droit est une idée qui répond évidemment à une préoccupation d'avenir. Celui qui se pose une question à ce sujet se demande ce qui se passera, s'il fait ou ne fait pas telle chose et si, en ce cas, les événements seront conformes à ses intérêts.

A ce point de vue les droits dont on peut lui parler, les intérêts qu'il peut avoir se présentent à lui comme très divers en degrés. Ils lui apparaissent comme étant d'une protection plus ou moins difficile. Ainsi le fait d'être propriétaire d'un immeuble, d'un meuble apparaît comme avantageux en ce que dans le premier cas, il est matériellement possible de se mettre en possession de ce bien, même si les autres hommes ne le veulent pas, si le possesseur s'y

oppose. On peut y pénétrer de force et s'y installer. La propriété d'un meuble est déjà moins féconde en résultats certains, car si on peut le cacher pour le protéger, il peut cependant être volé et ne plus être retrouvé. Au contraire le droit à l'honneur est d'une protection moins sûre, car on ne peut empêcher absolument un individu d'être diffamé, on ne le peut que de manière indirecte et incomplète.

Non seulement, les intérêts ne se valent pas quant à la protection préventive qu'on peut leur accorder, mais au point de vue du titulaire ils ne se valent pas quant à la réparation dont ils sont susceptibles. Certains intérêts étant lésés, on peut remettre tout dans l'état antérieur, si on a démoli un mur, endommagé un immeuble, ce fait peut être effacé par un rétablissement direct de l'état antérieur. Dans d'autres cas, on peut obtenir un équivalent plus ou moins complet : une somme d'argent peut équivaloir à peu près à la destruction d'un meuble, elle compense moins bien la perte du tableau d'un maître décédé. Au contraire, il n'y a pas d'indemnité qui puisse suffisamment compenser la perte d'un membre, celle de la vie, ou des imputations calomnieuses contre une personne.

Les intérêts sont donc inégalement susceptibles d'être protégés soit préventivement, soit par réparation. Tout homme qui considère ces intérêts voit donc que les uns sont plus fragiles que les autres, parce qu'ils sont inégalement menacés d'entraves par des événements contraires.

Une seconde chose est aussi importante pour les intérêts de toute personne : pouvoir compter sur quelque chose de durable, en ce qui concerne leur protection ou même leur lésion. Les faits qui favorisent nos intérêts ou leur nuisent ont une valeur proportionnée au caractère durable de leurs effets. Un orage, une grêle qui détruisent la récolte d'une année laissent l'espoir de récoltes futures, un retard dans un paiement, un préjudice causé dans un cas où il y a responsabilité laissent au créancier l'espoir d'une compensation obtenue à l'amiable ou judiciairement et

n'ont qu'une importance secondaire. Au contraire si une contrée est habituellement dévastée par la grêle, les orages, s'il y a dans tel pays une maison de commerce solidement établie qui paraît devoir garder longtemps sa clientèle, s'il y a des bandes de malfaiteurs qui dévastent régulièrement telle région sans être inquiétés, si des fonctionnaires cherchent à entraver telle catégorie d'entreprises, à favoriser telle autre, ce sont des faits durables qui ont une grande importance. Sans doute ils sont encore incertains, destructibles, susceptibles de changement dans quelque mesure ; rien en ce monde n'est certain et éternel. Les maisons les plus réputées peuvent disparaître, les partis au pouvoir être renversés, les administrateurs peuvent être remplacés pas d'autres d'un esprit différent. Il y a cependant des probabilités que, faute de mieux, on doit tenir pratiquement pour des certitudes. Parmi ces probabilités dont l'observation s'impose, puisque d'elles dépendent la sauvegarde des intérêts ou les atteintes qu'ils subiront, figurent en premier lieu les lois naturelles, imparfaitement connues, qui nous donnent cependant des suppositions souvent conformes à ce qui se passera. J'y ferai rentrer les lois du monde psychologique bien que beaucoup plus incertaines, plus vagues.

Parmi ces probabilités importantes à connaître, il faut faire rentrer les actions des autorités organisées et fortes. Comprenant des groupes d'hommes, ces dernières sont plus puissantes que des individus isolés, plus susceptibles aussi de maintenir les décisions qu'elles ont prises, ou que leurs agents et représentants ont pris en leur nom. Elles ont donc à la fois la force et la continuité.

Les habitudes qu'elles ont prises et auxquelles on ne peut se soustraire, sont importantes à connaître pour la protection des intérêts. Elles peuvent s'exprimer de différentes façons, être un simple usage, une coutume ou une règle qu'elles ont établies pour l'avenir et qu'elles observent.

Quand il y a ainsi un fait, une situation durable et probable, qu'elle provienne d'une bande organisée et puissante, d'un Etat,

de la force ou de la ruse, de la menace, du mauvais vouloir ou de la corruption des individus,il y a une certaine suite dans les événements qu'on ne peut négliger.

C'est dans cette zone des faits qui pourront se produire, parce qu'il y a des probabilités fortes pour cela, que se trouve le droit, cette nation vague et fuyante que nous allons essayer de déterminer au point de vue de l'observation, puis au point de vue de l'idéal.

Nous nous placerons dans cet examen surtout à un point de vue critique et sciemment nous montrerons les difficultés dans toute leur ampleur et les nécessités des contradictions, nous éloignant en cela d'un grand nombre d'auteurs, qui se plaçant au point de vue de l'action, des idées forces, ont bâti des théories qui n'ont guère résisté à un examen pénétrant et se sont rapidement démodées.

Que faut-il entendre par droit au point de vue de l'observation seule ? Quand le droit existe-t-il ? Cela est droit qui est imposé par une force organisée contre laquelle il n'y a pas de recours. Droit est pratiquement synonyme de fait social imposé au besoin par la contrainte (1). Quand un jugement régulier en la forme, non susceptible de recours, décide une chose, cela est droit, de même quand une administration prend une décision qu'on ne peut attaquer ou que l'on a attaqué en vain. De même lorsqu'une loi a décidé une chose, cette loi étant inattaquable dans nos idées françaises, à la différence des idées américaines, ce qu'elle décide est le droit. Voilà la notion la plus simple et la plus réaliste du droit, celle que nous donne l'observation. Elle élimine déjà du domaine du droit les simples faits contre lesquels une force organisée supérieure peut nous prémunir ou qu'elle s'efforcera d'effacer directement ou par équivalent. Quand un individu assassine

(1) Cf. Picard, *Le droit pur*, p. 40. Comme le dit exactement M. Schatz, *L'individualisme économique et social*, p. 318, là où il n'y a pas de force, il n'y a pas de droit. V. le même, Stuart Mill, *Utilitarisme*, 3e éd., chap. V, p. 103-104.

au coin d'un bois, fût-il affilié à une bande organisée, à une *camora* même, son acte n'est pas conforme au droit, car il y a une force organisée supérieure qui peut le punir, le forcer à réparer.

La raison du plus fort n'est la meilleure, ne peut se dire droit que si elle est celle définitivement la plus forte, celle qui doit rester victorieuse en dernier lieu.

Ces idées placent déjà au delà des frontières du droit bien des actes de violence. Mais que dire des cas où l'acte qui aurait pu être attaqué en faisant appel à une force organisée supérieure ne l'a pas été, soit par négligence, soit parce qu'il y avait trop de difficultés, de frais à faire pour que l'état illicite puisse être redressé. Ici encore, l'acte est contraire au droit. Bien qu'en fait il reste irréparé et que la loi, par un délai de prescription ou de déchéance arrive finalement à le consacrer, la victime a toujours le droit pour elle, c'est-à-dire la possibilité de faire effacer le fait accompli, le germe d'un redressement de l'état de fait en sa faveur. Cependant notons que son droit, s'il existe, est déjà extrêmement entravé, donc affaibli. Si la force organisée a fonctionné contre telle personne victime d'un acte contraire au droit, par erreur, ou par corruption, ou par mauvaise volonté, cela est droit à moins que cette force organisée ne soit susceptible de se réformer elle-même, de redresser ses propres torts, en punissant le fonctionnaire prévaricateur ou l'auteur du déni de justice. Mais si cette force organisée n'admet pas cette procédure ou si celui qui l'a intentée y succombe, le droit est contre lui. (1)

Telle est la notion la plus simple et la plus réaliste que l'expérience nous donne du droit (2). C'est, peut-on dire, la force qui est finalement la plus forte, la force de celui qui peut rire le dernier et rire bien, comme le veut le proverbe. Par conséquent, il est peu exact de dire que le droit prime la force ou que, la force prime le

(1) Cf. Ihering, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 217.

(2) Rapprochez sur des points voisins les développements sur la non omnipotence des lois par M. Cruet, *La vie du droit*, p. 13, et même ouvrage, p. 203, ceux sur les privilèges des classes socialement prépondérantes.

droit, puisque celui-ci sans la force n'est pas le droit, au point de vue pratique auquel nous nous plaçons exclusivement pour l'instant (1).

De même dans les rapports internationaux, cela est droit qui est soutenu par une force organisée, non seulement la force des armées, mais cette force indirecte et finalement puissante résultant de pressions morales : sous forme d'observations, de protestations, actes diplomatiques plus ou moins solennels derrière lesquels on voit luire l'éclair des baïonnettes ou poindre les coalitions (2).

Bien entendu il n'est pas nécessaire, pour qu'une prétention soit qualifiée droit, que la contrainte se soit en fait exercée. Il suffit qu'il y ait possibilité de cette contrainte si on en avait besoin pour réaliser sa prétention (3). D'ailleurs, comme le remarque très justement Korkounov (4), l'ordre juridique est d'autant plus normal que la contrainte s'exerce plus rarement. Et au fond, l'usage répété de la contrainte est souvent une preuve de faiblesse pour celui qui l'emploie (5), et il arrive un moment où le droit ne peut plus se maintenir s'il n'est ratifié par l'accord des consciences (6).

(1) « Ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste » a dit Pascal (*Pensées*, éd. Brunschwigg, fragm. 208).

(2) Cf. Ihering, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 217. Nous jugeons même inutile de compliquer en disant que la force qui contraint doit être l'Etat. Pourquoi obscurcir une notion si difficile à éclaircir, le droit, de l'idée d'Etat si complexe. — V. *contrà*, Picard, *Le droit pur*, p. 41 et p. 44.

(3) Nous nous refusons donc de reconnaître avec Berolzheimer (*Rechts und Wirtschafts philosophie*, IV, p. 90) la contrainte comme quelque chose de purement extérieur au droit, — V. dans le sens de cet auteur, Tanon, *op. cit.*, p. 140.

(4) *Théorie générale du droit*, p. 107. La définition du droit, comme norme coercitive.

(5) Les supplices sont une preuve de faiblesse des gouvernements, a déjà dit J.-J. Rousseau. — Cf. Binding Normen, p. 403, qui parle de l'antagonisme contenu dans la violence employée pour protéger le droit. On peut espérer que la contrainte deviendra plus rare, M. Picard pense même qu'elle disparaîtra, ce qui est douteux. — V. *Droit pur*, p. 433.

(6) Cf. Bouglé, *Solidarisme*, p. 45. — Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 147.

Bien entendu aussi la contrainte qui peut s'exercer peut être non seulement physique, mais encore morale. Celle-ci n'étant d'ailleurs souvent que l'avant-coureur de celle là et démontrant qu'en cas d'inexécution un inconvénient inévitable d'une sorte ou d'une autre se produira.

En un sens, la force du droit est plus grande dans les civilisations avancées où on a besoin de moins de contrainte physique. Mais alors, le droit n'est plus l'objet du même culte religieux. On l'apprécie d'après la valeur de son contenu (1). D'autre part la contrainte étant plus nécessaire lorsque les gens n'ont pas conscience de leurs intérêts (2), elle est moins employée lorsque les gens sont plus éclairés.

Il faut cependant encore nous expliquer sur un autre point pour donner une vue complète. D'après M. Hauriou (3), « il n'est point vrai que la force et le droit soient la même chose, parce que dans le droit il y a un élément sacrificiel qui procède du monde de l'esprit. Il n'est donc pas vrai que la force engendre le droit, mais il est vrai cependant que souvent ce sont les mêmes organisations qui, engendrées par la force pure, sont ensuite instituées par l'esprit et deviennent juridiques. Il n'y a donc point identité de nature entre la force et le droit, mais il y a succession historique d'une situation juridique à une situation de fait dans le même objet ».

Cette succession de l'état de droit à l'état de fait, en un certain sens, correspond à une apparence plutôt qu'à la réalité, à un point de vue subjectif plutôt qu'objectif. Quand un acte de force se produit dans de telles circonstances que l'on pourra réagir contre lui, cela est fait durable, cela est droit pour employer l'expression que nous avons adoptée : il n'est donc pas nécessaire que ce fait ait déjà une certaine durée dans le passé. Mais s'il en est ainsi objectivement, une force n'apparaîtra subjectivement comme invincible qu'à la suite de circonstances spéciales, de ten-

(1) V. Tanon, *Evolution du droit*, p. 154.
(2) V. Ihering, *Zweck im Recht*, p. 374.
(3) *La science sociale traditionnelle*, p. 103.

tatives infructueuses pour la combattre, de la terreur qu'elle aura inspirée et qui se sera propagée. C'est en général à l'usage qu'une force apparaît comme un fait avec lequel on doit définitivement compter ; et par suite c'est au bout d'un certain temps seulement que ce caractère lui sera reconnu. Le droit a donc presque toujours pour lui une certaine ancienneté quand on le reconnaît tel. D'ailleurs souvent avec le temps les oppositions qu'il rencontrait s'émoussent, sans compter les courtisans qui se multiplient, et font la théorie, proposent la justification de ce qui a été fait. Tout gouvernement a trouvé de prétendus philosophes pour légitimer tous ses actes, même les plus abominables.

Les idées que nous défendons ici se trouvent d'ailleurs pouvoir s'abriter de la haute autorité d'Ihering (1). « Le droit, dit-il, existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la réalité du droit ; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier n'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots. Au contraire, ce qui se réalise comme droit est droit, même lorsqu'on ne le retrouve pas dans les lois et que le peuple et la science n'en ont pas encore acquis la conscience » (2).

Ces constatations uniquement empruntées à l'observation nous présentent le droit d'une façon un peu différente de la manière habituelle. Obéissant aux tendances de notre esprit qui incline aux catégories simples, aux frontières bien marquées, qui cherche inconsciemment la sécurité avec une force sur laquelle nous reviendrons, on se représente volontiers deux camps bien distincts, où viendraient se classer les actes conformes au droit et les actes contraires au droit, sauf à hésiter ensuite beaucoup pour savoir dans quel camp tel ou tel acte peut se ranger et aboutir finalement à des incertitudes.

(1) *Esprit du droit romain*, t. III, p. 15.

(2) V. de même, t. I, p. 30 et suiv. Ihering ajoute toutefois peut-être dans cette dernière phrase un embryon de notion subjective en disant que le droit doit se réaliser comme droit.

Si nous nous contentons d'observer les faits, si nous cherchons moins à suivre purement et simplement les tendances de notre esprit qu'à présenter quelque chose de plus objectif, nous éprouvons des impressions tout autres. Les faits réels ou possibles nous apparaissent comme se rangeant d'une ligne ininterrompue entre deux extrêmes : le droit et le non droit. Ils se rapprocheront d'autant plus de la borne finale ; non droit que les forces organisées se ligueront plus contre eux pour les empêcher, en arrêter ou en détruire les effets. Ils se grouperont d'autant plus près autour de l'étendard du droit qu'ils rencontreront de la part des forces organisées moins d'obstacles, plus de facilités à leur exécution, par suite moins de possibilité de résistance individuelle, et que ces forces organisées seront dirigées par des volontés plus stables, capables de plus de suite, de persévérance dans les conceptions, capables aussi d'en assurer plus longtemps l'exécution.

Les faits nous amènent ainsi à constater que ces deux extrêmes : le droit et le non droit, ont presque moins d'importance au point de vue du nombre des actes qui y correspondent directement que les situations intermédiaires (1). Car les autorités qui protègent tel ou tel intérêt peuvent changer de conceptions ; que la loi ou la coutume se modifie, il en résultera une atteinte à l'intérêt de celui qui avait un droit, à moins que son acte ne soit dans ceux qui seront hors des coups de la loi nouvelle. C'est ce qui fait que le droit est toujours quelque peu fragile pour les actes à longue portée : droit de propriété, fondations, sociétés à longue existence, etc., il l'est moins pour les actes dont les conséquences doivent durer peu et qui à peine nés disparaissent dans le passé de façon complète : car à ce moment le droit se maintient par une puissante force d'inertie. Devant l'impossibilité de reviser

(1) Pascal a certainement exagéré lorsqu'il a dit : « La force est très reconnaissable et sans dispute. » Elle l'est seulement dans une large mesure, mais celle-ci est suffisante pour la vie pratique, qui se contente de probabilités, faute de mieux.

tous les actes passés, le trouble qui en résulterait, la difficulté qu'on rencontrerait, les forces organisées s'arrêtent, en employant des expressions multiples, en parlant de prescriptions, de fins de non-recevoir diverses. Les forces organisées qui ne tolèrent pas un fait nouveau d'un genre déterminé acceptent ainsi qu'un fait semblable ait eu lieu dans le passé, sans chercher à le détruire. Il en a toujours été ainsi, sauf de très rares exceptions : à des époques nettement révolutionnaires. Et ainsi la force des choses, ou plutôt la disproportion de l'effort au résultat obtenu est le plus ferme soutien de la non-rétroactivité des lois.

Nous venons d'exposer qu'il y avait un droit en notre faveur lorsque notre intérêt avait reçu d'une force organisée, d'une autorité constituée si l'on préfère, une armature pour la protéger et sur laquelle elle pouvait compter de façon durable.

Force et durée en vue de satisfaire notre intérêt, voilà donc les éléments principaux que l'on découvre dans le droit positif par l'observation. Sans doute cette analyse du droit s'éloigne un peu de celle qu'on en donne volontiers en se contentant d'analyser ses diverses sources : lois, règlements, coutume, etc. Mais on est obligé de constater qu'elle est la seule pratique. Un droit n'existe pleinement que s'il peut être ramené à exécution, et dans la mesure où il le peut. Une créance qui ne sera jamais susceptible d'être payée et dont on ne pourra tirer aucun autre avantage par cession, compensation, etc., si elle est un droit, ne représente pratiquement rien. Pour l'homme d'affaires, l'homme de bons sens, un droit dans ces conditions, ce n'est rien, d'autant plus que le point de vue juridique n'est pas une invention de l'esprit pour sa satisfaction théorique, destiné à procurer des satisfactions platoniques comme une belle pensée, ou une remarque ingénieuse, mais quelque chose d'établi pour un but pratique. Un droit qui ne répondrait pas en fait à l'intérêt qu'il doit satisfaire, c'est donc une sorte d'arme rouillée qui ne peut être d'aucun usage. Ce n'est que l'ombre d'un droit (1) Nous nous réservons seule-

(1) Nous voyons pour cela que M. Dunan (« Principes moraux du droit. »

ment d'atténuer un peu cette formule par la suite, en montrant que ce droit sans portée pratique et directe pour son titulaire, quand il se heurte à un adversaire décidé, n'est cependant pas sans une influence pratique tantôt éloignée, tantôt rapprochée, par une sorte de respect mystique ou irraisonné dont il est entouré et qui lui donne une force morale importante. Mais alors ce n'est plus une force directe qu'il possède, c'est une sorte de force psychologique non mesurable.

Ce point de vue sur lequel nous reviendrons étant mis à part, il résulte de l'observation même de la vie essentiellement changeante, qu'un intérêt revêtu d'une armature de droit tellement forte que sa réalisation soit certaine, est extrêmement rare, qu'un droit ne se présente qu'avec des probabilités plus ou moins grandes de réalisation pratique, sa force n'est jamais absolue, mais simplement relative. Mais dans nombre de cas cette valeur relative est suffisante pour que l'on puisse faire suffisamment fonds sur elle dans la vie courante.

On pensera peut-être que le droit, cette force durable en puissance, a ainsi des limites assez vagues. Cela est exact. La clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses.

D'ailleurs, nous sommes obligés de constater que les usages de la vie des affaires, les notions techniques même peuvent par certains côtés rentrer dans le droit, grâce à la notion de faute et aux conséquences juridiques que la loi attache à la faute. Je suis en faute si je ne prends pas dans mon chantier les précautions qu'il est d'usage de prendre, si je ne me munis pas d'appareils de secours qui sont déjà employés depuis quelques années. Je suis en faute si je ne suis pas les usages des affaires, si je ne préviens telle personne

Rev. de métaphys., 1901, p. 700) va trop peu loin quant, à l'exemple de Leibnitz, il qualifie seulement le droit, de puissance morale, de pouvoir idéal d'agir, d'idée qui veut trouver sa réalisation dans les faits. Il exagère ce qu'il tire de cette idée juste : que la philosophie empirique ne peut solutionner le problème du droit.

quand on a l'habitude de le faire en pareil cas. Le droit s'arrête seulement s'il y a usage mal établi ou simple usage mondain.

Nous faisons ainsi rentrer le droit dans une certaine imprécision. Mais cela n'est pas pour nous effrayer. La nécessité du raisonnement logique ou de l'enseignement ont une tendance à nous faire présenter des limites anguleuses aux diverses notions. Mais dans aucun ordre d'études, il ne faut oublier le fameux : *natura non procedit per saltus*. Il y a une série de nuances de l'*esse* au *non esse*. Le droit n'a aucun profond fossé de séparation autour de lui (1). La force de l'opinion, force inorganisée au sens exact du mot, mais suggérée, conduite, est déjà une force demi-organisée dont l'homme d'affaires doit se préoccuper dans une certaine mesure. Il y a transition insensible des caractères du droit à leur absence (2), depuis la contrainte d'Etat, la contrainte corporative ou la contrainte familiale, jusqu'à l'influence de quelques penseurs isolés (3).

En tous cas nous évitons par cet exposé de présenter le droit comme susceptible d'être vaincu, il peut être violé, mais pour se redresser aussitôt ou peu après, et cela nous semble préférable à des hymnes sur la beauté du Droit suivis de lamentations sur ses défaites. Si celui-ci est envisagé pratiquement, voilà qui donne une faible idée de son utilité (4).

Le droit dont la réalité nous donne la notion, couvre donc indifféremment les actes les plus justes et les meilleurs comme les plus injustes, l'abolition de l'esclavage comme tous les meurtres légaux, toutes les spoliations légales, et nous n'arrivons pas à des cons-

(1) Ainsi les obligations morales, les usages dont le droit disciplinaire assure le respect, les actes louables que des décorations récompensent, touchent à la situation intermédiaire entre le droit et le non droit. On pourrait y ajouter les obligations naturelles, les *leges imperfectae*.

(2) On rapprochera les idées différentes de Korkounov, p. 103 et suiv. dont les objections contre la contrainte ne s'appliquent pas à notre système d'observation.

(3) Cf. une idée analogue : Korkounov, *op. cit.*, p. 80.

(4) V. not. *contrà* : Picard, *Droit pur*, p. 45.

tatations éloignées de celles de Hobbes dans le Leviathan, à cette différence que nous n'exigeons pas ces constatations en théorie que nous approuvons (1).

De cette notion expérimentale si triste, sauf ceux qui en ont profité ou espèrent en profiter, jamais les esprits n'ont pu se contenter, ils ont presque toujours fait appel à un droit supérieur, idéal, à la *non scripta sed lata lex* à la Loi supérieure aux lois (2).

Cette loi supérieure idéale, quelle est-elle? Est-ce la morale? Non, mais c'en est un chapitre.

Ce n'est pas la morale. Il n'est pas besoin de répéter ici ces explications devenues banales sur la distinction du droit et de la morale et de faire observer que le droit et la morale ne sont pas une seule et même chose, n'ont pas un domaine également étendu.

Mais il faut constater que le droit est la partie de la morale qui paraît présenter une importance telle que les forces sociales, organisées ou non, doivent se proposer pour but d'en assurer l'application (3).

(1) Cf. des idées analogues dans Danton, *De la nature des choses*, p. 253. Aussi dirions-nous assez volontiers avec Ihering, mais nous plaçant seulement au point de vue positif : le droit est la politique de la force, c'est-à-dire d'une organisation puissante, presbyte et instruite par l'expérience (cité par Stammler, *Richtige Recht*, p. 28).

(2) V. dans Boudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 29 à 32, l'indication des auteurs de l'antiquité et des temps modernes qui ont émis cette idée depuis Sophocle et Platon.

(3) V. en ce sens, Beaussire, *Principes du droit*, p. 65. — V. cep. Roguin, *La règle du droit*, p. 103. — Cf. Izoulet, *La cité moderne*, p. 456 ; Courcelles-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, p. 203 et 432. — V. un autre système dans Haurlou, *Science sociale traditionnelle*, p. 159. — Cf. en notre sens, Jellinek, *Socialistische Bedeutung des Rechts*, p. 62, et Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 123. — *Contrà* : Tanon, *Evolution du droit*, p. 140, qui voit la caractéristique du droit dans le processus pour sa formation comme règle de conduite : coutume ou loi. Ceci ne nous semble pas distinguer la coutume de la morale. Korkounov (*Théorie générale du droit*, p. 52) défend une autre théorie : la morale aurait pour but l'appréciation des intérêts et le droit la délimitation de ces mêmes intérêts (faisant surtout apparaître dans le droit ce grand ressort de séc-

Il peut y avoir des règles morales dont l'application par la force ne soit pas susceptible d'être réclamée, ou n'apparaisse pas pour une raison quelconque devoir être réclamée. On n'a jamais songé à imposer par la force, du moins en thèse générale, d'être bon, aimable, de n'être pas paresseux, de n'être pas menteur, etc.

Mais il y a une partie des règles morales qu'il apparaît nécessaire d'imposer par la force (1). Ainsi les législations ont cru devoir, en thèse générale, punir le vol ou le viol, ou le meurtre. Il nous semble incontestable, presque naïf, de dire que ce sont des raisons d'utilité seule (en donnant à ce mot son sens relatif de finalité) qui permettent de réaliser une partie de la morale par la violence et par la ruse, par cet outillage complexe qui assure la mise en œuvre du droit (2). Qui dit morale, dit plutôt obligation du for intérieur ; qui dit droit, obligation du for extérieur. Et cette puissance donnée à la règle morale ne peut s'expliquer que par un but poursuivi, une utilité, une finalité poursuivie ; un certain aspect que l'on veut donner à la société, un certain ordre qu'on veut y mettre. On peut donc dire que c'est pour une raison d'utilité, de finalité si l'on préfère, qu'une partie de la morale est exécutoire (3). Mais cela ne fait que nous rapprocher des difficultés les plus importantes.

rité qui a tant d'importance). S'il veut parler du droit positif, constater un fait, c'est exact, mais s'il veut fixer un idéal, ce qui est son objectif, cette délimitation se fera nécessairement suivant une appréciation. Plus loin il reconnaît qu'il en est ainsi, mais il se refuse cependant à ramener le droit à la morale, certaines de ses règles ayant précisément pour but d'assurer à chacun la liberté de ses convictions morales, mais on peut répondre à cela que, dans cette situation d'opinions disparates, la morale, théorie plus simple qu'on ne le croit en général (v. plus loin), ordonne précisément qu'il en soit ainsi. — Cf. sur les rapports du droit et de la morale des idée voisines des nôtres dans Berolzheimer, *op. cit.*, IV, p. 140, et II, p. 25.

(1) Il est d'ailleurs difficile de déterminer où s'arrête la liste de ces règles que l'on doit imposer par contrainte. — V. Picard, *Droit pur*, p. 301.

(2) Nous prenons ainsi le mot d'utilité pour désigner simplement une relation, une concordance. C'est ainsi que Boudant analysait déjà très exactement ce terme, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 170.

(3) J'emploie ici cette expression de droit idéal, sans vouloir rien préjuger

Il s'agit de savoir quel est le fondement qu'il convient de donner au droit idéal (dans la mesure où on peut le fixer) (1), ou si l'on préfère, à la morale socialement exécutoire, et de savoir quelle est la raison pour laquelle ce droit idéal doit exister et pourquoi tout ne doit pas rester dans le domaine de la morale pure.

Tranchons d'abord ce second point qui est le plus facile. Du moment que l'on admet que l'existence de sociétés organisées est un fait d'expérience de tous les temps et que l'existence de forces sociales coordonnées est en quelque sorte fatale, qu'on ne peut prévoir qu'elle disparaisse autrement que dans des instants d'anarchie, il faut s'incliner devant ces nécessités évidentes nées du contact des hommes entre eux et de l'impossibilité de ne pas fixer les limites de l'activité de chacun (2).

Mais est-ce à dire que les règles les meilleures pour régir les sociétés humaines vont être l'application pure et simple de données reposant sur des fondements spéciaux, positifs ou surnaturels et qui seraient la morale ?

Nous ne pensons pas que le droit idéal soit ainsi placé sous la dépendance de la morale.

Ce serait bien plutôt le contraire. Certaines règles ne sont morales que parce qu'elles appartiennent au droit idéal, que parce que l'économie politique ou la science sociale les imposent. La morale en effet n'impose le respect de la propriété individuelle et n'enjoint d'employer la force pour l'assurer que parce que l'économie politique juge cette institution légitime et supérieure comme résultat à une autre organisation. S'il était démontré que le régime collectiviste est supérieur au régime de la propriété individuelle, et si celui-ci était proclamé, il serait immoral de vouloir substituer au régime collectiviste celui qui fonctionne aujourde la question de savoir s'il y a un idéal net comme le voulait l'ancienne théorie du droit naturel, ou s'il n'y en a pas, ou si enfin il n'y a pas, comme cela est soutenu actuellement, un droit naturel à contenu variable.

(1) Cf. Ihering, *Œuvres choisies*, II, p. 106.

(2) V. sur ce point les développements de Ihering, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 374.

d'hui. De même, si l'on jugeait possible et préférable d'assurer l'élection des juges par le peuple, il serait immoral de vouloir assurer le maintien du mode actuel de nomination.

Ce sont des considérations de finalité qui doivent guider l'établissement des notions de morale, en prenant bien entendu le mot dans son sens le plus large, ne pouvant rien préciser pour l'instant. Et soit pour fixer certains buts à atteindre, pour indiquer les moyens de les atteindre, les sciences économiques tiennent une grande place.

Cela dit, quelle utilité pratique y a-t-il à fixer ce droit idéal ? Cette utilité est incontestable et elle existe à plusieurs points de vue. Le législateur pourra le réaliser plus ou moins complètement. L'administration pourra s'en inspirer. Enfin le juge, dans les nombreux cas où il ne sera pas lié par le texte, pourra en faire application. De façon plus générale, il s'efforcera plutôt, dans le doute, de faire fonctionner le droit positif dans le sens du droit idéal. Enfin celui ci peut agir sur l'esprit public, façonner l'opinion à certaines idées, faire aboutir certaines réformes.

Toute idée émise et répandue a des répercussions considérables : proches ou lointaines. Emise, elle agit sur l'esprit des innombrables personnes qui, n'ayant pas soit le goût, soit le temps, soit l'intelligence de penser et de réfléchir, se contentent d'idées toutes faites qu'on leur infuse. Elle se répand ensuite conformément à ces lois capitales de l imitation dont l'importance sociale est aujourd'hui mise à sa véritable place (1). Une législation idéale, un principe législatif formulé sont donc des idées forces de la première importance.

Nous dirons même que si le droit tel que l'observation le donne est toujours un peu incertain, le droit positif, envisagé subjectivement, par la conception que chacun s'en fait, a déjà une force

(1) V. Tarde, *Les lois de l'imitation*. — Cf. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, p. 278.et suiv.

profonde. On observe les lois sans se rendre compte des cas où on pourrait les violer impunément. Le terme de Loi, de Droit, pour notre esprit à courte vue, éveille l'idée d'une puissance irrésistible à laquelle on se plie, en augmentant ainsi sa puissance. L'esprit humain, avide de direction, souvent de tranquillité, se soumet facilement, et ainsi le droit n'a même plus besoin de manifester sa contrainte, on lui obéit bénévolement, l'assentiment succède à la force et dans cette marche qui peut durer assez longtemps vers l'adoucissement de la vie sociale, on voit un progrès que l'on prend aisément pour définitif.

Au total il est même à souhaiter que ce respect idéal du droit, bien qu'il repose peut-être au fonds sur une erreur que ne commettent pas les habiles, soit développé autant que possible, devienne jusqu'à un certain point un culte, à raison de la tranquillité qu'il donne, des forces sociales qu'il économise, car il permet par ailleurs une action plus féconde et plus active.

Ainsi par cette observation que nous faisons sur le droit positif, analogue à celle que nous venons de faire sur le droit idéal, nous réintégrons dans la mesure où il convient, celle du point de vue éducatif, la force idéale du droit (1) que nous paraissions méconnaître dans les pages précédentes lorsque nous nous placions au seul point de vue de l'observation.

L'intérêt de la question étant démontré, nous devons nous préoccuper de la méthode à employer pour la résoudre : nous n'avons pour cela comme instruments à employer, que l'observation des faits, la machine à raisonner qui seule mérite le nom de raison, et un certain sens commun, un certain bon sens que les philosophes eux mêmes décorent à tort du nom de raison, qui n'est au fond qu'un ensemble de sentiments dont les motifs nous échappent ou font défaut et que nous posons comme non douteux dans leurs évidences trompeuses.

(1) V. sur ce point Berolzheimer, *System des Rechts und Wirtschafts philosophie*, IV, p. 88 et suiv.

Nous voyons nettement, quant à la méthode à suivre pour fixer un idéal législatif et judiciaire, qu'il faut abandonner cet « esprit classique » dont la critique n'est plus à faire après Taine, qu'il ne faut plus se contenter de faire à l'expérience un appel dérisoire pour formuler ensuite quelque principe dont on prétend faire le : « Sésame, ouvre-toi » du droit tout entier, principe dont les conséquences doivent être fréquemment rejetées, ou dont la forme est si vague, si imprécise qu'il ne projette finalement aucune lumière sur les problèmes à résoudre.

Cependant les systèmes inspirés de cette méthode sont nombreux. C'est d'abord l'ensemble des théories du droit naturel, qui ont été soutenues, surtout en France, au XVIII^e^ et au XIX^e^ siècle. Sans entreprendre un exposé de théories si connues, contentons-nous de constater avec Savigny (1) qu'elles ont prétendu » faire planer au dessous du droit positif un droit absolu et normal que tous les peuples pourraient adopter et substituer à leur droit (2).

Quel que soit le système se rattachant à ce point de vue, que l'on envisage, il n'est pas contestable qu'on ne saurait l'accepter, par l'impossibilité même d'appliquer à tous les peuples, quel que soit leur état de civilisation, quelles que soient les circonstances, une législation toute faite, nécessairement *à priori*. Nous croyons que sur ce terrain, les critiques adressées à ces théories par l'école historique sont décisives (3).

(1) *Droit romain*, I, p. 50, trad. Guenoux.

(2) V. encore cette idée reprise de nos jours dans Rothe, *Théorie du droit naturel*, t. I, p. 61 et suiv. — V. pour plus de détails sur cette école : Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 10 et suiv.

(3) V. en ce sens : Saleilles. Ecole historique et droit naturel, *Revue de droit civil*, 1902, p. 80, Courcelles-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, p. 400 ; Boudant, *Le droit individuel et l'État*, p. 104. Ce dernier nous paraît avoir critiqué cette doctrine avec moins de sagesse quand, dans le même ouvrage (p. 36 et suiv.), il reproche au droit naturel de prétendre indiquer ce qu'il est souhaitable de voir immédiatement transformer en lois positives. Le défaut de cette prétention est d'être exagérée, mais si elle était au fond justifiée, il serait préférable d'avoir un guide sûr, plutôt que les directions soi-disant générales, en réalité imprécises que l'on présente d'ordinaire.

Le tort véritable de cette théorie a été de prendre dans la conscience hu-

Faut-il, à défaut de ce point de vue, accepter l'un des nombreux systèmes qui, sans prétendre édifier une théorie complète de législation idéale, donnent cependant quelques principes dont on ne doit pas se départir : tantôt la solidarité sociale avec M. Léon Bourgeois (1), tantôt l'idée de justice, avec de nombreux jurisconsultes, tantôt l'idée de droit individuel avec M. Beudant, tantôt celle de l'inviolabilité de la personne humaine avec M. Boistel (2), tantôt l'idée que le droit c'est la liberté consacrée et réglée par le devoir (3), ou encore ce principe que les hommes en société doivent être dans la situation de mieux atteindre les buts qu'ils se proposent (4) ou de pouvoir faire leur devoir (5). Ces principes, sur lesquels nous aurons à revenir, nous paraissent en eux-mêmes d'une valeur incontestable, comme reposant sur certains sentiments ou certaines idées, mais le difficile n'est pas de les proclamer, c'est de fixer les frontières de leur empire, de voir jusqu'où ils peuvent aller en face de principes opposés, à l'encontre de faits qui leur sont contraires. Si les deux qualités essentielles de ces divers principes : leur étendue et leur force, ne sont point fixés, ils restent à l'état d'espoirs vagues, inutiles, et je dirais volontiers dangereux, car on ne voit pas où sont les garanties contre cette chose terrible : l'abus d'un bon principe (6). On peut, à défaut de ce système, dire avec M. Planiol (7) que le droit naturel se compose d'un petit nombre de maximes fondées sur

maine certains sentiments et d'en déduire à la légère, sans considération suffisante des faits, des déductions hâtives, sans se demander si le fondement était solide, s'il n'y avait pas dans les faits des raisons pour arrêter la déduction du principe.— Cf. sur l'insuffisance de ces théories : Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 4 suiv.

(1) Léon Bourgeois, *La solidarité*.

(2) *Philosophie du droit*, I, p. 72.

(3) *Philosophie du droit civil*, par Franck, p. 9.

(4) *Stammler Lehre des richtigen Rechts*, p. 196.

(5) Beaussire, *Principes du droit*, p. 46.

(6) Rapprochez sur la valeur relative de ces divers principes, Cruet, *La vie du droit*, p. 183 et suiv.

(7) *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n. 5.

l'équité et le bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même, qui sont en très petit nombre, réduit à des notions très élémentaires, inutiles à formuler en articles de lois. Mais les principes ainsi affirmés de liberté des hommes, de protection de la vie, du travail ne permettent que des solutions peu précises, et on peut leur trouver de continuelles exceptions non moins justifiées. La même critique peut donc être adressée à cette théorie (1).

Et on peut en dire autant à plus forte raison de ceux qui, avec M. Deslandres, croient trouver le principe du droit dans le respect de la loi morale (2), qui veulent établir un *certain* et présenter les règles du droit comme des principes.

En opposition très nette avec la doctrine du droit naturel, s'est élevée, on le sait, celle de l'école historique, esquissée déjà par Savigny dans son *Traité du droit romain* (3). Le droit populaire dans cette théorie serait la base commune des autres droits : droit législatif et droit scientifique. S'il est parfois caché par eux, il se continue cependant au milieu d'eux. Ce droit général sur lequel reposent tous les autres qui ont pour mission de s'accorder avec lui, a un but général qui lui est assuré et que chaque peuple est appelé à réaliser historiquement. Le législateur doit avoir devant les yeux ce but général et s'en rapprocher constamment, sans néanmoins porter atteinte à l'énergie de la vie individuelle ; ainsi il prêtera la plus heureuse assistance à l'action insensible de l'esprit populaire (4). C'est donc une théorie très voisine de celle développée vers la même époque par Hegel, qui, conformément aux principes de sa philosophie panthéiste, voit dans l'histoire du monde et du droit, l'Esprit du monde en train de se dégager peu à peu, cet esprit s'incarnant successivement dans

(1) V. Cruet, *La vie du droit*, p. 189.

(2) La crise de la science politique et le problème de la méthode, *Rev. de dr. public*, t. XV, p. 421.

(3) T. I, p. 45 et suiv.

(4) V. parmi les plus récents exposés de cette théorie, v. Saleilles, *art. cité* ; Tanon, *L'évolution du droit et de la conscience sociale*, p. 1 et suiv. ; Korkounov, *op. cit.*, p. 157 et suiv. ; Charmont, *op. cit.*, p. 69, et suiv.

celui des grands peuples civilisateurs anciens et modernes. C'est chez tous deux, le même respect de l'esprit mystérieux qui sernit en quelque sorte le support des phénomènes sensibles. Au fond, cette théorie est plus qu'un appel très large à l'expérience, elle est, et c'est là une condamnation, l'annihilation de la théorie devant les faits, une véritable renonciation.

Le problème d'un idéal législatif se trouve aujourd'hui repris en France sous un aspect nouveau extrêmement séduisant, sous les auspices de M. Saleilles qui, à la suite d'articles de Stammler et de L. von Savigny, a défendu la théorie d'un droit naturel à contenu variable (1). Après avoir affirmé qu'à tout moment il faut se préoccuper de la justice, « il nous parle de l'appréciation que, dans un milieu historique d'une époque donnée et sous les conditions sociales qu'il présente, on doit se faire de la justice » (p. 105), et il ajoute que le juge a seulement le droit de faire application concrète des idées de justice absolue que peut lui suggérer un idéal de droit naturel abstrait, si ses conceptions ont trouvé déjà une objectivité extérieure à lui et susceptible d'impératif juridique, et si, par une méthode expérimentale, le juge trouve à rendre sa conception plus solide. Cette méthode, il la trouve dans l'analogie juridique, la conscience juridique collective et le droit comparé.

Il résulte de ces passages très caractéristiques que le juge doit prendre comme idéal du droit les conceptions courantes, manifestées par ces divers moyens : esprit public du pays, droit comparé, etc.

Mais quels seront les guides de ces conceptions courantes, quel devra être le guide de la pensée juridique collective, de la volonté législative ? Ce sera l'idée de justice appréciée à une époque et dans des conditions données. Tout en proclamant une justice absolue, M. Saleilles arrive donc à une théorie relative, en

(1) V. l'article précité de la *Revue de droit civil*, 1002. Rappr. de ces idées Korkounov, *op. cit.*, p. 80 : *la relativité du droit* et Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 188. — V. dans le même sens : Charmont, *La Renaissance du droit naturel*, p. 217.

voyant dans l'idéal d'une époque, une image suffisante d'un idéal absolu.

Ces divers systèmes étant exposés, que faut-il en penser ? Nous croyons d'abord à la possibilité, à la nécessité de mettre un idéal au dessus des faits (1).

Cette possibilité d'un droit idéal au-dessus du droit positif s'explique fort bien, malgré les raisonnements contraires que l'on a invoqués. On a dit que les deux choses ne pouvent guère coexister (2), le droit positif tirant, affirme-t-on, toute sa force de sa conformité au droit naturel, il ne pourrait s'en distinguer, car s'il en différait, il cesserait par là même d'être respectable, et la coexistence d'institutions juridiques différentes ne s'expliquerait pas. Cet argument qui a gêné considérablement les auteurs anciens, n'a aucune portée, si l'on remarque avec Ihering que le droit ne se forme que par une lutte. Cette application de l'opposition universelle fait qu'il est naturel que le droit idéal soit continuellement inobservé. Ceux qui ont prétendu le contraire ne l'ont fait que par suite d'une conception fausse d'un ordre naturel de choses tellement puissant, qu'il se réaliserait lentement et forcément, sans le moindre heurt, idée qui fut une des exagérations de l'école historique.

Malgré l'école historique, malgré l'importance de l'école sociologique qui à sa suite a cru tout limiter à l'étude des lois de l'évolution, nous croyons à la nécessité d'un idéal, car il y a dans l'activité humaine quelque chose de conscient, de voulu, qu'il faut diriger. Le nier, c'est mettre les lois du monde physique au même rang que les principes de l'action humaine et réduire le droit à une étude descriptive, c'est aussi refuser de guider le législateur (3).

(1) Ceci est indiqué de tous côtés. V. en ce sens, G. Renard, Méthode d'étude de la question sociale, *Revue socialiste*, 1897, t. I, p. 137.

(2) Cf. Korkounov, *op. cit.*, p. 145.

(3) Cf. Ce rôle indiqué par Levi, *Per un programma di filosophia del diritto*. Turin, 1905, p. 147.

C'est une confusion grave contre laquelle on tend à protester aujourd'hui (1).

Ces groupes de solutions ainsi indiqués que faut-il penser ? Il nous semble d'abord que, pour fixer un idéal social, il faudra tenir compte des situations de fait (2) : soit des impossibilités absolues soit des modifications que le temps, les découvertes, les changements économiques ont apportées à des situations en apparence identiques. Les rapports entre patrons et ouvriers doivent en bonne justice être autrement réglés lorsque le patron n'est que le chef d'un petit atelier, ou un compagnon qui se fait aider par quelques camarades ou le chef d'une industrie énorme. La législation doit être différente suivant les degrés et les genres de civilisation. Elle doit tenir compte en outre des situations économiques, des situations psychologiques, des caractères permanents ou temporaires de chaque peuple : actif ou indolent, intelligent, porté au commerce ou à l'agriculture, propre à se gouverner lui-même, amoureux de son indépendance, ou docile à un gouvernement autoritaire (3).

Autrement dit, la législation dans chaque cas doit tenir compte non seulement de quelques apparences, mais de l'ensemble des données du problème, données toujours variables avec les époques et les pays. Et il y a par suite une place considérable à faire à l'observation dans tout problème de droit (4).

(1) Gaston Richard, La philosophie du droit au point de vue sociologique, *Rev. philos.*, 1906, t. I, p. 86.

(2) Nous acceptons pleinement à ce point de vue la remarque de Courcelles Seneuil (*op cit.*, p. 207). « La source du droit est tout indiquée, c'est l'étude de la science sociale dans toutes ses parties, l'étude des inclinations naturelles de l'homme et des suites nécessaires qu'ont sur la vie et le développement des sociétés, les diverses règles de droit qui peuvent être introduites. »

(3) V. une énumération de ces divers facteurs dans Picard, *Droit pur*, p. 303 et suiv.

(4) *Id.*, p. 210. Cf. sur le lien entre l'idéal du droit et la science sociale, Tanon, *op. cit.*, p. 42.

Mais cette part faite aux faits changeants, il en reste toujours une autre que l'humanité devra faire à un certain idéal. Celui-ci ne s'appliquera qu'avec de nombreuses réserves, c'est certain. Mais si étroites que soient ses frontières, il reste toujours, son domaine ne peut être supprimé (1). Ce fut là l'erreur essentielle de l'école historique d'avoir cru que le droit était comme un fleuve énorme suivant une direction, sans qu'il y eut à lui en assigner une, et d'avoir pour ainsi dire voulu remplacer le dogmatisme exagéré de l'école du droit naturel par le néant dogmatique (2).

Nous croyons nécessaire de rapprocher ces données des théories présentées par M. Lévy Bruhl dans son ouvrage : *La morale et la science des mœurs* (3), d'autant plus que nous avons considéré que le droit rationnel n'était qu'une partie de la morale. Dans cette remarquable étude, il nous est exposé qu'il n'y a pas et qu'il ne peut y avoir de morale théorique. Soit qu'elle se rattache à des idées métaphysiques, ou qu'inductive elle emprunte aux sciences la connaissance des faits dont elle a besoin, soit qu'elle établisse ce qui doit être, sans le considérer dans le rapport avec ce qui est, la morale paraît également sans valeur à M. Lévy Bruhl. Il lui reproche de reposer sur deux postulats : l'identité foncière de tous les hommes, et le caractère harmonieux et organique du contenu de la conscience morale, alors que le premier ne se présente pas avec le caractère qu'on lui donne et que le second est une erreur : la conscience morale évoluant lentement.

Et alors à la place de cette morale théorique, dont on a voulu tirer toute une morale pratique, il faut se proposer comme objet d'études la science des mœurs. « A un individu normal, vivant dans une société quel qu'elle soit, la nôtre par exemple, une réalité sociale s'impose qui lui préexistait et qui lui survivra. Il n'en connaît ni l'origine, ni la structure. Obligations, interdictions,

(1) V. en ce sens, Beudant, *op cit.*, p. 196.

(2) Cf. Tanon, *Evolution du droit*, p. 60.

(3) On rapprochera de cette théorie les idées de M. Durkheim, *Division du travail social*, p. 450, à propos de la morale des sociétés organisées, et A. Bayet, *L'idée du bien*.

mœurs, lois, usages mêmes et convenances, il lui faut se conformer à toutes ces prescriptions, sous peines de sanctions diverses (1). »

L'étude des obligations morales qu'une société impose à ses membres, c'est la science des mœurs. A cette science viendra s'adjoindre un art rationnel moral employant à l'amélioration des mœurs et des institutions existantes la connaissance des lois sociologiques et psychologiques. Il ne se formera qu'au fur et à mesure du progrès des sciences dont il dépend, très lentement peut-être, par inventions successives et partielles. Il devra agir sur la réalité « pour la modifier dans les limites assez étroites où la connaissance des lois rendra notre intervention possible ». Il ne prétendra pas à « une universalité de droit » (2) ; comme il se fonde sur l'étude positive de la réalité sociale, il n'hésitera pas à reconnaître que chaque société a sa morale comme sa langue, sa religion, et sans méconnaître ce que l'étude comparée pourra révéler de commun dans le développement des morales des différentes sociétés, l'intervention scientifique ne consistera pas en des mesures identiques partout. A supposer connues toutes les conditions passées et présentes de deux sociétés très différentes : la nôtre et la chinoise, les applications proposées à l'amélioration de l'une et de l'autre ne coïncideront certainement pas.

Nous nous faisons un plaisir de reconnaître ce qu'il y a dans ces théories morales de commun avec les conceptions de droit que nous exposons. Si le droit idéal n'est qu'une fraction de la morale, il n'y a rien d'étonnant à ce que, dans des domaines si rapprochés qu'ils font plus que se toucher, puisqu'ils se pénètrent partiellement, il y ait des théories communes, notamment celle-ci : dans la morale comme dans le droit idéal, il y a quelque chose de subordonné aux temps, aux lieux, aux circonstances, quelque chose de changeant (3). Nous sommes les premiers à re-

(1) P. 102.

(2) P. 270.

(3) Cf. sur ce point : E. Faguet, *En lisant Nietzche*, p. 324 et suiv. — V. de même Naville, Morale conditionnelle, *Rev. philosophique*, 1900, t. II, p. 372.

connaître qu'en morale comme en droit, les règles à proposer ne sont pas pour ces raisons faciles à indiquer. Nous n'avons plus l'enthousiasme du XVIIIe siècle qui croyait avoir trouvé du premier coup l'organisation rationnelle des sociétés et nous approuvons pleinement cette remarque de M. Lévy Bruhl (1) « l'art social rationnel, qu'il s'agisse de l'action individuelle ou de l'action collective, est à faire tout entier. Il ne se formera qu'au fur et à mesure du progrès des sciences dont il dépend » et « quand l'art social commencera à tirer des conclusions pratiques des sciences sociologiques, elles porteront d'abord sur des points plus ou moins particuliers. Cet art paraîtra nécessairement fragmentaire, incomplet (comme le sont notre mécanique appliquée et notre médecine) il n'aura pas le caractère d'un ensemble achevé et cohérent » (2).

Nous pensons cependant que cette théorie présente une lacune analogue à celle de l'école historique et que malgré la modestie qu'elle montre actuellement, elle laisse place à une critique grave. Pour établir un art moral rationnel, la notion d'art étant une chose relative, il faut se proposer une certaine fin (3), il faut revenir à la question centrale qu'on peut bien masquer, mais qui existera toujours. Pourquoi la vie est-elle faite, quel est son but ? Est-ce plus de vies, une vie supérieure ou encore un autre but ? Il faut faire rentrer ces terribles problèmes, ou bien franchement, ou subrepticement, en les tenant pour résolus dans un sens déterminé (4).

(1) P. 260.
(2) P. 257.
(3) Rapprochez Korkounov, *Théorie générale du droit*, *Normes techniques et normes éthiques*, p. 45 et Ihering, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 10. Tarde, L'accident et le rationnel en histoire chez Cournot, *Revue de métaphysique*, 1905, p. 340.
(4) C'est la même critique que nous adresserons à M. Belot, *Etudes de morale positive*, 1907, p. 508, quand il nous dit que la société est une fin et la morale une « technique sociale ». Quels seront les traits caractéristiques de cette société pour laquelle on travaillera ?

D'ailleurs non seulement d'autres théories de morale continuent à être

Comme le disait fort bien Renan (1), « A coté du fieri, il faut conserver l'esse, à côté du mouvement, le moteur, au centre de la roue, le moyeu immobile », il faut de même diriger l'amélioration des mœurs ou du droit vers un but fixe, ou alors le relatif n'indiquera de relation avec rien, ce qui est inconcevable.

Et encore tout n'est pas terminé en se posant, ou en supposant résolu, ce problème qui a toujours hanté l'humanité, qu'elle le veuille ou non. Ce but qu'on assigne à la vie, quelle est sa valeur par rapport à ces circonstances complexes, variables ? Quelle est la mesure relative de ces deux quantités ? Quand l'homme, mû par un principe supérieur ou peut-être par plusieurs, devra-t-il résister à ces conditions spéciales dont nous parlons ? Quand devra-t-il s'incliner ? Y a-t-il des cas où on doit se montrer novateur et, disons le mot, révolutionnaire ?

Certaines personnes ont senti qu'il fallait bien donner à l'humanité quelque chose de stable sous certains rapports, et qu'il y avait là une aspiration de l'esprit dont il fallait tenir compte. A défaut d'un idéal, elles ont cherché tout au moins du côté technique la sécurité que l'on réclame et développé que les droits obéissaient

exposées (V. Landry, *La morale rationnelle*, 1906), mais celle que nous critiquons a été réfutée par nombre d'auteurs. V. Fouillée, La science des mœurs remplacera-t-elle la morale, *Revue des Deux-Mondes*, 1905, 1er octobre, spécialement, p. 548 et doit-on fonder une science morale, *Rev. philosophique*, 1907, t. II, p. 440 ; Cantecor, La science positive de la morale, *Rev. philosoph.*, 1904, p. 237, princ., p. 391 ; Cantecor, Etude de morale positive, *Rev. de métaphys.*, 1908, p. 66 ; Gaultier, L'indépendance de la morale, *Revue philosoph.*, 1908, t. I, p. 271. — On verra spécialement des idées analogues aux nôtres dans l'article précité de M. Naville, *Morale conditionnelle*, p. 561 et suiv. M. Levy Bruhl a essayé de répondre à ces reproches, *Revue philosophique*, 1900, t. II, p. 11, en indiquant qu'un idéal pourrait être découvert peu à peu et varier avec le temps. Il fait donc lui-même rentrer l'idéal dans l'objet de ses études.

D'ailleurs tout art comporte un idéal ou plusieurs. Il en est ainsi des arts qui doivent atteindre à un des idéals du beau. Si la médecine était plus avancée, elle se demanderait si l'idéal doit être d'assurer une longue vie, avec une santé même médiocre, ou une santé parfaite, dut-elle durer moins longtemps.

(1) *Dialogues philosophiques*, p. 146.

nécessairement à certaines règles, se coulaient forcément dans certains moules. C'est à cette tendance que nous devons les deux livres de M. Roguin sur la *Règle de droit* et de M. Picard sur le *Droit pur*. Ce fut là la première et très modeste manifestation en faveur d'une renaissance du droit naturel.

Il y a évidemment dans cette tentative quelque chose d'exact : l'idée même de droit, certaines fins nécessairement poursuivies appellent certaines règles nécessaires, mais combien peu (1). Nous verrons plus loin, en étudiant la technique et nous aurons occasion de montrer qu'il y a en elle quelque chose de variable suivant la fin poursuivie.

Ce n'était qu'un premier pas très prudent vers une tentative plus hardie : celle de la définition d'un certain idéal.

Comment définir cet idéal nécessaire, dont l'application sera plus ou moins large suivant les circonstances (2), mais dont l'importance reste indéniable. M. Saleilles, dans l'article que nous avons cité, indique que c'est la justice Mais ce terme qui est très compréhensif, peut-il suffire à préciser la solution de l'obscur et complexe problème qui nous préoccupe ? Cherchons à dessiner ce qui n'a été qu'esquissé dans cette remarquable étude.

Notons d'abord qu'ici nous quittons le terrain des contingences et que nous prétendons chercher un idéal permanent. Ce fut en effet la lacune laissée par Montesquieu dans l'*Esprit des lois*, que d'avoir parlé de la justice comme d'un simple rapport de convenance qui existe entre deux choses, sans faire entrer dans cette définition rien de permanent, aucun idéal abstrait (3).

(1) Cf. Jean-Escarra, Remarques sur le droit pur, *Revue de droit civil*, 1909, p. 111 à 115.

(2) Notons que cette idée qu'il y a un idéal de justice avec une certaine adaptation aux circonstances est assez familière aux jurisconsultes modernes. — V. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. I, p. 2, 5e éd.; Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade. *Les personnes*, t. I, p. 3 ; Pillet, *Principes de droit international privé*, p. 2.

(3) V. en ce sens la critique de Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 114.

Cet idéal qu'il s'agit de définir, que nous cherchons au-dessus des innombrables complications mouvantes des faits, c'est le but même de la vie (1). Et ce n'en est même pas le but subjectif, tel que chacun de nous a pu se le forger, d'après ses idées, ses goûts propres, ses croyances. C'est le but de la vie envisagé objectivement, but qui doit exister en dehors de nous et avec une puissance telle qu'il s'impose à chacun, qu'il devienne pour chacun un devoir de l'atteindre, de le laisser atteindre aux autres, sinon de leur faciliter cette tâche.

Mais ce but objectif, existe-t-il et en ce cas quel est-il ? Car on ne peut se contenter de cette expression vague, pas plus que de parler de la nature de l'homme.

Affirmer ou nier son existence, c'est se prononcer sur une question philosophique des plus graves, je dirai volontiers la plus grave, et en fixer le contenu, c'est s'attaquer à une difficulté que l'on ne peut guère éclaircir que par des vues de l'esprit. Nous sommes en dehors de ces questions qui puissent être saisies et élucidées en les prenant dans une armature de constatations et de raisonnements.

Ce problème d'ordre objectif, nous ne pouvons l'aborder que par nos idées subjectives (2), je dirai même plus volontiers par nos sentiments, en nous demandant si telle conception, à laquelle on peut rattacher de longues chaînes de conséquences, ne se trouve pas d'accord avec notre conscience, c'est-à-dire une des portions vibrantes, mais des plus obscures de notre âme. Et en face de cette façon unique, mais nécessairement imparfaite (nos idées subjectives n'étant pas un critérium absolu de la vérité objective) de s'attaquer à ce troublant problème, nous voyons bien des con-

(1) C'est ce que Kant, a très bien dégagé dans la *Métaphysique du droit*, en disant que l'homme est une fin en soi et en voyant-là la base du droit.— Cf. Oudet, *Essai de philosophie du droit*, p. 14 ; Ahrens, *Encyclopédie du droit*, p. 119.

(2) Bierling, *Juristische Principienlehre*, t. I, p. 145, fait remarquer ce qu'il y a ainsi d'objectif et de subjectif dans le droit, Cf. de Tourtoulon, *Principes philosophiques de l'histoire du droit*, p. 55 et surtout p. 19 et suiv.

ceptions différentes sinon opposées se présenter à nous avec force (1).

La vie a-t-elle un but extérieur à elle-même. L'humanité n'existe-t-elle que pour un être supérieur à elle dans la dépendance duquel elle se trouve et à qui elle se doit (2) ? Faut-il à défaut d'un but donner simplement à la vie un sens, une ligne de marche, la vie devant viser principalement et surtout au développement de la vie, à l'accroissement de l'espèce. Celle-ci serait alors l'objet d'un respect quasi superstitieux, même dans l'humanité la plus base ou la plus pitoyable, dans les criminels, les fous, les esprits les plus fermés à toute lumière, sauf à savoir si ce respect n'est pas un simple moyen pour un autre but plus lointain. Faut-il en un mot dire avec Courcelle-Seneuil, que le droit doit, comme la morale, viser une utilité suprême ayant pour sujet le genre humain et se définissant par les conditions qui développent en lui la plus grande somme de vie (3).

Ou faut-il dire (4) : en somme la fin de l'humanité, c'est de produire des grands hommes. La grande œuvre s'accomplira par la science. L'essentiel est de produire de grands génies et un public capable de les comprendre. Peu importe les masses. La nature ne s'arrête pas à de tels soucis. Tous doivent servir à des fins supérieurs. Chacun est heureux à son rang, l'élite des êtres intelligents dominant le monde pour y faire régner le plus de raison possible, le but de la nature étant non pas que tous les hommes voient le

(1) Il ne suffit donc pas de parler avec Ahrens de la nature de l'être comme base du droit (V. *Philosophie du droit*, t. I, p. 101 ou de l'utilité sociale avec van Eycken (*Méthode positive d'interprétation*, p. 56). Suffit-il même de dire avec Lhering (*Zweck im Recht*, p. 202 et suiv.), le droit garantit les conditions de la vie en société, c'est son but. Et ces conditions, c'est la conservation de l'espèce, le travail, le commerce juridique. Encore sera-t-il parfois nécessaire de savoir suivant quel plan, dans quel but doit être organisée la vie sociale. Et il ne le dit pas.

(2) V. en ce sens : de Vareilles Sommières, *Principes fondamentaux du droit* p. 34 et suiv.

(3) *Op. cit.*, p. 424. Cf. p. 371 et suiv. *L'utilité comme principe de morale.*

(4) V. sur ce point Renan, *Dialogues philosophiques.* Rêves, p. 96 et suiv.

vrai, mais que le vrai soit vu par quelques-uns et que la tradition s'en conserve.

Ou bien faut-il voir le but de la vie moins dans son développement ou encore dans le bonheur des générations futures que dans le bonheur des individus qui existent (1). Ce qui conduit à se proposer des fins plus terre à terre, dans la mesure où l'ensemble de l'humanité pourra en profiter de sorte que celle-ci sera une « masse dégénérée n'ayant d'autre souci que de goûter les plaisirs ignobles de l'homme vulgaire », sauf tout au plus à chercher à persuader cette humanité de revenir à des goûts supérieurs. Et encore ce bonheur dans chaque cas sera-t-il dans une activité débordante ou dans une vie calme de sensations lentement savourée ? Termes tout à fait opposés, auxquel on peut, dans une notable mesure rattacher les différences entre la conception de la vie dans le monde occidental et la civilisation orientale (2).

Verra t-on surtout l'idéal de la société dans la liberté (3) : doctrine vague, car cette liberté sauvegarde-t-elle simplement à cha-

(1) Ces conceptions de la vie réagissent à la fois sur la morale et sur le droit. « Si la nouvelle morale est conforme aux soucis d'intérêts plus nombreux, moins particuliers, plus étendus, la morale ancienne était adaptée à la prévision d'intérêts moins momentanés, plus durables. La portée des sacrifices exigée par les devoirs actuels s'étend bien plus loin proportionnellement dans l'espace que dans le temps, tandis que auparavant les sacrifices que commandaient les devoirs avaient une utilité étroitement circonscrite à l'entourage immédiat de l'individu, mais prolongée dans un avenir relativement considérable. Toutes les vertus proprement domestiques et patriarcales, locales et primitives sont des privations subies pour l'avantage d'une seule famille il est vrai, mais de toute la postérité de cette famille. A l'inverse la morale moderne très coulante sur les vices dont nos petits neveux auront seuls à souffrir, blâme sévèrement les fautes dont nos contemporains même éloignés pourraient supporter le contre coup » (Tarde, *Lois de l'imitation*, p. 388). Et l'on voit tout ce que ces idées peuvent avoir d'importance quand on s'occupera des graves problèmes de l'alcoolisme, de la police des mœurs, de l'âge pour le mariage, du mariage des interdits, etc.

(2) V. Sur les caractères de la civilisation occidentale, Kidd, *L'évolution sociale*, p. 117 et suiv.

(3) C'est à quoi tendent notamment ceux qui avec les anciennes théories formelles du droit définissent le droit une délimitation des volontés et non une délimitation des intérêts. V. Korkounov, *op. cit.*, p. 114 et suiv.

cun un idéal limité, ou est-elle un moyen pour surexciter le désir de vivre de façon active ? N'est-elle pas plutôt au fond, une doctrine de désespoir, qui ne voyant aucune voie sûre pour guider l'humanité, cherche à abandonner chacun à lui-même dans la plus large mesure possible, ne laissant à la réglementation qu'à empêcher certains heurts trop forts (1).

Ces conceptions variées, et il y en a peut-être beaucoup d'autres, il paraît difficile de les juger à l'aide de nos procédés habituels, à l'aide de ces suites de constatations et de déductions qui nous sont familières, car il s'agit de trouver à celles-ci un point de départ qu'on ne peut découvrir dans un certain ordre de la nature, lequel ne s'applique pas nécessairement à l'homme. Que prouve en effet ce fait que la solidarité par exemple existe dans la nature qui nous dit que l'homme doit nécessairement se conformer, lui, d'une espèce unique, à un ordre qui domine des êtres inférieurs. N'a-t-il pas plutôt des raisons de s'en écarter, quand en vertu de cette solidarité « la nature sacrifie des espèces entières pour que d'autres trouvent les conditions essentielles de leur vie » (2). Si la nature a une loi, ne devons-nous pas, tout aussi bien que de la suivre, essayer de la limiter et dire qu'« il faut gâter et consoler les hommes des rudesses obligées de la nature » (3). Une seule chose serait véritablement probante : démontrer « qu'un plan régulier s'impose à nous et nous entraîne » et que nous ne pouvons en rien nous y soustraire, ou qu'il correspond à notre idéal et que nous devons aider à le réaliser aussi complètement que possible. Mais il faudrait au préalable établir quel doit être cet idéal. Si la nature, comme disait Renan, agit à notre égard comme un potentat d'Orient ayant des mameluks qu'il emploierait pour des fins

(1) Et notons encore combien de façon générale, il est difficile de comparer la valeur des diverses conceptions en présence. Comment apprécier l'avantage de la vie tranquille et réglée d'un grand nombre et celui résultant d'un régime qui favoriserait de façon très large des découvertes bouleversant tout d'un coup la vie ?

(2) Renan, *op cit.*, p. 103.

(3) *Op cit.*, p. XVII.

mystérieuses évitant lui-même de se montrer jamais à eux, nous ne pourrions nous résoudre à ce rôle qu'après en avoir apprécié la valeur. D'ailleurs ce prétendu ordre de la nature, auquel on prétend nous soumettre, est-il facile à connaître ? Comme le dit M. Bouglé (1), l'objectivité complète ne donne aucun principe de choix ; trop de voies s'ouvrent devant nous. Les faits parlent plusieurs langages.

Le sentiment, notre sensibilité éprouvée par quelques brèves expériences, voilà donc ici ce qui nous détermine le plus souvent. C'est un procédé excessivement subjectif et nous n'y trouvons rien pour imposer notre manière de voir à autrui. Ce n'est que par d'heureuses conjonctures que la conception de la vie peut être à peu près la même à une époque ou dans un pays donné, ou mieux dans un grand nombre de pays, de sorte qu'elle puisse guider le législateur, indépendamment de la valeur objective qu'elle peut avoir. En ce cas, elle le conduit en fait, mais ce n'est pas à dire que cela soit toujours bon. On dit volontiers aujourd'hui que la loi doit se guider sur les idées du temps, sur les conditions variables où on se trouve. M. Picard dit (2) que le législateur doit être le simple accoucheur des besoins nationaux. Encore ne faudrait-il pas que ces goûts nationaux, que ces goûts du temps mènent ce peuple à sa perte. Des peuples n'ont-ils pas disparu pour avoir suivi leurs tendances nationales jusqu'au bout ! N'ont-ils pas, par abus de leurs idées, trouvé leur cimetière ! C'est pour cela que je ne crois pas pouvoir accepter le langage de M. H. Poincaré (3), quand il appelle objectif ce qui est commun à plusieurs esprits.

Il peut donc y avoir d'heureux moments (veille peut-être de lendemains redoutables) où se produise ce que j'appellerai volontiers un subjectivisme universel, où il y aura une idée que le législateur partagera forcément ou le public étant lui-même par-

(1) *Solidarisme*, p. 30.
(2) *Le droit pur*, p. 100 et 480.
(3) Ce qui ne prouve pas qu'il sera absolument dans la vérité.

tie de ce public (1). Mais combien rares seront ces moments. L'humanité, bien plus ferme dans des solutions précises, mieux à portée de sa courte vue, que dans ces vues générales, n'a que peu conscience des solutions qu'elle doit adopter. Elles varient suivant les individus, suivant les moments dans la vie du même homme et on est frappé de voir combien ces questions, précisément parce qu'on n'a pour ainsi dire aucune prise par les moyens ordinaires pour les résoudre, sont souvent tranchées à la légère.

Que conclure de tout cela ? Nous ne voulons point douter, bien que ce soit un postulat, qu'il ne puisse y avoir objectivement un sens de la vie. Mais celui-ci ne peut être conçu par nous que subjectivement et le droit qui n'est qu'un instrument employable à diverses fins doit se préoccuper de ces conceptions qui sont l'image imparfaite, erronée, que se fait notre esprit d'une vérité extérieure dont la connaissance reste toujours douteuse. Car toute conception est subjective par nature puisqu'elle doit nécessairement passer par un cerveau humain. Et elle peut rester le propre d'un pays, d'une époque, d'un parti ou d'une classe, d'une élite et même d'un individu.

Quelle différence entre les conceptions sociales d'un savant Hindou, ou de l'iman de quelque splendide mosquée croulante de la Perse ou d'ailleurs, conceptions de vie calme et contemplative, de vie de beauté et nos conceptions occidentales d'activité, d'égalité sociale, de luxe parfois brutal, ou encore les idées de vie fiévreuse de quelque Américain. Ici on cherche vainement l'idéal commun. Et quelle différence aussi dans nos tempéraments occidentaux entre une partie de l'élite française « ce peuple le plus idéaliste qui fut jamais » et nos voisins d'Outre-Manche uniquement préoccupés de résultats positifs, insoucieux d'idées générales, de vues d'ensemble, de clarté, à la fois conservateurs et pratiques. Et dans un pays, combien de

(1) La valeur objective de la Science, *Rev. de métaphysique*, 1902, p. 288.

transformations dans les idées de la majorité des penseurs au cours des siècles ou même d'un siècle. Non seulement des événements importants, comme la guerre de 1870, peuvent faire dévier le cours des idées, mais celui-ci se détourne de lui-même peu à peu de son cours primitif. Combien les idées interventionnistes n'ont-elles pas gagné de terrain depuis vingt-cinq ans ?

Et puis est-il même si facile de constater dans un même temps dans un même pays les conceptions dominantes. Chaque parti a les siennes. Chaque profession souvent se fait une conception spéciale de l'utilité (1).

Et puis il ne faut pas se le dissimuler, derrière les idées il y a pour beaucoup, des appétits. Chacun veut d'abord manger à sa faim qui peut être énorme, et combien sont surtout habiles à parer de conceptions générales leurs propres intérêts (2). Combien d'aristocraties pourries, sous prétexte de garder le culte d'idées qui sont aujourd'hui abandonnées, n'ont comme trait d'union que de chercher à communier tous les jours sous les espèces du plaisir quand même.

Souvent d'ailleurs, de la meilleure foi du monde, nos idées générales ne sont elles pas simplement nos désirs personnels que nous prêtons gratuitement à l'humanité et dont nous faisons le centre du monde. Combien ce défaut inévitable ne peut-il donner lieu alors chez ceux que nos pères appelaient les roués ?

Comment est-il possible, avec une telle bigarrure, devant cette mobilité des idées et des conceptions, d'arriver à dégager le droit idéal. Il ne suffit pas de dégager une conception de l'utilité sociale que l'on qualifiera la seule bonne. Car il ne suffit pas de prétendre, objectiver les idées, pour le faire. Si je crois une idée bonne, elle ne le devient pas pour cela. D'un autre côté, il est certain que si nous voulons faire un droit adapté à l'utilité sociale, il ne suffit pas de se préoccuper des besoins matériels,

(1) Et en ce sens, toute théorie est bonne comme répondant au moins à l'idéal de quelques-uns, dont ses auteurs.

(2) V. de Tourtoulon, *Principes philosophiques du droit*, p. 138.

mais encore des idées. L'homme n'est pas seulement heureux quand il a du pain à manger. La satisfaction de ses idées peut lui être aussi chère que celle de ses besoins matériels. Le brahme indou qui risquerait sa vie pour empêcher un infidèle de voir la statue de son dieu, le congréganiste qui ne quitte son couvent que contraint par la force, l'homme aux convictions ardentes qui nuira à ses intérêts pécuniaires pour faire prendre des mesures anticléricales, sont dominés par une idée commune : attacher plus d'importance aux satisfactions de leur esprit qu'aux commodités de la vie.

Si nous tirons de là des conséquences pratiques, nous voyons que c'est surtout dans le domaine des besoins matériels que l'on peut rencontrer dans un pays donné et à une époque donnée des traits communs entre tous les hommes. Bien plus, on peut affirmer (sans prétendre ressusciter la vieille doctrine du droit naturel) que, dans tous les pays, on rencontre grâce à ces besoins matériels, une base assez solide pour une partie de la philosophie du droit. On voit du moins assez nettement le but à atteindre. Tout sans doute n'est pas dit. Car bien des chemins peuvent y tendre. Quel est le meilleur ? Réservons cette question.

Pour nous résumer, nous arrivons à cette constatation qu'il y a au-dessus des faits mouvants, un certain idéal pour le droit, nous ne sommes jamais sûrs de l'avoir découvert.

Etant donné que nous ne pouvons sûrement atteindre une théorie objectivement vraie, du sens de la vie, nous devons nous préoccuper des conceptions subjectives régnantes, puisque le problème du droit idéal doit être forcément résolu, qu'il y a à ce point de vue nécessité pour chacun, dans la mesure au moins où il contribue à former l'opinion, à se déterminer dans un sens donné. Mais nous ne pouvons attacher à ces conceptions une importance exclusive.

Nous sommes en face d'un problème auquel il faut donner une réponse, quand même nous n'aurions pas pour cela scientifiquement les éléments nécessaires. Nous le ferons par *des vues de notre*

esprit et en tenant compte de *la psychologie générale de l'homme*.

Parmi les conceptions subjectives dont nous devons nous préoccuper il y a en premier lieu les conceptions morales, celles du bien et du mal, celles de la justice, de la liberté, etc., et ces autres idées fondamentales que nous parcourrons dans les chapitres suivants. Mais celle-ci n'ayant qu'une valeur limitée, par définition même, elles ne peuvent pas ne pas tenir compte de tout l'ensemble des faits sociaux (1). Relative elle-même, notre conception d'une chose absolue doit se concilier, entrer en rapport avec les autres données relatives. Seulement les conflits ne sont pas pour cela tranchés. Qui dira d'abord la valeur relative des diverses conceptions dominantes ? Qui dira en outre leur valeur par rapport aux circonstances spéciales, aux données, variables par nature, du problème législatif ?

En face de questions si complexes, quelle direction peut prendre le droit ? Il y a un point certain. En présence de conceptions très diverses, de faits mouvants, le droit se heurte à des problèmes qu'il peut chercher à résoudre, en conciliant divers points de vue. Il y a ici tout un art qui s'est déjà notablement développé et dont le développement futur nous apparaît comme presque indéfini, étant donné que de nouveaux problèmes se présenteront constamment, que des découvertes que nous ne pouvons prévoir peuvent se produire et perfectionner cet art.

Il y a nombre de cas au contraire, où certaines données du problème paraîtront et seront sans doute réellement inconciliables, à cause de leur nombre et de leur caractère non mesurable, d'autant plus qu'il n'y a de science véritable que de quantités, sinon ayant une mesure commune, du moins susceptibles entre elles d'un certain mesurage approximatif. Le droit ne pourra en pareil cas qu'éliminer plus ou moins certaines données et adapter les moyens existants au but ou aux buts acceptés. Cette conciliation limitée, ou cette adaptation de toutes choses à un

(1) Sur ce point nous sommes d'accord avec M. Landry (La superstition des principes, *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 121), quand il dit que les principes n'ont pas de valeur absolue, mais qu'ils sont bienfaisants dans une certaine mesure, à cause de l'imperfection des hommes.

seul but est déjà un important travail dont la réussite n'est pas négligeable.

Conciliation entre les théories en présence, voilà en somme le but, en partie irréalisable d'ailleurs, qu'il faut poursuivre. La simplification, par unité d'idée et déductions logiques est un besoin de l'esprit qui ne correspond pas complètement à la réalité des faits. On en a nettement l'impression en voyant toute la philosophie du droit aboutir toujours à défendre comme principe une transaction, ou un principe simple en apparence qui cache une complexité. Les faits sont trop divers pour se plier convenablement à la nature et au besoin d'agir de notre esprit.

Mais la nécessité même où on se retrouve ainsi de laisser de coté certains éléments, certains desiderata, amène forcément des solutions qui, qualifiées meilleures que d'autres, n'en sont pas moins imparfaites. Les intérêts qu'elles froissent étant souvent importants, qu'ils soient égaux aux intérêts protégés ou moindres, et les hommes ayant mieux conscience des maux dont ils souffrent que des avantages dont ils profitent, il en résulte un besoin de changement qui s'opérant d'ordinaire lentement à cause des intérêts opposés qu'il froisse, des routines qu'il dérange, de la force d'imitation qu'il combat, et c'est là le point de départ des évolutions qui s'opèrent suivant la ligne de moindre résistance (1). Mais leur résultat n'étant pas plus parfait que celui qui a précédé, des mouvements nouveaux se produisent (2) ; c'est ainsi qu'on constate parfois de curieux retours vers les points de départ (3),

(1) Celle-ci est naturellement conditionnée par une masse d'éléments que nous ne pouvons rappeler ici. Cf. Picard, *op. cit.*, p. 303.

(2) Cette présence des éléments nouveaux dans l'évolution a été très bien mise en valeur par M. Tanon, *L'Evolution du droit et la conscience sociale*, p. 24.

(3) Comme le remarque fort bien Tarde, *L'opposition universelle*, p. 201. « Quel que soit le procédé employé pour supprimer le conflit des croyances et des intérêts et pour établir leur accord, il arrive presque toujours (n'arrive-t-il pas toujours ?) que l'harmonie ainsi produite a créé un antagonisme d'un genre nouveau. Aux contradictions, aux contrariétés de détail, on a substitué une contradiction, une contrariété de masse qui va chercher elle aussi à se résoudre, sauf à engendrer ses oppositions plus hautes et ainsi de suite jusqu'à la solution finale... Le progrès des sciences révèle des antinomies

retours avec des perfectionnements sans doute. Car une chose reste susceptible de développements très prolongés, c'est la technique, l'art de concilier les intérêts par des mesures plus exactement adaptées au but. Quel perfectionnement en effet ne présentent pas les institutions modernes, où se développent des tendances formalistes, comparées avec celles du formalisme antique, celui du vieux droit romain par exemple.

L'évolution ne nous apparaît plus alors avec ce caractère rectiligne ou du moins régulier qu'on s'était plu à lui donner, avec son caractère de loi fatale, mais comme une série malheureuse de tentatives pour faire vivre côte à côte, avec des destinées plus ou moins heureuses, des conceptions sans doute inconciliables dans une large mesure (1). Cette situation fait qu'en général

rationnelles solubles ou insolubles que l'ignorance antérieure dissimulait... La question est de voir si ces déplacements de contradictions et de contrariétés ont été avantageux, et si l'on peut espérer que l'harmonie des intérêts et des esprits soit jamais complète, sans compensation de dissonance ; si, en d'autres termes, une certaine somme de mensonges ou d'erreur, de duperie ou de sacrifice ne sera pas toujours nécessaire pour maintenir la paix sociale. Quand le déplacement des contradictions et des contrariétés consiste à les centraliser, il y a assurément avantage. Si profonds que soient les mystères révélés par le progrès des sciences, si grand que soit l'abîme creusé entre les écoles philosophiques par les questions nouvelles où elles se combattent par des arguments puisés au même arsenal scientifique, il n'est pas permis de regretter les temps d'ignorance où ces problèmes ne se posaient pas. »

V. d'ailleurs dans le même sens, sur les contradictions qui paraissent aujourd'hui fatales et dont l'affirmation est un grand progrès philosophique, Haurlou, *op. cit.*, p. 110 et suiv.

Nous partageons ces idées, mais cependant pas de façon complète. Nous croyons exagéré de dire que la marche consiste toujours à centraliser les contradictions. Si c'est là le progrès scientifique, comme c'est notre conviction, ce n'est pas toujours la marche à suivre en pratique. Et bien des conflits ne se résolvent pratiquement que parce qu'on les dissimule en décentralisant le débat. Telle la tolérance, l'urbanité, dont les limites incertaines, sources de conflits par conséquent, déconcentrent certaines luttes, émoussent certaines contradictions qui cependant subsistent. La concentration des conflits n'est donc ni une marche nécessaire, ni un procédé toujours pratiquement souhaitable.

(1) Comme le dit fort bien Tarde, *Lois de l'imitation*, p. 78, toutes les inventions ne sont pas accumulables, beaucoup ne sont que substituables,

les mouvements d'idées ne peuvent aller jusqu'à leur extrême, par suite de l'opposition de principes d'une valeur à peu près égale. Il y a des extrêmes qui ne peuvent être atteints, ou qui tout au plus sont atteints un moment, par suite de circonstances exceptionnelles, mais aussitôt abandonnés. C'est en général un grand malheur quand des principes sont ainsi poussés jusqu'au bout, et les jurisconsultes romains l'avaient déjà bien vu en faisant cette remarque si vraie : summum jus, summa injuria. Il y a des extrêmes qu'il est dangereux d'atteindre, il en résulte une réaction, un trouble état de fait toujours dangereux. L'humanité se trouve ainsi appelée naturellement à des compromis, qui limiteront en étendue ce que j'appellerai les oscillations de l'évolution. Elle ne paraît d'ailleurs jamais être appelée à trouver l'équilibre (2), pour les raisons que j'indiquais tout à l'heure (3).

Les données contradictoires souvent des problèmes posés font que tout obligés de les résoudre que nous sommes, nous ne pouvons le faire de façon satisfaisante, nous nous trouvons forcément dans un régime de concessions, de transactions diverses (4), qui

(1) Ce que M. Picard (*Droit pur*, p. 344) appelle l'épanouissement parallèle et normal des grandes forces sociales. Cf. *eod.*, *loc. cit.*, p. 300).

(2) Comme le remarque encore Tarde, *op. cit.*, p. 70, l'égalité n'est qu'une transition entre deux hiérarchies, comme la liberté n'est qu'un passage entre deux disciplines.

(3) « En somme, physiques ou vivantes, toutes les réalités extérieures nous donnent le même spectacle d'ambitions infinies, irréalisées et irréalisables, qui s'aiguillonnent et se paralysent réciproquement. Ce qu'on nomme en elles fixité, immutabilité des lois de la nature, réalité par excellence, n'est au fond que leur impuissance d'aller plus loin dans leur voie vraiment naturelle et de se réaliser plus pleinement. Eh bien, il en est de même de ces influences fixes (momentanément fixes) d'ordre social que la statistique découvre ou prétend découvrir, car les réalités sociales, idées et besoins, ne sont pas moins ambitieuses que les autres et c'est en elles que se résolvent à l'analyse ces entités sociales qu'on nomme les mœurs, les institutions, la langue, la législation, la religion, les sciences, l'industrie et l'art (Tarde, *Lois de l'imitation*, p. 120. — Cf. Izoulet, *op. cit.*, p. 647). Le problème divitiaire. Synthèse de la solidarité et de la liberté (qui n'est qu'un compromis).

(4) La nécessité de transactions pour solutionner les contradictions

fait que chaque principe n'est pas lésé de façon trop directe et trop forte (1). Ce régime qui no peut se déduire logiquement d'aucun principe absolu est le seul supportable, mais, prêtant si facilement le flanc à la critique, il reste bien fragile (2).

Voilà quel est l'avenir qui paraît réservé au droit. Sans doute les difficultés n'apparaissent pas à première vue avec ce caractère pour deux raisons. D'abord les inconvénients d'une solution admise peuvent s'atténuer par l'accoutumance. L'intinct d'imitation fait prendre longtemps une solution comme la moins mau-

sociales a été fort bien mise en évidence par M. Hauriou, *op. cit.*, p. 114 et suiv., qui a montré que nous n'avions que trois moyens pour éviter les contradictions : l'élimination de certains éléments, la synthèse et enfin la transaction. Cette dernière a un rôle considérable, elle se rencontre partout, dans toutes les institutions sociales. — Cf. sur l'application de l'idée de transaction,bien que le principe général n'y soit pas exprimé : Cruet, *op. cit.*, p. 302 ; Picard, *Droit pur*, p. 241, qui dit que les droits doivent être employés *civiliter*.

(1) Cf. Stuart Mill, *Logique*, t. II, p. 555.

(2) Aussi, avec ces données, nous croyons fort admissible la théorie de Tarde d'après laquelle la société passerait par des périodes d'imitation coutume, puis d'imitation mode (*Lois de l'imitation*, p. 267 et suiv.), pour revenir à un état intermédiaire, théorie que reprend M. Hauriou (*op. cit.*, 253 et suiv.), pour dire que le monde passe par des périodes de moyen âge et de renaissance pour aboutir à de demi-moyen âge, c'est-à-dire à un régime intermédiaire.

L'évolution sociale ressemblerait donc plutôt à une série d'oscillations diminuant graduellement d'amplitude. Seulement nous ne croyons pas qu'il y ait ici, comme pour un pendule, un point mort définitivement atteignable. Il est fort probable, l'état atteint étant toujours peu satisfaisant, que de nouveaux mouvements se produiront. Souvent en effet,des demandes peu importantes aboutissent à développer un tel désir de l'objet demandé que l'on n'hésite pas à tenter les plus grands bouleversements pour obtenir satisfaction. Ainsi de débats sur la rétribution du travail est sorti tout le syndicalisme révolutionnaire (V. Max. Leroy, *Syndicats et services publics*, p. 188). Alors de la lutte qui se manifeste, sort ensuite un mouvement d'oscillation suivant un nouveau plan. Et de cette observation découle l'utilité qu'il y a parfois à faire des demandes exagérées, des mouvements révolutionnaires, à mettre en mouvement de grandes choses pour aboutir à des petits effets.

Ensuite il faut tenir compte des éléments nouveaux qui rompent le plan des oscillations sociales et en engendrent de nouvelles.

vaise, jusqu'au jour où un penseur, un esprit à première vue paradoxal, fait pénétrer dans le public une solution nouvelle, que répand l'instinct d'imitation. Ce jour-là, on dit volontiers avec Pascal : « La coutume fait toute l'équité par cette seule raison qu'elle est reçue. C'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe l'anéantit (1). » Et la tradition ne tarde pas à être jetée à terre.

Ensuite bien des circonstances dans les civilisations modernes tendent à masquer ces difficultés. La facilité avec laquelle on répand les idées par le journal, le livre, l'enseignement développent une série de raisonnements à courte vue, accessibles à tous, une série d'idées que l'on considère comme intangibles, du moins un certain temps. Les originalités, partant les divergences, s'effacent devant une plate et commode uniformité de pensée.

La croyance à la valeur absolue des idées favorables à la durée de cet équilibre instable, dont nous avons parlé, a aussi l'avantage de correspondre à un besoin de l'esprit, surtout en notre pays : la simplicité. Le raisonnement a d'autant plus de prise sur l'intelligence qu'il est simple et ainsi notre esprit tend à fausser la réalité, à lui donner une uniformité qu'elle n'a pas, comme un rayon de lumière coloré prête faussement une teinte identique aux objets qu'il vient frapper. Ils en sont bien mis en clarté, mais d'une façon fausse Ainsi procédons-nous souvent, et celui qui répond à cet appel de notre être a plus de chance de lui plaire.

Ajoutons à cela l'esprit limité ou occupé par d'autres objets plus pressants, qui distrait le plus grand nombre d'approfondir des problèmes dont la solution est peut-être déplaisante (2). Malgré cela, les problèmes restent, n'étant qu'en apparence résolus, et il suffit de peu de chose, d'une invention d'un genre quelconque qui se propage, pour remettre tout en question.

(1) *Pensées*, éd. Brunschwigg, fr. 204.

(2) Il y a tant de malheureux si courbés vers la vie de chaque jour qu'ils n'ont pour ainsi dire pas le temps de penser. Ce sont les neutres, ceux que tous devraient comme tels traiter le mieux, en réalité hélas les éternels vaincus.

Si fragiles que soient souvent les solutions acceptées ou proposées, nous sommes cependant éloigné de cette sorte de nihilisme qui a été l'erreur de l'école historique, comme il nous paraît, en morale, l'erreur de l'école nouvelle, qui prétend substituer sans plus, l'art des mœurs à la morale. Il y a des différences au point de vue de la valeur dans les solutions que l'on peut proposer : il y a des choses absolument fausses et inadmissibles comme ne répondant à aucune donnée (1) et en premier lieu ce nihilisme mental qu'a exprimé un ingénieux écrivain en disant, « si le monde arrivait à notre philosophie, le monde s'arrêterait ». Nous posons comme postulat que le monde doit continuer à marcher et nous ne craignons d'affirmer ainsi sans motif, car de toute nécessité la chaîne de nos déductions doit partir d'un point de départ indémontré (2).

Il y a des vérités qui ont une tendance à l'universalité, une « vocation au tout » mais, que des obstacles limitent, transforment, comme des cellules d'abeilles se trouvent modifiées dans leur forme et leur étendue par les cellules voisines. Mais où doit être cette limite ? Comment se fera cette combinaison de buts humains que demande avec raison Ihering (3) ? Ce problème qui se pose à la fois pour le droit et la morale est le plus troublant qui soit. La casuistique juridique ou morale s'y exerce depuis des siècles, car elle est prise dans les impasses les plus in-

(1) C'est en vertu de cette idée que je trancherai partiellement la question de savoir s'il est admissible que les gouvernants violent la loi, ou que les poursuites contre eux, en ce cas, soient, de fait ou légalement entravées. Il est certain qu'il n'en doit pas être ainsi lorsque la violation du droit a lieu dans un intérêt privé pour le bon plaisir du potentat. Mais (sans préjuger la solution) la situation est différente, lorsque celui-ci agit en ayant en vue un intérêt social majeur et préfère faire périr les principes plutôt que les colonies. C'est alors entre autres problèmes celui très angoissant de la raison d'État (V. à propos de ces violations et en sens contraire l'aperçu un peu rapide de M. Faguet, *En lisant Nietzche*, p. 333).

(2) Remarquons que Courcelles-Seneuil, *op. cit.*, p. 378 a affirmé non moins nettement que tout principe de morale est indémontré.

(3) *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 30.

franchissables. Elle ne peut donner que de mauvaises solutions le plus souvent. Il suffit pour s'en rendre compte de constater que la lutte entre les idées opposées est ici presque toujours complexe. Nous ne pouvons partager l'idée de M. Tarde (1), que dans chacun des faits élémentaires de la vie sociale, les jugements et les desseins en présence sont toujours au nombre de deux, que si dans une bataille il y a des armées de diverses nationalités en présence, les camps sont toujours au nombre de deux, et que dans toute querelle le différend se résume toujours par un oui opposé à un non. Si pratiquement tel apparaît le résultat inévitable, cela ne veut pas dire que les idées multiples qui entrent en guerre portent à deux solutions simples seulement. Si les faits peuvent être tels, les conceptions en lutte apparaissent plutôt comme une foule qui veut passer par une entrée étroite et où les luttes individuelles d'un à un ou d'un groupe à un groupe ne sont que des incidents d'une lutte plus générale. Dire le contraire, c'est obéir à notre tendance d'esprit à simplifier les choses, même en les déformant et en les mutilant. C'est obéir aux inclinaisons de l'esprit, plutôt qu'à la réalité des choses.

Si tout apparaît ainsi si complexe, si les vérités qui ont des valeurs différentes trouvent si malaisément ou ne trouvent pas leur commune mesure (2), si celle-ci donnée par à peu près, l'application en reste hésitante, on comprend qu'il soit si malaisé de s'aventurer sur un pareil terrain et que Montesquieu lui-même n'ait pas osé l'aborder, préférant fixer les conséquences des divers principes de gouvernement, sans comparer la valeur de ces divers principes (3) ; on comprend pourquoi les ouvrages d'idées générales reposant sur des bases si fragiles vieillissent si vite. Mais encore une fois la difficulté (pour ne pas dire plus) du problème ne les supprime pas.

(1) *Op. cit.*, p. 108.

(2) V. un cas de notation comparée de ces valeurs dans Bentham, *Les principes du Code civil.*

(3) Cf. Charmont, *op. cit.*, p. 35.

Il y a dans ce même ordre les idées générales sur le but de la vie qui sont la base nécessaire du droit, bien que leur démonstration soit incertaine, mais qui toutes ont du moins leur appui dans l'esprit d'un grand nombre d'hommes. Il y a aussi cette constatation que le droit étant fait pour l'humanité, il répondra d'autant mieux à son but que cette notion du bonheur de l'humanité étant précisée, on proposera davantage des solutions en harmonie avec la psychologie, soit de l'homme à toute époque, soit de l'homme à une époque, dans un pays, dans une région, dans un rang social, une fonction, une profession donnée, qu'on se préoccupera davantage des faits, même de l'opinion que chacun se fera à tort ou à raison de son bonheur.

Il est d'abord bien certain, que la vie humaine dans quelque endroit qu'elle se développe présente partout les mêmes caractères généraux et principaux, en dépit de la diversité de ses caractères particuliers. Le droit humain, quelle que soit la complexité de son contenu, possède inévitablement en lui-même des caractères généraux. Il y a une généralité qui est le résultat de l'action des conditions générales (1). Et entre autres, il y a ce principe que le droit doit avoir une base dans un intérêt général, être profitable à tous (disons, si l'on veut : être juste, le terme étant si vague qu'il compromet peu), car autrement, il resterait inaccepté et inacceptable, formule imposée, qui fait que même l'homme tel que le veut Nietzche, doit s'attendre à rencontrer un adversaire aussi redoutable, peut-être plus que lui-même.

En dehors de cela, il y a un vaste champ de solutions qui sont susceptibles de rentrer dans la classe des vérités, mais qui peuvent l'être à des degrés variés et qui peuvent être inconciliables entre elles. Insistons un peu sur ce point.

On a toujours eu l'espérance d'un système sans contradiction, c'est pour cela que l'opinion moderne a été si profondément troublé des brillants développements de Nietzche sur la volonté

(1) V. en ce sens Korkounov, *op. cit.*, p. 130.
(2) Renan, *Dialogues philosophiques*, p. 44.

de puissance de ces attaques contre la morale courante : la morale des esclaves, comme il dit, qui enlève à l'homme « son plus noble amour de soi et la force de se protéger soi-même ». On a reconnu que cette théorie, tout en étant éminemment dangereuse comme risquant d'être mal appliquée, était cependant celle qui dominait les actes hauts de la politique et qu'elle obligeait à faire vivre ensemble des morales contradictoires. Il y a cependant là une nécessité, car l'art juridique et moral doit précisément essayer de fixer la limite des conceptions opposées. Evidemment, dans cette voie, l'échec est souvent certain, car il y a, comme nous le verrons, des théories qui aspirent à l'universalité et auxquelles il est difficile de faire leur part. Mais la chose doit être tentée, sauf à mal réussir, car c'est la conséquence de ce premier postulat : il faut vivre, c'est-à-dire affirmer ou nier certaines choses.

Et ainsi, s'il ne nous paraît pas douteux qu'il n'y ait hors de nous un droit naturel, un droit idéal à contenu variable (1), il nous paraît plus difficile de le découvrir (2), nous devons en constater le caractère peu accessible. Car ce serait naïveté de voir ici un critérium suffisant de vérité soit dans le consentement à peu près général, soit dans l'antiquité d'un principe. Le paradoxe du jour est parfois devenu la vérité du lendemain, bien qu'il n'en soit pas toujours ainsi.

Sans doute l'idéal serait, comme le dit Tarde (3), que chaque science distincte fût réductible, comme l'astronomie moderne, à une formule unique et que ces formules différentes eussent pour lien une formule supérieure, qu'en un mot il n'y eût plus les sciences, mais la Science. Mais nous sommes ici bien loin de cet idéal.

(1) Cf. dans le même sens Charmont, *op. cit.*, p. 217.

(2) Et peut-être le tort du positivisme a-t-il été, après avoir affirmé qu'il y a un inconnaissable, de croire que nous n'avions aucune conséquence à tirer de l'existence et même de la nature de celui-ci au point de vue pratique (Cf. Tarde, *L'opposition universelle*, p. 276).

(3) *Lois de l'imitation*, p. 103.

Cela étant, qu'en résulte-t-il ? Le droit ne peut être satisfaisant que s'il répond non seulement aux besoins réels, à l'avantage objectif de chacun, mais encore s'il répond à ce qu'il croit ses goûts (1). Comme la femme de Sganarelle, certaines gens aiment être battus, comme d'autres aiment « rosser le guet », dût-il leur en cuire. Les sages auront beau dire que c'est absurde et qu'il faut avoir d'autres goûts, c'est un fait et, à l'inverse de Royer Collard, il n'y a rien que j'estime autant qu'un fait, d'autant que celui-ci est d'importance. Cependant n'y a-t-il pas des cas où il faut faire le bien des gens malgré eux : lorsqu'un peuple a des goûts qui le portent à sa perte, ne faut-il pas les contrecarrer ?

Le droit idéal que l'on proposera aux législateurs et aux juges de faire triompher sera donc forcément imparfait : car ou bien on imposera à tout le monde une conception que l'on croira bonne, ce sera celle de la majorité ou de la minorité, peu importe, et il y aura toujours des sentiments, des goûts de froissés. Fussent-ils exceptionnels, ils sont jusqu'à un certain point respectables, et on ne voit pas pourquoi on voudrait en général le bien des gens malgré eux. On dira que l'Etat s'inspire d'une utilité objective. Il le croit, mais reste à savoir si ce n'est pas une illusion. L'Etat pendant des siècles a cru qu'il était de son devoir de maintenir l'esclavage, il a cru pendant non moins de temps qu'il était de l'utilité primordiale de maintenir l'unité de religion. On a cru la torture indispensable pour découvrir la vérité. On relève facilement les erreurs du passé. Plus tard ne relèvera-t-on pas les nôtres ?

Ou bien l'Etat dit : cela est parce que je l'ai dit. C'est l'opinion d'Etat, chose aussi juste ou aussi injuste, comme on voudra, qu'une religion d Etat ou qu'un art officiel. Les conséquences en sont les mêmes.

Ou bien les forces sociales organisées fonctionneront pour assurer à chacun la liberté d'appliquer ses théories, de suivre ses

(1) V. cette idée déjà indiquée dans Courcelles-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, appendice III, p. 306.

goûts religieux ou athées, égoïstes ou charitables, artistiques, scientifiques. C'est évidemment un système commode et qui peut satisfaire tout le monde, à moins toutefois que parmi les systèmes en présence, il n'y ait ce que j'appellerai des systèmes d'autorité, c'est-à-dire des systèmes qui veulent qu'une chose soit imposée à tous. Comment en matière syndicale assurer à chacun ce qu'il désire, en face des partisans du syndicat obligatoire ou de la prohibition révolutionnaire du droit de créer des groupements professionnels ? Ce sera toujours pour ceux-là donner trop ou trop peu. Et la liberté pour tous, la tolérance, la neutralité sera, quoiqu'on en veuille, une opinion comme une autre. Si elle est plus admissible, ce n'est pas parce qu'elle peut satisfaire chacun, ni parce qu'en elle-même et pour elle-même, elle est un idéal. La liberté n'est, à vrai dire, objectivement qu'une doctrine de désespoir. Faute de pouvoir fixer le mieux, on laisse chacun réaliser ce qu'il croit le mieux pour lui ou pour autrui, dans une certaine sphère. Subjectivement, ce n'est qu'une tolérance forcément insuffisante, car elle ne peut pleinement satisfaire le partisan des doctrines absolutistes.

Ainsi donc le problème est ici scientifiquement insoluble, du moins en partie.

On ne peut, pour ce qui correspond aux idées de chacun, qu'imposer des solutions violentant les désirs de quelqu'un. On se trouve donc ici réduit à faire œuvre empirique (1), à atténuer les oppositions en formant l'esprit public par des procédés divers (2) : surveillance des publications, de l'enseignement. On dissimule son but, on atténue les solutions que l'on propose, on les fait triompher peu à peu (3). C'est la politique avec ses ruses, ses procédés que l'on a souvent qualifiés d'amoraux.

(1) Ainsi se trouve établi un lien entre le droit et la politique et on peut dire avec Ihering (*Zweck im Recht*, trad. p. 251) : le droit est la politique bien comprise du pouvoir.

(2) Cf. Courcelles-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, p. 90.

(3) Cf. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre*, p. 9.

Il est probable que cette lutte ne finira jamais. L'humanité cherchera toujours autre chose que ce qu'elle a ; les institutions, un moment acceptées, se démoderont, les hommes s'éloigneront des institutions même les meilleures en apparence. L'abus en fera sentir les mauvais côtés, on songera moins aux bons. A défaut de modification légale, on cherchera à s'en débarrasser par quelque violence et si l'on y réussit, bien des gens penseront qu'on avait raison.

Nous ne nions pas pour cela qu'il existe un droit idéal. Je dirais même un droit naturel, si cette expression ne servait à désigner une théorie démodée qui prétend bâtir une législation idéale bonne partout et toujours. Il existe semble-t-il, en face de tout état social, un idéal législatif, c'est-à-dire un état de droit meilleur que tout autre ou du moins des états de droits meilleurs que d'autres. Du moins, c'est un postulat que nous devons poser, sous peine de n'avoir plus de raison d'être dans nos recherches.

Seulement, et c'est là le trait nouveau sur lequel j'insiste, cet état de droit idéal en présence de certaines données sociales, historiques, économiques ou autres, restera toujours imparfait, car le droit est fait pour les besoins réels, dont l'importance relative est difficile à établir, mais aussi pour le goût de chacun. Les besoins réels sont déterminés par la science sociale, malheureusement très embryonnaire. Les goûts sont déterminés par bien des éléments de façon peu précise : l'âge, la race, le tempérament sanguin ou lymphatique, l'hérédité, l'imitation et bien des inconnus. Il faut cependant en tenir compte. N'est-ce pas le goût de certaines personnes pour telle ou telle manifestation artistique qui est la raison d'être de toute une législation sur les monuments que d'autres personnes trouvent sans raison. Le droit étant fait pour les intérêts de chacun, c'est-à-dire pour l'intérêt général qui n'en est en somme que l'addition, doit se préoccuper de ceux-ci tels qu'ils sont objectivement et tels qu'ils apparaissent. Le droit idéal apparaît donc à la limite comme résultat final et commun de la science sociale et des aspirations de l'humanité. Ce droit

apparaîtra à la fois comme objectif et subjectif : objectif dans son but, l'utilité générale, mais subjectif aussi comme visant à permettre aux goûts humains, aux conceptions si variées de la vie de se traduire en actes, de se satisfaire.

Cela ne sera possible que par instants, de façon très imparfaite, par une unification relative et momentanée des esprits, comme les jardins de Versailles, cette vivante contradiction de la nature, ne peuvent exister que par un effort incessant de direction sous peine de retourner bien vite à la folle nature, loin des cisailles des jardiniers.

Passons de ces vues théoriques nécessaires aux réalités actuelles. Que faut-il en conclure ? Le droit tel que le donnent les faits ne peut pas toujours satisfaire l'esprit. Car parfois il peut se présenter comme un mélange savant de force et de ruse bien plus redoutable que la force brutale contre les triomphes de laquelle ont tant clamé les philosophes.

Le droit purement idéal répondant à l'utilité générale envisagée objectivement et aux conceptions individuelles de la vie est si rare, si difficile à atteindre, qu'il ne faut que rarement penser y parvenir.

Nous ne devons pas cependant complètement désespérer. L'espoir d'abord répond à un besoin de notre esprit, presque comme le sommeil, l'absorption d'aliments, à un besoin de notre corps. Objectivement en outre, nous croyons qu'il y a mieux à faire que de constater le triomphe des forces organisées. Nous devons essayer, à travers ce voile que constitue notre subjectivisme, en essayant d'éliminer nos passions, de découvrir de quel côté est le plus grand bien objectif, dans l'état social actuel. Nous devons aussi nous occuper de l'accommoder aux idées de notre temps. Mais dans la construction de ce droit qui sera à la fois objectif et subjectif, n'oublions jamais deux choses : que nous ne sommes jamais sûrs d'atteindre la vérité objective. Combien de croyances bien établies d'un temps donné ne sont aujourd'hui que ruines. Les

discussions sont-elles assez embarrassées par assez de ruines de systèmes et de théories ?

Pensons aussi que le droit visant l'intérêt général au sens le plus élevé et le plus large du mot, ce n'est somme toute que l'intérêt de chacun, et que le droit, quand il doit appeler la force à son service, dans les cas où il contraint, où il fait souffrir, va dans une certaine mesure contre son but même.

Tout cela fait que nous ne devons jamais affirmer qu'avec hésitation et que dans bien des cas nous devons avouer le peu de puissance de notre science. Mais n'est-il pas plus scientifique de s'abstenir de parler, de fixer les limites du connu que de prétendre régenter l'univers à l'aide d'un ou deux principes.

Pascal d'ailleurs n'a-t-il pas, en même temps qu'il donnait à la justice une si grande place, montré combien il était hasardeux de l'atteindre, et combien, faute de mieux, il fallait pour l'homme donner l'importance à la coutume. « Sur quoi la (la société) fondera-t-il ?... Sur la justice, il l'ignore. Certainement s'il la connaissait, il n'aurait pas établi cette maxime, la plus générale de toutes celles qui sont parmi les hommes ; que chacun suive les mœurs de son pays... De cette confusion arrive que l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre, la commodité du souverain, l'autre, la coutume présente, et c'est le plus sûr. Rien suivant la seule raison n'est juste en soi. Tout branle avec le temps (1). » Et un peu plus loin : « Comme la mode fait l'agrément, ainsi fait-elle la justice (2). »

En même temps, il voyait la difficulté de saisir comme justice autre chose qu'une apparence, quand il disait : « Rien n'est si fautif que les lois qui redressent les fautes. Qui leur obéit parce qu'elles sont justes, obéit à la justice qu'il imagine, mais non à l'essence de la loi. » Aussi aboutissait-il à avouer qu'il faut ici poser de véritables postulats, quand il ajoutait : « Qui voudra en (de la loi) examiner le motif, le trouvera si faible et si léger, que

(1) *Pensées*, fr. 204, éd. Brunschwigg.
(2) *Ibid.*, fragm., 209.

s'il n'est accoutumé à contempler le prodige de l'imagination humaine, il admirera qu'un siècle lui ait acquis tant de pompe et de révérence. »

L'établissement du droit idéal paraît possible sur le terrain des besoins matériels à satisfaire, sauf à savoir si ce droit ne devrait pas varier ses procédés suivant les époques et les localités, sauf aussi à constater que, ce souci des besoins matériels étant largement entendu, la perfection serait atteinte au détriment de certaines idées supérieures.

Hors de là, le droit idéal paraît en théorie difficilement constructible, tant pour des raisons objectives que subjectives. Celles-ci se rattachent à un premier postulat, celui du devoir. Chacun a le devoir de travailler pour le bien général. Nous le croyons, bien que peu de gens le fassent. Mais c'est une de ces idées premières avant lesquelles on ne trouve rien, en science positive du moins, pour les expliquer (1). Avec celui qui nie le devoir, il faut renoncer à discuter, tout terrain de lutte faisant défaut. Cette difficulté se présente aussi à propos de notre première affirmation. Mais il y en a ici de spéciales.

L'idée du devoir social peut être comprise différemment par différentes personnes. La limite du devoir est imprécise. D'autre part ses applications peuvent donner lieu à des difficultés sans fin. Et il est plus malaisé de les aborder de front pour les résoudre que de présenter sur elles des vues ingénieuses ou même neuves. Dans quelle mesure un intérêt intellectuel ou esthétique est-il préférable à un intérêt matériel ? Jusqu'à quel point faut-il sacrifier l'intérêt du présent à celui de l'avenir ? Quand un intérêt dit général, n'est somme toute, comme il arrive souvent, qu'un faisceau d'intérêts particuliers très faibles, considérés isolément dans quelle mesure faut-il lui préférer l'intérêt d'un seul ?

(1) V. Léon Bourgeois, *Solidarité*, p. 73.

Au milieu de tout cela, il y a cependant quelques certitudes approximatives. Certaines solutions sont à la fois repoussées par presque toutes les théories. D'autres sont les points de rencontre de déductions partant de principes différents.

En second lieu, il faut faire observer quelles complications va apporter la valeur subjective que doit avoir le droit idéal. Le régime des majorités qui l'emporte dans les démocraties ne doit pas faire perdre de vue l'intérêt respectable des minorités. L'intérêt d'un seul, s'il est innocent, vaut celui d'une foule à le faire déclarer coupable. D'autre part, s'il est certain qu'en violentant un individu, on peut faire son bonheur malgré lui, il y a toujours là une mesure hasardeuse. Et cependant on ne peut pas ne pas arrêter l'individu qui court aveugle à sa perte. La conclusion doit donc être la liberté comprise comme un pis-aller. L'individu ayant, presque en toute matière, des intérêts respectables plutôt que des droits.

Théoriquement le monde continuera donc d'être ballotté entre des théories également incertaines. Le calme relatif lui viendra plutôt de l'imitation, de l'indifférence, mais il suffira d'une circonstance extérieure pour tout changer.

Que reste-t-il alors à l'étude du droit comme domaine à cultiver en dehors de ces terrains mouvants, de ces questions troublantes où l'esprit reste incertain ?

Il reste d'abord un domaine incontesté : la technique, c'est-à-dire l'habileté à adapter les moyens à des fins déterminées. Dans les arts, à part la question de savoir ce qui est beau, s'il y a une beauté rationnelle, il reste un domaine immense de technique à étudier pour adapter certains matériaux à certains effets (1). De

(1) Ce développement comporte d'ailleurs à notre avis des limites. Cette idée est implicitement adoptée par Tarde, *op. cit.*, p. 130. « L'invention vraie, dit-il, celle qui mérite ce nom, devient chaque jour plus difficile.... Il faudra donc qu'elle s'épuise enfin, car le cerveau d'une race donnée n'est pas susceptible d'une extension indéfini. Par suite toute civilisation, asiatique, européenne, n'importe, plus tôt ou plus tard est appelée à heurter sa

même, dans le droit, il y a une technique permettant d'adapter à certaines fins proposées, simples ou multiples, les moyens convenables, tout en respectant d'autres solutions provisoirement acquises. Les jurisconsultes romains y ont merveilleusement réussi. Cet art peut se développer (1) et le profit qu'on en tirera sera d'autant plus grand qu'il sera appliqué à des matières plus éloignées d'une influence directe et visible à première vue sur les opinions communes, comme l'est en grande partie le droit civil et surtout dans celui-ci la théorie des obligations. Etablissant en effet des principes formels, si je puis dire, c'est-à-dire des ensembles de règles qui sont plutôt des armatures s'adaptant à des poursuites de buts très divers, elle peut ne se modifier qu'avec une sage lenteur, malgré les effets indirects considérables qu'elle produit. Mais ici, par une sorte de daltonisme intellectuel curieux, l'ensemble du public se rend moins compte de cet effet qu'ailleurs.

Les progrès paraissent d'autant plus possibles sur le terrain de la technique que dans ce domaine, les inventions paraissent presque indéfiniment accumulables. Au contraire sur le terrain des principes directeurs, les idées sont non pas accumulables, mais substituables et que l'on risque par conséquent de tomber ici dans des solutions tout à fait erronées.

Malgré cela, il faut reconnaître (2) que la partie principes a plus de valeur que la partie technique et qu'au total le droit apparaîtra surtout satisfaisant lorsqu'à une époque les principes abstraits qui le dominent auront dans les esprits un empire universel. Cette heureuse coïncidence des pensées d'une génération facilite l'élaboration de solutions pratiques satisfaisantes, car une technique, si perfectionnée qu'elle soit, n'a guère que des résultats propre limite et à tourner dans son cercle sans fin. Mais nous sommes loin de ce rivage. »

(1) Il y a cette analogie curieuse entre les arts et le droit que dans ces deux catégories d'études, la technique paraît susceptible de progrès presque indéfinis, tandis que la beauté ne paraît guère susceptible de définition satisfaisante, pas plus que le droit idéal.

(2) V. Tarde, *Lois de l'imitation*, p. 193 et suiv.

médiocres, si on ne sait dans quel but on doit la faire fonctionner. Tout en étant à peu près incapables d'établir scientifiquement les principes essentiels du droit et la hiérarchie des besoins à satisfaire, nous devons considérer comme une heureuse chance lorsque, très temporairement d'ailleurs, entre deux crises, une pensée générale s'établit sur ce point.

Je dis temporairement. Car ces heureuses coïncidences ne durent pas longtemps. Comme l'a dit Tarde (*op. cit.*, p. 413) : « Si l'idée de répétition domine l'univers, elle ne le constitue pas, car le fonds, c'est une certaine somme de diversité innée, éternelle, indestructible, sans laquelle le monde serait d'une platitude égale à son immensité. Stuart-Mill avait été conduit par ses réflexions à quelque postulat du même genre. »

Si ce rôle de la technique d'accumuler des découvertes nouvelles nous paraît important, cela ne veut pas dire qu'il soit facile à jouer dans une civilisation déjà ancienne. La vie sociale, comme on l'a observé (V. Tarde, *op. cit.*, p. 206), aboutit fatalement à la formation d'une étiquette, c'est-à-dire au triomphe le plus complet du conformisme sur la fantaisie individuelle. Mais heureusement cette complication même qui résulte du développement permet de faire place à des inventions nouvelles, à des idées différentes même des idées anciennes. C'est ce qui est arrivé par exemple lorsque le droit romain a admis le *jus gentium*.

La seconde règle qui s'impose encore à ceux qui cultivent le droit et cherchent à assurer sa domination, c'est qu'étant donné l'esprit humain, les principes d'action seuls ont véritablement prise sur lui. Quand les hommes sont sollicités d'agir non pas *ut singuli*, mais comme masse, que ce soit comme foule, comme opinion publique, comme électeurs, même comme gens d'un certain monde, d'un groupe : syndicat, association, les idées qui ont seules une prise assez facile sur eux sont les idées simples : liberté, solidarité sociale, justice, etc. Le jour où les juristes voudront traduire leurs conceptions en actions, il faudra donc qu'ils

fassont appel à ces idées simples : les travaux qui visent à l'action n'étant pas de même nature que ceux qui visent à la découverte de la vérité. « Rien n'étant plus naturel à l'individu humain que la raison, rien n'étant plus propre à satisfaire la raison individuelle que l'ordre symétrique et logique substitué aux complications mystérieuses de la vie (1) », l'action doit se plier à ses exigences et aux époques où domine le rationalisme et aussi l'individualisme, l'imitation mode, elle trouvera un terrain merveilleusement préparé pour recevoir les idées ainsi présentées.

L'œuvre pratique ainsi faite sera utile. Comme le dit Spencer (2), « un idéal, si loin qu'il soit d'être réalisé pour le moment, est nécessaire pour se bien guider. Si parmi tous les compromis que les circonstances des temps rendent nécessaires, il n'existe pas de conception du mieux ou du pire dans l'organisation sociale, si l'on ne voit rien au delà des exigences du moment et qu'on prenne l'habitude d'identifier le mieux prochain avec le mieux définitif, il ne peut y avoir de véritable progrès ». Et en quoi consistera cet idéal éloigné, sinon en des principes simples. Ces idées développées pour l'action peuvent avoir une part d'exactitude scientifique, part d'ailleurs incertaine, d'après ce que nous avons vu. Mais rien n'est plus dangereux pour elles, que d'être suivies jusqu'à l'extrême. On verra alors combien est terrible l'effet d'une grande idée dans de petits cervaux.

C'est pour cela que nous redoutons un peu, mais un peu seulement, ce principe si séduisant établi par notre éminent maître M. Saleilles dont nous regrettons de ne pas partager les idées sur ce point : prendre comme forme de la justice celle qui est acceptée à l'époque où l'on est (3). Nous craignons que toute application trop large d'un principe régnant ne pousse à l'excès Rien n'est plus

(1) Tarde, *op. cit.*, p. 369.

(2) *L'individu contre l'État*, p. 165.

(3) V. également en faveur de l'importance à donner à la pensée collective : Emm. Lévy, Exercice du droit collectif, *Revue de droit civil*, 1903, p. 102 et 104.

propre à amener des révolutions ou des réactions, que la logique appliquée sans trêve à un principe qu'on veut sans cesse enrichir de conséquences (1). Peut-être les peuples qui veulent vivre longtemps doivent-ils se garder surtout d'exagérer la réalisation de quelque principe de leur idéal. Ils risqueraient d'aller à une catastrophe : ainsi les arts dans tous pays sont tombés en décadence par l'exagération de certains principes qui avaient contribué à leur gloire et sont devenus leur perte sous le nom de manière, procédé, affectation.

De là ces lassitudes et ces dégoûts de l'opinion pour les institutions qui ayant longtemps appliqué les mêmes principes en ont déduit les dernières conséquences (2). Il est donc à souhaiter que ces situations extrêmes ne se reproduisent pas trop souvent, mais il faut aussi remarquer que s'il y a des limites au delà desquelles ne peut se trouver le bien et le juste, suivant le vieux mot d'Horace,

Cette justice étant faite de compromissions et de transactions, l'humanité aura toujours à certains moments des accès d'horreur pour cette chose complexe, ces situations ambiguës, peu après de là à certains moments, ces accès révolutionnaires auxquels les peuples sont sujets, mais qui ne les empêchent point de faire de nouvelles tentatives dans le système des transactions et dissolutions composites,

Par conséquent je ne crois pas que les évolutions sociales multiples semblables ou dissemblables aboutissent à un équilibre stable et mobile (3). Cet équilibre, même avec un déplacement lent de son centre de gravité, peut être rompu tout à coup. Il en a été

(1) V. sur ce point les développements très heureux de M. Meynial, La logique dans la formation du droit, *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, p. 181 et 186. — V. également Ihering, *Etudes complémentaires*, trad. Meulenaere, p. 388 et 389.

(2) Rapprochez sur ce point Hauriou (*op. cit.*, p. 23). La production des crises.

(3) V. en sens contraire de notre opinion : Tarde, *Opposition universelle*, p. 332.

plus d'une fois ainsi dans le passé, et cela nous fait augurer d'un même avenir. Il est vrai que sitôt une catastrophe de ce genre, des évolutions recommenceront qui ramèneront vers un équilibre apparent. Mais nous croyons les lignes entrecroisées des évolutions plus complexes qu'on ne tend toujours à se les figurer.

Cela ne signifie pas que l'on ne puisse espérer que les oppositions constatées ne soient finalement une forme de l'adaptation ou son préambule, qu'on ne puisse du moins espérer pallier cette opposition ou la lever ou la convertir en collaboration supérieure. Il y a là une espérance, principe d'action que nous ne *voulons* pas rejeter. Par postulat, l'action étant supérieure à l'état statique, comme l'être au non-être.

De cette façon, nous restituons à leur véritable place les « principes du droit ». Ce sont des principes d'action que l'on répète pour faire agir dans un certain sens. Mais leur abus est extrêmement dangereux, il aboutit aux extrêmes, un principe dominateur en fait rejeter un autre tout aussi raisonnable (1). Ces idées nous permettent de mettre à leur véritable place les principes de la morale traditionnelle qui dominent en même temps le droit, idées de justice, de respect du prochain, etc. Ce sont des principes vrais en partie, mais dont les contraires sont vrais aussi partiellement, ce sont des tendances générales (2). Seulement les principes de morale étant en contradiction avec certaines tendances humaines très fortes : désir de jouir, de ne suivre que ses appétits, de ne pas se dominer, il est nécessaire de les affirmer particulièrement, d'user des moyens de propagation des idées pour les maintenir à un certain niveau (3). Il faut répéter que l'on ne doit pas léser

(1) Cf. Cruet, *op. cit.*, p. 191 et Picard, *op. cit.*, p. 330.

(2) Paulhan, La logique de la contradiction. *Rev. philosophique*, 1910, p. 294.

(3) Cela nous paraît d'autant plus nécessaire que si nous envisageons certaines classes sociales, nous sommes loin de partager l'optimisme de Renan qui disait « une seule chose est sûre, c'est que l'humanité tirera de son sein tout ce qui est nécessaire en fait d'illusions, pour qu'elle remplisse ses devoirs et accomplisse sa destinée » (*Dialogues*, préface, p. XIX).

autrui, bien que dans certains cas, il faille le faire pour un plus grand bien (état de nécessité), parce que la seconde tendance sera suivie plus facilement. On arrivera ainsi à cet à peu près qui est tout ce qu'on peut espérer en ce bas monde (1).

Peut-être nous reprochera-t-on à ce sujet de n'avoir pas, suivant ces principes, établi quelque théorie, quelque principe comme devant dominer tout le droit. Mais ce sont là principes d'actions, sur la valeur desquels nous venons de nous expliquer. Nous avons préféré faire un simple exposé de la triste vérité scientifique dans cet ouvrage de pure science.

De cette nécessite d'action, découle une de ces contradictions que l'on retrouve à chaque pas. L'action supposant un principe simple que l'on s'efforce d'inculquer, comme la lutte politique suppose des cris de guerre à la fois justes et mauvais, qui servent à grouper les partisans, on est pratiquement obligé dans la plupart des cas de présenter la morale, chose un peu variable suivant les individus, comme une, simple, pour mieux accoître son empire. C'est pour cela que parfois on s'efforce de représenter la politique, la législation, choses essentiellement variables, comme étant en dehors de la morale (2). Pour que cette dernière ait plus de domination sur les cerveaux, on la représente comme sacrée, et pour cela on en fait une reine qui règne, mais ne gouverne qu'incomplètement. Le but est louable. En réalité, nous sommes dans un domaine où ce qui est moral ne peut être toujours bien affirmé, et subjectivement, on ne le voit pas toujours, il est peut-être même indiscernable parfois, cela ne veut pas dire qu'il n'y ait ici une morale, mais par prudence, on ne veut pas l'y fourvoyer. Eternelle opposition de l'action et de la science. Les besoins de l'esprit et de la réalité, cercle pitoyable où l'humanité ne cessera de tourner, ce qui amènera toujours le rire sur les lèvres

(1) Il y a là un important agent de progrès, point fort bien mis en valeur par M. Hauriou, *op. cit.*, p. 206 et suiv.

(2) V. en ce sens Faguet, *En lisant Nietzche*, p. 335.

des gens superficiels qui croient tout ramener à la logique, ce qui permettra aux esprits de toute envergure de réclamer des réformes, des innovations au nom de la logique.

Mais, comme le disait encore Tarde (1) « il faut d'abord rechercher, préciser, délimiter les oppositions vraies de désirs et de croyances, voir dans quelles conditions elles se produisent, quelles sont leurs diverses classes, et ensuite leurs causes connues, agir sur celles-ci efficacement ». Nous n'avons pas l'espoir de réussir un pareil programme, mais nous pouvons cependant en indiquer certains linéaments.

Nous avons jusqu'ici parlé des fondements du droit et accessoirement nous avons dû toucher à ceux de la morale. Mais nous avons jusqu'ici laissé de côté un point capital, la question de réalisation pratique. Nous avons affirmé un idéal social, mais qui nous garantit que les hommes s'y plieront. Certains le feront d'eux-mêmes par tendance de caractère, éducation, hérédité, mais pourquoi, dans l'humanité si diverse, tous le feraient-ils ? Comment obtenir le sacrifice de la volonté individuelle au non moi (2) ?

M. Izoulet, dans la *Cité moderne*, estime qu'il suffit sur ce point d'éclairer chacun, de lui montrer que l'intérêt de la cité est le sien, que lui ne sera heureux, riche que si la société l'est aussi. C'est raisonner comme si chaque homme était éternel. Il y a ici une illusion profonde, qui prend la partie pour le tout. Car l'acte utile à la société ne profite à l'individu que dans une faible mesure. L'acte bon pour l'individu et nuisible à la société ne nuit à l'individu que dans une faible mesure. N'a-t-on pas vu à toute époque et dans tous pays certains fournisseurs de l'État le voler ou essayer de le voler, jugeant avoir plus d'intérêt au mal commun qu'à rester honnêtes (3). Sans doute ce régime peu à peu nuit à

(1) *Opposition universelle*, p. 436.

(2) V. sur l'importance de ce sacrifice et le caractère de ce sacrifice aux similitudes, Hauriou, *op. cit.*, p. 181.

(3) Cf. Ihering (*Zweck im Recht*, p. 304) sur cette espérance que l'on pourra violer la loi, mais que les autres la respecteront.

tous, répand la défiance, la corruption et chacun en souffre beaucoup. Mais c'est plus tard et si celui qui a créé cette corruption est mort, s'il n'a vu que ses intérêts à lui, il a vécu satisfait. L'idée de la durée et souvent d'une longue durée est donc nécessaire pour arriver à la conception d'un intérêt particulier concordant assez largement avec l'intérêt général (1).

Plier l'individu à l'intérêt social, qu'il s'agisse de sacrifices médiocres ou des plus grands comme celui de la vie, ne peut donc être le résultat d'un intérêt bien entendu. Du moins dans nombre de cas (car il ne faut rien exagérer), ce ne peut être que le résultat d'une sorte d'hypnotisation sur un but déterminé, résultant de l'éducation, de la prédication sous toutes ses formes par les journaux, l'exemple, l'autorité gouvernementale, etc, en un mot une foi (sans donner à ce mot aucun sens spécialement religieux) qui déplace l'axe des jouissances, le transporte ailleurs, fait de l'homme quelque chose de factice, d'éduqué.

Voilà donc la réalisation de la morale dépendant de la croyance (au sens général du terme) des gens, d'une certaine fixité d'esprit, d'une habitude, de l'imitation, est par suite assez menacée (2).

C'est pour cela qu'il devient nécessaire que les principes les plus importants soient réalisés par la contrainte : contrainte elle aussi aléatoire, car elle ne peut pas tout : on ne peut forcer toujours un individu à faire ce qu'il ne veut pas. La contrainte, ce vice externe, joint un vice interne aussi grave : elle dépend de la force de l'idéal social chez celui qui l'emploie et la souveraineté du droit, comme celle de la morale, reste ainsi fragile (3).

(1) C'est ce que dit Ihering en définissant la loi la coalition des prévoyants contre les imprévoyants (*Zweck im Recht*, p. 375).

(2) D'autant plus que celui qui s'occupe uniquement de réaliser l'idéal social risque, en face des individus malhonnêtes, d'être dupe (v. Charmont, *Renaissance du droit naturel*, p. 140), et alors l'idéal arrive à se réduire à cette transaction souhaitable, mais qui n'est pas toujours possible, être juste sans être dupe. C'est aussi souvent l'idéal irréalisable du droit.

(3) D'autant plus que le droit faisant appel à la force va contre son but si celui-ci est de satisfaire chacun, car alors il y a aveu d'impuissance partielle.

Ayant montré la complexité du problème, nous allons dans les chapitres qui suivent en décomposer les éléments et voir les tendances principales qui dominent le droit privé, ce qui nous permettra de voir jusqu'à quel point elles s'accordent et dans quelles mesure elles se contredisent. Alors nous constaterons que les règles du droit à établir, si elles doivent présenter entre elles une certaine coordination qui est le propre de la science, dépendent d'un point important, la valeur relative donnée aux tendances principales auxquelles la législation doit faire place.

CHAPITRE II

LA SÉCURITÉ

Nous touchons ici peut-être au plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale, au moteur central, le besoin de sécurité (1).

C'est un des intérêts dont la législation moderne se préoccupe le plus. Donner de la sécurité aux individus, cette idée, si simple a dans le droit de nos jours une importance colossale. Elle est à la base de principes très importants concernant soit les sources du droit, soit le droit public, soit le droit privé.

Stuart Mill, d'ailleurs, n'a rien exagéré en disant : « Aucun homme ne peut faire la moindre chose sans la sécurité. C'est d'elle que nous dépendons, lorsque nous voulons nous soustraire au mal et donner au bien toute sa valeur pour une durée autre que le moment actuel. Rien n'aurait de valeur pour nous, sinon pendant un instant aussitôt passé, si nous pouvions être dépouillés d'un bien un instant après l'avoir possédé, par quelqu'un de momentanément plus fort que nous » (2). La sécurité n'est-elle pas à la base du respect de toutes les théories, de tous les principes, comme même elle est à la base du besoin de foi religieuse ?

(1) En donnant cette importance à la sécurité, je ne crois pas exagérer. Car beaucoup de jurisconsultes font reposer le droit sur l'idée d'ordre, qui est bien la génératrice la plus directe de la sécurité : V. Berolzheimer, *op. cit.*, IV, p. 113. Le but du droit est l'ordre, dit-il. Il parle du droit comme force ordonnante, p. 80. Nous touchons d'ailleurs ici à une des idées les plus caractéristiques de la raison humaine (V. à ce sujet : Mentré, *Cournot et la reconnaissance du probabilisme au XIX^e^ siècle*, p. 211 et suiv.), rien d'étonnant dès lors, que dans le droit, si intimement lié à la psychologie, elle ait une grande place.

(2) *L'utilitarisme*, p. 105 (trad. Lemonnier).

Et Stuart Mill se rendait en particuller très bien compte du lien qui unit cette idée avec celle de droits absolus, illimités, avec cette sorte de zone franche reconnue à chacun, qui est le fonds de l'individualisme et en particulier de la Déclaration des droits de l'homme, quand il ajoutait : « La sécurité, nécessité la plus indispensable après celle de la nourriture, ne peut exister que si le mécanisme chargé de la produire, fonctionne avec activité et continuité. L'idée des raisons que nous avons de nous associer à nos semblables afin de rendre plus sûr le terrain où doit se passer notre existence, amasse autour d'elle des sentiments intenses. *Les droits prennent alors ce caractère absolu, cette apparente infinité, cette incommensurabilité* par rapport aux autres considérations. Les sentiments en rapport avec les droits sont si puissants et nous comptons si positivement trouver chez les autres les sentiments correspondants que les mots : ils peuvent, ils doivent, deviennent : il faut, et que cette nécessité indique une nécessité morale analogue aux nécessités physiques et possédant souvent autant de force d'obligation ». Ihering a vanté de même avec beaucoup de raison toute l'importance de la sûreté du droit au point de vue économique et au point de vue moral, montrant que, ni les richesses, ni le caractère ne peuvent croître là où manque le sentiment de la sûreté du droit (1).

N'est-ce pas principalement pour assurer la sécurité de chacun que l'on a tendu à remplacer la coutume, souvent imprécise, par la loi écrite, l'amoncellement des lois spéciales par des œuvres législatives de grande étendue, systématisées, autrement dit par des codes ? C'est sur elle que se fonde le grand principe de la non-rétroactivité des lois. C'est la même raison qui porte à l'uniformité législative interne ou même internationale, malgré ses défauts

(1) *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 288. — V. aussi sur l'importance de la sûreté Bentham, *Principe du Code civil*, 1re partie, chap. VII. N'est-ce pas d'ailleurs le besoin de sécurité qui fait que dans tout livre touchant au droit un mot plaisant apparaît comme une sorte de sacrilège, n'est-ce pas lui qui est la raison de la gravité dont est empreint ce qui touche à la Justice.

certains (1). On veut avant tout, la sécurité dans les transactions et elle ne peut être atteinte que par la simplicité (relative d'ailleurs) que donne une règle partout applicable. C'est sur elle que se fondent ces grands principes de la rédaction des lois qu'énonce déjà Montesquieu (2) : un style concis, simple, ne prêtant pas à plusieurs sens, sans subtilité, plus attaché aux présomptions légales qu'à celles de l'homme, sans inutilité. A elle, se rattache le caractère de précision que certains auteurs considèrent comme la caractéristique du droit (3).

Aussi considérant ce principe de sécurité comme le seul, certaines personnes y voient l'essence du droit. Pour eux, il tient tout entier dans l'idée de stabilité chère à l'école individualiste (4). L'Etat chargé pour eux de faire régner le droit, doit pour cela, afin de s'en mieux acquitter, limiter sa tâche. Il doit être fort, mais, ne pouvant tout connaître, se contenter de donner la stabilité (5).

C'est cette même raison qui est la base essentielle de la fixité que la Cour de cassation s'efforce de donner à sa jurisprudence : car autrement il n'y aurait qu'une faible sécurité, toute question tant soit peu douteuse pouvant, au hasard du moment, être tranchée dans un sens quelconque. C'est enfin la même idée qui est l'argument le plus solide en faveur de l'interprétation logique et invariable des lois. Si les lois sont interprétées différemment suivant les temps, et d'après des considérations objectives souvent un peu vagues, on ne sait plus exactement sur quoi l'on peut compter (6).

(1) V. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 20, chap. 18.

(2) *Esprit des lois*, liv. 20, chap. 10.

(3) V. Morelli, *Que cosà sona le liberta civile*. *Archivio giuridico*, 1899, 1, p. 52.

(4) V. Schatz, *L'individualisme*, p. 320 et les auteurs cités par lui, p. 319 (Hume, Courcelles-Seneuil) V. également, p. 208 à propos des idées de Dunoyer.

(5) Cf Schatz, *op. cit.*, p. 208.

(6) Cf. Schatz, *Individualisme économique et social*, p. 319.

On arrive logiquement au développement de cet esprit juridique qu'analyse M. Ed. Lambert (1) consistant à ramener à la concordance les décisions des autorités officielles, jusqu'à ce qu'elles se rencontrent. Pour sauvegarder la sécurité des relations juridiques, on admet la routine de l'interprétation déductive. Il faut savoir d'avance ce que les juges décideront sur un contrat et si une loi nouvelle survient, elle ne dérangera pas le système juridique, elle n'aura pas non plus d'effet rétroactif. Tout cela, parce que la sécurité n'existerait plus si le système juridique avait des lacunes, ou pouvait évoluer spontanément.

De là, se déduit également l'hostilité et la méconnaissance qui a si longtemps régné à l'égard de la coutume, forme plus imprécise du droit (2).

A l'idée de sécurité se rattache, non seulement la stabilité du droit, mais la rapidité des procédures. Un droit retardé dans son application est déjà un droit blessé (3).

(1) La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociale du droit. *Revue générale de droit*, 1904, p. 166 et suiv., 451 et suiv.

(2) V. Esmein, Rapport à la commission de revision du Code civil sur la coutume. Cf. Schatz, *op. cit.*, p. 319 et suiv. à propos de l'École historique.

(3) A l'idée de sécurité se rattachent peut-être des solutions techniques fondamentales. Auguste Comte a écrit (*Catéchisme positiviste*, p. 288) que « la notion de droit doit disparaître du domaine philosophique... le positivisme n'admet que des devoirs, car son point de vue social ne peut comporter aucune notion de droit toujours fondée sur l'individualité ». Après lui M. Duguit a nié l'existence de droits subjectifs au profit des individus, comme reposant sur un postulat : comme impliquant l'existence de certaines volontés qui sont, comme telles, supérieures aux autres, qui sont d'une essence particulière. Peut-être la critique est-elle en elle-même peu fondée, car il suffit pour l'éviter d'admettre qu'il y a une valeur relative de diverses volontés dans certains cas. C'est un postulat que d'admettre cette valeur, c'est certain, mais peut-être un postulat nécessaire, tout aussi nécessaire que la solidarité que l'éminent auteur n'hésite pas à postuler, il le fait (*Droit individuel, droit social*, p. 8) avec raison, car toute science, qu'elle le veuille ou non, repose sur certains postulats.

Ce qui est vrai, c'est qu'en posant comme point de départ un droit objectif, il est plus facile d'amener un accord. Tarde avait déjà remarqué en ce sens que le droit prenait les questions sociales par leur côté accessible en réputant toutes choses droits, c'est-à-dire choses d'accord, et rien ne répond mieux à cela que d'affirmer une règle extérieure à laquelle tous doi-

En droit public, la raison d'être de la liberté n'est-elle pas, en grande partie, une sécurité à donner aux individus dans l'accomplissement des actes qu'ils veulent faire. Les législateurs de 1789, férus de cette idée, ont été amenés logiquement par elle à la Déclaration des droits de l'homme. C'est à elle aussi que nous devons la règle *nulla pœna sine lege*, la suppression des peines arbitraires, les garanties accordées à la défense. C'est au fond la base la plus solide de l'idée démocratique, une des chances que l'on ait d'être bien gouverné, est de participer soi-même au gouvernement.

Au point de vue social, c'est la base la plus solide de la théorie libérale en politique : donner à chacun une certaine zone d'action où il peut librement se mouvoir, sans être gêné ni par une prohibition, ni par une responsabilité. Toute philosophie qui prend pour base « l'inviolabilité de la personne humaine » (1) ne peut avoir de meilleur fondement que la sécurité qu'elle donne à chacun. Car la liberté ne brille pas toujours par ses résultats positifs, prêtant si aisément à l'abus.

A un autre point de vue, celui de l'assistance et de la prévoyance, l'intérêt de sécurité est un argument solide en vue du socialisme d'Etat, pour que chacun ait son pain assuré en cas d'accidents, de maladie, ou dans sa vieillesse.

Si nous nous limitons maintenant au droit privé, nous voyons que la sécurité n'est pas moins importante dans le rôle qu'elle joue. Les obligations contractuelles, d'après la théorie la plus

vent se plier.

Mais au point de vue pratique, étant donné le besoin de sécurité, étant donné le caractère humain qui fait de ce sentiment une aspiration générale, comment mieux y répondre que d'affirmer que chacun a un droit. L'individu doit avoir des droits parce que c'est utile (V. en ce sens, Spencer, *Introduction à la science sociale*, p. 433). Il est nécessaire de lui présenter les choses ainsi : Les vérités pures et les principes d'action étant choses différentes, que l'on ne peut d'ailleurs aisément concilier.

(1) V. en ce sens Bolstel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 72.

probable, se forment à partir du moment où une des parties a pu compter sur l'adhésion de l'autre à ses propositions. Il ne faut pas que l'espérance qu'elle a conçue soit trompée. C'est l'idée qui domine notamment les dispositions du Code fédéral suisse des obligations (art. 5 et suiv.).

C'est cette idée de sécurité qui est la base de toute une série de dispositions légales qui peuvent se ramener à cette idée : Celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit, ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire le même effet que le droit lui-même (1).

De là les conséquences suivantes admises, soit légalement, soit en pratique, ou vers lesquelles nous tendons.

Le possesseur d'un meuble en est traité comme le propriétaire : en fait de meubles, possession vaut titre (art. 2279, C. civ.) (2).

Le possesseur d'un immeuble en est, à la longue, traité comme propriétaire (art. 2262 et 2265, C. civ.) En tous cas il fait les fruits siens s'il est de bonne foi (art. 549, C. civ.).

L'héritier apparent est traité comme propriétaire au point de vue de ses rapports avec les tiers (3). *Error communis facit jus* (Cass., 26 janvier 1897, D. 1900.1.33) (4).

Le porteur d'un titre à ordre peut poursuivre tous ceux dont la signature se trouve sur le titre, sans qu'on puisse lui opposer les exceptions opposables au cédant.

Le possesseur d'un titre au porteur doit être assimilé au propriétaire.

(1) V. sur ces points Emm. Lévy, Capital et travail, ou le Droit repose sur des croyances, *Quest. prat. de législation ouvrière*, 1909, spéc. p. 178.

(2) Rapprocher l'art. 932, C. civ. allemand.

(3) V. not. Cremieu, De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent, *Rev. de droit civil*, 1910, p. 30.

(4) V. spécialement sur cette maxime, Morin, A propos de la maxime *error communis facit jus*, p. 25 et suiv. ; Sonlowski, *Essai sur le rôle actuel de la maxime...*, thèse d'Aix; Valabrègue, *Rev. critique*, 1890, p. 30 et suiv.

Celui qui est inscrit sur le registre des transferts doit dans les rapports avec les tiers être toujours tenu pour le titulaire (Cass., 13 novembre 1867, S.67.1.423).

Le mandataire qui a abusé de ses pouvoirs peut dans les rapports avec les tiers être considéré comme obligeant ses mandants (V. Cass., 23 octobre 1905, D. 06.1.16).

Une personne a droit à réparation des atteintes portées à ses droits même en dehors de toute faute. Ce dernier point n'étant toutefois qu'une tendance, vers laquelle on marche avec la responsabilité du fait des choses, le risque professionnel, le quasi contrat de voisinage, la responsabilité du fait des animaux, etc.

Les obligations assumées par une personne doivent être fixées non par sa volonté intime et secrète, mais par la déclaration de volonté qu'elle a émise (1). C'est pour cela que le code civil allemand déclare valable la déclaration avec réserve secrète inconnue de celui à qui est faite la déclaration (art. 116) (2) ou la déclaration purement apparente dont le caractère est inconnu du tiers (art. 117). Dans le même esprit, le code civil allemand admet que l'offre lie celui qui l'a faite (art. 145) (3).

Les nullités de sociétés par actions doivent se couvrir assez rapidement.

De l'idée de sécurité découle toute la théorie de la publicité nécessaire pour l'opposabilité du droit aux tiers. Théorie que l'on peut résumer ainsi : un droit n'est opposable à tout le monde qu'autant que le public a été mis à même de le connaître par certaines mesures de publicité. Cette idée s'applique en matière d'aliénations immobilières en vertu de la loi très imparfaite de 1855 sur la transcription, en matière de donations en vertu de

(1) V. sur cette théorie capitale, Saleilles, *La déclaration de volonté* ; Deroux, Etude des diverses conceptions actuelles du contrat. *Rev. critique*, 1901, p. 313 ; Meynial, La déclaration de volonté, *Rev. de droit civil*, 1902, p. 845 ; Hauriou et de Bézin, La déclaration de volonté dans le droit administratif français, *Rev. de droit civil*, 1903 p. 643.

(2) V. *Commentaire de la trad. officielle*, t. I, p. 121 et Saleilles, *op. cit.*

(3) V. à ce sujet *Trad. officielle*, t. I, p. 105 et suiv.

l'article 939 du Code civil ; en matière de cessions de créances en vertu de l'article 1690 du Code civil, en fait de cessions de brevets d'invention (loi du 5 juillet 1844, art. 20) ; en fait de contrats de mariage stipulant le régime dotal, en vertu de la loi du 10 juillet 1850, etc.

Les hypothèques ne sont opposables aux tiers que lorsqu'elles ont été inscrites.

Le formalisme, dans sa manière d'être moderne (1), c'est-à-dire n'étant plus un mode de matérialisation des idées comme aux époques primitives, poursuit aussi un but de sécurité. On est sûr de n'être tenu pour engagé que si la forme a été observée ; en même temps, la portée de l'engagement se trouve précisée. Pour les tiers, la forme est une véritable pierre de touche pour savoir sûrement si tel acte juridique a été passé (2). En même temps l'idée de sécurité, sous la forme de la simplification, qui en est un corollaire, peut amener à ne tenir compte que de la connaissance d'un acte par la formalité de publicité, rejetant tout effet de la connaissance de fait.

Une autre conséquence encore de l'idée de sécurité, ce sont les principes sur la charge de la preuve. Si on admet que le demandeur doit prouver, par suite si on présume jusqu'à preuve contraire que l'état de fait est conforme à l'état de droit, on contribue à la sécurité des possesseurs. *Beati possidentes*. Mesure d'une portée limitée, mais cependant combien importante!

Contentons-nous de ces quelques exemples, car autrement presque tout le droit privé y passerait.

Toutes ces propositions que nous venons de formuler se ramènent à une idée commune de sécurité, mais presque toutes de

(1) *V. sur sa renaissance*, Gény, *Livre du centenaire du Code civil*, t. II, p. 003.

(2) V. Chronique de jurisprudence, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 808 ; Cimpion, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1900.

sécurité comprise d'une certaine façon, que nous pouvons maintenant mieux préciser. La plupart de ces règles prises pour exemples peuvent se résumer ainsi : Le titulaire d'un droit est dépossédé en totalité ou en partie des avantages qu'il comporte lorsque cela paraît utile pour l'intérêt de tiers qui ont pu raisonnablement croire que ce droit n'existait pas. Ainsi donc il suffit d'avoir cru ou d'avoir pu croire que l'on acquerrait un droit, pour en devenir titulaire. L'ombre d'une proie à saisir se transforme, par une heureuse métamorphose, en un droit véritable.

C'est là l'esprit très certain de beaucoup de solutions de la législation moderne. Le but de toutes ces dispositions est le même. On veut par là faciliter les transactions. Celui qui fait un acte juridique pour acquérir un droit y sera évidemment poussé, s'il sait que, certaines apparences se présentant, tout se passera pour lui comme si elles étaient conformes à la réalité. Si je sais que l'on prendra pour base de mes droits telle déclaration de volonté qui m'a été faite, j'ai plus de tranquillité que si on devait rechercher la volonté secrète du déclarant. Si je prête sur hypothèque, je le ferai plus volontiers si je sais que, aucune inscription d'hypothèque n'ayant été faite antérieurement à la mienne, tout se passera comme si effectivement il n'avait été concédé aucun droit sur l'immeuble engagé. La sécurité ainsi obtenue est donc un levier d'activité, une prime faite aux individus agissants, prime aussi importante que peut l'être une prime à l'exportation des marchandises ou à leur fabrication.

Dans un ordre d'idées voisins, ma sécurité augmente mon penchant à faire tel ou tel acte, si je sais que, quelque événement qui arrive, les conséquences ne pourront jamais m'être défavorables, ou ne le seront jamais au delà d'un certain degré. Je me chargerai plus volontiers d'un mandat, d'un dépôt, ou je suis à l'abri de toute responsabilité, ou à peu près. J'entrerai plus volontiers dans une société si, étant commanditaire ou actionnaire, ma responsabilité est limitée à mon apport. J'achèterai plus volontiers si je sais qu'il m'est dû garantie pour éviction ou

pour vices cachés. Ces solutions favorables à la sécurité sont bien dans l'esprit de la législation européenne occidentale dominée par un idéal d'affaires, par cette idée que le but à atteindre, c'est de produire plus, de fabriquer plus,de vendre plus de choses, de multiplier les jouissances, de satisfaire plus des besoins plus divers, etc.

Mais à côté de cette conception de sécurité que j'appellerais volontiers *dynamique*, puisqu'elle pousse à l'action, il y en a une autre que je nommerais volontiers *statique* et qui est la contre-partie nécessaire de la première. Elle se traduit volontiers par des adages qui semblent avoir la marque d'une vérité évidente : *nemo dat quod non habet*. Quand une personne est titulaire d'un droit, elle ne doit pas pouvoir en être privée juridiquement par le fait d'un tiers. Quand je suis propriétaire d'un meuble, d'un titre au porteur, est-il admissible que j'en sois privé par la vente qu'en fera mon dépositaire ? Est-il acceptable que mon obligation soit délimitée, non par ma volonté, mais par l'apparence de ma volonté ? Qu'une société soit tenue, lorsqu'il y a de la part d'un associé, abus de la raison sociale ? qu'un héritier véritable soit tenu de respecter les actes de l'héritier apparent ? Si j'ai été lésé, l'indemnité que j'obtiendrai peut-elle ne pas représenter tout le dommage subi ? Si j'ai un droit, est-il admissible que mon adversaire prétende se défendre contre lui en disant qu'il ignorait la loi sur ce point ? Ne doit-je pas triompher en invoquant l'adage : nul n'est censé ignorer la loi (1) ?

Ce sont toutes solutions qui, en soi, sont évidemment critiquables, et, chose plus importante, en vertu du principe même de sécurité. Quelle repos y a-t-il pour celui dont le droit peut ainsi disparaître,au moment où il s'y attend le moins ? Cette opposition du statique et du dynamique à la base de toute chose a été aperçue et étudiée par les philosophes. Aug. Comte n'a-t-il pas

(1) Notons cependant que l'adage : nul n'est censé ignorer la loi, n'est pas une conséquence exclusive de la sécurité statique et qu'il se rattache surtout à l'idée de donner force absolue à la loi, organe de l'intérêt général.

dit que le grand problème était de concilier l'ordre et le mouvement. Les croyances et les besoins que l'invention et l'imitation spécifient, dit M. Tarde, et qu'en ce sens elles créent, mais qui virtuellement préexistent à leur action, ont leur source profonde au-dessous du monde social, dans le monde vivant Celui-ci à son tour puise ses forces dans le monde physique, qui lui-même présente des forces qui « ont leur source insondable à nos physiciens dans un monde hypophysique, que les uns nomment Noumènes, les autres Energie, les autres Inconnaissable. Energie est le nom le plus répandu de ce mystère. Par ce terme unique, on désigne une réalité qui est,comme on le voit,toujours double en ses manifestations ; et cette bifurcation éternelle qui se reproduit sous des métamorphoses surprenantes à chacun des étages superposés de de la vie universelle n'est pas le moindre des traits communs à signaler entre eux. Sous des appellations diverses de matière et de mouvement, d'organes et de fonctions, d'institutions et de progrès, cette grande distinction du statique et du dynamique où rentre aussi celle de l'Espace et du Temps, partage en deux l'univers entier » (1).

Cette opposition capitale se laisse nettement apercevoir ici et au point de vue social, nous touchons au vif du problème : nous voyons que l'idée de sécurité se retourne contre elle-même. Il s'agit de voir si l'on préférera la sécurité des titulaires de droits ou celle des acquéreurs de droits. Et au fond la lutte est plus inextricable qu'il ne paraît. Car le titulaire du droit d'aujourd'hui, c'est l'acquéreur du droit d'hier. Si je suis favorisé par l'article 2279 le jour où j'acquiers un titre au porteur d'un non-propriétaire, je suis menacé par là-même pour le jour où je le confierai à un banquier ou à un dépositaire qui pourra le vendre. C'est l'éternelle histoire du gouvernement installé par la force qui, par là-même, donne à ses adversaires cette idée, que l'on peut arriver au pouvoir par un coup d'audace.

(1) *Lois de l'Imitation*, p. 160.

En somme il y a donc un conflit insoluble entre deux conceptions de la sécurité. Seulement, s'il en est ainsi en théorie, le conflit se trouve masqué en pratique par l'heureuse courte vue de la moyenne de l'humanité. Cette sécurité purement subjective que donne l'ignorance et l'oubli du danger est cependant suffisante pour être une force. Une idée-force peut être une erreur aussi bien qu'une vérité. On traite facilement les acquisitions de meubles, sans se rendre compte du danger que l'on courra étant propriétaire. Il reste donc cette donnée incontestable, que la sécurité subjective donnée par l'application de l'idée de sécurité dynamique est une incitation à l'action, que la sécurité objective donnée par l'idée de sécurité statique protège les possédants.

C'est alors au législateur à choisir entre ces deux données dont la valeur relative est indémontrable, ou du moins indémontrée, qui en tous cas, ne peuvent être préférée l'une à l'autre qu'en vertu de cette chose si subjective : la compréhension de la vie. Les législateurs occidentaux, hommes d'action, pencheront en général pour la première qui favorise les affaires. Au contraire ceux qui veulent surtout défendre les droits acquis, les partisans des conceptions aristocratiques ou contemplatives de la vie, pencheront évidemment plus pour la seconde. Et ils trouveront un renfort dans l'école du matérialisme juridique, dans cette vieille logique formelle qui considère un droit comme une chose essentiellement subjective et comme ne s'éteignant que par l'acte de son titulaire (*nemo dat quod non habet*).

Entre ces deux conceptions de la sécurité juridique qui sont au fonds deux conceptions de la vie, il peut y avoir certains terrains de conciliation.

D'abord il est à remarquer que, dans certains cas, des institutions donnent satisfaction à la fois à la sécurité dynamique et à la sécurité statique. Le formalisme, parfois si décrié comme contraire au principe d'économie de temps dont nous parlerons plus loin, présenté parfois à tort comme en décadence (1), satisfait la

(1) V. Picard, *Droit pur*, p. 222. — V. sur ce point. Ihering, *Esprit du droit romain*, III, p. 164.

sécurité statique de celui qui s'oblige et sait ainsi au juste quand il est obligé, et la sécurité dynamique des tiers qui savent que tel acte a eu lieu et peuvent organiser leur combinaison en conséquence. Les solennités qui accompagnent le mariage sont aussi utiles aux tiers à qui elles le font connaître qu'aux époux eux-mêmes.

Mais lorsque les deux conceptions restent distinctes dans leurs conséquences, il peut y avoir des procédés pour empêcher entre eux une opposition irréductible.

Le premier, c'est l'assurance. Un accident a été causé par une personne à une autre, un sinistre quelconque s'est produit. Il faut en fixer la responsabilité. Il s'agit alors de choisir entre deux solutions. Ou bien il faut dire que le propriétaire sera responsable de sa chose ou de son fait seulement en cas de faute ; on donne alors au propriétaire, même à toute personne agissant, la sécurité, son patrimoine ne sera entamé qu'en cas de faute (1) ; avec un peu de prudence, elle évitera toute responsabilité. Ou au contraire, on admettra que le lésé pourra réclamer une indemnité, même en dehors de toute faute à son égard ; il faut alors reconnaître qu'il y aura pour lui une sécurité particulière, soit que l'accident entrave son activité, soit qu'il porte atteinte à sa fortune acquise (2).

L'assurance simplifie cette lutte d'intérêts. Car en définitive le dommage se trouve supporté par l'assureur. Le sujet du débat : qui supportera le dommage ? est par là même enlevé, ou plutôt la question se présente sur un autre terrain. Comme l'assurance

(1) Ceci toutefois sous la réserve qu'on ne tiendra compte que des fautes assez lourdes, car il n'est personne qui ne commette parfois une faute peu importante préjudiciable à autrui.

(2) Le problème ici est un peu spécial, car la responsabilité objective protège tantôt une richesse acquise, tantôt une activité. Au contraire la simple responsabilité pour faute protège tantôt la richesse acquise (responsabilité du fait des choses), tantôt une activité (responsabilité du patron, du propriétaire d'automobile, etc.).

n'est pas un avantage gratuit, on se demande qui en paiera les frais, qui supportera les primes? La question est moins aiguë. Cependant elle est importante et elle comporte des éléments de solution particuliers. Il faut se préoccuper à la fois de la possibilité pratique de s'assurer, des ouvriers étant moins à même de le faire que les patrons, de l'avantage d'une législation hésitante, pleine de réticences, comme le sont la plupart, laquelle donne intérêt aux deux personnes à s'assurer (1) et permet ainsi de diminuer les primes, puisqu'on en perçoit deux pour une seule chose en risque. En tous cas il y a là une sorte de règlement mixte qui peut satisfaire à peu près.

Le second procédé c'est la publicité. Il consiste à dire qu'une personne pourra se fier aux apparences lorsqu'elles résulteront de certaines mesures de publicité prises : l'acquéreur d'un immeuble pouvant se fier aux registres fonciers, au registre des inscriptions hypothécaires, le cessionnaire d'une créance, aux indications du débiteur cédé, le créancier, aux indications de l'acte de mariage disant qu'il n'y a pas eu de contrat pécuniaire de mariage. Il suffit en somme au titulaire du droit de remplir des formalités assez simples pour en assurer la conservation ; il n'a qu'à employer cette mesure de publicité, qui rendra son droit opposable aux tiers. Il y a là un procédé de conciliation très commode des divers intérêts de sécurité qui se trouvent en présence : d'une part, on fixe ce que l'on doit considérer comme seule apparence probante. D'autre part on donne au titulaire du droit le moyen de donner à son droit cette seule apparence qui sera prise en considération.

En dehors de ces deux procédés, la conciliation est encore possible lorsque l'acquéreur du droit est de mauvaise foi : qu'il sait avoir traité avec un héritier apparent, avec un non propriétaire,

(1) Ainsi un même immeuble est couramment assuré deux fois contre l'incendie, par le propriétaire et par le locataire (assurance du risque locatif).

qu'il ait su que la déclaration par lui reçue ne correspondait pas à la volonté manifestée, qu'il ait su créer l'état de fait d'où un dommage pour lui devait fatalement sortir à raison de l'exploitation industrielle voisine, celle-ci devant rendre inhabitable le bâtiment qu'il édifiait, peu importe. Il est bien certain que, dans tous ces exemples, le principe de la sécurité dynamique n'a plus raison de s'appliquer, car il est ici une destruction tellement directe et générale de la sécurité du possédant qu'il aboutirait à la suppression de tout droit véritable.

Seulement il y a dans ces solutions un inconvénient car en tenant compte de la distinction entre la bonne et la mauvaise foi, on fait pénétrer dans le droit une donnée psychologique toujours difficile à établir et par là même on enlève au titulaire du droit, qui peut craindre de rencontrer une personne de bonne foi, et aussi à l'acquéreur qui peut craindre de passer pour être de mauvaise foi, un peu de leur tranquillité. Il y a donc non pas une conciliation, mais une légère diminution de la sûreté de chacun.

Mais au contraire le droit peut avoir à résoudre le conflit entre des sécurités opposées, les adversaires en présence étant de bonne foi. En pareil cas, il sera possible parfois de trouver une faute, imprudence ou négligence, suffisante pour faire donner tort à celui qui l'a commise.

Mais remarquons que ce système, satisfaisant à la rigueur lorsque la faute est grave, devient de moins en moins acceptable à mesure que la négligence commise est plus légère. On ôte toute sécurité, lorsque le titulaire d'un droit encourt une responsabilité qui peut être très lourde pour une faute très légère : car à mesure qu'il s'agit de faute plus fuyante, chacun se sent moins capable de s'en abstenir et de prêter pour cela la force d'attention nécessaire. La théorie de la responsabilité complète des fautes légères, théorie que la jurisprudence a aggravé, en raffinant depuis un siècle l'idée de faute, est donc déjà une cause d'insécurité.

Sans insister davantage sur ce point, nous devons constater que

la faute même n'est pas une notion indéfiniment extensible. Je suis dépossédé, si les titres au porteur que j'ai donné en dépôt à un banquier sont vendus par lui. Peut-on dire que j'ai eu tort de les confier à un individu malhonnête ? Mais n'ai-je pas fait souvent que m'en fier aux apparences, comme l'acheteur qui lui aussi à cru son vendeur honnête, donc propriétaire. L'acheteur n'a-t-il pas eu tort d'acheter les titres à un banquier peu scrupuleux. La faute, si faute il y a, est équivalente des deux côtés. De plus n'y a-t il pas bien des cas où le dépôt est nécessaire en pratique. Ne suis-je pas obligé en fait de déposer mes titres pour le renouvellement des coupons, le remboursement, etc. ?

Il y a donc fatalement des cas où la loi et le juge doivent choisir entre la sécurité des uns et des autres, entre l'intérêt du commerce et celui des possédants. La tendance moderne est évidemment de préférer le premier : qu'il s'agisse de propriétés mobilières ou immobilières, de titres négociables, de formation ou d'interprétation des obligations, ou même d'extinction des obligations (1). Il est vrai que cette façon de voir se complète par une autre : la tendance a établir un risque d'activité ; celui-ci dans une certaine mesure est en contradiction avec l'idée de sécurité dynamique (2),

(1) De là les délais brefs pour recourir en garantie, pour les réclamations contre les transports, etc.

(2) Nous ferons remarquer, qu'à mesure que l'on affine la notion de faute en tenant compte de celles qui sont plus ténielles, on se rapproche d'une autre idée fort importante aujourd'hui : celle de risque. Comment cette idée du risque s'applique-t-elle ? Nous avons montré au texte que tantôt elle est défavorable au possédant : (mesures en faveur de l'acquéreur de meubles, de titres, application de la mesure *error communis facit jus*, etc.) tantôt elle est favorable au maintien par équivalent d'une certaine situation : quand on fait supporter au patron le risque d'accident, le risque de vieillesse, peut-être plus tard le risque d'invalidité ou de chômage atteignant l'ouvrier ; quand on veut faire supporter de plein droit à l'automobiliste, au propriétaire d'animal le risque causé par son bien. Mais cette contradiction apparente qui fait, suivant le cas, de la même personne le bénéficiaire et la victime de cette vaste théorie du risque s'explique par le désir de favoriser d'un côté l'homme d'affaires, par rapport au rentier ; de l'autre, celui qui n'a pas la force pécuniaire de supporter de grosses pertes, l'ouvrier, par rapport à celui qui peut assumer ces charges sans trop de peine.

mais il peut s'expliquer par une autre idée : celui qui supporte le risque étant le mieux à même de s'assurer. Les besoins pratiques se trouvent ainsi satisfaits par une série d'à peu près.

La sécurité ne doit pas seulement être envisagée dans son but de stabilisation ou de mise en marche. Il faut l'examiner un peu à un autre point de vue, qui va nous la faire pénétrer plus à fond. La sécurité est un sentiment, chose subjective s'il en fut. Cependant la sécurité peut être envisagé objectivement et subjectivement. Elle existera objectivement quand le résultat désiré pourra matériellement être atteint. Mais à cette réalité ne répondra pas toujours le sentiment correspondant, et inversement il peut y avoir une fausse sécurité, on peut se croire certain de pouvoir atteindre un résultat, quand il n'en est rien.

Pour le juriste, ce sentiment de sécurité existe dès que la sécurité existe objectivement, il n'en est pas de même pour l'homme étranger au droit. Cela rend nécessaire une certaine publicité des droits, un certain formalisme : comme l'affichage des lois ouvrières, qui fait pour initier le public, prend aujourd'hui une certaine importance.

Inversement, il peut y avoir une fausse sécurité. Dans une certaine mesure, il faut le reconnaître, elle peut être bonne : déterminer des activités profitables à leur auteur et à autrui. On décide parfois à agir uniquement parce qu'on ne voit pas les dangers dont on est entouré. Le sentiment trop vif des réalités redoutables pousse à l'inaction. Mais souvent la fausse sécurité n'est point souhaitable. Elle cause des désastres. Aussi répandre un sentiment de fausse sécurité en paraissant accorder des droits qu'une clause ignorée restreint est-il des plus dangereux. On doit à ce point de vue regretter qu'il y ait ainsi dans les polices d'assurances, contrats de sécurité par excellence, tant d'embûches à l'assuré, et que des mesures n'aient pas été prises pour mettre celui-ci mieux au courant de sa situation véritable. Au lieu de cela on a préféré le beau principe de la liberté des conventions, comme si

un principe est encore bon dans la mesure où il donne en fait de mauvais résultats.

La fausse sécurité doit donc préoccuper le juriste qui doit l'éviter. Si elle peut être utile, c'est seulement dans ces circonstances spéciales auxquelles l'*imperium* des gouvernements doit parer sous la responsabilité de celui qui, ayant l'autorité, doit en avoir la charge, pour ne pas user sans motif de cette raison d'Etat. Cette solution malgré les inconvénients paraît la moins mauvaise, celle qui tient le moins mal compte des intérêts sociaux et de l'intérêt de sécurité en présence.

Cependant, s'il faut éviter la fausse sécurité, comment n'être pas préoccupé de la courte vue et de l'insouciance générale, de l'ardeur avec laquelle les hommes d'affaires courent souvent des risques, comptant qu'il y a à côté pour eux une sécurité qui n'existe pas, et ne faisant rien pour s'assurer celle-ci dans la limite du possible (1). N'est-ce pas à se demander parfois si un sentiment vague de sécurité ne suffit pas pour déterminer à l'action. La préoccupation de la réalité complète dans la sécurité n'est-elle pas surtout un sentiment de juriste ou de moraliste dont l'habitude de la recherche a fait des esprits inquiets ? N'est-il pas regrettable au fond que cet état d'esprit se généralise trop, car la pensée tue souvent l'action, et le spectacle trop profond de l'insécurité générale, trop présent aux yeux des hommes d'action, ne serait-il pas désastreux ?

En prenant comme point de départ ce que je considère comme de l'essence de nos civilisations occidentales et ce que l'Amérique a poussé au paroxysme, le goût des affaires, peut-être peut-on tirer de là l'idée vague sans doute (mais à y regarder de près, qu'est-ce qui ne l'est pas ?) d'une conciliation supérieure.

Pour l'homme d'affaires, le temps est précieux, il ne peut pas se livrer à des enquêtes trop méticuleuses, les opérations doivent

(1) Je fais appel ici non à l'érudition livresque, mais aux souvenirs de ceux qui fréquentent des hommes d'affaires.

donc se faire vite, il faut lui permettre de faire les actes juridiques rapidement, mais sûrement. Tant pis pour le brave possesseur de meubles, de titres qui en est victime. Celui-ci n'a qu'à faire aussi des affaires et ce qu'il perdra ainsi d'un côté, les petites pertes que la vie quotidienne inflige, il les récupérera de l'autre. Il y a d'un autre côté le monde ouvrier qui ne possède rien à lui : on donnera la sécurité statique par des pensions en cas d'accident, s'il est âgé, infirme, etc., et cela aux dépens de l'homme d'affaires qui paie ainsi sa rançon. Mais tout étant imparfait, il reste un groupe de personnes qui supporteront les risques sans compensation : les veuves, les enfants (et encore pour ces derniers la tutelle établit un système, maladroit d'ailleurs, pour stabiliser leurs fortunes) de la bourgeoise, ceux qui ne peuvent en un mot être ni ouvriers, ni patrons. C'est évidemment la conception sociale moderne. On pousse à l'action ceux qui doivent y être poussés (les possédants). On donne la sécurité à ceux qui sont obligés de travailler parce qu'ils n'ont rien : cela sous peine de risquer une désorganisation sociale. Ceci nous semble plus juste que de dire (1) : les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir (sécurité dynamique) dans la mesure où pour agir nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes, nous ne sommes pas responsables (irresponsabilité du médecin). Si la première formule est exacte, la seconde ne l'est pas, car elle contredit la responsabilité du fait des choses ou d'autrui, qui ne donne pas confiance à celui qui prend un immeuble pour l'exploiter ou un employé pour l'aider dans ses affaires.

La psychologie de la sécurité doit encore retenir un peu notre attention. Elle doit être examinée successivement aux deux points de vue que j'ai indiqués : celui de la sécurité statique et celui de la sécurité dynamique.

(1) V. en ce sens Emm. Lévy, Responsabilité et contrat, *Revue critique*, 1899, p. 373.

Lorsque le législateur établit un principe de sécurité dynamique, il est presque superflu de dire que son but est atteint lorsque la sécurité donnée est suffisante pour déterminer à accomplir l'acte que la loi désire. Il faut autant que possible ne pas dépasser ce degré, car en face de cet intérêt, il y en a d'autres qui n'ont pas moins de valeur. La sécurité nécessaire, et cela seulement, voilà le but à atteindre dans un esprit de conciliation. On peut prendre pour base approximative que le sentiment de sécurité est normalement égal à la sécurité objective, base sans doute imparfaite, mais acceptable en général, surtout pour le juriste.

La sécurité nécessaire est établie par des données psychologiques. Un avantage positif est nécessaire dans bien des cas pour agir. Le législateur, le juriste qui ne peuvent faire que de la psychologie en gros, forcés souvent de rejeter les exceptions, doivent considérer comme certaine cette présomption.

Comme l'a développé très exactement M. Mazzarella (1) les éléments qui composent le substratum psychologique d'un acte juridique sont tantôt individuels, tantôt collectifs. Quand ils sont collectifs, ce qui est le cas pour les institutions juridiques, cette détermination ne peut être qu'approximative. L'aire de diffusion des présupposées psychologiques des systèmes juridiques n'est pas toujours susceptible d'être fixée. A plus forte raison, cela est-il vrai de l'intensité du sentiment qui détermine tel ou tel acte.

La sécurité nécessaire et suffisante sera évidemment variable suivant les époques et les pays Dans des temps troublés, à certains moments, on traitera en face d'une sécurité médiocre, faute de mieux. Inversement si on ne se fait pas à cette idée d'insécurité, jouissant par ailleurs d'une sécurité suffisante, on exige des garanties considérables. C'est ainsi que les pays tranquilles faisant des opérations avec des pays troublés exigent des garanties très larges. Ces idées sont à la base de la théorie du crédit et des sûretés à accorder : faire le nécessaire, mais pas plus. Voilà le

(1) *Les types sociaux et le droit*, Paris, 1008, p. 100 et suiv.

principe simple, mais vague, d'où est sortie notamment la théorie de la spécialité du gage hypothécaire, par opposition à l'hypothèque générale de l'ancien droit. Peut-être en sortira-t-il le principe de la responsabilité limitée de l'héritier, si on juge que, malgré cela, le crédit ne sera pas entravé.

Mais de ce que la sécurité n'a point besoin d'être excessive, il n'en résulte pas que, dans la limite qu'elle comporte, elle ne doive être aussi forte que possible. A ce point de vue, Ihering dit avec raison (1) que le manque d'énergie de la loi à l'égard des débiteurs est une preuve de décadence du droit.

Il faut que le créancier soit autant que possible à l'abri des transformations dans le patrimoine du débiteur ou dans la chose qui lui est affectée. De là, la subrogation de l'indemnité d'assurance ou autre à l'objet assuré.

Seulement alors une question se pose. Etant donné que toute sécurité complète est un idéal impossible à atteindre, ne faut-il pas chercher à compenser les inconvénients possibles dans certains cas, par des avantages donnés dans d'autres. Indiquons ce point qui ne comporte pas de solution absolue, en constatant seulement que s'engager dans cette voie, c'est entrer dans une direction au bout de laquelle il y a un danger certain ; l'abus des garanties. En soi, ce système d'avantages et d'inconvénients se compensant est une approximation qui apparaît bien suffisante dans le silence du cabinet, car les solutions opposées, les pertes et les gains se balancent, mais dans la vie pratique, c'est un élément de risque important que l'on introduit pour celui qui désire la sécurité. On voit ce que le problème a de contradictoire en quelque sorte, et cependant il est inévitable. Il faut dire si l'on est partisan de l'amplitude des risques pour celui qui veut la sécurité, de sorte que les gains possibles compensent les pertes, ou au contraire de risques limités de sorte que des gains ne

(1) La lutte pour le droit. Cf. Fontana, *Les tendances nouvelles quant à la situation du débiteur*. Thèse de Montpellier, 1908, surtout p. 103 et suiv. 220 et suiv.

compensent pas les pertes. Ainsi un créancier hypothécaire pouvant être en perte par suite de la diminution de valeur de l'immeuble ou des ravages de l'eau qui enlève une partie de ce bien, lui donnera-t-on comme compensation une extension d'hypothèque sur tous les accroissements de l'immeuble, constructions, alluvions, etc. La question est ici difficile, sinon impossible à résoudre avec la seule idée de sécurité dynamique. Car qui oserait dire que cette petite faveur déterminera à prêter.

La psychologie de la sécurité statique est différente. Quand la loi favorise la sécurité statique, c'est-à-dire veut donner une situation durable, un droit qui tienne contre vents et marées, elle doit se préoccuper de l'état d'esprit des titulaires de ces droits. Elle veut les favoriser, il faut qu'ils se sentent en sûreté. Or je l'ai déjà dit, rien en ce monde ne paraît éternel du moins dans sa forme actuelle. Un droit est toujours menacé par des risques qui tôt ou tard peuvent avoir raison de lui : risques physiques de perte, de destruction, risques économiques de diminution de valeur, d'insolvabilité, risques sociaux, menaces de lois nouvelles, de mouvements révolutionnaires, risques moraux tenant à la mésestime publique dans laquelle peut tomber un droit. Ces risques n'apparaissent que faibles au moment où le droit est créé, mais ils se révèlent de tous côtés à mesure que tout change autour du droit qui peu à peu vieillit. La sécurité statique appelle donc de toutes ses forces une compression sur les faits environnants pour permettre au droit de garder tous ses avantages, d'échapper aux risques le plus possible, et le désideratum de sécurité absolu étant si difficile à réaliser, le droit cherche alors à s'entourer de toute une série d'ouvages secondaires, qui fortifieront sa situation principale. Ce desideratum peut n'être jamais satisfait Aussi les gouvernements conservateurs, les aristocraties qui ne considèrent pas leur sécurité de fortune comme un simple moyen pour remplir un grand rôle social aboutissent logiquement au régime de l'oppression sociale et morale sous toutes ses formes, c'est la

folie de la sécurité. Dans l'armure, se trouve toujours quelque défaut qu'il faut faire disparaître en fixant une nouvelle pièce. Ainsi le titulaire d'une créance désire que la preuve de son droit lui soit facilitée, qu'il ne puisse se trouver dépossédé par l'acte d'un tiers ou même sa propre négligence, que la prescription ne puisse lui être opposée, que le débiteur soit tenu non seulement sur ces biens, mais dans sa personne par la contrainte par corps, etc. Le législateur peut s'inspirer de ces desiderata, mais il doit voir auparavant s'il n'y a pas de raisons d'ordre général plus importantes dont il faut se préoccuper aussi. Il en revient donc toujours à ce point central : appréciation relative des intérêts.

Peut-être au fond, le plus sage étant donné la valeur importante de la sécurité statique comme de la sécurité dynamique, est-il de faire à chacune sa place dans des ordres d'institutions séparées, ou de comprendre, comme c'est la notion occidentale moderne, l'idée de sécurité statique comme n'étant qu'un aspect de la sécurité dynamique. En effet on peut concevoir la sécurité statique, comme n'étant qu'un point d'appui pour que l'on puisse plus librement se donner à l'action dans un sens déterminé. Ainsi un industriel veut avoir la sécurité dans son usine en ayant un personnel stable, pour pouvoir se consacrer plus au développement de sa clientèle. Un propriétaire veut être sûr de son droit de propriété, n'être exposé à aucune éviction pour pouvoir établir sur son immeuble une usine qu'il soit sûr de garder. Et même au point de vue social, un propriétaire, un capitaliste a besoin d'une fortune stable pour pouvoir en toute tranquillité se consacrer à un but politique, social, économique particulier. Le cerveau humain n'est capable que d'une certaine activité, et il faut certaines conditions pour que l'homme ait une activité féconde. Une sécurité relative d'un côté et de l'autre un champ ouvert aux risques à l'entreprise, paraît dans nombre de cas une solution désirable (1).

(1) C'est pour cette raison que nous avons défendu dans une certaine mesure, que nous croyons d'ailleurs limitée, l'utilité de contrats perpétuels, V. Sir. 1908.1.81.

Solution approximative comme toute autre, la sécurité même sur un point limité étant un encouragement à l'inaction pour certains esprits.

C'est ainsi que les lois ouvrières sur les accidents du travail, les chômages, les retraites ouvrières sont pour des ouvriers paresseux des encouragements à l'imprudence (1), à la négligence ou à un repos pris sitôt que possible. En un autre sens il est vrai, donnant une sécurité à l'ouvrier qui travaille, on devrait théoriquement et en général les ranger, vues du côté ouvrier bien entendu, dans des lois de sécurité dynamique. Mais en fait, cette vue se trouve inexacte parce qu'elle est annihilée par une autre idée : la nécessité absolue pour l'ouvrier de travailler pour vivre. Une idée n'a vraiment le rôle d'idée force, qu'autant qu'elle est en présence d'une certaine liberté, d'un certain jeu possible de la volonté dans un sens ou dans l'autre.

Enfin il faut encore remarquer que cette sécurité si importante, dont on fait volontiers la base du droit, est un idéal utopique dans une certaine mesure. Non seulement les événements naturels y mettent obstacle, mais dans le domaine du droit on ne parvient pas à la réaliser (2). Dans une certaine mesure, la justice varie avec les juges, les systèmes doctrinaux, souvent inspirés de la logique sont multiples. Même, en se plaçant sous le manteau de l'interprétation logique, le juge parvient à faire ce qu'il veut et à tourner la loi.

Ainsi donc tout sacrifier à la sécurité, c'est ne viser qu'à un but qu'il est imposible d'atteindre complètement. Pour avoir la sécurité complète, il faudrait l'immobilité indéfinie de la société (3). Et encore faut-il tenir compte de ce que toute institution remplit

(1) V. Pierre Hans, Les abus dans la législation sur les accidents du travail, *Réforme sociale*, 1910, p. 473 et 558.

(2) V. Ed. Lambert, *Fonction dynamique de la jurisprudence, prédite*, p. 453 et suiv ; Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature des raisonnements juridiques*, p. 207 et suiv.

(3) V. Ed. Lambert, *op cit.*, p. 456.

rarement sa fonction première, mais sert à beaucoup d'autres fins auxquelles on ne la destinait pas (1).

Enfin le désir de sécurité si considérable qu'il soit n'est pas tout, car il y a dans l'homme un certain goût du risque. Il trouve un certain plaisir dans l'insécurité qui lui donne un plaisir plus vif à lutter et à triompher (2). On peut se demander si le désir d'être tranquille n'a pas été exagéré par le caractère calme de la plupart de ceux qui élaborent le droit, sans nier pour cela que le besoin de la sécurité ne soit supérieur au désir de courir des risques.

(1) V. sur ce principe dit de l'hétérogénie des fins : de Tourtoulon, *Principes philosophiques de l'histoire du droit*, p. 40.

(2) V. Guyau, *Théorie d'une morale sans obligation ni sanction*, p. 209.

CHAPITRE III

L'ÉVOLUTION ET LA SÉCURITÉ

Un des points les plus certains que l'étude des phénomènes sociaux ait mis en lumière, c'est la constante transformation dont ils sont l'objet. Il n'est pas à supposer que les modifications incessantes qui se sont produites dans le passé ne se renouvellent pas dans l'avenir. Et nous constaterons d'abord que cette place faite au devenir social est fatale, que rien ne peut empêcher de la laisser. Quelles que soient les limites entre lesquelles on veuille endiguer l'esprit humain, l'activité humaine, à un moment donné, il y a un point de rupture, même sous les régimes libéraux (1). Comme le dit Stuart Mill (cité par Tarde, *Opposition universelle*, p. 326) : « Quoique les variétés de caractères existant entre les individus ordinaires se neutralisent réciproquement, quand on les considère sur une vaste échelle, les individualités hors ligne ne se neutralisent pas. » Il est vrai que leur effet peut être neutralisé à la longue par une série d'oppositions de détail, mais l'effet s'est temporairement produit et cela est considérable. Le droit, pour se conformer à cette loi de continuel devenir qui régit la société, doit donc se plier à certaines transformations, l'évolution de la société amène nécessairement une évolution du droit (2).

(1) Ihering déclare même pour cela que l'État ne doit jamais se lier de façon absolue, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 278.

(2) Comme le dit Ihering, « le droit, c'est bien Saturne dévorant ses enfants, il ne lui est possible de se rajeunir qu'en brisant avec son passé. Un droit concret, qui invoque son existence pour prétendre à l'immortalité, rappelle l'enfant qui lève le bras contre sa mère, il méprise l'idée du droit sur laquelle il s'appuie, car le droit sera éternellement le devenir et ce qui est venu, c'est-à-dire ce qui existe doit céder la place au nouveau deve-

En outre, il y a nécessité de pouvoir adapter mieux la règle de droit aux mêmes phénomènes : ce qui est le progrès du droit proprement dit.

Cette possibilité de réarrangement social peut se manifester de différentes manières : par les modifications ou extinctions des actes juridiques quels qu'ils soient.

On admet évidemment ce principe que toute règle de droit émanant de la loi, d'un contrat, d'un acte unilatéral peut être détruite ou modifiée à un moment donné. Seulement le Droit varie considérablement ses procédés suivant les hypothèses. Cela provient de ce que l'intérêt du réarrangement social se heurte à l'intérêt de sécurité soit statique, soit dynamique. La conciliation entre la sécurité, et l'innovation est délicate, par certains côtés même impossible, car c'est concilier l'immobilité avec le mouvement, un mouvement avec un autre tout différent, parfois opposé.

Quels sont les besoins, les sentiments qui vont être satisfaits par les changements apportés à l'ordre juridique ?

Ils sont extrêmement nombreux et divers.

Il y a d'abord des besoins nouveaux ou la disparition de besoins anciens qui nécessitent des modifications du droit. Les inventions par exemple nécessitent pour leur emploi, leur utilisation, leur mise en exploitation des modifications juridiques. Il faut par exemple que la découverte de nouveaux moyens de transport : automobiles, aéroplanes, amène une nouvelle réglementation des droits respectifs de ceux qui circulent, comme autrefois la découverte des chemins de fer a amené une transformation des rapports entre circulants, entre voituriers et expéditeurs, etc.

De même des changements physiques : disparition de forêts, reboisement, éruptions volcaniques, etc. nécessitent certaines mutations dans les droits existants.

nir ». *Le combat pour le droit*, trad. Meydieu, p. 6. Cf. Tanon, *op. cit.*, p. 63 ; Mallieux, *L'exégèse des Codes*, passim.

Des modifications ethniques tenant à des immigrations, des changements importants dans la densité de la population font que les règles antérieures ne pouvent plus convenablement fonctionner.

Les transformations dans l'esprit public, dans la moralité, la religion, en appellent d'autres pour un grand nombre de situations acquises.

De même il y a dans certains esprits ou chez certains peuples un besoin de changement souvent irraisonné, qui n'est qu'un besoin de varier un horizon moral si imparfait qu'il nous lasse, et dont il faut tenir compte.

Il faut faire état des transformations économiques tenant à une intensité plus grande de production, de consommation, de circulation qui rend insupportable les anciennes règles.

Comment peut-on concilier ces deux besoins nettement antagonistes : le besoin de sécurité satisfait, qui donne à toute l'armature sociale et spécialement à l'armature juridique toute sa force, sa rigidité, et le besoin de changements, besoin de souplesse qui suppose une organisation sociale et juridique se prêtant à certains changements (1).

A première vue il apparaît comme impossible de réunir en un tout harmonique des faisceaux de tendances si divergents.

Cependant, malgré les difficultés, on voit entre ces deux points de vue, de ces institutions qui rendent le heurt moins sensible. Elles sont encore imparfaites, mais elles sont déjà susceptibles de jouer un rôle.

La première idée que l'on a eue pour tenir compte des points de vue opposés semble avoir été toute formelle, comme il arrive souvent. Et il est remarquable que nous vivions encore en grande

(1) La question que nous posons ici se présente dans la philosophie des sciences sous une forme un peu différente : celle du *posse* au lieu du *debere*. Mais c'est au fond le même problème pour l'esprit. V. J. H. Rosny aîné, Persistance et changement, *Revue du mois*, 10 avril 1909.

partie sous l'empire d'une théorie si archaïque. Celle-ci, c'est la symétrie des formes pour la naissance, et l'extinction des droits, ou leur modification, ce qui n'en est somme toute qu'une extinction partielle. Il n'y a pas à répéter, ce qui est bien connu, que les Romains ont admis primitivement une symétrie complète entre les formalités à remplir pour créer une obligation et pour l'éteindre. Mais il est curieux de le constater, nous nous plaçons aujourd'hui à un point de vue un peu différent, mais qui n'en est pas fort éloigné. Le principe de sécurité statique, qui domine nos esprits, fait que nous posons comme règle, que tout acte juridique ne peut-être révoqué que par les mêmes personnes qui ont collaboré à sa naissance. Mais nous nous contentons de cela : le consentement de ceux qui ont passé le premier acte juridique, personnes ou autorités agissant ès-qualités, semble nécessaire et suffisant pour le modifier ou le détruire. Ce double principe paraît très juste, il se rattache à un des intérêts les plus graves auxquels le droit donne satisfaction, mais n'admet ce que celui-ci exige que dans la mesure nécessaire, cependant il n'est d'une valeur absolue dans aucune de ses parties. C'est qu'en effet le principe de sécurité, si important soit-il, peut se trouver en face d'autres principes de valeur égale et, d'autre part, ce principe est invoqué dans des cas où on n'a pas songé qu'il pouvait intervenir. Le respect des actes juridiques et spécialement des contrats a été élevé par nombre de personnes au rang d'un véritable fétiche Nous reconnaissons volontiers pour notre part tout ce qu'il y a de grave et disons même de capital, dans ce principe. Envisagé en lui-même et dans le rôle qu'il peut jouer au point de vue social, il est d'une importance tellement évidente qu'en développer toute l'étendue serait nous exposer à trop de banalité.

Aussi voulons-nous, au contraire, plus spécialement insister dans l'opposition qu'il y a entre lui et la nécessité de l'adaptation à des situations nouvelles. Nous touchons ici en effet au conflit fondamental, tout au moins à une des oppositions les plus graves dont le droit ait à se préoccuper.

Est-il toujours convenable qu'un acte juridique ne puisse être modifié que du consentement de tous ceux qui y ont participé ? La question peut se présenter à propos des contrats ou à propos des autres actes.

Pour les contrats, il est bien naturel à première vue qu'ils ne puissent être modifiés ou résiliés par la volonté d'un seul. L'idée de sécurité l'exige ainsi. Mais cette idée a des retours imprévus. Envisagée de façon abstraite, elle exige bien qu'un contrat déroule mécaniquement ses conséquences. Mais envisagée *in concreto*, la sécurité peut exiger que celui envers qui on ne s'exécute pas dans un contrat synallagmatique se mette sur la défensive et ne fasse rien tant qu'on ne s'exécutera pas envers lui. On a juste raison de dire : donnant, donnant. C'est là la base de l'importante *exceptio non adimpleti contractus* (1), qui considère que l'on a droit d'échapper à certains risques par le maintien du *statu quo*, en dépit de toute obligation antérieure.

Il peut être aussi nécessaire de modifier ou de résilier un contrat sans le consentement de tous les signataires, pour d'autres raisons assez variées. Le contrat devant répondre à un but que l'une des parties est seule à même d'apprécier, ou pour la réalisation duquel il est seul à même de juger la valeur des moyens employés, ou bien l'acte poursuivant simultanément plusieurs buts (car l'action volontaire est en fait toujours complexe) il faut à un moment donné, par suite de circonstances nouvelles, que l'une des fins poursuivies prenne une avance sur l'autre. Cette dernière sera même au besoin sacrifiée, comme cela arrive quand il s'agit de modifier une institution : fondation, société.

Au fond, tout cela tourne autour d'une idée générale : la limitation de l'intelligence humaine, limitation double, interne et externe pour ainsi dire. L'homme est ainsi fait, bornant le plus souvent sa vue par défaut de réflexion, de pénétration, faute de se questionner lui-même, laissant plutôt ses désirs dans une forme de

(1) V. pour plus de détails sur ces points : Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Rev. trim. de droit civil*, 1907, p. 251.

protoplasma imprécis, au lieu d'en faire des idées nettes s'emboitant les unes dans les autres et à arêtes vives. En second lieu, le monde qui s'agite autour de nous, bien qu'il ait certaines lois, dans une mesure que nous ignorons, et que nous ne saurons sans doute jamais complètement, est insusceptible de fournir devant l'esprit une lignée de prévisions certaines au point de vue social, moral ou même physique (1), l'intelligence la plus aiguisée ne peut prévoir tout ce qui arrivera et risque d'avoir tout prévu, sauf ce qui se produit.

Non seulement les contrats, mais les actes juridiques d'une autre nature, les actes unilatéraux, peuvent être révoqués sans l'assentiment de tous ceux qui ont y participé. Laissons pour l'instant de côté la question de savoir si le total de ces assentiments sera toujours suffisant, si des tiers n'ont pas pu faire fonds sur cet acte et s'il ne faut pas se préoccuper de leurs intérêts. Contentons nous de constater que, dans certains cas, il peut être utile d'exiger plus ou moins de formes pour un acte quelconque, que pour l'acte contraire et symétrique. Il peut avoir des raisons tenant à la gravité de l'acte ou à des nécessités d'économie de temps. C'est ainsi d'ailleurs que les servitudes qui supposent, hors le cas de testament, une entente pour leur établissement, s'éteignent par une renonciation unilatérale. De même des actes administratifs peuvent être révoqués en une forme plus simpte qu'ils ne sont rendus (2).

La part faite au devenir social, à la nécessité de modifier les obligations de chacun est donc importante. Elle doit d'ailleurs l'être ; surtout à mesure que l'on envisage des contrats, des actes juridiques de plus longue durée, on la voit devenir plus grande. Rien ne se modifie plus facilement que les lois destinées soi-disant à être éternelles, car rien ne risque plus de se démoder, de se plier mal aux circonstances nouvelles. Il y a même pour les changer des organismes permanents : les Parlements. Les sociétés, les

(1) V. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*.
(2) V. not. pour les congrégations religieuses, loi du 1er juillet 1901, art. 13.

associations, les fondations même, modifient déjà bien plus malaisément leurs statuts, ayant d'ordinaire une vie plus courte que les Etats. Et quant aux actes juridiques courants qui n'ont, dans la durée, qu'une faible envergure, on les considère comme presque insusceptibles de modifications, sans un assentiment de tous les principaux intéressés.

La question que nous étudions a encore un autre aspect. Il s'agit de savoir si, par cela seul que les mêmes formes ont été employées, que les mêmes consentements ont été obtenus pour modifier ou détruire un acte juridique, tout est satisfaisant. Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'il y a là une vue toute formelle du problème, et qu'il faut le pénétrer plus avant.

C'est une erreur de croire qu'un acte n'intéresse que ceux qui y sont parties. Non seulement la formule de l'article 1165 du Code civil : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers, elles ne lui profitent pas », n'est vraie juridiquement que dans un certain sens (1). Mais il faut poser ce principe plus général que les actes juridiques intéressent en fait les tiers dans des proportions très considérables. Cela est vrai des contrats. N'ai-je pas intérêt à savoir si mon débiteur emprunte à d'autres qu'à moi, si l'industriel à qui je fais des commandes en a d'autres que les miennes, si j'ai le monopole de ses produits ? N'ai-je pas besoin de savoir si la propriété que j'achète est louée ou libre d'occupation ?

L'idée que les contrats passés par les tiers ne nous intéressent pas est une de ces simplifications outrée des faits qui, vraie dans un grand nombre de cas, est fausse bien souvent et dont il faut se défier comme de toutes les idées simples, qui peuvent faire tant de mal.

Et combien cette remarque est encore plus vraie des actes unilatéraux : de tous ceux que renferme le droit privé ; renoncia-

(1) V. not. *Des effets juridiques des actes juridiques à l'égard de tiers*, par Juille, thèse de Lille, 1904.

tion à servitude, à prescription, acceptation de succession, etc. Ces actes intéressent les tiers au plus haut point ; aussi sont-ils généralement déclarés irrévocables, tant il y a de tiers qui ont pu compter sur eux et faire fond sur leur existence. La sécurité l'exige ainsi. Toute idée de transformation sociale est ici sacrifiée nécessairement.

Au contraire, par une bizarrerie qui ne s'explique qu'historiquement, survivance de la symétrie des formes de création et d'extinction des situations juridiques, survivance de la vieille idée du chef de clan ou du roi souverain absolu, faisant ce qu'il veut au mieux des circonstances (1), on admet toujours que les actes administratifs ou législatifs peuvent survenir quand ils veulent, et modifier tout ce qu'ils ont fait antérieurement. L'arrêté de police d'un maire a créé une situation régulière sur laquelle on a pu compter pour se lancer dans certaines dépenses, certaines opérations commerciales. Il n'en est pas moins révocable *ad nutum*. Sous le nom d'acte de puissance publique, l'acte administratif et au-dessus de lui, la loi, restent ce qu'était autrefois le bon plaisir du chef. Le produit est fabriqué autrement, par des procédés plus visibles, mais il n'en est pas moins le même. La loi possible de demain pouvant entraver nos entreprises ou les rendre plus faciles est en même temps qu'une espérance pour certains, une atteinte directe à la sécurité soit statique, soit dynamique. Est-il besoin de développer ce fait évident, que la menace d'un impôt nouveau, le dépôt d'un projet modifiant l'étendue du droit de propriété minière, la responsabilité des patrons, ou imposant des mesures préventives d'hygiène, est une cause de trouble pour l'opinion qui a compté sur un certain état de choses découlant du droit antérieur et qui a agi en en tenant compte.

Comment peut-on espérer résoudre la grave antinomie qui se présente entre le besoin de sécurité et celui d'évolution ? Ici comme ailleurs, le problème n'est pas susceptible d'une réponse satisfai-

(1) V. sur les caractères de la loi qui sont aujourd'hui si effacés, Maxime Leroy, *La loi*.

sante dans tous les cas. La sécurité, sentiment subjectif, est évidemment variable suivant les temps et les individus, et ne permettre les innovations que de manière à ne pas blesser ce sentiment, c'est à la fois supposer résolue une question de psychologie individuelle qui ne peut être connue que par des suppositions générales, partant très approximatives, c'est tenir compte de sentiments qui peuvent être exagérés, car il y a la peur qui est un fait elle aussi, mais contraire souvent à la réalité extérieure ; c'est enfin accepter une application parfois si tardive des lois nouvelles que cela correspond peu avec le désir de changement.

Quel peut être le moyen terme pour satisfaire à peu près des intérêts si opposés ? Il nous semble qu'il consiste à mettre, par certains côtés, sur le même pied la loi et les autres actes juridiques, à voir dans celle-ci un acte juridique comme les autres (1) et d'autre part, à appliquer à la loi comme à eux, un certain nombre de principes : celui de non-rétroactivité, celui de non-perpétuité et celui d'indemnisation.

La loi n'est au fond qu'un acte juridique comme un autre, mais évidemment cette idée doit être bien comprise. J'entends par là que la loi comme tout acte juridique, tire sa force d'organisations, d'états de fait, de certains états d'esprit antérieurs. Il y a seulement dans ces états de fait, ces états d'esprit, plus de puissance, en ce sens que nous avons, surtout actuellement, l'idée de la loi souveraine, le pouvoir absolu a passé du chef de clan au roi, de là à l'assemblée, nous faisons dans notre esprit une hiérarchie de puissances juridiques au haut de laquelle nous mettons la loi. Voilà tout. Mais celle-ci n'est qu'un fait, qu'un texte auquel notre esprit prête la force de son respect. Il est, dans notre état d'esprit moderne, difficile de la vaincre par la force, sauf pour les hommes résolus qui n'ont rien à perdre et ont le courage de tout risquer, comme il arrive parfois aux partis révolutionnaires, mais il est beaucoup plus facile de la prendre par la ruse (2).

(1) Cf. Duguit, *Le droit individuel, le droit social*, p. 44,

(2) V. Tarde, Les transformations de l'impunité, *Réforme sociale*, 16 novembre 1888.

Elle se maintient cependant à l'étiage nécessaire, pour agir pratiquement à peu près dans la mesure voulue par l'habitude, la morale traditionnelle, une force apparente très grande et une application relative.

Il convient alors de se préoccuper à son sujet de trois points sur lesquels l'attention doit se porter :

La question de la non-rétroactivité.

Celle de la perpétuité.

Celle du droit de léser moyennant indemnité.

Etant donné que tout acte juridique se trouve modifié ou détruit sans l'assentiment des intéressés, parfois même des principaux, par nécessité même, il a bien fallu chercher à concilier cet intérêt du devenir social avec le besoin de sécurité. De là est née la théorie de la non-rétroactivité des lois, des actes administratifs ; de là, la théorie à peine ébauchée de la non-rétroactivité des actes juridiques privés.

La formule que la loi propose pour concilier ces deux termes opposés est bien connue : « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif » (art. 2, C. civ.). Mais la science juridique n'est pas encore parvenue à édifier le système pratique qui accorde les intérêts en présence. A cela, rien d'étonnant. Toute règle de droit légal fait que de très nombreuses personnes agissent ou se préparent à agir en conséquence. Le droit que j'ai de bâtir sur mon terrain fait que je n'achète pas une maison à vendre, même si on l'offre à bon marché, car je compte construire pour me loger. Naturellement toute règle de droit différente qui serait promulguée : par exemple, l'interdiction légale de construire dans certains endroits humides, à proximité d'une usine, etc., qui peut viser ma propriété, va jeter le trouble au milieu de mes intérêts.

La seule formule qui puisse tout concilier serait une formule tenant compte de la sécurité subjective. Quand il existe une disposition légale, je puis en avoir ignoré la portée ou n'avoir pas songé à m'en servir. Que m'importe que j'aie le droit de bâtir et

qu'on me l'enlève, si jamais je n'ai songé à bâtir ou à vendre mon terrain pour être construit. Alors la loi qui m'enlève cet avantage ne m'enlève rien à quoi je tienne, rien sur quoi j'ai compté. Au contraire, si je me suis fondé sur l'état de droit actuel pour faire ou ne pas faire tel ou tel acte, la loi nouvelle m'atteint. Si un commerçant se retire avec 10.000 francs de rente croyant avoir assez pour vivre, étant donné qu'il paie 200 francs d'impôts, la loi de finances qui élèvera ses contributions à 400 francs lui causera une déception, et l'obligera à travailler à nouveau, ou à restreindre son train de vie. Un pareil critérium subjectif est pratiquement inadmissible : il est d'une portée trop vague, d'une application trop délicate. D'autre part, il retarderait tellement la satisfaction des besoins de réarrangement social qu'il serait regrettable à ce point de vue.

Aussi, en pratique, voit-on adopter des formules peu satisfaisantes comme : la loi nouvelle n'atteint pas les droits, mais seulement les espérances ; *tempus regit actum* ; on ne peut supprimer un droit, mais seulement enlever certains avantages qui en découlent (comme si en vidant un droit de son contenu, on ne l'atteint pas gravement !). Toutes ces formules ne sont que des solutions toutes mauvaises et forcément mauvaises d'une difficulté qui paraît insoluble. On ne peut trouver que des approximations ; seulement il est certain que cela ne doit pas décourager les recherches, car il y a évidemment des degrés dans les approximations, et diverses formules peuvent dans des cas spéciaux être présentées comme assez satisfaisantes (1).

(1) La théorie ancienne de la rétroactivité qui a dominé pendant le XIXe siècle datait d'une époque où la sécurité préoccupait surtout. Aussi disait-on que la loi nouvelle ne peut atteindre les droits acquis, mais seulement les espérances, sauf d'ailleurs qu'il y avait les plus grandes difficultés à distinguer ces termes dans les différents cas. De nos jours, la théorie de l'évolution a pénétré profondément, aussi on tend à dire que la loi nouvelle doit seulement respecter les faits passés, mais l'avenir lui appartiendrait complètement (V. Vareilles-Sommières, Une théorie nouvelle sur la non-rétroactivité des lois, *Rev. critique*, 1893, p. 444 et suiv. — Planiol, *Traité élém. de droit civil*, t. I, nº 256. — Valette, *Nouvelle interprétation*

Les solutions généralement acceptées se rattachent surtout à l'idée de sécurité statique : celui qui, en vertu d'une loi ancienne a une certaine situation de fait doit la garder, même si une loi nouvelle vient interdire de l'acquérir. Si j'ai fait un testament, un acte quelconque sous l'empire de la loi actuelle, cet acte reste valable, même si une loi nouvelle en modifie les formes. Une succession acquise sur l'empire d'une loi reste telle, même si la loi successorale est modifiée ; un droit reste acquis, même si le mode d'acquisition utilisé est supprimé, même si l'acquisition résulte d'un droit supprimé, par exemple un certain taux légal d'intérêts, une certaine fixation d'indemnité.

Au contraire, lorsqu'un individu est menacé dans sa sécurité dynamique, il ne profite plus de la loi ancienne ; si j'ai compté utiliser mon droit pour un usage quelconque : employer mon terrain pour y bâtir, ou mon bâtiment pour en faire une usine, etc., je suis à la merci de la loi nouvelle qui réglemente le droit de bâtir, les intallations des usines, les obligations vis-à-vis des voisins. J'ai compté que je pourrai utiliser la règle de droit pour telle fin. Celle-ci peut me manquer, et je serai comme un contractant vis-à-vis de qui un promettant pourrait retirer sa promesse(1).

Mais la limite entre la sécurité statique et la sécurité dynamique

de l'art. 2, *C. civ.* Thèse de Lyon, 1909. — Cf. sur ces théories, notre note dans Sir. 1910.2.25). Il est certain que par là on porte atteinte à la sécurité. Aucune des théories en présence, ancienne ou nouvelle, ne donne donc la solution satisfaisante du problème, qui est peut-être envisagé ainsi et sur certains points, celui de la quadrature du cercle. De ce conflit aigu entre des intérêts inconciliables naît sur ces questions une obscurité qui n'est pas près de disparaître. Elle ne s'éclaircira sans doute que par des distinctions nombreuses (V. Reverand, *La non-rétroactivité des lois*, Thèse Paris, 1907, p. 147 et suiv.).

(1) Cf. sur ce point notre note dans S. 1910.2.25, précitée. Il est très curieux, étant donné que l'esprit « affaires » tend plutôt à se développer, que les théories nouvelles sur la rétroactivité tiennent moins compte de la sécurité dynamique. Mais cela tient à ce que l'application rapide des lois nouvelles paraît encore plus favoriser l'activité économique. — Voir sur ces points : Nouveau Code civil suisse, titre final, et le Code fédéral des obligations, art. 882 et suiv.

n'est pas facile à établir. Dans la complexité des faits, il y a là des notions qui se séparent ou s'entrecroisent selon les cas.

Il y a de plus cette idée pratique que, si les lois nouvelles peuvent subir des retards, ceux ci ne doivent pas être trop longs. La loi est un puissant seigneur qui tolère bien que l'on mette un certain temps pour exécuter ses ordres, mais pas trop. A-t on par exemple toléré que les mesures sur l'hygiène et la sécurité des ouvriers fussent appliquées seulement aux usines nouvelles ouvertes depuis cette loi ? Au fond de tout cela, il y a un droit qui prétend parler fort, parce qu'il se considère comme l'expression d'un bien supérieur, mais celui-ci est essentiellement complexe et changeant, on ne peut méconnaître qu'il blesse la sécurité.

La sécurité en face du devenir social, examinée dans la question de la rétroactivité, apparaît donc, non comme une masse susceptible d'être taillée à vive arête, mais comme quelque chose d'imprécis, dont les contours vagues ne peuvent venir s'adapter convenablement avec les besoins de réaliser du nouveau.

La question de la rétroactivité ne se présente pas seulement à propos des lois, mais aussi à propos des actes juridiques privés. Quand un acte juridique se produit à la suite d'un autre, soit pour le détruire, soit pour le consolider, la loi a à se demander si cet acte va agir simplement pour l'avenir ou avec rétroactivité.

La sécurité des transactions exige que, dans les rapports avec les tiers qui y ont intérêt, les actes juridiques nouveaux ne puissent agir à la date de ceux qu'ils modifient ou détruisent, ou à une date antérieure quelconque. C'est le système admis dans l'article 1338 du Code civil pour les actes confirmatifs, dans l'article 790 à propos du fait de revenir sur une renonciation à succession.

Mais d'un autre côté, la nécessité de s'adapter aux circonstances nouvelles, qui n'est qu'une forme du devenir social, exige que ces actes puissent produire dans une certaine mesure effet contre les tiers.

Toute transaction est-elle impossible entre l'intérêt des uns à pouvoir dès l'origine indiquer qu'un acte ultérieur produira effet à une date dès maintenant fixée, même contre les tiers, et l'intérêt des autres à se défendre contre cette rétroactivité ?

Avant d'aborder ce problème, constatons que la rétroactivité a une limite qu'on ne peut chercher à dépasser raisonnablement : un acte en parfait (condition, acceptation), en détruit (nullité, retrait), en complète (confirmation, publicité) un autre, on ne peut vis-à-vis des tiers le faire rétroagir au delà de l'acte initial auquel il se rattache. Dans les rapports entre les parties, on peut admettre ce que l'on veut, pourvu que d'autres principes (celui du respect de la volonté, auquel se rattache la capacité par exemple) ne soient pas en jeu. Mais à l'égard des tiers, atteindre des droits acquis, des droits fondés sur d'autres qui étaient purs et simples, c'est léser la sécurité, sans qu'on voie la valeur du motif qui fait agir ainsi. Ainsi donc l'acte conditionnel par exemple, peut rétroagir au plus, lorsque la condition sera accomplie, à la date où il a été signé.

Au contraire, il dépend des parties, ou de celui qui fait un acte juridique, et la loi ici le protège, de faire cet acte non pas de façon ferme, mais de le faire fragile : conditionnel, annulable, révocable, etc., et de dire que cette situation se maintiendra plus ou moins longtemps. Le Code civil admet même qu'une condition peut rester des siècles en suspens, puisque le droit conditionnel est imprescriptible (art. 2257). Cela permet alors de dire que la situation actuelle ne sera fixée que plus tard. Mais ceci encore étant somme toute un trouble, une atteinte à la sécurité qui appelle naturellement des situations nettes et non pas imprécises, n'est admissible que dans une mesure limitée.

Les éléments de la limite à établir peuvent d'abord se trouver dans cette idée que si la rétroactivité est utile, elle l'est seulement pour donner sûreté de la restitution d'un capital et non pour des accessoires : fruits, liberté d'occupation d'un immeuble loué, etc.

La rétroactivité au delà n'est au fond, ni désirée, ni souhaitable (1).

Ainsi restreinte, la rétroactivité d'un acte privé engendrée par la simple volonté de particuliers, comme dans la condition, ou par la volonté de la loi combinée avec celle des particuliers, comme dans le rapport, la réduction, le retrait successoral, etc., est-elle admissible ? Nous nous retrouvons ici en face du conflit que nous connaissons déjà entre la sécurité statique et la sécurité dynamique. La seconde exige que les tiers soient protégés, la première que les contractants en cas de condition, que les héritiers en cas de rapport, de réduction, les donateurs, en cas de révocation d'une libéralité, les parties quelconques, en cas d'acte annulé, le soient aussi.

La loi a eu vaguement conscience de ces difficultés et il suffit pour s'en rendre compte de voir avec quelle hésitation elle a traité des effets contre les tiers de la réduction (art. 929 et 930 C. civ.) ou des rapports (art. 859 et suiv.) contre les tiers des effets des substitutions (art. 1069 et suiv.), de ceux des diverses révocations des donations (art. 958 et suiv.).

La conciliation est possible, en établissant une publicité, et en disant que c'est seulement au cas où elle aura été accomplie qu'on pourra agir contre les tiers, sauf à voir si, malgré tout, il ne faudrait pas encore prendre d'autres mesures.

Il y a un autre procédé de conciliation qui peut concourir avec le premier : il consiste à n'atteindre les tiers que lorsqu'on ne peut obtenir satisfaction de l'autre partie : ce procédé qui se ramène à préférer dans certains cas, une exécution par équivalent à une exécution en nature sera plus tard apprécié par nous. Constatons en attendant l'utilité qu'il pourrait ici présenter, en faisant insérer une règle, d'après laquelle on n'aura action contre les tiers que discussion préalablement faite des biens, pour employer la formule de l'article 930 du Code civil.

(1) V. notre *Etude des droits éventuels*, p. 87 et suiv. — Cf. Chausse, Rétroactivité de la condition, *Rev. crit.*, 1900, p. 542 qui arrive aux mêmes conclusions.

Un autre moyen pour concilier l'intérêt de la sécurité et les besoins nouveaux qui veulent trouver satisfaction, c'est de ne permettre les actes juridiques et les lois même que pour une durée limitée.

La question de la perpétuité des obligations, et de façon plus générale des droits, ne semble avoir été posée que tout récemment (1). Celle de la perpétuité des lois est encore inexplorée.

Il est bien certain que la foi naïve et robuste des anciens âges poussait aux actes perpétuels, comme aujourd'hui l'orgueil empêche de voir combien nos combinaisons législatives sont fragiles et temporaires. Ne conviendrait-il pas mieux de faire de simples lois à durée limitée, mais irrévocables pendant ce temps (2), et aussi de n'autoriser en général que les contrats à durée limitée, mais qui seraient irrévocables par la volonté d'une partie ?

La législation révolutionnaire semble la première avoir pensé à la seconde question (3). D'autre part si les lois temporaires sont rares (4), on voit plus fréquemment des traités internationaux temporaires. En tous cas la pratique a déjà posé la question des actes législatifs temporaires, malheureusement sur un mauvais terrain : les lois temporaires ont été souvent des lois d'exception dans le mauvais sens du mot (5).

S'il l'on voulait faire un usage rationnel des lois temporaires, il faudrait évidemment satisfaire à la fois à plusieurs desiderata : ne les faire ni de trop courte, ni de trop longue durée, d'autre part les renouveler assez longtemps à l'avance, pour que l'on ne se trouvât pas à la veille d'une loi devant entrer en exécution,

(1) V. la note de M. Berthélemy, D. 1907.1.338, celle de M. Planiol, D. 1906.1.240 et notre note S. 1908.1.81.

(2) Cela satisferait mieux que la situation actuelle,au besoin de la société de ne pas reposer sur des règles toutes provisoires, V. sur ce point Tanon, *L'évolution du droit*, p. 82.

(3) V. la loi des 18-20 décembre 1700, art. 1er.

(4) V. cep. pour l'Algérie, L. du 21 décembre 1807 et du 24 décembre 1904 sur les pouvoirs disciplinaires dans les communes mixtes.

(5) Notamment la loi du 20 décembre 1815 sur les cours prévôtales.

sans savoir ce qui sera voté, ce qui est une entrave à toutes les opérations.

Sous réserve de ces remarques, on pourrait procéder à des votes réitérés des lois à certains intervalles, ou plutôt, ce qui semble préférable à de simples revisions périodiques, comme cela est prévu par le Code civil espagnol (1).

Faudrait-il de même admettre que tous les contrats, ou plutôt que tous les actes juridiques privés seront revisables ou renouvelables à périodes fixes? Cette solution serait admissible pour les contrats ou les actes à très longue durée. Rien ne ferait obstacle à des révisions périodiques à de longues années pour les statuts des sociétés, des fondations, des associations (2). Il y aurait là une place faite à la nécessité de se plier à l'évolution, mais en même temps une atteinte à la sécurité qui ne serait pas trop grave.

Il n'est pas douteux que les actes à durée limitée mais renouvenables seraient une cause de dépense d'activité supplémentaire et qu'ils n'aillent contre l'idée d'économie d'activité. D'autre part ces renouvellements, ces modifications de contrats, de lois, peuvent se faire dans des moments d'enthousiasme irraisonné pour telle ou telle idée. L'opinion peut être dans un état mauvais pour la revision de telle ou telle loi (3).

Mais ces inconvénients, nous ne le dissimulons pas, ne sont-ils pas parfois moindres que cette instabilité législative d'un côté, que ce droit archaïque protégé par l'oubli du législateur, de l'autre?

(1) V. Code civil espagnol. Disposition additionnelle et introduction de la traduction par M. Levé, p. XXXI.

(2) La lutte entre la sécurité et l'adaptation est si aiguë quand on s'occupe d'actes à longue durée, qu'on ne peut réglementer l'un d'eux sans s'en préoccuper. Rappelons les discussions fameuses sur la révision des statuts dans les sociétés par actions. A propos des fondations, citons les travaux de la Société d'études législatives (V. le rapport de M. Larnaude, *Bulletin*, 1900, p. 302 et suiv. Observations de M. Saleilles, p. 310 et suiv., Texte définitif du projet, p. 445 et de même Jean Escarra, *Les fondations en Angleterre*, p. 205 et suiv.)

(3) V. Planiol, *Livre du centenaire du Code civil. Inutilité d'une révision générale du Code civil*, t. II, p. 900.

En tous cas, notons que la solution qui, malgré tout, nous paraît préférable, a l'avantage de supprimer la difficile question de savoir si les lois ou les actes administratifs s'abrogeront par non-usage. On sait qu'admettre l'affirmative, c'est aller contre la sécurité, car où sera le non-usage suffisant. D'autre part rejeter l'abrogation par la désuétude, c'est accepter les anachronismes légaux, c'est porter atteinte à la sécurité subjective sous prétexte de sécurité objective. Un système qui supprime cette difficulté a par là même un avantage.

L'assouplissement du droit aux idées nouvelles, aux besoins nouveaux soulève aussi la grave question du droit coutumier et du rôle de la jurisprudence. Si l'on admet que le droit doit se plier aux exigences nouvelles, on peut voir avec faveur la coutume régir une partie de l'activité humaine, on peut voir aussi avec plaisir la jurisprudence évoluer et trancher les points incertains ou obscurs. Et l'on ne peut méconnaître les services remarquables qu'elle peut rendre ici, en faisant progresser le droit peu à peu, en comblant des lacunes, en rectifiant des solutions. Seulement un pareil système est en antinomie absolue avec le principe de la sécurité. Il faut choisir entre les deux et nous n'apercevons aucun terrain de conciliation complète. Celle-ci ne peut se faire que de façon très insuffisante : lorsque la jurisprudence s'étant établie sous l'empire d'idées anciennes sur certains points spéciaux, d'autres points lui sont soumis plus tard et qu'elle les réglemente suivant un esprit nouveau. Il y a alors un disparate, mais une satisfaction donnée aux idées anciennes et aux idées nouvelles. Mais n'oublions pas que la jurisprudence n'est qu'un aspect du droit : le droit en lutte judiciaire (1), et alors le droit des praticiens se trouve dans l'incertitude sur toutes les questions nouvelles qui peuvent s'élever.

Ce sont là toutes les données de solution du célèbre conflit

(1) C. Picard, *op. cit.*, p. 55.

entre les méthodes classiques d'interprétation et les méthodes nouvelles (1) entre la loi et la jurisprudence et la coutume. Il est bien certain que ces méthodes, dont nous ne méconnaissons certes pas la valeur, ont l'inconvénient de ne plus donner la même sécurité, faisant moins de place à la pure logique (2) que les méthodes anciennes. On donne la plus grande place à l'adaptation. Aussi la remarque qui a été faite parfois sur les défenseurs de ces innovations (3),qui après avoir donné toute liberté au juge,et voulu donner une grande importance à la doctrine, font finalement appel à la loi,loin de constituer un reproche nous semble un éloge. Oui, comme le dit M. Leroy, la théorie cherche à se détruire et se consolide tout à la fois, la loi apparaît comme l'arrière-garde inébranlable qui occuperait définitivement les positions solidement conquises par la jurisprudence. Mais n'y a-t-il pas, dans cette opposition apparente, une façon heureuse de tenir compte du besoin de sécurité et des transformations continuelles ? On peut tout en approuvant une jurisprudence hardie et novatrice, faire appel à une plus grande activité législative. L'un n'exclut pas l'autre, car nous avons toujours besoin d'un certain degré de stabilité (4).

Un troisième procédé de conciliation entre aspirations juridiques opposées, c'est l'indemnisation. Le titulaire actuel du droit

(1) Il est presque inutile de citer l'ouvrage si célèbre de M.Gény, *Méthode d'interprétation en droit privé positif* et les théories qui y sont contenues. Rapp. Van der Eycken, *Méthode positive d'interprétation* ; Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique* ; Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Thèse Paris,1904 ; Sauzay, *Procédé délaboration du droit*, Thèse Lyon, 1004, p.159 ; Valette, *Le rôle de la coutume*, Thèse de Lyon, 1008 ; Esmein, La coutume doit-elle être reconnue comme source de droit ? *Bull.Soc. d'Etudes législatives*, 1003, p. 535.

(2) V. à ce point de vue sur l'utilité de la logique : Meynial, La logique dans la formation du droit. *Rev.de métaphysique*, 1008, p. 180.

(3) Maxime Leroy, *La loi*, p. 228 et suiv.

(4) Cf. Bouglé, *Solidarisme*, p. 83.

sera exproprié, mais il recevra une indemnité. Il y aura peut-être encore pour lui un inconvénient : celui qu'il y a à obtenir une somme d'argent au lieu de l'avantage précis que l'on désirait (1). Mais à part cette gêne de l'échange forcé, de la difficulté à fixer la valeur des droits, le système est admissible.

On peut léser le droit d'autrui, mais à condition de l'en indemniser, c'est là un principe acceptable dans un grand nombre d'hypothèses, qu'il s'agisse d'un acte juridique quelconque : loi, acte administratif, acte juridique privé. En effet, si un droit est lésé et qu'il y ait indemnité, celui qui a causé le préjudice y trouve sans doute un avantage qui n'eût pas existé sans cela. Si une Administration exproprie, si un propriétaire résilie par sa seule volonté un marché passé avec un entrepreneur (art. 1794), si un patron congédie son ouvrier en l'indemnisant, c'est qu'en général il y a avantage à agir ainsi, qu'il y aura un bénéfice social de réalisé qui ne l'eût pas été sans cela. C'est une chose conforme à l'intérêt général, partant heureuse. Mais il ne faut pas ici se leurrer ; pour que ce principe soit bon, il ne faut pas que celui qui lèse moyennant indemnité n'ait d'autre but que d'avoir une chose au lieu de l'argent qu'il doit payer. C'est pour cela que les retraits, ces expropriations d'utilité privée comme on les a parfois appelés, ne sont utiles que s'ils permettent un avantage objectif, comme la suppression d'un procès, d'une indivision, et non s'ils ont pour but de satisfaire le bon plaisir du retrayant.

Il y a là une limite, délicate à établir, du principe que l'on peut léser autrui en l'indemnisant,. Car dans quelle mesure, puis-je établir chez moi une installation industrielle ou autre qui lèse mon voisin, sous la seule condition, après avoir pris les précautions atténuantes que les hommes du métier recommandent, de lui payer indemnité ? Peut-il me forcer à démolir ou puis-je me contenter de lui payer une somme d'argent ? La question paraît n'avoir été guère envisagée.

(1) V. plus loin le chapitre : Exécution en nature ou par équivalent.

La seconde limitation que comporte le principe que nous venons d'établir, c'est qu'il y a certains droits dont la conservation à leurs titulaires apparaît comme nécessitée par des vues d'intérêt général : le droit à la vie, à la liberté en sont des exemples frappants (1), mais il y en a bien d'autres : le droit de choisir son travail, etc. Nous y reviendrons plus loin sous diverses rubriques.

Enfin il faut tenir compte de ce qu'un pareil système ne peut fonctionner que sous des garanties de paiement sérieuses et notamment « la juste et préalable indemnité » dont parle l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme, ou toute autre mesure équivalente.

Seulement si le droit à indemnité est facilement reconnu quand il s'agit de rapports entre particuliers, il a fallu un mouvement considérable de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour l'admettre quand la lésion vient de certains actes administratifs, et quand elle vient des lois, ce droit est encore contesté même par les théoriciens (2).

Nous indiquerons enfin, comme modes accessoires de conciliation, le système consistant à ne supprimer certains postes par exemple que par disparition des titulaires, dont l'application est plutôt administrative que judiciaire, et qu'ont utilisé certaines lois.

On peut encore, au moins dans les lois, concilier l'intérêt de sécurité et le besoin de transformation en donnant un certain délai pendant lequel l'état de choses ancien continuera, mais passé lequel la loi nouvelle s'appliquera. La sécurité statique ou dynamique ne

(1) De là, ces discussions passionnées sur la guerre, la peine de mort. Si la société ne donne sécurité à ses membres qu'en déclarant qu'éventuellement ils pourront trouver la mort à la guerre, être frappés de la peine capitale, on donne et on enlève la sécurité tout à la fois. Pour la donner on lui sacrifie son objet.

(2) V. not. Duguit, *op. cit.*, p. 93 et suiv. — V. cependant un exemple d'indemnisation. Loi du 2 août 1872 sur le monopole des allumettes, art. 3.

visant d'ordinaire qu'une certaine durée, le rayon visuel de l'intelligence humaine étant ordinairement limité, on arrive par cette cote mal taillée à une transaction assez bonne. C'est le procédé de certaines lois récentes, comme celle du 28 juillet 1909 sur l'emploi de la céruse : il nous amène à étudier encore un autre mode pour résoudre le conflit de nos deux principes.

On peut en effet citer le système consistant à appliquer une loi nouvelle par étapes successives, comme l'a fait la loi du 30 mars 1900 sur les heures de travail, dont l'application s'est faite à trois dates à deux ans d'intervalle. Mais ici il n'y a plus aucun principe en jeu, même partiellement. Le moyen consiste à limiter chacune des prétentions comme au cas où un juge réduit une facture trop élevée, en prenant une somme intermédiaire entre celles indiquées par les plaideurs. Dans cette voie les transactions possibles sont infinies.

Les divers moyens que nous avons indiqués peuvent paraître insuffisants à ceux qui ont hâte d'innover pour établir ce qu'ils croient le mieux, impatients du joug du passé. Auront-ils tort ? Tout dépendra du sentiment de sécurité qui subsistera en présence de leurs innovations. Tout dépendra aussi de la valeur de ce sentiment. S'il n'a pour but que de permettre à une prétendue aristocratie de jouir sans profit pour la collectivité, cela est en opposition avec ce que j'ai déjà appelé notre conception de la vie dans le monde occidental.

D'un autre côté, le législateur, pas plus que toute autorité, ne doit oublier qu'il y a dans chaque peuple, à chaque époque; une sorte de saturation du désir de changement qui est dépassée lorsque les transformations sont trop répétées ou portent sur trop de points. La loi qui veut satisfaire de suite les instincts de l'opinion risque à la longue de demeurer inexécutée ou à peu près (1).

(1) Tel fut l'état de l'opinion en France vers l'époque du Directoire. V. la brillante description dans de Goncourt, *La Société française sous le Directoire*. Conclusion.

Enfin, comme Montesquieu l'a fort bien vu (1), dans chaque état social, en présence de la nécessité de sacrifier la sécurité aux besoins nouveaux, il y a une limite que ce sacrifice ne peut excéder. De là la nécessité de l'institution mise en valeur par M. Hauriou ; comme il le dit très justement, une société supporte bien dans son sein la lutte pour la vie, mais à la condition qu'à côté des régions de lutte, il y en ait de paisibles. Si quelques-uns des rouages sont faussés, compromis, il faut qu'il en reste à côté de solides et d'indiscutés (2).

Aussi comme le dit M. Courcelles-Seneuil. Rien n'est plus contraire au respect et à l'idée même du droit, que l'instabilité législative et juridique. Le droit est la charpente solide des sociétés humaines, il ne faut y introduire des modifications qu'à bon escient, après des études approfondies et beaucoup de réflexions (3). Mais il ne faut pas oublier, comme le dit Spencer (4), qu'une des conditions radicales d'une pensée large, c'est d'éviter les extrêmes et pour cela de faire pour notre sauvegarde l'estimation des opinions.

(1) *Esprit des Lois*, liv. 6, chap. 3.

(2) *Science sociale traditionnelle*, p. 103.

(3) « C'est le sentiment de cette nécessité, ajoute-t-il, qui rend les vrais jurisconsultes prudents et presque craintifs, qui leur inspire le respect de la forme et les fait hésiter devant tout projet de changement, ils connaissent la puissance des habitudes et savent que le respect des peuples augmente avec la durée du droit. » Malgré cela il est bien certain que le droit ne peut rester immobile, et la permanence des Parlements est la forme sous laquelle se traduit ce besoin continuel de changement.

(4) *Premiers principes*, p. 3.

CHAPITRE IV

ÉCONOMIE DE TEMPS ET D'ACTIVITÉ

Les législations de l'Occident, très soucieuses du développement des transactions, de l'activité ont dû naturellement se préoccuper de ménager les instants de chacun dans la confection des actes juridiques, dans la vie juridique en général, pour que chacun puisse en définitive faire plus de choses, pour que les richesses se développent ainsi davantage (1). C'est là la loi du moindre effort (2), qui appartient surtout à l'ordre économique. Aussi nous nous contentons de constater l'existence de ce moyen pour concilier l'étendue considérable de nos besoins et de nos désirs, avec la limitation forcée, et tenant à notre nature même, de notre activité.

Cette idée très simple a conduit à des conséquences très variées, parfois même opposées.

Elle a d'abord tué le formalisme. En effet entourer un acte de formalités compliquées : intervention des parties elles-mêmes, des témoins, écrit, présence de certains tiers, etc., ce sont autant de complications qui rendent plus difficile la conclusion d'un acte.

En même temps, chose curieuse, elle l'a fait renaître de ses cen-

(1) V. une application directe de cette idée économique dans le droit, dans le livre de Mataja, *Das Recht des Schadenersatz nach. dem Stàdpunkt der Nationalökonomie* (V. spéc. p. 10).

(2) V. au sujet de l'effort en morale, Stanley Jevons, *Théorie de l'économie publiqus*, p. 88. En ce qui concerne la loi du moindre effort, v. Winiarski, La principe du moindre effort comme base de la science sociale. *Revue philosophique*, 1903, p. 288 ; Palante, La téléologie sociale et son mécanisme. *Revue philosophique*, 1902, p. 140 et suiv. et les auteurs par lui cités.

dres. Le formalisme est un embarras quand il n'est qu'une pompeuse escorte, le panache des actes juridiques, mais il devient un moyen de rendre les affaires rapides et sûres lorsqu'il ne contient que l'indispensable : les moyens de régler rapidement les conditions d'un acte. La Bourse, les sociétés, les titres négociables sont ainsi entourés de formalités simples qui indiquent la portée du contrat : marché à prime, titre nominatif, endossement, etc. Le formalisme des mots employés devient ainsi une économie de temps, comme un numéro de téléphone qui fixe une identité. Chaque terme est un pavillon qui couvre une marchandise bien déterminée. Et ce procédé est particulièrement employable quand il s'agit d'un monde d'initiés : monde de la Bourse, des commerçants, des rentiers, etc.

Ce néo-formalisme peut aussi se présenter sous des formes particulières : le contrat d'adhésion notamment, où la convention se trouve arrêtée une fois pour toutes et se forme souvent par une simple acceptation, sans offre spéciale. Non seulement il apparaît avec des termes presque sacramentels, mais encore il se présente avec des preuves particulières très simplifiées, ordinairement non signées : par exemple les billets de chemin de fer, de loterie, les bons de livres, etc.

La rapidité des transactions pousse aussi à la clarté, à la simplification des lois, à la netteté dans la rédaction des contrats, à la simplicité de leur rédaction par référence à des règles connues, par exemple les règles d'York et d'Anvers pour les avaries communes.

La même raison d'économie de temps et de soins conduit aussi à deux grandes catégories d'unifications, l'unification des choses et celle des intérêts.

L'unification des choses consiste à considérer une chose comme principale et d'autres comme ses accessoires : accessoires réputés immeubles, garanties accessoires, créance accessoire d'un droit réel, etc., et à faire dire que l'acte visant l'objet principal atteint l'accessoire.

L'unification des intérêts consiste, certains intérêts se trouvant identiques ou du même genre, à les considérer par leurs traits communs et à les traiter comme uns ; de là la théorie des personnes morales, celles des trustes de la propriété en main commune, des contrats d'équipe.

La rapidité des transactions produit ses conséquences dans un autre domaine. Elle s'attaque à toutes les propriétés incertaines, à toutes les propriétés inaliénables. Une propriété dont le titulaire est incertain ; par exemple dont le sort est soumis à une condition, à une nullité relative, à une révocation, n'est pas d'une circulation commode. Une propriété inaliénable ou difficilement aliénable, comme celle d'une femme dotale ou d'un mineur, est un obstacle à la facilité des affaires.

Depuis les complications légères que peut soulever une aliénation jusqu'à l'impossibilité absolue, il y a toute une gamme de nuances dont la rapidité des transactions demande nécessairement l'effacement. Ces situations complexes ne doivent pas seulement être publiées, comme une excavation sur la voie publique qui doit être éclairée la nuit : elles doivent disparaître le plus tôt possible. Il ne suffit pas d'avertir le public du danger, il faut le supprimer.

C'est aussi là l'argument le plus fort, avec celui de la sécurité, pour l'unification internationale du droit. On évite des études considérables, on supprime les conflits si difficiles à résoudre du droit international privé, si on arrive à une législation commune aux Etats civilisés, à un droit commun européen ou mondial.

Cette idée toute économique des forces à ménager peut conduire à mesurer la responsabilité sur le degré de faute, la société ayant intérêt à faire éviter surtout les fautes les plus graves. En tout cas, elle fera rejeter les idées d'indemnité supérieure au préjudice que certaines combinaisons peuvent parfois amener (1).

En même temps, cet intérêt de l'économie d'activité, de la

(1) V. un exemple, *Revue de droit civil*, 1908, p. 680.

rapidité des affaires exige le règlement prompt de toutes les difficultés : rapidité de la procédure, brefs délais, tribunaux à proximité des justiciables, règlements amiables autant que possible des difficultés par les transactions, les arbitrages, extinction des obligations par des fins de non-recevoir opérant rapidement, par des offres réelles d'un maniement commode, par la compensation, par des conditions résolutoires opérant de plein droit, par des moyens d'exécution rapides, des moyens de pression énergiques.

De même cette idée poussera à admettre toutes les mesures légales de nature à détourner des fautes, à graduer la responsabilité d'après la faute, pour qu'une imprudence grave soit toujours assez sanctionnée, ou le soit surtout suivant le dommage, pour que l'on se détourne principalement des actes les plus dommageables. En tous cas, elle conduira à reconnaître que toute faute préjudiciable doit entraîner indemnité de là un recours toujours reconnu soit à l'assureur, soit à l'assuré contre la personne en faute qui a causé le dommage (1). Elle amènera également à dire que les indemnités ne peuvent se cumuler de manière à dépasser le dommage et à donner intérêt à l'arrivée du sinistre (2).

Est-il besoin d'insister pour voir combien de pareils procédés peuvent heurter d'autres intérêts et combien la lutte va être vive entre ce droit tourbillon et les autres intérêts que le droit a cru nécessaire de protéger. Elle l'est d'autant plus que cette loi d'économie opère par petites modifications et sans vue d'ensemble, ce qui amène à négliger bien des choses (3).

(1) V. sur ce point, Capitant, Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque, *Rev. de dr. civil*, 1000, p. 37.

(2) V. *op. cit.*, et Trib. de la Seine, 10 mai 1008, *Revue de droit civil*, 1008, p. 680 ; Cass., 21 juillet 1004, *Revue de droit civil*, 1000, p. 107 ; Paris, 28 mars 1001, *Revue de droit civil*, p. 014 ; Cass., 31 octobre 1900, S. 1007. 1.345 avec note de M. Wahl, *Revue de droit civil*, 1007, p. 813 ; Marc Dessorteaux, *Des accidents qui donnent lieu à plusieurs indemnités*. Thèse de Dijon, 1000.

(3) V. sur ce caractère de la loi du moindre effort. Ferrero, cité par Palante. *Op. cit.*

La rapidité des opérations est peu favorable à une certaine sécurité, en ce sens que l'on peut plus facilement faire erreur sur certaines conséquences de l'acte accompli. Et le jeu même du système fait qu'on ne peut tenir compte de ces ignorances exceptionnelles. Peut-on se préoccuper de ce qu'un commerçant connaissait mal la loi du change, ou les règles des opérations de Bourse, de ce qu'un voyageur ignorait les obligations, les interdictions que contenait le billet circulaire qu'il a pris ? Il y a élimination, dans l'opération, du facteur individuel.

Il y a exclusion de ce facteur, en ce sens encore que la personne privée prise dans un organisme puissant, comme une personne morale, une propriété en main commune, perd de façon relative son autonomie de volonté, se voit emportée par la volonté d'un seul ou de quelques-uns : or qui a compagnon a maître, disait déjà Loisel.

Le facteur psychologique, la considération de la bonne ou de la mauvaise foi se trouve presque fatalement entraînée dans cette simplification à outrance. Et par conséquent la place que pouvait tenir la justice dans le droit s'en trouve restreinte au grand détriment de la morale publique.

Le droit commercial tout plein de souci de la rapidité des transactions est rempli aussi de cette histoire des conséquences terribles qu'elles produisent et des essais pour les paralyser (1).

L'établissement de brefs délais préfixes pour les réclamations fait en même temps que la sécurité de chacun peut se trouver atteinte. Je n'ai pu vérifier dans les trois jours les colis que m'a remis le chemin de fer (art. 105, C. com.). J'ai négligé de déclarer un accident que je croyais peu grave dans les délais fixés par la police d'assurance, je n'ai pas fait dresser un protêt le lendemain d'une échéance, etc., le couperet du délai préfixe fonctionne automatiquement.

(1) V. notamment pour les fins de non-recevoir dans les transports, les brèves prescriptions qu'il établit.

rapidité des affaires exige le règlement prompt de toutes les difficultés : rapidité de la procédure, brefs délais, tribunaux à proximité des justiciables, règlements amiables autant que possible des difficultés par les transactions, les arbitrages, extinction des obligations par des fins de non-recevoir opérant rapidement, par des offres réelles d'un maniement commode, par la compensation, par des conditions résolutoires opérant de plein droit, par des moyens d'exécution rapides, des moyens de pression énergiques.

De même cette idée poussera à admettre toutes les mesures légales de nature à détourner des fautes, à graduer la responsabilité d'après la faute, pour qu'une imprudence grave soit toujours assez sanctionnée, ou le soit surtout suivant le dommage, pour que l'on se détourne principalement des actes les plus dommageables. En tous cas, elle conduira à reconnaître que toute faute préjudiciable doit entraîner indemnité de là un recours toujours reconnu soit à l'assureur, soit à l'assuré contre la personne en faute qui a causé le dommage (1). Elle amènera également à dire que les indemnités ne peuvent se cumuler de manière à dépasser le dommage et à donner intérêt à l'arrivée du sinistre (2).

Est-il besoin d'insister pour voir combien de pareils procédés peuvent heurter d'autres intérêts et combien la lutte va être vive entre ce droit tourbillon et les autres intérêts que le droit a cru nécessaire de protéger. Elle l'est d'autant plus que cette loi d'économie opère par petites modifications et sans vue d'ensemble, ce qui amène à négliger bien des choses (3).

(1) V. sur ce point, Capitant, Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 37.

(2) V. *op. cit.*, et Trib. de la Seine, 16 mai 1908, *Revue de droit civil*, 1908, p. 689 ; Cass., 21 juillet 1904, *Revue de droit civil*, 1906, p. 107 ; Paris, 28 mars 1901, *Revue de droit civil*, p. 914 ; Cass., 31 octobre 1900, S. 1907. 1.345 avec note de M. Wahl, *Revue de droit civil*, 1907, p. 813 ; Marc Desserteaux, *Des accidents qui donnent lieu à plusieurs indemnités*. Thèse de Dijon, 1909.

(3) V. sur ce caractère de la loi du moindre effort. Ferrero, cité par Palante. *Op. cit.*

La rapidité des opérations est peu favorable à une certaine sécurité, en ce sens que l'on peut plus facilement faire erreur sur certaines conséquences de l'acte accompli. Et le jeu même du système fait qu'on ne peut tenir compte de ces ignorances exceptionnelles. Peut-on se préoccuper de ce qu'un commerçant connaissait mal la loi du change, ou les règles des opérations de Bourse, de ce qu'un voyageur ignorait les obligations, les interdictions que contenait le billet circulaire qu'il a pris ? Il y a élimination, dans l'opération, du facteur individuel.

Il y a exclusion de ce facteur, en ce sens encore que la personne privée prise dans un organisme puissant, comme une personne morale, une propriété en main commune, perd de façon relative son autonomie de volonté, se voit emportée par la volonté d'un seul ou de quelques-uns : or qui a compagnon a maître, disait déjà Loisel.

Le facteur psychologique, la considération de la bonne ou de la mauvaise foi se trouve presque fatalement entraînée dans cette simplification à outrance. Et par conséquent la place que pouvait tenir la justice dans le droit s'en trouve restreinte au grand détriment de la morale publique.

Le droit commercial tout plein de souci de la rapidité des transactions est rempli aussi de cette histoire des conséquences terribles qu'elles produisent et des essais pour les paralyser (1).

L'établissement de brefs délais préfixes pour les réclamations fait en même temps que la sécurité de chacun peut se trouver atteinte. Je n'ai pu vérifier dans les trois jours les colis que m'a remis le chemin de fer (art. 105, C. com.). J'ai négligé de déclarer un accident que je croyais peu grave dans les délais fixés par la police d'assurance, je n'ai pas fait dresser un protêt le lendemain d'une échéance, etc., le couperet du délai préfixe fonctionne automatiquement.

(1) V. notamment pour les fins de non-recevoir dans les transports, les brèves prescriptions qu'il établit.

Ce que j'appellerais l'américanisme dans les affaires est donc une formidable machine de guerre, de nature à détruire la sécurité, à atteindre la justice. Toute conciliation ne nous paraît pas cependant impossible entre cet intérêt de rapidité et les autres. Seulement ces conciliations ne sont souvent obtenues que de haute lutte par les lois, par les grèves, par les ligues de consommateurs, d'acheteurs, de fabricants, elles le sont plus rarement par entente bénévole. Etudions-les.

Notons d'abord que la rapidité des transactions amène à les faire suivant les mêmes procédés, en appliquant un certain nombre de types. Elle accentue donc la tendance à la répétition universelle si bien mise en lumière par Tarde, ce qui est un facteur de sécurité. Elle affaiblit par suite l'esprit d'invention, qui pourrait amener une heureuse adaptation à des situations nouvelles. Aussi dans les affaires, au milieu de formules très modernes, voit-on survivre des archaïsmes. Il résulte de là que pour assurer cette rapidité des transactions, tout en permettant les innovations nécessaires, il faut une réglementation très facile à modifier. C'est ce que l'on obtient d'avantage par des réglementations professionnelles : décisions de chambres syndicales par exemple, que par une réglementation légale toujours un peu lourde, mal adaptée aux nécessités temporaires ou régionales. Nous retrouvons donc ici un moyen d'éviter parfois une opposition trop grande entre le désir de sécurité et les nécessités d'évolution.

Un autre moyen d'atténuer l'opposition entre la réglementation à laquelle se réfèrent les contrats et les desiderata des intéressés qui peuvent se voir imposer une clause sans l'avoir connu, c'est d'un côté de mettre chaque contractant dans l'obligation de renseigner exactement l'autre sur la portée du contrat, en lui remettant la liste des clauses, ou d'avoir dans les Compagnies qui imposent les contrats d'adhésion, des agents dont l'interprétation donnée du contrat au public engage les chefs de la Compagnie, ou bien de limiter à des groupes professionnels les règles qui seront admises pour la rapidité des opérations. Ainsi les solutions

admises entre fabricants ou entre industriels et maisons de gros pour la portée d'un contrat peuvent être différentes de celles qui pour le même article s'établiront entre l'acheteur occasionnel de cet objet et son fournisseur. Mais ces deux derniers procédés de transaction sont, dans le droit moderne, d'une application limitée.

Un autre procédé pour concilier la sécurité et la rapidité des transactions,est de les faire en prenant pour base, non un simple contrat d'adhésion imposé par une partie à l'autre, mais une convention établie par des ententes collectives entre producteurs et consommateurs, patrons et ouvriers, assureurs et assurés, industriels et clients, etc.

On peut encore citer comme procédés permettant de satisfaire à peu près les divers intérêts en présence, ceux qui, sans partir d'un point de vue spécial, retranchent à la fois de chacune des prétentions opposées. Ainsi on peut limiter la possibilité de laisser des situations incertaines, comme on a limité la durée du réméré (art. 1660), comme on a restreint celle des actions en nullité (art. 1304, C. civ.),ou des actions en révocation (art. 959, C. civ.), des substitutions (art.1048 C.civ.),comme on pourrait limiter celle des droits conditionnels, etc., ce qui favorise une certaine sécurité et rend les opérations juridiques plus rapides.

Dans le même esprit, on peut au lieu,dans un cas donné, d'admettre des présomptions irréfragables qui tranchent immédiatement le point à débattre et évitent ainsi toute perte de temps en discussions, admettre des présomptions *juris tantum*, plus ou moins susceptibles d'être combattues facilement. Cela sera d'autant plus important que la preuve à rapporter sera celle de la bonne foi ou de la mauvaise foi. Eliminer cette preuve est en effet nettement contraire à la sécurité dynamique et il peut être nécessaire de se préoccuper de ce point pour assurer une certaine rapidité des affaires, sans d'un côté léser l'honnêteté, ou de l'autre favoriser la malhonnêteté.

On peut encore exiger des conditions présentant certaines

garanties, on exclura par exemple les clauses interdisant tout recours aux tribunaux pour l'application d'une certaine convention ; on tolérera seulement des clauses de déchéance raisonnables, on admettra que certains actes seront sujets au contrôle des tribunaux.

Ces procédés évidemment ne sont pas parfaits, parce que dans une certaine mesure, ils alourdissent les opérations juridiques, mais ils peuvent cependant être acceptables, lorsque l'entrave n'est pas trop sensible.

CHAPITRE V

LA JUSTICE

Le mot de justice, dont on fait un si large usage, que l'on invoque si volontiers à propos de tant de décisions légales, de solutions générales ou d'espèces, n'est cependant pas un de ces termes premiers, comme le temps ou l'espace, au delà desquels il n'y a rien. C'est au fond une de ces expressions peu précises dont l'abus est facile, car il peut s'entendre dans des sens nombreux. Et l'on s'explique aisément qu'elle ait été parfois un instrument pour tyranniser les faibles et que les Romains aient pu se vanter de savoir toujours commencer et terminer leurs guerres avec justice (1).

Ce terme recouvre certainement une idée d'égalité (2) entre ceux qui sont dans une situation identique, ou une idée de proportionnalité, mais cette idée elle-même se ramène à une égalité entre les éléments simples dont deux quantités sont composées, et on peut toujours dire que finalement, dans la justice, il y a l'égalité que symbolise la balance traditionnelle.

Elle renferme en même temps une idée de généralité, ce que Ihering appelle l'égalité externe, c'est-à-dire l'application uniforme à tous les cas de la norme une fois établie (3). D'ailleurs tout principe tend à sa plus large application. La justice est une proportion qui aspire naturellement à s'appliquer dans tous les

(1) V. de Tourtoulon, *op. cit.*, p. 150.

(2) De là, cette précision que Stuart Mill reconnaît à l'idée de justice, *Utilitarisme*, p. 96.

(3) V. *Zweck im Recht*, p. 244.

cas, précisément pour satisfaire plus complètement ce sentiment un peu jaloux qui est à sa base.

Mais l'égalité n'est qu'un rapport, il faut fixer les objets que l'on considérera comme égaux (1).

Aussi n'est-il pas étonnant que l'on rencontre, aussi bien chez les philosophes que chez les jurisconsultes, tant de conceptions diverses de la justice. On peut bien s'accorder pour placer celle-ci au-dessus de l'équité qui se rapporte à une solution élaborée pour une espèce, tandis qu'elle est faite pour les espèces en général (2). Mais après ?

Pendant longtemps on a cherché de la justice des définitions précises. Pour les uns, cela est juste qui procure plus de plaisir à qui commet cet acte que de peines aux autres (3) ; pour d'autres la justice, c'est l'équité et la charité (4). Pour d'autres, c'est une certaine valeur donnée à l'homme avec possibilité pour certains d'obtenir davantage (5). Pour d'autres encore, c'est une certaine égalité entre les hommes qui fait que chaque adulte recueille les résultats de sa propre nature et des actes qui en sont la conséquence (6). Ou encore, c'est une forme de la liberté impliquant la reconnaissance du droit de chaque homme à des activités libres de toute entrave ainsi qu'aux avantages qu'elle lui procure. Elle implique le sentiment conscient des limites qu'impose la présence d'autres hommes jouissant de droits analogues (7).

Ihering ici comme ailleurs, a des façons de concevoir précises et profondes. Il tient encore aux conceptions précédentes en don-

(1) Voir sur ce caractère relatif, Sully-Prudhomme, Définitions fondamentales, *Revue de métaphysique*, 1904, p. 165.

(2) Sinon, l'équité n'est qu'une idée bien vague. Cf. van den Eycken, *Méthode positive d'interprétation*, p. 335 et suiv. ; V. Bélime, *Philosophie du droit*, t. I, p. 502.

(3) Bentham, cité par Oudot, *Essai de philosophie du droit*, p. 40.

(4) Oudot, *op. cit.*, p. 57.

(5) Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 640 et suiv.

(6) Herbert Spencer, *Justice*, trad. fr., p. 31.

(7) Herbert Spencer, *op. cit.*, p. 40, 47, 51, 53, 54. V. une idée analogue de Kant, dans la *Métaphysique de la morale*, citée par H. Spencer, p. 310.

nant à la justice un contenu unique et en qualifiant de justice l'égalité interne, c'est-à-dire la juste proportion entre les mérites et le salaire, entre la peine et la faute (1), mais il met en valeur l'autre caractère de la justice, son caractère de généralité (2).

Mais on peut dire que nos contemporains ont plus conscience de ce qu'il y a de complexe et de variable dans l'idée de justice. M. Tanon, en particulier a indiqué que les idées de proportionnalité et les autres du même genre ne suffisaient pas à épuiser le contenu si riche, si divers de l'idée de justice, ne répondaient ni à la variété, ni à la chaleur et à la force des sentiments que son évocation éveille dans l'esprit des hommes (3). C'est là que l'on trouve l'expression la plus complète de cette idée très exacte. D'autres auteurs ont des conceptions qui indiquent de façon sommaire la variabilité de la justice, mais sans y insister (4).

Avant d'aller plus avant voyons les applications pratiques de l'idée de justice.

La première conception de la justice est celle d'une égalité fondée sur un fait matériel, pleinement sensible et mesurable. Elle ap-

(1) *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 243 et 244.

(2) Dans un autre passage (p. 93), il donne de la justice une autre idée. C'est « ce qui convient à tous, ce qui assure l'existence de tous ».

(3) *L'évolution du droit*, p. 76 et suiv.

(4) V. not. de Tourtoulon, *Principes philosophiques de l'histoire du droit*, p. 302 ; Lévy Ullmann, Programme d'un cours d'introduction au droit civil, *Revue de droit civil*, 1903, p. 845 ; Colins, *La justice dans la science*, t. II, p. 359 ; M. Landry, L'idée de justice distributive, *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, p. 730, considère que ce que veut la justice, c'est que tout soit ordonné par rapport à une fin unique, et pour la fixer, il faut tenir compte surtout des sentiments stables. Le but à poursuivre au moyen de la justice doit être pour lui un but économique ; M. d'Aguanno, I nuovi ideali del diritto e della Guistizia, *Archivio guiridico*, 1907, t. II, p. 270, voit également dans la justice une idée d'égalité, mais qui implique une fin sociale ; Stammler, *Richtige Recht*, p. 198, déclare le contenu d'une règle juste quand dans sa situation, elle répond à l'idéal social. C'est bien vague, V. également, Jean Neybour, L'idée de justice et le socialisme juridique, *Revue socialiste*, 1900, t. II, p. 071, qui comprend la justice comme complexe à la fois distributive et commutative.

paraît dans le droit sous cette forme ancienne de la loi du talion. Elle se présente encore dans le droit moderne sous la forme de la valeur égale des votes dans les élections, de l'égalité entre parents au même degré dans les successions, du partage au marc le franc entre créanciers qu'établit l'article 2093 du Code civil, sous celle du partage des bénéfices et des pertes entre associés proportionnellement à l'apport, du partage de l'actif héréditaire en lots de même composition, comprenant autant d'immeubles, meubles et créances, de la répartition des dettes en proportion de l'actif.

Mais cette conception même de l'égalité, ainsi que cela ressort des exemples précédents, est susceptible d'interprétations différentes, les hommes n'étant pas identiques, les choses ne l'étant pas davantage, on ne peut parler d'égalité que par une simplification considérable en ne considérant dans tout être, dans tout fait matériel qu'un seul aspect. On peut considérer dans toute personne humaine qu'elle est être humain, ce qui est la base soit d'un égalitarisme tellement profond qu'il mène droit à un socialisme impossible à réaliser, soit du féminisme le plus radical préconisant l'égalité juridique absolue de l'homme et de la femme. On peut estimer au contraire que, dans chaque cas, il faut voir surtout dans un fait tel aspect spécial. Et le plus simple, c'est évidemment celui de la valeur matérielle, celui par lequel il peut être exactement compté, pesé, mesuré : un apport en vaut un autre de même valeur, un créancier en vaut un autre à qui l'on doit la même somme (ce qui est le principe du partage proportionnel entre les créanciers établi par l'art. 2093, C. civ.).

La première conception, d'après laquelle un homme en vaut un autre, bien qu'elle soit la plus accessible, est celle cependant dont le fondement est le plus obscur. Ce ne peut être que la solution donnée au mystérieux et troublant problème du but de l'existence, but qui serait le même pour tous et qui devrait pouvoir être également atteint par tous, ou bien c'est une simple transaction entre les intérêts opposés des hommes, à laquelle on donne

des chances particulières de réussite : car dans ce système, chacun ayant quelque chose ne sera pas trop mécontent, surtout en songeant que son voisin n'a pas davantage. C'est une idée conciliatrice fondée sur le désir de la paix sociale et sur des sentiments où la jalousie tient une bonne place.

La conception de la justice fondée sur l'égalité entre choses matérielles qui présentent un caractère identique et principalement une valeur pareille, n'est en somme qu'une forme de la sécurité statique des valeurs, envisagées non plus isolément, mais les unes par rapport aux autres. Chaque valeur doit s'accroître ou subir une perte dans la même proportion. Cette idée n'a été cependant que peu suivie dans les législations positives. Dans le cas de pertes résultant du choc de deux activités comme dans le cas d'accident, ou même d'inexécution d'un contrat, le droit terrestre ignore en principe le partage des pertes. *Res perit domino*, voilà l'idée dominante. Cette forme de « chacun pour soi » est cependant une conception étroite de la sécurité. Aussi se trouve-t-elle indirectement battue en brèche par le principe du risque professionnel, qui pourrait bien devenir un jour celui du risque d'activité ; en effet on l'admet plutôt en pratique comme créant une responsabilité simplement partielle (V. la loi de 1898 sur les accidents du travail). Celle-ci s'est déjà trouvée réalisée dans le Code de commerce avec une théorie étroite, il est vrai, celle de l'abordage douteux (art. 407, C. com.).

Cette forme de justice est séduisante. Elle prend les droits par leur côté le plus tangible, leur valeur. D'autre part la justice ainsi comprise n'est pas critiquable en elle-même, ce n'est que le corollaire d'une idée fondamentale sur laquelle seule la discussion portera. C'est la suivante : il y a dans la société un intérêt à conserver les biens ou à les développer proportionnel à la valeur de ceux-ci. C'est un principe essentiellement conservateur des situations acquises qui philosophiquement se rattache au grand principe de causalité : la cause répond de ses effets ou en profite.

Ces deux conceptions de la justice qui envisagent soit l'unité

humaine, soit l'unité valeur ont en outre l'avantage de la simplicité. Elles envisagent un aspect matériel facile à saisir comme base des rapports juridiques.

Mais en même temps, ce ne sont que des principes d'une portée limitée, car ils ne peuvent trancher les difficultés que dans les cas où les conflits offrent des personnes ou des droits susceptibles d'être envisagés sous le même angle.

On peut, au lieu de cela, voir dans la justice un rapport égalitaire ou proportionnel entre des éléments matériels, mais d'une appréciation déjà plus délicate, et là le principe de causalité va intervenir plus directement. On peut considérer qu'il y a justice à récompenser une personne de l'enrichissement qu'elle a procuré à autrui. C'est la base du droit à indemnisation pour dépenses faites par le mandataire, le gérant d'affaires, le constructeur sur le terrain d'autrui, etc. Et en sens inverse, il y a justice à indemniser du préjudice causé.

Mais sur ce thème général, des variations sont possibles. On peut en effet concevoir deux règles différentes. Celui qui a causé par son action l'enrichissement ou le préjudice peut avoir un droit ou une obligation égale au changement apporté au patrimoine d'autrui, ce qui l'obligera à réparer tout le dommage causé ou lui permettra seulement de réclamer l'enrichissement. C'est la théorie courante en cas de faute délictuelle ou d'*in rem versum*, ou d'impenses utiles sur le bien d'autrui par un possesseur ou un propriétaire (art. 861, C. civ. ; art. 1437, C. civ.).

On peut dire au contraire que l'on aura, en cas d'enrichissement ou de dommage causé à autrui, un droit ou une obligation égales au changement que l'on a apporté à son propre patrimoine. C'est la théorie admise par l'article 1631 pour la garantie de la chose vendue en cas d'éviction totale; c'est celle aussi qui se retrouve en partie dans l'article 1184 du Code civil.

La valeur relative de ces deux conceptions de la justice dépend d'idées différentes sur lesquelles le législateur a dû prendre

position. Si les droits ou obligations de l'auteur d'un acte dépendent du changement apporté au patrimoine d'autrui, c'est que l'on veut fortifier les situations acquises en les garantissant contre les préjudices subis, en ne forçant à indemniser ceux qui ont agi qu'en cas d'enrichissement et dans la mesure de l'enrichissement. C'est de la sécurité statique, du moins du droit statique.

Faire dépendre la situation juridique de l'enrichissement ou de l'appauvrissement de celui qui a agi, c'est poser le problème sur le terrain de l'action : c'est inciter à agir pour enrichir autrui, c'est d'un autre côté détourner dans une certaine mesure d'agir pour appauvrir autrui. Il y a là un régulateur d'action qui serait suffisant, s'il ne fallait pas compter avec l'imprudence des hommes, qui est une chose normale lorsqu'elle n'est pas trop grande.

Cette manière de comprendre la justice qui ne se préoccupe que de la causalité, qui par conséquent est encore tout objective, sert naturellement de transition pour arriver à des conceptions de la justice fondées sur un élément intellectuel.

On peut comprendre celle-ci comme établissant une égalité entre l'intensité de volonté d'une personne et les conséquences juridiques bonnes ou mauvaises qui en résulteront à son égard. Celui qui a eu une volonté bonne en est récompensé : celui qui a géré l'affaire d'autrui doit en être récompensé ou au moins indemnisé, l'enrichissement eût-il disparu, celui qui a eu une volonté normale, qui a cru user d'un droit, doit être traité avec indulgence, lorsqu'en fait il s'est trompé.

Mais les conséquences inverses sont beaucoup plus importantes. Il s'agit de déterminer les suites juridiques des volontés qui ont eu des conséquences mauvaises. Si l'individu a voulu l'acte qui nuit à autrui, s'il a voulu tout le préjudice qu'il lui a causé, il en sera responsable pleinement, s'il a voulu l'acte nuisible sans en prévoir toutes les conséquences, il sera responsable de façon moins complète. Si l'acte générateur du préjudice a été non pas

voulu directement, mais est résulté d'une imprudence ou négligence, on sera d'autant plus responsable que la faute sera plus grave, que l'on se sera davantage écarté de ce qu'on aurait dû penser à faire ou à ne pas faire. La responsabilité ne cessera que devant une impossibilité tenant aux faits ou à la personne ; à la force majeure ou à l'aliénation mentale. Cette notion de la justice n'est traduite que de façon très grossière par le droit civil. On ne trouve comme approximation de cette idée que des dispositions comme l'article 1150 du Code civil, suivant lequel celui qui n'exécute pas son contrat est tenu différemment en cas de bonne ou de mauvaise foi (1), ou bien la distinction classique des fautes lourdes et légères à propos du dépositaire, du mandataire, etc.

De façon plus précise, quand le droit civil a t-il jugé à propos d'établir cette concordance entre un certain état librement voulu de l'esprit et certains résultats matériels ?

On peut à ce propos distinguer trois cas principaux. Il y a dans un acte une intention bonne, il y a dans un acte une intention mauvaise ou du moins une faute, enfin il y a eu force majeure.

Il y a dans un acte une intention bonne, la loi en tient compte dans nombre de cas : elle déclare que si cette intention a été de rendre service à autrui, il peut y avoir gestion d'affaires. D'autre part, elle tient compte de la bonne foi, au point de vue de l'acquisition des meubles (art. 2279), de l'acquisition des immeubles par prescription (art. 2265), de l'acquisition des fruits (art. 549), des plantations sur le terrain d'autrui (art. 555), de l'inexécution des obligations (art. 1150), des tiers qui ont traité avec un mandataire ignorant la révocation du mandat (art. 2005), des tiers qui ont traité avec un failli ignorant la cessation des paiements (art. 448, C. comm.), etc.

(1) V. une théorie différente, traduisant mieux l'idée de justice, dans Hildenburg, Théorie des dommages-intérêts, *Revue critique*, 1901, p. 26, qui tient compte seulement de la responsabilité de l'individu.

Mais toutes ces dispositions sont d'une justice relative, elles ne proportionnent pas l'avantage accordé à la bonne foi indiscutable ou à la bonne foi qui semble avoir existé. Ensuite elles sont loin d'accorder exactement ce que la bonne foi exigerait. Celle-ci ne suffit pas toujours pour devenir propriétaire d'un bien, meuble ou immeuble.

D'un autre côté, si la loi traite avec plus de sévérité la mauvaise foi dans les divers cas précédents, si la loi civile frappe l'auteur d'une faute de dommages-intérêts ou d'une peine privée, il n'y a là que des règles d'une justice relative. La loi préfère, lorsqu'il faut qu'une personne subisse un dommage, que ce soit l'auteur de la faute, mais elle ne lui fait pas supporter un dommage en rapport avec sa faute.

De même, quand il y a peine privée, alors que celle-ci serait proportionnée à la faute, elle profite à une personne qui ne mérite pas cet avantage. Bien plus, la loi admet même des clauses conventionnelles prévoyant une indemnité différente du préjudice : ce sont les clauses pénales.

Il n'y a vraiment que dans une catégorie de cas, que la loi prononce des solutions justes : c'est lorsque, par un cas de force majeure, une personne n'a pas exécuté son obligation. Sa libération correspond vraiment à la justice. Mais cette solution se trouve aujourd'hui limitée par la distinction que l'on tend à faire entre le cas fortuit et la force majeure (1).

Comment expliquer l'application limitée de cette justice-responsabilité ? Celle-ci a cependant l'avantage de favoriser l'accrois-

(1) Sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, V. Bourgoin, *Distinction du cas fortuit*, etc., thèse de Lyon, 1902. En réalité ces solutions légales que nous qualifions de justes sont d'une justice réflexe (Sans vouloir empiéter sur d'autres domaines, je ferai remarquer qu'il en est de même de la plupart des règles morales qui sont telles parce qu'elles sont bonnes, c'est-à-dire utiles). Elles sont justes parce qu'elles sont bonnes. S'il est juste qu'on soit lié par sa volonté, qu'on interprète les déclarations de volonté conformément à ce que l'on a voulu, s'il est juste qu'il y ait une certaine égalité entre les hommes, c'est parce qu'il est utile qu'il en soit ainsi, parce que cela correspond à certaines vues idéales sur le sens de la vie.

sement des richesses sociales, de servir l'intérêt de tous en encourageant à être utile à autrui, en détournant de lui nuire.

Cela vient de ce que le législateur tient surtout compte d'autres données, et quand il fait appel à la justice, principe de responsabilité, il l'amalgame avec la justice mesurée sur le tort causé à autrui. Enfin, dans de nombreuses hypothèses,comme celles d'avantage procuré à autrui, il n'a plus du tout de système arrêté.

Cependant le peu de place fait à cette idée étonne, quand on réfléchit à ceci que c'est une conception assez simple de la justice, concordant par suite avec l'idée d'économie des moyens et celle de sécurité. En effet la faute, toute notion subjective qu'elle est, est envisagée ici de manière objective en ce que l'on suppose tous les hommes également intelligents et aptes à comprendre les suites matérielles possibles de leurs inactions ou imprudences, également méritants à résister à telle ou telle tentation mauvaise, également capables d'efforts ; on ne met à part que les enfants et les fous.

Mais ce n'est pas la seule conception possible de la justice envisagée de façon intellectuelle. Il pourrait y en avoir une autre. Il suffirait pour cela d'aller jusqu'à cet arrière-fonds de la responsabilité qui n'est pas complètement interdit à la psychologie, mais qui est déjà trop fuyant pour servir de base à autre chose qu'à des décisions d'espèces ou à des conséquences légales d'un genre spécial : comme un droit ouvrier en opposition avec un droit patronal, un droit disciplinaire variable suivant le degré occupé par le fonctionnaire incriminé.

On peut imaginer des règles différentes de responsabilité suivant la condition sociale des personnes, pour s'approcher plus du degré véritable de développement de leurs facultés véritables. Il est fort possible que dans l'avenir, la législation industrielle, la législation sociale se développent dans ce sens.

Il reste une dernière conception de la justice : c'est celle qui tient compte des besoins de chacun (1). Cette idée, suivant l'inter-

(1) V. en ce sens Picard, *Le droit pur*, p. 406.

prétation qu'on en donne, peut aller d'un subjectivisme accentué à un objectivisme très net. Les besoins de chacun, ce peuvent être simplement ces goûts tenaces : innés ou acquis, ou au contraire ce qu'il y a de plus variable suivant les individus, les milieux, les âges. Cette justice qui vise à procurer à tous des satisfactions d'un effet égal ne peut guère influencer le droit ; elle a un fondement trop imprécis pour servir de mesure à autre chose que des dispositions toutes spéciales, très approximatives : traitements de fonctionnaire d'un certain rang, etc. Ou alors, c'est au juge à la fixer, comme pour les pensions alimentaires (art. 208, C. civ.).

On peut au lieu de cela prendre un système mixte et dire que dans chaque condition sociale, en fait, étant donné les besoins ordinaires dans cette condition, la justice impose des règles spéciales.

Mais c'est encore une règle très vague bien qu'on puisse lui rattacher certaines dispositions légales importantes : l'admission de tous les moyens de preuve en matière commerciale, la dispense du bon et approuvé pour certaines personnes (art 132, C. civ.), le privilège des ouvriers pour leurs salaires, des employés pour leurs appointements, de l'ouvrier pour l'indemnité temporaire (art. 2101, nº 6), le droit des victimes d'un accident du travail sur le fonds de garantie (L. 9 avril 1898, art. 24).

Enfin la dernière conception de la justice proportionnée aux besoins, c'est cette idée qu'il est juste d'assurer à chacun la satisfaction des besoins primordiaux. Chacun doit avoir sa vie assurée. C'est l'idée qui est à la base de la déduction du minimum d'existence en matière d'impôt. C'est l'idée qui est au fond d'une grande partie de la législation ouvrière. L'ouvrier doit avoir les ressources indispensables : d'où indemnité en cas d'accident du travail, pension de retraite, etc., d'où des mesures pour protéger sa santé (L. 12 juillet 1893 et décrets annexes), pour empêcher un travail excessif (L. 16 juillet 1907 sur le repos hebdomadaire). D'autre part, toute personne doit pouvoir trouver crédit pour se

nourrir et se loger, d'où le privilège des fournisseurs, du bailleur (art. 2101, nos 3, et 2102, n° 1). La personne pauvre doit pouvoir faire valoir ses droits, d'où l'assistance judiciaire. L'ouvrier âgé doit avoir une retraite (loi du 6 avril 1910). Le vieillard ou l'infirme doivent avoir une pension.

Cette façon de comprendre la justice, qui a une si grande importance dans la législation actuelle, est une théorie qui n'est pas sans rapport avec celle de la justice-égalité complète entre tous les hommes. Elles ont le même fondement : la vie humaine respectable en soi, étant toujours respectable. Mais la première admet une atténuation. Elle ne déduit pas que les hommes sont égaux, mais qu'ils doivent pouvoir tous vivre, sauf à certains d'entre eux à avoir des avantages spéciaux. C'est donc déjà une théorie transactionnelle qui ne donne à l'idée de justice qu'une portée limitée et admet à côté d'elle une certaine application du principe : à chacun selon ses œuvres (1).

Si nous jetons un coup d'œil sur cet ensemble de conceptions, nous voyons qu'au total, il n'y en a aucune qui paraisse susceptible d'être choisie exclusivement. Non seulement certaines conduisent à des conséquences qui seraient inacceptables comme l'idée d'égalité absolue entre les hommes. Mais il ne paraît pas que

(1) Ces diverses conceptions de la justice sont déjà pour la plupart indiquées par Tarde (*Opposition universelle*, p. 413).

« La justice, dit-il, comprend évidemment une idée d'égalité entre ceux qui sont dans une situation identique. Mais s'il y a en elle un élément stable, il y a aussi quelque chose de variable. Quel sera le point caractéristique de cette identité de situation ? Dans la loi du talion, c'est le fait matériel commis pour une blessure faite, il faut une blessure égale. Pour d'autres, c'est l'aspiration à une même chose : c'est l'égalité entre consommateurs, l'égalité entre ceux qui ont besoin de choses semblables. Pour d'autres, c'est le fait que ces besoins identiques sont éprouvés par des personnes ayant ces besoins au même degré : à chacun suivant ses besoins. Pour d'autres enfin que chacun des consommateurs a des œuvres de même valeur : à chacun selon ses œuvres (Rapprochez sur ces multiples conceptions de la justice : Stuart-Mill, *Utilitarisme*, trad. Lemonnier, p. 88 et 107 qui est beaucoup moins précis).

chacune de ces conceptions soit susceptible d'être utilisée dans tous les cas. Et cela est naturel. La justice consiste essentiellement à extraire des diverses situations que l'on rencontre un caractère jugé fondamental et, d'après le rôle plus ou moins important qu'il a eu dans chaque cas, à fixer la solution. Or ce caractère jugé fondamental ne se rencontre pas nécessairement en toute hypothèse. Toute conception de la justice peut donc être étroite, puisqu'elle ne vise qu'un aspect des choses et de portée limitée. Il est donc naturel, même nécessaire, quand on se préoccupe de l'idée de justice, d'en avoir plusieurs conceptions à la fois. Mais alors chacune n'a point son domaine absolument distinct et dans certains cas deux conceptions entrent en conflit. Comment exercer un choix ? Le législateur, s'il a conscience de ces difficultés, sera encore amené à se décider d'après des conceptions générales où se retrouve quelque chose de ses goûts de calme ou d'activité. Reconnaître une valeur à l'homme comme tel, indemniser de tout préjudice, régler le conflit des intérêts d'après leur valeur respective, c'est favoriser les situations acquises. Tenir compte des volontés pour les encourager ou les punir, c'est pousser à adopter une règle de conduite donnée. Stuart Mill entrait déjà quelque peu dans ces vues en disant qu'entre les conceptions de la justice, il faut un principe autre pour décider, lequel daprès lui serait l'utilité sociale (1), se présentant avec des conditions plus impératives, plus absolues.

Nous croyons en effet qu'une chose ne doit pas être perdue de vue, quand on parle de cette idée de justice dont on use et abuse. La justice est une forme dans laquelle on peut couler bien des idées différentes. C'est une idée seconde. Quand on a posé un premier principe, on peut l'appliquer avec justice. Quand on a dit : il faut que les hommes se conduisent avec prudence, la justice intervient pour compléter l'idée et dire : quand il y aura une imprudence de commise, on sera d'autant plus frappé que l'on aura commis une

(1) V. *Utilitarisme*, p. 113.

imprudence plus grave. Quand on a dit : l'impôt est une compensation des services que nous rend l'Etat, la justice dans l'impôt consistera à faire payer proportionnellement aux avantages qu'on reçoit de l'Etat. Si l'impôt représente un sacrifice obligé dans l'intérêt commun, la justice dans l'impôt sera un impôt progressif, calculé sur ce que chacun peut abandonner sans trop de peine. Pour la même institution, la justice peut être différentes choses, il y a autant de justices que de conceptions de l'institution.

Un but étant donné à une institution, on peut l'organiser de deux façons ou tenir compte de la proportion dans laquelle chacun a agi conformément ou contrairement au but de l'institution, ce qui est l'organiser de façon juste. Ou au contraire, on peut ne pas se préoccuper d'établir cette proportion. C'est alors agir de façon injuste.

Mais alors qu'est-ce au fonds que la justice, sinon la complète compréhension du but. Si on établit ce principe que dans toute société, il faut éviter les imprudences, il est logique que l'on réprime les imprudences dans la mesure de leur importance.

L'idée de justice, ainsi vidée des contenus variables que l'on peut y mettre, apparaît donc comme un corollaire des principes que l'on a adoptés. La voilà donc déchue du rang suprême où on la plaçait si volontiers, pour tomber dans la place d'un sous-ordre.

Mais, tout en n'étant qu'une forme, cette notion pourrait encore tenir une grande place, si c'était une sorte de moule dans lequel toutes les conceptions sociales viendraient nécessairement prendre leur forme d'application pratique. Mais, et de là naît l'embarras, l'idée de justice ne pouvant encadrer à la fois qu'un seul aspect des choses, comme la qualité unique que l'on envisage ne se retrouve pas partout, une seule conception de la justice est ordinairement insuffisante pour décider de tout. Il faut, comme je l'ai dit, en adopter simultanément plusieurs et ordinairement celles-ci entrent en conflit. Mais c'est bien plutôt un conflit des principes que l'on veut appliquer justement que de justices opposées.

Bien évidemment entre ces conceptions de la justice, il y a en fait une conciliation, une atténuation dans la lutte. A un moment donné, un modus vivendi est présenté et, grâce à la sympathie imitative, se répand contagieusement dans les esprits. Et à ce point de vue, d'après M. Tarde, les juristes peuvent utilement travailler à la part sociale. Car « ils ne prennent pas les questions sociales par le côté le plus abrupt et le moins maniable, le côté théologique : désirs, besoins, volontés, choses nées souvent en lutte. Mais le juriste baptise tout cela droits, choses réputées toujours d'accord. Et par un travail de déduction analogue à celui du géomètre, il détermine facilement ce qui est juste en partant du principe accrédité qui s'offre toujours à lui à un moment quelconque. Il y a seulement cette différence que les atomes géométriques ne changent pas tandis que les axiomes juridiques se modifient lentement » (1). Malgré la grande part d'illusion que renferme forcément toute espérance trop formelle en ce sens, il y a en elle une part de vérité pratique considérable, car heureusement on ne voit pas toujours ces conflits de manière aiguë (2).

Il s'agit de savoir si la justice, même ainsi comprise, comme concept formel, servant à en compléter d'autres a cette importance qu'on lui donne et si elle doit avoir la première place. A-t-elle cette renommée seulement parce que servant indifféremment à l'application de toutes les grandes idées qui forment l'idéal de l'humanité, elle bénéficie d'un reflet qui en retombe sur elle ?

Quelle est au demeurant sa vertu propre ? C'est une idée d'égalité. Et comme le dit Ihering, « l'amour de l'égalité ne semble-

(1) Tarde, *Opposition universelle*, p. 415.

(2) En tous cas ceci nous montre qu'il ne sert de rien d'avoir proclamé avec M. Izoulet (*La cité moderne*, p. 420), « que l'identité de la justice et de l'intérêt, telle est la vérité fondamentale qu'il faut mettre hors de débat », que « la justice est le suprême intérêt ». Car si la notion de justice est si multiple, comment coïncide-t-elle avec l'intérêt et avec quel intérêt coïncide-t-elle ? Le terrain véritable du débat est bien loin de ces principes d'actions ou de prêche qu'on nous répète si complaisamment.

t-il pas avoir sa source profonde dans les plus honteux replis du cœur humain, la malveillance et l'envie ? Que personne ne soit plus heureux que moi et si je suis misérable, que tous les autres le soient avec moi » (1). Il ne suffit pas pour répondre à cela, de tenir compte de la solidarité qui existe entre les hommes et qui fait qu'une certaine égalité doit exister. On peut répondre, en se plaçant sur un terrain plus haut, qu'il est souhaitable que l'humanité entière se développe, soit heureuse. C'est là un postulat d'ordre élevé sur lequel on peut appuyer l'idée de justice.

Mais celle-ci, même en ôtant de son contenu tout ce qu'il a de variable et de complexe, pour en garder l'idée de proportionnalité, se heurte comme toute autre à des concepts rivaux.

Elle peut se heurter au principe de l'économie des moyens. Car telle conception de la justice peut être plus compliquée qu'il ne sied pour les rapidités de la vie pratique et il faut l'abandonner.

De là la tendance à éliminer la distinction de la bonne et de la mauvaise foi dans beaucoup de cas ; distinction juste, mais qui est la source de procès comme toute appréciation psychologique.

D'un autre côté, la justice donne souvent des solutions qui sont d'accord avec le besoin de sécurité, car elle prend pour base des éléments précis à l'importance desquels elle attache des effets nets.

En même temps, dans une large mesure, la justice se plie aux changements qui se produisent, car elle peut prendre pour base aussi bien des faits actuels que des faits passés.

D'ailleurs la justice, en la prenant provisoirement dans le sens de proportion au mérite, n'est pas toujours pleinement réalisable, le droit prend souvent de deux solutions celle qui est la moins injuste. Ainsi en est-il lorsqu'un accident étant causé par une légère imprudence, il en fait payer la réparation à celui qui l'a commise, dut-il considérablement l'appauvrir. Cela est moins choquant que de faire supporter le dommage à la victime ; mais

(1) *Zweck im Recht*, p. 245.

est-il vraiment juste, pour la moindre négligence, de payer une indemnité énorme ?

Pour présenter enfin un dernier trait qui complète le rôle de l'idée de justice, indiquons encore que ses tendances égalitaires ne sont point tout. Comme toutes les idées égalitaires, elles satisfont les gens qui aspirent à une douce vie tranquille, mais celle-ci n'est pas complètement possible. Pour avoir le repos, il faut livrer la bataille et frapper fort. Il y a donc des moments dans la vie des sociétés où il faut faire bon marché de la justice. Comme Montesquieu disait qu'il fallait parfois voiler la statue de la liberté, il faut aussi par moments voiler celle de la justice. Il y a parfois dans la vie des peuples des périodes révolutionnaires où on est en face de cette malheureuse nécessité. La répression notamment nous en offre des exemples. Il y a des moments où il faut sur une foule coupable en poursuivre et en punir durement quelques-uns, les frapper plus qu'il n'est juste d'après leur responsabilité. Ainsi fait-on au cours de grèves violentes. La mesure est injuste, comme ne correspondant pas à la responsabilité des condamnés ; elle l'est aussi comme manquant à cette égalité externe, dont parle Ihering, qui traite toutes les personnes dans la même situation sur le pied d'égalité. Cependant cette conduite est recommandable et nécessaire. Il faut savoir trancher dans le vif, recourir aux opérations chirurgicales pour éviter de plus grand maux. Les hommes d'action, qui écrivent moins que tous les hommes paisibles de cabinet entassant volumes sur brochures pour le bonheur de l'humanité, s'en rendent bien compte.

Mais quand faut-il ainsi sacrifier la justice ? Où trouver la sécurité si celle-ci doit parfois être abandonnée ? Question difficilement résoluble sur laquelle on ne peut donner qu'une réponse : souhaiter que ces cas soient rares, mais ne jamais hésiter à les traiter avec l'énergie qui convient.

CHAPITRE VI

L'ÉGALITÉ

Prenons les mots dans leur sens vulgaire et étudions la justice sous cette forme spéciale que l'on appelle l'égalité.

Nous ne voulons pas ici en tenter l'histoire et montrer comment les formes sociales propres à la société occidentale en ont amené le développement, pourquoi elle s'est révélée une première fois à la société gréco-romaine vieillissante, puis à l'Europe moderne et aux jeunes sociétés d'Amérique. Ce point a été savamment exposé par d'autres (1).

L'idée égalitaire, dont l'importance a été si grande dans les temps modernes et qui est à la base de tant d'institutions du droit public ou privé, repose au fond sur ce que les hommes sont tous exposés à la souffrance. Elle ne peut en effet se fonder sur l'égalité des hommes au point de vue de l'intelligence ou des mérites, laquelle n'existe pas.

Sans doute aussi, les hommes n'ont pas la même aptitude à la souffrance, ils souffrent inégalement des mêmes choses, mais ils souffrent tous. Et il paraît naturel que, devant une certaine similitude que la loi naturelle met ainsi entre les hommes, la loi sociale en établisse une aussi. Il est naturel que tout homme étant apte à souffrir, on partage également les avantages de la vie entre tous, pour que tous ne souffrent que dans les mêmes proportions. Il est naturel même que la société soit organisée pour offrir des avantages spéciaux à ceux qui souffrent le plus : aux malades. Il y a là un sentiment de pitié pour nos semblables répondant à nos

(1) V. Bouglé, *Les idées égalitaires*, seconde partie.

penchants dont on peut tenir compte. C'est un postulat acceptable que l'égalité ainsi comprise. On peut parler aussi de l'éminente dignité de l'homme, affirmer que les hommes associés ont un prix en eux-mêmes et pour eux-mêmes, dire que le premier élément de l'égalitarisme, c'est l'affirmation que l'humanité a une valeur propre (1).

Mais il est douteux que cette forme de bipède suffise à donner aux plus ignobles représentants de l'humanité le droit d'être traités comme leurs semblables, sinon pour leur assurer le droit à la vie ; en tous cas c'est encore un postulat.

D'ailleurs, en dehors de ces justifications, qui reposent forcément sur des postulats (ce qui n'est pas une raison pour les rejeter), on ne trouve que des explications de l'égalité qui ne sont pas en elles-mêmes suffisantes : fonder l'égalité sur ce qui est naturel, c'est dire qu'il faut imiter la nature, mais pourquoi le faut-il ? Ici encore nous sommes arrêtés, et de plus il faut constater que l'égalité n'est pas dans la nature, que celle-ci est au contraire le règne de l'inégalité et de la lutte sans merci (2).

L'au-delà dernier d'où part la théorie de l'égalité, c'est la supposition que tout homme a une vocation à un certain avenir, ce qui implique des croyances métaphysiques ou l'admission de certains postulats. Constatons donc au total que, malgré leur valeur, les aspirations égalitaires ne peuvent être scientifiquement démontrées, pas plus que leur inexactitude n'était établie (3). Ou bien on fera reposer l'égalité sur cette idée négative : il n'y a pas de raison pour qu'un homme souffre plus qu'un autre. Mais cet argument dissimule la difficulté, les hommes devant agir, on suppose pour les traiter également que l'égalité en l'absence de tout autre motif doit être la règle. Il ne serait pas plus satisfaisant

(1) Bouglé, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

(2) V. Dunan, Les principes moraux du droit, *Rev. de métaphysique*, 1904, p. 718.

(3) V. Bouglé, La démocratie devant la science, *Rev. de métaphysique*, 1904, p. 68.

de faire reposer l'égalité avec Leibnitz sur un besoin de symétrie. Si le beau répond à un besoin de l'homme ou de certains hommes, il doit céder s'il y a devant lui des raisons plus fortes et souvent il y a de ces raisons pratiques incompatibles avec l'élégance dans la construction de la société (1).

Les idées égalitaires ont cependant une grande force, dont il faut tenir compte ; elles reposent sur un fond de jalousie qui, tout regrettable qu'il est, existe et qu'on ne peut négliger. Ensuite entre des prétentions opposées, l'égalité apparaît comme une transaction acceptable par tous : chacun ne perdant pas trop, s'il n'obtient pas tout ce qu'il désirait. Enfin l'égalité sociale se fortifie de l'indignité de ceux qui obtiennent des avantages sociaux et ne paient pas la société en services proportionnés aux bénéfices particuliers qu'ils obtiennent. Au point de vue politique ou civil, l'égalité naît souvent de l'insuffisance des aristocraties ou des chefs.

Fondée sur la souffrance, apanage commun de tous les hommes, l'égalité prend nécessairement une forme plus précise que cet impondérable : la souffrance éprouvée ou à éprouver par chacun en présence d'un mal déterminé ; elle devient nécessairement l'égalité objective, l'égalité à la toise, comme celle qui fonctionne au point de vue électoral ou pour les successions *ab intestat* déférées aux enfants. C'est de cette seule égalité, la forme la plus grossière de la justice, dont nous allons parler.

L'égalité nous apparaît d'accord avec les idées de solidarité. Dans ces cas si nombreux où l'on ne voit pas de raison pour faire supporter une perte à l'un plus qu'à l'autre, la solidarité et l'égalité conduisent aux mêmes conséquences ou du moins à des solutions du même genre. Quand il y a lieu de fixer qui supportera une perte résultant d'un cas fortuit ou de ces fautes légères que chacun commet presque fatalement, elles conduisent à partager

(1) V. Ihering, *Zweck im Recht*, p. 248.

celle-ci entre les intéressés au lieu de la faire supporter à un seul. C'est ce que fait notamment la loi sur les accidents du travail. C'est ce que le droit civil ancien, tout empreint de respect pour les situations acquises, faisait peu en proclamant les principes : *res perit domino*, *res perit creditori*, il n'y a lieu à aucun dommage-intérêt pour inexécution provenant de cas fortuit ou de force majeure (art. 1148). Mais ces solutions imposées par la loi sont choquantes aujourd'hui, les tribunaux ayant une tendance pour tout accident à prononcer facilement une condamnation à indemnité, mais inférieure au préjudice subi, pour faire une sorte de cote mal taillée, ce qui rend la solution que nous exposons plus contraire au fonds commun du droit. Ce dernier est encore enrichi par la jurisprudence qui admet en principe que les coauteurs d'un même délit se partagent entre eux la responsabilité, une fois que l'un d'eux a payé le créancier (1).

Inutile de dire que l'idée d'égalité a l'avantage de s'accorder avec la loi du moindre effort. Sa simplicité, sa compréhension par tous est une des grandes causes de son succès.

Par contre, l'égalité s'accorde mal avec la sécurité statique. Comment peut-il y avoir sécurité, si on sait que demain une inégalité qui se produira fortuitement sera immédiatement effacée. C'est ce que Bentham avait déjà remarqué (2), mais il faisait d'ailleurs observer que le temps pouvait amener une certaine conciliation entre ces principes opposés. Le jour où le titulaire du droit a disparu et que le bien est vacant, on peut sans inconvénient en profiter pour rétablir l'égalité entre ce droit et les autres (3).

D'autre part, comment la sécurité dynamique n'impliquerait-elle pas un privilège acquis à certains, de façon indubitable, mal-

(1) V. Lafay, *Responsabilité des coauteurs d'un délit civil*, thèse Lyon, 1902, p. 188 ; Baudry et Barde, *Obligations*, II, n° 1303 et suiv.

(2) *Principes du Code civil*, chap. XI.

(3) *Op. cit.*, chap. XII.

gré l'inégalité qui peut en résulter? Pour encourager à agir, ne faut-il pas donner la sécurité comme récompense?

D'un autre côté, et ainsi les idées se mêlent comme à plaisir, l'égalité est un stimulant à l'activité en ce sens que si la loi promet à tous des récompenses égales, elle peut compter sur plus de dévouement (1).

Prenons maintenant la liberté et voyons ses rapports avec l'égalité. Elle agit dans une autre sphère que l'égalité. Car c'est, comme la sécurité, un moyen, et l'égalité ne voit que les résultats finaux:

La liberté tend à une certaine inégalité, mais si elle comporte le corollaire du maintien absolu d'une certaine sphère d'activité et laisse à chacun un certain avantage, l'inégalité a alors des limites qu'elle ne peut dépasser.

La volonté, laquelle d'ailleurs peut être affaiblie par les circonstances (je renvoie à la théorie de la volonté pour les influences économiques), forme aussi un moyen qui tend à détruire l'égalité, car chacun n'ayant pas même volonté, les situations juridiques sont alors différentes. Il est vrai, que dans une certaine mesure, il y a égalité en ce sens que chacun a ce qu'il veut. Mais cette égalité plus parfaite n'est qu'apparente. Car il faut tenir compte de ce que les volontés ne se forment pas toutes au même moment: chacune se manifeste plus ou moins tard. Chacun peut alors être traité suivant sa volonté s'il arrive le premier, mais non pas s'il arrive plus tard. C'est ainsi que le grand principe qui domine le droit hypothécaire : *prior tempore potior jure* est aussi vrai dans le droit des obligations en ce sens que celui qui se présente le premier pour accepter une offre au public, pour entrer en pourparlers, pour recevoir paiement, pour invoquer un bail, pour entrer en possession d'un meuble vendu (art. 1141), pour signifier une cession de créance (art. 1690), pour donner date certaine à un acte sous seing privé (art. 1328), etc., obtient un avantage sur les autres.

(1) V. en ce sens Ihering, *Zweck im Recht*, p. 240.

En résumé, la théorie égalitaire est donc une théorie de resultat qui, si elle n'est pas poussée à l'extrême, se trouve dans une société comme la nôtre, tantôt heurter, tantôt favoriser les autres grandes tendances qui dominent le droit.

Mais elle n'est pas seulement combattue par d'autres tendances : l'égalité a ses propres limites. Elle convient quand il y a une perte ou un gain à distribuer pour permettre de les répartir entre plusieurs personnes et qu'on a pas d'autre base de solution : partages de pertes à subir, partages de dettes à supporter, partages de succession. Voilà où elle trouve son emploi naturel. Mais au delà ? Comment par exemple résoudre avec la théorie de l'égalité le problème de la formation des contrats, des obligations du vendeur et de l'acheteur, de l'ouvrier et du patron, de l'autorité de la chose jugée ?

Cette remarque nous semble très importante, car si la vieille inégalité des castes est disparue, il s'établit entre les hommes par la division du travail et la différenciation professionnelle, des différences multiples. Les uns y voient une telle complexité qu'ils concluent de là à une égalité approximative (1). Cela est socialement vrai dans une large mesure. La différenciation établit une situation qui n'est ni l'égalité, ni l'inégalité. Mais il faut observer que bien des circonstances : les gains réalisés, les traitements accordés, les préséances mêmes, font souvent rentrer les choses différentes dans un classement, c'est à dire un ordre d'inégalité.

D'autre part, juridiquement, la différenciation fait surtout sortir de la sphère d'égalité ou d'inégalité. Ce sont en effet deux zones distinctes. La différenciation appelle entre les personnes en conflit une réglementation adaptée au but spécial que chacun poursuit. C'est là que le droit doit chercher d'habiles conciliations. Il ne s'agit pas d'établir l'égalité entre patrons et ouvriers, entre industriels et consommateurs, mot ici vide de sens, il ne faut pas rechercher qui doit commander, être maître du marché, il faut établir des

(1) V. Parodi, Notion d'égalité sociale, *Rev. de métaphysique*, 1908, p. 857 et suiv.

règles qui s'adaptent aux buts que poursuivent, chacun de leur côté, ces personnes envisagées à un point de vue professionnel ou non. Ce n'est pas à dire d'ailleurs que ce problème soit toujours, comme les autres, complètement résoluble.

Et ceci nous permet d'affirmer avec plus de force que l'idée d'égalité matérielle ne peut être qu'une règle de portée limitée et un pis-aller, même ses conflits avec d'autres idées étant résolues.

CHAPITRE VII

LA LIBERTÉ

La liberté, est-il besoin de le dire, tient dans le droit comme dans l'histoire ou la vie sociale, une très grande place. Les raisons pour lesquelles elle a séduit les foules à certaines époques ne correspondent pas exactement avec celles qui lui donnent sa valeur véritable (1). Laissons la de côté comme conçue au point de vue du droit positif (2) pour la prendre au point de vue législatif.

La liberté a séduit comme étant l'antithèse du conditionné, du complexe qui est l'ordinaire de la vie humaine. Elle répond à une idée de réaction de l'idéal contre les faits de la vie positive, que l'esprit humain se trouve impuissant à pleinement dominer. Chacun se figure en effet, sous un régime de liberté, pouvoir réaliser son rêve ; et surtout cela est vrai de ceux qui réfléchissent aux conséquences de la liberté, à leur point de vue personnel, à celui de l'élargissement de leur propre activité, ou de la zone où on devra leur laisser leur tranquillité. Mais ceux qui envisagent les conséquences générales de la liberté se figurent fréquemment faire œuvre égalitaire. Ils ne se rendent pas compte que la liberté dans les possibilités peut amener l'inégalité absolue des résultats et non pas même un développement proportionné au mérite objectif ou à la valeur objective de chacun.

Les raisons profondes qui donnent de la valeur à ce mot de liberté sont autres. Elles sont d'ailleurs assez nombreuses et con-

(1) V. les définitions vagues qu'on en donne parfois, citées par Schatz, *Individualisme*, p. 100.

(2) C'est ainsi seulement que Montesquieu la définit (*Esprit des lois*, livre XI, chap. 3).

duisent à des conceptions différentes que nous allons indiquer.

La liberté peut, dans une première opinion, reposer sur la nécessité pratique. On peut lui donner ce fondement solide que la société, se trouvant dans l'impossibilité d'assurer l'application de certaines règles considérées comme bonnes, laisse chacun libre de les observer ou non. Doctrine très sage, rien ne déconsidère plus le droit et le législateur que de prononcer des mesures qu'on ne pourra faire observer. Mais aussi doctrine d'une application délicate ; j'ai montré précédemment que le droit et le non droit sont sinon des entités, du moins des extrêmes, entre lesquels se placent mille intermédiaires. A quel point, combien de temps, le législateur pourra-t-il espérer traduire sa volonté en un droit suffisamment vivant pour juger utile d'intervenir ?

Malheureusement cette conception ne joue qu'un faible rôle. Le législateur est trop plein de lui-même pour voir les limites que les faits plus forts que les lois mettent à sa puissance. Il croit facilement non seulement tout savoir, mais tout pouvoir (1).

La croyance à l'omnipotence juridique, qui est démentie par les faits, ne peut avoir que l'avantage d'entretenir l'espérance de voir réaliser un idéal, le plus tenace des besoins humains, mais par contre elle développe le besoin de légiférer jusqu'à l'excès et aboutit à enrichir l'arsenal du droit de lois mort-nées, ou mortes en bas âge d'inanition, faute de pouvoir être appliquées.

D'autres voient le fondement de la liberté, non pas dans une rébellion des choses aux volontés toujours un peu rectilignes des autorités, mais dans une incapacité de nos esprits de s'accorder sur certains points, même fondamentaux : la liberté est une doctrine de désespoir : la société ne pouvant arriver à se forger un idéal solide sur certains points laisse chacun libre de se le faire à sa guise. Ainsi en est-il de la liberté religieuse, des diverses libertés d'opinion. La vérité peut ne pas s'imposer avec la force de l'évidence à tous les esprits, c'est un fait dont il faut tenir compte et la doctrine fondée sur lui a certainement une base sérieuse.

(1) Cf. Cruet, *La vie du droit*, p. 17.

D'autres théories de la liberté ne sont pas comme les précédentes de simples déductions de faits constatés, mais se rattachent à une certaine conception de la vie, dont l'application rend nécessaire la liberté.

Certaines personnes posant ce principe que la vie doit être la satisfaction des intérêts de chacun, cette façon de comprendre l'intérêt général comme total des intérêts particuliers actuels, on déduit que, le droit ayant pour but de protéger les intérêts de chacun, toute personne est mieux à même de voir ce qui lui conviendra le mieux, ce qui lui plaira davantage. Il faut la laisser libre, pour lui laisser à la fois le plaisir d'acquérir ce qu'elle veut et par les moyens qui lui conviennent. La liberté apparaît ainsi comme une valeur à raison du plaisir qu'elle procure. Cette théorie conduit logiquement à la liberté la plus illimitée.

Enfin on peut voir la liberté comme un simple moyen pour réaliser un idéal social différent du plaisir que procure le libre choix de son activité et de son mode d'activité. Elle peut apparaître comme souhaitable, à raison de ce qu'elle provoque les activités, les surexcite. Se sentant sans frein, livrée à la concurrence que la liberté peut provoquer, aux risques qu'elle crée, l'activité se multiplie, se développe, la production se trouve augmentée, on atteint à l'idéal matériel : fabriquer plus, vendre plus, assurer à chacun plus de jouissances. On atteint à l'idéal intellectuel de la lutte des idées.

La valeur de cette conception de la liberté est extrêmement difficile à déterminer. Elle suppose accepté l'idéal de la plus grande activité et c'en est un dont l'admission dépend en grande partie de nos goûts, il y a en lui un postulat. D'autre part cette conception de la liberté se subdivise elle-même en deux branches : on peut vouloir la liberté comme produisant la concurrence, c'est-à-dire une lutte à peu près égale, ce qui conduira, par une combinaison entre la liberté et le désir d'égalité (1), à l'exclure lorsqu'elle conduira au monopole, à la concentration trop grande car il ne

(1) On verra sur ce mélange de l'idée de liberté et d'égalité : Parodi,

faut pas oublier que le monopole, comme la concurrence, sont le fruit du même arbre. On peut aussi vouloir la liberté parce que le meilleur l'emporte dans la lutte. Mais ce n'est encore qu'une demi-vérité, et cela conduit à rejeter la liberté dans nombre de cas.

Dans la sphère du droit civil et plus spécialement du droit des obligations, ce sont presque exclusivement les deux dernières conceptions de la liberté qui entrent en jeu.

La liberté doctrine de désespoir n'a guère qu'une conséquence ; elle se relie à la limitation de l'ordre public, auquel l'article 6 du Code civil interdit de déroger par conventions particulières. L'ordre public, ce sont les idées auxquelles la société s'est très nettement arrêtée, repoussant la liberté sur ce point puisqu'elle croit tenir la vérité. De là résulte le caractère variable de cet ordre public. Suivant les temps, l'idéal des autorités sociales est plus ou moins net, plus ou moins étendu. Celles-ci admettent telle manière de voir comme leur sentiment, mais elles n'acceptent pas toujours qu'on puisse en avoir une différente. De là en France une théorie de l'ordre public qui est variable, lorsque la loi ne prend pas soin de la préciser pour donner satisfaction au besoin de sécurité ; on favorise par là le devenir social peut-être de façon exagérée et dangereuse, car la sécurité des transactions peut s'en trouver atteinte (1).

Mais l'idéal social, chose essentiellement complexe, comporte nécessairement la mise en jeu de plusieurs idées, auxquelles il faut donner une force relative. De ce classement résulte que cette limitation à la liberté que l'on nomme ordre public se présente avec des forces différentes suivant les cas : de là au point de vue

Liberté et égalité, *Rev. de métaphysique*, 1900, p. 381. Il ne conçoit que la liberté ainsi limitée pour que la liberté de l'un ne puisse pas limiter celle de l'autre.

(1) V. les hésitations de la jurisprudence sur le courtage matrimonial ou le contrat de claque.

international, la distinction de l'ordre public absolu et de l'ordre public relatif, de là en droit interne des distinctions sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

De même, à la doctrine de la liberté constatation de l'impuissance de l'autorité, se rattache l'article 1142 du Code civil, sur la résolution en dommages-intérêts des obligations de faire ou de ne pas faire, du moins si l'on comprend cet article comme ne visant que les cas où on ne peut matériellement forcer à une bonne exécution.

Mais ce sont surtout les conceptions de la liberté, moyen pour réaliser un certain idéal social, qui jouent un rôle important dans le droit des obligations. Elles inspirent les deux grands principes libéraux de l'autonomie de la volonté et du respect de la sphère d'activité d'autrui. A elles se rattache l'idée de la limitation dans le temps des effets des actes juridiques.

Le principe de l'autonomie de la volonté est un des plus importants du droit civil. A cause de lui, chacun se trouve obligé seulement lorsqu'il l'a voulu et possède des droits dans la mesure où il a voulu les avoir. A cette idée se rattache, en dehors de la sphère des obligations, la liberté dans la constitution des droits réels (art. 686, C. civ.), mais surtout en matière d'obligations, la liberté des conventions. Ce principe est d'une étendue immense, car il permet non seulement de fixer à son gré les effets des actes juridiques, et de créer ainsi des contrats innommés, mais il permet de régler à sa volonté la formation des contrats, leur mode d'extinction par paiement, par compensation, par prescription (en en abrégeant les délais par exemple) même dans une certaine mesure, leur mode de preuve.

C'est aussi la liberté des conventions qui est à la base de ce mode d'interprétation des obligations consistant à rechercher la commune intention des parties (art. 1156, C. civ.), car elle aboutit à donner la prédominance à la volonté tacite à défaut de volonté expresse.

Mais si la conception de la liberté, satisfaction des désirs de chacun, conduit à admettre une très large autonomie de volonté dans les actes juridiques, elle conduit aussi à faciliter les modifications, les suppressions de situations juridiques établies par la volonté des contractants, sans souci des tiers qui ont pu faire fond sur tel état de fait juridiquement établi pour un temps donné. Dans cette théorie, la conciliation entre la sécurité et la liberté qui pousse à admettre chacun à réaliser ce qu'il veut, malgré ce qu'il a voulu auparavant, se fait en considérant comme irrévocable la seule volonté dont on a pris acte par acceptation, et dans la mesure où le tiers ne renonce pas à se prévaloir du droit à lui acquis. Un contrat n'est révocable que de la volonté de tous les contractants, mais il est toujours révocable par celle-ci : conception solide, aux contours nets, mais un peu étroite qui ne fait place, ni aux nécessités de modifier certains contrats par volonté unilatérale, ni à celle de tenir compte des calculs faits par les tiers, comme si tout droit établi n'était pas un fait social, dont l'effet se répercute naturellement de proche en proche.

Mais si l'on conçoit la liberté comme un aiguillon de la concurrence, cet idéal social de luttes à armes à peu près égales, conduit naturellement à se montrer restrictif : le point de départ admis conduit à rejeter comme contraires à l'ordre public les conventions dont découle une véritable puissance : les trusts, les conventions qui mettent un contractant à la discrétion de l'autre en le faisant juge de certains points, en lui permettant de commander à son gré, de rompre à son gré (1). Le pâle article 1129 qui exige pour les obligations un objet déterminé ou du moins déterminable, peut prendre dans cette théorie une allure plus cavalière et servir d'arme contre de nombreuses clauses (2).

En tous cas l'autonomie de la volonté ne nous conduit qu'à établir des rapports entre contractants.

(1) V. plus loin les chapitres : la justice privée, l'autorité privée.
(2) V. notre étude sur les droits éventuels, p. 30.

Arrivons à un second principe non moins important, qui est aussi inspiré de l'idée de liberté conçue de cette manière. On peut l'énoncer sous cette forme : Chacun doit respecter la sphère d'activité d'autrui (1). On ne peut faire naître de créance au profit du créancier malgré lui, à moins de cas tout spéciaux (art. 112, C. civ,). On ne peut en construisant sur le terrain d'autrui obliger le propriétaire à payer une indemnité (art. 555, C.civ.), on ne peut en se portant gérant d'affaires engager le maître dans des opérations nouvelles, tout au plus applique-t-on la gestion d'affaires aux actes conservatoires. On ne peut, dans cette théorie, obliger un tiers sans mandat et, s'il y a mandat, on ne peut l'obliger que dans la mesure des pouvoirs donnés. De même on ne promet son activité que sous la sanction de dommages-intérêts. C'est ce qu'énonce l'article 1142, en disant que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts. De même la promesse pour autrui n'oblige pas le tiers (art. 1119), les actes même uniquement avantageux ne profitent pas aux personnes en faveur de qui on les fait, tant qu'elles ne les ont pas acceptées : stipulation pour autrui, donation (art. 933), legs, cautionnement. Les actes juridiques n'ont pas d'effet contre les tiers, ni en leur faveur (art. 1165), les jugements n'ont qu'une autorité de chose jugée relative (art. 1351). Bien plus, celui qui n'a pas d'intérêt n'a pas d'action ; c'est-à-dire que non seulement aucune action n'est possible si personne ne trouve intérêt à l'intenter, mais que les intéressés étant connus, aucun autre ne peut agir, devant ainsi respecter leur droit d'agir ou de s'abstenir. Nul en France ne plaide par procureur. De là l'irrecevabilité de bien des actions que voudront déduire en justice des syndicats et autres groupements. L'*in rem versum* est un heureux avantage qui ne peut contraindre celui qui en profite à indemnité.

Cet ensemble de solutions, dont nous ne citons que les plus

(1) V. combien cette idée rentrait dans les vues des philosophes politiques du XIX^e^ siècle. Bertauld, *Liberté civile*, chap. VII (Benjamin Constant) et VIII (Daunou).

saillantes se trouve dans le Code de 1804 ou se trouvait dans les idées des jurisconsultes du début du XIXe siècle.

" Il s'accorde avec le respect de la personnalité humaine que les philosophes ont si souvent exalté. De façon plus précise, il délimite ce que j'appellerai la sphère juridique libre de chaque personne, il admet un certain nombre d'actes que l'on peut librement faire, mais garantit contre un certain nombre d'autres que l'on ne peut se voir opposer que si on le veut. Cette théorie est donc la contre-partie de la précédente : à « chacun fait les actes qu'il veut » elle ajoute : « mais il ne peut imposer à autrui d'en subir l'effet ». Elle vise donc à assurer l'égalité dans la liberté. C'est donc ici non la liberté pure, mais la liberté, levain de la concurrence que nous rencontrons ici (1).

Le système est logique, solidement charpenté et il a dominé l'esprit des jurisconsultes du XIXe siècle. Mais il prête le flanc à la critique. Cette solide construction de style Restauration, nette et raide, ne fait pas place à une idée importante : l'économie de temps et d'activité. Exiger toujours l'adhésion d'un tiers pour qu'un acte produise effet à son égard est souvent une superfétation. Si l'acte lui est profitable, pourquoi ne pas l'en faire immédiatement bénéficier ? De là un mouvement pour admettre ici une extension de l'effet juridique des actes ; ce fut la théorie de la stipulation pour autrui conférant immédiatement un droit au tiers sauf révocation (2) ; ce fut aussi l'extension obscure de la notion de gestion d'affaires, la tentative malheureuse de la théorie du contradicteur légitime dans les procès de filiation, la théorie de la cession de dette présumant l'adhésion du créancier (3). Ce fut la théorie moderne de la pollicitation tenant déjà par elle-même et,

(1) C'est le bon idéal pacifique du bourgeois 1830. Malgré les barricades de juillet, ce que l'on visait comme liberté, ce n'était pas une liberté trop grande, mais la bonne petite concurrence entre boutiquiers voisins, sachant doucement et sans bruit faire leurs petites affaires.

(2) V. Lambert, *Stipulation pour autrui*.

(3) V. Gaudemet, *Cession de dettes*.

dans une certaine mesure, irrévocable. Rien n'empêcherait même d'aller plus loin dans cette voie. Pourquoi le cautionnement est-il encore un contrat et non un acte unilatéral de la caution comme la renonciation à servitude ou la remise de dette ? Pourquoi ne pas présumer l'acceptation d'une donation, d'un legs pur et simple ? Les actes unilatéraux ne devraient-ils pas en pareil cas étendre leur domaine aux dépens de celui des contrats (1). Pourquoi ne pourrait-on pas agir en justice pour autrui quand cela est commode ?

Il y a d'ailleurs dans cette voie des étapes. La loi, en présumant l'acceptation d'une situation juridique nouvelle, fait une supposition presque toujours raisonnable, les hommes ayant en général les mêmes désirs. Mais elle peut laisser une échappatoire : la possibilité de manifester une volonté contraire dans un certain délai. Ou on peut établir quelque situation mixte comme celle établie dans l'article 1121 pour le cas de stipulation pour autrui, le tiers acquérant de suite un droit qu'il peut accepter ou refuser, l'acceptation lui conférant seulement l'irrévocabilité du droit à lui acquis antérieurement.

Comment cette dernière idée de la liberté, germe de concurrence, se concilie-t-elle avec les autres, dont le législateur doit se préoccuper ?

Il est facile d'en voir le fort et le faible, étant donné l'importance qu'elle a dans notre droit tout pétri de l'idéologie libérale du siècle dernier. La liberté ainsi comprise se prête fort bien au respect de la sécurité statique. On peut même dire que la liberté fut une doctrine bourgeoise, parce qu'elle assurait la sécurité (2).

(1) C'est pourquoi il y a quelque chose d'assez mal posé dans la question bien connue de l'importance respective dans l'avenir des obligations contractuelles et des obligations légales. Il faudrait envisager aussi l'avenir des actes unilatéraux.

(2) Le rapport entre la liberté et la sécurité est même si étroit que Bentham, *Principes du Code civil*, chap. II, dit que la liberté n'est que la sûreté contre les injures qui atteignent la personne.

Chacun ayant son petit canton juridique où il est le maître, rien ne s'accorde mieux avec un idéal calme et borné, et la liberté de chacun ne devant pas empiéter sur celle des autres, rien n'est même d'accord avec un esprit terre à terre.

En tous cas le titulaire d'un droit est bien sûr de le garder, car n'est pas obligé qui ne le veut pas. Sauf les limites d'ailleurs un peu lointaines de l'ordre public, chacun fait ce qu'il veut. Voilà le résultat d'une telle liberté.

Mais celle-ci est au fond en opposition avec le besoin continuel de réarrangement social. Si l'on admet qu'ayant un droit on l'a pour toujours, le droit même inutile, ou nuisible restera toujours à son titulaire. On est propriétaire, dût cette propriété ne vous servir à rien, et dût-elle être très utile à un autre. La loi peut bien dire que dans tel cas, la situation juridique pourra ou devra être changée, mais c'est alors une atteinte à la sécurité. D'autre part cette liberté qui est une cause de sécurité pour les possédants (*beati possidentes*, pourrait on dire ici) n'est pas un encouragement à l'action pour les autres, qui se heurtent à des obstacles. C'est en effet le régime où l'on tient compte de la volonté et non de la déclaration de volonté ; en cas d'acte accompli dans la sphère juridique libre d'autrui, on ne s'occupe pas de cet acte pour créer de suite un droit irrévocable : c'est ce qui, d'après le Code civil, a lieu dans la stipulation pour autrui, le legs, la donation. C'est le régime où l'on hésite à indemniser celui qui a construit sur le terrain d'autrui, car ce serait forcer le propriétaire à ratifier les transformations faites chez lui, ce serait attenter à sa liberté. C'est le régime aussi où on hésite à dire que la gestion d'affaires permet tout acte dans l'intérêt d'autrui, ce qui peut contrarier ses prévisions. C'est à cause de lui que la théorie de l'*in rem versum* ne s'est que péniblement développée, car elle va contre le principe même de la liberté, lorsque l'enrichissement a eu lieu contre la volonté de l'enrichi (1).

(1) V. sur ce point l'historique de cette théorie dans les travaux récents, eux aussi, sur l'enrichissement sans cause. Raynaud, *De l'action* de in rem

Il serait facile, au nom de la sécurité dynamique, de continuer à faire le procès de la liberté au point de vue civil. Constatons seulement que, de façon générale, voulant réserver à chacun une sphère libre qu'il utilisera ou qu'il n'utilisera pas, elle est une cause de déperdition dans l'activité sociale : comme la reconnaissance des grandes propriétés et des grandes fortunes comme objets de droits et non de devoirs peut amener à des déperditions sociales énormes.

Remarquons toutefois que ces observations s'appliquent surtout à la liberté civile telle que l'a comprise le Code civil, c'est-à-dire la liberté égalitaire, instigatrice d'activité et de concurrence limitée, mais il n'en est guère autrement de la liberté conçue comme satisfaction directe des intérêts, laquelle conduit à peu près aux mêmes résultats. La liberté des audacieux est bien favorisée par la théorie libérale prise sous cet angle ; on admettra les trusts, les mises à l'index, etc. Mais ce système ne permettra pas davantage d'atteindre la sphère juridique d'autrui sans son consentement.

La liberté doit encore être examinée sous un autre aspect : au point de vue de la durée. On peut concevoir une restriction à la liberté dans l'intérêt de la liberté même (1). Ainsi la loi interdit le contrat de louage à vie (art. 1780), le bail perpétuel (loi des 18-29 déc. 1790), le pacte sur succession future. On admet qu'il faut considérer comme illicite la promesse de ne pas se marier ou de se marier, celle de ne plus changer son testament, la renonciation à une prescription à venir (art. 2220), etc. Cette restriction apportée à la liberté présente en faveur de la liberté future est une conception spéciale qui favorise les intérêts futurs au détriment des intérêts présents. C'est ce procédé que nous connaissons

verso *en droit fraaçais*, Thèse Paris, 1899 ; Stoïcesco, *Enrichissement sans cause*, Thèse Paris, 1904 ; Ripert et Tesseire, De l'enrichissement sans cause en droit français, *Rev. de droit civil*, 1904, p. 727 ; Ripert, Examen doctrinal, *Revue critique*, 1907, p. 207.

(1) Cf. sur ces points, Bertauld, *Liberté civile*, p. 410.

déjà et qui consiste à faire place au devenir social en interdisant un acte qui, en donnant la sécurité, serait trop rigide. C'est ici une forme de liberté négative. On veut assurer à l'avenir satisfaction de ses intérêts que nous ne connaissons pas ou que nous connaissons mal. On garantit aux hommes à venir ou aux hommes d'aujourd'hui considérés dans l'avenir, une sphère d'activité libre. Cet aspect de la liberté complète la physionomie de cet esprit libéral qui fut cher aux bourgeois du XIXe siècle. C'est un peu une liberté sans ampleur. Car y a-t-il une grande chose, si l'on n'y met un grain d'infini ? Ici c'est l'esprit un peu racorni et sans horizon qui craint d'engager l'avenir. Sagesse c'est vrai, mais petite sagesse.

On admettra donc ou on rejettera cette forme de liberté ou d'atteinte à la liberté, suivant la façon dont on concevra la protection des intérêts futurs ; on leur fixant par avance leur mode de satisfaction ou en leur laissant le champ libre, en réglant ou en réservant l'avenir. Tout dépendra de l'importance respective qu'on donnera à la sécurité ou au devenir social.

Cela ne veut pas dire que le problème doive toujours se présenter comme un choix net à faire entre deux conceptions très tranchées. Comme toujours, la fameuse conciliation de l'ordre et du mouvement n'est pas un pur mythe. Elle est parfois possible. Citons la liberté des fondations, mais avec possibilité de les modifier suivant les besoins futurs, la liberté des sociétés, mais avec possibilité pour elles de modifier leurs statuts sociaux en assemblée extraordinaire, la possibilité de s'engager à durée indéterminée, mais avec droit de rompre pour un motif légitime sans dommages- intérêts (art. 1780, C.civ.), celle de faire une société perpétuelle, mais avec faculté d'y renoncer (art. 1869), enfin celle de créer des situations juridiques perpétuelles, mais rachetables (art. 530 et 1911, C. civ.)

Modification, résiliation, rachat, voilà donc trois modes pour atténuer ces luttes de la liberté contre elle-même, de l'intérêt présent contre l'intérêt futur, de la sécurité et du devenir social. Comme toutes conciliations, elles sont imparfaites, elles ne donnent ni

une sécurité complète, ni une liberté complète. Mais ces résultats ne nous étonnent plus.

Touchons maintenant à la lacune que laisse la théorie de la liberté, quelle qu'en soit la subdivision adoptée. La théorie de la liberté civile vise bien les rapports des contractants, ceux entre les contractants et un tiers, mais il y a un point grave qu'elle ne résout pas, ou plutôt où elle donne deux solutions peu harmonisées entre elles : c'est la responsabilité.

Dans le droit criminel, dans le droit public et même, de façon plus générale, partout, on établit un lien entre les deux idées de liberté et de responsabilité, non seulement en parlant de la liberté morale opposée au déterminisme, mais encore de la liberté opposée à la contrainte physique ou morale, c'est-à-dire celle des faits matériels palpables, susceptibles de constatations. Il est bien évident que, dans ces cas, la responsabilité découle de la liberté, car qui se place au point de vue subjectif en droit pénal, estime que la peine doit intervenir quand il y a volonté, puisqu'elle vise à réprimer cette volonté, à modifier le caractère, source de la volition. Le système ici adopté est donc satisfaisant.

Il en est autrement en droit civil, quand on prétend rattacher la responsabilité à la liberté. On peut en effet le faire de deux façons très divergentes. On peut dire : toute personne doit avoir sa sphère d'activité pleinement respectée, et alors tout dommage à elle causé doit être réparé, même s'il n'y a pas eu faute. Le principe de causalité est alors substitué à celui de responsabilité *stricto sensu*. C'est une conception objective de la responsabilité. C'est une formule qui donne pleine sécurité aux possédants. Ou bien on peut dire, voulant un certain idéal social, des volontés dirigées vers une activité profitable : on est responsable de ce qu'on a voulu, ce qui amène à une dégradation de responsabilité à mesure qu'il s'agit de dommages non souhaités, simplement fautifs ou fortuits, de conséquences directes ou indirectes de

l'acte. C'est alors une forme de justice au moins autant que de liberté.

Et notons dès l'abord qu'il est malaisé de choisir ici, cela est si vrai que le Code civil a tergiversé. L'article 1382 exige la faute, mais il rend la responsabilité égale au dommage, les articles 1147 et suivants sont dans le même esprit (la question de preuve mise à part), mais l'article 1150 distingue quand il n'y a pas dol le dommage prévu lors du contrat et celui qui ne l'est pas. L'article 1151 exclut les suites indirectes de la faute. D'autre part, l'article 1385, l'article 1386, sinon l'article 1384, comme le veulent les théories nouvelles, établissent une responsabilité sans faute (1).

Cette hésitation n'a rien d'étonnant, car la théorie de la responsabilité est essentiellement une théorie de répartition des pertes, comme d'ailleurs celle de l'*in rem versum* et de quelque côté que l'on fasse porter la perte, du côté de la victime ou du côté de l'auteur (2),indirectement on diminue la liberté ; le législateur ne peut le faire qu'en faisant appel à un idéal, un principe d'ordre public autre que la liberté elle-même.

Et le problème loin de s'éclaircir s'assombrit encore si nous cherchons à voir ce que l'on va protéger par la théorie de la responsabilité. J'ai parlé de sphère d'activité. Mais que cache ce mot, sinon les probabilités qu'une personne avait pu établir sur le cours ordinaire des événements naturels et sociaux (3). La res-

(1) Mais évidemment l'idée maîtresse du Code est plutôt celle de l'article 1382, qui favorise la sécurité de celui qui agit. C'est singulier, le Code civil étant plus une loi faite pour les propriétaires que pour favoriser la fièvre des affaires. Mais c'est qu'il y a un minimum d'action dont on ne peut se dispenser. L'état statique est plutôt une conception de l'esprit qu'une réalité durable, tout homme est forcé d'agir. D'ailleurs le Code manque de philosophie. S'il obéit à certaines conceptions, c'est un peu sans le savoir, comme M. Jourdain faisait de la prose.

(2) V. en ce sens Ripert et Tesseire, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause dans le droit civil français, *Revue de droit civil*, 1904, p. 727.

(3) Par exemple en cas de responsabilité entre voisins, je ne devais pas entrevoir comme probable un voisinage excédent les inconvénients or-

ponsabilité a pour effet de changer ces probabilités en bonnes espèces sonnantes. C'est, si je puis dire, une cristallisation du *statu quo*. Le droit n'arrive donc nécessairement qu'à répondre par quelque chose de très carré, de brutal aux nuances si complexes de la responsabilité qu'il envisage. Aussi la limite de ce qu'on peut faire sans engager sa responsabilité est-elle des plus difficiles à établir. Bertauld et surtout Dupont-White s'étaient déjà nettement rendu compte (1) de cet obstacle. En disant que la liberté est tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui, Bertauld ouvre le plus grand gouffre de questions. Où est le droit d'autrui (2)?

En résumé donc, la liberté telle qu'on l'applique en général dans la théorie des obligations, est plutôt un moyen, subordonné par conséquent au but à atteindre qui est dans l'espèce un idéal social ou d'intérêt actuel ou de concurrence à armes égales et elle produit de graves déperditions sociales, mais favorise la sécurité statique plutôt que la sécurité dynamique.

dinaires. Si des inconvénients plus graves se produisent, j'ai droit à indemnité. V. spécialement sur ce point : Capitant, Des obligations de voisinage, *Rev. critique*, 1900, p. 230, où il pose le principe qu'il faut user de sa chose de manière à ne pas trop nuire au voisin.

(1) V. Bertauld, *Liberté civile*, p. 63 ; Dupont-White, *L'industrie et l'Etat*, p. 312.

(2) V. égal. Emmanuel Lévy, Responsabilité et contrat, *Revue critique*, 1899, p. 301 et suiv.

CHAPITRE VIII

LE SOLIDARISME ET LA RÉPARTITION DES PERTES

Un groupe d'intérêts fort importants qui peut réclamer l'attention du législateur, c'est celui de la répartition des pertes auquel se rattache aussi l'idée de partage des bénéfices et même de compensation des infortunes. L'idée de la dissémination des risques n'est pas une donnée théorique de l'esprit, comme celle de sécurité par exemple, mais une résultante d'une constatation pratique élémentaire : ce fait que des pertes sont aisément supportées, qu'elles deviennent même sans importance, étant réparties sur un grand nombre de têtes (1). C'est là la base de la théorie si fameuse de la solidarité sociale et elle en est un fondement bien plus sérieux qu'un soi disant quasi-contrat qu'on invoque.

Cet appel à l'idée de quasi-contrat fait par M. Léon Bourgeois (2) n'est en somme qu'une ingénieuse formule pour aiguillonner l'instinct d'imitation, étendre logiquement une institution préexistante (3). Mais il faudrait en outre rechercher la base de ce quasi-

(1) Cette répartition des pertes subies, des infortunes entre un grand nombre, par l'assurance notamment, est si bien le fonds de la solidarité qu'elle est exprimée dans un vœu du Congrès d'éducation sociale de 1900 (cité par d'Eichtal, *op. cit.*, p. 175). — V. d'ailleurs Léon Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, p. 37, qui parle très exactement d'une organisation qui *mutualiserait* les avantages et les risques de la solidarité naturelle. — V. de même p. 40.

(2) *Solidarité*, p. 133. V. de même Bouglé, *Solidarisme*, p. 65 et suiv.

(3) V. d'ailleurs contre l'exactitude de cette formule ; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 182 ; Olasson, *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, II, p. 420. — Cf. Crappali, La concezione solidaristica del Bourgeois e la teoria del quasi contrato. *Archivio giuridico*, 1907, I, p. 205.

contrat et établir ensuite quelle peut être son étendue. Il n'est pas d'innovation qui ne puisse se targuer de trouver aussi un germe dans des institutions préexistantes. Mais il reste à savoir pourquoi et dans quelle mesure il convient de le développer.

M. Bouglé (*op. cit.*, p. 75) voit dans l'idée de quasi-contrat un moyen de « développer et perfectionner l'art d'interpréter les assentiments tout inexprimés qu'ils restent le plus souvent ».

Mais s'il y a là un moyen d'expliquer la société par quelque chose de voisin du contrat social, n'y a-t-il pas là simplement l'ingénieuse reconnaissance d'une nécessité, c'est-à-dire de l'opposé d'un contrat ? N'y a-t-il pas là simplement la justification de la société et non d'un genre spécial de société : la société solidariste ? Au point de vue pratique, on veut nous dire (1) que chaque individu doit beaucoup aux autres, donc qu'on peut bien lui prendre un peu. Mais il faut remarquer que l'on accorde ainsi non à ceux qui ont donné, mais à d'autres, alors toute la rigueur du raisonnement tombe. Autant dire un donataire devra donner à d'autres parce qu'il a reçu (2). Mais où est le fondement solide de cette affirmation ? M. Bourgeois (*Philosophie de la solidarité*, p. 48 et suiv.) déclare très ingénieusement que le contrat est collectif, que d'autre part, comme il est impossible de faire le compte de qui que ce soit pour ses dettes sociales, la solution pratique est d'étendre à tous les risques le principe de mutualisation, ce qui aboutit à dire : l'explication ne conduit à rien de précis, pour plus de facilité tirons-en la mutualité. Pour ceux qui cherchent un fondement net, il y a là un peu une déception. Ne vaut-il pas mieux dire simplement : nous voulons le partage qui allège les pertes, ou bien, (c'est une autre formule qui a ses conséquences) nous voulons assurer à tout

(1) Bourgeois, *Solidarité*, p. 110, et Brunot, La solidarité sociale comme principe des lois, *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, p. 330 et suiv.

(2) Cf. sur ce point d'Eichtal, La solidarité sociale et ses nouvelles formules, *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, I, p. 105.

homme vivant, un certain minimum d'existence ; ce qui conduit à deux conceptions différentes de la solidarité, ce dont les solidaristes ne paraissent pas se douter.

Revenons sur la première conception, qui nous retiendra surtout, le partage des pertes, des dépenses pour les alléger.

L'égalité que l'on veut atteindre par le solidarisme n'est au fond qu'une certaine mise en commun des pertes subies (1).

Cette théorie est le germe de l'étatisme ; car il est certain qu'une dépense susceptible de servir à un grand nombre de personnes sera aisément supportée, si tout le monde doit en payer une faible part au moyen de l'impôt que l'Etat emploiera à la fin indiquée. L'avantage qui résultera d'une route, d'un chemin de fer, d'une nouvelle institution d'état sera presque gratuit si chacun est obligé de payer seulement quelques centimes d'impôt de plus.

Cette idée est aussi à la base de toutes les assurances mutuelles ou même à prime fixe : une assurance n'est qu'une dissémination des pertes éprouvées par quelques-uns, entre des milliers d'assurés. Il est à peine besoin de dire qu'elle est le fondement de toutes les mutualités.

On y a vu même l'explication des unions douanières, du coopératisme (2).

Dans des cercles plus étroits, cette conception est encore à la base de bien des solutions transactionnelles disséminées dans toute la législation : on peut citer toutes les participations de l'Etat ou des administrations à des travaux publics, à des dépenses comme les pensions aux vieillards et infirmes ; on peut indiquer le régime des subventions à tant de sociétés privées, celui des cotisations dans les associations ou encore celui des sociétés par actions disséminant le capital social dans des milliers de mains, ce qui répartit de façon à les rendre peu sensibles les risques de pertes et aussi les chances de gain.

(1) V. Bouvé, *Le solidarisme*. Thèse Paris, 1900, p. 142 et suiv., 147 et s.
(2) Cf. Bouglé, *Solidarisme*, p. 90, 130 et suiv.

Dans le droit privé, nous trouvons aussi d'autres applications de la solidarité, mise en commun des pertes. Ce ne sont plus ces vastes constructions chères aux sociologues qui pourraient englober le genre humain. Nous y constatons ces petits groupes que le hasard de la vie (accidents, administration en commun) ou un contrat ont formés à l'état temporaire et limité de petite société rudimentaire. Dans l'intérieur de celle-ci, la solidarité s'appliquera (1). D'abord si ce groupe a une certaine durée, elle y assurera plus de cohésion, c'est-à dire plus de zèle commun, elle facilitera la lutte contre le dehors. Des administrateurs de société, s'ils sont solidairement responsables des fautes commises, seront plus diligents pour les faire éviter (2). Dans ces groupes plus limités que crée parfois un contrat, un accident causé, la solidarité détruit ce que le hasard a de déconcertant et d'injuste, ou plutôt le diminue. On peut, par cette idée, s'attaquer à cette règle si dure *res perit domino*, dont on tire de si graves conséquences en droit civil (3). On rend le dommage moins lourd en le partageant.

Restons davantage dans les solutions admises en droit positif qui se rattachent à l'idée de solidarité.

On peut citer la participation des deux intéressés dans la responsabilité des accidents du travail, en vertu de la loi du 9 avril 1898 aujourd'hui étendue au commerce, demain sans doute à l'agriculture. C'est ce qu'on appelle de façon un peu inexacte en droit français la théorie du risque professionnel (4), puisque le

(1) M. Brunot, *op. cit.*, p. 384, semble n'avoir pas aperçu cette application.

(2) V. ce côté que M. de Tourtoulon, *op. cit.*, laisse entrevoir, p. 182.

(3) V. Mataja, *Das Recht des Schadenersatz nach dem Stadpunkt der National, Œkonomie*, p. 10 et 25, p. 27. Il part précisément de l'idée de la solidarité entre les hommes, comme il le dit lui-même p. 131.

(4) V. sur ce point, Deuve, *Le solidarisme et ses applications économiques*. Thèse Paris, 1900, p. 120 et suiv. — Rapprochez sur la tendance moderne à étendre ces partages de responsabilité le très intéressant article de M. Dereux, *Du dommage éprouvé au service d'autrui*, p. 60 ; Geny, Ris-

patron et l'ouvrier supportent chacun une partie de la perte éprouvée (l'ouvrier blessé touchant seulement un demi-salaire, une demi-diminution de salaire, ou une pension des deux tiers de son salaire,suivant les cas). Il faut citer de même la participation des ouvriers et patrons à la formation des retraites des ouvriers mineurs (loi du 29 juin 1894, art. 2) avec majoration fournie par l'Etat, et plus,récemment le système établi pour les retraites ouvrières en général, par la loi du 6 avril 1910, avec participation de l'ouvrier, du patron et de l'Etat. Il faut citer dans d'autres pays la participation des mêmes personnes à d'autres pertes subies par suite de maladie, de chômage.

Rétrécissons le cercle envisagé :

On trouve au fond la même idée dans l'article 1150 du Code civil, d'après lequel on n'est tenu que des dommages-intérêts prévus ou que l'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque c'est par une simple faute qu'on ne s'exécute pas. Toute personne pouvant facilement être en faute, pour ne pas exagérer la perte qui en résulte pour elle, on partage la responsabilité.

Si l'article 1150 est peut-être la solution la plus nette de cette idée de division des pertes à subir, celle-ci n'en imprègne pas moins une grande partie de la législation, comme elle pénètre la pratique des tribunaux ou les affaires. A maintes reprises, on voit dans le droit cette idée sous-jacente d'une limitation de responsabilité pour arriver à un partage de responsabilité ; ainsi on n'est en général responsable de dommages-intérêts qu'après mise en demeure (art. 1146); après lésion, si le contrat de vente n'est pas rescindé, le lésé perd encore un dixième de la valeur de l'immeuble (art. 1681) ; il est fait restitution par le revendiquant de la plus-value donnée par les impenses utiles, et de cette plus-value seulement ; les codébiteurs solidaires se répartissent entre eux la part des débiteurs insolvables.

Lorsqu'un cohéritier a payé la dette hypothécaire, en cas d'insolvabilité d'un de ses cohéritiers, le recours est exercé de manière

que et responsabilité, *Revue de droit civil*, 1902, p. 818 ; Tesseire, *Le fondement de la responsabilité*, p. 103 et suiv.

à ce que la perte soit répartie sur tout le monde au marc le franc (art. 876). Lorsqu'un cohéritier agit en garantie contre les autres, si l'un est insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables (art. 885). Le législateur, préoccupé de l'égalité dans les partages, est arrivé à consacrer en cette matière ces deux solutions solidaristes.

Ces mesures transactionnelles ont encore une plus grande importance dans la pratique judiciaire où les tribunaux donnent rarement complète satisfaction à une des prétentions en cause et admettent volontiers, en cas d'accident, une faute commune, ou quelque autre solution qui permette de faire supporter par plusieurs personnes la perte subie (1).

Cet esprit correspond avec une certaine tendance des affaires à disséminer les responsabilités. Ainsi on met une entreprise en société pour diminuer les chances de pertes, on crée une association pour diminuer les dépenses que coûterait à chacun telle ou telle installation, telle ou telle organisation : emplacement pour le jeu, le tir, etc. On transige non seulement pour éviter un procès (économie de l'effort), mais souvent aussi pour alléger les pertes que chacun d'abord voulait faire porter en totalité sur l'autre.

Ces applications si variées de la coopération dans les dépenses à subir, les pertes à supporter tendent aujourd'hui à se développer considérablement, bien que le Code civil, très individualiste, y soit resté à peu près étranger. Il y a ainsi une théorie du juste milieu entre des responsabilités exclusives, opposées, qui attire aujourd'hui davantage l'attention, étant donné l'insuffisance de l'idée de justice, d'un contenu indéterminable, à donner la solution des problèmes posés, étant donné aussi un souci plus grand d'accorder à chacun le minimum de biens pour assurer l'existence.

Le droit civil ancien et le Code civil lui-même n'avaient pas, sinon dans quelques théories comme celles des impenses, et les

(1) V. sur ce point encore les observations très exactes de M. Dereux, art précité, p. 80.

constructions sur terrain d'autrui, cette façon d'envisager les choses : un esprit logique traditionnel emprunté au droit romain faisait tenir peu de compte de ces conceptions, ou plutôt en retarda l'éclosion. Il a fallu qu'un point de vue plus réaliste pénétrât tous les ordres de connaissances humaines pour que cette idée se développât.

Elle a une valeur certaine, comme la solidarité dont elle n'est qu'un aspect, limité, ici, il est vrai, à un cercle plus étroit. Elle n'est sans doute pas empruntée directement à la nature, celle-ci n'étant que trop variée dans ses exemples et ne donnant aucun principe de choix (1). Mais elle tient compte des réalités (2) et de certaines aspirations de l'âme humaine. Elle mêle donc à la fois le réel et l'idéal (3) Elle fait sa part à l'*a priori*, mais le limite heureusement.

Comment se concilie-t-elle avec les autres intérêts dont le législateur se préoccupe ?

Etant une sorte de tour d'adresse que la pratique a suggéré, étant tirée d'une considération psychologique, suivant laquelle aux yeux de l'esprit les grandes choses s'agrandissent et les petites se diminuent encore, la solidarité, cette habile façon de plumer un bon nombre de poules tout en évitant de les faire crier, est évidemment appelée à un grand succès.

Sans doute elle ne se trouve pas pleinement d'accord avec les grands courants théoriques de la vie juridique : justice, sécurité statique, sécurité dynamique, mais étant une transaction, elle a l'avantage de ne pas les heurter trop directement, et dans cette

(1) V. Bouglé, *op. cit.*, p. 30. — Cf. Brunot, La solidarité sociale comme principale de lois, *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, II, p. 318.

(2) Inutile de répéter ce qu'il y a de réel dans la solidarité sociale. Ce point est reconnu même par les antisolidaristes. V. d'Eichtal, La solidarité sociale et ses nouvelles formules, *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, p. 170. — Juglar, même *Bull. Observations*, 1903, II, p. 417.

(3) *Op. cit.*, p. 83.

universelle approximation qu'est la science de la vie, les faits ayant le mauvais goût de ne pas répondre exactement aux vues des théoriciens, c'est une raison de développement.

En même temps, par cela seul que cette théorie est souvent une transaction entre théories en présence, elle assure dans une certaine mesure le maintien de chacune d'elles. La responsabilité patronale en cas d'accidents du travail a donné à l'ouvrier une sécurité qu'il n'avait pas auparavant, et il en est de même de toutes les assurances pour tous ceux qui courent des risques. De même la responsabilité limitée de l'actionnaire, du commanditaire l'engage davantage à apporter ses capitaux et favorise l'idée de sécurité dynamique dans une certaine mesure.

Il faut même reconnaître que parfois elle est une cause d'économie d'efforts : appliquée aux acoidents,accidents du travail par exemple, elle évite des recherches de responsabilité très délicates. Ne simplifierait-on pas bien des choses, si on la faisait pénétrer dans la théorie de la responsabilité du locataire en cas d'incendie, en partageant la perte à subir ? D'ailleurs ceci ne serait pas toujours exact. Il est certain que le partage du dommage est moins simple parfois que le brutal *res perit domino*.

Seulement la valeur de cette théorie très fine étant surtout basée sur une donnée psychologique que nous avons indiquée, elle comporte naturellement des limites. Car ce n'est au fond qu'un habile tour de main, séduisant surtout pour les hommes politiques,dont le grand secret est d'avoir du savoir faire.Le jour où ces participations deviennent trop nombreuses, on en trouve la charge très lourde.Déjà l'on estime gênant le poids des théories étatiques contemporaines, parce que les pertes mises en commun (1) s'accumulant, chacun finit par en supporter une large

(1) Cela est particulièrement fréquent dans les régimes modernes où la nécessité pour le gouvernement d'avoir pour soi une majorité naturellement peu stable, le pousse à satisfaire aux dépens du Trésor, certaines personnes en se disant que la perte sublo par l'ensemble des citoyens sera peu de chose.

part. De même en est-il avec les assurances de responsabilité nombreuses que la législation nouvelle oblige ou obligera à contracter et dont le fardeau des primes devient à la fin très onéreux.

Poussée à l'extrême, la théorie se trouve alors en opposition avec les différentes idées qu'auparavant elle ne choquait presque pas. On se trouve responsable de pertes plus qu'il n'est possible d'en infliger sans entraver l'essor des affaires.

Le propriétaire se trouvera menacé par la responsabilité étendue, quoique partielle, que l'on fait peser sur lui. L'homme d'affaires sentira ses frais généraux augmenter (1).

En résultera-t-il au total un regain ou un affaiblissement d'activité ? C'est plutôt un affaiblissement. L'étatisme a des avantages considérables, mais les économistes ont suffisamment montré les inconvénients qu'il peut présenter : la marche un peu régulière, mais somnolente et rigide qu'il donne à toutes les institutions.

De même les partages de responsabilité font que l'on est dans une certaine mesure indifférent au dommage causé, et qu'on l'est d'autant plus que les participants à la perte sont plus nombreux. Combien d'assurés ont conscience qu'en ne prenant pas de précautions suffisantes contre les accidents, ils amènent la hausse des primes, combien de personnes ont le sentiment qu'en nuisant à l'Etat, en faisant jouer à tort sa responsabilité, elles se nuisent à elles-mêmes dans l'avenir ?

Ne faut-il pas même aller plus loin et faire remarquer que les responsabilités partagées, et surtout diluées par l'assurance poussent à favoriser le sinistre. N'a-t-on pas vu des assurés mettre le feu pour toucher une somme qui leur paraissait meilleure à toucher que l'immeuble à garder ? La loi du 9 avril 1898 n'a-t-elle pas dû se préoccuper de l'accident intentionnel ? Et des affaires retentissantes n'ont elles pas révélé la fraude à l'accident, et aussi attiré l'attention sur l'augmentation considérable des petits acci-

(1) V. en ce sens les observations de MM. Fréd. Passy et Levasseur, *Bulletin de l'Académie des sciences morales*, 1903, t. II, p. 304 et 370.

dents (1), contre lesquels les tribunaux jugent nécessaire de réagir (2).

En troisième lieu, il faut observer que tout partage de responsabilité, de perte à subir amène souvent, directement ou indirectement, des règlements d'intérêts complexes. Toute mise en commun d'intérêts suppose des règlements difficiles, et alors une partie de l'activité de la nation se trouve détournée au profit d'un travail de répartition des pertes, ou des dépenses. Si l'idéal social est de produire beaucoup, pour assurer à chacun la plus grande quantité de jouissance, il se trouve manqué. Combien d'activités sont absorbées par ce procédé de mise en commun des pertes appelées assurances, combien d'autres par les règlements des avaries communes ?

Enfin le système du partage de la responsabilité amène dans bien des cas l'immobilisation des classes sociales. Faisant naturellement peser sur les patrons une lourde responsabilité, elle fait que n'importe qui ne peut plus le devenir. Elle immobilise les situations acquises : l'ouvrier sera plus sûr de rester tel. Ce droit à tout gagner qui satisfaisait la bourgeoisie libérale d autrefois devient un vain mot. Le fossé se creuse entre les classes, par là même la lutte se prépare, lutte rendue fatale, car le réarrangement social par le renouvellement des classes dirigeantes ou son développement paraît bien un phénomène aussi nécessaire que les rajeunissements de plants en culture, sous peine d'arriver à un abâtardissement, à une diminution d'activité chez les fils des capitalistes.

Nous avons fait remarquer que la solidarité pouvait encore se concevoir d'une autre façon, qui est peut-être au fond celle à laquelle on pense surtout. Au lieu de la faire reposer sur cette théorie de fausse apparence précise du quasi-contrat, qui sera

(1) V. l'article de M. Pierre Hans sur les accidents du travail, *Réforme sociale*, avril 1910.

(2) V. *Revue de droit civil*, 1910, p. 178. S. 1910.2.117.

la cause de bien des déceptions (1), on peut dire simplement que tout homme doit presque toujours avoir droit à un minimum d'existence. Sauf les délinquants, les paresseux, tout individu doit être sûr d'obtenir de la société certains avantages. Pour cela on peut mutualiser jusqu'à un certain point, mais pas au-delà. Par là on aura substitué au droit théorique pour tout homme d'aspirer aux plus hautes dignités, aux plus hautes fortunes, le droit effectif, toujours réalisable de ne pas mourir de faim. C'est une chose qui peut se concilier avec le devoir d'activité, et par suite avec le besoin d'aiguillonner l'activité qui caractérise le monde occidental (2). Du moins, on peut l'espérer, on n'aura sacrifié ni l'avenir au présent, ni le développement économique à la douceur de la sécurité du lendemain. C'est une conciliation qu'il faut rechercher, mais sans penser avoir découvert un monde nouveau (3), en établissant certaines égalités nouvelles, sans détruire l'inégalité dans ce qu'elle a d'utile.

A cette conception se rattacheraient non seulement des mesures comme la responsabilité partielle du patron en cas d'accident, ou même le droit à une retraite assurée par les versements du maître et de l'ouvrier, mais encore des mesures très précises comme l'insaisissabilité des sommes et pensions pour aliments (art. 581, C. proc.), celle des rentes en cas d'accidents du travail (loi du 9 avril 1898, art. 3, al. 12), l'insaisissabilité du salaire pour les sept dixièmes (loi du 12 janvier 1895), l'incessibilité du salaire et des rentes dues pour accidents, le privilège accordé à l'ouvrier par la loi de 1898 pour le demi-salaire en cas d'incapacité temporaire (art. 23), le privilège des gens de service (art. 2101, C. civ.), le privilège des ouvriers et employés en cas de

(1) V. en ce sens : Tarde, *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1903, t. II, p. 421 ; Groppali, *Archivio jurid.*, *op. cit.*, p. 271, comprend ainsi le solidarisme de Léon Bourgeois.

(2) Nous croyons que ces idées pourraient ici se couvrir de l'autorité de Tarde, *loc. cit.*

(3) V. cep. Andler, Le quasi-contrat social et M. Bourgeois, *Rev. de métaphysique*, 1897, p. 820).

faillite du patron (art. 559, C. com.). D'une façon générale, rentreront dans cette application de l'idée du minimum d'existence, toutes les mesures qui assurent à l'ouvrier le paiement d'une somme indispensable pour vivre et celles qui font de lui une sorte de demi-mineur, qui ne peut complètement disposer de ce qu'il a ou même de son travail (comme à raison des lois sur les heures de travail, le repos hebdomadaire).

Elle n'est en somme qu'un aspect particulier de ce que M. Charmont appelle la socialisation du droit (1), c'est-à dire au fond cette conception du droit qui le rend plus compréhensif, en ce sens qu'il considère qu'il n'y a pas seulement l'homme auquel il faut reconnaître des droits, mais des hommes, dans des situations sociales diverses, riches ou pauvres, surtout pauvres. Et alors le droit n'est plus cette large construction semblable au théâtre classique où ne figuraient que des abstractions générales: l'avare, le menteur, il est plutôt comparable à la comédie humaine de Balzac, qui montre les hommes dans des situations infiniment diverses. Le droit socialisé en tient compte pour donner à chacun ce qui lui convient d'après sa fortune, sa profession.

(1) V. *Le droit et l'idée démocratique*, le chap. *la Socialisation du droit*.

CHAPITRE IX

LA NOTION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Il est peu d'idées dont aient autant parlé les jurisconsultes, les économistes et les sociologues que celle de l'intérêt général opposé à l'intérêt particulier, quelle que soit d'ailleurs la nature de ces intérêts, intérêt de sécurité, de liberté, de commodité, etc. Ici ils sont envisagés sous une autre face que précédemment : du côté de l'étendue et non du côté de leur but ou de leur nature. Prenons-les sous ce nouvel aspect et creusons un peu ce principe sacro-saint que l'intérêt général doit l'emporter sur ceux des particuliers.

Y a-t-il un intérêt qui, de sa nature, soit « général » et par conséquent différent des intérêts particuliers ? La seule approximation à ce sujet est cette idée assez souvent émise que l'intérêt général n'est que la somme des intérêts particuliers. Si l'on suit cette voie d'analyse de l'intérêt général, celui-ci ne tarde pas à apparaître bien plus complexe qu'on ne croyait ; cet argument commode dont on abuse si souvent s'évanouit assez vite.

L'intérêt général, ce n'est pas seulement celui des générations actuelles, mais aussi celui des générations futures. Les propriétaires d'édifices élégants du xv^e^ ou du xvi^e^ siècle qui, un siècle ou deux après leur construction, les ont fait abattre pour les remplacer par les pompeux monuments néo-classiques, ont fait des actes contraires à l'intérêt général, car ils ont privé nos yeux de la vue de constructions charmantes d'ingéniosité et de variété. Et cependant, qui de leur temps a pensé à leur reprocher la destruction de ces « monuments barbares » ? Manquer à l'intérêt général, c'est donc parfois manquer à celui de générations futures.

L'intérêt général, ce n'est pas seulement celui des hommes vivants, mais de ceux qui vivront. Et cela explique en même temps la faiblesse de certaines démocraties antiques. Si l'on comprend que le peuple y ait été dégoûté enfin des imbéciles, des fous d'orgueil, des égoïstes qui souvent lui ont servi de monarques ou d'aristocratie, cela ne veut pas dire que sa courte vue, son ignorance qui font vivre son gouvernement au jour le jour sans vaste pensée, soient le dernier mot de la sagesse et traduise fidèlement la somme des intérêts présents et futurs. Mais combien est-il difficile de voir ce que pensera l'avenir, quel sera son idéal, quels seront ses intérêts ? Nous voyons les erreurs du passé. Ne découvrira-t-on pas aussi les nôtres ?

Non seulement l'intérêt général comprend celui des personnes futures, oblige à tenir compte de la solidarité avec l'avenir, mais même, en limitant pour la simplicité de l'étude, notre examen à l'intérêt général actuel et à celui des temps rapprochés, combien la notion est-elle complexe.

Les intérêts généraux, c'est-à-dire ceux vraiment communs à tous sont extrêmement rares, soit que nous plaçant au point de vue subjectif, nous voyions les sentiments idéaux, soit que nous considérions objectivement les intérêts.

Il en est ainsi surtout dans nos sociétés actuelles. Si dans les petites communautés primitives, l'uniformité des rapports sociaux et de la culture est assez complète pour ouvrir la voie à la formation d'une conscience commune, plus l'être collectif est grand et compliqué, plus les intérêts se divisent et plus aussi se forment des partis politiques ou religieux qui mettent obstacle à l'accord d'une opinion publique uniforme (1).

Il y a surtout des idées communes à un très grand nombre. Presque tout le monde a des idées sur la peine de mort, bien des gens en ont sur les principaux partis politiques et se réjouissent de leur succès ou de leur chute. Seulement, est-il besoin de

(1) V. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 34.

le dire : dans presque toutes ces idées, l'opinion est divisée, et alors l'intérêt général devient celui d'une majorité, c'est l'intérêt (ou plutôt l'idée, qu'il prend pour son intérêt) d'un groupe en face d'un autre moins nombreux.

Et cette observation nous fait en même temps comprendre le caractère de la politique moderne. Cherchant par nature à s'appuyer sur l'opinion, dans les Etats actuels, elle se porte plutôt du côté des seules questions que l'intelligence du grand public peut saisir, lesquelles sont souvent les moins utiles, lesquelles sont souvent des questions de personnes plus faciles à comprendre (1) ; les intérêts positifs, matériels, économiques sont sacrifiés à des idées, des tournois d'académie, des questions dites de principes, à moins que le gouvernement, dépositaire des intérêts des générations présentes et futures, n'ait l'énergie de forcer l'attention des représentants de l'opinion à se porter sur de hauts horizons et de vastes entreprises.

Prenons maintenant les intérêts proprement dits, laissant de côté l'idéal souvent assez bas, parfois élevé qui est commun à des groupes importants.

Ils sont encore bien plus que les idées, l'apanage d'un groupe. L'intérêt des producteurs n'est pas celui des consommateurs, celui des patrons n'est pas celui des ouvriers.

Et cependant le développement d'un commerce (vendeurs et consommateurs),d'une industrie (patrons et ouvriers),se rattache par voie de solidarité à celui des autres voisins, et ainsi de proche en proche jusqu'aux plus éloignés, mais en diminuant continuellement d'intensité comme une onde sonore qui s'éloigne de son point de départ. En tous cas un intérêt peut s'étendre au point que celui adverse même lui inflige une certaine perte par suite de la défaite qu'il subit.

Les intérêts de groupes divers sont donc à la fois solidaires et

(1) C'est ainsi que dans certains pays étrangers les partis sont uniquement des partis de personnes.

opposés (1), mais la solidarité n'est ordinairement sentie que si l'on descend à un certain étiage par suite de la lutte des intérêts : la défaite complète ou imminente de l'un d'eux. Cette communauté d'intérêts existe cependant. C'est ainsi que la ruine du patron nuit à ses ouvriers, bien que sa fortune puisse se rattacher en partie à certains bas prix imposés à son personnel, comme elle peut venir des conditions faites par lui à ses fournisseurs de matières premières ou aux consommateurs.

L'intérêt général apparaît donc fréquemment comme une certaine zone dans l'intérieur de laquelle le combat pourra bien se continuer entre parties adverses sur des données quelconques. Mais celle-ci est quelque chose de cependant important à délimiter et à atteindre, car au delà ou en deçà, il y aura sacrifice d'un au moins des intérêts opposés qui doivent coexister, d'après la conception générale qu'on se fait du rôle de l'humanité et à laquelle il faut toujours revenir.

Ainsi la responsabilité du propriétaire pour le fait des choses lui appartenant ou son irresponsabilité hors le cas de faute sont des solutions entre lesquelles on peut hésiter sans atteindre l'intérêt général, à moins que, par telle ou telle conception, on ne lèse trop gravement une catégorie d'intéressés et qu'on détruise chez lui tout ressort d'activité.

M. Izoulet exagère donc quand il essaye de montrer l'identité de l'intérêt général avec l'intérêt particulier en remarquant que si les particuliers sont amoindris, l'Etat ne saurait se trouver accru. « Tout ce qui augmente la valeur des individus qui constituent une société, dit-il (2), augmente la valeur de cette société, et inversement. » Cela n'est vrai que de vérité approximative. La cité moderne est un mécanisme tellement complexe qu'il y a des

(1) V. sur cette union de la lutte et de la coopération : Tanon, *Evolution du droit*, p. 103 et suiv.

(2) *La cité moderne*, p. 410. — V. au contraire ; Penjon, *L'énigme sociale* (*Travaux de l'Université de Lille*), p. 95 et suiv., qui montre que les égoïsmes équilibrés et l'altruisme sont des choses différentes.

pertes dans les transmissions et que les mêmes intérêts sont solidaires et adverses les uns des autres.

Sans doute on peut regarder comme une formule idéale : un pour tous et tous pour un, on peut dire que la perfection individuelle n'est possible que par la justice sociale (1). Mais ce sont là des idées d'action, des formules pédagogiques qui peuvent susciter l'imitation et non pas des formules précises. Utiles pour la place publique, elles sont trop grossières pour le laboratoire. Sans les négliger, nous ne leur donnons pas une valeur absolue.

Les intérêts que l'on qualifie de généraux peuvent se présenter et se présentent souvent avec un caractère spécial. Ce sont les intérêts d'un groupe, mais à considérer chacun des membres de ce groupe, son intérêt est très faible. Souvent c'est plutôt une commodité qu'un intérêt l'renons les travaux publics pour lesquels on fait les grandes expropriations. Ils sont faits dans l'intérêt de personnes qui isolément gagneront très peu. Une nouvelle percée, un chemin de fer m'assureront un moyen plus rapide pour aller à tel endroit, souvent très peu de chose. Ce n'est que le total de ces intérêts faibles qui est assez fort pour l'emporter sur un droit de propriété. Et alors n'est-il pas à craindre qu'il n'y ait abus, que les droits les plus sacrés ne soient méconnus pour éviter à certains un faible ennui.

Si par conséquent il existe des intérêts préférables à d'autres, parce que ce sont des intérêts que l'on peut qualifier de généraux, ou plus exactement de collectifs, il est plus malaisé de savoir quels sont ceux qui sont préférables. Chacun, à raison de la solidarité qui unit les hommes, des espérances légitimes qu'il fait naître est jusqu'à un certain point collectif. Mais ce caractère peut se mesurer à la fois en étendue et quant à son importance pour chacun des membres de la collectivité présents et futurs. Ce n'est que ce calcul une fois fait et, il est malaisé à faire,

(1) Izoulet, *op. cit*, p. 430 et 448.

que l'on peut dire légitimement : tel intérêt est préférable à tel autre.

De là vint en somme le vague et le peu de valeur de ces expressions : intérêt général, intérêt privé, individualisme, socialisme, intérêt de l'individu, intérêt social. Un intérêt privé *in abstracto* est un intérêt collectif, un intérêt privé *in concreto* intéresse un groupe social par répercussion. Il y a dans tout intérêt deux choses également importantes : son étendue, sa profondeur, la profondeur n'est d'ailleurs pas la même chez tous, car la ruine d'un chef de famille qui nuit gravement à ses enfants ne nuit que médiocrement à ses fournisseurs, elle peut nuire beaucoup à ses employés, etc. L'étendue peut aussi se limiter au présent, ou embrasser l'avenir.

De même, s'il s'agit de savoir si l'héritier est tenu des dettes *ultra vires* ou *intra vires*, son intérêt peut être qualifié individuel, et celui des créanciers de général. Mais celui des héritiers est collectif, lui aussi, et il est d'ordre général, en ce sens que si ceux-ci sont trop lourdement chargés des dettes, ils n'accepteront pas la succession. D'un autre côté si les créanciers n'ont qu'une action limitée contre les héritiers, ils prêteront moins volontiers. L'intérêt général du crédit s'en ressentira. Il est donc fort difficile, dans un cas comme celui-là, de qualifier les intérêts de généraux ou particuliers, et de mesurer l'étendue et la profondeur de chacun d'eux.

Au total, intérêt général, ce n'est qu'une expression commode pour viser un intérêt collectif important, mais presque tous les intérêts en ce sens sont généraux, ce n'est que par leur étendue et leur force relative que l'on peut, malaisément d'ailleurs, les classer entre eux. Il faut donc se défier d'une expression si commode, voir exactement ce qu'elle recouvre comme intérêts présents et futurs, c'est seulement cette méthode plus lente, d'une application difficile, hasardeuse (car qui peut mesurer le futur et l'incertain ?) qui permet de n'être pas dupe d'un mot et de rechercher derrière celui-ci ce qui est à la base de tout les problèmes juridiques, les

intérêts primordiaux de sécurité, d'adaptation, du moindre effort à fournir, dont nous avons parlé précédemment.

Toutes ces solutions ne sont d'ailleurs que des applications spéciales de la solution depuis longtemps donnée au problème des universaux. Comme le disait déjà Guillaume d'Ostram, le chef des nominalistes au XIV^e^ siècle, « l'universel est un son de voix, un mot écrit ou tout autre signe soit conventionnel, soit d'un usage arbitraire, signifiant à la fois plusieurs singuliers. Le signe est lui-même une chose singulière, il n'est universel que représentativement, de sorte qu'être en tant qu'universel consiste uniquement à représenter, à signifier plusieurs choses à la fois » (1). Ce sont des vérités élémentaires que la nature de notre esprit, incomplètement adapté aux choses, nous fait quelquefois oublier.

(1) Cité par Haureau, *Philosophie scolastique*, t. II, 2^e^ partie, p. 423. — V. de même l'importance signalée de cette théorie au point de vue de la notion de personnes morales, dans Cunet, *Les associations*, t. I, p. 338 et suiv.

CHAPITRE X

L'INTÉRÊT FUTUR

Le souci des intérêts futurs peut se présenter dans le droit sous deux formes, selon qu'il sera à plus ou moins longue échéance.

Les hommes d'une époque quelconque peuvent avoir conscience qu'à un moment donné, il sera de leur intérêt d'avoir tel ou tel avantage. Un individu prévoit qu'il aura peut-être besoin plus tard d'acquérir les immeubles voisins pour agrandir son usine, qu'il aura besoin, dans un certain nombre d'années, de sommes importantes pour assurer l'établissement de ses enfants.

D'un autre côté les hommes peuvent se préoccuper des intérêts des générations futures : les protéger dans leur vie par des mesures contre les suppositions de part, les avortements, les protéger par des mesures en vue de leurs besoins matériels ou moraux, par la création d'établissements pour les pauvres, les malades, les vieillards, par l'ouverture d'établissements d'instruction, par des mesures touchant davantage au droit privé : fondations, donations, legs au profit de personnes à naître, dotalité, substitutions, clauses d'inaliénabilité permanente ou de longue durée, etc.

Dans les deux cas, le souci des intérêts futurs ne se présente pas en fait avec cette netteté que l'étude, en isolant les éléments les uns des autres, nous permet de lui donner. En pratique, la plupart du temps les intérêts présents se trouvent protégés en même temps que les intérêts futurs. C'est ainsi que les travaux publics, les constructions privées même sont de nature à servir aux générations futures, comme aux générations présentes. Et bien souvent dans des opérations juridiques, ou même dans de simples faits,

l'intérêt qu'y trouveront nos descendants se trouve masqué par celui que nous y trouvons dès maintenant.

Si l'on arrive cependant à isoler par la pensée la protection des intérêts futurs, on voit qu'elle se présente sous deux formes. On peut avoir simplement, dans la loi ou un contrat, réservé la possibilité pour un avenir quelconque de modifier telle ou telle règle. C'est le cas lorsque l'on fait un acte sous condition potestative ou soumis à une éventualité, lorsqu'on se réserve ou lorsque la loi vous assure la faculté de modifier un contrat ou de le rompre par volonté unilatérale, avec ou sans indemnité (art. 1780, 1794, 2004, C. civ.). C'est le cas lorsque des associés ou des sociétaires ont le droit de demander la dissolution anticipée d'une société ou d'une association.

L'intérêt protégé ici, c'est le besoin de réarrangement social dont nous avons parlé. Il n'y a donc rien à ajouter quant à son importance et quant aux difficultés qu'il soulève.

Il y a au contraire l'hypothèse où on veut protéger un intérêt futur en imposant dès maintenant un certain mode de protection, en donnant à la défense de celui-ci une armature rigide, de telle sorte qu'il en résultera un état de droit fatal, pouvant être invoqué par les principaux intéressés et non une simple permission, une simple possibilité d'agir dans un sens donné lorsque la forme dans laquelle est assurée la sauvegarde d'un intérêt futur est ainsi arrêtée par avance ; alors des biens sont déclarés inaliénables, frappés de dotalité, de substitutions, attribués sous des conditions casuelles ou mixtes, ils sont consacrés à une fondation. C'est le cas aussi lorsque des personnes morales détiennent d'importantes réserves qui seront employées dans l'avenir ou dont les revenus recevront à perpétuité une certaine destination : récompenser certains mérites, secourir les malades.

La constitution de ces patrimoines en sommeil, de ces demi-mainmortes ou des mainmortes véritables est une des formes de la recherche de la sécurité statique, recherche d'ordre supérieur, il est vrai, car la préoccupation de l'avenir paraît bien un des côtés les plus élevés d'une civilisation. On veut prolonger un cer-

tain état de fait, on veut assurer des ressources à des personnes qui vivront plus tard. Cette sécurité statique présente les mêmes avantages et soulève les mêmes objections ici que partout ailleurs.

Au total donc, protéger les intérêts futurs, assurer l'avenir, cela offre les mêmes difficultés que d'assurer le fonctionnement de l'ordre et du mouvement dans le domaine des intérêts actuels. Seulement à mesure que l'acte visant l'intérêt futur est à plus longue échéance, la préoccupation du mouvement, de l'adaptation au devenir social présente plus d'importance, comme pour une poutre à longue portée, la possibilité de fléchissements apparait plus considérable.

Il y a divers moyens pour assurer cette adaptation ; le plus connu est souvent le coup de maître exécuté par l'Etat ou par tout autre puissant et qui consiste à modifier la destination primitive d'un patrimoine. Cette sorte de coup d'Etat répond à l'adaptation, mais détruit la sécurité. Il est cependant devenu maintes fois indispensable, car l'homme a si courte vue qu'il se figure naïvement que l'éternité des choses, besoin de son esprit, se projette sur les faits qu'il regarde et que la situation qu'il a devant les yeux ne changera pas. De là à certains moments, dans les opérations à longue durée, des dissonances aiguës entre ce qui est établi et les besoins qu'il s'agit de satisfaire. Cependant par éclaircies, on a conscience de cette nécessité de s'adapter au renouveau éternel des choses. Sans parler du besoin de modifier les fondations qui aujourd'hui préoccupe la doctrine (1), nous voyons le souci de ménager les intérêts futurs se présenter sous deux formes.

Dans certains cas la loi autorise les contrats perpétuels et en permet non pas une modification, mais une destruction : d'après l'article 1911 du Code civil, la rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable, et il en est de même des rentes consti-

(1) V. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1900, p. 100 (Rapp. de M. Saleilles), p. 302 et suiv. (Rapp. de M. Larnaude), p. 445 (Projet définitif, art. 18) ; Jean Escarra, *Les fondations en Angleterre*, p. 205 et suiv.

tuées pour la vente d'un immeuble (art. 530). Dans le même esprit, d'après l'article 1869 du Code civil, la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties est applicable dans les sociétés à durée illimitée. Ou encore l'article 1780 du Code civil, développé par la jurisprudence, permet de rompre le louage à durée indéterminée dès qu'il y a une cause légitime. Les tribunaux ont admis dans un domaine voisin, celui des sociétés perpétuelles, que l'associé pouvait se retirer en cédant sa part (1).

Le second système consiste à interdire certains contrats au delà d'une certaine durée. C'est ainsi que la célèbre loi des 18-29 décembre 1790 a interdit les baux pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans. De même le réméré est interdit pour plus de cinq ans (art. 1660). De même les substitutions permises ne sont possibles qu'à un seul degré (art. 1048, C. civ.).

En présence de cette défiance justifiée à l'égard des actes juridiques à longue portée : prohibition, limitation, faculté d'adaptation, de ces violations dont ces actes sont nécessairement victimes, il convient de se demander si le plus sage ne serait pas d'interdire toute opération juridique à longue durée. Mais cette solution même n'est pas acceptable. L'homme que la soif de l'infini tourmente, n'est dirigé dans l'action que par la perspective de réalisations infinies : justice à établir de façon complète, pauvres à secourir dans tous les âges à venir, etc. Lui interdire les actes à longue portée, le limiter dans le présent ou un avenir trop court, c'est supprimer un important ressort d'action, c'est refuser à admettre un système de sécurité statique dans le cas où il a le plus de valeur : servir de levier à l'action. Il est probable que ce problème de la protection de l'intérêt futur ne sera jamais bien résolu. Il en est ici comme de la charité qu'il est utile de faire, mais qu'il est si difficile de bien faire. Il sera toujours utile pour faire agir l'humanité de lui offrir la perspective d'entrepri-

(1) V. Chambéry, 20 fév. 1905, *Rev. de dr. civ.*, 1905, p. 383.

ses à longue durée, de grandes choses, mais à l'exécution elles ne rendront pas le résultat espéré ou devront être profondément modifiées. Là encore le droit ne peut offrir que des systèmes transactionnels.

Quelle que soit la façon dont on traite les intérêts futurs, il s'agit de savoir quelle place on leur fera par rapport aux intérêts présents. L'intérêt futur n'apparaît pas toujours à la foule (1), cependant il faut bien faire abstraction de ce fait, sous peine de tomber à une complète étroitesse de vues. Mais une fois placé sur le terrain objectif, tout n'est pas tranché. Etant donné les continuels changements des esprits et des choses, j'ai montré combien il était difficile de prévoir si on donnerait satisfaction véritable aux intérêts futurs. Comment comparer cet incertain à l'intérêt immédiat ? Cela ne peut être que par une valeur que nous prêtons à l'intérêt futur et incertain, que par une espérance de vivre encore à ce moment futur ou un intérêt spécial que nous portons à l'avenir. L'appréciation subjective a donc ici une place énorme, elle ne peut pencher sûrement pour l'intérêt avenir que par une véritable hypnotisation de la pensée, une foi, au sens large du mot. Le calcul est non dans tous les cas, mais dans beaucoup incapable de préciser la valeur relative de ces deux données en présence. En prétendant le contraire, en affirmant dans bien des cas la nécessité de sacrifier à l'intérêt futur, naïvement on fait non pas œuvre de science, mais on prêche, comme il faut prêcher pour faire agir.

Plus grave encore est la question de savoir s'il est permis de faire des actes juridiques où l'intérêt des générations futures trouvera seul son compte, sans aucun avantage pour celles actuelles. La question s'est présentée devant la jurisprudence à propos de substitutions contenant une clause prescrivant la capi-

(1) V. Izoulet, *loc. cit.*, p. 410.

talisation des revenus au profit du substitué (1). Elle peut tout aussi bien se poser à propos d'une fondation dont le capital est primitivement insuffisant et qui sera placé un certain nombre d'années pour pouvoir suffire aux dépenses désignées. Malgré les difficultés que présente cette question, il paraît acceptable, dans cette éternelle lutte entre la sécurité et le devenir, de s'en tirer par une transaction, d'admettre cette capitalisation dans la mesure où on accepte les inaliénabilités, point sur lequel la jurisprudence a encore trouvé un tiers parti bien connu entre la prohibition et l'autorisation complète de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité.

Le souci des intérêts futurs apparaît donc comme ces choses recommandables, comme répondant à un instinct des plus élevés, celui de la prévoyance, mais dont il ne faut s'occuper qu'avec circonspection, tant notre psychologie et les faits se modifient.

L'avenir a toujours été la boîte de Pandore de l'humanité, il ne faut pas la lui enlever. L'homme aspire à se continuer loin dans le futur, pour prolonger sa chétive vie terrestre. On ne peut le négliger. Mais comment préparer l'avenir ? En bâtissant si solidement, les maîtres d'œuvres du moyen âge ont gratifié les époques postérieures de châteaux si incommodes. En bâtissant à la légère, des époques éprises d'élégance, de trop de raffinement ont privé nos yeux de tant de merveilles.

(1) V. Caen, 15 novembre 1906, D. 1907.2.265 avec la note de M. Planiol, S. 07.2.313 avec note ; et sur pourvoi, Cass., 6 mars 1908, D. 09.1.285 avec les conclusions de M. Feuilloley. Ces décisions ont considéré la capitalisation comme licite. — *Contrà*, Alger, 20 janvier 1870, D. 70.2.143.

CHAPITRE XI

L'INTÉRÊT MORAL

Le droit a de tout temps tenu compte de l'intérêt pécuniaire. Mais la question de la place à faire à l'intérêt moral a toujours donné lieu à plus de difficultés (1). Et c'est précisément le moyen de fixer cette place, dans une certaine mesure, que nous voulons ici rechercher. Car la reconnaissance des intérêts moraux, leur protection préventive ou par voie d'indemnité est évidemment à désirer. Du moment que le droit protège tous les intérêts importants, il ne peut se refuser à défendre les intérêts moraux qui le sont autant que les autres. C'est ce que Ihering a particulièrement bien développé et ce qu'il serait téméraire de reprendre après lui (2).

D'abord ce qu'il faut entendre par intérêt moral est assez peu précis. Presque tout intérêt en effet est moral par certains côtés et presque tout se ramène à un intérêt pécuniaire par certains côtés, si l'on prend les choses de haut. En effet le bien le plus

(1) La question de l'intérêt moral a donné lieu à d'assez importants travaux auxquels nous renvoyons : Ihering, De l'intérêt dans les contrats, *Œuvres choisies*, II, p. 145 et suiv. ; Chausse, De l'intérêt d'affection, *Revue critique*, 1895, p. 436 ; Dorville, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse de Paris, 1901 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, IV, p. 2871. — Cf. l'article 151 du Code civil suisse qui permet une indemnité pour le seul dommage moral en cas de divorce et l'article 54, qui reconnaît le droit à indemnité équitable en cas de tort moral.

Nous ne voulons pas traiter ici cette question dans toute son ampleur, soit au point de vue historique, soit au point de vue théorique. Nous voulons seulement montrer les conflits qui peuvent s'élever entre le principe de la réparation du dommage moral et les autres principes admis.

(2) V. *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, II, p. 154 et suiv.

talisation des revenus au profit du substitué (1). Elle peut tout aussi bien se poser à propos d'une fondation dont le capital est primitivement insuffisant et qui sera placé un certain nombre d'années pour pouvoir suffire aux dépenses désignées. Malgré les difficultés que présente cette question, il paraît acceptable, dans cette éternelle lutte entre la sécurité et le devenir, de s'en tirer par une transaction, d'admettre cette capitalisation dans la mesure où on accepte les inaliénabilités, point sur lequel la jurisprudence a encore trouvé un tiers parti bien connu entre la prohibition et l'autorisation complète de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité.

Le souci des intérêts futurs apparaît donc comme ces choses recommandables, comme répondant à un instinct des plus élevés, celui de la prévoyance, mais dont il ne faut s'occuper qu'avec circonspection, tant notre psychologie et les faits se modifient.

L'avenir a toujours été la boîte de Pandore de l'humanité, il ne faut pas la lui enlever. L'homme aspire à se continuer loin dans le futur, pour prolonger sa chétive vie terrestre. On ne peut le négliger. Mais comment préparer l'avenir ? En bâtissant si solidement, les maîtres d'œuvres du moyen âge ont gratifié les époques postérieures de châteaux si incommodes. En bâtissant à la légère, des époques éprises d'élégance, de trop de raffinement ont privé nos yeux de tant de merveilles.

(1) V. Caen, 15 novembre 1906, D. 1907.2.265 avec la note de M. Planiol, S. 07.2.313 avec note ; et sur pourvoi, Cass., 6 mars 1908, D. 09.1.285 avec les conclusions de M. Feuilloley. Ces décisions ont considéré la capitalisation comme licite. — *Contrà*, Alger, 20 janvier 1879, D. 79.2.143.

CHAPITRE XI

L'INTÉRÊT MORAL

Le droit a de tout temps tenu compte de l'intérêt pécuniaire. Mais la question de la place à faire à l'intérêt moral a toujours donné lieu à plus de difficultés (1). Et c'est précisément le moyen de fixer cette place, dans une certaine mesure, que nous voulons ici rechercher. Car la reconnaissance des intérêts moraux, leur protection préventive ou par voie d'indemnité est évidemment à désirer. Du moment que le droit protège tous les intérêts importants, il ne peut se refuser à défendre les intérêts moraux qui le sont autant que les autres. C'est ce que Ihering a particulièrement bien développé et ce qu'il serait téméraire de reprendre après lui (2).

D'abord ce qu'il faut entendre par intérêt moral est assez peu précis. Presque tout intérêt en effet est moral par certains côtés et presque tout se ramène à un intérêt pécuniaire par certains côtés, si l'on prend les choses de haut. En effet le bien le plus

(1) La question de l'intérêt moral a donné lieu à d'assez importants travaux auxquels nous renvoyons : Ihering, De l'intérêt dans les contrats, *Œuvres choisies*, II, p. 145 et suiv. ; Chausse, De l'intérêt d'affection, *Revue critique*, 1895, p. 436 ; Dorville, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse de Paris, 1901 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, IV, p. 2871. — Cf. l'article 151 du Code civil suisse qui permet une indemnité pour le seul dommage moral en cas de divorce et l'article 54, qui reconnaît le droit à indemnité équitable en cas de tort moral.

Nous ne voulons pas traiter ici cette question dans toute son ampleur, soit au point de vue historique, soit au point de vue théorique. Nous voulons seulement montrer les conflits qui peuvent s'élever entre le principe de la réparation du dommage moral et les autres principes admis.

(2) V. *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, II, p. 154 et suiv.

matériel, un champ, un livre est pour moi une source de plaisirs par l'usage dont il est susceptible, les souvenirs qu'il me rappelle. Et le plaisir tout idéal que me procure une miniature, un beau monument représente pour moi un intérêt qui a des côtés pécuniaires, comme celui que je puis avoir à commander, ou à obéir en évitant ainsi toute responsabilité.

Ce serait une conception souhaitable de tenir compte de tout plaisir moral, de toute douleur qu'une chose peut procurer, pour en faire la base d'un droit. Mais cette théorie, très bien adaptée à la réalité des choses, se concilie mal avec le besoin de sécurité, avec le caractère toujours un peu objectif que doit revêtir le droit. Rien de plus variable en face d'un même événement que la douleur éprouvée par des personnes même de situation identique. Et d'autre part quelle difficulté dans la preuve ! Comment calculer exactement ou même approximativement le plaisir que procure un bien à tel individu, la douleur que lui cause sa privation ? Rien de plus difficilement conciliable avec le principe d'économie de temps et d'activité, avec l'idée de sécurité, qui suppose qu'il y a dans l'étendue de chaque droit une base d'appréciation un peu fixe.

Le droit se trouve donc appelé à faire des estimations objectives des plaisirs ou douleurs que chacun peut éprouver. C'est-à-dire que l'on fait des moyennes, et l'on estime approximativement, étant donné la condition sociale, les divers indices d'ordre constatable qui entourent chacun : estime publique, profession, âge, etc. les sentiments qu'il a dû éprouver. Ce pas étant fait, on a simplifié, par suite on a forcé quelque peu les faits, mais on est passé du terrain psychologique des sentiments sur le terrain social, économique, ou juridique des intérêts.

Placé sur cette base plus solide, du moins en apparence, le droit s'est trouvé en face d'intérêts matériels et d'intérêts moraux, pour employer les expressions courantes. Les intérêts matériels ne le sont au fond que de nom. Leur qualification n'est méritée que parce qu'ici un bien matériel est lésé, et c'est par son intermé-

diaire que l'on est moralement atteint (1). Les intérêts moraux supposent un droit qui est susceptible d'être lésé sans qu'un bien corporel le soit, comme l'honneur, le nom, le respect des morts, les affections légitimes, etc.

Les premiers, les intérêts matériels se liant à la présence d'objets matériels, sont susceptibles d'une réparation au moins approximative. Si aucun objet n'est peut-être absolument identique à un autre, nombreux sont ceux qui sont semblables, comparables, et l'argent est souvent entre les biens un terme de comparaison commode. Mais il ne joue au fond ce rôle que de façon imparfaite. Sans entrer dans la théorie économique de la valeur dont les difficultés viennent précisément de là, remarquons que les objets n'ont une valeur précise qu'à raison de leur communauté qui permet d'établir pour eux une sorte de cours. Les objets rares, les pièces uniques n'ont qu'un prix approximatif ou indéterminé. Que vaut telle œuvre unique d'un grand artiste ? Que vaut tel monument ?

En dehors de cette sorte de valeur marchande des choses, il faut tenir compte de ce qu'elles peuvent avoir une valeur morale. Une propriété de famille a une valeur spéciale. Un ancien diplôme, une correspondance, outre leur valeur de papiers curieux pour collectionneurs, peuvent avoir une valeur particulière pour les descendants de ceux qu'elles concernent. Un portrait ancien n'est pas autant qu'un portrait de famille. Dans un intérêt lié à un objet matériel, il peut donc y avoir, outre une valeur vénale, une valeur morale, en se plaçant toujours pour apprécier celle-ci au point de vue des sentiments ordinaires : ceux qu'un descendant a d'ordinaire pour un ancêtre par exemple.

D'autres intérêts ne sont mêlés directement à aucun objet matériel comme l'honneur, le droit au nom, les droits de famille, les droits civiques. Ici il est impossible de distinguer une valeur com-

(1) Il se passe ici quelque chose d'analogue à ce que tous les jurisconsultes ont observé pour les droits dits corporels. En réalité tous les droits sont incorporels.

merciale, il n'y a plus qu'une valeur toute morale, pure d'un alliage matériel direct.

A côté de ces intérêts, en restant toujours dans le domaine d'une appréciation objective et moyenne, il y en a d'autres qui, à la différence des précédents, ne sont plus susceptibles d'appropriation privée. L'honneur est à une personne, non à une autre, un droit de tutelle est au tuteur et à aucun autre.

Mais dans le milieu social, naturellement vibrant, et que pour cette raison on qualifie de solidaire, tout acte d'un seul se répercute sur autrui de façon plus ou moins lointaine : un crime trouble toute une population, le propriétaire d'une construction artistique ancienne qui la détruit émeut tout un monde d'amateurs de vieilles choses, si bien que pour empêcher ces faits, il se forme des sociétés nombreuses. Il y a ainsi des actes qui atteignent en chaque individu des intérêts accessoires : c'est peu, semble-t-il, pour quelqu'un de ne plus contempler dans sa ville quelque silhouette ventrue de maison à façade sculptée, mais cette piqûre d'épingle se répétant sur des individus nombreux, finit par produire une lésion importante. La plupart des grands intérêts publics sont des sortes de madrépores qui accumulés par milliers prennent une importance colossale. Il y a encore les atteintes portées à des droits d'ordre matériel sans qu'il y ait préjudice matériel, dont les tribunaux tiennent compte (1). Enfin, il y a les affections légitimes (2).

Que peut faire le droit toujours un peu raide qu'il est, en face de faits si divers et si nuancés. Il ne peut évidemment donner que des approximations peu heureuses.

Il se trouve en face de deux ordres de difficultés, dont on n'a-

(1) V. note Poitiers, 24 décembre 1909, *Gaz. Pal.*, 1909.2.677 et la note.

(2) V. sur la distinction de l'intérêt moral et de l'intérêt d'affection Labordo, *Revue critique*, 1894, p. 26. — Cf. sur la protection de cet intérêt, Mataja, *Das Recht des Schadenersatz nach dem Standpunkt der Nationalökonomie*, p. 135.

perçoit pas d'ordinaire le lien : la question de la réparation du dommage moral et celle de la recevabilité des actions exercées soit par des personnes non intéressées matériellement, soit par des associations.

Si le droit s'occupe de la réparation du dommage moral, le cercle des personnes pouvant demander réparation se trouve naturellement élargi, et dans bien des cas un même acte, au lieu de léser un seul individu, se trouvera donner lieu à une infinité de droits L'acte à effets juridiques se trouvera diffusé dans ses conséquences.

Le problème se trouve également difficile à résoudre de quelque côté qu'on l'aborde.

Peut-on réparer un dommage moral ? Nous avons déjà vu que la réparation d'un préjudice matériel ne se fait que par à peu près. A mesure que l'on s'engage dans la réparation d'un dommage moins matériel que moral, on se heurte à de plus grandes difficultés. Comme on l'a fait justement remarquer (1), il ne s'agit plus ici que d'avantages satisfactoires compensés avec un préjudice, et on s'écarte de la réparation. C'est évidemment une question de plus ou de moins. Presque tout dommage est irréparable, ineffaçable, à y regarder de très près. Aussi il ne semble pas qu'aux époques où on a l'habitude des notions un peu fines, des nuances, on puisse s'arrêter à cela. C'est pourquoi en fait la réparation du dommage moral paraît appelée à se développer, bien que l'argent ne puisse être qu'un équivalent des plus imparfaits et parfois même choquant pour une affection atteinte, un manquement au respect des morts, une diffamation.

Mais on arrive à un résultat capital en tenant compte du dommage moral, soit que l'on permette d'en faire la base d'un délit ou d'un quasi-délit, soit que l'on admette l'existence d'obligations contractuelles correspondant à un intérêt simplement moral ou d'affection : on élargit considérablement le domaine du droit puis-

(1) V. Dorville, *L'intérêt moral dans les obligations*, p. 10 et suiv., 50 et suiv.

qu'on le charge de protéger même des intérêts moraux. Si on pense qu'il doit donner satisfaction aux diverses aspirations humaines, cela est logique, car l'homme ne vit pas seulement de pain, et il a autre chose en vue que ses intérêts pécuniaires. Les idées, les affections ont aux yeux de tous une importance considérable.

Le caractère juridique donné à l intérêt moral produit une autre extension du droit. Le nombre des individus appelés à faire valoir un même droit protecteur d'un intérêt moral s'élargit tout naturellement. Mais l'intérêt isolé, surtout s'il est simplement moral, est souvent timide, hésitant, aussi assiste-t-on ici surtout à ces coagulations d'actions individuelles, à ces divers recours juridictionnels exercés par les syndicats et groupements analogues. N'entrons pas dans les difficultés que présente la recevabilité de ces actions (1).

Quels seraient les rapports de cette consécration des intérêts moraux avec les autres principes directeurs qui gouvernent le droit privé.

Notons d'abord que le développement des droits moraux porte naturellement à la syndicalisation des actions.

La reconnaissance des intérêts moraux et des intérêts d'affection enlève beaucoup de portée pratique au vieil adage rigoriste : pas d'intérêt, pas d'action. Il est bien plus facile de le rejeter si on peut invoquer un intérêt moral. Et si le droit doit se modeler sur la réalité, ne pas fixer *a priori* certains intérêts comme seuls légitimes, la règle devient presque sans objet. Un archéologue pourra invoquer le préjudice que lui cause la démolition d'une construction pittoresque, une exploitation industrielle dans un site agréable. Les droits deviendront « populaires » au

(1) V. sur ce point, Jean Escarra, *Recevabilité des recours juridictionnels exercés par les syndicats et groupements analogues* et *infrà* la dernière partie.

sens que l'on donne à ce mot dans les actions populaires du droit pénal romain. Chaque droit s'étendra infiniment dans ses sujets.

Il y aura une solidarité entre des groupes considérables de personnes. Mais ces intérêts considérés isolément seront très faibles, trop faibles souvent pour qu'un seul se décide à en user. De là l'idée toute naturelle de les réunir en un faisceau par un groupement qui exercera l'action. C'est précisément la syndicalisation des actions. Celle-ci tend en effet à se produire dans tous les cas où diverses personnes auront été lésées légèrement, mais de façon identique : acte d'une personne de nature à jeter le discrédit celles qui exercent une même profession. Elle tend au point de vue social à favoriser cette tendance qui n'est ni étatiste, ni proprement individualiste : le mouvement syndicaliste, c'est-à-dire l'organisation sociale par corps, corporations ou syndicats, c'est-à dire par des puissances collectives non souveraines, ce qui les différencie de l'Etat.

L'effet principal de la protection des intérêts moraux, c'est de favoriser la sécurité. Un homme tenant à ses idées, à ses sentiments comme à ses biens, on empêche qu'il ne soit heurté par un côté qui lui est très sensible, on arrive à lui assurer mieux le petit cercle où il se trouve souverain et libre. Mais cette protection ne peut ordinairement être conçue que comme donnant une sécurité statique. Et elle peut se trouver en face d'un sentiment de sécurité dynamique correspondant. Il y a alors une contradiction qu'il faut résoudre entre le légitime désir d'un individu de n'être pas diffamé même par la postérité, de n'être pas lésé dans son honneur et le droit de l'historien de tout dire, le droit de discuter les faits pour établir la vérité.

Il y a de même contradiction entre le respect dû au foyer familial et l'utilité à propager des idées nouvelles même subversives. La protection de la sécurité statique est comme toujours en opposition avec l'intérêt de réarrangement social. En même temps que se produit ici l'effet naturel de toute admission d'une règle de droit précise pour les possédants, que l'on développe la sécurité

statique, par ailleurs la loi civile se trouve amenée facilement ici à agir à la manière du droit pénal. Rien ne voisine tant que les théories de peine privée et de réparation du dommage moral. L'indemnité n'ayant ici qu'une fonction satisfactoire, c'est-à-dire ayant une base assez incertaine, la satisfaction psychologique accordée n'étant pas mesurable, on est vite entraîné à admettre que la réparation devra être suffisante pour détourner de recommencer et le législateur est même porté dans certains cas à fixer lui-même le montant de l'indemnité, ce qui est alors tout à fait d'une peine privée (V. art. 117, C. pén. pour le cas de violation de la liberté individuelle où les dommages-intérêts ne peuvent être moindres de vingt-cinq francs par jour de détention arbitraire) (1).

Par un autre côté la force du droit se trouve accrue. Le nombre des personnes pouvant agir dans un cas déterminé étant plus considérable, les chances de voir le droit respecté augmentent. Si un donateur peut agir en exécution des charges imposées en faveur d'un tiers, si des médecins peuvent agir en cas de délits commis par l'un d'eux, le droit a plus de chance d'être sanctionné s'il est violé.

Par contre, comme on pouvait s'y attendre, la protection des intérêts moraux augmente les risques que crée l'activité, d'autant plus que non seulement on est exposé à une condamnation en cas de préjudice moral causé, mais que cette condamnation a nécessairement quelque chose d'arbitraire qui serait éminemment dangereux si les lois de l'imitation ne venaient jouer ici leur rôle adoucissant et estomper les angles redoutables de la théorie.

En même temps, et à raison même du caractère arbitraire de la satisfaction donnée, l'idée de justice conçue comme égalité du préjudice et de la réparation se trouve exclue et presque fata-

(1) V. sur le lien très étroit entre ces idées de réparation du dommage moral et de la peine privée, Dorvillo, *op. cit.*, p. 346 et suiv. ; Huguenoy, *L'idée de peine privée*, p. 65 et 57 et suiv., p. 238 et suiv.

lement remplacée par une idée un peu pénale de justice : celle de responsabilité fixée d'après la culpabilité d'une personne.

En outre, toute reconnaissance d'un nouveau domaine où le droit fera sentir sa force est évidemment une source de complications, elle nuit à l'économie de temps et d'activité. Elle amène des luttes et le droit, qui est surtout contrainte, par cela seul qu'il prétend étendre son empire sur un plus vaste domaine, est exposé à perdre de sa force, à ne plus pouvoir frapper qu'exceptionnellement, ce qui est une des formes les plus fréquentes d'arbitraire dans toutes les civilisations.

Recherchons sur quel terrain ces idées opposées peuvent en grande partie se concilier. On peut dire que logiquement, comme transaction entre des idées diverses : d'une part le besoin de tenir compte du dommage moral et de l'intérêt moral privé, d'autre part l'impossibilité d'une suffisante prévention par des interdictions ou autorisations préventives, enfin les inconvénients à établir un trop large cercle de personnes pouvant prétendre à faire réparer un dommage subi, on arrive à la restauration de la peine privée. Nous ne voulons pas ici indiquer quelle est son histoire (1). Mais précisément par sa nature même qui est d'être assez fixe (2), elle évite l'arbitraire trop grand. Elle évite des calculs souvent difficiles sur le taux de l'indemnité, et par là elle satisfait à la loi de l'économie de l'effort (3) ; par son élévation, elle donne pleine satisfaction à l'intéressé, et par cela même elle porte à rétrécir le cercle de ceux qui peuvent la réclamer. Elle n'est accordée qu'à un seul ou à un groupe personnifié, ce qui empêche de multiplier les procès et respecte encore à ce point de vue la loi de l'économie de l'effort. Enfin, par son caractère pénal, elle raréfie les actes dommageables par voie d'intimidation à l'égard des imitateurs possibles. Ainsi, par une singulière fortune, elle groupe sur un terrain nouveau des avantages réclamés par des

(1) V. sur ce sujet : Hugueney, *De la peine privée en droit contemporain.*
(2) Cf. sur ce point : Hugueney, *op. cit.*, p. 329.
(3) V. sur ce point : Ihering, *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, II, p. 157.

besoins différents, n'ayant contre elle que l'élévation à première vue un peu redoutable de son taux, qui la discrédite dans les époques qui veulent l'adoucissement de tout. Celle-ci en effet constitue un risque grave à courir pour ceux dont l'activité peut léser moralement autrui, risque atténuable toutefois par cette autre idée que le juge peut avoir un pouvoir d'appréciation entre certaines limites, pour tenir compte du degré de la faute. Heureuse transaction d'un arbitraire restreint. Cependant favorisant la sécurité statique, elle nuit à l'action, et ainsi une partie des *desiderata* échappe à son emprise.

CHAPITRE XII

CONCLUSION

> Nous touchons ici aux gouffres de l'esprit humain où l'on est ballotté d'une contradiction à l'autre. Arrivé là, on doit s'arrêter (Renan, *Dialogues philosophiques*, p. 147).

Ce rapide examen des principales idées qui entrent en jeu dans la théorie du droit privé nous permet de dégager avec plus de force nos conclusions.

La simplicité qui est un besoin de notre esprit (1) ne paraît pas la loi du monde extérieur. C'est un procédé pour acquérir la connaissance, un mode nécessaire de connaissance, une méthode d'enseignement, un moyen d'investigation, car l'hypothèse est la base de la découverte Rien ne dit, au contraire, que ce soit la loi des choses.

Les théories simplistes : le monde marchant vers le progrès, susceptible de perfectionnement indéfini, la solidarité, la fraternité se dégageant de plus en plus, nous paraissent exagérées tout autant que les théories duellistiques (si je puis forger ce néologisme) qui voient partout une lutte entre deux principes opposés : individualisme et socialisme, autorité et liberté, progrès et réaction, Etat et individu. Vraies comme approximations, méthodes d'enseignement, ces duels, si on les examine de près, sont des batailles entre des masses dont certaines parties se rat-

(1) Cf. Tarde, Les lois sociales, *Revue de métaphysique*, 1898, p. 342.

tachent ou s'opposent aussi bien à l'un qu'à l'autre des belligérants (1).

En présence de cette infinie complexité qui est la loi des faits, il arrive donc fatalement que les théories qui prétendent à une complète simplicité, à une unité rigoureuse, ne voyant qu'une chose, sont appelées à un échec très rapide et s'en iront peupler le cimetière des rêves humains déjà si rempli. Aussi a-t on depuis longtemps une vague conscience d'une opposition des choses dont il faut tenir compte. Les uns en font des constatations particulières (2). D'autres reconnaissent cette diversité, mais recherchent au-dessus d'elle une harmonie générale dans les résultats (3). D'autres arrivent finalement, cédant pour la forme simplement aux lois de notre esprit, à ne plus ramener tout qu'à « l'unité verbale la plus compréhensive et la plus large », à la généralisation philosophique qui résume le plus complètement et sous les termes les mieux appropriés l'infinie complexité des éléments divers sans les recouvrir entièrement (4). D'autres enfin cherchent à découvrir, au moins au point de vue technique ou à celui de la structure des droits, des permanences juridiques abstraites (5).

Aussi n'est-il pas étonnant que dans ces dernières années, un des théoriciens de l'Etat (6) constatait « les amalgames les plus déconcertants, les traces de la pénétration réciproques des doctrines adverses dans un grand nombre d'œuvres ». Il y voyait la preuve de l'incertitude persistante et croissante des idées.

Faut-il se résigner à un pareil état qui ne fournit satisfaction

(1) On trouvera un exposé très complet des théories simples ou dualistes sur le fondement du droit dans Boistel, *Philosophie du droit*, t. I.

(2) V. Lasalle, *A propos de la théorie de l'hérédité*, cité par Ihering, *Etudes complémentaires du droit romain*, t. IV, p. 93.

(3) V. Ihering, *Zweck im Recht*, p. 29. — Cf. Van den Eycken, *Méthode positive d'interprétation*, p. 333 ; Bouglé, La crise du libéralisme, *Revue de métaphysique*, 1902, p. 630.

(4) Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 163 et 164.

(5) V. Picard, *Le droit pur* ; et Roguin, *La règle de droit*.

(6) Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 529 et suiv.

ni aux besoins de simplicité de notre esprit, ni aux besoins d'action de la vie pratique et même morale qui appelle une règle ?

La société est tiraillée par des besoins opposés et divers, tenant aux besoins de sécurité et de changement, à l'économie de l'effort. Elle admet qu'il faut respecter la vie humaine, qu'elle a une valeur, et ce postulat établi, elle tue par la guerre, elle tue par la peine capitale, elle tue plus fréquemment (aussi on l'oublie trop) par l'insalubrité forcée de ses industries, par les accidents plus nombreux de sa vie toujours plus active.

Elle doit chercher à bannir la violence. Mais une paix trop grande est dangereuse, et il faut que les hommes soient prêts à défendre leurs droits, à rétablir, même par la force, des équilibres trop nettement rompus. On a à peine pitié de ceux qui n'osent le faire (1).

Elle doit développer l'esprit juriste, esprit de logique, mais en même temps, l'esprit critique qui voit la réalité (2).

De même pour la liberté que l'on qualifie d'indispensable à tout groupement civilisé (3), et ainsi en est-il de tout ce qu'elle respecte, vénère et attaque à la fois.

N'y a-t-il dans tout cela que matière à un jeu de l'esprit (4) ou le plus angoissant des problèmes ?

Je ne crois pas, comme l'exposait Bentham avec son sens très pratique (5), qu'il soit possible d'arriver complètement, d'une façon sûre et toujours la même, au classement des intérêts en présence : la sûreté et l'égalité devant se concilier avec le temps, l'égalité céder provisoirement à la sûreté.

Ce classement si certain qu'il tire de la psychologie ne nous

(1) V. les remarques de Sorel : Réflexions sur la violence, *Mouvement socialiste*, 1900, t. I, p. 20.

(2) V. Lévy-Ullmann, Programme d'introduction à un cours de droit civil, *Revue de droit civil*, 1903, p. 838.

(3) V. Schatz, *L'individualisme*, p. 317.

(4) Il ne daterait pas d'aujourd'hui, V. dans le livre de Laboulaye, *Le prince Caniche*, chapitre V.

(5) *Principes du Code civil*, chap. VI, XI et XII, éd. Dumont, t. I.

semble pas immuable, à la façon des vieilles lois classiques de l'économie politique orthodoxe. Ce serait plutôt un centre d'attraction dont on s'écarterait plus ou moins dans des sens divers. Je ne pense même pas qu'on puisse regarder la loi comme une notation sûre des diverses valeurs des intérêts en présence (1). Car ces valeurs leur sont en partie attribuées par notre tempérament propre (2) et ont par suite une certaine variabilité.

Dans l'opposition que les idées font naître à un moment donné, la loi de la simplicité de l'esprit fait voir une lutte où le vaincu sortira mort de l'arène. Erreur. Chacun des sentiments a sa base dans les besoins de notre nature et le vaincu a droit à une revanche. Comme aux jours de Saturnales, les esclaves allégeaient en peu de jours, le poids d'une longue obéissance, ainsi les idées qu'on rejette doivent prendre tôt ou tard une partie du terrain perdu. De ces résultats vient la satisfaction de désirs contradictoires dans une certaine mesure que complète l'illusion et l'espérance. D'ailleurs cette lutte n'est pas inféconde. On a remarqué déjà (3) qu'entre l'identité et la contradiction absolue, toutes deux stériles, il y a une chaîne d'intermédiaires en partie féconde. Des luttes des éléments qu'ils renferment, de leurs oppositions que la spéculation et l'expérience font apparaître, naît ce changement lent que nous nommons évolution, ou ces brusques ressauts des révolutions. Changement fatal, car l'équilibre est instable, chacun obtenant toujours trop ou trop peu. Ainsi dans le mouvement continuel qu'est la vie, comme dans la marche d'un être vivant, l'équilibre se réalise par des déséquilibres successifs et limités en sens divers. De la sorte, si l'on ne peut affirmer l'absolue perennité d'aucun jugement, beaucoup ne font que se modifier ou sont remis en valeur sous des noms divers. Et ainsi on s'aperçoit que pour penser d'une façon plus complète, il faut accepter certaines contradic-

(1) V. *contrà*, Van den Eycken, *Méthode positive d'interprétation*, p. 76.
(2) Cf. Haurlou, *Science sociale traditionnelle*, 102.
(3) Paulhan, La logique de la contradiction, *Revue philosophique*, 1910, p. 120.

tions (1), tenir solidement des principes opposés et qui ne peuvent être acceptés que comme des tendances générales, lesquelles, suivant les cas, prendront momentanément un immense empire par des conquêtes salutaires ou se rétréciront.

De là cette perpétuité de la lutte pour le droit (2).

Ainsi notre esprit qui aspire à la précision, le public qui demande à la science tant de recettes petites ou grandes pour arriver à des résultats précis, ne peuvent être satisfaits. Nous ne pouvons fournir cette précision. L'étude permet de se garer de certaines erreurs, sans fixer toutefois la vérité nette et certaine ; elle permet, de sentir qu'il doit y avoir un équilibre général, non pas cette paix doucereuse où chacun est tranquille, se reposant sur d'autres du bonheur collectif, mais plutôt la paix d'un soir de lutte ou celle de deux adversaires qui mesurent leurs forces ; on aperçoit une série de déséquilibres successifs qui se succèdent quelquefois par la violence, et dans des sens divers.

Mais que conclure finalement au point de vue pratique ? N'y a t-il pas à propos de ce terrain médian entre des principes divers certaines remarques à dégager ? Le conflit est-il toujours aigu entre des idées adverses ? Non. Les théories nées des besoins humains, bien que correspondant à une réalité objective sur laquelle il est difficile de se prononcer, apparaissent comme les arbres d'une forêt qui, peu nombreux à la base, se divisent et se subdivisent en de multiples rameaux qui s'entrecroisent. Parfois d'arbres opposés viennent des branches qui convergent au même point, mais parfois aussi les rameaux se séparent. Ainsi les subdivisions des mêmes théories tantôt se prêtent à des conciliations, à d'heureuses rencontres avec les théories différentes, et tantôt elles s'opposent ; la nature, le monde moral semblent réunir et faire vivre de force, en bonne ou mauvaise harmonie, des éléments complexes.

(1) Paulhan, *op. cit.*, p. 202. V. les exemples qu'il en donne à propos de Bossuet, de Friedel.

(2) V. Ihering, *La lutte pour le droit*. — Cf. Picard, *Le droit pur*, p. 200.

Est-il possible d'espérer que le cerveau humain soit un jour assez puissant pour réunir en un faisceau harmonieux les données sur lesquelles s'appuie le droit. Je ne le crois pas. Nous pouvons faire d'heureuses conciliations et même le caractère de milieu clos de toute société les facilite (1). Mais ayons conscience de leur imperfection, en nous souvenant de cette pensée de Montesquieu, dont il fait l'intitulé d'un chapitre : qu'il ne faut pas tout corriger (2). Malgré cela, réaliser ces conciliations, c'est là le beau rôle des juristes. Nous pouvons espérer, en coupant de côté et d'autre, faire vivre ensemble de gré ou de force des principes contraires. Sans doute on arrive ainsi à rendre le droit une science subtile, mais c'est là une nécessité, et comme le disait Montesquieu : « Il ne faut pas être étonné de trouver dans les lois des Etats [bien réglés] tant de règles, de restrictions, d'extensions, qui multiplient les cas particuliers et semblent faire un art de la raison même. » Cette subtilité qu'on a tant reprochée au droit, qui est un mal, peut préserver d'autres maux pires, et on peut la compenser, en donnant parfois des satisfactions aux besoins de simplification Comme le dit encore Montesquieu, seul le despote prétend tout gouverner par une allure générale et une volonté rigide. Sans doute ces complications sont souvent un défaut. « A mesure que les jugements se multiplient, la jurisprudence se charge de décisions, qui quelquefois se contredisent, ou parce que les juges qui se succèdent pensent différemment, ou parce que les mêmes affaires sont tantôt bien, tantôt mal défendues, ou enfin par une infinité d'abus qui se glissent dans tout ce qui passe par la main des hommes. C'est un mal nécessaire que le législateur corrige de temps en temps. »

N'appelons donc pas nos tentatives juridiques un équilibre, stable. La position des plateaux d'une balance n'est qu'un tour de force exceptionnel dans le monde physique. Le monde moral

(1) V. Hauriou, *Science sociale traditionnelle*, p. 122.
(2) *Esprit des lois*, t. XIX, chap. VI.
(3) *Esprit des lois*, livre VI, chap. I.

et le monde physique ne vivent que d'approximations, d'équilibres divers. Comme les saisons se font régulièrement par des phases atmosphériques d'une irrégularité sans nombre, ainsi au total le monde social peut s'équilibrer avec les aspirations les plus durables de l'esprit humain, par des déséquilibres constants et divers.

C'est la complexe loi de la vie que nous pouvons entrevoir, mais non pas préciser. C'est à cause d'elle que les diverses théories humaines entrevues par les maîtres, vues d'un regard hypnotisé par les disciples, ont toutes lamentablement décliné l'une après l'autre.

Que fera le droit, qui pousse la recherche jusqu'à prétendre résoudre l'infiniment petit des luttes quotidiennes pour en tirer la sécurité?

Il peut espérer faire d'ingénieuses constructions petites ou moyennes où il mêlera des matériaux divers de façon heureuse, il régularisera les conflits en en donnant la solution précise et temporaire, il pourra même répondre plus spécialement au goût d'une époque, et leur donner un style (2). Mais il ne pourra tout y mêler de telle sorte qu'il ne reste au dehors la force qui la fera s'effriter ou s'écrouler. Seulement de ces essais réitérés, de ces ruines amoncelées, il restera toujours quelque chose : il apparaîtra que certains besoins des hommes sont spécialement importants, bien que parfois on soit resté longtemps sans les satisfaire et que l'histoire des sociétés abonde en paradoxes, en déséquilibres qui ont parfois longtemps duré.

D'autre part le droit peut perfectionner sa technique, c'est-à-dire ses procédés pour atteindre parfaitement un but et surtout pour en atteindre divers simultanément, et c'est par là seul qu'il est certain qu'un progrès soit possible (1). Quelle est la valeur de ces buts ? C'est un autre point bien plus difficilement résoluble. En tous cas les arts comme le droit sont susceptibles surtout de se perfectionner sous ce rapport. En effet qui a défini le beau ? Et

(1) Cf. G. Sorel, *Les illusions du progrès*, p. 49.

(2) Pothier n'a-t-il pas l'élégance claire du style Louis XVI et les jurisconsultes du début du XIX^e^ siècle, toute la raideur du style Empire. Le droit comme l'art est lié à la civilisation qui le voit naître.

cependant il y a de belles œuvres qui ont été senties comme telles pendant des siècles.

Ce n'est pas tout. Ce n'est pas de quoi satisfaire le besoin d'infini qui est dans l'homme. Mais au-delà, dans le domaine de l'inconnu, où nous n'avons pas à dire la part d'inconnaissable, il reste ce que l'Antiquité avait, à défaut d'autre bien, laissé au fond de la boîte de Pandore : l'Espérance.

DEUXIÈME PARTIE

LA TECHNIQUE

I. — PRINCIPES

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE TECHNIQUE

Le droit idéal ou le droit positif sont obligés de tenir compte de deux choses : l'utilité objective ou les intérêts en jeu, et les idées subjectives. On se trouve ainsi amené, dans l'étude du droit, à étudier les intérêts qu'il protège et la volonté dont il est obligé de se préoccuper.

Il doit s'inquiéter de cette dernière, qui est à la base de tant d'opérations juridiques. Toutes les fois qu'il y a une volonté qui produit des conséquences juridiques, il doit examiner dans quelles conditions elle se forme. Ce travail peut se présenter à divers points de vue et dans tous les domaines du droit.

La volonté se trouvant créatrice de droit, il importe que l'on n'attache ce pouvoir créateur qu'à une volonté normale, libre (en prenant bien entendu ce premier terme dans son sens courant et non philosophique), pour qu'il soit fait une appréciation con-

venable des intérêts en présence. La loi peut et doit se préoccuper de protéger la liberté de la volonté, ce qui peut se présenter à divers points de vue, dans tous les domaines du droit. La liberté de la volonté peut se trouver assurée soit par des mesures préventives, soit par des mesures postérieures à la volition dont nous aurons plus loin à parler.

De même le droit a à se préoccuper, et c'est là la plus grande partie de son rôle, de la protection des intérêts.

Cette mission simple en apparence est extrêmement complexe dans la réalité : les intérêts étant souvent opposés, inconciliables, bien que tous respectables. Le droit est alors obligé de les classer de dire quelle importance il donnera à celui qui est certain en face d'un autre qui est incertain, à un intérêt personnel, ou à celui d'un groupe en face d'un intérêt dit général, c'est à-dire visant un grand nombre de personnes. A ce premier problème qui se rattache à la question générale du fondement du droit sur lequel nous avons déjà exprimé notre avis, s'en joint un autre, Les intérêts étant déterminés dans leur valeur relative, par quel procédé les protéger ? Ce problème de leur mode de protection, qui se présente à la fois sous l'aspect préventif et sous l'aspect répressif, au sens large du mot, est comme celui de la protection de la volonté, un problème de technique. L'ensemble des problèmes de ce genre forme toute la technique juridique.

Donnons-en d'abord la définition. La notion de technique a été indiquée par Savigny, mais de façon vague (1). Ihering lui a donné beaucoup plus de précision (2). « Je crois, dit-il, qu'il est possible de déterminer d'une manière absolue comment le droit se réalise. Ce n'est pas une question de fond du droit, mais une question de pure forme. Les droits divers se réalisent tous et partout de la même manière : leur contenu matériel est indifférent à la chose. Il y a sous ce rapport un idéal absolu que tout droit

(1) *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*, p. 8, 12 et 27.
(2) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. III, p. 15 et suiv.

doit chercher à atteindre, idéal qui, à mon avis, peut être ramené à la réunion de deux conditions. Le droit doit se réaliser: d'une part, d'une manière nécessaire, donc sûre et uniforme : d'autre part, d'une manière facile et rapide... Le but de la technique est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants. Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles du droit aux cas concrets ? »

Malgré l'autorité du grand jurisconsulte, nous craignons qu'il n'y ait dans cette définition de la technique une lacune et par suite une illusion sur sa valeur, qu'il qualifie lui-même d'absolue.

Il s'agit de savoir si le droit, qui est obligé d'emprunter des données très incertaines d'un subjectivisme très accentué à ce que nous avons appelé les fondements du droit, peut avoir du moins des procédés certains pour arriver à transformer en réalité les visées sociales générales.

Devons-nous trouver ici une construction scientifique solide, comme dans l'industrie, si l'on a pas des procédés infaillibles pour découvrir les minerais, on en a du moins, ceux-ci une fois découverts, pour les transformer en fonte, en acier, etc. ? Nous croyons que la technique est obligée de faire appel, à côté de la sécurité et du principe de l'économie de l'effort, à une troisième donnée, l'adaptation du droit aux circonstances imprévues. De la sorte, on fait rentrer dans la technique des difficultés analogues à celles qui se trouvent pour l'établissement du fond du droit. Aussi nous serons obligés également de repousser la définition donnée plus récemment. « La technique consiste dans un ensemble de procédés destinés à assurer l'application du droit de la manière la plus rapide et la plus complète (1). »

En voyant dans la technique uniquement une machine rapide

(1) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 717, 1re éd.

et sûre, donnant aux règles de droit une précision suffisante, agrandissant la sphère d'application des règles édictées, facilitant l'intelligence du droit par la systématisation et une terminologie rigoureuse (1), on va précisément à l'encontre de cette grande loi qu'il ne faut pas aller jusqu'au bout des principes, on forge un instrument qui va être précis, ce qu'il doit être, mais en même temps d'une large portée, ce qui peut être trop.

Il ne faut pas perdre de vue l'idée de Comte que la grosse difficulté est de concilier l'ordre et le mouvement. Il faut donc que la technique assure la rapidité de réalisation du droit, une certaine sécurité et en même temps la coexistence de principes divergents, soit en maintenant un équilibre instable, soit en réparant un certain déséquilibre par un autre, et je m'empresse d'ajouter que c'est évidemment par là que se trouve le côté le plus périlleux de sa mission, l'éternel défaut de la cuirasse par où se glissera ce mouvement ordinairement lent, encore indéterminé dans beaucoup de ses lignes que l'on nomme l'évolution (2). Nous nous contenterons donc de voir dans la technique l'étude qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire (3).

Un exemple d'application va rendre notre théorie plus nette.

Aux études de technique que nous voulons faire, il y a certains principes communs. Il y a d'abord celui du rôle respectif de la prévention et de la répression.

Le droit ayant décidé de protéger tel intérêt : par exemple celui d'un associé de prendre connaissance de toutes les opérations

(1) Cuq, *op. cit.*, p. 717. — V. de même : Gény, La technique législative dans la codification civile moderne, *Livre du Centenaire du Code civil*, t. II, p. 000 et suiv. — V. également Kohler dans Holtzendorff, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 6e éd., p. 10, *Rechts philosophie und Rechtstechnik* ; Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t. I, p. 138 et suiv.

(2) La notion s'en trouve encore imprécise même dans les sciences physiques et naturelles. — V. Delage et Goldschmidt, *La théorie de l'évolution*.

(3) Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 40.

sociales ou celui de ne tenir compte que d'une volonte suffisamment libre, faut-il le faire par des mesures préventives ou répressives seulement? Ce dernier terme devant ici être pris, bien-entendu, dans le sens de sanction pour comprendre toutes les mesures civiles ou pénales qui seront prises lorsqu'un acte contraire à l'intérêt protégé, c'est-à-dire au droit, se sera produit?

Le droit peut faire appel à divers procédés préventifs: le plus simple est la prohibition de certains actes qu'on juge contraire à certains intérêts ou insuffisamment voulus comme la prohibition de la voie parée en matière de gage ou la prohibition des prêts usuraires.

Le second est l'opposé du premier: c'est l'injonction. La loi voulant protéger tel intérêt ou telle volonté, donne un ordre qui lui donnera satisfaction. Ainsi la loi ordonne que des routes soient établies et entretenues pour faciliter la circulation, le droit administratif contient d'ailleurs ces injonctions plus fréquemment que le droit civil. Cependant celui-ci nous présente la protection des incapables par des représentants légaux, qui est un ordre d'établir une certaine organisation pour protéger les intérêts du mineur, de l'interdit, de l'aliéné enfermé.

En troisième lieu, la preuve. Pour protéger certains intérêts ou certaines volontés, la loi exige certaines preuves. Il faut démontrer que l'intérêt existe. On protégera par avance la volonté qui le manifeste, en établissant que tel mode de preuve seul sera admis: tantôt en prohibant tout autre mode, comme dans l'article 1352 du Code civil, tantôt au contraire en allant jusqu'à faire rentrer dans les conditions de fond d'un acte, certaines formes à observer: c'est le cas pour les actes solennels.

Le dernier procédé préventif que peut employer le droit, c'est la publicité: il consiste à exiger, pour protéger les intérêts des tiers, que certains actes soient portés à leur connaissance. Par rapport à celui qui la fait, la publicité est un mode particulier de preuve d'un acte. Mais ce n'est pas sa nature intime, laquelle se détermine par son but. La publicité protège les tiers qui ont intérêt à être avertis de telle ou telle situation.

Ces divers moyens préventifs ne sont pas équivalents. Les moyens préventifs ont en effet par nature un défaut : reposant sur cette présomption que tel événement regrettable pourrait se produire dans telle circonstance, ils établissent par là même une règle qui dans certains cas peut porter à faux. Aussi est-il à souhaiter en général qu'elles ne soient pas d'une portée absolue. Tarde supposait déjà cette idée (1), en faisant observer que tel doit être l'art du législateur civilisé : découper des règles égales, mais souples, qui se plient aisément à la taille des individus. Il n'est pas impossible, disait-il, de concilier l'uniformité et l'ajustement.

Cette idée importante quand il s'agit des interdictions ou des injonctions qui portera à ne pas les admettre, sans certaines exceptions passibles, sans des autorisations d'y déroger, l'est moins lorsqu'il s'agit au contraire de la preuve ou de la publicité. Car tandis que les prohibitions ou injonctions constituent des entraves à la libre activité, les preuves et la publicité ne sont que des entraves plus bénignes. Un système juridique de preuves et de publicité peut donc s'échafauder beaucoup plus facilement qu'un système d'injonctions ou de prohibitions, parce qu'il est d'une technique qui concilie la sécurité et les besoins nouveaux qui se produiront (2). C'est là un principe de technique.

Ces indications générales données, nous jugeons utile, pour ne pas retomber dans les points de vue déjà suffisamment développés, d'étudier d'abord la technique par rapport à ceux qui la mettent en œuvre. Nous étudierons la technique législative ou, de façon plus large, la technique des sources du droit, puis la technique jurisprudentielle, enfin la technique doctrinale.

(1) *Transformations du droit*, p. 6.

(2) Cf. sur cette idée que la perfection de la technique donne partout plus de liberté. Dunoyer, *La liberté du travail*, I, p. 24, cité par Schatz, *L'individualisme*, p. 201.

CHAPITRE II

LA TECHNIQUE LÉGISLATIVE

La technique des sources a pour but de déterminer d'abord quelle importance il convient de donner à chacune des sources du droit et principalement : les lois sous forme de codes ou de lois spéciales et la coutume (1).

Elle est dominée par la lutte des principes de sécurité et de transformation sociale.

Le premier conduit à établir des sources de droit de manière à fixer le droit applicable de la manière la plus précise possible. Il fait naturellement préférer la loi écrite à la coutume ou aux autres sources du droit, qui sont presque fatalement un peu incertaines. Il conduit même à préférer les lois codifiées aux lois spéciales, les premières en effet sont d'une systématisation qui en rend la connaissance et la compréhension plus facile ; elles présentent moins de lacunes,on y constate en général le germe d'une réglementation de toute la matière juridique.

Nous ne reprendrons pas ici la discussion épuisée sur les mérites de la codification et les avantages qu'elle présente en dépit de certains inconvénients qui peuvent être sinon supprimés, du moins atténués. Il suffit de rappeler ce point bien connu (2).

(1) Consultez spécialement sur ce point la belle étude de M. Gény, La technique législative dans la codification civile moderne. *Livre du Centenaire du Code civil*, t. II, p. 989 et suiv., auquel nous nous abstiendrons de renvoyer pour chaque passage.

(2) V. not. à ce sujet, les deux écrits célèbres, Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung* ; Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* ; Bentham, De la codification,

Au point de vue de la structure interne de la législation, elle conduit à rechercher les formes les plus complètes de la matière législative à traiter, par la multiplicité des solutions exprimées ou en germe, ce qu'on obtiendra plus facilement par des abstractions ou généralisations. On visera à la précision des termes et au besoin par l'emploi d'un vocabulaire toujours identique, on donnera des définitions, classifications pour enfermer tous les cas possibles.

A côté de cette précision de la loi, il y a son aptitude à être saisie par ceux qui l'appliquent. Et alors il conviendra de remplacer de nombreuses solutions de détail par des principes généraux (1). Il faudra en même temps chercher des principes faciles à saisir et s'éloigner de l'expression alambiquée, prendre les termes dans leur langage courant. Cependant si on vise surtout à la richesse du contenu, il ne faudra pas s'effrayer des formules ayant un caractère doctrinal, si elles contiennent plus de choses (2). Il conviendra de publier les travaux préparatoires, si on pense qu'ils pourront éclairer le sens du texte. On pourra même établir un commentaire officiel (3).

Si au contraire on se préoccupe des transformations sociales, on préférera les autres sources et notamment la coutume à la loi écrite; on préférera les lois spéciales aux codes; on adoptera en tous

Œuvres, éd. Dumont, t. III, p. 91; Glasson, Le Code civil et la question ouvrière. *Bull. de l'Académie des sciences morales*, 1880, t. II, p. 155; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e éd., p. 51; Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 11 et suiv.; Glasson, La codification en Europe au XIXe siècle, *Rev. politique et parlementaire*, 1894, t. II, p. 402 et suiv.; Gény, *op. cit.*, p. 1000 et suiv.; Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, p. 34 et suiv., 103 et suiv.; Roguin, La codification des lois civiles, *Recueil de la Faculté de droit de Lausanne*, p. 75.

(1) V. Roguin, La codification des lois civiles, *Rec. de la Faculté de droit de Lausanne*, p. 100.

(2) Cf. sur la concision, Roguin, *La codification des lois civiles*, p. 104.

(3) V. sur les inconvénients de la forme casuistique du droit, Ihering, *Zweck im Recht* p. 201. — Cf. Roguin, La codification des lois civiles, *Recueil de la Faculté de droit de Lausanne*, p. 75.

cas les lois temporaires ou les lois à révision périodiques plutôt que les lois à durée indéterminée. On formulera dans la loi les solutions spéciales plutôt que les solutions générales qui étoufferont l'évolution du droit (1). On sera heureux, sans l'avouer, des défauts de rédaction, des imprécisions des textes, des solutions limitées, des phrases obscures, des lacunes, des contradictions apparentes permettant d'implanter dans le droit une idée nouvelle par une de ces séries d'argumentations familières à la jurisprudence (2). On évitera dans les textes les solutions doctrinales qui paralysent le travail de transformation qu'opère la doctrine.

La lutte n'est pas absolument générale entre ces deux idées de transformation et de sécurité, c'est-à-dire au fond d'immobilité au moins partielle. La conciliation est possible sur certains points entre ces deux tendances : sinon d'une façon parfaite, du moins à un certain degré. Tout au moins peut-on arriver à cette part laissée à l'un et l'autre principe en présence, de sorte que cette simple lésion partielle de chacun d'eux soit un *modus vivendi* acceptable, ce qui est souvent tout ce qu'on peut espérer.

Les lois à révision périodique (3) ou les lois temporaires peuvent à la fois assurer une suffisante sécurité et favoriser la mise au point des institutions. N'est-il pas singulier d'en être encore aujourd'hui à légiférer pour l'éternité, c'est-à-dire jusqu'à l'abrogation d'une loi, qui peut tarder des siècles ou arriver demain. Ce qui peut être trop ou trop peu durer. Ne voit-on pas quelle insécurité regrettable viennent à tout propos jeter les grands projets auxquels l'opinion s'intéresse. N'amènent-ils pas sur certains points une véritable suspension de la vie sociale ? Ne conviendrait-

(1) V. au point de vue de ces qualités dans le Code civil, Planiol, De l'inutilité d'une révision du Code civil par voie générale, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 000.

(2) V. sur ces points, Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit*. Thèse Paris, 1904, p. 01 et suiv.

(3) V. en leur faveur, Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, p. 77 et suiv.

il pas de supprimer cette épée de Damoclès qui rappelle trop le temps où les monarques absolus, à l'enfance de l'humanité, croyaient donner pour toujours de sages lois, ou la législation de la Constituante « inspirée par la Raison ».

Devant cet amoncellement de ruines qu'on appelle l'histoire du droit, peut-on garder la fatuité de durer toujours, et ne vaut-il pas mieux à la fois, pour donner plus de sécurité et pour faciliter les transformations, assurer par avance une durée préfixe à la loi, soit qu'elle devienne ensuite caduque, soit qu'on la revise simplement.

Ne conviendrait-il pas à ce sujet de prescrire qu'une loi ne pourra entrer en vigueur qu'après un délai assez long. Combien pour ces matières où la sécurité privée est intéressée, sont courts ces délais de l'article 1er du Code civil et du décret du 5 novembre 1870. Ces quelques jours, juste suffisants pour que la loi ait pu être lue dans un journal, cela n'est-il pas trop peu pour que la sécurité soit assurée. Quel danger quand, du jour au lendemain, une loi, qui peut déranger bien des combinaisons, entre en vigueur. Cela n'est-il pas trop peu éloigné comme pratique des temps où les chefs d'Etat n'admettaient pas qu'ayant voulu une chose, on pût tarder à l'exécuter. Combien sont des exemples souhaitables ces lois dont la mise en vigueur est retardée non seulement pour faciliter la mise à exécution qui peut souvent être compliquée, mais encore pour ne pas décevoir les légitimes espérances au moins pour un certain temps.

Il nous semble en effet important, et c'est peut-être là la meilleure formule, de donner à la loi une série de périodes d'applications, de telle sorte qu'elle ne soit abrogée qu'à la fin de chacune d'elles, sauf s'il n'a rien été dit, à la laisser se continuer. Et ainsi avec cette sécurité ferme, mais limitée, se trouvera satisfait ce désir éternel de l'homme de faire des œuvres qu'il croit réaliser pour toujours, et on tiendra compte aussi de ce qu'il ne faut pas demander aux législateurs des travaux véritablement surhumains.

Un second moyen pour concilier la sécurité sociale et le besoin

de transformation, c'est de ne légiférer qu'en vue de cas connus. Le législateur doit, suivant les espèces, statuer par vue générale, ou par cas spéciaux. Lorsque le contenu d'une règle juridique générale n'est pas en fait complètement connu, ce qui arrive plus fréquemment qu'on ne penserait d'abord, il est préférable que la formule légale soit limitée aux cas où son utilité est déjà éprouvée, que l'on procède au besoin par cas spéciaux. Au contraire, lorsque le contenu d'une règle juridique est découvert entièrement, il est possible au législateur de faire ce que Ihering appelle la concentration de la matière juridique (1). Rien en effet n'est plus regrettable que le fait de formuler hâtivement des principes généraux et de faire une cristallisation générale d'une règle à propos d'une solution spéciale que l'on envisage seule. L'avantage de ce procédé de solutions limitées aux espèces connues est de permettre la libre vie juridique des institutions avec ses inconvénients, mais aussi ses avantages, sur tous les points où il n'y a pas de résultats d'expérience suffisamment agglomérés (2).

En réalité il y a plutôt ici une solution mixte qu'une véritable conciliation, c'est à-dire qu'un procédé pour fondre les avantages de plusieurs systèmes. En effet, cette part faite à la législation et à la coutume est plutôt l'application d'une autre idée, elle part d'un troisième point de vue qui paraît juste. Il ne faut pas cristalliser en loi une idée dont on ignore la portée. C'est

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. III, p. 43.

(2) V. sur l'application qui a été faite de ces idées dans le nouveau Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet ; Gény, *op. cit.*, p. 1027 ; Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, thèse Paris, 1909, p. 69 et suiv. ; Max. Leroy, Le projet de Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1er décembre 1902. — Cf. au contraire sur la technique bien plus rigide du Code civil allemand qui s'efforce de donner le maximum de sécurité par une forme précise et d'un contenu très concentré en même temps que visant à tout saisir ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand* ; Planck, *Burgerliches Gesetzbüch*, t. I, p. 22 et suiv., et l'étude de M. Gény, p. 1022 et suiv. — Cf. sur la souplesse nécessaire à la technique législative, Alvarez, *op. cit.*, p. 208.

une arme qui risque de ne pas frapper juste. Car tel intérêt qui peut paraître préférable à tout autre et dont une loi a consacré la prépondérance peut se trouver engagé en de tels conflits qu'il paraisse meilleur de la placer au second rang.

Un argument peut encore être présenté qui n'a cependant que la valeur d'une constatation de fait (1). Il est certain que la législation ne peut tout prévoir et qu'il ne peut complètement étreindre toute la matière légiférable. La vie, ce grand inconnu de toute science, est plus puissante que toutes les formules, et elle résiste au joug qu'on peut lui imposer. Mais s'il est impossible de donner la sécurité complète par une législation absolument générale, ce n'est pas une raison pour ne pas rechercher une sécurité aussi grande que possible. On ne peut donc tabler sur l'impossibilité de tout prévoir pour ne pas légiférer dans une large mesure, et cette constatation laisse la question entière.

Le système des lois temporaires et des révisions périodiques, l'un n'étant qu'une variante de l'autre, supprime une difficulté des plus embarrassantes qui résulte des lois perpétuelles. On s'est demandé si la désuétude abrogeait les lois (2), et tout le monde sait en France que les lois gardent leur force exécutoire non seulement lorsqu'elles sont longtemps sans avoir occasion d'être exécutées, mais même lorsque, étant susceptibles d'exécution, on les viole ouvertement (3).

Ce principe, non moins que le principe contraire de l'abrogation par désuétude, est des plus regrettables. Quelle sécurité en effet peut-on avoir lorsque à tout moment on peut sortir du vieil arsenal des lois quelque texte poussiéreux qui n'a jamais vu la lutte de la mise en application. On ne peut se fier, ni à une pratique que l'on peut à tout moment abandonner, ni à une loi que per-

(1) V. Ed. Lambert, article cité, *Revue générale de droit*, 1904, p. 453 et suiv.

(2) V. Planiol, *Droit civil*, t. I, n° 211.

(3) V. Gény, *op. cit.*, p. 343 et suiv. ; Valette, *Du rôle de la coutume*, p. 198.

sonne n'a jamais vu appliquer et que souvent tout le monde ignore.

Ya-t il plus de sécurité si la désuétude abroge les lois ? Notons tout d'abord que cette sorte de prescription extinctive suppose un délai fixe. Mais est-il facile à un simple particulier de savoir si la loi a été abrogée par le non-usage ? Un cas ignoré d'application peut être invoqué, une loi peut avoir été respectée dans une région et non ailleurs. La désuétude comme mode d'abrogation des lois serait donc aussi fertile en surprises que le système actuel.

La coutume elle même, si on l'admet comme source de droit (ce qu'il est difficile de rejeter en fait) (1), comporte une technique qui permet dans une certaine mesure de combiner sa mobilité avec cette rigidité du droit qu'exigent les affaires. Cette technique se réalisera, en dehors de la durée à exiger de la coutume (2), par la constatation officielle de la coutume. Celle-ci ne devra pas être une législation véritable, comme le fut la rédaction des coutumes dans l'ancienne France, législation s'imposant désormais à tous, qu'ils le veuillent ou non. Elle ne devra pas être non plus une constatation faite par une personne quelconque sans autorité, en une forme quelconque, comme le furent bien des coutumiers de l'ancien droit : simples guides de praticiens. La constatation officielle de la coutume devrait être faite par des agents officiels, dans des formes de nature à assurer un exact relevé des pratiques en vigueur. Mais elle ne devrait avoir d'autre force que d'établir que le jour de la constatation la coutume était telle. Elle laisserait par conséquent la possibilité à celle-ci de se modifier suivant les besoins nouveaux. Il y aurait une simple présomption de fait du maintien de la coutume, mais

(1) V. Esmein, La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français, *Bull. de la Société d'Etudes législatives*, 1905, p. 533 ; Valette, *Du rôle de la coutume*, thèse de Lyon, 1908, p. 225.

(2) V. Esmein, *op. cit.*

celle-ci pourrait toujours être détruite. On pourrait toujours prouver que la coutume a changé.

Nous n'ignorons pas la gêne qu'une pareille constatation établirait malgré tout à la libre vie du droit. L'instinct d'imitation fait qu'une coutume constatée a une force, une rigidité, une absence de malléabilité que n'a pas la coutume libre. Elle sert de guide aux praticiens qui la suivent aveuglément. Mais cette force que peuvent avoir même des rédactions privées de la coutume, ne détruit pas la possibilité de transformer l'usage. Et tout bien compté, cette transaction a plus d'avantages que d'inconvénients. Car si en précisant une coutume on la déforme, comme on fausse souvent un phénomène en le constatant, on donne une sécurité aux particuliers que la coutume, avec son caractère un peu flou, ne procure pas d'ordinaire, on lui enlève son plus grave défaut.

CHAPITRE III

LA TECHNIQUE JURISPRUDENTIELLE

Il ne s'agit pas ici de reprendre sous un autre titre la question aujourd'hui éclairée par d'importants travaux et en particulier le livre de M. Gény sur la méthode d'interprétation (1). Ce problème étant considéré comme tranché, il faut s'occuper à la fois du domaine de la loi et de celui qui reste en dehors d'elle. La loi ayant prétendu résoudre certains points, il faut évidemment, par l'emploi des anciennes méthodes, faire l'application du texte aux procès qui se présenteront. Et il est certain que si l'on veut conserver la sécurité, le besoin de changement dût-il en souffrir, il faut le faire sans chercher à tourner le texte, à le violer indirectement, comme cela s'est parfois produit (2).

Mais il s'agit de savoir, lorsqu'il n'y a pas de loi ou lorsque les textes ne peuvent être que d'un faible secours, pour fonder des constructions juridiques acceptables et un peu aussi lorsqu'il y a un texte de portée vague, comment la jurisprudence utilisera son domaine. Et encore faut-il avoir soin d'ajouter qu'il ne s'agit pas du fond même des solutions, mais des procédés techniques par lesquels elle les établira. Ce problème est d'ailleurs analogue à celui que nous avons rencontré pour la technique législative et les mêmes éléments y entrent en conflit. On peut toutefois

(1) Méthode d'interprétation du droit privé positif ; cf. Van den Eycken, *Méthode positive d'interprétation* ; Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique* ; Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse de Paris, 1904.

(2) V. Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit par la jurisprudence*, p. 42 et suiv., p. 105 et suiv.

chercher entre eux une transaction par l'abandon respectif et partiel de chacun d'eux.

Nous considérons ce mode de travail comme non négligeable. Car une décision a souvent plus d'importance par le précédent qu'elle crée que par la fin qu'elle met au procès. Si l'on considère la psychologie des plaideurs, on voit que souvent ils intentent le procès pour des raisons autres que le litige même : raison d'ascendant moral à obtenir, de résistance générale à vaincre. Et le contenu de la décision se transforme souvent à leurs yeux en une approbation ou désapprobation du juge. Au contraire le contenu même de la décision, la frontière qu'il assigne à certains droits est d'une portée puissante, comme précédent pour les praticiens.

La technique jurisprudentielle peut être envisagée à deux points de vue : la jurisprudence doit-elle être une source du droit ? Et comment la jurisprudence doit-elle se formuler ?

La jurisprudence doit-elle être source formelle de droit ou non ? Le premier système a été admis dans l'ancien droit, et encore ne l'était-il que de façon modérée. Les seuls arrêts de règlement (1), c'est à-dire les seuls arrêts que la cour déclarait valoir comme règle de droit, avaient force de loi. Cette limitation était une preuve de sagesse : sans doute en donnant force de loi à ses décisions, le Parlement de Paris et les autres à la suite, augmentaient les points de droit résolus de façon précise. Mais cette augmentation n'est souhaitable sous cette forme directe qu'autant que les questions ont suffisamment mûri et que l'espèce soumise est assez nette pour servir de précédent. Ce système des arrêts de règlement, même ainsi pratiqué modérément, offrait un avantage. Le Parlement pouvait profiter d'une espèce soumise pour imposer non pas une simple solution de question controversée, mais pour organiser une réglementation précise (2) : par exemple des formalités préalables ou un délai de déchéance. C'est

(1) V. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit*, p. 375.
(2) Nous ignorons s'il l'a fait.

une chose qui, sans le procédé des arrêts de règlement, ne peut guère pénétrer dans le droit que par la voie législative (1).

Et ces retouches de détail, souvent indispensables pour le progrès du droit, sont des plus utiles pour assurer la mise au point de la loi.

L'abus de l'esprit déductif qui a si malheureusement caractérisé la doctrine de la première moitié du XIX^e^ siècle, nous a donné cette illusion du droit ne progressant en dehors de la loi que par le syllogisme, ou par le procédé de déduction et d'induction combinée appelé le système des constructions juridiques. Le droit ne peut progresser, dans certains cas, en réalité que si certaines idées reçoivent une armature rigide que les arrêts de règlement pouvaient leur donner ; ils ne peuvent la recevoir aujourd'hui que de la loi ou de règlements administratifs, c'est-à-dire de textes émanant de gens étrangers aux difficultés à solutionner et que l'autorité judiciaire voit au contraire journellement.

Reprochera-t-on à cette solution d'être contraire à la séparation des pouvoirs ? Le reproche sera décisif pour ceux qui veulent raisonner en droit comme en géométrie et apporter ici une logique à outrance. Le reproche ne nous convainct pas. La séparation des pouvoirs à laquelle on pourrait citer d'importantes dérogations en faveur de l'autorité administrative, peut en comporter aussi quelques-unes en faveur de l'autorité judiciaire, et nous pensons que c'est le cas ici, qu'il n'y ait pas à craindre sérieusement, selon le mot de Montesquieu, que la même personne fit des lois tyranniques pour les appliquer tyranniquement.

En tous cas, faisons remarquer qu'à l'heure actuelle l'article 5 du Code civil, dominé par la crainte toute récente des législateurs révolutionnaires contre les pouvoirs exorbitants des Parlements a interdit les arrêts de règlements. Mais si depuis lors rien

(1) On doit citer comme un cas tout exceptionnel les publications pour ventes de fonds de commerce que la coutume a établies à Paris et qu'a consacrées la loi du 14 mars 1909.

n'a été tenté pour les relever (1), personne ne pense plus à rien objecter contre ce relèvement possible qui donnerait plus de sécurité aux particuliers tout en rendant, il est vrai, plus difficiles les évolutions de jurisprudence. Mais ce dernier reproche serait cependant de peu de poids, si l'on songe que la Cour suprême ne résoudrait probablement ainsi que des questions mûries où la solution paraît acquise pour longtemps.

Qu'il y ait ou non des arrêts de règlements, il est certain que la majorité des arrêts aurait seulement la valeur qu'ils ont maintenant : c'est-à-dire qu'ils n'auraient aucune valeur légale, chaque arrêt n'ayant comme aujourd'hui que son titre de précédent.

Quel est alors le mode de fonctionnement de la jurisprudence qui sera le meilleur ? Quelle doit être la technique des tribunaux dans l'élaboration du droit ?

Nous ne voulons pas ici examiner la question de savoir si la jurisprudence est une source indépendante de droit ou une simple initiatrice de la coutume (2), laquelle est bien plus théorique que pratique.

Nous devons simplement partir de constatations de fait. En premier lieu, la jurisprudence cherche à suivre les précédents. Principalement la Cour de cassation s'efforce de ne pas mettre ses arrêts actuels en contradiction avec ceux qui ont été déjà rendus. La cohérence que la Cour suprême a cherché à donner à sa propre jurisprudence et que, par là même, elle a imposé aux Cours d'appel et aux tribunaux, a dans une très large mesure assuré l'uniforme interprétation de la loi, ou plutôt, pour employer à dessein

(1) V. cep. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 205.

(2) A ce sujet, on a beaucoup discuté depuis quelques années pour savoir si la jurisprudence est une source de droit, s'il peut y avoir une coutume sans jurisprudence pour la constater, si la coutume n'est que la jurisprudence. Le problème est beaucoup plus théorique que pratique, et nous ne l'abordons pas. V. à ce sujet : Gény, *op. cit.*, p. 434 ; Boistel, *Rev. générale de droit*, 1879, p. 161 ; Mornet, *op. cit.*, p. 23 ; Valette, *Du rôle de la coutume*, thèse de Lyon, 1908, p. 88 et suiv.

une formule plus compréhensive, elle a assuré un droit uniformisé dans ses détails. Ce respect des précédents a évité de nombreux procès. Cette certitude de ne pas voir la Cour de cassation se déjuger facilement a donné aux particuliers et aux praticiens une tranquillité des plus appréciables.

Celle-ci est évidemment le fruit d'une des qualités les plus appréciables de l'esprit juriste, le respect de la tradition (1). D'une façon plus générale, elle est la résultante des tendances générales d'une époque, de certains états de fait ou états d'esprit qui agissent également sur tous les contemporains, et qui se dégagent peu à peu (2) et en dernière ligne, c'est une suite de l'idée d'imitation.

Mais par quel procédé la pratique judiciaire a-t-elle pu en même temps s'assouplir aux besoins nouveaux, et comment a-t-on pu réaliser ce prodige d'une jurisprudence visant à la cohérence, donc à la stabilité et en même temps donnant au droit une vie, le transformant suivant l'évolution de la société elle-même ?

Il y a bien, il faut l'avouer, dans ces deux buts que la Cour de cassation revendique d'avoir atteint, une certaine opposition, disons même une contradiction.

Il ne faut pas se dissimuler tout d'abord que la jurisprudence de la Cour suprême présente sur certains points des ruptures avec les précédents ou une lente évolution soumise à des heurts, des retours en arrière (3). Ici le premier des intérêts en jeu, la sécurité, a été sacrifiée au second.

Mais la jurisprudence est arrivée à satisfaire à la fois dans une certaine mesure l'immobilité et la vie, ces deux antipodes, en limitant ordinairement d'une façon stricte ses solutions aux espèces en cause, ce qui lui a permis, tout en adoptant telle manière de

(1) V. sur ce point : Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 176.

(2) V. sur ce point : Esmein, La doctrine et la jurisprudence, *Rev. de droit civil*, 1902, p. 9.

(3) V. not. Wahl, Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage. *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 443.

voir pour un cas identique, d'en accueillir une autre dans un cas assez voisin. La jurisprudence n'est alors contradictoire qu'en apparence, elle est seulement peu logique.

La Cour de cassation a été moins bien inspirée en faisant un certain emploi de la loi de l'économie des moyens, qui est le suivant. Elle semble toujours dans les arrêts avoir évité de se prononcer, lorsque cela lui était possible. Par exemple un moyen de pourvoi étant suffisant pour casser tel chef d'un jugement, elle a cassé sans statuer sur les autres. Peut-être une bonne technique de la jurisprudence s'accommoderait-elle plus facilement du procédé opposé, car en donnant à toute question soulevée la solution qu'elle comporte, la Cour enrichirait ainsi la collection des cas tranchés et donnerait d'heureuses certitudes.

Le droit, toutes choses égales d'ailleurs, n'a-t-il pas pour premier devoir de donner des solutions fixes dont les praticiens et les hommes d'affaires peuvent s'inspirer pour la préparation ou la liquidation des opérations qui leur sont soumises ? S'il y a danger à solutionner par un arrêt de principe des hypothèses que l'on ne peut entrevoir, y a-t-il inconvénient à ce que la Cour de cassation tranche nettement le point spécial qui lui est soumis pour fournir une règle de droit pratique aux espèces identiques qui peuvent se présenter ? Je ne le crois pas.

Si la Cour de cassation par certains biais a évité de trancher les questions qui lui étaient soumises, en sens inverse certains arrêts se sont montrés plus expansifs et ils ont dans leurs motifs affirmé des solutions d'une portée générale. Ce procédé est il à approuver ? Nous croyons qu'il faut distinguer. Lorsque la Cour se trouve aborder un ordre de questions entièrement nouveau qui lui est soumis pour la première fois, en l'absence à peu près complète de toute doctrine, malgré l'inconvénient qu'il peut y avoir à ne pas fixer de suite la nature d'un nouveau rapport juridique, il paraît raisonnable de limiter la solution à un cas précis.

Au contraire, lorsqu'une décision rencontre sur un cas donné des solutions voisines, de sorte que la plus grande partie des

hypothèses paraît découverte, ou lorsque la solution générale, par suite de travaux doctrinaux ou d'espèces soumises aux Cours d'appel et aux tribunaux, apparaît déjà clairement, les arrêts de cassation peuvent et doivent employer ce procédé qui est le couronnement naturel de la science juridique : la concentration de la matière juridique, la construction juridique. Ainsi la sécurité pratique se trouve complètement assurée et en même temps son naturel, la clarté, la simplification du droit est obtenu. Cette généralisation des solutions émanant des motifs d'arrêts, est ici un heureux résultat.

Si cette marche de la jurisprudence que nous indiquons se trouve commandée par le développement lent des idées que les historiens du droit ont mis tout à fait en lumière, ce n'est encore qu'une solution mixte, et non une solution de pleine conciliation des données en présence. En effet, si par ce procédé, l'élaboration jurisprudentielle est lente, elle ne doit pas moins logiquement finir par une solution d'une portée très puissante. Celle-ci peut sans doute être plus nuancée qu'une solution législative, elle n'en est pas moins un obstacle à une transformation. Sur combien de points la cohérence même de la jurisprudence n'a-t elle pas amené une stagnation du droit (1) ?

C'est une première raison de constater la valeur limitée de la théorie que nous préconisons. Elle consiste en somme à faire d'abord état du besoin de sécurité, mais à ne lui donner satisfaction que lorsque la solution peut être fondée sur une connaissance suffisante de la situation sociale. Ensuite il faut se préoccuper de l'économie des moyens qui vise à rendre le plus grand nombre de procès inutiles. Et quant au besoin de transformation, qui ne doit pas être celui d'instabilité, les modifications sociales étant relativement lentes, il se trouve satisfait en quelque sorte par surcroît.

L'étude de la technique du droit ne comprend pas seulement

(1) V. sur l'ossification jurisprudentielle, Cruet, *La vie du droit*, p. 82.

l'examen des jugements envisagés les uns par rapport aux autres. Il y a, dans l'art de rédiger chaque jugement, des procédés qui en augmentent la portée, qui contribuent à la fixation du droit. C'est en premier lieu la clarté du jugement dans ses décisions. Œuvre de littérature scientifique, comme une loi, un ouvrage de doctrine, le jugement ou l'arrêt doit avoir les qualités qui distinguent ce genre de travail : précision des termes, ordre, distinction des questions traitées. Il doit contenir un exposé des faits suffisant pour en saisir complètement la portée.

L'arrêt doit aussi être rédigé de façon à distinguer très nettement les constatations de fait et les raisons de fait des arguments juridiques qui sont présentés. Dans le même ordre d'idées, il convient d'ajouter que les arrêts d'espèce devraient avoir un caractère suffisamment apparent pour que la portée de la solution apparût à la simple lecture comme limitée à l'affaire en litige (1).

Il convient aussi que les arrêts soient rédigés de façon à établir très nettement leur portée. Ils doivent donner les motifs profonds de leurs solutions et non pas procéder par simples affirmations, comme ils tendent à le faire. Il doit ressortir très clairement de leurs termes que c'est pour telle ou telle raison que l'on s'est écarté dans telle affaire de la solution qui avait été précédemment proposée. Il vaut mieux, dans les cas où la jurisprudence s'écarte des précédents, qu'elle indique si elle prétend donner une solution nouvelle à un cas nouveau, les précédents ne constituant pour elle qu'un cas d'analogie, ce qui établit alors qu'il y aura dans des cas voisins des solutions différentes. Ce sera alors à la doctrine ou aux arrêts subséquents à préciser quel est le domaine de chacune d'elles. Ou au contraire la jurisprudence nouvelle peut faire fi des arrêts antérieurs et vouloir abandonner complètement ce qui a été décidé précédemment. Dans ce cas, il est souhaitable que la formule de l'arrêt soit en opposition nette avec celle de l'arrêt précédent

(1) C'est pour cette raison que Montesquieu condamnait la législation des rescrits; craignant qu'on n'étendît à tous les cas une décision et souvent une faveur particulière. V. *Esprit des lois*, liv. XXIX, chap. XVII,

pour que le public ne puisse hésiter sur la nature de la décision rendue et que personne ne cherche une conciliation sans utilité.

En sens inverse, il est heureux, comme la Cour de cassation le fait parfois, qu'une doctrine ayant été acceptée par elle et des arrêts nouveaux voulant la consacrer, que ceux ci reprennent les motifs, les formules mêmes d'un arrêt précédent qui paraît heureusement rédigé, pour que cette déclaration acquérant en quelque sorte force de loi, elle prenne dans la pratique une plus grande importance et devienne une sorte de principe juridique.

Ce que nous disons de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, on peut le dire aussi dans une certaine mesure des arrêts de Cour d'appel et des décisions de tribunaux. Sans avoir la même valeur pratique, ils ont déjà l'autorité d'un précédent. De plus, certaines questions sont de nature à se présenter tout spécialement dans certains ressorts de Cours d'appel, à raison de particularités régionales : développement de tel commerce, fréquence de tel genre de contrats. Il y a aussi des questions qui portant d'ordinaire sur certains points de minime valeur : droits du locataire, privilèges généraux, etc., ne sont pour ainsi dire jamais portées devant la Cour de cassation. Il y a certains points que la Cour de cassation a reconnus comme étant du domaine exclusif des juges du fait : comme le lieu de formation d'un contrat par correspondance (1). Dans tous ces cas, le juge de première instance ou d'appel a un rôle très important, le précédent qu'il établit à une valeur toute spéciale.

Mais même en dehors d'hypothèses de ce genre, les juges du fait peuvent encore contribuer à réaliser le droit, c'est-à-dire à créer non seulement une situation ferme pour le procès actuel, mais pour les difficultés du même genre, en n'exagérant pas, comme ils le font parfois, le côté considération de fait dans leurs décisions, mais en dégageant le côté affirmation de règles sociales

(1) V. Cass., 30 mars 1881, D. 81.1.359.

Exagérer l'élément de fait dans une décision est une grave faute de technique jurisprudentielle, je dirais même une preuve de décadence dans l'exercice de la fonction sociale des tribunaux, si ce terme de décadence ne semblait désigner une suite de phénomènes irréversible.

CHAPITRE IV

LA TECHNIQUE DOCTRINALE

La doctrine comporte, elle aussi, une technique spéciale. Il y a des moyens particuliers qu'elle a à sa disposition pour assurer le développement du droit. Les jurisconsultes romains les avaient déjà découverts en grande partie et ils en avaient fait un admirable usage. Les résultats de leurs travaux, leur technique ont été magistralement exposés par Ihering dans le troisième volume de son *Esprit du droit romain* (1). Ils ont été repris de façon plus abrégée, mais avec une remarquable précision, dans les Institutions juridiques des Romains de M. Cuq (2).

Le droit moderne n'a pas cependant laissé ces procédés absolument intacts. Nous verrons les développements nouveaux qu'a reçus ou dont est susceptible la technique doctrinale.

Nous n'avons évidemment pas à insister sur le rôle primordial des juristes d'enrichir le contenu du droit. Evidemment ils tiendront compte de ce que les règles de droit ne sont pas tout le droit, de ce qu'il y a à côté d'elles des règles latentes de droit à mettre en lumière, comme le dit Ihering (3), en leur donnant une formule exacte, adéquate à leur contenu, de sorte que le droit apparent soit le vêtement exact du droit réel.

La doctrine est spécialement apte à réaliser ce que Ihering appelle la simplification quantitative du droit, par ces trois pro-

(1) T. III, p. 20 et suiv. Trad. Meulenaere.
(2) T. II, p. 38 à 47.
(3) *Esprit du droit romain*, t. I, p. 28 et suiv.

cédés qu'il indique lui-même : l'analyse juridique, la concentration et la construction juridique.

L'analyse juridique consiste à décomposer les rapports de droit, à séparer les uns des autres les divers éléments, pour rapprocher ensuite les traits communs que l'on rencontre dans plusieurs de ces rapports, comme une autopsie, une décomposition chimique ont pour but de trouver dans des sujets différents, dans des composés distincts des ressemblances foncières. Les Romains, esprits naturellement subtils, ont excellé dans ce travail de très bonne heure (1).

Mais ce travail d'analyse, comme je viens de l'indiquer, n'est qu'un travail préparatoire auquel l'ancien droit romain a pu se borner, mais qui ne peut suffire à des esprits plus développés, d'une civilisation plus raffinée. Le travail d'analyse n'a pas pour but de se perdre dans des distinctions infimes, qui peuvent correspondre à la réalité des choses, il faut tenir compte de ce que l'esprit humain a besoin de notions simples, et la recherche, pour des raisons en partie objectives, en partie subjectives, doit tendre à l'unité, ou du moins à la simplification (2).

De là la seconde opération technique : la concentration juridique. Elle consiste, tout ayant été décomposé, à réunir ce qui peut être groupé par raison de similitudes, à distinguer les choses identiques ou semblables, à établir des règles générales auxquelles se rattachent les solutions particulières. L'immense avantage de cette opération, c'est évidemment que « le principe une fois trouvé et reconnu devient lui-même la source de règles de droit nouvelles. Ces règles, ce sont toutes les conséquences que le principe entraîne et qui étaient restées ignorées. Ce n'est que lorsqu'une idée a été conçue et acceptée sous son véritable aspect qu'elle acquiert l'épanouissement de sa force logique et la manifestation complète de toutes ses conséquences ».

(1) Ihering, *op. cit.*, t. III, p. 27 ; Cuq, *op. cit.*, t. I, p. 720, 1re éd.
(2) V. *suprà*, conclusion de la 1re partie.

Mais cette seconde opération est infiniment plus délicate que la première, et même dans les civilisations affinées, des erreurs graves peuvent se commettre. Céder à un besoin de l'esprit n'est pas forcément y faire pénétrer une idée adéquate à la réalité objective. On peut établir facilement des assimilations erronées, on peut concentrer autour d'une idée unique des choses simplement analogues (1) et surtout dans l'usage que l'on fera du principe dégagé, on peut l'appliquer jusqu'à l'abus, ne pas confronter les règles nouvelles déduites avec la nature spéciale des difficultés nouvelles que l'on aborde.

Enfin cette opération se complète par les constructions juridiques qui, d'après Ihering, transforment et élèvent la matière juridique dans son essence même et en même temps lui permettent de devenir un art, une science libre. Dans cette ultime phase de son développement, le droit s'efforce de déterminer, à propos des diverses catégories de droits, leurs qualités essentielles : leur contenu, leur objet, leur cause, leur force par rapport à d'autres, leur indépendance. En prenant comme point de départ les solutions certaines résultant des diverses sources du droit : loi, coutume, jurisprudence, on dégage un ensemble de règles qui assurent à la construction une unité systématique.

Mais il convient de voir à quelle idée supérieure répondent les grandes lois qui gouvernent les constructions juridiques : la nécessité de grouper les diverses solutions sous une idée commune d'un caractère technique (2). Par cela seul que l'on s'isole sur le terrain technique, que comme le veut Ihering, on fait abstraction des buts poursuivis, « car ces buts sont indéterminés, flottants et indécis, ils se croisent d'une manière souvent inextricable ». On s'écarte du courant de la vie, on s'enferme dans une tour

(1) Et à ce point de vue Ihering a peut-être eu une tendance à exagérer la possibilité de ramener tout à l'unité, soit en recherchant un principe difficile à découvrir, soit, ce qui est évidemment meilleur, en élargissant la règle pour y faire rentrer l'exception. — V. *loc. cit.*, p. 46 et suiv.

(2) V. Ihering, t. III, p. 68.

d'ivoire ; le danger de cette méthode est donc facile à saisir. Lorsque la construction juridique a atteint sa perfection, on a pu arriver soit directement, soit par des distinctions, à une théorie générale. Mais celle ci peut finalement se trouver impuissante à faire place aux solutions positives et à celles qui paraissent désirables, même nécessaires, de questions non réglées par les textes. Comme Ihering l'a lui-même reconnu, « l'art de la conciliation a des limites, il arrive un moment où le maintien de ce qui existe devient contre nature et forcé, mais, dit-il, il dépend plutôt du sentiment que d'une détermination objective, d'indiquer ce moment précis » (1). Il faut donc avouer que si la construction juridique est une véritable science, elle a ses limites, mais que celles-ci ne sont pas déterminables avec une précision rigoureuse.

Ces réserves faites sur les limites d'emploi des procédés techniques, venons au rôle de la doctrine par rapport à eux.

La doctrine moderne s'est servie de ces procédés, mais ce serait évidemment exagérer que de penser qu'elle en a le monopole.

Le législateur inspiré parfois par les travaux doctrinaux, comme les rédacteurs du Code civil l'ont été en 1804 par Pothier, peut aussi consacrer le résultat d'analyses juridiques et dégager les traits communs à de nombreuses institutions. Ainsi le Code, dans la théorie des obligations, a dégagé les principaux traits communs aux divers contrats : vente, louage, etc.

Mais la doctrine étant par sa nature même éloignée des faits particuliers, ce qui peut être à la fois sa force et sa faiblesse (2), se trouve mieux placée pour élaborer les théories générales, grâce à l'analyse juridique, en formulant des principes généraux applicables à toute une série de matières distinctes de la législation.

(1) Cf. sur le rôle de synthèse de la doctrine, Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *Revue de droit civil*, 1902, p. 15.

(2) On rapprochera ce que dit Ihering du rôle de l'enseignement, *Etudes complémentaires*, t. IV, p. 303.

C'est ainsi que les jurisconsultes modernes ont établi une théorie générale des actes juridiques, étendant ainsi par analogie celle des contrats. C'est ainsi qu'ils ont, aidés d'ailleurs par la jurisprudence, formulé une théorie générale des liquidations de succession, alors que le Code ne parlait que de liquidation des successions *ab intestat*. C'est ainsi qu'on a créé une théorie générale de la subrogation réelle alors que le Code ne prévoit que des cas particuliers de cette subrogation. C'est ainsi qu'on peut édifier un certain système des modifications des contrats par volonté unilatérale, alors que la loi ne connaît que des applications spéciales de cette idée. Et le même travail pourrait se faire pour la rupture des contrats par la volonté unilatérale, pour le droit d'imposer une exécution en argent au lieu de l'exécution d'une obligation en nature, comme il a été fait pour les copropriétés avec indivision forcée, pour les inaliénabilités imposées par convention ou par acte unilatéral.

Ces travaux doctrinaux peuvent être très utiles pour le progrès de la technique juridique, à condition qu'ils ne soient pas trop éloignés des faits et qu'ils ne produisent pas une exagération de la logique juridique.

En tous cas, le travail qui s'opère ainsi est double. Il consiste d'abord à décomposer la matière juridique et à tirer d'elle une règle abstraite, puis à la faire pénétrer dans d'autres institutions. Une règle d'abord exceptionnelle qui a eu un point d'émergence ou, comme dit Ihering, un point d'irruption, devient ainsi une règle générale. Elle se trouve étendue peu à peu par analogie, par identité de motifs. Ce travail peut évidemment résulter de la loi, de décisions de jurisprudence, mais la doctrine peut y contribuer pour une forte part. Elle peut, en effet, envisager non seulement les espèces qui se présentent comme le fait la jurisprudence, mais les espèces qui sont susceptibles de se présenter.

Le législateur peut le faire aussi. Mais souvent les préoccupations de fait qui lui font rédiger des lois spéciales ne lui permettent pas de prévoir beaucoup au delà des circonstances qui l'ont fait agir.

Cela a une tendance à devenir beaucoup plus vrai dans nos pays démocratiques, où la loi étant faite par des hommes politiques et non par des professionnels du droit, ou des véritables professionnels du métier de législateur, ayant pour cela les connaissances, le calme d'esprit, la méthode nécessaires, ayant fait le long et difficile apprentissage que peu d'hommes sans doute sont capables de faire avec succès, et seulement pour des matières déterminées ; fait grave, puisqu'il est en opposition avec une idée que beaucoup considèrent comme la clef de voûte de la société moderne, la division du travail social.

Ce n'est guère que dans les législations codifiées que l'on voit cette préoccupation de réglementer bien au delà des espèces actuelles, par vues tout à fait générales.

La doctrine ne peut même que difficilement arriver d'un seul jet à faire épanouir complètement une règle juridique de portée générale. Il y a là une règle historique tenant au respect des traditions, qui d'ailleurs est en général utile, et aussi à la faiblesse de conception de l'intelligence humaine.

Ce travail, en sens inverse, est facilité par les lacunes de la loi et de la jurisprudence, lacunes que la doctrine peut utilement combler, car c'est là une de ses plus grandes utilités : par ses prévisions répétées d'établir la sécurité sur les points que la pratique judiciaire n'a pas encore examinés.

Ce travail dans certains cas est facilité, dans un sens donné, parce que les règles à développer sont contenues dans des institutions d'application journalière, réglementées avec précision, qui forment ce qu'on pourrait appeler des centres d'attraction juridique, analogue à ces types d'architecture présentés par certains monuments, dont les autres ne semblent qu'une copie, une déformation ou une transposition. Ainsi le système de vote et de procédure dans les assemblées parlementaires, la pratique des interpellations, vote de confiance, etc., sont un type sur lequel tendent à se modeler les assemblés administratives, les sociétés par actions, les associations. De même le mandat est un type ju-

ridique sur lequel on modèle plus ou moins tous les cas de représentation ; la Cour d'assises est en quelque sorte la juridiction type en droit pénal, et les règles qui la concernent sont aisément transportées, *mutatis mutandis*, aux autres juridictions. De même en est-il du partage des successions, etc.

Le résultat de cette extension par analogie de règles tirées de cas spéciaux contribue, comme je l'ai dit, à la sécurité ; en ce sens que la pratique extrajudiciaire peut être influencée par la doctrine surtout lorsqu'elle est imposante et (il faut l'avouer) qu'elle s'est popularisée sous la forme du répertoire, du formulaire et autres ouvrages de pratique. Il y a alors une sorte de vitesse acquise de nature à en imposer à la jurisprudence. Quelles récriminations en effet n'ont pas soulevée, les arrêts qui ont attaqué certaines pratiques consacrées par la doctrine. C'en est assez pour que les tribunaux hésitent quelque peu à méconnaître des éléments de fait si importants.

La doctrine seule n'est pas non plus sans influence. Il est vrai que le *jus publice respondendi* n'existe plus depuis le droit romain, et c'est justice, car l'opinion d'un seul ne peut suffire à déterminer dans cette œuvre lente, éminemment collective qu'est le droit, c'est-à-dire cette réglementation faite pour tous, à laquelle tous sont intéressés, et qui suppose la collaboration non de tous, les intéressés étant souvent incompétents, mais de plusieurs.

Malgré cela, le rôle de la doctrine n'est pas à négliger. En motivant ses solutions, elle leur donne une armature dont les juges sont obligés de se préoccuper. Elle crée autour de certaines règles une atmosphère qui peu à peu pénètre les esprits et les détermine à admettre telle catégorie de solutions.

Ce travail d'extension des règles juridiques produit de très heureux résultats, mais à une condition, c'est que cette extension soit sérieusement motivée. Le tout n'est pas de faire des règles générales, mais de les construire là où il y a intérêt à les avoir. La doctrine doit donc incessamment se préoccuper des résultats pratiques, de l'importance que telle extension d'une règle donnera

à tel intérêt collectif, de l'obstacle qu'elle sera à la transformation du droit, de l'importance excessive qu'elle donnera aux garanties, de l'abus qu'elle fera de la justice, de la solidarité, etc.

La doctrine doit avoir aussi conscience des besoins pratiques que la pratique même et en plus se caractériser par une certaine vue générale qui lui fait sentir les relations des choses vues avec celles possibles, lui donne le sens du relatif.

Le travail de la doctrine ne se présente pas toujours avec cette simplicité. Nous avons supposé jusqu'ici une idée germant sur un coin spécial du sol juridique et faisant pénétrer ses rameaux tout autour d'elle. Il peut y avoir davantage. La loi peut déjà offrir plusieurs solutions spéciales identiques dont la généralisation est ainsi plus aisée. Elle peut aussi, et ici nous entrons véritablement dans le domaine de la construction juridique, offrir des éléments opposés de solution d'une même difficulté, et l'extension d'une règle suppose que l'on est arrivé auparavant à construire celle-ci des matériaux distincts que l'on a à sa disposition. C'est ainsi que la loi ayant tantôt admis, tantôt rejeté la subrogation réelle, il faut trouver un principe général expliquant pourquoi ici elle est acceptée et là abandonnée, et c'est seulement une fois que cette combinaison basée sur l'analyse est formulée que l'on peut la généraliser avec toute la prudence, tout le souci des besoins sociaux dont j'ai précédemment parlé.

La doctrine dans ce travail étend considérablement le nombre des solutions admises En saisissant plus de cas par ses formules plus ou moins ramassées, elle augmente la sécurité des particuliers. Au lieu d'être un îlot dans le champ du possible, les cas prévus forment une masse importante.

Y a-t-il une technique pour cet enrichissement du droit? Oui. Il y a des procédés pour faire apparaître les principales difficultés. Le premier fut celui de l'interprétation exégétique, qui peut se donner satisfaction notamment dans la confection des codes an-

notés. Mais du développement de chaque mot ou de chaque phrase, il faut passer à un autre système : celui que Ihering appelle le système des corps juridiques, des constructions juridiques. Les institutions sont alors étudiées suivant les méthodes de l'histoire naturelle : elles sont composées avec l'unité systématique dont elles ont besoin, les impossibilités juridiques, les défauts d'adaptation des principes avec le droit positif étant écartés. Il en résulte que la réglementation d'une institution tout entière se présente développée, harmonieuse dans toutes ses parties, les textes et leurs conséquences se fondant dans une vue générale de l'institution.

Mais ce ne sont encore que les premières phases. Pour enrichir davantage la science, il faut encore recourir à d'autres procédés, à l'étude du droit civil suivant un très grand nombre de plans. Rien n'est plus funeste que de s'immobiliser dans l'étude des institutions suivant une unique méthode (1). Il est regrettable que sauf Aubry et Rau, les commentateurs soient restés près d'un siècle à suivre le même chemin que les rédacteurs du Code, ce qui n'avait pas pour résultats de faire deviner facilement de nouvelles questions. Le plan nouveau du Code allemand a sans doute secoué cette torpeur, mais il ne faut pas tomber d'une somnolence dans une autre. Il est souhaitable que des plans même médiocres, soient tentés, sinon pour l'exposition, du moins dans le but de faire jaillir de nouveaux points de vue.

Il faut de même que les études partielles cessent d'être ces études d'institutions petites ou grandes dont les noms sont connus, pour lesquels les articles sont groupés par le Code lui-même ou par un grand nombre de commentaires. Que servira une mille et unième étude sur la responsabilité des architectes, les assurances sur la vie, la mise en demeure, sinon à faire paraître fort peu de chose, à mettre au point des détails.

Combien ceux-là verront plus de choses qui, abandonnant les

(1) Cf. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 152.

grandes routes où les conduisent toutes les agences Cook de la science juridique, s'en iront à travers champs, prendront la vie sur le vif, et auront des aspects nouveaux des choses même millénaires. Combien par exemple les contrats spéciaux, l'usufruit même, ces théories si négligées donneraient lieu à des études curieuses, si on cherchait l'extension possible de règles spéciales qu'ils contiennent.

Enfin il resterait encore une dernière méthode très utile à pratiquer et déjà heureusement tentée par M. Thaller (1), mais qui rendra surtout des services le jour où, pratiquée avec soin dans un grand nombre d'ouvrages, elle abordera les détails : c'est en suivant la vie quotidienne et en voyant comment elle pénètre bien ou mal dans les cadres juridiques. On verra alors quelle forme il faudra leur donner dans chaque cas. Le droit étant fait pour la vie et non pas la vie pour le droit, on aura les résultats les plus heureux lorsqu'on recherchera attentivement les faits courants et les solutions qu'il convient de leur adapter.

La doctrine n'a pas seulement pour mission un enrichissement de la matière juridique formulée et précisée, sans doute celui-ci a déjà une valeur par lui-même et en outre il peut servir de substratum pour faire germer dans l'esprit des conceptions originales qui pourront à leur tour servir de ferment pour la production de solutions nouvelles et de nouvelles questions (2). Cette double mission ne touche qu'à la technique quantitative du droit.

Il y a aussi la technique qualitative de la doctrine sur laquelle il faut un peu revenir.

La doctrine doit appliquer dans l'étude du droit le principe de l'économie des moyens. Elle doit grouper les solutions de détails autour de principes généraux. A la fois elle augmente la

(1) *La vie juridique du Français*, t. I et II, Paris, 1907 et 1908. — V. spécialement la préface, p. VI et suiv.

(2) Une des grandes utilités des notes d'arrêt n'est-elle pas de suggérer aux annotateurs des conceptions nouvelles dont ils feront plus tard usage ?

force d'expansion de ces principes, ce qui en soi peut être bon ou mauvais (1), et elle facilite la compréhension du droit. Celui-ci serait inapplicable s'il n'était qu'une série de solutions de détail. Il ne devient d'un maniement facile que s'il est résumé en un nombre assez restreint de principes. Une concentration des données éparses dans diverses institutions, le fait de ramener à certaines idées simples, pratiques un grand nombre de décisions diverses contenues dans la loi ou la jurisprudence n'augmentent pas directement la valeur objective, mais elles accroissent sa valeur subjective, elles le rendent plus accessible, elles augmentent la sécurité, car un droit trop compliqué est à un moment donné inobservé en partie.

Cette concentration des idées fait en même temps apparaître les contradictions que peut renfermer la loi ou la jurisprudence, les exceptions sans fondement. Il y a indirectement cette utilité, qu'en montrant telle solution isolée, elle la mine par cela même, comme un carrier qui isole un bloc de pierre du massif auquel il était attaché et en prépare la chute.

Mais ce travail d'agglomération, cette introduction de l'idée esthétique dans le droit par la belle suite des idées, l'harmonieux arrangement des matières n'est qu'une application spéciale de l'économie juridique, laquelle se rattache à son tour à ce grand principe de sécurité dont on sent à chaque pas l'influence puissante.

Mais ce travail a ses dangers. En formulant des principes, la doctrine ou le législateur créent des idées forces. Et chacun ne réfléchissant pas toujours et même ne pouvant réfléchir à toutes les conséquences du principe qu'il applique, on en fait une sorte de dogme qu'on applique sans réserve. Or ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours. Telle appréciation relative de deux intérêts qui a inspiré tel principe peut se trouver être fausse dans un cas donné.

(1) Les principes généraux formulés peuvent être appliqués avec une stricte logique et menés par cela même à l'abus. C'est ce que nous avons exposé dans notre première partie.

La responsabilité qui a paru établie dans telle catégorie de cas peut ne pas l'être toujours. Telle solution qu'on a admise pour des raisons diverses, peut dans tel cas se trouver en opposition avec le principe d'économie de temps, de telle sorte qu'il serait préférable que celui-ci l'emportât.

A ramener toutes les institutions juridiques à un certain nombre de points qui en sont comme les centres nerveux, on risque donc d'aboutir à un système de pure logique, sans rapport suffisant avec la réalité pratique et la saine appréciation du classement à faire des intérêts. On peut aboutir à ce système de doctrine qui a triomphé au milieu du XIXe siècle et qui fut sans attache suffisante avec les besoins pratiques que revèle la jurisprudence.

Le besoin de sécurité, pour être satisfait, peut donc avoir amené à sacrifier partiellement tous les autres intérêts dont le droit est obligé de se préoccuper.

Le danger de cette sorte de congélation du droit autour de certains principes est donc très grave. Il explique comment en politique les gouvernements ont presque toujours péri par l'excès de leurs principes, comment en philosophie sociale, les disciples ont presque toujours perdu leurs maîtres par le zèle même avec lequel ils les ont servis. Il en est de même en droit privé : il faut s'incliner ici devant la contradiction qui existe entre l'intérêt de sécurité et tous les autres.

Contradiction grave et pleine de dangers. N'en signalons qu'un que la comparaison avec la politique fera mieux saisir.

Si les courants de la vie juridique se trouvent ainsi coagulés par une doctrine trop précise, les transformations sociales ne peuvent plus s'opérer dans l'intérieur des limites que l'on a établies, les faits s'accumulent comme derrière une digue qu'ils finiront par briser. Cette rupture, c'est en droit public la révolution. En droit privé, c'est le besoin de changement complet, c'est l'hostilité justifiée contre le droit.

Il faut donc aussi que la doctrine réagisse contre les principes admis, qu'elle attaque ceux qui sont les mieux reçus, lorsqu'il

apparaît qu'on arrive à en abuser, non pas pour le plaisir devenu banal du paradoxe, mais pour empêcher d'aller à l'excès ; il faut qu'elle se préoccupe d'assurer l'évolution paisible du droit.

Sur ce point il est à souhaiter qu'elle devance même la jurisprudence. Mais il faut constater que ce conseil de suivre ainsi les modifications de la vie pratique est très difficile à suivre. La jurisprudence étant en face des hypothèses réelles, peut avoir davantage le sentiment de la solution. La doctrine placée en face d'hypothèses théoriques, ayant à les construire, peut ne pas les deviner ou avoir moins le sentiment de la réponse à y faire. Elle court le risque d'arriver aux systèmes d'école, incapables de vivre. Ce n'est donc que par un effort très méritoire qu'elle peut résister au développement exagéré des principes. Il faut qu'elle se maintienne pour cela en contact avec les besoins pratiques, pour s'alimenter de l'expérience de la vie journalière.

Il faut, en terminant, constater qu'il est un point sur lequel la technique doctrinale s'est formé de façon à peu près unanime. Celle-ci, sans se soucier outre mesure de la sécurité, a toujours estimé que chaque auteur restait libre de soutenir une opinion nouvelle, en dépit des précédents, surtout s'il y a des raisons nouvelles de le faire. Par là elle a fait plus de place au devenir social qu'à la sécurité; il est curieux de voir même les jurisconsultes du XIX^e^ siècle, si attachés à l'idée de sécurité, la battre franchement en brèche quand il s'agit de leur propre liberté d'interprétation à défendre et préférer l'anarchie doctrinale au culte du précédent.

CHAPITRE V

LES FICTIONS (1)

Doit-on considérer les fictions comme un élément indispensable de la technique juridique, ou au contraire comme un procédé provisoire qui a pu historiquement rendre certains services, qui pourra temporairement en rendre encore, mais qui est condamné en tant que principe permanent ? Telle est la question capitale à résoudre.

Comme tous les problèmes de technique juridique, celui-ci a été presque toujours laissé de côté, on n'y fait ordinairement que de brèves allusions. C'est pourquoi les distinctions qu'il y a lieu de faire n'ont pas été faites, ou ne l'ont pas été suffisamment, et le droit romain s'est trouvé, étant donné certaines particularités spéciales qu'il présentait, jouer ici un rôle peu heureux.

A Rome, l'admission des fictions fut principalement la conséquence de deux choses : l'économie des moyens, le caractère conservateur du droit. D'abord le caractère conservateur du droit romain, spécialement du droit ancien, a développé les fictions. On poussait alors le respect, au moins apparent du droit existant, jusqu'à la superstition, ce qui était une véritable déformation du désir de donner la sécurité aux transactions privées. Ainsi, en organisant l'action publicienne, le préteur supposait que le délai de prescription était accompli, par là il étendait le

(1) V. Ortolan, *Généralisation du droit romain*, t. I, nº 182, p. 485 ; Holtzendorf, *Rechtslexicon*, Vº *Fiction* ; Windscheid, *Pandekten*, 2e éd., t. I, p. 264 ; Bierling, *Juristische Principienlehre*, p. 101, note 5 ; Summer Maine, *Etudes d'histoire du droit*, p. 21 ; Gallet, *La fiction de rétroactivité*, thèse de Poitiers, 1903, p. 2-9.

champ de l'action en revendication sans l'intervention du législateur, il innovait sans paraître changer le droit ancien, du moins le droit légal restait intact en apparence.

En même temps la fiction était un moyen économique pour introduire une nouvelle règle de droit. Celle-ci, au lieu d'être établie comme un ensemble de solutions indépendantes, était présentée comme une simple extension de règles existantes (1). C'était en favoriser l'adoption en faisant appel à l'esprit traditionnel.

Dans quel cas exactement ces fictions se sont-elles ainsi trouvées admises ? Il y a ici une série de nuances qui ont été indiquées par Ihering, mais qui appellent peut-être plus de précisions. Dans nombre d'hypothèses, la fiction consiste à assimiler une chose à une autre. Y a-t-il là toujours à proprement parler une fiction ? Ihering remarque avec raison qu'il faut distinguer, suivant qu'on élargit la règle du droit de manière à lui faire embrasser le rapport auquel il doit être étendu, ou suivant que c'est ce rapport qui est de force enserré dans la règle (2).

Dans les cas où la raison d'être des deux règles est la même, l'assimilation repose au fond sur un raisonnement par voie d'analogie : la nécessité pratique d'observer la loi ou de paraître l'observer a pu amener la pratique à arriver au but par voie de fiction, mais celle-ci dissimule une analogie de situation dont on a tiré avec raison une identité de solution (3). La fiction n'existe donc qu'en apparence, peut-on dire.

(1) Ce caractère conservateur du droit était poussé à un tel point qu'on vit la loi Cornelia établir une fiction, à propos du testament du citoyen mort captif. Le législateur lui-même n'osait presque toucher à l'édifice du droit ancien.

(2) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 290.

(3) Les rapports de l'analogie avec la fiction sont si étroits que certains auteurs considèrent celle-ci comme une simple étape dans le développement du raisonnement analogique, exagérant les observations très justes faites sur ce point par M. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 734, qui y voit des choses mieux distinctes, et par Maynz, *Droit romain*, t. I, nº 128,

Mais le plus fréquemment, malgré ce qu'en pense Ihering, il en est autrement. On établit par voie de fiction véritable une assimilation d'effets pratiques entre deux situations différentes, en se fondant non pas sur une analogie de situations, mais sur une idée différente de celle reçue jusque-là. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 502 du Code civil, tous les actes de l'interdit sont aujourd'hui nuls, sans distinction des intervalles lucides et des autres, ce qui est une innovation sur le droit romain. Il y a là une idée nouvelle, puisqu'au lieu de l'incapacité fixée d'après l'état psychologique de l'agent, on a une incapacité fixée en considération de la sécurité dans les transactions, de manière à éviter des procès délicats. Pour donner une idée technique qui traduise l'ensemble des solutions admises, on est obligé de dire que l'interdit est censé aliéné tout le temps. Il y a là une fiction.

Elle répond ici à l'idée qu'en donne M. Mestre, quand il dit qu'elle répond à la nécessité de donner une forme logique à l'ensemble des règles imposées par la puissance publique, nécessité telle qu'ici l'apparence de la logique remplace la logique même (2).

Dans d'autres cas, le caractère de fiction véritable attachée à une solution est tout à fait indubitable : c'est lorsque la solution antérieure de certaines questions étant donnée par les principes généraux du droit, on la remplace par une nouvelle n'ayant avec d'autres que des ressemblances éloignées, et qu'on l'explique par une règle technique qui repose sur des constatations contraires à la réalité : c'est ainsi que certains biens étant mis en commun pour former une société, au lieu de dire qu'ils appartiennent aux associés, on les déclare la propriété d'un être imaginaire appelé personne morale ; c'est ainsi qu'un bien indivis étant partagé, on déclare chaque part avoir appartenu à chaque copropriétaire dès

p. 228, qui remarquait seulement que les actions fictives romaines reposaient sur des analogies. — V. Van Eycken, *Méthode positive d'interprétation*, p. 408.

(2) *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 14.

le début de l'indivision et non pas seulement dès le jour du partage.

La solution donnée par les principes généraux du droit est remplacée par une nouvelle. Mais quand au lieu de donner les motifs véritables de ces innovations pour en fixer la portée, on les synthétise en une règle technique pour en déduire des conséquences pratiques, celle-ci paraît en contradiction avec les règles techniques reçues : celles d'après lesquelles l'homme seul est sujet du droit,ou d'après lesquelles on ne devient propriétaire d'un bien que du jour où on l'acquiert, pour reprendre nos exemples.

Ce que nous venons de dire au sujet des fictions en général est vrai à propos du droit romain et à propos du droit français. Les rapports entre les fictions, les analogies, les assimilations sont les mêmes. Il y a cependant avec Rome une différence de situation importante : les raisons qui y faisaient admettre les fictions n'existent plus, nous n'avons plus ce même fétichisme des anciennes lois, nous n'avons plus cette idée primitive d'économiser à toute force les moyens pour innover. Et alors se pose aujourd'hui la question de la légitimité et de l'utilité des fictions.

C'est évidemment l'utilité des fictions qui doit être la première examinée. Car si leur inutilité est reconnue, il n'y a pas à voir comment elles peuvent pénétrer dans le droit, mais comment au contraire on peut s'en défaire.

Ihering, dans un passage célèbre (1), a dit que toute fiction, à raison de son imperfection même, avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait. Mais mettre la jurisprudence en demeure de répudier les fictions avant qu'elle ait réussi à trouver la solution véritable qu'elle recherche, autant vaudrait forcer celui qui porte des béquilles à les abandonner, avant de pouvoir marcher sans aide.

Ce passage reconnaît déjà, ce qui ne peut faire doute pour les

(1) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 206.

esprits un peu réfléchis, que les fictions, même dans le droit moderne, ont une utilité au moins transitoire. La découverte de solutions plus satisfaisantes peut se faire en droit de différentes manières. Notamment il se peut que certaines règles étant jugées choquantes, un jurisconsulte trouve une formule technique ne correspondant directement à aucune réalité, qui en fait permette de trouver de bons résultats. Ainsi des biens étant possédés en commun, il lancera cette formule : ils appartiennent à un être de raison et non aux communistes, ce qui permettra d'éviter certaines complications dans la gestion de ces biens, dans les rapports des bénéficiaires entre eux ou avec les tiers. Cette formule, pour le moment, sera évidemment utile, donc recommandable, quand même dès maintenant on ne verrait pas bien pourquoi cette formule traduit de façon satisfaisante les aspirations générales des hommes d'affaires. Il arrive ainsi souvent que l'on trouve l'instrument pratique pour résoudre des difficultés données, bien avant d'avoir des principes théoriques pour expliquer l'excellence de ces instruments. C'est ainsi que les gens de chaque métier, les cultivateurs en particulier, ont certaines règles, certains principes, que les ignorants nomment parfois des procédés routiniers, qui sont bizarres à première vue, mais qui sont seulement l'application de certains préceptes que la science n'a découverts que par la suite ou qui sont encore à découvrir.

L'utilité provisoire des fictions est donc incontestable. Mais en ont-elles une de plus longue durée ? La fiction est-elle un moyen de progrès du droit sans valeur par lui-même, mais qui permet de consacrer un résultat équitable, de l'étayer provisoirement, avant que la science n'en ait établi le fondement naturel? Est-ce simplement le premier mode d'apparition de certaines solutions, sorte d'enfance du droit destinée à faire place à l'âge mûr où le règlement des intérêts apparaîtra seul au premier plan (1) ?

(1) C'est l'idée que défend M. Guyot (L'idée de fiction, *Revue générale de droit*, 1908, p. 417), quand il nous parle de la tendance moderne indiscu-

Au fond, une fiction n'est qu'une image, une forme de langage ordinairement assez expressive pour peindre une chose nettement à l'esprit et en même temps en fixer le souvenir. Rétroactivité de la condition, effet déclaratif du partage, personnalité des sociétés, voilà autant d'images qui frappent et fixent l'idée abstraite. A ce point de vue la fiction a donc une utilité pédagogique (au sens le plus large du mot) et même technique. Mais si c'était là son seul effet, la cause serait vite jugée, car une métaphore pas plus qu'une comparaison n'est une raison.

Seulement la formule qui constitue la fiction a une autre importance. Elle a un rôle dynamique. Non seulement elle permet de donner de suite certains résultats souhaitables, ou de concentrer autour d'une idée centrale les résultats adoptés, elle est encore un instrument de découverte, et alors comme toute formule, elle peut, dans certains cas, ne pas produire les résultats satisfaisants qu'on aurait pu désirer. Mais le même reproche n'est-il pas à adresser à toute formule de caractère technique ? Y a-t-il une différence entre la formule de la fiction et toute autre règle de droit qui ne laisse pas voir du premier coup son armature d'intérêts à satisfaire dans un certain ordre, comme la règle : nul ne plaide par procureur, ou celle : en fait de meubles possession vaut titre, etc.

On répondra qu'il y a ce fait grave que la fiction exprime un fait contraire à la nature des choses. On n'entend évidemment par là ni que la fiction exprime une chose contraire aux lois physiques, ni même aux lois sociales ou morales. On veut dire seulement que la fiction est en opposition avec les règles techniques habituellement reçues : reconnaître une personnalité morale est contraire à l'idée que les hommes sont seuls sujets de droit, reconnaître la rétroactivité de la condition, c'est aller contre l'idée reçue que le contrat conditionnel ne devient parfait qu'à l'arrivée de la condition, donner un effet déclaratif au partage, c'est aller

table à abandonner l'idée de fiction, et qu'il nous dit que celle-ci doit disparaître. Peut-être ce point mérite-t-il un examen plus profond.

contre l'idée que les droits divis de chacun ne naissent qu'au partage, etc.

Mais ces conceptions techniques ne sont elles-mêmes que des constructions imparfaites, et les reviser indirectement par quelque côté n'est pas plus contraire à la nature des choses, qu'il ne l'était de proclamer les règles primitives que l'on limite aujourd'hui. Cette prétendue nature des choses, ce n'est que la traduction première, souvent assez grossière de certains besoins pratiques ; le plus souvent, c'est une simple vue unilatérale des difficultés, et rien ne semble plus naturel que de la reviser ou de la limiter, quand la nécessité s'en fait sentir. Ainsi donc, il ne faut pas s'exagérer l'importance, au point de vue juridique, de cette prétendue nature des choses. Comme l'a dit très bien M. Saleilles (1), il y a dans toute relation juridique une part de voulu et de convenu. Il n'y a pas de relations imposées par des forces naturelles purement instinctives. Si déterministe qu'on soit, il faut reconnaître dans la société des relations conscientes se traduisant par des conceptions de l'esprit. Celles-ci influent sur la transformation et le développement successif des idées initiales. Les réalités qu'on prétend naturelles ne sont donc jamais qu'une transformation de la réalité par les conceptions que s'en fait la conscience juridique d'un peuple (2).

Idéalement le progrès consiste donc souvent à passer de cette prétendue nature des choses assez primitive, à un mélange de l'idée qui la traduit avec la fiction, ce qui ne serait qu'une concentration autour de deux règles techniques des solutions pratiques désirables. Mais doit-on s'en tenir là ? La philosophie du droit que nous avons combattu au cours de ce travail et qui prétend trouver dans la nature des choses, des solutions claires et une vérité simple qui serait l'idéal objectif à atteindre, se rebelle, et de là l'hostilité bien connue de l'interprétation traditionnelle pour les

(1) *La personnalité juridique*, p. 606.

(2) *Op. cit.*, p. 622 et suiv. Nous renvoyons à la lecture du passage tout entier qui est très suggestif.

fictions, qui techniquement sont en quelque sorte à ses yeux des monstres, dont on doit subir la présence le moins longtemps possible. Mais nous avons montré combien dans nombre de cas, étant donné la multiplicité, la valeur imprécise des intérêts en présence, le problème de leur satisfaction concurrente ou de leur classement était difficile, pour ne pas dire davantage.

Il est donc possible que réduit à une transaction entre des intérêts opposés, le droit en arrive à une cote mal taillée, et que des conceptions divergentes sont adoptées simultanément, chacune dans un domaine. On peut rester à cet état imparfait, faute de pouvoir trouver mieux. Mais il est souhaitable en tous cas que fiction et règle dite naturelle soient acceptées non plus comme des règles de formulaires qu'on applique sans en saisir la portée, mais comme comprises dans leurs liens avec les réalités complexes. Il est possible qu'en pareil cas on arrive, en scrutant les intérêts à satisfaire, en cherchant la mesure dans laquelle ils doivent l'être, à découvrir un principe nouveau. Mais celui-ci, qu'il apparaisse ou non comme une fiction, c'est-à-dire comme une image contraire aux solutions reçues jusque-là, reste toujours un principe rigide, très utile sans doute pour grouper les solutions reçues, très précieux pour les solutions pratiques nouvelles qu'il permet de déduire, mais dangereux aussi, car il peut permettre d'aboutir par la logique déductive à des résultats auxquels on n'avait pas pensé et qui choqueront (1). Il se peut que la formule donnée aboutisse à des solutions qui ne donneront pas une importance relative convenable aux différents intérêts dont il fallait se préoccuper. Et ce nouveau progrès sera encore loin d'être une source de perfection.

Pour nous résumer, nous ne pensons pas comme Ihering, ni même, comme nous l'avons écrit nous-même tout d'abord (2), que la fiction ne soit nécessairement qu'une construction provisoire

(1) Comme le dit M. Picard, *Droit pur*, p. 393, il faut éviter l'exagération dans le rapport juridique.

(2) *Théorie générale de la subrogation réelle*, p. 13.

destinée à disparaître devant une autre. En réalité, une fiction, comme toute construction juridique, n'est qu'une traduction imparfaite de certains besoins pratiques, et le premier devoir de l'interprète, c'est de se rendre compte des raisons pratiques qui l'ont fait adopter. La formule peut être découverte avant sa raison d'être, comme des procédés industriels peuvent être connus avant leur explication scientifique. Il est toujours nécessaire que la raison d'être de la règle exprimée sous forme de fiction soit découverte le plus tôt possible, précisément pour déterminer l'étendue maxima que celle-ci doit avoir. Et ici même nous touchons à un point important souvent méconnu : la manière d'interpréter les règles fictives.

On a une tendance, les fictions étant contraires, dit-on, à la nature des choses, à les interpréter de façon restrictive, à leur refuser toute extension. Les fictions sont de droit étroit (1). Je ne suis pas convaincu de la justesse de cette méthode. Car si la fiction est inspirée par certaines nécessités pratiques, par certaines volontés qui, pour être satisfaites, ont besoin de recevoir une large application, une interprétation large s'imposera. Ici comme ailleurs, il faut toujours avoir le même critérium, interpréter la règle par sa raison d'être et l'appliquer dans toute la mesure de sa raison d'être, sauf limitation de principes contraires.

La rétroactivité de la condition par exemple doit s'interpréter d'après ses motifs, allant au delà de la formule si la raison d'être la dépasse, restant en deça au contraire si cette dernière, comme c'est notre opinion, est plus étroite que la formule légale.

Quand la raison d'être de l'image fiction a été découverte, le travail de l'interprète, le progrès du droit consiste alors à confronter celle-ci avec cette prétendue nature des choses, en réalité avec les motifs de la règle générale qui s'est trouvée enta-

(1) V. la note de M. Saleilles, S. 94.2.185, et surtout, *Rép. de Merlin*, V° *Fiction* ; Renusson, *Des propres*, chap. Ier, sect. X. Aubry et Rau (tome VI, p. 239) se montraient plus réservés et n'appliquaient cette interprétation que si la fiction ne leur paraissait pas rationnelle.

mée, et de voir comment ces principes antagonistes peuvent vivre ensemble : soit dans une synthèse plus haute, qui embrassera à la fois l'affirmation et la négation, soit dans un partage de l'empire, les deux principes adverses ayant chacun leur valeur, et le droit comme il arrive souvent étant réduit à une transaction. Le besoin de sécurité n'appellera plus alors qu'à régler une question de frontière ; fixer le domaine exact de chacune des règles opposées.

La fiction nous apparaît donc finalement comme pouvant être une nécessité, malgré ses dangers, que nous avons suffisamment signalés. Elle répond parfois à un besoin de l'esprit : celui de simplifier les solutions en les concentrant, mais il y a à craindre cette désharmonie qui est toujours à redouter, lorsque nous voulons faire pénétrer dans notre esprit, qui recherche la simplicité, l'ensemble des solutions complexes et variées qui sont nécessités par les aspirations de notre être combinées avec les réalités extérieures.

Remarquons d'ailleurs que la condamnation générale des fictions conduirait, si on la prononçait parce que souvent leurs conséquences sont mauvaises, à rejeter toutes les formules juridiques qui, pour analyser les phénomènes du droit, aboutissent à les présenter sous une image concrète. On serait réduit à l'indication de certains effets d'une situation de fait, ce qui serait au détriment de la généralisation et du besoin de concentrer les idées.

Ainsi donc la fiction a une raison d'être permanente et non pas seulement provisoire, lorsqu'elle traduit exactement les besoins auxquels on veut donner satisfaction. C'est ce que M. Saleilles a récemment établi sous une autre forme (1), en disant qu'une règle pouvait à première vue être une fiction, lorsqu'elle était contraire aux conceptions courantes, mais que du jour où avec le temps les conceptions normales ont changé, ce qui était fiction au début devient réalité, puisqu'il y aura dès lors adaptation normale

(1) *La personnalité juridique*, p. 606.

entre les effets produits et le système juridique de droit commun auxquels ils se rattachent. Qu'est-ce en effet qu'une fiction qui devient indispensable, sinon une réalité ?

Quelle est maintenant la légitimité des fictions ? Dans quelle mesure les divers organes qui contribuent à l'élaboration du droit, la loi, la doctrine, la jurisprudence peuvent-ils chacun y recourir ?

La loi peut-elle établir des fictions ? Elle ne s'en est pas fait faute (1). La représentation, nous dit l'article 739 du Code civil, est une fiction de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place du représenté (2).

Le procédé est-il cependant recommandable ?

En affirmant qu'une règle est une fiction, que telle situation est censée être différente, la loi emploie une formule technique qui est implicitement la consécration comme droit commun, comme solution imposée par la nature des choses, d'une formule technique contraire à la fiction. C'est là je crois un danger, la loi consacre une règle générale absolue et une exception, il est à craindre que par cet ensemble rigide, aidée d'une interprétation toute syllogistique, on n'arrive à des solutions choquantes (3).

Il n'y a pas le même inconvénient à ce que la loi consacre une formule, dont on pourra dire que c'est une fiction, lorsqu'elle le fait dans des termes différents de ceux de l'art. 739, comme par exemple, lorsqu'elle consacre l'incapacité de l'interdit même pour ses instants de lucidité, ce qui est au fond, peut-on dire, une fiction d'aliénation permanente. Car ici elle

(1) C'est ce que Unger appelle une fiction pratique. — V. *Jahrbuch für Dogmatik*, t. X, p. 9, note 12.

(2) On a suivi ici l'exemple du droit romain où les fictions légales ont été nombreuses. — V. Maynz, *Droit romain*, t. I, nº 130.

(3) Aussi le Code civil allemand ne contient aucune fiction (Windscheid, *loc. cit.*).

donne une règle pratique dont on saisit plus vite la raison d'être, parce qu'on n'est pas leurré par une image, et alors la règle conservant plus de contact avec la réalité est mòins exposée à dévier dans l'application vers la logique mathématique. Il y a sans doute là une simple nuance fondée sur la psychologie : une image peut agir plus durement sur l'esprit qu'une formule un peu grise qui laisse entrevoir son substratum de raisons pratiques. Cela ne nous paraît pas cependant devoir être négligé quand une législation est dans une période de civilisation suffisamment affinée pour ne plus faire de la technique inconsciente, mais pour le faire d'une manière précise et réfléchie, comme c'est le cas pour les dernières codifications de l'Europe occidentale.

La jurisprudence a-t-elle le droit d'établir des fictions ? Et faut-il en dire autant de la doctrine (1) ? En d'autres termes, ne peut-on admettre une fiction que s'il y a une loi pour consacrer la règle fictive (2) ? N'a-t-il été possible de reconnaître bien des fictions que parce que certains textes, au moins implicitement, les consacraient ? Pour ceux qui croient à une nature des choses qui commande de façon absolue ce qui doit être, qui confondent, comme découlant fatalement l'un de l'autre, l'être et le devoir être, on ne peut aller contre la nature des choses sans un texte pour l'imposer. Mais ceci conduirait à se demander si le législateur lui-même n'a pas eu tort en admettant des fictions, si ce procédé législatif de la règle fictive n'est pas condamnable, point sur lequel je n'ai pas à revenir.

Mais si en dehors des nécessités physiques, des lois sociales, la prétendue nature des choses n'est souvent que la conception première de notre esprit, que nous avons projetée avec plus ou moins de bonheur sur un ensemble de difficultés, rien n'empêche qu'une

(1) Ce sont les fictions de celle-ci que Unger (*loc. cit.*) appelle théoriques.

(2) C'est la solution donnée par le *Répertoire de Merlin*, V° *Subrogation*.

fiction, c'est-à-dire qu'une règle imagée contraire aux images techniques habituellement reçues, ne soit mise en circulation en dehors du législateur. La légitimité de cette méthode en tant que forme spéciale pour traduire notre pensée ne nous paraît pas discutable.

Mais le problème n'est pas pour cela épuisé, car derrière la fiction, il faut chercher la règle de droit, c'est-à-dire la hiérarchie des buts que l'on a établis et sa raison d'être (1). A ce point de vue, la fiction étant mise en circulation par la pratique, une autre question se pose, qui est toute celle de l'interprétation.

L'interprète ne peut-il qu'user du raisonnement logique, par la simple déduction et par le système d'induction et de déduction combinée que l'on nomme le système des constructions juridiques ? S'il en est ainsi, il n'y a d'autres valeurs respectives des intérêts en présence que celles que leur a données une fois pour toutes le législateur par une vue générale ou spéciale ; on ne peut innover par une règle différente et la règle nouvelle ayant un caractère fictif est par là même prohibée.

Au contraire, admet-on que la loi n'est pas la seule source du droit, c'est-à-dire de la classification à donner aux vouloirs humains, y a-t-il en dehors d'elle, possibilité d'établir une force juridique qui donnera aux divers buts leurs valeurs respectives dans les circonstances nouvelles, inaperçues, qui pourront se présenter, alors une règle ayant une allure fictive, évoquant cette image un peu paradoxale que l'on nomme la fiction : rétroactivité, survivance d'un droit éteint, etc., est légitime dans la mesure où elle est utile et que nous avons déjà retracée. Elle vaut non comme réalité objective, mais comme règle imagée dans laquelle se concrétisent certaines aspirations, dans la mesure où on estime désirable que celles-ci reçoivent satisfaction en présence des autres.

(1) Cf. de la Grasserie, *Principes sociologiques du droit civil*, p. 405, qui montre la tendance à un moment à ne plus appliquer la fiction de façon complète.

Eclairée et précisée par sa raison d'être, la fiction est bonne, soit qu'il s'agisse ici d'établir une transaction entre des conceptions opposées, soit que ce ne soit qu'une étape pour arriver à une synthèse plus générale.

C'est ainsi qu'en pratique la personnalité morale de certains groupements ou de certains groupes de meubles ou d'immeubles a été admise, bien avant que le législateur, en employant dans des lois récentes ce terme de personnes morales, ait consacré cette fiction contraire aux idées techniques traditionnelles sur le sujet de droit C'est ainsi que cette image de personne morale paraît en somme commode pour désigner certaines situations de façon rapide,imagée, pour évoquer certaines règles, certaines solutions, pourvu (ce qui n'est pas toujours aisé), que derrière cette façade, on sache voir les raisons d'être qui la font accepter, les commodités pratiques que l'on a voulu obtenir en consacrant ces patrimoines placés dans une situation spéciale. Mais les controverses fameuses auxquelles donne lieu,depuis un siècle,cette théorie montrent à merveille, combien,s'il est délicat déjà de poser les règles de méthode, il peut être dans certains cas difficile de les appliquer de façon satisfaisante, de n'être pas dupe des mots, ni des images.

CHAPITRE VI

MÉCANISMES TECHNIQUES

La technique juridique ne comprend pas seulement l'art technique, mais encore les mécanismes techniques. Tantôt en effet il s'agit de traduire directement certaines idées en solutions réalisables pratiquement, il n'y a pour ainsi dire pas d'intermédiaire entre l'intérêt à protéger et la solution pratique qui sert à le protéger : par exemple si l'on groupe en une règle unique la solution destinée à satisfaire divers intérêts dans un cas donné. C'est alors l'art technique.

Tantôt au contraire il s'agit de résoudre des difficultés plus complexes : de satisfaire certains intérêts dont la protection est moins aisée, on n'y arrive qu'au moyen de procédés plus savants, par ce que Ihering appelle : le mécanisme technique.

Il n'y a bien entendu entre ces deux choses, l'art technique proprement dit et le mécanisme technique, qu'une différence de degré. Elle n'en est pas moins suffisante pour qu'on puisse les étudier séparément ; d'autant plus que, surtout dans le mécanisme technique, nous allons rencontrer des procédés auxquels la loi, la jurisprudence et la doctrine ont pu collaborer, et cette idée encore justifiera notre division.

La première question est de savoir, s'il doit y avoir des mécanismes techniques. Faut-il, pour arriver à la réalisation du droit, non seulement pratiquer une technique en faisant des lois claires, en rendant des jugements d'une portée précise (ce que personne n'a contesté jusqu'ici), mais faire de ces constructions puissantes dont les conséquences se font sentir sur tous les domaines du

droit, comme la théorie des sujets du droit, celle des personnes morales, de la représentation, du rapport de droit, etc. ?

Ce système a toujours été pratiqué jusqu'ici. Mais que vaut-il ? Ne faut-il pas renoncer à l'employer ? C'est cette opinion qu'admet M. Duguit dans son remarquable livre sur l'Etat et le droit objectif (1).

Cet ouvrage, comme l'a dit très justement M. Michoud (2), laissera certainement une trace importante dans notre littérature juridique, et il a été le point de départ de tout un mouvement d'idées (3).

Bien que la thèse soutenue dans ce livre soit aujourd'hui bien connue de tous ceux qui s'intéressent à la science du droit, il est nécessaire de la résumer brièvement, de façon aussi exacte que possible, avant de pouvoir l'apprécier.

D'après M. Duguit (4),« tous les individus sont des êtres sociaux, et comme tels obligés d'obéir à la règle sociale sous peine de provoquer contre eux une réaction sociale. Quelle est alors cette règle ? Elle a pour fondement le fait de la solidarité sociale, c'est-à-dire le fait d'interdépendance unissant entre eux, par la communauté des besoins et la division du travail, les membres de l humanité et particulièrement les membres d'un même groupe social. Cette règle de droit n'a d'ailleurs rien d'absolu, elle n'est point un idéal, mais un fait, elle est essentiellement changeante comme les sociétés humaines, elle dérive de leur structure infiniment variable, c'est-à-dire qu'elle varie avec les formes de vie si diverses que

(1) Rapprochez les théories voisines soutenues par Schlossmann dans son ouvrage *Der Vertrag* : — V. le résumé dans Dereux, Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, *Revue critique*, 1902, p. 105 et suiv.

(2) *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906, I, p. 45. — V. dans cet ouvrage les critiques adressées à la théorie de M. Duguit, p. 48 et suiv.

(3) V. not. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*.

(4) V. spécialement, t. I, p. 130 et suiv. Rapprochez le résumé qu'il a fait de ses idées dans son nouveau livre, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 1908.

nous présentent les sociétés humaines. » Elle se manifeste cependant sous deux formes, que M. Duguit emprunte à M. Durkheim : il distingue la solidarité organique et la solidarité mécanique, c'est-à-dire la solidarité par division du travail et la solidarité par similitudes.

Par le fait même de la solidarité sociale et par cette conséquence que chacun est soumis à la loi qu'implique cette solidarité, tout individu est dans la possibilité de vouloir une certaine chose, et quand il l'aura voulu conformément à la règle de droit, de l'obtenir ; il a, en vertu de la règle même, un pouvoir de vouloir, mais il n'a pas un pouvoir d'obtenir. Il n'aura le pouvoir d'obtenir que lorsqu'il aura voulu conformément à la règle de droit.

Si en effet l'individu manifeste extérieurement sa volonté, ou bien cette manifestation est déterminée par un but conforme à la règle de droit, et alors naît forcément au profit d'une certaine personne le pouvoir d'obtenir la chose voulue.

Ou bien cette manifestation de volonté est déterminée par un but contraire à la règle de droit, alors naît au profit d'une certaine personne le pouvoir de vouloir une certaine réaction contre l'acte contraire à la règle de droit, antisolidaire, antisocial (1). « Tant qu'aucune manifestation de volonté individuelle ne s'est produite, nous nous trouvons en présence uniquement de la règle de droit, et si les volontés individuelles ont certains pouvoirs, on ne peut les qualifier que de pouvoirs objectifs, puisqu'ils dérivent directement de la règle objective. Quand au contraire un acte de volonté individuelle a eu lieu, une situation nouvelle peut être créée par celui-ci. Quand il se produit un acte de ce genre déterminé par un but conforme à la règle de droit, il se produit une situation juridique subjective. Avec ce point de départ, tout s'expliquerait sans postulat *à priori*, sans hypothèse, sans fiction. Sans doute très souvent en fait une situation juridique subjective

(1) P. 139.

créée par un acte de volonté nous apparaît extérieurement sous la forme d'un rapport entre deux sujets. On peut même mettre que le plus souvent il en est ainsi. Mais dans la vie des sociétés modernes apparaissent fréquemment des situations qui doivent être juridiquement protégées et qui ne peuvent se ramener à un rapport entre deux objets. Faut-il pour expliquer que ces situations sont juridiquement protégées, supposer l'existence de ces sujets et dire : si cette situation est protégée, c'est donc qu'il y a des sujets de droit ? Pourquoi ? Avec le point de départ adopté, tout s'explique sans y avoir recours.

« Quand il y a un acte de volonté individuelle déterminé par un but de solidarité sociale, il naît pour une certaine volonté le pouvoir d'assurer la réalisation de ce résultat, il naît pour une certaine autre volonté, le devoir de ne rien faire s'opposant à la réalisation de ce résultat, et si cela se peut, d'y travailler activement. Voilà tout, voilà le fait, tout le reste n'est que fiction (1). »

Donc il ne faut pas parler de rapport de droit, il n'y a point de sujet de droit, il n'y a point de collectivité personnifiée, il y a seulement un individu qui veut ou son propre profit, ou le profit d'un tiers, ou le profit d'une collectivité : ce qui peut créer, si le but est conforme au droit objectif, une situation subjective protégée par la force consciente et organisée, s'il y en a une (2).

« Pourquoi, dit M. Duguit, vouloir déterminer les sujets termes du rapport de droit, lesquels n'existent pas. Il y a un effet qui a été voulu. Cet effet est social puisqu'il est par hypothèse facteur de solidarité sociale ; cet effet doit être obtenu, la force organisée doit y travailler, tel individu qui le peut doit faire une certaine chose et personne ne peut rien faire qui empêche l'effet de se produire, parce que tous, gouvernants et gouvernés, doivent coopérer activement et passivement à la solidarité sociale. Mais de lien de droit entre deux prétendus sujets, nous n'en voyons pas. Il y a une situation juridique subjective, dans laquelle il y a un pouvoir et

(1) P. 170.
(2) P. 108.

un devoir juridique, mais ne dites pas qu'il y a un rapport entre le sujet qui doit et le sujet qui peut. La situation est à la fois plus complexe et plus simple ; plus complexe, parce qu'il n'y a pas seulement un sujet qui doit et un sujet qui peut, mais que toutes les volontés individuelles, particulières et gouvernantes, sont atteintes par l'acte de volonté individuelle qui crée la situation subjective ; plus simple, parce qu'il n'y a point à rechercher où sont les sujets de ce rapport qui n'existe pas. »

Cette théorie semble rejeter loin d'elle toute construction technique et débarrasser définitivement notre science de tout ce fatras qui l'encombre, cela a contribué à son succès, mais parvient-elle à son but ? A-t-elle pu aboutir à nous débarrasser de tant de théories subtiles et qu'elle dit surannées ? Sans vouloir encore me prononcer, j'éprouve quelque doute. Car M. Duguit lui-même, après nous avoir dit que la loi positive ne peut créer de sujets de droit, parce que tout sujet de droit est une fiction, ajoute : « Nous ne voulons pas dire bien entendu que tout acte de volonté individuelle soit juridique et légitime par cela seul qu'il est déterminé par un but d'utilité collective. Pas plus que le but d'utilité individuelle, le but d'utilité collective ne rend juridique par lui seul un acte de volonté. Il faut que le but d'utilité collective soit de plus conforme à la règle de droit née de la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise à une époque et dans un pays donné. Par conséquent les actes de volonté individuelle faits en vue d'un profit collectif ne sont des actes juridiques, que lorsqu'une affectation collective d'une richesse est considérée comme conforme à la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise dans une société. Toute affectation collective d'une richesse, tout profit collectif ne sont pas légitimes en soi. C'est une question de fait et d'évolution..... Enfin, il est bien entendu que le législateur positif peut et doit réglementer et organiser la situation, déterminer par exemple directement ou indirectement les individus qui seuls pourront vouloir un profit collectif. Mais cela ne change rien. Ce ne sera qu'une construction juridique positive élaborée pour arriver plus

sûrement à la réalisation de l'effet légitimement voulu. La loi positive ne peut créer des sujets de droit, parce que tout sujet de droit est une fiction et que la toute puissance attribuée au législateur ne va pas jusqu'à faire que ce qui n'est pas soit. » La technique juridique sanctionnée par la loi écrite établira les procédés qui paraissent les plus efficaces pour assurer la réalisation des buts d'utilité collective légitimement voulus par une volonté individuelle. Mais cela ne change rien à la réalité des choses. Il reste toujours qu'il n'y a point de sujet de droit, qu'il n'y a point de collectivité personnifiée (1).

Mais il s'agit de savoir si la technique juridique ne rétablira pas nécessairement des sujets de droit, des personnes morales ou quelque chose d'approchant. Il est facile de dire à un infirme de marcher sans béquilles, mais encore faut-il que la technique de la marche et de l'équilibre le lui permette.

M. Duguit, malgré son désir de simplifier, d'éviter toute subtilité, reconnaît en premier lieu, comme le prouvent ces citations, qu'il doit y avoir une technique, c'est-à-dire un ensemble de procédés de réglementation, de déduction, pour assurer la réalisation pratique du droit, pour descendre des hautes sphères de la philosophie solidariste aux zones inférieures des difficultés journalières. Il faudra alors établir, par des procédés quelconques, un acte étant conforme à la règle de droit : quelles personnes vont pouvoir en tirer pour elles les conséquences avantageuses qu'il comporte ; une vente de terrain ayant été faite par quelqu'un, il faudra déterminer qui pourra être mis en possession du terrain. L'autre signataire de l'acte peut avoir voulu stipuler pour autrui, ou être un simple mandataire, ou il peut être décédé depuis, et il s'agira de savoir qui pourra prendre livraison au lieu de lui. Et si le signataire de l'acquisition a dit agir pour le compte d'une société, d'un groupe, il s'agira de délimiter quels sont finalement

(1) P. 105, V. de même, p. 180 où il nous parle de procédés techniques qui ne changent rien à l'idée fondamentale.

les individus, les êtres humains qui pourront profiter de l'acte pour venir occuper ce terrain (1).

Comment alors les choses vont-elles se passer ? M. Duguit admet qu'il faudra d'abord établir une règle de droit conforme à la solidarité sociale. Qui aura compétence pour proclamer cette règle, pour en fixer le contenu, non pas fixe, mais en harmonie avec les idées d'une époque et d'un pays donné. Ce sont les gouvernants, parce qu'ils sont les plus forts. Mais logiquement il n'en sera ainsi que tant qu'ils conserveront cette qualité. En tous cas, la règle, pour fragile qu'elle soit, n'en peut pas moins être formulée, et l'on arrivera notamment à dire par solidarité sociale : tous ceux qui auront adhéré à telle association pourront, sans que personne puisse s'y opposer et en réclamant même le secours d'autrui, utiliser tel immeuble, telle bibliothèque ; toute personne qui aura fait signer un contrat par une autre en son nom ne pourra se voir refuser tel avantage, etc. Tout cela sera admissible.

Nous croyons même, sur ce point, la critique de M. Michoud, pourtant dans l'ensemble si pénétrante, exagérée lorsqu'il se demande, dans des cas de ce genre, comment on déterminera les personnes qui profiteront du contrat, sans recourir à l'idée de personnalité, sans déterminer quel est le sujet de droit du contrat. En effet, ce qu'il y a d'essentiel dans une règle de droit, c'est le bénéfice qu'elle va procurer, le but auquel on vise; le droit n'est qu'un moyen, non un but, ce n'est pas une divinité, c'est un serviteur. L'avantage à tirer d'un droit peut se trouver déterminé, abstraction faite de toute question de personnalité, car il se décompose en une série de conditions dans lesquelles un acte peut être légitimement accompli : conditions de personne, de lieu, d'heure, de concomitance avec d'autres actes, on peut à la rigueur dire que la règle de droit, une fois déterminée, jouera dans ces conditions. Mais il s'agit de savoir si on ne pourrait pas avec

(1) V. sur ces critiques, Michoud, *op. cit.*, I, p. 48 et suiv. V. de même sur certains dangers de cette théorie, Saleilles, *La personnalité juridique*, p. 550 et suiv.

plus d'avantage substituer à cette énumération complexe de conséquences régulières de la règle de droit le système traditionnel qui voit des sujets de droits, des objets de droits, etc..

Cela d'abord est plus court, et l'économie des moyens doit être respectée, toutes choses égales d'ailleurs. Il y a donc avantage à dire telle personne a un droit, telle société a un droit, si on s'exprime ainsi plus brièvement et si, d'autre part, on emploie une formule qui parle mieux à l'esprit, lequel ne pense que par images, et se représente plus volontiers le droit de cette manière, non seulement parce qu'il y est habitué, mais parce que cela est probablement dans sa nature.

Ensuite et surtout, le droit, comme d'ailleurs la société ou l'histoire, nous montrent la lutte sans trêve entre un certain nombre d'intérêts qui sont tous invincibles, ayant leur base solide dans l'âme humaine, deux des principaux sont, nous l'avons vu, le besoin de sécurité et celui de transformation sociale.

Le droit doit donner la sécurité, c'est là un point important, et c'est pour cela que le droit apparaît comme une discipline conservatrice (1). Mais cette mission, qui correspond à la fois à un besoin de repos et à la nécessité de pouvoir concentrer son activité, n'est pas la seule. Il faut tenir compte du besoin de transformation, d'activité nouvelle. De là la nécessité de ne donner qu'une tranquillité limitée et aussi, il faut le dire, de tromper dans une certaine mesure, le sentiment de sécurité. Il faut donc choisir : le droit ayant au moins autant besoin d'assurer le sentiment de sécurité, du moins dans une certaine limite, que de donner cette chose elle-même, n'y a-t-il pas une transaction heureuse en préférant les théories qui donnent à l'individu des droits à celles qui ne reconnaissent qu'une règle de droit objectif. La première donne à chacun le sentiment d'être dans une zone où il est inattaquable, la seconde d'être pris dans un vaste engre-

(1) V. Mater, Le socialisme juridique, *Revue socialiste*, 1904, t. II, p. 0, et Sources et Origines du socialisme, même *Revue*, 1903, t. II, p. 316, cité par M. Duguit, *Le droit social*, etc.. p 21.

nage où il ne peut rien, sinon affirmer ce que veut la solidarité et avoir la force de l'imposer.

Ce sentiment qui résulte de cette technique individualiste, permet de faire que la sécurité, même limitée par des nécessités différentes, reste comme sentiment capable d'engendrer l'activité, ce qui est le principal but poursuivi. Ainsi un résultat souhaitable sera atteint, à condition que ce sentiment n'agisse pas trop sur ceux qui font le droit ou le font vivre, qu'il ne soit pas comme une idée-force qui leur fera perdre de vue (comme il est souvent arrivé) que l'idée de sécurité n'est pas tout.

Ces points indiqués, reprenons à un autre point de vue le problème des mécanismes techniques, pour voir comment il convient aujourd'hui de le résoudre après le livre retentissant de M. Duguit.

N'y a-t-il pas au total un immense profit à tirer de ces attaques contre la vieille technique ? Nous le croyons. Pour cela déterminons le rôle des constructions techniques.

Le droit, que nous parlions de la règle de droit ou de droits individuels, est une chose essentiellement abstraite. Nous pouvons bien le comprendre en dehors de tout mot, de toute image pour les traduire. Mais notre esprit ne peut communiquer avec les autres qu'en exprimant le droit par des mots : or ceux-ci sont fatalement des images. Et notre esprit se rattachant forcément à celles-ci poursuit plus loin la comparaison. C'est là l'origine de la technique, bien que celle-ci se développe souvent en idées plus abstraites. On compare un groupe à une personne, on pousse plus loin la comparaison : on a la construction technique de la personne morale. Le procédé est-il mauvais dans ses résultats ? Cela dépend.

Tant que ce procédé se borne à une image, c'est une comparaison innocente, il n'y a pas d'inconvénient à parler de lien de droit entre deux personnes. Lorsque la comparaison se poursuit, elle devient à la fois un procédé d'investigation, et de concentration. Elle devient un procédé d'investigation, car en parlant

de personne morale pour désigner un groupe, de subrogation réelle pour viser un objet qui aura la même qualité qu'un autre, on est naturellement porté à voir jusqu'où peut aller la comparaison. Ce procédé doctrinal de construction permet donc de se poser des questions que la pratique n'a pas encore présentées. Ainsi en admettant qu'il y a dans ces cas une subrogation réelle, on se demandera si toutes les qualités d'un objet peuvent ainsi passer à un autre. Il y a là une façon de faire,qui non seulement n'est pas nuisible, mais qui est très profitable.

La comparaison ou, si l'on aime mieux, la construction technique, est aussi un procédé de concentration. C'est-à-dire qu'elle consiste à grouper, par suite d'un rapprochement plus ou moins exact avec une chose matérielle,toute une série de règles spéciales. Etant donné qu'un groupe peut prendre une décision, donc vouloir, passer un contrat, acheter des biens, comme le ferait une personne, on l'a qualifié personne morale. Et cela a permis de ramener à une même idée une série de questions concernant la vie de ces groupes : ont-ils un domicile, une nationalité, ne devraient-ils pas avoir un état civil,comme une personne ? On a pu trouver une série de solutions,qui permettent d'assimiler sur les différents points la personne physique et la personne morale.

Mais ici se manifeste le danger que l'on n'a pas évité, et M. Duguit a parfaitement raison, quand il termine son livre par cette phrase,qui est un avertissement méritant réflexion : « Nous croyons fermement que les juristes,en persistant dans la voie où ils se sont engagés depuis des siècles, demeurent étrangers à tout progrès scientifique et méconnaissent, ce qui est plus grave, les aspirations et les besoins de notre époque. »

En effet, la concentration de la matière juridique est bien une loi de notre science se rattachant au principe fondamental de sécurité envisagé subjectivement, car elle clarifie, allège le bagage juridique et permet de le mieux connaître. Mais cette concentration autour d'un principe, d'une construction, n'est bonne qu'autant qu'elle correspond au classement général des intérêts que

l'on désire appliquer dans chaque cas. Si la construction une fois dégagée, on l'applique dans chaque hypothèse sans souci des intérêts pratiques à protéger, il y a abus de la méthode. On a fait d'un instrument de recherche et de simplification, un instrument de réglementation, ce qui est une erreur.

Prenons un exemple. On n'a ordinairement de raison de léguer qu'à des personnes que l'on connaît. On en a tiré cette règle : on ne peut léguer qu'à une personne existant déjà au moment du décès. C'est une traduction raisonnable à première vue. Mais on en a conclu parfois qu'un legs est nul adressé à un établissement qui n'est devenu personne morale que peu après la mort du testateur. C'est une exagération, car ici le legs a une raison d'être sérieuse. Et on pourrait citer nombre d'exemples du même genre. Indiquons l'interdiction de léguer à des personnes indéterminées, qui n'a pas de raison d'être, lorsque celles-ci possèdent une qualité qui peut leur faire mériter la libéralité à elles adressée et qu'il y a quelqu'un pour en assurer provisoirement la gestion, le principe que les biens des personnes morales supprimées sont des biens sans maître, etc.

Rien d'extraordinaire à ce que l'on voie ces solutions donner lieu, pour la plupart, à d'importantes controverses. On emploie un outil pour un travail auquel il n'est pas destiné, rien d'étonnant que l'ouvrage soit mauvais. On a fait comme ces architectes qui dessinent une belle façade, sans se soucier de l'utilisation des diverses parties du bâtiment. La construction est inhabitable (1). Le seul méfait de la méthode ainsi pratiquée n'est pas le transcendantalisme, comme le dit M. Gény (2), c'est-à-dire son éloignement des considérations réelles. Elle offre aussi dans la pratique un défaut opposé : un matérialisme étroit issu d'un examen superficiel, bien loin du réalisme qu'elle devrait pratiquer.

Autre exemple, on admet sans conteste qu'il faut que tout

(1) Cf. sur ces questions Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 115 et suiv.
(2) P. 174.

droit vive sans interruption (1). Que d'ingéniosité n'a-t-on pas dépensé pour expliquer la subrogation personnelle, parce que les qualités, les accessoires de la créance, au lieu de s'éteindre avec elle, se transportent au profit du subrogé. Et pourquoi ? Pour satisfaire une logique purement formelle, qui est choquée par cette vue d'une chose éteinte un instant de raison, et qui renaît. On n'ose admettre des donations ou des legs à des groupements qui sont seulement constitués un peu plus tard, parce que le droit resterait quelques jours sans titulaire. On se refuse à admettre qu'un bien puisse rester quelque temps sans maître, comme si cela pouvait présenter un inconvénient sérieux, lorsqu'il est pourvu à son administration (2).

On tend de même à se représenter les droits de la façon la plus matérielle. N'a-t-on pas répété couramment, jusqu'à ces dernières années, les droits réels comme portant directement sur la chose (3).

De même on fait reposer les contrats sur le concours de deux volontés au même moment, et de là des discussions sans fin et sans fondement, pour rechercher à quel instant existe ce concours, qui parfois n'a jamais existé.

Tout cela est tantôt puéril, tantôt dangereux, et souvent les deux à la fois. Il est indispensable d'y renoncer, et d'avoir des constructions techniques qui ne soient pas des machines logiques fournissant avec la même force les solutions raisonnables comme les plus bizarres. Il est nécessaire de se défier désormais de ces constructions toutes faites, que les esprits étroits ont pris au pied de la lettre, comme ils ont pris toutes les lois et dont ils ont

(1) Cf. notre étude *Des droits éventuels*, p. 89.

(2) V. l'amusante critique de ces exagérations dans Ihering, *Études complémentaires*, t. IV, p. 77 et suiv.

(3) M. Planiol un des premiers a abandonné cette antique conception, pour y voir un droit ayant pour sujets passifs toutes les personnes autres que le titulaire, *Traité de droit civil*, t. I, n° 703. — V. plus loin sur cette question, le chapitre *Des droits absolus et relatifs*.

tiré, avec une forte logique et une superbe indifférence, les conséquences les plus extraordinaires.

Le droit moderne se vante, non sans raison, de généraliser plus qu'on ne faisait autrefois. Mais ce progrès dans l'étendue du droit précisé, dans la simplification, n'est-il pas acheté bien cher, lorsqu'il a pour résultat de paralyser la pratique, de pousser la jurisprudence à des solutions mauvaises, et d'arrêter le législateur qui se croit condamné lui aussi, par une fausse science, à admettre des règles qui le choquent. La méthode scientifique ne consiste pas toujours à prendre le procédé de raisonnement le plus court : la déduction ; il est plus scientifique, dans la mesure où le droit peut être assimilé aux autres sciences, de prendre le plus long, le procédé d'examen de l'utilité pratique, quand par là seulement on peut sauvegarder ce qui est l'essentiel, mais aussi le plus discutable, le plus difficile à déterminer exactement, sans simple fantaisie ou fausse divination : le classement respectif des intérêts. Et ainsi si l'on exige un plus grand effort, on arrivera à une satisfaction plus complète des intérêts toujours un peu obscurs et par cela seul qu'on les examinera de plus près, le droit se transformera avec eux.

Les idées que nous avons exposées jusqu'ici sur la technique juridique montrent que celle-ci n'est pas une étude indépendante, qu'elle est au contraire une chose relative. Selon le but que l'on se propose, qu'il s'agisse du législateur, du juge, ou encore du praticien et de l'homme d'affaires qui font la coutume, la technique aura tel ou tel caractère : ce n'est pas qu'il y ait deux techniques, ou davantage, complètement distinctes. Mais il y a en premier lieu une technique occupée uniquement de la sécurité, avec cette variante, que l'on peut prétendre à un moment donné établir complètement une règle rigide ou au contraire ne la réaliser que peu à peu, à mesure que cela paraîtra possible par les expériences et les réflexions accumulées.

Mais en face d'elle se dresse la nécessité de faire place au changement, de ne pas cristalliser le droit, et étant donné l'impossi-

bilité de concilier véritablement ces deux choses, il faut recourir à de simples transactions, qui sont possibles par abandon de certaines des positions en présence. Une technique différente doit correspondre à ces idées.

La technique n'apparaît donc véritablement comme pouvant être parfaite dans ses résultats que si l'on établit un classement net des intérêts à satisfaire et si l'on a toujours des règles, ou plutôt des postulats pour déterminer en toutes circonstances leurs rangs respectifs.

Dans ces conditions, quand on est prêt au besoin à sacrifier un intérêt à un autre, avec de l'expérience et de la réflexion, on peut dégager des procédés certains pour y arriver. Le seul coefficient d'incertitude, c'est ici celui qui existe dans toutes les sciences sociales, c'est ce fait que tout s'y présente de façon approximative, les phénomènes se produisant non pas dans un plan et une direction mathématiquement déterminés, mais dans un plan et des directions voisines. A ce point de vue, on peut dire qu'il est possible d'établir une technique certaine et rigoureuse, qu'il y a des procédés peut-être délicats à manier, mais qui peu à peu se sont dégagés, dont les Romains ont eu l'intuition, qu'ils ont perfectionné et les jurisconsultes modernes à leur suite.

Ici le progrès accompli est incontestable. Il est le même que celui qui peut se produire dans les autres branches de l'activité humaine où un but étant proposé, par exemple se transporter rapidement d'un point à un autre, transmettre rapidement sa pensée, développer l'instruction, on y est arrivé successivement de mieux en mieux. C'est à ce point de vue que l'on peut dire que la civilisation a été en progressant. Et on peut se demander, ce que je ne veux pas ici résoudre, si ce n'est pas seulement sur ce terrain et sur des terrains voisins que le progrès a une existence réelle.

Finalement nous arrivons à faire nôtres ces idées de M. H. Poincaré. « La science est avant tout une classification, une

façon de rapprocher des faits que les apparences séparaient, bien qu'ils fussent liés par quelque parenté naturelle et cachée. La science en d'autres termes est un système de relations (1). »

Elle présente une valeur objective, en ce sens que ces rapports, ces recettes scientifiques ont une valeur comme règle d'action, nous savons qu'elles réussissent, du moins en général. Et savoir cela, c'est bien savoir quelque chose.

Seulement, pour bien des raisons, aucune loi particulière ne sera jamais qu'approchée et probable, elle pourra être remplacée par une loi plus approchée et plus probable, mais celle-ci ne sera elle-même que provisoire, sauf d'ailleurs à discuter pour savoir s'il n'y a pas une contingence qui affecte les lois de la nature (2) et dans notre domaine social, si ce n'est pas principalement la liberté humaine.

Seulement, dans les études sociales, comme dans les sciences, « quand une loi a reçu une confirmation suffisante de l'expérience, nous pouvons adopter deux attitudes : ou bien laisser cette loi dans la mêlée ; elle restera soumise à une incessante révision, qui sans aucun doute finira par montrer qu'elle n'est qu'approximative. Ou bien on peut l'ériger en principe, en adoptant des conventions telles que la proposition soit certainement vraie. Pour cela, on procède toujours de la même manière. La loi primitive énonçait une relation entre deux faits bruts A et B ; on introduit entre ces deux faits bruts un intermédiaire abstrait C, plus ou moins fictif, et alors nous avons une relation entre A et C que nous pouvons supposer rigoureuse et qui est le principe, et une autre entre C et B qui reste une loi revisable. Le principe désormais cristallisé pour ainsi dire, n'est plus soumis au contrôle de l'expérience. Il n'est pas vrai ou faux, il est commode (3). » Il résulte de là que cette façon de faire, que ce nominalisme n'est recommandable que dans certains cas. Il a des bornes qu'on ne peut mécon-

(1) *La valeur de la science*, p. 205 et 206.
(2) V. sur ce point Boutroux, *La contingence des lois de la nature*.
(3) H. Poincaré, *Op. cit.*, p. 230.

naître. On n'a pas intérêt à les multiplier, car il faut arriver à des règles d'action sages, et pour cela il faut finir par quitter l'abstraction pour reprendre le contact de la réalité.

Ces idées, nous croyons qu'on peut les transposer dans le domaine du droit, où nos principes techniques sont précisément ces invariables que l'on introduit pour faciliter le travail, qui n'ont leur raison d'être que comme commodité. Tout devant finalement aboutir à la contemplation de la réalité et au classement des buts à atteindre.

CHAPITRE VII

LA VALEUR TECHNIQUE DU DROIT COMPARÉ

Nous sommes maintenant en mesure d'aborder un grave problème, qui s'est particulièrement imposé à l'attention dans ces dernières années, à la suite du Congrès international de droit comparé de 1900 et du premier volume d'Introduction aux études de droit commun législatif de M. Lambert, lequel a pour objet la fonction du droit civil comparé : c'est celui du rôle de ce droit. Peut-il servir à former un idéal législatif, ou peut-il simplement être utilisé au cours de l'élaboration juridique, venir en aide au moment où l'on fera emploi de la technique juridique ?

Pour arriver à ce problème central, il faut tout d'abord passer rapidement en revue quelques solutions simples.

Il est inutile d'insister pour dire que le droit comparé, ce n'est pas simplement l'exposé des législations ou de l'ensemble du droit, d'un pays étranger (1). Le droit comparé est essentiellement un rapprochement entre le droit de divers pays, pour faire jaillir des oppositions ou des similitudes combinées, certains résultats.

Mais quels peuvent être ceux-ci ?

Il peut y avoir une utilité pédagogique, que M. Esmein a excellemment exposée (2). Toute institution, quelle qu'elle soit, repose sur une ou plusieurs idées générales dont elle est l'application et le développement. D'autre part, sa nature juridique se ramène aux procédés techniques, aux catégories juridiques par

(1) V. le rapport de M. Esmein au Congrès de 1900. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 373. — V. Lambert, *op. cit.*, p. 8.

(2) *Loc. cit.*, p. 376 et suiv.

lesquels le droit réalise et sanctionne les idées générales qui lui servent de principes. Pour dégager ces derniers, une des méthodes les plus exactes et les plus puissantes, bien que ce ne soit pas la seule, c'est celle du droit comparé, soit qu'il montre dans plusieurs législations l'application parallèle des mêmes idées fondamentales, soit qu'il fasse surgir les oppositions et mette face à face les contraires. Ainsi compris le droit comparé a un résultat utile certain et un caractère scientifique qu'il paraît difficile de contester (1).

Mais les deux conceptions les plus importantes du droit comparé sont celles qui ont été successivement présentées par M. Saleilles et M. Lambert.

Le premier a exposé sa manière de voir dans un rapport sur la conception et l'objet de la science du droit comparé (2).

En tant que science indépendante, distincte soit de l'histoire comparative des institutions, soit de la sociologie qui ne se propose qu'une sorte d'histoire naturelle de la société sans empiéter sur ce qui doit être, le droit comparé se propose « de faire la critique pour une institution déterminée des différentes législations qui la régissent, en les étudiant d'après leur fonctionnement et leurs résultats et en tenant compte de l'état social auquel elles s'appliquent ». Mais ce n'est là que le travail préparatoire.

Le droit comparé cherche à définir le type d'idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats pour une institution déterminée, en tenant compte de l'état économique et social auquel il doit correspondre, mais sans se placer au point de vue de ses possibilités immédiates d'application.

« Le droit comparé ne serait donc pas représentatif de l'absolu de la science comme la sociologie. » Le droit comparé n'est que

(1) V. Vivante, Per un metodo de studio del diritto comparato, *Archivio giuridico*, 1900, t. II, p. 03. — V. cep. *contrà* : Lambert, *op. cit.*, p. 20.

(2) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 383.

l'idéal relatif résultant de la comparaison des législations. Mais encore n'absorbe-t-il pas toute la part de contingent que révèle l'ensemble des conditions économiques et sociales d'une époque ; la résultante fournie par le droit comparé restera toujours dans une certaine mesure un type quelque peu abstrait, qui doit ne tenir compte que des phénomènes juridiques dans leurs relations avec l'état économique et social. Le droit comparé ne se place pas au point de vue de l'opportunité, ou même des chances d'application d'une institution suivant l'état des esprits ou le courant des idées, dans ce qu'elles ont de plus particulièrement mobile et accidentel.

La considération de tous ces éléments d'actualité et d'opportunité n'entre en cause que dans la notion de politique juridique.

Finalement, l'objet propre du droit comparé doit s'analyser dans les trois directions scientifiques suivantes : étude critique de chacune des législations étrangères envisagées au point de vue économique et social ; recherche des points de contact susceptibles de correspondre à un courant d'évolution commun à plusieurs pays ; détermination d'un ou de plusieurs types juridiques pour une institution donnée, vers lesquels doive s'orienter la politique juridique des différents pays à état social sensiblement similaire (1). Mais dans ce dernier stade en particulier, « ce qui reste et doit rester dominant, ce n'est pas le procédé doctrinal devant aboutir à une construction théorique et à un système bâti, comme tous les systèmes, d'après un raisonnement logique ; c'est la méthode d'observation destinée à fournir la direction idéale, suivant laquelle devra s'orienter le développement rationnel et voulu du progrès juridique ».

Le rôle du droit comparé ne serait donc pas de fixer un but certain que toute législation doit poursuivre : une formule de justice établie *ne varietur*, il suppose essentiellement pour intervenir des législations de même famille, des groupes socinux simi-

(1) *Loc. cit.*, p. 390.

laires semblant avoir un même idéal (1). Celui-ci sera dégagé non comme principe absolu, mais comme fait, de même qu'en histoire naturelle on dégage les caractères d'animaux divers, pour fixer le type de la race dont ils sont les représentants plus ou moins parfaits. Les caractères du pur sang législatif étant ainsi déter-

(1) M. Saleilles dit en effet à ce sujet (p. 302) : il n'y a plus seulement à constater ce qui se produit dans chaque pays, mais à dégager les courants sociaux qui se font sentir parallèlement chez les peuples à formation similaire ou sensiblement similaire, en les rapprochant des lois permanentes qui assurent la stabilité sociale. A ce point de vue, il importera de grouper les différents types législatifs d'après leurs similitudes, mais surtout d'après leur but.

Sans doute, précédemment, dans les *Annales de droit commercial* (année 1801, p. 217 : Le droit commercial comparé), il écrivait comme contribution à l'étude des méthodes juridiques, à propos d'un livre de M. Straffa, *La liquidazione della Societa commerciali* : En même temps que les usages naissent dans l'infinie diversité, le courant de la vie sociale tend à la cohésion et à l'unité et par suite la sélection de ce qui doit subsister, de ce qui par conséquent doit s'élever au-dessus du particularisme juridique, doit se faire dans le sens de la plus large unité, et *s'agissant d'usages commerciaux*, cette unité sous sa forme idéale devrait se confondre avec l'universalité, en tant qu'elle se réfère au monde civilisé. C'est bien cette universalité que le moyen âge avait tenté.

Ainsi, continue-t-il (p. 222), il y a donc, de par la vie commerciale elle-même, un droit commercial universel qui tend à se former au-dessus des législations particulières et qui demande à se faire reconnaître par une sorte de consentement tacite comme droit commun des peuples civilisés, de la même façon à coup sûr que le droit international lui-même, soit privé, soit public, qui, sans être un droit codifié, n'en est pas moins un domaine juridique très positif. . .

Pourquoi n'en serait-il pas de même du droit commercial international ? Pourquoi ne se formerait-il pas, au-dessus des codes particuliers, un droit unitaire qui pût comme les comprendre dans sa sphère et dont la formation dépendit, comme celle du droit international lui-même, du développement scientifique fondé sur l'observation comparée des grands courants juridiques et qui puisât sa force d'application positive dans le courant des peuples eux-mêmes ?

La lecture de ces passages nous semble justifier M. Saleilles de la critique que lui adresse M. Lambert (p. 918) de préconiser un retour à un droit commun de l'humanité civilisée, M. Saleilles parle en matière commerciale, là où la sécurité des transactions fait particulièrement souhaiter un droit unifié internationalement et l'idée de groupes de législations ne

minés, on aura là un idéal dont le législateur, la jurisprudence, la doctrine devront tendre à se rapprocher. Ici nous faisons un grand pas, ce n'est plus l'*esse*, c'est le *debere* ; de la science, nous passons au devoir, et non pas simplement au devenir, qui est du domaine de la sociologie. La transition est grave, car elle soulève une question capitale : y a-t-il avantage à épurer ainsi le type juridique ?

La question ne comporte pas à notre avis de réponse absolue, du moins si on la rapproche de nos idées déjà composées précédemment. Amener une institution à son type pur, ce peut être en accentuer le caractère principal au point d'y rattacher par une technique appropriée tous les détails. C'est lui donner une puissance d'impulsion dans un sens déterminé. C'est par suite, nous le croyons, provoquer sa décadence plus rapide. Nous pensons l'avoir montré en effet, par cela seul que tous les ressorts d'une institution se tendent d'un seul côté, nombre d'intérêts sont sacrifiés. Presque tous se trouvant respectables, il est donc probable qu'à un moment donné ils prendront leur revanche, que l'institution devra changer d'âme ou disparaître. Si c'est là le résultat souhaité : précipiter l'évolution (du moins dans la mesure où sa marche est probable et susceptible d'être prévue), on peut considérer cet emploi du droit comparé comme bon.

lui a nullement échappé dans son rapport de 1900, bien qu'il la mette un peu au second plan et que dans son étude sur le droit naturel (*Revue de droit civil*, 1902, p. 110), il parle à nouveau de conception juridique universelle, sans il est vrai traiter vraiment cette question.

Il a d'ailleurs maintenu la même réserve plus récemment dans une autre étude sur la fonction juridique du droit comparé (*Festgabe de Kohler*, p. 167 et suiv.). La fonction législative du droit comparé, dit-il, c'est de donner « un terrain de comparaison et un élément de documentation ». Plus loin, il parle de « la concentration qui est la loi de l'histoire et que nous avons vu à l'œuvre, dès l'origine, sur le terrain du droit » et qu'il faut réaliser « par une application consciente et vraiment scientifique des lois qui la dirigent », mais il ne précise pas la mesure de cette concentration. Tout au plus parle-t-il du rôle de la coutume de Paris dans l'ancienne France, qu'il faudrait imiter (p. 172).

Si, au contraire, l'institution dont on établit le type pur présente une combinaison d'éléments divers, se rattachant à des points de vue différents, de sorte qu'elle arrive soit à donner satisfaction à la fois à des intérêts divergents, soit à limiter leurs tendances par le côté où cela est le moins sensible, le droit comparé peut alors offrir un modèle utile, présenter une de ces institutions qui sont non seulement viables, mais durables, qui paraissent même nécessaires parce qu'elles froissent le moins possible d'intérêts. Si les déductions particulières se rattachent par des procédés logiques aux divers principes admis, si la transaction entre eux est nettement établie, elle peut répondre à ce besoin de simplicité du moins relative qui est nécessaire à l'esprit, elle peut par sa réglementation plus nette satisfaire au besoin de sécurité, un des plus grands ressorts de la science du droit. Mais ces heureuses réussites sont rares, pour un gagnant il y a plusieurs perdants. En dehors de cela le droit comparé peut, à côté d'une combinaison qu'une législation a faite de plusieurs intérêts, en offrir simplement une autre de la même valeur à peu près, les divers droits en présence s'étant tous déjà placés dans une sorte de terrain médian entre des extrêmes, ce qui est la seule solution viable, On aura tout au moins gagné une adaptation plus exacte aux buts qu'on se proposait d'atteindre. Mais on n'aura pas pour cela, bien entendu, la sécurité que donne une législation internationale.

En tous cas les solutions ainsi empruntées au droit comparé auront toujours cet avantage que, dégagées par le travail scientifique fait sur des législations appliquées, même présentées sous une forme générale, elles se présentent toujours avec un caractère particulier de valeur pratique, de possibilité de réalisation, bien que par hypothèse on en exclut tout ce qui tient à des particularités locales trop tranchées, à des situations nationales toutes spéciales. Comme cela a été dit avec raison (1). « Ce que sera la loi voulue,

(1) Weiss, Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 417.

réclamée par l'opinion, quels seront ses avantages et ses inconvénients ? L'exemple des autres pays, en particulier des pays voisins, qui sont soumis aux mêmes influences de race et de climat et qui connaissent un régime politique analogue, permet presque toujours de s'en rendre compte. Le spectacle des vicissitudes législatives étrangères, les écueils auxquels elles se sont heurtées, leurs résultats, heureux ou malheureux, attestés d'après les statistiques officielles, sont là pour éclairer ceux à qui incombe la difficile mission de légiférer pour leurs concitoyens. » Il est évident en effet que le droit comparé permet de dégager les relations entre une certaine législation et les conséquences pratiques que l'on peut en attendre. De même les déductions logiques que l'on peut tirer d'un texte ou d'un principe, soit en doctrine, soit en jurisprudence, apparaîtront comme plus fermes, si elles ont déjà été tirées par des législations étrangères, et on hésitera beaucoup moins à les admettre.

M. Lambert a compris différemment le rôle du droit comparé ou plutôt, pour employer l'expression qui caractérise le mieux son œuvre, du droit commun législatif. M. Saleilles est évidemment dominé par l'idée philosophique de l'idéal du droit, mais c'est un idéal du droit fondé sur des données pratiques qu'il demande au droit comparé, ne voulant pas risquer de faire une nouvelle République de Platon ; aussi sacrifie-t-il nettement la permanence de l'objectif légal ; mais il se trouve moins précis quant à l'étendue de la zone qu'il faut lui donner. C'est un idéal surgissant des faits qu'il propose. Sans doute, rendant compte du livre de M. Straffa, il est surtout dominé par la grande nécessité de simplifier les affaires commerciales par l'internationalisation du droit, de donner la sécurité. Mais là seulement cette idée apparaît au premier plan.

Au contraire, et c'est là le seul point de contact important qui existe entre eux, si M. Lambert fait une place à cette idée, c'est la première qu'il lui attribue. Le point de départ de sa conclusion, c'est le désir d'internationaliser le droit :

de faire un droit commun international, comme dans l'ancien droit on a fait un droit commun de la France. La raison d'être ne peut être que celle-ci : assurer la sécurité par l'unification du droit. Bien qu'il ne le dise pas formellement, je crois bien aller dans le sens de sa pensée, en disant qu'il incline et qu'il va naturellement vers une législation internationale.

Au fond, il soulève dans toute sa gravité, le problème du nationalisme juridique ou de l'internationalisme juridique et il le pose non point comme problème théorique, mais sur le terrain pratique, de la façon la plus adroite et la plus prudente, en nous donnant comme exemple les jurisconsultes de l'ancien droit. Dominé par l'idée de sécurité que nous finissons tous par avoir dans le sang, il vise à l'unification du droit et non pas seulement de l'idéal du droit. Sentant la difficulté, il se borne, œuvre déjà immense, à chercher l'unification dans un groupe limité d'Etats qui serait, semble-t-il, le groupe germano-latin.

« Cette discipline, dit-il (1), se propose de dégager de la comparaison non pas des législations de tous les peuples du monde, ni même de tous les peuples civilisés, mais de celles-là seulement qui, comme les législations latines et germaniques notamment, sont rapprochées à la fois par la similitude des états de culture et des conditions de vie économique qu'elles reflètent et par l'existence de nombreuses influences historiques qui se sont exercées simultanément sur les unes et les autres, les éléments d'uniformité juridique qui se rencontrent, au sein de cette communauté internationale limitée, derrière la diversité apparente des nombreux corps de droit positif. Elle poursuivra systématiquement et sans discontinuité, sur l'ensemble des organismes juridiques apparentés entre eux qui sont reliés par le faisceau de traits similaires que je désigne sous la dénomination de droit commun législatif, le travail de confrontation que le législateur ne poursuit que par instants... La nature même du but visé nous oblige à

(1) P. 805.

envisager constamment les dispositions de chacun des droits nationaux qui rentrent dans le cercle de nos recherches, sous le même angle par lequel nos prédécesseurs, les constructeurs de droits communs coutumiers, considéraient les dispositions des coutumes locales, c'est-à-dire au point de vue de leur aptitude ou de leur inaptitude à être interchangées ou à se prêter au greffage. »

« La mission du droit commun législatif est de sélectionner parmi les productions de chacune des jurisprudences nationales celles qui, tendant à satisfaire des besoins communs soit à toutes les civilisations englobées dans le même champ de comparaison, soit à l'un ou à quelques-uns des groupes naturels entre lesquels elles se répartissent, sont susceptibles d'internationalisation totale ou partielle, de celles qui au contraire répondent aux exigences particulières d'un milieu de culture unique ou s'expliquant exclusivement par les accidents de l'histoire particulière d'un peuple, par ses traditions propres ou ses conceptions absolument originales sont et doivent rester des éléments de particularisme. Le civiliste qui s'efforce de reconnaître et d'enregistrer les maximes du droit commun législatif, s'astreignant à ne jamais isoler une règle de droit du système juridique où elle figure et du milieu social où elle s'applique, se trouve par là même placé dans les conditions les plus favorables pour rechercher si la supériorité relative de ses effets est due ou non à des causes locales. Le droit commun législatif ne fournira plus seulement au législateur de simples suggestions, mais des enseignements fermes. »

La valeur des procédés ne saurait empêcher qu'il ne soit nécessaire de poser le problème du nationalisme ou de l'internationalisme juridique (le côté politique de l'internationalisme étant bien entendu tout à fait en dehors de nos préoccupations).

Evidemment il ne s'agit pas de savoir si une législation internationale est pleinement réalisable, la solution n'en paraît pas douteuse actuellement (1), et cette question ne pourra se poser

(1) V. Lambert, p. 908. — Cf. Zitelmann, *International Privatrecht*,

autrement que si tard que le seul débat intéressant est celui de savoir s'il convient de se rapprocher d'une législation internationale, comme on l'a fait au point de vue des transports par chemin de fer par la convention de Berne, ou d'une doctrine et d'une jurisprudence ayant un caractère international, ou bien s'il faut préférer le *statu quo*.

A ces divers points de vue, le problème doit être traité séparément. Au point de vue des textes, il est certain que l'étendue d'une loi même au delà des frontières donne une rigidité, une puissance à l'organisation juridique qui facilite les transactions, et plus celles-ci sont actives, plus nous sommes en face de lois d'affaires, comme le sont nombre de lois commerciales (spécialement celles visant la lettre de change, le chèque, les transports, la vente) et certaines lois civiles, plus ce besoin est vif, plus la nécessité de l'unification se fait nettement sentir.

Mais ce sentiment de sécurité n'est pas tout, il se heurte à d'autres intérêts non moins respectables, comme la nécessité de faire place à des particularités nationales ou locales. N'oublions pas qu'au fond cette unification voulue, non spontanée, ne doit être souhaitée que dans une mesure limitée, délicate à fixer, il est vrai : là où l'intérêt de cette sécurité toujours désirée, jamais atteinte pleinement, comme toute chose humaine, paraît plus grand que tous les autres.

C'est pourquoi, par contre, nous ne voyons pas l'utilité de pousser plus loin l'identification. Dans bien des matières, nous croyons au contraire préférable d'en rester au particularisme national pour l'organisation de la propriété, des successions, etc., quitte à apaiser les conflits par un droit international privé unifié s'il est possible. Tout Etat, toute région même présente des particularités auxquelles la loi doit donner une certaine satisfaction (1). Il y a des cas où il est préférable que les nations suivent des lois différentes.

t. I, Einleitung, p. 0, et *Die Moglichkeit eines Weltrechts* ; Ihering, *Zweck im Recht*, p. 200.

(1) V. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXIX, chap. XIX. « La grandeur

On peut d'ailleurs ajouter que cette différence des lois contribue aussi à maintenir les nationalités politiques et qu'à ce point de vue encore elles sont utiles (1).

S'il nous paraît qu'il faut faire des distinctions au point de vue législatif, il nous semble qu'il faut être réservé également au point de vue de la doctrine et de la jurisprudence. D'abord il y a une raison d'identité. La loi, les textes ne sont pas tout le droit, celui-ci vit, se développe en partie par la jurisprudence et la doctrine. Par suite, c'est seulement dans la mesure où des textes communs résultant de traités sont souhaitables que des jurisprudences aussi rapprochées que possible des doctrines communes le sont aussi : quand il s'agit du droit des affaires.

M. Esmein (2) a, dans cet ordre d'idées, montré très bien la difficulté pour la jurisprudence et la doctrine de se pénétrer si facilement, vu la technique particulière de chaque droit national. Mais comme il le remarque lui-même, cela est surtout vrai de certaines oppositions, comme de la technique du droit anglais et du droit français. Cela l'est beaucoup moins si on considère certains droits du continent.

D'ailleurs, M. Esmein ajoute au point de vue de ce qu'on doit souhaiter : « Il ne faut d'ailleurs pas regretter ces particularités techniques des diverses législations. C'est là à vrai dire ce qui constitue le droit en tant que science ; c'est là aussi ce qui introduit la sécurité et la justice pacifique dans les rapports des hommes réunis en société ; c'est la meilleure garantie de leurs droits. Un droit national sans forme spécifique et sans catégories techniques, une législation si simple et si vague à la fois que tout esprit cultivé, tout homme intelligent pourrait également et sans

du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité et dans quel cas il faut des différences. »

(1) V. sur le nationalisme juridique et l'internationalisation du droit : Paumier, *Introduction au droit comparé*, p. 177, qui indique avec une certaine raison « qu'il faut à une vie internationale une législation internationale et à une vie nationale une législation nationale ».

(2) Doctrine et jurisprudence, *Revue de droit civil*, 1902, p. 17.

études spéciales la comprendre et prétendre l'appliquer, serait une matière molle que chacun pourrait pétrir à sa guise et qui se déformerait aisément aux mains des audacieux et des violents. »

Nous croyons cette manière de voir tout à fait justifiée. Mais nous pensons aussi, que la raison donnée doit servir à en fixer la portée. Une habitude d'esprit trop imprécise du législateur ou du juge qui entraînerait à la suppression de toute technique digne de ce nom enlèverait la sécurité des transactions nationales, qu'il faut d'abord sauvegarder, en empêchant le droit d'être envahi par n'importe quelle idée. Il ne faut pas que le droit comparé vienne remplacer la fameuse « équité des Parlements ».

Il y a une mesure où le droit doit garder une certaine faculté d'exclusion de données contraires, mais inversement, il ne semble pas que là où on a affaire à un droit voisin du nôtre, d'une technique semblable à la nôtre, l'on ne puisse pas utiliser la doctrine et la jurisprudence, plus généralement le droit comparé, d'abord dans ces matières où des règles uniformes paraissent souhaitables, quand il s'agit de réglementer les relations d'affaires internationales.

Restent les autres matières, où une législation particulière répond à des raisons particulières et a simplement un objet ne réclamant pas une loi internationale, mais pouvant s'accommoder d'une législation partout la même (tel serait en ce dernier sens l'acceptation, la répudiation des successions). Dans ce cas, nous ne voyons pas que l'emprunt au droit comparé, soit pour perfectionner notre droit, soit pour développer le droit commun législatif, doive être particulièrement désirable.

Si l'unité du droit, si un droit commun favorise plus les relations internationales, en les simplifiant, que la diversité des droits, même rendue plus commode par un système international de solution du conflit des lois, il y a des raisons contraires pour se montrer prudent. M. Esmein parle ici avec raison de sécurité. On peut observer que par cela seul que l'unité est assurée dans un cercle plus restreint, la sécurité est en un sens plus forte, en

ce que le droit étant plus directement commandé par les faits particuliers, il s'adaptera mieux aux nécessités nationales. Cela est vrai dans la mesure où ces particularités sont soit un but que les nationalistes juridiques chercheront à cultiver, soit un moyen pour atteindre un certain idéal national de domination ou de défense, soit un moyen pour sauvegarder l'esprit d'indépendance politique.

Ici les intérêts en jeu pouvant être à des étiages différents suivant les temps et les pays, l'intérêt de la simplicité des lois toujours désirée et jamais atteinte, n'étant qu'à un niveau assez faible, il n'y aura pas souvent de raisons d'une force décisive pour faire désirer l'établissement, le développement du droit commun. Tout au plus pourra-t-on, des pays ayant des techniques juridiques voisines, emprunter, surtout en doctrine, et un peu aussi en jurisprudence, une règle de droit comparé ou simplement de droit étranger pour redresser un raisonnement inexact, pour établir un lien entre telle solution juridique et tel résultat de fait jugé bon ou mauvais.

Le problème du droit comparé ne comporte donc pas de solutions aussi simples qu'on pourrait le penser au prime abord. Il se subdivise en un nombre important de questions diverses dont la solution dépend de la puissance variable des *idées* en conflit et non pas simplement de quelques *faits*, dont on prétend déduire des conséquences.

Cela tient à cette idée essentielle que M. Tarde exprimait si bien. « Il n'est pas vrai que la science sociale la plus achevée, la science de tout ce qui est et de tout ce qui a été socialement nous montrera, d'une manière évidente, l'avantage de préférer un idéal à tout autre, qu'elle contraindra moralement notre choix et nous forcera à déduire de ce qui est et a été ce qui doit être. Aussi longtemps que l'indicatif et l'impératif ne se confondront jamais dans nos langues, les lumières de la raison seront toujours distinctes des impulsions de la volonté et du cœur (1). »

(1) Le droit comparé et la sociologie. *Bull. de la Société de législation comparée*, 1900, p. 530.

Demandons-nous pour terminer quelle est la valeur des services que l'on peut attendre d'un droit commun législatif. La nécessité qu'il y a de concilier une tendance à l'identification avec les avantages d'une vie autonome de chaque droit, fait que M. Lambert lui-même paraît assez perplexe sur cette question. Il écrit en effet à la fin de son livre (1) :

« N'exagérons point la portée et l'étendue de ces enseignements. Toutes les fois que le droit commun formulera des conclusions, il indiquera aux artisans de la politique civile quelle est, parmi les solutions actuellement données à un même problème dans les diverses parties de la communauté juridique, celle qui s'éloigne le moins de l'idéal poursuivi en commun, celle qui satisfait le mieux les aspirations générales de la pratique internationale. Il peut même signaler les transactions et les combinaisons qu'il serait utile d'opérer entre les règles présentement suivies. Cet enseignement guidera et limitera les recherches du politicien du droit en marquant une partie des écueils à éviter, ceux où d'autres ont déjà précédemment échoué. Mais il ne lui fera pas connaître directement dans sa plénitude le devoir social. »

« Les agents de la politique juridique nationale peuvent et doivent se demander s'il ne convient pas, au lieu d'opter entre les solutions déjà éprouvées, d'en trouver une nouvelle, qui ait chance d'être supérieure à la meilleure d'entre elles. Ils ne sauraient toujours se contenter d'imiter le voisin et de s'approprier les inventions d'autrui. Il est souvent nécessaire qu'ils fassent eux-mêmes œuvre de découverte et de création. Il faut bien qu'ils se résignent à imaginer et à tenter des essais, quand ils sont en présence de problèmes nouveaux ou encore mal déchiffrés, et les questions anciennes ont besoin elles-mêmes, de temps à autre, d'être remises à l'étude, leurs données n'étant pas immuables. C'est grâce aux initiatives inévitables, aux audaces nécessaires des politiques civiles nationales que le droit commun législatif

(1) P. 890.

peut reprendre indéfiniment sa tâche sur des données continuellement renouvelées et maintenir d'une façon permanente les caractères de mobilité et de perfectibilité à l'idéal juridique relatif qu'il dégage de la comparaison des réalités du présent. »

Nous croyons que ce passage de cet important ouvrage indique exactement l'utilité incontestable, mais limitée, que l'on peut tirer du droit comparé non seulement au point de vue accessoire de la politique civile, mais encore au point de vue du développement du droit commun législatif.

Ce droit commun risquera souvent d'être vague, ou sinon d'entraver l'évolution, les transformations heureuses. Le droit comparé a principalement un rôle suggestif, indicatif. Le législateur, le politicien du droit verra d'abord qu'à l'étranger on s'est préoccupé de tel intérêt grave auquel il n'avait pas pensé. Il constatera que telle solution acceptée ailleurs présente une heureuse conciliation entre deux idées, une transaction acceptable entre des points de vue opposés. Il verra d'autre part que telle solution a dû être rejetée après expérience, parce qu'elle se heurtait à des impossibilités, à des obstacles auxquels on n'avait pas songé tout d'abord, que telle autre est possible et acceptable du moins dans un certain milieu.

Mais peut-on espérer du droit comparé des solutions décisives, quant à la conduite à suivre ? Cela est très douteux, étant donné que l'on doit, comme le reconnaît M. Lambert, faire souvent œuvre de découverte et de création et remettre de temps à autre les questions anciennes à l'étude, leurs données n'étant pas immuables. S'il faut faire œuvre vraiment personnelle et non pas œuvre d'imitation plus ou moins complète sur tous les points nouveaux ou anciens, il ne reste donc au droit comparé, en dehors du côté technique sur lequel nous nous sommes expliqué, qu'une portée assez vague, quoique d'une utilité qu'on ne peut nier (1).

On en revient toujours à cette grande difficulté : le monde

(1) Cf. Cruet, *La vie du droit*, p. 315 ; Picard, *Le droit pur*, p. 151.

n'étant qu'invention ou imitation, il s'agit de savoir quand il faut imiter, quand il faut inventer. C'est là une difficulté probablement insoluble en thèse générale et l'éminent auteur des *Lois de l'imitation* lui-même ne l'a pas même abordée de front, se contentant d'indications sur les inventions qui, à un jour donné, se heurtent à d'autres.

Si on admettait comme critérium de vérité le consentement général des peuples d'une certaine civilisation, on pourrait s'imiter mutuellement dans une certaine mesure, du moins pendant une certaine période, mais après, un droit commun législatif s'étant créé, n'arriverait-il pas une stagnation effrayante, une uniformité, même lorsque des raisons nouvelles commanderaient une certaine diversité, une sorte de monde chinois mûré ne se réaliserait-il pas dans notre civilisation occidentale?

En somme, prétendre tirer beaucoup du droit comparé, c'est dire : il y a en Europe beaucoup de règles juridiques (légales ou jurisprudentielles ou coutumières) qui se ressemblent. Les législateurs peuvent donc et doivent se ressembler davantage. Mais si sur certains points, les lois sont identiques, cela provient de causes qui peuvent avoir été pareilles, mais ne plus exister dans tous les pays ; et pour tous les points qui sont différents, qui dit qu'elles ne viennent pas de circonstances diverses. Si celles-ci deviennent plus rares, on pourra s'inspirer d'une loi étrangère, mais comme d'un exemple pour exécuter plus facilement ce que l'on veut. Eriger en théorie trop absolue le droit comparé, c'est dire qu'on a nécessairement raison quand on a suivi la mode, si ridicule fût-elle.

Et en fixant ainsi le rôle du droit comparé, nous remarquerons que nous négligeons toute une série de difficultés pratiques quant à son utilisation. Nous laissons de côté le point très difficile de savoir si telle disposition de loi est réellement en vigueur, si elle n'a point été tournée par la jurisprudence, écartée par la pratique des affaires, si elle n'est pas tombée en désuétude. Ces

points qui exigent déjà des enquêtes, des travaux assez longs, quand il s'agit du droit interne, sont plus difficiles à connaître s'il s'agit de droits étrangers. Mais ce n'est qu'une difficulté temporaire qui, on peut l'espérer, s'atténuera peu à peu.

La valeur du droit étranger est plus difficile à connaître, car de ce qu'une loi est fréquemment tournée par d'habiles clauses dans des contrats, par certaines pratiques, il ne résulte pas toujours que la loi ait tort, qu'elle soit mauvaise, mais seulement que les personnes qu'elles gênent ont été les plus fortes ou les plus habiles. Si très fréquemment dans les partages judiciaires, la vente des biens est ordonnée en France, au delà des cas prévus par la loi, est-ce toujours parce que le Code est jugé mauvais sur ce point ? Si certains patrons parviennent à tourner des dispositions d'ordre public des lois ouvrières, si les ouvriers se soustraient à différentes obligations, est ce toujours parce que les dispositions légales sont mauvaises, n'est-ce pas souvent le triomphe de l'intérêt du plus fort ?

En résumé faut-il attendre de l'étude comparée des législations un grand résultat, en ce qu'elle permettra d'élaborer un droit commun législatif, c'est-à dire un renouvellement sur le terrain international de l'immense effort de l'ancien droit pour créer au milieu, au-dessus des coutumes locales, le droit commun de la France? Ce droit commun aurait pour but immédiat de diminuer dans la mesure du possible les diversités qui séparent les législations. « Il considère l'effacement des divergences législatives accidentelles comme une amélioration notable de l'état de choses existant, digne d'être poursuivie pour elle-même. »

Cette tendance à l'unification internationale du droit a, il faut bien le reconnaître et nous l'avons développé, un grand argument en sa faveur, un argument fondé sur la sécurité dynamique.

Etant donné surtout l'importance du commerce de chaque pays avec l'étranger, il est certain que l'on faciliterait considérablement les rapports internationaux si, à défaut du droit privé tout entier, le droit des affaires, si l'on peut créer cette expression pour désigner les principales théories du droit commercial et du

droit des obligations, se trouvait unifié, au moins dans une partie de l'Europe. Il est certain qu'il y a une tendance, des aspirations dirigées de ce côté. Mais il faut reconnaître les obstacles auxquels on se heurterait : la difficulté d'étendre ce cercle très loin, sans se heurter à des civilisations différentes, comme la civilisation musulmane, la difficulté de faire plus que d'unifier la loi.

Quel moyen en effet d'assurer l'interprétation uniforme, à moins d'une Cour de cassation internationale. Comment aussi unifier les pratiques extra-judiciaires ! Ainsi, soit quant à l'étendue, soit quant à l'intensité de l'unification, on rencontre d'effrayantes complications. Malgré cela, tout résultat acquis est, au point de vue de la sécurité, un progrès, comme l'unité nationale du droit a été envisagée de ce côté un progrès sur le provincialisme juridique.

Mais les avantages de la sécurité dynamique se paient. Supposons cette coopération des Etats assez énergique pour astreindre les faits du continent ou d'un groupe international à une direction uniforme. Combien il deviendrait difficile d'étouffer le particularisme, sans aboutir à une stagnation du droit immédiatement recouverte par l'afflux des pratiques locales. Déjà dans les grands pays on souffre de ce que les intérêts locaux sont étouffés sous les intérêts dits généraux, ce qui entraîne le monde politique dans la voie folle des idées générales, transforme les parlements en des salles de rhéteurs, éloigne de la réalité locale ou régionale. Le droit internationalisé, ce serait donc un obstacle à la vie du droit ou un prompt retour à la diversité.

Le droit internationalisé, souhait de la sécurité dynamique, apparaît en même temps comme une inadaptation à la variété des situations locales. Car au-dessus du droit, il y a une nature des choses matérielles, morales, pychologiques, sociales qui nous domine et qui n'est pas partout la même (1).

Et en dehors de certaines matières, il ne faut donc chercher dans le droit comparé qu'une technique plus parfaite, et à condition encore qu'il n'y ait pas des conditions locales particulières.

(1) Cf. Cruet, *La vie du droit*, p. 318.

II. — APPLICATIONS

CHAPITRE PREMIER

LA TECHNIQUE DE LA VOLONTÉ JURIDIQUE

Il est superflu de dire que la volonté joue dans les actes juridiques et dans les règles juridiques un rôle extrêmement important. Elle est à la base de la loi, qui n'est qu'une règle voulue par un certain nombre d'hommes. Elle est à la base des jugements ou des actes administratifs, qui sont les actes voulus par des autorités sociales. Elle est à celle des actes juridiques privés : contrats ou actes juridiques unilatéraux, comme elle est la raison d'être d'un grand nombre de solutions légales ou interprétatives admises à la suite de tel ou tel acte ou de tel ou tel fait : les conséquences juridiques paraissant en avoir été implicitement voulues. Elle est le fondement de nombreux cas de responsabilité civile extra-contractuelle, comme elle est celui de la responsabilité pénale.

La volonté qui anime ainsi toute la vie juridique doit donc être soigneusement étudiée, elle a autant d'importance que le doigté d'un musicien pour animer un instrument ou que l'habileté d'un mécanicien pour conduire une machine.

Cependant on est étonné de voir combien elle a peu été examinée dans la science juridique, du moins de façon générale. Les civilistes ont bien parlé des vices de la volonté ou de l'absence de volonté ; les criminalistes, de l'irresponsabilité se rattachant à

l'état de démence, ou à l'âge. Mais il importe de prendre les choses de plus haut : de voir la raison d'être de la force juridique de la volonté et d'en déduire des conséquences précises, qui correspondent au but visé et à la nature des choses, soit dans l'ensemble du droit civil, soit dans le droit pénal.

La volition complète, comme le dit fort bien M. Ribot (1), « 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 ». Si d'autre part on observe les différents cas qui constituent la pathologie de la volonté, on reconnaîtra que tous se réduisent à cette formule : absence de coordination hiérarchique, action indépendante, irrégulière, isolée, anarchique.

Cette coordination hiérarchique d'éléments divers est la raison d'être de la force juridique de la volonté. En effet, par cela que la volition parfaite combine des désirs avec des raisons, elle peut aboutir à des actes d'exécution conformes à l'intérêt social (2). La notion de l'utilité sociale prise de façon générale, ou envisagée dans un cas déterminé, ce n'est pas en effet autre chose, comme nous l'avons démontré, que la combinaison de désirs divers, c'est-à-dire au fond la limitation rationnelle de ceux-ci les uns par les autres, leur classification rationnelle. La volition, dans chaque cas déterminé, n'est pas autre chose qu'une tentative de classification rationnelle des désirs en présence. Seulement celle-

(1) *Les maladies de la volonté*, p. 149. — Rapprochez : Legrain, *Eléments de médecine mentale*, p. 73, sur la *Systématisation dans l'esprit*, et p. 347 à propos de la dislocation de la personnalité, et Paulhan, *L'activité mentale et les éléments de l'esprit*, p. 506.

(2) M. Tarde avait déjà exprimé une idée de ce genre (*Transformations du droit*, p. 125 et suiv.).

ci présente deux sortes de chances d'erreurs et elle peut pour cela différer des classifications idéales qu'on pourrait proposer.

Le travail de l'esprit peut se faire avec un organisme cérébral insuffisant pour produire de bons résultats ; ce sera le cas chez le fou, l'enfant, l'exalté, etc.

Il faut en outre tenir compte de cette chance considérable d'erreur tenant à ce que la volition, combinaison de croyances et de désirs, peut reposer sur des croyances erronées, sur des vues incomplètes de l'état social présent ou futur.

Le travail mental peut se faire pour des données insuffisantes, ou qui sont différentes de l'intérêt général : la machine, sans rouler à vide, peut ne fonctionner que sur des désirs purement égoïstes ; ce sera le cas, lorsque l'individu voudra une chose qui doit lui profiter à lui seul, par exemple s'associera avec d'autres pour réaliser un gain. Ici le désir peut présenter socialement une moindre valeur que s'il se groupait avec d'autres pour un but désintéressé : par exemple pour propager des goûts esthétiques, faire prendre une mesure d'intérêt collectif.

Ce sont ces chances d'erreur diverses qui peuvent se présenter dans l'acte de volonté, qui vont nous expliquer les différentes mesures que le législateur a pu prendre pour sauvegarder le fonctionnement convenable de la société, pour donner effet non pas à toute volition, mais à celles seulement qui présentent des chances suffisantes d'être d'accord avec les intérêts que le législateur veut protéger.

Conformément aux principes que nous avons posés, en nous appuyant sur la psychologie, nous ne devons tenir compte des résolutions individuelles que tout autant qu'elles se présentent comme une coordination hiérarchique de désirs et de tendances rationnelles, et non comme de simples désirs.

La volition complète, normale ne se rencontrera pas tout d'abord chez l'enfant où il n'y a que de simples désirs, où du moins ceux-ci ont une place prépondérante. Il faudra attendre un certain âge,

variable suivant les sujets, pour que la volonté puisse exister. La loi française en est remise au juge sur ce point, tant au point de vue civil que pénal. Le Code allemand au contraire a fixé à 7 ans l'âge avant lequel on est présumé ne pas avoir une volonté efficace au point de vue civil, et à 12 ans au point de vue pénal (1).

A partir d'un certain âge, il peut y avoir une volonté capable de produire des effets juridiques. Mais il n'en sera pas toujours ainsi. Il faut en effet se préoccuper des troubles psychiques qui peuvent empêcher cette coordination hiérarchique des idées et des désirs.

Dans quels cas les rencontrerons-nous ? Silence absolu du droit français sur ce point. Le Code civil allemand plus précis parle (art. 104, n° 2) de celui qui se trouve dans un état de trouble mental de caractère pathologique excluant toute libre disposition de la volonté, en tant qu'il ne s'agit pas d'un état passager de sa nature et de « celui qui émet une déclaration de volonté en état d'inconscience ou de trouble mental passager » (art. 105, § 2) (2). L'interprétation tenant compte des idées émises par la deuxième commission rattache le critérium de la volonté normale de l'article 104 à celui de l'article 51 du Code pénal (3) qui parle « d'un état d'inconscience ou de trouble mental de caractère

(1) Art. 104, 1° et art. 828, C. civ. — Le Code pénal allemand établit un âge minimum de 12 ans avant lequel il ne peut y avoir de poursuite (art. 55). Le Code suisse des obligations (art. 50) laisse au juge un large pouvoir et notamment celui de distinguer l'imputabilité civile et pénale.

(2) Cette distinction de deux sortes de troubles de l'esprit s'explique, non pas parce qu'on tient plus de compte de l'un que de l'autre, mais parce que le premier étant durable, on peut procéder à l'interdiction, ensuite il suffit de prouver l'état permanent d'incapacité pour obtenir la nullité, il n'y a pas à prouver l'insanité au moment même de l'acte. C'est donc une facilité de preuve qui est donnée.

La formule de l'article 104-2° est d'ailleurs reprise dans l'article 827 du Code civil qui nous dit que, dans les mêmes cas, il ne peut y avoir responsabilité civile, et l'article 828 reproduit l'idée que le mineur de 7 ans ne peut être responsable civilement.

(3) V. Planck, *Burg. Gesetzbuch*, t. I, p. 188, 2 ; Trad. du Code allemand, t. I, p. 101. — Cf. sur la portée de l'article 51 du Code pénal, von Liszt, 13e éd., p. 160.

pathologique, par lequel la libre détermination de la volonté se trouve exclue ». Von Liszt, commentant ce texte, dit que ces expressions ont été choisies pour comprendre les maladies mentales au sens étroit du mot, mais aussi les arrêts do développement (idiotie, faiblesse d'esprit), l'état d'égarement (faiblesse sénile), et même les maladies corporelles, au sens précis du mot, qui sont liées à des troubles de l'esprit (délire fiévreux, maladie nerveuse), enfin les troubles de l'activité de l'esprit passagers (état d'intoxication par exemple). Mais comme chaque dérangement de la pleine santé corporelle ne peut être qualifié maladie, de même tout dérangement de l'esprit ne peut enlever la responsabilité. Aussi sont-ce seulement ceux qui enlèvent la libre détermination de la volonté qui sont comptés par la loi (1).

Ainsi s'est trouvé tranchée en Allemagne une importante question peu connue jusqu'ici des jurisconsultes français ; quel rapport y a-t il entre la responsabilité pénale et la volonté efficace soit en droit civil ou dans tout autre domaine du droit, pour produire des conséquences juridiques ? Nous avons à la résoudre, non pas en droit allemand où les textes semblent imposer une solution précise, mais en législation rationnelle et par là même en droit français, où aucun texte, aucun précédent ne nous empêche de faire application des principes que nous jugerons les meilleurs.

Remarquons tout d'abord avec M. Ribot (2), que la volonté étant une somme de rapports, on peut prédire *a priori* qu'elle se produira beaucoup plus rarement que les formes plus simples d'activité, parce qu'un état complexe a moins de chances de se produire et de durer qu'un état simple. Si l'on compte dans chaque vie humaine ce qui doit être inscrit au compte de l'automatisme, de l'habitude, des passions, et surtout de l'imitation, on verra que le nombre des actes purement volontaires au sens strict du mot est bien petit. « Prises entre les habitudes qui la rendent

(1) Von Liszt, *Lehrbuch*, p. 169.
(2) *Op. cit.*, p. 173.

inutile et les maladies qui la mutilent ou la détruisent, la volonté est un accident heureux. »

Les états psychiques étant hiérarchisés, nous devons constater que non seulement ces états supérieurs appelés volitions par les philosophes, mais encore ces états inférieurs appelés habitudes, actes d'imitation peuvent constituer des actes de volonté produisant des effets juridiques. Il suffit que ces derniers soient le corollaire d'un acte de volonté véritable. On ne peut donner moins de valeur utilitaire à la reproduction qu'à l'acte original, dans la vie courante.

Seulement il importe que ceux qui ont dans la vie ce rôle d'initiateurs aient cette capacité de volonté au sens philosophique du mot. Ce que le droit traduit en disant qu'il faudra exiger des conditions particulières, soit pour des actes graves comme le mariage, le testament, la société, soit pour des fonctions d'intérêt général, être tuteur, administrateur, fonctionnaire, etc.

En même temps résulte de cette idée, que pour les actes juridiques courants, la volonté pourra ou non être considérée comme efficace, suivant qu'il s'agira ou de lancer une affaire nouvelle, ou au contraire de vendre un titre à la Bourse, de prendre un billet de chemin de fer, simples actes d'imitation.

Mettons à part les maladies mentales les plus anciennes connues : démence, idiotie, manie, qui affectent l'activité cérébrale tout entière et suppriment l'activité juridique comme la responsabilité criminelle. Mettons à part aussi les états passagers comme l'ivresse complète, l'accès d'épilepsie, l'état d'hypnotisme, le sommeil où il en est de même. Nous arrivons donc, en ce qui concerne les maladies mentales et les maladies physiques qui réagissent sur l'état psychique, aux conséquences suivantes.

Ces maladies suppriment la responsabilité pénale, lorsque le caractère tout entier de l'individu s'en trouve atteint de façon complète, comme c'est le cas pour la monomanie, qui n'est qu'une localisation apparente et incomplète des troubles cérébraux.

Au contraire, les maladies comme la nourasthénie, l'épilepsie, le morphinisme, l'alcoolisme modifient le caractère, mais ne le rendent pas déréglé. Elles appellent donc à la fois et un traitement curatif et une répression. Nous sommes ici dans la zone de la responsabilité limitée (1).

En matière civile, ces états particuliers, monomanie d'une part, épilepsie, etc., d'un autre côté, ne suppriment pas l'aptitude à accomplir les actes courants, mais celle à accomplir les actes de coordination complète. Le droit privé ou public, à la différence du droit criminel qui reconnaît des responsabilités limitées, devrait reconnaître dans ces cas des aptitudes à certains actes et non à d'autres. Cette solution est d'ailleurs conforme aux données de l'observation, comme l'indique Spencer (2). « Quand le système nerveux n'est pas à l'état de plénitude, les appareils venus les derniers et les plus élevés de tous sont les premiers dont l'activité fasse défaut. L'esprit se découronne successivement de ses attributs supérieurs pour retomber à l'animalité pure ; il reste encore un certain temps capable d'habitude intellectuelle ou d'imitation, mais la faculté constructive disparaît la première. »

En résumé la volonté civile et la responsabilité pénale sont deux théories analogues, mais non identiques, et il y a des comparaisons plutôt que des assimilations complètes à établir entre elles.

Toutes deux doivent distiguer différents âges, avant lesquels on ne pourra pas faire tel ou tel acte, parce que la volonté ne sera pas suffisante.

Elles peuvent aussi avoir des ressemblances très grandes allant jusqu'à l'identité, lorsqu'il s'agit des maladies mentales très graves, qui suppriment à la fois la responsabilité pénale et civile et l'aptitude à l'exercice des droits.

(1) V. à ce sujet Leredu, Rapport à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1905, p. 43 ; Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 77 ; Prins, *Science pénale et droit positif*, n° 391 ; Grasset, Demi-fous et demi-responsables, *Revue des Deux-Mondes*, 1906, t. I.

(2) *Principes de psychologie*, t. I, p. 262.

Mais quand il s'agit de cette série ininterrompue d'états intermédiaires, qui vont de la santé mentale complète à la maladie mentale caractérisée, les solutions sont de genres différents, tenant aux buts divers que poursuivent le droit civil et le droit criminel. Pour ce dernier, visant à supprimer la nocuité du sujet, la question d'un internement spécial prolongé, mi-hôpital et mi-prison se pose (1).

Pour le droit civil, la question est de savoir si l'aptitude à l'exercice des droits ne va pas se trouver limitée aux actes courants, si l'initiative de l'individu pour les actes d'ordre supérieur en quelque sorte ne sera pas restreinte dans des limites variables. Entre ces deux ordres de questions, il n'y a plus que ce lien tout théorique : aptitude limitée à subir les conséquences de ses actes illicites ou juridiques.

Les solutions que nous donnons en ce qui concerne les adultes appellent des solutions analogues en ce qui concerne les jeunes gens et les enfants. Les facultés les plus élevées et les plus complexes se développent les dernières, la loi ne doit pas avoir un seul âge au-dessous duquel la volonté est considérée comme étant juridiquement inopérante.

La capacité nécessaire pour être le simple porte-parole d'un tiers (comme un enfant qui fait les commissions) ne doit pas être la même que pour commettre un délit civil ou un délit pénal, ou disposer de sa personne au point de vue des rapports sexuels.

Cette affirmation laisse bien entendu entière la question de savoir comment, après un certain âge d'incapacité absolue, on peut organiser une certaine période de demi-incapacité comme chez nous pour le mineur non infans, capable au point de vue des délits civils, le mineur émancipé, ou le mineur de dix-huit

(1) V. sur ce point : Vidal, *Droit criminel*, 3e édit., p. 250 ; Prins, *Science pénale et droit positif*, n° 301 ; Grasset, Demi-fous et demi-responsables, *Rev. des Deux-Mondes*, 1906, t. I, p. 887 ; Sumien, Essai sur la responsabilité atténuée, *Rev. crit.*, 1897, p. 451 ; Discussion à la Société des prisons, *Rev. pénitentiaire*, 1905, p. 185 et suiv.

ans qui, au point de vue pénal, peut manquer de discernement, ou en Allemagne celui qui a de sept à vingt et un ans, soit qu'on établisse une incapacité sanctionnée moins sévèrement (système français de la nullité relative), soit qu'on laisse ici au juge un pouvoir d'appréciation de fait, soit qu'on établisse une simple possibilité d'organiser cette période comme pour l'émancipé. Ce sont questions de réglementation que je laisse de côté.

Si maintenant nous prenons les dernières années de la vie, nous aurons encore lieu de faire des constatations analogues. Si le cerveau s'affaiblit, ce sont les facultés supérieures qui disparaissent les premières ; et alors la volonté ne doit pas être reconnue, d'abord lorsqu'il s'agit d'opérations juridiques où l'habitude ne doit pas jouer le plus grand rôle. Aussi le droit ne fait-il allusion à cette difficulté que pour dispenser les vieillards de certaines fonctions : fonctions publiques, fonctions de jurés, de tuteurs. Sans doute il se joint à cela une idée d'inaptitude physique pour remplir des missions souvent lourdes et qui exigent de l'activité. Mais à côté il y a la traduction de vérités psychologiques, qui font que des vieillards restent aptes à de multiples besognes d'administration, mais deviennent impropres à une organisation nouvelle. C'est une idée que le droit doit transcrire dans la mesure où il le peut.

Ayant étudié la volonté de façon générale, nous devons l'examiner dans deux catégories de cas.

La volonté peut apparaître comme insuffisante, soit à raison des données sur lesquelles elle opère, soit à raison des résultats qu'elle produit.

En second lieu elle peut se trouver faussée par certains conflits dans lesquels elle se trouve prise, conflit d'un intérêt avec un devoir, de devoir entre eux, d'intérêts entre eux.

La volonté peut apparaître comme impropre à produire des effets juridiques lorsque, bien que son fonctionnement soit normal, bien que la machine cérébrale ait correctement coordonné

les faits dont on avait conscience, les résultats que l'intérêt collectif peut en attendre sont mauvais ou incomplets.

Il se peut d'abord que la volonté juridique se soit formée sur des données fausses : c'est le cas d'erreur.

On considère aujourd'hui la volonté juridique comme étant attaquable par des procédés de nullité, sur lesquels nous passons pour le moment, lorsque parmi les différentes données dont la volition est la combinaison, il y a des croyances erronées. En pure théorie de la volonté, il y a lieu de se préoccuper de toute erreur, quelle qu'en soit la cause ou l'intensité. Mais cette idée se trouve en fait limitée, dans l'application, par celle de sécurité dont nous parlerons plus loin. Tout acte juridique, même entaché d'erreur, constitue une certaine situation sur laquelle le cocontractant, s'il y en a un, ou les tiers ont pu compter. Il ne faut pas admettre trop facilement que leur espoir soit déçu. Ceci amène à distinguer d'une part les erreurs causées par le fait intentionnel d'un tiers (dol), dont il est toujours tenu compte quelle qu'en soit l'importance au moins relativement, et les autres erreurs provenant d'une faute ou d'un cas fortuit.

Chacune de ces causes d'erreur a des effets que l'on s'est efforcé de limiter. Le droit moderne, à la suite du droit romain, ne tient compte dans les actes juridiques que du dol émanant de celui qui doit profiter de l'acte. En Allemagne, l'article 123 du Code civil, à propos de la déclaration de volonté, exige que le dol émane de la personne à qui s'adresse la déclaration, ou qui doit directement en profiter, ou s'il émane d'un tiers, que cette personne ait connu ou ait dû connaître le dol (1). C'est donc, somme toute, une sorte d'action en réparation personnelle de la faute contre l'auteur ou le complice du dol, qui est accordée sous forme d'action en annulation (2). En France,

(1) V. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 50 et suiv. — Traduction du Code civil allemand, commentaire de l'art. 123.

(2) Cela est si vrai qu'il a fallu pour éviter toute identification avec le droit pénal, exclure l'exigence d'un dommage patrimonial résultant du dol,

ans qui, au point de vue pénal, peut manquer de discernement, ou en Allemagne celui qui a de sept à vingt et un ans, soit qu'on établisse une incapacité sanctionnée moins sévèrement (système français de la nullité relative), soit qu'on laisse ici au juge un pouvoir d'appréciation de fait, soit qu'on établisse une simple possibilité d'organiser cette période comme pour l'émancipé. Ce sont questions de réglementation que je laisse de côté.

Si maintenant nous prenons les dernières années de la vie, nous aurons encore lieu de faire des constatations analogues. Si le cerveau s'affaiblit, ce sont les facultés supérieures qui disparaissent les premières ; et alors la volonté ne doit pas être reconnue, d'abord lorsqu'il s'agit d'opérations juridiques où l'habitude ne doit pas jouer le plus grand rôle. Aussi le droit ne fait-il allusion à cette difficulté que pour dispenser les vieillards de certaines fonctions : fonctions publiques, fonctions de jurés, de tuteurs. Sans doute il se joint à cela une idée d'inaptitude physique pour remplir des missions souvent lourdes et qui exigent de l'activité. Mais à côté il y a la traduction de vérités psychologiques, qui font que des vieillards restent aptes à de multiples besognes d'administration, mais deviennent impropres à une organisation nouvelle. C'est une idée que le droit doit transcrire dans la mesure où il le peut.

Ayant étudié la volonté de façon générale, nous devons l'examiner dans deux catégories de cas.

La volonté peut apparaître comme insuffisante, soit à raison des données sur lesquelles elle opère, soit à raison des résultats qu'elle produit.

En second lieu elle peut se trouver faussée par certains conflits dans lesquels elle se trouve prise, conflit d'un intérêt avec un devoir, de devoir entre eux, d'intérêts entre eux.

La volonté peut apparaître comme impropre à produire des effets juridiques lorsque, bien que son fonctionnement soit normal, bien que la machine cérébrale ait correctement coordonné

les faits dont on avait conscience, les résultats que l'intérêt collectif peut en attendre sont mauvais ou incomplets.

Il se peut d'abord que la volonté juridique se soit formée sur des données fausses : c'est le cas d'erreur.

On considère aujourd'hui la volonté juridique comme étant attaquable par des procédés de nullité, sur lesquels nous passons pour le moment, lorsque parmi les différentes données dont la volition est la combinaison, il y a des croyances erronées. En pure théorie de la volonté, il y a lieu de se préoccuper de toute erreur, quelle qu'en soit la cause ou l'intensité. Mais cette idée se trouve en fait limitée, dans l'application, par celle de sécurité dont nous parlerons plus loin. Tout acte juridique, même entaché d'erreur, constitue une certaine situation sur laquelle le cocontractant, s'il y en a un, ou les tiers ont pu compter. Il ne faut pas admettre trop facilement que leur espoir soit déçu. Ceci amène à distinguer d'une part les erreurs causées par le fait intentionnel d'un tiers (dol), dont il est toujours tenu compte quelle qu'en soit l'importance au moins relativement, et les autres erreurs provenant d'une faute ou d'un cas fortuit.

Chacune de ces causes d'erreur a des effets que l'on s'est efforcé de limiter. Le droit moderne, à la suite du droit romain, ne tient compte dans les actes juridiques que du dol émanant de celui qui doit profiter de l'acte. En Allemagne, l'article 123 du Code civil, à propos de la déclaration de volonté, exige que le dol émane de la personne à qui s'adresse la déclaration, ou qui doit directement en profiter, ou s'il émane d'un tiers, que cette personne ait connu ou ait dû connaître le dol (1). C'est donc, somme toute, une sorte d'action en réparation personnelle de la faute contre l'auteur ou le complice du dol, qui est accordée sous forme d'action en annulation (2). En France,

(1) V. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 60 et suiv. — Traduction du Code civil allemand, commentaire de l'art. 123.

(2) Cela est si vrai qu'il a fallu pour éviter toute identification avec le droit pénal, exclure l'exigence d'un dommage patrimonial résultant du dol,

l'ensemble des solutions est moins net. Les articles 1116 et 1455 du Code civil admettent que le dol doit émaner du cocontractant ou de celui à qui profite la déclaration de volonté, dans une renonciation à communauté (1). Dans les autres cas : donation, testament, option de l'héritier, on admet que le dol peut émaner de n'importe qui (2).

L'article 119 du Code civil allemand exige, pour que l'on tienne compte de l'erreur « qu'il y ait lieu d'admettre que le déclarant ne l'aurait pas émise, s'il avait eu connaissance de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de la situation ». C'est donc un critérium mi-subjectif, mi-objectif. On ne se contente pas de l'appréciation personnelle de l'intéressé, elle doit concorder avec celle d'un homme raisonnable. Mais cette condition remplie, l'erreur peut porter sur le contenu de la déclaration, qu'il s'agisse d'ailleurs de clauses essentielles ou accessoires, ou bien sur les qualités de la personne ou de la chose qui, dans les rapport d'affaires, sont considérées comme essentielles (3). En France, le Code en parlant de l'erreur sur la substance et de celle sur les qualités de la personne n'a donné que des solutions vagues, qui ont permis peu à peu à la pratique, considérant surtout la volonté psychologique, plutôt que les rapports sociaux, d'annuler pour erreur en tenant compte surtout d'un critérium subjectif de la substance ; celle-ci est considérée plutôt comme la qualité principale dans la volonté de l'agent que comme celle réputée telle par rapport à la nature propre de la chose (4).

V. Liszt, *Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, p. 22 ; Saleilles *op. cit.*, p. 54.

(1) V. not. Planiol, t. III, n° 1235.

(2) V. not. Planiol, t. III, n°s 1070 et 2885 ; Rufnoir, *Propriété et contrat*, p. 65.

(3) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 15 et suiv. — Trad. Code allemand, t. I, p. 125 et suiv.

(4) V. sur ces théories, not. Fubini, Contribution à l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance, *Rev. de dr. civil*, 1902, p. 300, n° 9 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, p. 7. — Cf. sur le Code fédéral suisse des obligations qui est plus précis, Rossel, *Manuel des obligations*, p. 57 et suiv.

Des autres erreurs, celles provenant de faute ou de cas fortuit, il n'est tenu compte que lorsqu'elles sont importantes, sauf à disserter comment doit s'apprécier cette importance, si elle doit être jugée objectivement ou subjectivement, si elle doit être matérielle ou non. Ce sont là des points en discussion que le droit français et allemand paraissent actuellement comprendre de façon différente.

Non seulement la volonté est exposée à buter sur des croyances erronées qui l'ont déterminé de façon peu heureuse, mais elle est encore exposée à se heurter à des combinaisons inattendues de ces volitions et des faits nouveaux qui l'ont suivie. Les faits prévus, lorsqu'à titre de prévisions ils sont entrés dans la combinaison volitive, sont ordinairement simples. Or la vie concrète est extraordinairement complexe et pleine de retours et de nouveautés inattendues. Ces faits ne sont-ils pas de nature à vicier la volonté ? Cette sorte d'erreur dans les causes finales est-elle sans influence, ou quels résultats produit elle ?

Il y a ici un problème que l'on confond ordinairement avec un autre voisin, bien qu'il soit tout différent, parce que la frontière en est délicate à fixer.

En présence des circonstances nouvelles que la vie fait naître, après qu'une volonté juridique a été exprimée, quel est le droit ? C'est, dit-on, ce qui a été voulu implicitement ou explicitement. Si l'on entend par là que la portée de la volonté juridique est ce que l'on a voulu, malgré les termes obscurs ou insuffisants dont on s'est servi, cela est hors de doute. Il en est de même si l'on entend encore par là ce que l'on a voulu de façon implicite ; ce qui était dans l'esprit inconsciemment, non formulé, et ce qui n'a pas été exprimé par paroles ou par écrit. Il y a dans ces cas une interprétation de volonté, dont la méthode, sinon les résultats, est aujourd'hui dégagée. Comme le dit ici très bien le Code allemand (art. 133) : Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au

sens littéral de l'expression (1). C'est ce qu'indiquait déjà l'article 1156 du Code français, et ce que reprend l'article 16 du Code suisse des obligations.

Mais à côté de ces hypothèses de pure interprétation, il y a celles très nombreuses pour lesquelles il n'a rien été prévu. Ici il ne s'agit pas d'interpréter une volonté qui n'existe pas, d'éclaircir l'inexistant, il s'agit de déterminer les suites d'une volonté en face de circonstances non prévues. C'est ce qu'on pourrait appeler une « adaptation de volonté » par opposition à l'interprétation de volonté.

Celle-ci doit se faire non d'après une volonté présumée, plus que problématique, mais d'après des considérations d'intérêt général, d'équité (2). Sans doute la volonté y entrera pour une part, mais seulement dans la mesure où elle a contribué à créer la situation présente.

On tend d'ailleurs depuis quelques années à revenir de cet abus des volontés présumées. Ce mouvement est d'ailleurs analogue à celui qui s'est fait dans les méthodes d'interprétation du droit positif et dont le livre de M. Gény a été le signe le plus caractéristique. L'on revient de l'abus d'interprétation des lois qui consistait à faire trancher explicitement ou implicitement par des textes toutes les questions imaginables, pour y substituer une méthode ne faisant trancher par la loi que ce qu'elle a voulu réellement décider. Le surplus se trouve soumis aux solutions qu'impliquent les considérations de l'intérêt objectif. Si les volontés ne peuvent être comprises que comme ayant voulu ce qu'elles ont réellement voulu, et rien de plus, le surplus se trouvant soumis à une appréciation rationnelle des intérêts en présence,

(1) Comme le dit le commentaire de la traduction du Code civil allemand (p. 150), il faut s'entourer de tous les éléments d'interprétation résultant des circonstances qui servent de milieu ambiant à la déclaration. Celle-ci ne se compose pas seulement des termes qui l'expriment, mais de tous les éléments extérieurs sur lesquels a pu compter l'auteur même de cette déclaration pour en révéler le sens exact.

(2) V. Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, Paris, 1905.

ce principe domine le droit tout entier, qu'il s'agisse de l'interprétation des lois, des actes administratifs, des contrats, des actes de volonté unilatérale.

La volonté n'est plus cet idole qui est censé avoir tout vu et tout prévu, perçant les mystères des âges. Elle est ce qu'est une volonté humaine : hautaine ou modeste, soutenue ou non par ce tempérament qui fait croire à sa propre force, elle reste le plus souvent à courte vue, impuissante, car telle est sa nature, à voir en général au delà d'un certain rayon visuel. Une théorie réaliste, qui s'imposera de plus en plus, comme nous donnant une partie de la méthode des sciences juridiques, nous obligera de plus en plus à ne pas considérer la volonté comme autre qu'elle n'est réellement. Il n'y a même rien qui doive étonner si les contrats ou les actes juridiques quelconques peuvent se trouver modifiés dans une certaine mesure par une volonté unilatérale, lorsque les circonstances font voir à cela une certaine utilité (1). Sans doute l'esprit peut s'attacher à prévoir la possibilité des événements. Mais combien de fois n'arrive-t-il pas que l'on prévoit tout, hors ce qui est arrivé. La volonté se trouve alors nécessairement sans effet, en ce sens qu'il faut procéder à une adaptation de celle-ci aux circonstances.

La frontière peut être délicate à établir entre ces deux choses longtemps confondues : interprétation, adaptation des volontés. Mais est elle différente de celle qui doit servir à délimiter l'application des lois et celle du droit tiré de considérations objectives.

L'adaptation aux circonstances imprévues peut d'ailleurs se faire suivant deux méthodes : par la loi ou par la volonté d'une personne.

Par la loi d'abord. Comme l'a excellemment mis en valeur M. Saleilles (2), toutes les lois qui ont un caractère complémentaire ou supplétif d'une déclaration de volonté ne doivent pas être données comme la volonté supposée des parties. Ce carac-

(1) V. notre étude : *Des modifications des contrats par volonté unilatérale*.
(2) *Déclaration de volonté*, p. 100, art. 133, nº 13 et suiv.

tère de présomption légale n'appartient pas à toutes. Il s'agit, dans la plupart des cas, de points que les parties n'ont pu prévoir, qu'elles auraient peut-être, si leur attention se fût trouvée attirée sur la matière, réglés de toute autre manière. Ceci est particulièrement vrai pour les règles qui ne peuvent céder que devant certaines preuves rigoureuses d'une volonté contraire. Il y a alors là des dispositions nettement réglementaires, qui méritent le nom de règles dispositives. Planck les délimit (1), celles applicables, quand une disposition différente ne se rencontre pas dans le rapport de droit. Il les oppose aux règles interprétatives (Auslegungsregeln) qui se présentent lorsqu'on peut tirer des circonstances une volonté des parties. L'intérêt principal qu'il y aura à les distinguer, c'est que les règles dispositives s'appliquant dans des cas non prévus, dès qu'on aura reconnu leur application nécessaire, il n'y aura pas à chercher la volonté des déclarants, mais seulement ce qui est conforme à un intérêt collectif.

L'adaptation aux circonstances imprévues peut encore se faire par volonté privée. D'abord dans un contrat, certaines circonstances nouvelles se présentant, il est naturel que les contractants s'entendent pour s'adapter à ces circonstances. Ensuite une déclaration quelconque de volonté ayant engendré un rapport juridique, il est admissible, le consentement de tous les intéressés étant souvent impossible en fait à obtenir, que la loi décide que la volonté de certains suffira. Ainsi dans la société par actions, il est admis que la majorité de l'assemblée extraordinaire peut modifier les statuts sur des points non fondamentaux. De même, un contrat de travail étant fait pour une durée indéterminée, chacun peut y mettre fin par sa seule volonté (2). C'est un moyen commode et rapide que certaines personnes ayant de gros intérêts au bon fonctionnement du contrat puissent le modifier ou le

(1) *Burgerliches gesetzbuch*, 3e éd., t. I, p. 23. — Cf. Danz, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, p. 31.

(2) V. sur tous ces cas notre étude, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *Revue de droit civil*, 1907, p. 246.

rompre à certaines conditions, et soient en quelque sorte constituées les gardiens de l'intérêt collectif dans ce cas déterminé.

Les contrats étant en effet, non pas comme se le figure la vieille conception individualiste, des atteintes restreintes à la liberté des individus, mais des moyens pour arriver à certains buts sociaux, on conçoit très bien qu'une des parties ait reçu de la loi qualité pour mettre au point le contrat en face des circonstances imprévues, comme le fait le maître qui peut toujours rompre le contrat d'entreprise, en indemnisant l'entrepreneur (art. 1798, C. civ.). Ainsi se forme cette chose imprévue pour l'école individualiste : une autorité privée, ce sur quoi nous reviendrons plus loin (1).

Hors des cas où il en est ainsi et qui sont limités, les contractants arrivent difficilement à s'accorder pour régler les situations nouvelles. Il faut cependant les régler. C'est alors la mission du juge. Il ne viendra plus dire quels sont les faits, y appliquer la loi, il sera véritablement l'*autorité* judiciaire. Il commandera ce qui doit être le complément du contrat : mission très importante et pourtant nécessaire. Il viendra dire par exemple : telle circonstance non prévue se réalise, il y a danger à laisser le locataire occuper l'immeuble, on pourra le faire partir par la voie du référé (2). Ici il imposera sa volonté propre, non pas en cherchant une volonté présumée, mais en considérant les groupes d'intérêts qu'il faut hiérarchiser et en indiquant le moyen pour faire prévaloir celui qu'il estime le plus grand.

La volonté n'apparaît pas comme présentant toutes les garanties d'indépendance voulue pour produire des effets juridiques, lorsque celui qui l'émet se trouve pris dans certains conflits, soit entre des intérêts et des devoirs, soit entre des intérêts différents, soit entre des devoirs différents.

(1) V. dernière partie, le chapitre L'autorité privée.

(2) V. *Revue de droit civil*, 1907, p. 420 et 1909, p. 405, et Cass., 19 octobre 1908 (D. 09.1.70).

Sans doute il est de la nature même de la volonté, qui est une subordination de motifs les uns aux autres, qui se présente comme un syllogisme moral, pour employer l'heureuse expression de Tarde (1), de résoudre des conflits. Une volonté suppose une lutte entre deux idées que l'on concilie, ou que l'on subordonne l'une à l'autre. Seulement il y a des cas où le conflit se présente dans des conditions telles qu'il a peu de chances de se résoudre conformément à l'intérêt social.

Quels sont ces cas dans lesquels on peut juger que la tentation est trop forte pour que la décision prise soit satisfaisante ?

Reprenons successivement ceux indiqués plus haut : conflit d'un intérêt avec un devoir, conflit de devoirs entre eux, conflit d'intérêts entre eux.

Conflit d'un intérêt avec un devoir.

De pareils conflits, est-il besoin de le dire, sont de la vie de tous les jours. A chaque instant l'intérêt pour une personne peut être de ne pas agir et son devoir peut être d'agir ou inversement. Il peut être de l'intérêt d'une personne de faire disparaître un concurrent en le dénigrant. Son devoir lui prescrit de ne pas le faire, etc.

Au point de vue de la volonté juridique, c'est-à-dire de celle destinée à produire des effets de droit, ce conflit peut se présenter très fréquemment, et on peut en donner la formule générale suivante ; Est-il permis de faire un acte dont on doit ou peut profiter, lorsque cet acte peut nuire à un intérêt qu'on est chargé de défendre ? Cette formule a l'avantage de comprendre à la fois les actes contractuels et les actes unilatéraux (renonciation à servitude, à succession), que l'on peut effectuer dans son intérêt.

La question, malgré son importance, n'a pas été envisagée de façon générale par les lois positives, qui semblent n'en avoir

(1) *Transformations du droit*, p. 120.

aperçu que des fragments, ce qui a eu pour conséquence de produire une législation à la fois touffue et incomplète.

Si l'on cherche à ordonner les hypothèses où la difficulté actuelle peut se présenter, il faut remarquer qu'elles se présentent d'abord toutes avec un même aspect : l'acte avec soi-même, ou s'il s'agit d'un contrat, le contrat avec soi-même. Soit que comme mandataire on renonce à une succession à laquelle on est appelé personnellement à défaut du renonçant, soit qu'on promette dans une stipulation pour autrui que l'on est chargé d'accepter en tant que mandataire du tiers bénéficiaire, soit que l'on contracte en son nom personnel avec un tiers dont on est le représentant, soit que dans un partage on représente à la fois un des autres copartageants et soi-même, il y a toujours un acte avec soi-même.

Sa validité, au point de vue formel, ne peut être mise en doute lorsque, en même temps que la personne qui y figure à un double titre, il y a des tiers ; si par exemple dans un règlement de succession il y a trois appelés et si le second est mandataire du troisième. La date de l'acte se trouve assurée dans les conditions ordinaires, il se trouve bien avec les apparences bilatérales ordinaires, si c'est un contrat.

Au point de vue formel, il peut donner lieu à discussion, lorsque les pouvoirs de toutes les parties se trouvant réunis dans la main d'un seul, l'acte bilatéral de sa nature se présente en une forme unilatérale : un administrateur de société comme tel s'achetant à lui-même des marchandises. Au point de vue de la preuve de la date, il peut y avoir lieu d'établir certaines règles particulières : cette preuve se trouvant moins bien assurée que dans les cas ordinaires, où la multiplicité réelle des signataires est un certain obstacle à la fraude ou simplement à l'erreur (1).

Ces questions formelles mises de côté, si nous arrivons au vif de la question, nous voyons que celui qui se trouve ainsi pris

(1) En ce sens Hupk, cité par Plank, *Burg. ges.*, t. I, p. 315. — Cf. Endemann, *Burg. Gesetzbuch*, t. I, p. 401, note 34.

entre un devoir et un intérêt peut se trouver dans cette situation, soit parce qu'il représente une personne physique, soit parce qu'il est l'organe d'une personne morale, soit parce qu'il est le représentant de deux intérêts divergents qui existent en lui-même, soit parce qu'il est chargé d'autoriser un tiers à le représenter.

Ce cumul de qualités empêche-t-il, au point de vue technique, qu'il y ait contrat? La question a été discutée en Allemagne, avant l'article 181 du Code civil. On avait dit qu'il empêchait qu'il y eût contrat (1), car on répétait : ce qui est la caractéristique de la convention, c'est la pluralité de volontés ; et ici il n'y en a plus qu'une (2).

Mais cette objection est d'un caractère trop formel. Si on peut se refuser à valider l'acte, ce n'est pas parce qu'il n'y a qu'une volonté : la gestion d'affaires, elle aussi, ne suppose qu'une volonté et la loi la reconnaît. Ce qui est la garantie d'un acte correspond à un certain intérêt collectif, ce pourquoi on le reconnaîtra comme contrat, ce n'est pas la pluralité de volontés : deux volontés réunies ne font pas nécessairement un contrat (dans une faillite quand deux créanciers sont décidés à voter le concordat, s'ils sont la minorité, cela est sans effet), c'est la pluralité de volontés *opposées* et intéressées au résultat obtenu : vendeur et acheteur, bailleur et locataire. De cette lutte résultera une hiérarchie des intérêts, qui a chance d'être heureuse.

Mais quand cette lutte n'existera pas, ou qu'on en devinera trop facilement l'issue, ce qui a lieu dans le contrat avec soi-même, il n'y a plus la même garantie, bien qu'il y ait théoriquement lutte d'intérêts. La hiérarchisation s'en fera sans doute de façon défec-

(1) V. Rümelin, *Selbstcontrahiren des Stellvertreters*, p. 15 et suiv. ; Arns, Il contratto on se medesimo, *Archivo giuridico*, 1906, t. I, p. 27. On a d'ailleurs ici accumulé à plaisir les subtilités. V. dans Rumelin, p. 2 et suiv. Cf. Gouget, *Contrat avec soi-même*. Thèse de Caen, 1903, p. 40 et suiv.

(2) Cette unité de volonté est d'ailleurs d'accord avec ce que nous disons plus loin en affirmant que dans la représentation, c'est la volonté du représentant et même son droit qui entre en jeu.

tueuse. C'est pour cela qu'une personne achetant un bien en commun avec une autre pourrait fort bien être le mandataire de cette personne, mais non celui du vendeur. Dans ce dernier cas, s'il y a bien deux contractants, le vendeur co-acquéreur et l'autre co-acquéreur, il n'y a pas le conflit d'intérêts représentés par des personnes différentes, d'où peut sortir un contrat satisfaisant pour tous. De même, dans une réunion d'actionnaires, de sociétaires, un seul peut en représenter plusieurs. On peut seulement se demander, s'il est possible qu'il représente tous les autres, la discussion que la loi a voulu étant évitée. Ces inconvénients n'empêchent pas qu'il n'y ait un contrat, lequel se caractérise pour nous par ce fait qu'il a été pris acte d'une volonté, de manière à la rendre irrévocable, ce qui se présente ici.

Il y a donc plus qu'un acte unilatéral ayant les effets d'un contrat (si nous persistons à employer ces formules assez scolastiques familières aux allemands et qui éclairent assez peu ces problèmes), il y a un contrat qui d'ailleurs peut avoir des inconvénients. De ces idées résultent que l'impossibilité du selbstrontrahiren n'étant pas technique (1), mais fondée sur des raisons pratiques, elle peut être levée au moins dans certains cas. C'est ce qu'admet l'article 181 du Code civil allemand, qui excepte le cas où permission a été donnée d'agir ainsi.

La question générale du conflit d'intérêts et de devoirs se présente avec des degrés d'intensité différents que nous devons maintenant indiquer, pour préciser cette vue d'ensemble.

Lorsqu'un homme agit en tant que mandataire d'une personne physique, peut-il passer un acte au profit de lui-même? Cette question a été soulevée en pratique sous cette forme devenue célèbre : le commissionnaire peut-il être contre-partiste? Sa volonté offre t-elle encore des garanties d'indépendance suffisantes lorsque, chargé de vendre, il prétend s'appliquer à lui-même l'or-

(1) Cf. sur ce point Arno, Il contratto con se medesimo, *Archivio giuridico*, 1800, t. II, p. 420.

dre qu'il a reçu ? La jurisprudence française l'a résolu, semble-t-il, avec équité, lorsqu'elle a déclaré que le commissionnaire ne pouvait se porter contre partiste que par suite d'une autorisation du commettant (1). Nous croyons que cette solution est bonne et qu'il faut logiquement l'appliquer à un représentant d'incapable. Le représentant, un tuteur par exemple, ne peut, en tant que représentant, s'autoriser lui-même à passer l'acte. Il faut ici que le droit positif intervienne pour établir une autorité qui l'y habilite exceptionnellement. C'est ce qu'a fait l'article 450 du Code civil pour le tuteur, en exigeant ici l'autorisation du conseil de famille et le remplacement du tuteur par le subrogé tuteur.

Le contrat avec soi-même peut se présenter dans les rapports de l'administrateur d'une personne morale avec celle-ci. Lorsque le contrat est fait par un simple représentant de la personne morale, agissant à la fois comme tel et en son nom propre, on rentre dans le cas précédent. Mais que l'organe agissant comme tel et en son nom veuille selbscontrahiren, la question ressemble à celle qui se présente pour le représentant d'un incapable. Toutefois il y a un danger spécial tenant à ce que la personne morale, groupe amorphe, a besoin de plus de protection. Il est alors nécessaire que le droit positif intervienne et, s'il ne veut pas prohiber l'acte absolument, qu'il fixe une autorité compétente pour donner l'autorisation, constater que l'intérêt n'a pas fait plier le devoir. L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 indique l'assemblée générale pour les marchés de fournitures des sociétés anonymes passés avec les administrateurs (2).

Il en est à peu près de même, lorsque le mandataire représente des groupes de personnes non connues ou à déterminer plus tard, comme un curateur à succession vacante, un syndic de faillite, un liquidateur de congrégation religieuse. Il y a pour nous im-

(1) V. not. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 457 ; Morel, Le commissionnaire contre-partiste, thèse de Lille, 1904 ; Thaller, *Droit commercial*, 3e éd., n° 907, p. 490 ; Wahl, note dans Sirey, 1898.2.121 ; Dreyfus, *Ann. de dr. comm.*, 1898, p. 201.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 820 *bis*.

possibilité d'admettre un contrat du mandataire avec lui-même.

Dans tous ces cas, sauf les derniers, le problème se trouve résolu, parce qu'on a trouvé à côté du représenté ; incapable ou personne morale, une autorité destinée par fonction soit à donner des autorisations, soit à servir d'organe subsidiaire.

Une difficulté bien plus importante se présente, lorsque le contrat ne peut être fait qu'avec soi-même, s'agissant seulement de déterminer dans un patrimoine des parts soumises à des régimes différents. Ainsi (1), une femme dotale se trouve hériter d'un patrimoine que le testateur a déclaré vouloir laisser paraphernal pour une partie. Ou bien une succession arrive à une personne grevée de substitution à concurrence de moitié. Il s'agit dans tous ces cas de déterminer quelle sera la part diviso qui sera dotale ou frappée de substitution. Il est à craindre que le grevé ou la femme dotale ne partagent plutôt suivant leur intérêt que suivant la valeur réelle des biens. Ici cependant le contrat avec soi-même est inévitable, à raison de l'article 815 du Code civil qui est favorable au partage et de l'intérêt des tiers qui est aussi en jeu. Le mari n'a pas qualité pour servir de contre-partie à la femme, étant simplement un des intéressés à la fixation des droits dotaux, de même les substitués fussent-ils majeurs ne peuvent représenter les enfants à naître, s'ils peuvent se représenter eux-mêmes. Il faut donc nécessairement qu'une autorité étrangère vienne ici assurer le respect de la justice. C'est au droit positif à l'organiser par l'intervention du tuteur à la substitution, par des tribunaux envisagés comme pouvoir, ayant qualité pour assurer les opérations juridiques nécessaires, pour mener à terme les droits purement embryonnaires et en assurer le fonctionnement pratique.

A côté de ces cas, il y a ceux où le conflit entre le devoir et l'intérêt se présente par le cumul sur une même tête de la qualité

(1) V. sur ce point Planiol, *Revue critique*, 1886, p. 303.

de contractant et d'autorisant de l'autre partie. Ainsi un conseil judiciaire, un curateur, un mari, peut-il autoriser un prodigue un mineur, une femme mariée à passer un contrat avec lui, ou si nous généralisons le débat pour l'étendre aux actes unilatéraux, peuvent-ils les autoriser à faire des renonciations dont eux-mêmes profiteront ? On peut évidemment résoudre la question par l'affirmative lorsqu'il s'agit d'autorisation d'autorité et non de protection ; c'est-à-dire lorsque l'autorisation est donnée à un être naturellement capable comme la femme, seulement pour qu'elle ne soit pas trop indépendante de son mari. Le mari peut ainsi être mandataire de sa femme.

Mais lorsque l'autorisation est une de celles ayant pour but de protéger celui qui doit l'obtenir, il y a danger à admettre qu'elle pourra être donnée par un des contractants, et peu importe que cette formalité se trouve imposée par la loi ou par une disposition contractuelle. Que faut-il faire en pareil cas ? Il semble que des mesures de protection analogues à celles qui existent quand il s'agit de selbscontrahiren pour le représentant d'un mineur s'imposent. C'est au droit positif à les organiser, soit par des interdictions, comme l'a fait la Cour de cassation, pour le conseil judiciaire (1), soit par l'exigence de certaines autorisations. Ce sont des procédés entre lesquels la pratique législative peut choisir à sa guise.

Continuons la série descendante des selbscontrahiren. Nous avons vu un individu contractant avec lui-même, puis avec une personne qu'il autorise. Il peut aussi traiter avec une personne qu'il contribue à autoriser seulement. Ainsi une personne, en tant qu'actionnaire de société, vote un contrat avec elle-même comme simple particulier, un administrateur prend part au vote en assemblée générale sur l'approbation de ses comptes. Un tiers traitant avec un tuteur figure, comme membre du conseil de

(1) V. Cass., 13 juin 1860, S. 61.1.237. Cf. Demolombe, t. VIII, n° 759 *bis*.

famille, à l'approbation du contrat projeté, etc. Ici la lutte de l'intérêt et du devoir existe encore, et le droit peut encore en tenir compte. Sans doute le danger décroît, car la personne suspecte n'est plus seule, mais elle peut à elle seule déplacer la majorité et le danger est suffisant pour qu'on s'en préoccupe (1), et la loi du 24 juillet 1867 (art. 4) y a un peu songé pour l'approbation des apports en nature.

Les données psychologiques nous démontrent qu'il y a danger à reconnaître sans condition certaines volontés comme produisant des effets juridiques : cela a lieu lorsqu'il y a conflit entre un intérêt personnel et une obligation juridique de représentant, d'organe ou de molécule d'organe, si on peut employer un tel terme.

Le droit doit-il toujours en tenir compte ? Evidemment il intervient ici une question d'art législatif. Le législateur, préoccupé d'éviter les formalités inutiles (idée de rapidité, d'économie de frais), peut limiter les cas où il tiendra compte du conflit :

1° En disant qu'il ne s'en préoccupera que pour des objets d'une certaine importance.

2° Qu'il n'en tiendra pas compte pour des actes de certaine nature où le danger est peu à craindre : ainsi le Code civil allemand, article 181, autorise le selbscontrahiren, lorsqu'il s'agit uniquement de l'exécution d'un engagement ; supposant qu'ici il n'y a qu'un danger limité. On pourrait de même proposer de permettre certains actes qui sont nécessairement ou ordinairement avantageux. Ce sont là simples détails de réglementation.

Le conflit entre l'intérêt et le devoir peut encore se présenter sous forme de conflit entre un devoir et un intérêt purement moral. Un juge se trouve appelé à trancher un procès où est mêlé un de ses parents ou amis, un avocat est appelé à plaider contre un parent. Un tuteur traite une affaire de son pupille avec un

(1) Voir not. Thaller, *Dr. commercial*, p. 305 d. — Cf. Cosack, *Dr. commercial*, trad. fr., t. III, p. 168.

ami, un associé, etc., un notaire reçoit un acte qui intéresse un de ses proches, un témoin dépose dans le procès d'un ami, une personne devient tuteur d'un mineur contre qui elle a plaidé.

Il est certain que l'intérêt moral, pour employer cette expression large qui vise à la fois l'intérêt d'affection, l'esprit de corps, l'esprit de jalousie, l'ambition, etc., peuvent se trouver en conflit avec le devoir et que la volonté peut s'en trouver déformée. On n'en finirait pas à énumérer les ravages dont une telle déformation peut être la cause.

Le droit théoriquement doit en tenir compte. Il le fait déjà lorsqu'il s'agit d'actes pour lesquels on désire avoir toutes garanties d'une volonté indépendante : de là des règles spéciales visant les juges, les officiers publics dressant des actes authentiques ou les témoins. Pour les uns c'est la théorie de la récusation (art. 378 et suiv., C. proc. civ.) et du renvoi pour parenté ou alliance (art. 368 et suiv.). Pour les seconds, c'est la théorie de l'interdiction d'instrumenter (loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, art. 8 et 10). Pour les derniers enfin, c'est la théorie des reproches (art. 268, C. proc. civ., et 322, C. instr. crim., loi de ventôse an XI, art. 10).

Mais ne devrait-on pas étendre bien au delà les prohibitions de ce genre ? Oui, certainement, et si on se place au point de vue purement psychologique, il n'y a pas de raison pour en limiter les applications. Mais en art législatif, la logique n'est pas tout, il faut se préoccuper de deux choses : la difficulté souvent de prouver ces intérêts moraux souvent vagues, d'autre part l'ignorance où peuvent être bien des personnes de ces prohibitions.

Mais tout cela n'empêcherait pas de faire application de ces incompatibilités à tous les cas où le fait qui les détermine est facilement constatable : parenté, alliance, procès, etc. Cela n'empêcherait pas davantage d'appliquer ces prohibitions quand c'est un juge, un officier public, un fonctionnaire, lesquels professionnellement doivent connaître au moins une partie du droit, qui sont chargés de les appliquer et même, avec de pareilles limita-

tions, on arriverait à donner au droit plus de simplicité et de cohérence, à combler bien des lacunes : celles concernant les incapacités des experts par exemple. Seulement ici comme la lutte peut apparaître moins grave entre l'intérêt et le devoir qui se combattent, on peut établir une sanction moins forte : au lieu d'une nullité, un simple empêchement prohibitif, ou on peut fixer un bref délai pour exercer les reproches, faute de quoi ils seront non avenus (1).

Conflit de devoirs entre eux.

Une volonté peut se trouver exprimée dans des cas où la personne qui l'émet doit respecter à la fois deux devoirs qui peuvent être différents, sinon opposés. Ainsi un agent de change reçoit de deux clients des ordres en sens contraire, s'appliquant à la même valeur, peut-il procéder par voie d'application, sans porter ces offres au marché ? Un établissement procède à la répartition d'un emprunt après que l'émission en est close, le fera-t-il librement ? Une personne se trouve le tuteur de plusieurs mineurs appelés à contracter entre eux. Une personne est administrateur de plusieurs sociétés appelées à traiter des affaires ensemble (maison mère et filiales), ou bien une société possède une grande partie des actions dans une autre société, avec qui elle fait des affaires (communauté d'intérêts, sociétés groupées). Ou un notaire reçoit le mandat d'un client pour passer un acte en son nom avec un autre client et dresser le contrat à cet effet. Les exemples foisonnent et ils deviennent surtout d'une fréquence surprenante, si on étudie les affaires commerciales : opérations de Bourse ou de banque.

Nous ne croyons pas que l'indépendance de la volonté soit ici

(1) Ainsi la récusation d'un juge doit être faite avant les plaidoiries (V. Glasson et Tissier, *Procédure*, t. I, p. 920). Il en est de même du renvoi à un autre tribunal (V. Glasson et Tissier, t. I, p. 957). Le reproche doit être présenté avant la déposition du témoin (art. 270, C. proc.). Le moment pour présenter ces demandes une fois passé, on ne tient plus compte de ce qu'elles auraient pu être fondées. La procédure est régulière,

on général sérieusement menacée (1). Nous ne nions pas qu'elle ne puisse l'être, mais alors cela tient à des circonstances extrinsèques : intérêt moral par exemple. En thèse, nous croyons que le Code allemand a été trop loin dans l'article 181, lorsqu'à la suite de modifications de la seconde Commission, il a admis ici une prohibition. Nous croyons que l'on n'a pas ici examiné suffisamment le peu de danger qu'il y avait. Sans doute la volonté au repos, comme dans un cas de ce genre, n'a pas la même acuité que la volonté qui sent un adversaire, mais d'un autre côté les choses ne sont-elles pas traitées en pareil cas avec une certaine bonne foi qu'on peut juger suffisante ?

Si d'ailleurs nous nous plaçons au point de vue économique et législatif, nous voyons que ces procédés favorisent les grandes entreprises, qu'ils en sont l'instrument naturel de puissances se concentrant et se prêtant un mutuel appui.

Il y a cependant deux observations complémentaires à faire : le danger du selbscontrahiren, lorsque deux devoirs se trouvent en conflit, peut se compliquer d'un intérêt personnel, lorsque celui qui cumule les qualités de représentants de diverses personnes a droit à des émoluments différents suivant que le contrat sera passé à telles ou telles conditions. Ainsi un agent de change, un banquier qui fait un marché par application a droit à une rémunération proportionnelle au prix de la valeur vendue et a par conséquent intérêt à favoriser le vendeur, à faire l'opération à un prix élevé. Ici la loi peut admettre qu'un devoir et un intérêt se trouvant en conflit avec un devoir, l'opération sera interdite, sauf certains cas particuliers : par exemple si l'opération est faite au cours moyen d'une Bourse.

Il est possible aussi qu'il y ait un conflit de devoirs dangereux

(1) Cependant l'article 181 du Code civil allemand a prohibé ces contrats avec soi-même comme les autres, après qu'une discussion formelle eut lieu sur ce point (V. *Traduction*, t. I, p. 240). Il a interdit tout contrat « que l'on ferait avec soi-même, soit agissant en son propre nom, soit agissant comme représentant d'un tiers, à moins que l'acte juridique ne consiste exclusivement dans l'exécution d'un engagement ».

pour une volonté juridique convenable, lorsqu'une personne ayant deux devoirs différents, ceux-ci se doublent d'intérêts inégaux : si par exemple un administrateur de sociétés a dans celles-ci des intérêts très inégaux, ayant beaucoup d'actions de l'une et relativement peu de l'autre. Le conflit de devoirs égaux se complique de conflits d'intérêts inégaux. Il y a encore là un danger dont on peut se préoccuper.

En dehors de ces cas, il n'y a aucun affaiblissement notable de l'indépendance de la volonté, lorsque deux devoirs se trouvent en conflit (1). Ainsi il n'y aurait aucun inconvénient à ce qu'un notaire mandataire d'un des contractants se présentât ostensiblement comme tel. Rien au point de vue formel n'interdit de simplifier et de remplacer le trialogue en usage dans les contrats notariés par un dialogue ou même un monologue. Rien non plus ne l'interdit au point de vue indépendance de volonté, rien n'atteint même la sérénité de constatation de l'officier public. Et ce procédé serait bien plus simple et plus net que celui consistant à prendre un mandataire apparent, un clerc, et à lui faire faire des déclarations dont la responsabilité, d'après la jurisprudence, retombe sur le notaire (2).

(1) Cependant les textes sont parfois peu favorables à ces contrats où deux devoirs différents sont en conflit. L'article 40 de la loi de 1807 interdit à un administrateur les marchés avec la société où il aurait un intérêt indirect. Le décret du 7 octobre 1890 sur les Bourses ne permet à l'agent de change, qui reçoit deux ordres en sens contraire de deux clients, de faire le marché par application qu'après avoir fait constater par un membre de la chambre syndicale qu'il n'y a pas de cours plus favorable (art. 43) (Voir Thaller, *Droit commercial*, nº 931 ; Lyon-Caen et Renault, t. IV, n. 930).

(2) Voir not. sur cette jurisprudence : Cass., 17 décembre 1804, S. 07.1. 320 ; Rouen, 13 février 1907, D. 07.2.267, et *Revue de droit civil*, 1907, p. 825. La Cour de cassation rétablit ici la situation véritable, car ce prétendu mandant n'offre aucune des garanties de la présence d'un tiers, le clerc opinant naturellement comme son patron. En même temps elle condamne cette pratique, qu'on peut trouver interdite par *a fortiori* de la loi de ventôse (art. 8) qui interdit au notaire d'instrumenter pour ses parents. Cependant l'argument est douteux et la pratique subsiste. Nous croyons qu'il serait bien plus simple de révéler nettement la vérité, plutôt que de prendre un

Conflits entre intérêts.

Il est de la nature même de la volonté de choisir entre des intérêts divers. La coordination des désirs et des idées rationnelles amène presque forcément la subordination de certains intérêts à d'autres. Quand la volonté doit lutter pour sacrifier l'un à l'autre des intérêts divers, il n'y a donc pas atteinte à l'indépendance de la volonté. Celle-ci est dans son rôle combatif naturel. Donc en principe la volonté, quels que soient les intérêts qui l'aient fait agir, doit être respectée.

Cependant le conflit des intérêts devient intéressant à considérer, lorsqu'il se présente entre ceux qui sont proches et ceux à échéance éloignée. Un individu emprunte une somme qu'il devra rendre au double dans un an. Il y a conflit entre son intérêt immédiat d'avoir de l'argent et celui assez éloigné à ne pas débourser plus tard une somme considérable, pour laquelle il n'a eu qu'une avance relativement faible. De même un employé est menacé d'être immédiatement mis à la porte par son patron, s'il ne veut pas placer dans la maison toutes les économies qu'il possède. Il y a conflit entre l'intérêt immédiat, garder sa place, et celui lointain, faire une opération probablement mauvaise. De même un individu cède à la violence et consent un contrat qui le ruine, préférant sa vie à la conservation de son patrimoine.

Sans doute tout conflit entre intérêt proche et intérêt éloigné ne se présente pas ainsi. Un individu qui achète un objet de camelotte qui durera peu, au lieu d'une chose plus chère de meilleure qualité, choisit entre son intérêt immédiat d'économie et celui plus éloigné d'avoir un objet plus solide. D'ailleurs souvent le choix entre ces intérêts se fait d'après le caractère insouciant ou prévoyant de l'individu, d'après l'accès à la tentation du

vain formalisme, qui même appelant comme mandataire des tiers complaisants étrangers à l'étude, n'en créera pas moins une situation trompeuse, qu'on aura seulement plus de mal à démasquer.

moment (le système de l'entrée libre des grands magasins repose en partie sur cette idée), l'imitation, la condition sociale : les classes ouvrières étant en général imprévoyantes,etc. Aussi, comme il n'y a rien de plus normal que ce choix entre des intérêts, la loi ne peut considérer tel choix comme n'étant pas valable que par suite de vues extérieures à l'analyse de la volonté même. Il n'y a pas ici de vice de la volonté, de volonté fonctionnant de façon dangereuse, il y a des volitions que,pour des vues d'ordre quelconque, on considère comme inefficaces.

Tantôt la loi peut avoir en vue la sauvegarde du minimum d'existence ; c'est ainsi que l'ouvrier ne peut abdiquer le bénéfice de la loi sur les accidents du travail (L. du 9 avril 1898, art. 30), ou ne peut abandonner tout droit à indemnité pour le cas de renvoi injustifié (art. 1780, C. civ.), ou ne peut renoncer au bénéfice des lois sur les heures de travail, l'hygiène des ateliers, etc. Tantôt la loi a en vue d'éviter un résultat qui lui paraît choquant, soit qu'elle frappe le prêt usuraire, soit qu'elle annule une obligation où il y a une forte lésion (art. 887 et 1674, C. civ.), soit enfin qu'elle atteigne l'obligation contractée sous l'empire de la violence.

Dans un cas, elle blâme un enrichissement excessif (1), dans l'autre, elle atteint une faute commise et une faute intentionnelle dont elle veut à tout prix la réparation, parce que la violence,nous le verrons, est une des choses qui choquent le plus le législateur civilisé ; celui-ci se figure naïvement que la civilisation consiste à supprimer toute violence, comme si le droit ne se maintenait pas nécessairement par une violence seulement canalisée ou tenue en réserve.

Il est tellement vrai que, lorsqu'il y a eu conflit entre deux intérêts, le droit peut seulement en tenir compte pour des raisons extrinsèques,indépendantes de l'état psychologique, que l'on tend à ne se préoccuper, ni de la menace d'user de violences légales

(1) V. cette idée dans Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 625. De là l'application de la nullité pour lésion au partage, l'acte égalitaire par excellence.

par exemple d'exproprier un débiteur (1), ni de la situation du naufragé qu'une personne ne veut sauver qu'à un prix exorbitant (2). Il est probable que l'analyse de la volonté conduira ici à admettre des solutions négatives (3).

Il convient de constater qu'ici le droit civil est très en retard sur le droit pénal qui, en rejetant la théorie de la contrainte pour la remplacer par l'état de nécessité, a depuis longtemps abandonné le terrain subjectif pour se placer sur le terrain objectif beaucoup plus solide. Il a reconnu que la seule raison solide pour tenir compte de la contrainte était qu'il y avait un conflit de biens, et qu'il valait mieux que ce soit l'objet de plus grande valeur qui soit conservé et l'autre sacrifié (4). Ici il en est de

(1) C'est l'opinion admise unanimement en doctrine. — V. Aubry et Rau, t. IV, 4e éd., p. 499 ; Demolombe, t. XXIV, n° 146 ; Baudry et Bardo, *Obligations*, t. I, n. 80 ; Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 57. — V. sur la menace de déposer une plainte en justice : Cass., 6 avril 1903, D. 03.1. 301, et Cass., 19 novembre 1908, *Revue de droit civil*, 1909, p. 168.

Toutefois on admet, soit en France, soit en Allemagne, que le fait de déposer une plainte injuste, de menacer d'un procès injuste peut constituer une violence qui soit cause de nullité (V. Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 58 ; Blume, *Beitrage zur Auslegungs des B. G. B.*, p. 230). — C'est qu'en effet, si le fait de supporter les ennuis d'un procès, d'en payer les frais est une chose juste lorsque le procès est intenté à bon droit, il devient un mal injuste, si on est menacé d'une poursuite imméritée. Ainsi élargie, la notion de violence déborde donc le droit pénal et comprend tout mal injuste (V. en ce sens, Blume, p. 240).

(2) V. Demolombe, t. XXIV, n° 150 ; Laurent, t. XI, V. n° 419 ; Baudry et Bardo, t. I, n° 77. — Cf. *Trad. Code civ. allemand*, p. 133 ; Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 50, n° 12.

(3) Nous plaçant au point de vue psychologique, nous admettons cette solution, sans nous prononcer sur le point de savoir si elle ne doit pas être abandonnée pour des raisons de l'ordre intérêt. C'est ce que M. Saleilles fait remarquer (*Declar. de volonté*, p. 60), en disant qu'on peut prendre en considération non la violence, mais les conditions mêmes du contrat et l'appréciation respective des équivalents ou du moins l'appréciation de la promesse par rapport au fait qui la justifie. Von Blume (*Beitrage zur Auslegungs des deuschen B. G. B. — Iherings Iahrbucher*, 1897, p. 225) admet de même qu'il n'y a pas de violence, mais que la déclaration de volonté sera nulle à raison de l'article 138 du Code civil allemand, qui annule la déclaration de volonté contraire aux bonnes mœurs.

(4) V. Moriaud, *Du délit nécessaire* ; Garçon, *Code pénal annoté*, art. 64, n° 114 et suiv., et les auteurs cités.

même, il est meilleur objectivement que l'obligation souscrite par violence soit non avenue, non pas qu'il n'y ait pas eu choix, mais parce que ce choix se présente dans des conditions telles, que la solution qui va l'emporter probablement doit sa force à des conditions spéciales qu'on regarde d'un mauvais œil. Elle l'emportera non parce qu'elle a chance d'être meilleure pour tous, mais parce qu'elle est appuyée par la violence.

De la volonté.

Une étude sur la volonté comporte naturellement un examen de l'absence de vouloir et de ses conséquences.

Dans un cas quelconque où une volonté devrait être formulée et produire un effet juridique, si celle-ci n'est pas exprimée, soit que la personne qui devait le faire commette un oubli, soit qu'elle entende se réserver, soit qu'elle ne puisse donner un avis, étant absente et n'ayant pas été touchée par la demande d'acte de volonté, ou étant incapable d'exprimer un désir, par suite de maladie, mentale ou physique, que décider ? Comment interpréter cette absence de volonté exprimée ? Faut-il l'accepter pour une adhésion à l'opinion d'une majorité ? Faut-il y voir une opposition ?

La question se présente en pratique à propos de toutes les assemblées délibérantes, des collèges électoraux, à propos de toutes les actions en commun faites par un grand nombre de personnes, parmi lesquelles il y a toujours des minorités inertes.

Comment faut-il interpréter cette absence de volonté, ce silence ? N'est-il pas aussi arbitraire de le comprendre comme une opposition, un refus que comme une affirmation ou une adhésion ?

Un cas doit d'abord être mis à part. Si une personne doit intervenir à la fois comme volonté, c'est-à-dire organe de décision et comme force convaincante, c'est-à-dire dans une discussion où elle pourra influer dans un sens par sa puissance de conviction,

d'argumentation, la logique voudrait que l'acte ne puisse se faire sans l'intervention de celle-ci. Et s'il en est ordinairement autrement, c'est que cette idée cède devant des considérations d'intérêts divers : notamment la nécessité d'une décision immédiate. Le principe n'en subsiste pas moins, de là l'obligation parfois sanctionnée par une amende de siéger dans certaines assemblées : jurys, tribunaux; de là le caractère fragile des décisions par défaut, la nécessité d'un quorum dans certaines réunions.

Dans ces différents cas, si la sanction est inefficace, ou ne peut fonctionner, parce que celui qui ne vient pas peut arguer d'un cas de force majeure, l'assemblée délibérante se tient d'ordinaire avec des suppléants dont on exige à peu près les mêmes qualités que de ceux qu'ils remplacent (jurés supplémentaires, juges suppléants). Dans d'autres cas, on admet que l'assemblée peut se tenir sans quorum (assemblées parlementaires, assemblée ordinaire d'actionnaires), sur seconde convocation. Les présents sont en quelque sorte constitués pouvoir dictatorial pour représenter tout le monde. La loi de l'économie de l'effort l'emporte sur tout le reste, *Salus populi suprema lex*. Ils reçoivent en quelque sorte des pouvoirs légaux pour faire tous les actes nécessaires (loi du 24 juillet 1867, art. 29, pour les sociétés anonymes), et ces pouvoirs sont d'autant plus raisonnables qu'il s'agit de personnes ayant des intérêts du même genre que les absents : ce qui est évidemment la meilleure garantie de bonne gestion. Ou bien parfois une seconde assemblée exigera encore un quorum identique ou différent (V. pour les sociétés anonymes l. de 1867, art. 30, pour l'assemblée constitutive, et 31 pour l'assemblée extraordinaire, art. 415, C. civ., pour le conseil de famille). C'est la solution la plus grave qui suppose des intérêts fort importants en jeu.

Dans les autres hypothèses, lorsque l'on exige une volonté, rien ne peut y suppléer, si l'on désire avoir l'adhésion de l'intéressé lui-même et non d'un autre.

Mais, dans ce cas, comme cette volonté fait défaut, la loi ne fait

pas de la pure interprétation, elle est dispositive lorsqu'elle affirme qu'on tiendra la volonté pour une adhésion ou un refus. Elle juge que l'opération est favorable, ou qu'elle est dangereuse, alors elle peut décider que le silence vaudra acceptation dans le premier cas, refus dans le second. C'est ici la loi proprement dispositive. Mais, comme nous l'avons vu, une solution de ce genre peut se présenter sous forme de volonté privée : judiciaire ou non. La loi peut établir que le juge statuera en pareil cas. C'est un peu ce que fait l'article 152 du Code civil, rédigé le 21 juin 1907, en disant qu'après divorce, en cas de différend entre les époux à propos du mariage d'un enfant commun, le tribunal statuera. A côté de ce droit pour le juge de dire ce qui est conforme à certains intérêts collectifs, il y a la possibilité de faire nommer sous un nom quelconque : administrateur, curateur, etc., un représentant qui aura le pouvoir d'obliger celui qui ne dit rien et qui manifestera une volonté.

Tous ces procédés de représentation, de décisions judiciaires, de quorum suffisant ou même non exigé, cachent un fait grave que le point de vue individualiste jusqu'ici dominant en droit civil avait empêché de mettre en relief. On s'était contenté de parler de protection des incapables. Il y a plus. Il y a le droit, regrettable, mais nécessaire, pour certains groupes, majorité ou même minorité, de vouloir pour le bien de tous. C'est ce droit qu'il faut constater, en même temps qu'il faut se préoccuper des moyens possibles pour le rendre moins dangereux, comme les Romains, en nommant un dictateur, fixaient d'avance la fin de ses pouvoirs. Il faut aussi que le droit fait pour les périodes de crises comporte certaines garanties.

Si les personnes présentes ont des compétences techniques spéciales, on peut admettre que leurs volontés compteront pour celles des absents. Seulement il est toujours à craindre que les compétences techniques ne se trouvent groupées en intérêts professionnels qui vont facilement à l'abus, et alors il faut établir au moins contre l'exploitation excessive du public la garantie de discussion avec des personnes ayant des intérêts contraires, ou pouvant les avoir.

CHAPITRE II

LA NOTION DE SUJET DE DROIT

Quand un droit existe, ou, pour employer les formules préconisées par M. Duguit dans ces dernières années, quand une certaine situation de fait ou une certaine action est conforme à la règle de droit, pour préciser l'état de choses qui pourra légalement se présenter ou se continuer, pour fixer cette situation juridique et les conséquences qu'elle comporte, il est nécessaire de se placer successivement à divers points de vue.

Il faut d'abord déterminer le contenu du droit : ces séries de faits qui pourront se produire ou se continuer avec l'aide et la protection de la force publique. Il faut examiner aussi quelles personnes vont pouvoir se trouver mêlées directement à ces faits. Ainsi envisagées de façon abstraite, qu'on les nomme débiteurs ou créanciers, possesseurs ou revendiquants, propriétaires, voisins, associés, etc., elles sont dans une certaine situation commune ; mais il est cependant utile d'indiquer les groupes principaux qu'elles peuvent former : le groupe de ceux qui auront ordinairement une situation avantageuse à leurs propres yeux, le groupe de ceux qui auront au contraire une situation désavantageuse.

Les premiers sont plus spécialement désignés sous le nom de sujets de droit, bien que ce terme puisse viser aussi ceux qui ont une situation juridique désavantageuse, comme un débiteur.

Quand on désire être tout à fait précis et opposer nettement ces deux classes de sujets l'une à l'autre, on appelle ordinairement les premiers, sujets actifs et les seconds, sujets passifs, et c'est entre eux que les rapports de droit existent. Toute la tech-

nique actuelle du droit consiste donc non pas à qualifier tel acte licite pour telle personne, mais à qualifier certains êtres de sujets de droit et à les représenter comme liés les uns aux autres par des rapports de droit, dont ils sont bénéficiaires, ou qui pèsent sur eux, qui leur permettent certains actes, ou leur en défendent d'autres, ou encore les obligent à une certaine manière d'agir. La théorie des sujets de droit est donc des plus importantes, comme étant une des bases essentielles des constructions juridiques traditionnelles. Longtemps on n'a même pas songé à en discuter le bien-fondé.

Mais depuis quelques années, il en est autrement, et cela donne à notre étude de la question un intérêt particulier.

La théorie du sujet de droit (1) est aujourd'hui vigoureusement attaquée par M. Duguit (2). D'après lui, si souvent en fait, une situation juridique subjective se présente comme un rapport entre deux sujets, dans la vie des sociétés modernes apparaissent fréquemment des situations qui doivent être juridiquement protégées et qui ne peuvent aucunement se ramener à un rapport entre deux sujets. Il est inutile, pour expliquer que ces situations ont une protection juridique, de supposer l'existence de ces sujets et de dire : si cette situation est protégée, il y a des sujets de droit.

Il faut expliquer tout sans hypothèse et sans fiction. « Toutes les fois qu'il y a acte de volonté individuelle déterminé par un but de solidarité sociale, il naît, pour une certaine autre volonté, le pouvoir d'assurer la réalisation de ce résultat, il naît, pour une certaine autre volonté, le droit de ne rien faire s'opposant à la réalisation de ce résultat et, si cela se peut, d'y travailler activement ; il naît pour le gouvernant, s'il existe, le devoir

(1) V. l'exposé de cette théorie sous sa forme traditionnelle dans le *Traité* de M. Planiol, t. I, p. 674, 4e éd.

(2) V. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 174 et suiv. Cf. *Le droit social, le droit individuel*, p. 17, où il qualifie de métaphysique et de scolastique la notion de droit subjectif.

d'employer la force à l'obtention du but qui a déterminé l'acte de volonté. »

Malgré la valeur de cette théorie, la trace qu'elle laissera certainement dans l'histoire des idées juridiques, nous ne croyons pas pouvoir l'accepter (1). Nous pensons qu'il y a dans la notion de sujet de droit au moins un vocable commode, et nous allons chercher à l'examiner et à l'apprécier.

La théorie du sujet de droit est, nous l'avons vu, d'une importance incontestable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits, et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets (2).

Qui peut être sujet de droit ? C'est là une question en apparence des plus simples et en réalité très incertaine, surtout au point de vue de la solution recommandable, et compliquée encore par ce fait qu'on la passe le plus souvent sous silence et qu'on lui donne des solutions qui peuvent être mauvaises, presque sans y prendre garde.

En effet, la détermination des titulaires des droits subjectifs a varié. Longtemps, comme dans l'antiquité, on a considéré cette qualité comme étant une prérogative des hommes libres, l'esclave n'était pas titulaire de droits du moins en général. Aujourd'hui, l'esclavage ayant disparu, on admet que tout homme est sujet de droit depuis l'époque de sa conception jusqu'à sa mort (3). Mais

(1) V. d'ailleurs à propos de cette théorie, *supra*, le chapitre sur le mécanisme technique.

(2) V. un exposé très net des théories à ce sujet dans Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 51 et s., 1re éd.

(3) Le Code allemand, article 1er, donne même seulement comme point de départ à la capacité de jouissance la naissance, sauf des exceptions limitées (art. 1923, 2043, 2178). L'article 31 du Code civil suisse donne au contraire comme point de départ la conception, à condition que l'enfant naisse vivant.

à côté de l'homme qui paraît le sujet juridique par excellence, on en admet d'autres : les personnes morales,, ou personnes juridiques, êtres dépourvus d'existence physique, mais non de l'aptitude à avoir des droits ou des obligations (1). Ce sont des collectivités ou des établissements qui peuvent acquérir les droits du patrimoine et participer à la vie juridique comme les hommes eux-mêmes (2). Seulement, ici, il faut noter que les choses n'ont pas été toutes seules, qu'elles vont ainsi de moins en moins. Tant qu'il s'agit des hommes, on est d'accord, on a un être matériel sur lequel se repose la pensée. Mais pour les corporations ou surtout les fondations, les vues un peu matérialistes du droit ne peuvent plus s'appliquer, le point d'appui est flottant, incertain. De là les fameuses controverses sur la nature de la personnalité morale, qui n'ont pas encore pris fin (3).

Si nous cherchons à apprécier cette théorie technique, rien mieux que cette conception étroite ne caractérise cet esprit un peu terre à terre qui a tant dominé le droit au XIX^e^ siècle. On a pris le cas le plus simple qui s'est présenté à l'esprit : l'homme sujet de droit, et on a généralisé cette idée. Heureusement on a admis que tout homme avait cette qualité. Mais on a aussitôt limité cette théorie, en disant que l'homme vivant seul est sujet de droit.

On en a conclu logiquement que les morts n'ont aucune qualité juridique, tout appartenant aux vivants, et que, d'autre part, les êtres futurs, toutes ces générations qui nous suivront et pour lesquelles nous nous sentons le devoir de travailler, n'ont elles-mêmes aucune personnalité, du moins pour le moment.

On a admis de même que le sujet de droit ne pouvait être qu'une personne nommément déterminée, et la jurisprudence a

(1) V. Ahrens, *Encyclopédie du droit*, p. 185.

(2) V. Hauriou, La personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale de droit*, 1898, p. 6.

(3) On trouvera une indication très complète de la bibliographie allemande sur ce point dans Berolzheimer, *System der Rechts und Wirtschafts philosophie*, t. IV, p. 25.

interdit soit les legs en faveur de ces personnes indéterminées, soit les stipulations pour des tiers non précisés (1). L'idée de sujet de droit a donc été matéralisée, rendue palpable et en même temps rétrécie autant que le comportait la théorie des « Droits de l'homme », qui nous domine encore en toute cette matière.

On a simplement admis à la personnalité juridique des seuls hommes vivants deux dérogations : la capacité des enfants simplement conçus et la personnalité morale. Encore cette seconde solution a-t-elle été considérée longtemps, sous l'influence de Savigny, comme dérivant d'une fiction. Et en a-t-on profité pour la limiter, disant que toute fiction est de droit étroit, qu'elle suppose donc une volonté de l'autorité pour personnifier et qu'elle dure seulement autant que cette volonté. C'est seulement à une époque récente que cette théorie rigide, claire et droite comme tant de choses du début du XIX^e^ siècle, adoptée depuis longtemps par tous les auteurs, a été battue en brèche, que l'on a vu défendre la théorie des droits sans sujet de Brinz, celle de la copropriété des associés de Vareilles-Sommières, celle de M. Planiol (2) et de M. Berthélemy d'une propriété collective, d'un bien possédé par un groupe de personnes envisagé comme n'étant qu'un, la théorie de Gierke de la réalité de la personne morale (3).

Nous avons là, dans la théorie de la personnalité fiction, une de ces conceptions hâtives, sans racine profonde, dont on tire ensuite des conséquences brutales, et qui cependant a dominé l'esprit des jurisconsultes pendant une grande partie du XIX^e^ siècle.

Cherchons, après cet exposé très rapide d'idées qui sont bien

(1) V. Lambert, *Stipulation pour autrui*.

(2) V. l'exposé sommaire de cette théorie dans Planiol, t. I, n° 873, 1re éd.

(3) V. un exposé plus développé dans Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 30 et suiv., et plus récemment dans Saleilles, *La personnalité juridique*, p. 305 et suiv. Nous renvoyons d'une façon particulière à cette puissante étude sur la personnalité, et en particulier à la vingt-deuxième leçon sur la notion de droit subjectif et de sujet de droit.

connues, à pénétrer davantage, s'il est possible, dans les difficultés à résoudre, et pour cela, essayons d'abord de placer le débat sur un terrain solide qui lui convienne et ne partons pas de simples affirmations pour en tirer des déductions à perte de vue, sans souci de la finalité de toutes les théories juridiques.

Se demander qui est sujet de droit, c'est implicitement se poser la question : dans quel but existe le droit (1) ? Comme le dit Bernatzik, tout le contenu de la définition du sujet de droit est renfermé dans la définition du droit subjectif. D'autre part, c'est aussi se poser la question de savoir quelle peut être la nature des droits et si cette nature n'exclut pas certains sujets de droit dans des cas déterminés. Et ceci va nous amener plus loin à distinguer, parmi les sujets de droit, deux catégories : les sujets de jouissance et les sujets de disposition.

I

Si nous envisageons le but du droit même de la façon la plus terre à terre, nous dirons tout au moins : la règle de droit a pour dernière fin d'assurer certaines jouissances matérielles ou morales. Le droit a pour but de conférer certains avantages à des hommes, les uns par rapport aux autres. Et par suite, dans la grande controverse sur la notion du droit, pour savoir si ce qui est essentiel en lui est le côté volonté ou le côté intérêt (2), nous dirons :

Le droit a pour mission de protéger un intérêt et non pas une volonté. Comme le dit M. E. Picard (3), la volonté est nécessaire tout au plus, pour la mise en œuvre du droit.

Sans doute, pendant très longtemps, surtout en France, le

(1) C'est ce qu'a très bien montré Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff des Juristichen Person. *Archiv für offentlich. Recht*, 1890, p. 180, et suiv.

(2) V. sur cette controverse en général, Bernatzik, *op. cit.*, p. 103.

(3) *Pand. belges*, t. II, *Introduction*, p. XIX.

droit a été considéré comme se rattachant à la volonté. M. Michoud, dans ses fortes études sur la personnalité morale, place bien au premier rang dans l'analyse du droit l'intérêt protégé. Cependant, il fait aussi de la volonté dans le droit un élément essentiel : elle ne peut être complètement absente. On ne peut, d'après lui, se contenter de dire, avec Ihering, que le droit est un intérêt juridiquement protégé. Il y a des intérêts répondant à cette définition qui ne sont pas élevés à la dignité de droits : ce sont les droits reflets, auxquels manque une volonté à qui la puissance soit donnée de réaliser ou de ne pas réaliser le droit suivant son bon plaisir, qui soit chargée de le défendre si on l'attaque, et de faire les actes nécessaires à son exercice ; en un mot, une volonté qui les représente. Telle est la situation d'un fabricant qui profite d'impôts sur des produits similaires.

Tant que la loi ne reconnaît pas une volonté de cette nature, elle ne protège l'intérêt que d'une façon indirecte, elle ne le protège pas pour lui-même, mais en considération d'un autre intérêt général ou particulier. On ne peut pas dire qu'elle voit en ce cas, dans l'ensemble des êtres intéressés plus ou moins directement au but qu'elle vise, une personne juridique, parce que ces êtres ne peuvent ni par eux-mêmes, ni par leurs représentants, invoquer la protection légale (1).

M. Hauriou avait, peu d'années auparavant, adopté cette manière de voir, et il a très nettement exposé (2) que le droit ne s'attache qu'à cette manifestation du moi raisonnable : la volonté. Bien que celle-ci n'ait pas au point de vue phénoménal une continuité et une unité complète, par une œuvre en partie factice, mais composée avec des éléments subjectifs réels, on arrive à déduire de la volonté la notion de la personnalité juridique. Le

(1) *Personnalité morale*, t. I, p. 104.

(2) De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale de droit*, 1898, p. 5 et 110. V. spécialement, p. 10. L'année suivante, dans ses leçons sur le mouvement social (Deuxième appendice, p. 148), il exposait également que pour l'existence d'une personnalité juridique, il fallait une volonté autonome.

droit, dit encore M. Geouffre de Lapradelle, est une faculté d'agir qui commande nécessairement un sujet qui a cette faculté (1). Et M. Duguit, malgré toutes les nouveautés qu'il propose et son hostilité contre les sujets de droit, voit encore dans la volonté l'essentiel du droit. Le droit subjectif, dit-il, peut avoir pour support un intérêt, mais cet intérêt ne peut constituer un droit que lorsqu'il est voulu, et un droit seulement au profit de la personne qui le veut. L'essence du droit subjectif est bien un pouvoir de volonté : un *Wollendürfen*, un *Wollenkönnen*, comme disent les Allemands (2). Il admet que « le droit est un intérêt voulu par la personne même bénéficiaire de cet intérêt ».

M. Saleilles, dans son importante et très belle étude sur la personnalité juridique, écrit tout récemment : il faut mettre au premier rang la notion de pouvoir qui est la caractéristique même du droit. « Car le droit est quelque chose de vivant et non une force inerte. Parler d'intérêts, c'est envisager le droit dans son but abstrait et non dans son activité concrète. En soi, c'est une force en exercice ; et la force réside là où il y a des volontés pour la réaliser. » L'idée de pouvoir est la première à mettre en avant. Il ne suffit pas de l'introduire au second rang, car il y aurait à craindre que l'autonomie de la volonté ne fût reconnue que dans la mesure où elle aurait en vue un intérêt légitime et par les procédés admis par l'Etat (3).

Bien qu'il y ait ici une crainte très sage d'une intervention étatique excessive, qu'il faut évidemment éviter, nous n'acceptons pas cette part si grande faite à la volonté.

Cette théorie présente l'inconvénient de rendre très difficile la reconnaissance d'un droit là où il n'y a pas de volonté. Aussi Bierling (4), après avoir mis au premier rang la volonté, arrive à reconnaître que les fous sont des personnes demi-fictives, qu'il

(1) *Des fondations*, p. 420.
(2) *Le droit social, le droit individuel*, p. 15.
(3) P. 541.
(4) *Juristiche Prinzipienlehre*, t. I, p. 220 et 221.

y a un grand pas à faire, pour ceux qui sont habitués à voir dans le droit des rapports d'homme à homme, quand il s'agit de passer à l'idée de personnes morales, celles-ci étant en somme des personnes fictives.

Il n'y a qu'un moyen d'échapper à ce résultat, qui aboutit à reconnaître qu'il n'y a pas unité dans la conception de sujets de droit, que certains ont une volonté interne, si l'on peut dire, tandis que d'autres ont une volonté externe, c'est de se réfugier sur un autre terrain en se contentant d'une volonté potentielle, ce qui aboutit à se contenter d'une capacité de volonté nulle (1). Mais alors, remarquons-le bien, car ceci est capital, la base de la théorie s'écroule, puisque la volonté cesse d'être essentielle.

Bekker, un des premiers, s'est dégagé de cette conception (2) ; il a distingué dans le droit la jouissance et le droit de disposition. Et d'après lui, pour être sujet de droit, la première chose, c'est l'aptitude à jouir d'une chose. Il suffit, en outre, soit d'avoir personnellement une volonté, soit dans le cas contraire qu'il y ait une autre volonté pour vouloir à votre place. Nous ne devons pas, dit-il, exiger de celui qui a la jouissance d'un bien autre chose que de pouvoir en jouir et non pas la capacité de vouloir ou de contracter, en un mot le caractère d'être humain. Je puis aussi faire valoir comme sujets de droit des animaux, des choses inanimées, comme des œuvres d'art. Ce que je nomme jouissance (Genuss) pouvait déjà s'attacher en partie à de telles choses, mais la protection était indirecte, la disposition n'y arrivait que par un détour. La condition et le modus étaient les moyens reconnus jusqu'ici. Mais nous pouvons aujourd'hui nous passer de ces procédés. Pourquoi ne puis-je dans un testament donner tant pour un cheval, pour des chats, pour une statue (3) ?

(1) V. Bernatzik, p. 103.
(2) Zur Lehre vom Rechtssubjekt, *Jahrbuch für Dogmatik*, t. XII, p 1.
(3) P. 26. De même, Bocking, *Pandekten*, 2e éd., t. I, p. 231, Cansteln,

Ihering avait adopté la même manière de voir (1) : « Le véritable ayant droit, dit-il, est celui qui peut prétendre, non à vouloir, mais à profiter. La volonté peut à la rigueur être dévolue à un tiers, elle peut être paralysée ; l'utilité réelle ne peut se remettre à un tiers sans que le droit lui-même soit atteint. Le sujet du droit, c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit, le destinataire ; la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité »... La volonté n'est point le but de la force motrice des droits. « Deux éléments constituent le principe du droit ; l'un substantiel dans lequel réside le but pratique du droit et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit, l'autre formel qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir la protection du droit, l'action en justice. Celui-là est le fruit dont celui-ci est l'enveloppe protectrice... La sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit. *Les droits sont des intérêts juridiquement protégés*. »

Ce qu'il y a d'essentiel dans le droit, c'est donc son utilité. Les mêmes idées ont été indiquées, mais de façon moins nette, par Leonhard (2). Pour être un sujet de droit, il n'y a besoin, dit-il, ni d'une volonté (*furiosus*), ni d'une aptitude d'esprit, ni de l'aptitude à la jouissance, ni d'une capacité d'activité ou de sentiment, mais seulement de la capacité d'avoir des besoins qui peuvent être protégés par la loi. Le droit subjectif est un pur état, quelque chose de passif. L'expression « avoir un droit » n'est pas complètement exacte. On devrait dire plutôt « être dans un droit ». Il y a simplement des actes à faire pour l'exercice du droit, qui seront faits par le sujet lui-même, ou par un représen-

dans la *Grünhut's Zeitschrift* (1882), ont accepté les animaux et les êtres inanimés comme sujets de droit. V. aussi Brugeilles, Le droit et l'obligation, *Revue de droit civil*, 1900, p. 301.

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t IV, p. 323. Cf. Picard, *Le droit pur*, 1re éd., p. 82. — V. *contrà* : Saleilles, *op. cit.*, p. 537 et suiv.

(2) Ein Beitrag zu allgem. Civilrechtslehre, *Grünhut's Zeitschrift*, 1883, p. 20 et 28.

tant approprié, etc. La personnalité morale est l'état durable de la gestion d'une masse de biens.

Le droit existe donc pour donner une satisfaction, procurer un plaisir, épargner une douleur : il poursuit une fin matérielle, faire vivre les hommes, mais aussi et surtout une fin psychologique, ce qui atteint déjà notablement son exactitude et sa précision.

Le droit apparaît, à raison de cette première remarque, comme n'étant qu'imparfaitement adapté à sa fin. La satisfaction, la douleur sont des faits qui varient suivant les individus, les temps, les pays, qui peuvent bien être déterminés, prévus par la psychologie, mais d'une façon encore rudimentaire, qui restera toujours approximative : le droit conféré ne frappe donc le but qu'à peu près ; il y a des coups manqués, s'il y a nombre de coups réussis. Et il en sera toujours ainsi.

La théorie de Ihering appelle encore une seconde précision. Ce jurisconsulte de génie a conçu toutes choses de façon un peu trop matérielle, et son livre le « *Zweck im Recht* », fondant toute la société sur l'égoïsme, en est la preuve ; cela l'a amené à négliger ici certaines répercussions du droit. Or il est certain qu'une personne peut se proposer comme but une chose qui sera agréable à un tiers, et cela de la façon la plus palpable, la plus facile à prévoir (supposez-le du moins pour plus de simplicité). Je puis stipuler pour autrui par pure sympathie, par intérêt moral. Le droit va poursuivre deux buts successifs, l'un dans la personne du tiers, qui sera un but moyen, l'autre en la personne du stipulant, qui sera le but final. La théorie du sujet de droit se trouvera par là-même compliquée.

Ce cas n'est qu'un acheminement vers un autre. Le droit poursuit un but, et c'est là qu'Ihering voit son trait essentiel. Mais en même temps, il atteint des résultats, non seulement chez celui qui en bénéficie le plus directement, ce qui ne présente pas d'intérêt spécial, mais chez ceux qui s'intéressent à cet ordre de choses. Ceux-ci sont pratiquement dans une certaine mesure

les bénéficiaires d'un certain état de fait juridiquement protégé. Quand un ouvrier que je connais obtient une pension de retraite ou fait un héritage, je m'en réjouis pour lui et, en un certain sens, je suis bénéficiaire de son droit : je m'irriterai si l'héritage lui est injustement contesté. Je participerai donc en un sens à son droit et suffisamment peut-être pour que je puisse en être non un titulaire, mais un cotitulaire, quand même ce ne serait qu'en seconde ou en troisième ligne, dans une zone déjà estompée. La notion de droit, prenant pour pivot la satisfaction d'un intérêt, élément psychologique complexe, à répercussion lointaine et non plus la volonté, pièce plus anguleuse, plus nette, se complique donc, quand il faut établir la liste de ceux qui ont un droit dans un cas donné. Il est vrai qu'il y a une limitation : pour être sujet d'un droit, il faut que la loi vous destine l'utilité du droit. Et une volonté spéciale, la volonté du législateur, va tout déterminer. Mais sans insister sur ce que présente ici de notable la théorie, en faisant rentrer une certaine volonté dans la notion de droit, constatons que le cercle des destinataires peut encore être très large et comprendre, comme je le disais, plusieurs séries successives de personnes.

Cette manière de voir, du moins, conduit à une solution simple en ce qui concerne les sujets de droit. Étant donné que le but du droit est la satisfaction, le plaisir, tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit, que la raison lui manque de façon définitive ou temporaire. L'enfant, le fou curable ou incurable peuvent être sujets de droit, car ils peuvent souffrir. L'animal même peut l'être, il peut se trouver bénéficiaire d'un legs, ayant comme nous des réactions psychiques douloureuses ou agréables (1).

J'indiquerai même à ce point de vue, ne voulant pas y insister, qu'envisagé de cette façon, le droit apparaît comme une chose infiniment belle, comme étant en quelque sorte la communion,

(1) V. des tendances de ce genre dans Picard, *Le droit pur*, 1re éd., p. 80.

le terrain de rapprochement (aussi de luttes, hélas !) de ceux qui peuvent souffrir. Le droit apparaît comme un immense syndicat de luttes contre les souffrances, entre tous les êtres qui sont pitoyables, parce qu'il peut leur être fait du mal, beaucoup de mal, bien qu'ils soient souvent, par leur nature même, les artisans de leurs propres malheurs. Le droit, cette chose tout intellectuelle en apparence, attire donc par les attaches très étroites qu'il a, par son but, avec les facultés émotionnelles.

Mais si le sujet de jouissance est susceptible d'une conception si large, le sujet de disposition, d'exercice est infiniment plus limité, puisqu'il ne peut comprendre que les personnes aptes à faire raisonnablement des actes juridiques. Il se renferme dans le cercle des personnes appartenant à l'humanité raisonnable. Ce qui exclut le fou, l'idiot, l'enfant en bas âge, et, à plus forte raison, l'animal. Seulement, il convient de remarquer qu'une chose vient compliquer, du moins en apparence, cette distinction : la disposition d'un droit en est, en somme, partiellement une jouissance ; le plaisir, d'après la théorie classique, résultant d'une dépense normale d'activité, celui-ci peut se présenter aussi bien dans la direction des affaires d'autrui, que dans la jouissance d'avantages propres. Il y a plus de bonheur pour certaines personnes, à gérer les affaires d'autrui, à prendre pour elles-mêmes une autorité, à assumer certains mandats même purement honorifiques, à prendre des responsabilités, à lutter pour développer un patrimoine, qu'à jouir paisiblement des biens acquis. Il faut donc dire, pour être exact, qu'il y a deux catégories de sujets de droit : les sujets de jouissance proprement dits, qui peuvent s'étendre au delà de l'humanité, à tout être capable de souffrir, et les sujets de disposition-jouissance, lesquels se limitent à l'humanité raisonnable ou présumée telle.

Restent donc exclus de l'aptitude à être sujets de jouissance les seuls objets inanimés qui sont incapables de souffrir. Il sera donc impossible, dans cette théorie, de faire un legs, dont le revenu

sera affecté à la conservation de tel monument historique et qui passera successivement aux divers propriétaires de l'immeuble, pour être employé de la manière indiquée. Du moins cela sera impossible sous une forme directe, en disant que le legs sera recueilli par l'immeuble même, y sera attaché, comme une servitude l'est au fonds dominant. On ne pourra y parvenir que par des procédés compliqués de legs avec charge qui ne donneront pas complète satisfaction dans toutes les hypothèses possibles, notamment en cas de mauvaises affaires du propriétaire. Constatons qu'il y a là quelque chose de choquant : non pas si le testateur attachait à un immeuble quelconque une valeur d'affectation exagérée, ou qui serait un désir de faire se survivre perpétuellement sa volonté, mais si ce bien présente une valeur d'art que tous sans doute ne comprendront pas, que certains du moins seront capables de voir et d'apprécier.

La distinction entre l'exercice et la jouissance du droit est acceptée par M. Saleilles (1). Mais il se refuse à aller plus loin et à distinguer deux sortes de sujets. C'est ici que j'ai le regret de ne pouvoir me rallier aux critiques qu'il adresse à ce propos à Hölder (2), ou du moins de prétendre y échapper. Je ne considère pas que le tuteur, le représentant ait tout le droit, comme le bailliste du moyen âge était propriétaire des biens du mineur. Mais il est évident qu'une personne saine d'esprit peut seule gérer le bien d'autrui, exercer ses droits, en ce cas elle sentira qu'une obligation pèse sur elle d'administrer pour l'avantage d'autrui. Et grâce à cette idée que nous considérons comme essentielle, puisqu'elle fixe ses pouvoirs, lui indique un but pour ses fonctions, engage sa responsabilité, nous pensons que l'éloignement est plus apparent que réel entre les idées de M. Saleilles et les nôtres. D'autre part, avec la conception des sujets de jouissance, nous expliquons facilement la personnalité de l'enfant ou du fou, qui l'est très difficilement sans cela.

(1) *Op. cit.*, p. 372.
(2) *Op. cit.*, p. 404 et suiv.

II

Nous venons ainsi de creuser un peu cette notion de sujet de droit, en la faisant dériver directement du but du droit. Mais le terrain sur lequel nous avons tenu à nous placer tout d'abord est-il véritablement le meilleur ? Je ne crois pas. Le problème ici n'est pas un problème portant sur le fond du droit, c'est-à-dire sur les avantages qu'il est souhaitable de reconnaître dans telles et telles circonstances à un être, en le qualifiant sujet de droit. La question ainsi présentée est exactement inverse de celle qui doit être posée. Il s'agit en effet de savoir, étant donné des résultats qui nous semblent raisonnables, quels sont les principes qui peuvent les expliquer tous et dont probablement pour l'avenir on pourra, pour les cas auxquels nous ne songeons pas, tirer des déductions qui paraîtront heureuses, sauf d'ailleurs à les modifier et à modifier ensuite la construction technique, si cela paraît plus conforme au classement donné aux divers intérêts en présence. Autrement dit le problème est de pure technique juridique (1).

(1) C'est ce que M. Michoud a excellemment montré. V. *La théorie de la personnalité morale*, p. 8 et 108, note 1. M. Gény, *Méthodes d'interprétation du droit privé positif*, a écrit de façon très analogue, n. 65, p. 122 :

« On a pu dire que tout droit implique un sujet (j'entends un sujet actif), qui ne peut être qu'une personne. Et cette conception a permis d'édifier sur la substance et le rôle du sujet juridique toute une théorie, qui non seulement éclaire les dispositions de la loi, mais encore permet d'en combler utilement les lacunes. Tant que cette théorie, fidèle à son origine, conserve le caractère d'une construction subjective, sujette à révision et toujours dominée dans son application aux faits par les éléments naturels qui l'ont suggéré, je n'ai rien à y reprendre. »

« Mais notre dogmatique la présente sous un aspect bien différent. Elle tient pour objectivement nécessaire ce principe *a priori*, que tout droit implique à titre de support, sans lequel il ne saurait subsister, une personne actuellement existante. »

M. Hauriou, dans son Etude sur la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale de droit*, 1898, spécialement p. 21, s'est beaucoup rapproché de cette théorie en constatant que la personnalité était quelque chose de factice, que c'était un moyen pour concilier le social et l'individuel, pour assurer la continuité dans les relations juridiques, qui est indispensable à la sécurité.

C'est une idée que les jurisconsultes allemands ont déjà indiquée, mais sans l'avoir utilisée comme il convenait. Windscheid a déjà remarqué que « le sentiment recherche pour les droits un sujet et le trouve dans une personne créée par une opération de la pensée. Par ce moyen un besoin de la technique juridique est satisfait, d'après lequel il est seulement possible de donner une expression unifiée aux situations juridiques en regardant si les droits appartiennent à un sujet (1) ». Karlowa a dit de même que notre esprit appelle quelque chose où le bien puisse trouver un point d'appui (2).

Comment se fait-il alors que la question a été si souvent envisagée différemment? D'où vient cette erreur que nous croyons discerner chez nombre d'auteurs? Cela tient à ce que, malgré tous les efforts, il n'est pas facile, peut-être même pas possible, d'établir une cloison étanche entre le fond du droit et la technique : on prend souvent pour des problèmes tenant au premier ce qui ne relève que de cette dernière partie de la science ; les idées techniques agissent en effet à la façon d'idées-forces ; au lieu d'être de simples idées de coordination et de solution provisoire, elles deviennent facilement des principes qu'on n'ose plus discuter.

Ensuite il s'est mêlé ici une question d'ordre moral. La conception de sujet de droit a suivi assez fidèlement les idées morales ou sociales qui ont successivement régné. Cette qualité est apparue comme une sorte de dignité qu'il ne fallait pas conférer à la légère. Dans l'antiquité, l'esclave n'était pas complètement sujet de droit. Par contre, les dieux étaient considérés comme personnes (3), ce qui s'expliquait d'ailleurs assez bien avec l'anthropomorphisme qui dominait toute la mythologie grecque et romaine. Le christianisme modifia ces idées, admit tout homme

(1) *Pandekten*, 6e éd., t. I, p. 222, § 49.

(2) *Grünhuts Zeitschrift*, XV. *Zur Lehre von den juristichen Personen*, p. 300.

(3) V. Savigny, *Droit romain*, t. II, p. 240 ; Bernatzik, *op. cit.*, p. 256.

à ce titre de sujet de droit, mais il penchait à étendre cette qualité à Dieu, aux saints et même aux anges (1). Et même, dit Bonnatzik, de nombreux écrivains du droit ecclésiastique, jusqu'à l'époque la plus récente, tiennent à l'idée d'une propriété divine des biens d'Église, bien qu'ils présentent aujourd'hui cette conception comme un privilège de la société chrétienne, ce qui n'est au fond qu'une conception spéciale, mais obscure et inconsciente, de la qualité de sujet de droit. Au XIXe siècle, en France, tout homme et l'homme seul en principe (les personnes morales étant réputées fictions) est sujet de droit. Cela se sent de la Déclaration des droits de l'homme. Les hommes, maîtres de la nature, des animaux et des choses, réglant entre eux leur souveraineté, sont seuls titulaires de droits.

Il y a d'ailleurs autre chose dans cette conception, et ici nous touchons à son rôle d'idée-force. C'est un désir de sécurité. La Déclaration des droits de l'homme est la charte de la sécurité individuelle. Reconnaître que tout homme est sujet de droit, c'est faire pénétrer le droit en sa personne, de sorte qu'il soit sa chose, qu'il soit en lui, qu'il fasse corps avec lui et, par suite, ne puisse lui être arraché. C'est, par une image, affirmer l'inviolabilité du droit, l'impossibilité pour la société d'y porter atteinte ; c'est, pour tout dire, faire œuvre individualiste. Or, cette sécurité et la liberté qu'elle donne, on la désirait pour tout homme aussi large que possible, au point que l'on arriva considérablement à restreindre les biens des personnes morales (comme le prouvent les aliénations de biens nationaux et la tentative de partage des biens communaux), où chacun des co-propriétaires (comme disait Loisel),ayant compagnon, a maître ; mais inversement on ne la désirait que pour lui. Il y a donc au fond de tout cela une philosophie sociale nette, mais un peu étroite et une visée d'action : un but poursuivi de sécurité individuelle (2).

(1) V. Geouffre de Lapradelle, *Fondations*, p. 34 et les auteurs cités ; Heusler, *Institutes*, t. I, p. 314. — Cf. Vacher-Lapouge, *Du patrimoine*, thèse de Poitiers, 1879, p. 8.

(2) V. d'ailleurs sur le lien de l'idée de sujet de droit avec celle de sécurité, Saleilles, *op. cit.*, p. 550.

Si nous passions aux théories plus modernes soutenues par Bekker, n'y trouverions-nous pas au fond une idée philosophique ? Qui sait si les idées préconisées en Allemagne ne sont pas sans quelque secrète affinité avec le panthéisme hégélien (1) ?

Mais il faut renoncer à tous ces emprunts, conscients ou non, faits à la philosophie sociale régnante. Il s'agit simplement, étant donné la construction de notre esprit, qui a besoin d'ordre et de clarté, d'y classer des solutions et de créer un instrument, imparfait et dangereux d'ailleurs, de découverte, qui nous gardera du moins de la confusion ou de l'imprécision. Plus un intérêt ou un groupe d'intérêts nous semble digne d'être protégé, plus, dans certains cas, il sera utile de les ériger en patrimoines indépendants à titre de sujets de droit, ou de centres d'intérêts, pour employer une expression qui désigne un cas de demi-personnalité, dont nous parlerons plus loin.

En effet, donner, léguer, contracter en sorte qu'un animal soit convenablement soigné, qu'une œuvre d'art soit conservée et réparée, qu'un droit reste attaché à tel autre comme accessoire, cela a toujours été jugé souhaitable et en même temps déclaré possible sous la forme de la charge, cette clause si commode, dont on ne parle qu'à propos des actes juridiques gratuits, mais qui est susceptible d'être employée également dans les actes à titre onéreux. Cette charge, dont on se garde d'approfondir les effets pour les bénéficiaires, droit reflet ou droit véritable, permet d'arriver au résultat souhaité.

Mais, si on en creuse la nature, deux conceptions seulement sont possibles. Ou bien on y reconnaît un simple droit reflet (2)

(1) Le lien de la conception de droit subjectif et de sujet de droit avec la philosophie de Hegel a d'ailleurs été montré à un autre point de vue par Bernatzik, *op. cit.*, p. 103 et par Jellinek, *System*, 2e éd., p. 42.

(2) V. sur la nature de ces droits, Ihering, *Jahrbuch für Dogmatik*, t. X, p. 245 et suiv. ; Romano, *La teoria dei diritti publici subjectivi*, dans Orlando, *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, p. 123 ; Barthélemy, *Droit subjectif des administrés*, thèse de Toulouse, 1899, p. 16, et Michoud, *op. cit.*, p. 104, note 1.

au profit d'un tiers, ce qui donne à celui-ci une sécurité insuffisante, car il n'y a pas d'action directe et personnelle pour en assurer le respect, et il suffit de la négligence très possible de personnes qui ne sont pas matériellement intéressées à l'exécution de la charge, pour que celle-ci reste inexécutée. La mobilité de caractère du stipulant, la mauvaise volonté intéressée du débiteur peuvent donc annihiler ses espérances légitimes, et le but poursuivi par celui qui a créé la charge est alors manqué.

Ou bien, pour avoir une solution plus satisfaisante, on reconnaîtra aux bénéficiaires de la charge un droit subjectif, et alors nécessairement on en fait des sujets de droit ; on peut tout au plus masquer cette idée en disant, dans certains cas, qu'une personne propriétaire du bien au profit duquel existe la charge est seule bénéficiaire du droit. Si, par exemple, je lègue une somme à charge qu'une partie du revenu servira à entretenir tel monument, on peut dire que le propriétaire est créancier de ce revenu. Mais ceci ne peut expliquer le cas où la charge est au profit de bénéficiaires à venir, dont on est ainsi obligé de faire de véritables sujets de droit, comme si l'on donne une somme pour fonder un prix annuel : les bénéficiaires se trouvant être à la fois des personnes actuelles et des personnes futures, il n'y a pas de droit subjectif au profit de personnes futures, donc pas d'obligations au profit de créanciers, semble-t-il, ou du moins on a une obligation, qui reste en quelque sorte en l'air, un débiteur sans créanciers, un lien de droit où on ne voit qu'une chose reliée. Viendra-t-on affirmer qu'il y a ici une obligation éventuelle, on montrera la difficulté sans la résoudre par cela même ; car il s'agira précisément de savoir si ce droit, éventuel quant à un de ses sujets, ne masque pas une conception du sujet différente de celle admise communément. L'obstacle apparaîtrait encore plus net s'il s'agissait d'une fondation telle qu'elle dût profiter uniquement à des personnes qui ne sont pas actuellement conçues. Ensuite, si la fondation a pour but d'assurer la conservation d'un monument, comment donner à des personnes le droit de faire

exécuter la charge, malgré celui qui en est débiteur, sans incliner à dire que ce monument, cette fondation sont une sorte de sujet de droit et que les tiers qui interviennent sont ses représentants ? Tout cela concorde bien mal avec les idées posées comme principes.

N'arrive-t-on pas de façon plus complète à l'analyse des résultats souhaités par un autre moyen ?

Si le débiteur de la charge devient insolvable, qu'arrive-t-il ? La charge ne sera-t-elle pas oubliée ou son exécution compromise, limitée à une partie ? N'y aura-t-il pas un danger à ce que celui qui sera le sujet de disposition ne se considère comme maître presque absolu ? Tandis qu'étant simple administrateur du bien grevé de charge, il ne sera probablement pas moins diligent, s'il est naturellement zélé ; sinon il sentira qu'il y a pour lui obligation stricte de bien gérer, ce qui sera un utile aiguillon.

Si nous avons un patrimoine indépendant avec un simple administrateur, ne pourra-t-on pas plus facilement admettre que les tribunaux interviendront dans la gestion de ces biens, si elle est mauvaise ? Voilà un groupe de résultats souhaitables qui se déduiront facilement, quand on admettra qu'il y a un sujet de droit spécial pour un groupe de biens.

Alors, lorsque le droit se constitue, soit par la volonté de la loi, soit par la coutume, la jurisprudence ou la doctrine : ou tel but, telle destination donnée à des biens est simplement tolérée ; alors, par une défaveur mitigée, mais réelle, on admettra qu'il y a ici une simple charge, avec les inconvénients que cela entraîne, la fragilité juridique qui en résulte. Ou bien une autorité sera chargée de décider si le but est assez important pour qu'il convienne d'établir un sujet de droit particulier. Ou enfin on jugera que telle catégorie d'intérêts mérite suffisamment protection pour admettre de plein droit qu'il y a un sujet de droit, sauf à voir comment organiser ici un sujet de disposition pour veiller à ce que le but soit atteint. En réalité donc, il est aussi inexact de dire que, dans tels cas, il n'y a pas de sujet de droit sans une

règle légale pour le dire, que de parler de personnalité de plein droit (1). Les intérêts en jeu, leurs valeurs respectives détermineront seuls s'il convient de se montrer plus ou moins large. Mais il n'y a aucun obstacle tenant à la nature des choses, à des permanences juridiques abstraites, dont M. Picard a fait l'objet de son livre, *Le Droit pur*, et dont M. Roguin nous a parlé dans *La Règle de droit*.

Ces idées données, nous sommes maintenant beaucoup mieux à même de discuter les idées exposées par Bernatzik et qui font le centre de son étude sur les sujets de droit. « Le sujet de droit, dit-il (2), est le support du but humain que l'organisation juridique régnante reconnaît comme but en lui-même, par cela qu'elle confère la force juridique à la volonté nécessaire à sa réalisation. Ainsi le sujet de la volonté n'est pas sujet de droit, et le droit n'est pas un *Wollendürfen*. Et pareillement chaque sujet d'un but qui est protégé par l'organisation juridique n'est pas forcément un sujet de droit, même si l'usage de l'institution de droit correspondante lui est réservé. Il peut y avoir des intérêts juridiquement protégés qui ne sont pas des droits, parce que ceux qui ont ces intérêts n'ont aucune part à leur réalisation. Ils peuvent être juridiquement protégés dans le cas où l'impératif de la loi poursuit cette protection et l'atteint par ses organes. Il est surtout indispensable que la loi couvre de la puissance juridique une volonté qui réalise l'intérêt par sa propre activité. Si on

(1) Nous n'entendons nullement dire qu'il y a un sujet de droit seulement si un texte le dit. Pour nous, la doctrine, la jurisprudence peuvent aussi bien reconnaître dans tel cas la personnalité juridique. N'est-ce pas ce qu'on a fait en parlant de la personnalité de la masse dans la faillite ? De cette manière, nous pensons échapper à l'observation que nous approuvons faite par M. Saleilles, qui redoute surtout (V. note, p. 546, et p. 595, note *in fine*) l'intervention abusive de l'Etat, tout en admettant qu'il ait ici un rôle à remplir (V. p. 562). Nous ne pensons pas d'ailleurs que l'Etat ait le monopole pour représenter l'intérêt général (V. plus loin).

(2) Kritische Studien über den Begriff der juristiche Person. *Arch. für offentlich. Recht*, 1890, p. 233.

maintient ce motif dans la conception de sujet de droit, on échappe aux conséquences de la définition de Ihering que Bekker a en partie tirées. Il est indifférent de savoir si une institution de droit veut protéger les intérêts de tel ou tel sujet, tant que l'organisation juridique ne reconnaît pas la volonté dont l'activité autonome est employée à la réalisation du but ».

Il est clair, pour les moins affinés, ajoute-t-il (1), que l'impératif de la loi peut seulement entrer en activité pour la protection des intérêts humains. Cela est conditionné par notre nature et par l'égoïsme implanté en elle, qui défend de regarder les choses qui, d'après nos conceptions, servent à nos buts, comme buts en elles-mêmes (Selbstzwecke).

Le souci d'une chose ou d'un animal sert seulement aux intérêts humains, si un intérêt public se mêle à leur réalisation, on en fera le substratum d'une fondation. Les animaux ou la chose ne sont pas alors une personne, c'est seulement le but de celle-ci que l'État a agréé.

Ce qu'il faut considérer comme exagération du but (2), c'est, comme le veulent certains, d'exclure la volonté de la conception du droit. Car avec ce système, les conceptions perdent leur importance propre, le droit et les intérêts se confondent, tous les intérêts possibles deviennent sujets de droit. Les biens d'une fondation pour les étudiants seraient ceux de toutes les personnes présentes et futures qui rempliraient les conditions fondamentales exigées. La propriété d'un monument, d'un parc public seraient à tous ceux qui peuvent en jouir. Les biens des hôpitaux seraient les biens des pauvres. Les sujets de droit pour un droit de douane protecteur seraient les fabricants protégés, mais aussi les ouvriers qui ont intérêt au maintien des fabriques, les industriels qui vivent du débit de leurs produits. Inutile de pousser plus loin l'impossibilité des conséquences. Les restrictions qu'Ihering veut introduire, par une définition du sujet de droit tenant compte de

(1) *Op. cit.*, p. 250.
(2) P. 260.

la visée qu'a eue le législateur, n'amélioreront pas le résultat, car il y a de nombreux intérêts qui touchent de grands cercles de coparticipants, lesquels sont protégés par la loi, sans acquérir pour cela des droits. Comme Bruns (1) et Rosin le remarquent justement, l'État protège aussi les droits privés dans l'intérêt de son organisation juridique (Rechtsordnung). Un droit subjectif ne se laisse pas concevoir sans une volonté dominante et là est la véritable base du *Willensdogma*. Un sujet de droit ne peut se comprendre sans une volonté lui appartenant à lui ou octroyée dans son intérêt, volonté dont le titulaire est en situation de réaliser le but d'après son jugement, tant que des intérêts publics ou opposés n'y font pas obstacle. Cette volonté ne peut être reconnue, dans chaque situation, que par une norme de l'organisation juridique qui revêt ses manifestations d'une réalité juridique. L'octroi d'une action est un moyen très fréquent pour atteindre ce but, mais ce n'est pas le seul.

Que la volonté reconnue par l'organisation juridique au sujet de l'intérêt protégé lui appartienne ou non, cela importe peu pour la conception du droit. Bien plus, cette volonté peut être celle d'un autre sujet si l'impératif juridique donne de la sécurité à cette manière de faire valoir, et cela dans l'intérêt du sujet.

Le droit n'est donc pas un *Wollendürfen*, ni un *Wollendürfen* pour soi, mais un intérêt humain dont la réalisation est assurée par un *Wollendürfen*. Les droits se distinguent des intérêts protégés, c'est-à-dire de ceux dont la protection n'est pas confiée à une volonté autonome en face de la volonté étatique, comme dans une donation *sub modo*, une constitution de dot.

De la non-superfluité de la volonté (2), il résulte qu'une foule d'hommes, sans organisation de volonté, ne pourrait former aucune personne, même si ces intérêts sont protégés et reconnus par la loi.

On ne peut appeler sujet de droit celui qui use d'un droit au

(1) Holtzendorff, *Encyclop.*, 4e éd., p. 407.
(2) P. 267.

nom d'autrui, sinon la conception de droit se perd dans de si vagues généralités, qu'elle devient invisible à la recherche scientifique.

L'équivoque du mot droit rend possible cet emploi vulgaire de cette expression ; mais en ce sens, le mot droit se confond avec droit de disposition, le curateur userait de son droit et non de celui d'autrui, la conception de sujet de droit se confondrait dans celle de volonté et M. Bernatzik reproche à ce sujet à Bierling (1) d'avoir confondu le sujet de droit et le sujet de volonté.

Nous sommes loin de tout rejeter dans cet exposé et nous reconnaissons volontiers avec lui que l'intérêt et la volonté sont deux éléments nécessaires pour le fonctionnement du droit, comme le dit Bernatzik (2). La volonté et le but ne sont pas deux phénomènes étrangers l'un à l'autre, le but doit être voulu, et ce qui le distingue de la volonté, c'est seulement la proximité, relativement plus grande, de la satisfaction psychique réalisée par son accomplissement vis-à-vis de l'état d'absence de désir.

Mais nous aurons beau répéter avec Jellinek (3) : l'intérêt protégé par le droit ne l'est que par l'intermédiaire d'une volonté humaine ; c'est seulement comme contenu possible d'une volonté, qu'un objet du monde extérieur ou qu'une relation devient un objet du monde des intérêts humains ; on doit vouloir une chose et une chose doit être voulue pour qu'il y ait des suites juridiques. Cela ne donne pas la solution des problèmes posés. Car ici nous sommes sur le terrain des sujets de jouissance et non des sujets de disposition, pour lesquels seule la volonté joue un rôle. Laissons donc, pour l'instant, de côté ce qui la concerne.

Ce qui, pour nous, forme le centre du débat, c'est cette affirmation que l'impératif de la loi ne peut entrer en activité que pour la protection des intérêts humains et que ceux-ci, étant les seuls

(1) *Kritik der jurist. Grundbegriffe*, t. II, p. 30.
(2) P. 232.
(3) *System der subjectiven. off. Rechts*, 2e éd., p. 43.

buts en eux-mêmes (Selbstzwecke), sont seuls capables d'être sujets de droits. Considérer que la loi ne doit protéger que les intérêts humains, c'est d'abord une pure affirmation. Les choses ou les êtres du monde extérieur à l'humanité peuvent être l'objet de notre affectation, soit pour l'utilité que nous en tirons, soit par un mouvement de notre cœur qui nous fait désirer leur bien plutôt que le nôtre, ou par un devoir que nous sentons et qui nous fait vouloir leur avantage. Qu'il s'agisse d'une affection désintéressée ou d'un devoir voulu, il y a toujours là un fait : rien n'est si important qu'un fait et, dans l'espèce, rien n'est moins négligeable. Dans ces deux derniers cas, quand nous considérons ces intérêts en eux-mêmes, que nous leur refusons une simple valeur d'instrument, comme au cas où nous aimons pour elle la divinité, ou un objet matériel pour lui-même, pourquoi ceux-ci ne seraient-ils pas aussi bien protégés, alors que l'intérêt humain n'apparaît que comme un moyen par rapport à ces êtres ou choses extérieures ? C'est méconnaître la valeur des données psychologiques diverses et arriver à une unité factice.

Mais concevoir les choses ainsi, ce n'est pas encore se placer sur le terrain technique. Bernatzik prétend qu'il n'y a de personne que là où il y a un but en lui-même, un but ultime en quelque sorte. Pourquoi ? Je me le demande. La personnalité morale que personne ne nie, n'est qu'un but moyen, elle n'existe pas pour elle, mais pour des hommes. Il est cependant commode d'en admettre l'existence Qu'est-elle alors, sinon un procédé technique pour arriver facilement à la protection de certains intérêts humains, ou même autres ? Nous croyons donc plus exact d'en revenir à notre conception.

La qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité. Le substratum essentiel est ici l'intérêt protégé. En le personnifiant, et ici intervient l'idée-force, on lui donne une sécurité non seulement juridique, mais psychologique plus grande, le droit péné-

trant en quelque sorte dans le sujet, devenant la chose de l'homme ou de l'objet personnifié. Mais il ne faut pas être trop dupe de cette idée. Celle-ci n'est bonne que par ses répercussions dans le monde des non initiés au droit ; le juriste doit penser que parfois, les intérêts ayant profondément évolué, il faudra porter une certaine atteinte à cette sécurité pour un plus grand bien (1).

Reste un point à indiquer : le rôle de la volonté. Nous le ferons un peu plus loin en parlant des sujets de disposition et de leur mission.

III

Tirons maintenant quelques conséquences pratiques des idées techniques que nous avons émises. Nous ne prétendons d'ailleurs pas les présenter, dans notre droit français actuel, comme s'imposant. Il faut constater que la doctrine du XIX^e^ siècle a échafaudé une certaine technique, nette et dure, qui peut rendre des services, mais qui a aussi de terribles défauts, et que les législateurs, les juges vivant dans ces idées ont établi des règles qui s'adaptent bien à elle. Mais cela ne veut pas dire qu'il ne surviendra pas une poussée doctrinale, qui fera éclater le vieux moule et reprendre les questions sur de nouvelles bases, et tout d'abord dans la doctrine et la jurisprudence.

Nous ne voyons d'abord aucune raison pour que la qualité de sujet de jouissance soit limitée aux hommes actuellement vivants. Cette conception terre à terre peut être abandonnée parce qu'il y a intérêt à le faire et dans la mesure où il y utilité à agir ainsi.

Il est établi dans un certain nombre de textes ou de solutions jurisprudentielles que la mémoire des morts, certaines choses auxquelles ils pouvaient tenir de leur vivant, comme la conser-

(1) V. notre article, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Revue de droit civil*, 1907, p. 245 et suiv.

vation de certains secrets, leur honorabilité,etc., sont protégés (1). Que ces solutions s'expliquent, au fond, par une sorte de solidarité entre ceux qui ont été ce que nous sommes et sont ce que nous serons, par une idée toute spiritualiste de survivance, par une réaction de notre sensibilité, peu importe. Si ces solutions se groupent mieux autour de cette idée technique, que les morts sont des demi-personnes juridiques, qu'ils sont sujets de droit, dans une mesure à déterminer, comme celle de leurs intérêts moraux personnels, nous ne voyons pas pourquoi ce principe ne serait pas admis, sauf à le reviser, à le préciser, quand les solutions qu'ils groupent, ou qu'on en déduit, paraissent peu satisfaisantes, ou bien quand on jugera à propos de les modifier pour des raisons de fond. Cette construction technique paraît plus simple que celle qui consiste à dire, par exemple, que les tombeaux sont la propriété des héritiers, mais avec la charge de les garder avec leur affectation. Mais charge au profit de qui ?

C'est notamment cette notion toute matérialiste de la personnalité que nous rejetons qui a rendu pleine d'obscurité la question du mandat post-mortem. Dans quelle mesure une personne peut-elle donner un mandat qui ne recevra exécution qu'après sa mort, ou même simplement dont l'exécution continuera après sa mort ? Si l'on adopte les théories traditionnelles sur la personnalité finissant avec la vie et cette idée que le mandataire est le porte-parole du mandant, il est certain que l'opinion la plus logique est celle de Laurent (2). « Le propriétaire a un pouvoir absolu pendant sa vie, mais à l'instant même où il meurt, ce pouvoir cesse, puisque dès cet instant la propriété, et même régulièrement la possession, passe à ses héritiers. Si à partir de sa mort le propriétaire ne peut plus faire aucun acte de disposition, il ne peut pas donner non plus mandat de faire quoi que ce soit en son nom. En effet, c'est le mandant qui agit par l'organe du

(1) V. Timbal, *Condition juridique des morts*, thèse de Toulouse, 1903.
(2) Tome XXVIII, nº 88, p. 95 et suiv.

mandataire. Or comment le mandataire représenterait-il et continuerait-il à représenter une personne qui est morte ? » On dira sans doute que les héritiers sont les mandants. Mais le défunt peut-il lier ses héritiers, sans que lui-même le soit ? Un contrat ne se forme que par concours de consentements. Au moment du décès, le mandant ne peut plus consentir et les héritiers ne consentent pas. Dès lors le contrat ne peut se former.

Cette théorie a évidemment l'avantage d'être la plus logique en statuant ainsi. Il serait même exact de dire que le mandat ne peut même pas continuer après la mort, car le mandataire pourrait ainsi faire des actes que le mandant, c'est-à-dire l'héritier, ne voudrait pas.

Cependant la doctrine unanime admet le mandat devant s'exécuter après la mort, comme c'était déjà la doctrine de l'ancien droit ; ce qui ne l'empêche pas de faire immédiatement des réserves et d'annuler le mandat de faire une donation exécutoire seulement après la mort du mandant, « parce que le concours des volontés nécessaire à ces donations ne se rencontre pas » (1).

Le problème doit être posé non pas sur le terrain de la déduction des principes techniques, mais surtout sur le terrain pratique, et l'on ne peut s'élever qu'ensuite à la donnée technique, qui résumera les solutions.

Quand une personne décède, on admet que celle-ci a pu régler d'une certaine manière, par testament, ce qui se passerait après son décès, tenant compte de ce que tout propriétaire entend n'être pas un simple usager de son bien, mais pouvoir en disposer au dernier instant de sa vie. C'est là une forme du désir de se perpétuer ou du moins de se prolonger, qui est inhérent à l'âme humaine, et qui se rattache un peu à ce besoin de sécurité statique dont nous avons parlé.

Par ailleurs il est à craindre que cette volonté rectiligne, ou même s'efforçant de se plier aux divers changements possibles

(1) V. Aubry et Rou, 4e éd., t. IV, p. 654 ; Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 838 ; Guillouard, *Mandat*, n° 232, *in fine*.

n'aboutisse ainsi, en se perpétuant, à créer des solutions ne répondant pas aux transformations qui se sont opérées dans l'entourage, la descendance du défunt, dans la société même. De là cette hostilité en partie justifiée contre les œuvres des personnes décédées qui doivent durer trop longtemps : les discussions très vives auxquelles donne lieu la théorie des fondations, les attaques contre les théories des substitutions.

En présence de ces données opposées, quels inconvénients peut présenter le mandat post-mortem et quels avantages peut-il aussi avoir ?

La question est hors de doute dans certains cas, et parfois tout le monde s'accorde pour dire que le mandat a des avantages qui excèdent les inconvénients. C'est d'abord lorsque celui-ci est à très courte échéance : si on donne pouvoir à un tiers de régler vos obsèques (1) ou d'élever un monument funèbre. Il en sera de même si le mandat n'est que l'accessoire d'une disposition testamentaire que la loi autorise. Ainsi en est-il du cas de l'exécution testamentaire, bien que ce soit peut-être plus une mission d'exécution qu'un mandat (2).

Il en serait de même de tout mandat proprement dit chargeant un tiers d'intervenir au procès sur certains legs, au besoin de transiger sur eux, le chargeant dans l'avenir de surveiller, et même de faire surveiller, par des mandataires substitués qu'il désignera pour après son décès, l'exécution des charges imposées dans le testament, le fonctionnement d'une fondation, pour que ses volontés dernières soient observées. Ce mandat, même de longue durée, même prolongé par des substitutions de mandat, ne présente pas d'inconvénient grave, puisqu'il n'est que l'accessoire d'une volonté principale que la loi déclare bonne.

Ne présenterait pas non plus d'inconvénient le mandat même de durée assez longue qui ne porterait que sur un objet minime ; mandat de faire une distribution de pain aux pauvres de la com-

(1) V. en ce sens Laurent, t. XXVIII, n° 80, *in fine*.
(2) V. Huc, t. XII, p. 163, n° 132.

mune à l'anniversaire de la mort, mandat de faire célébrer une messe.

Au contraire, les avantages excéderaient probablement les inconvénients dans bien des cas si le défunt donnait mandat à un ami d'administrer ses forêts après sa mort, étant donné que son héritier exploiterait sans doute très mal, ou même le mandat donné à son homme d'affaires de continuer sa gestion même après sa mort.

Que penser maintenant de la remise d'une somme ou d'un objet faite par le mandant de son vivant à charge de le donner après sa mort. La question est plus douteuse. Le grand danger, ce n'est pas d'avoir un mandat à longue durée, mais d'avoir un procédé qui souvent peut dissimuler une fraude (1). Nous croyons cependant qu'ici les craintes de la doctrine sont exagérées et que la fraude peut être découverte, puisque le mandataire sera tenu de rendre compte de son mandat à l'héritier, qu'il ne pourrait même pas invoquer pour s'y soustraire le secret à lui imposé par le défunt, ce qui serait probablement le meilleur indice de la fraude (2).

Si nous laissons de côté les cas où le mandat exécuté ou même continué après la mort du mandant ne nous semble pas valables et que nous considérions les autres, la construction juridique qui seule nous paraît possible, nous écartera de cette idée de la personnalité disparaissant à l'instant de la mort d'une façon complète.

Le mandataire exécutant les volontés du défunt : transigeant avec des légataires, faisant des distributions de pain aux pauvres, élevant un monument funèbre, faisant imprimer les mémoires laissés, publiant des œuvres posthumes, fait des actes qui se répercuteront sur le patrimoine de l'héritier et plus spécialement

(1) V. Baudry et Wahl, *Dépôt*, n° 1144 ; Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 623.

(2) Cf. sur cette question des charges secrètes qui appelle beaucoup de remarques, Sion, *Des charges secrètes dans les dispositions de dernière volonté*, thèse de Paris, 1900, p. 23 et suiv.

sur la succession, s'il y a eu une acceptation bénéficiaire par exemple. Cependant, et par la nature même des choses, ce mandat qui produit des effets à l'égard de l'héritier ne peut être révoqué par lui. Comprendrait-on un exécuteur testamentaire que l'héritier pourrait révoquer? Comprendrait-on davantage, lorsque le défunt, par sentiment de défiance pour un héritier négligent, a désigné un tiers pour assurer ses dernières volontés, que celui-ci soit à la merci d'une révocation? La loi n'a pas résolu la question. Mais la réponse ne peut être douteuse, pas plus qu'elle ne l'est, lorsque le mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire.

Nous avons donc, bien qu'il n'y ait en principe (sauf le cas d'acceptation bénéficiaire) qu'un seul patrimoine, celui de l'héritier : une double volonté qui régit ces biens, celle de l'héritier, le maître sur laquelle il n'y a pas d'autre explication à donner, et d'un autre côté celle du défunt qui survit à celui-ci et par l'intermédiaire du mandataire s'impose au respect de l'héritier. N'y a-t-il pas là un effet au moins de la personnalité juridique survivant à la personne physique (1)?

En tous cas, notons pour terminer et rappeler une idée déjà émise par nous, que cette situation se présentera mieux à notre esprit quand, en plus de cette demi-personnalité du défunt subsistant malgré l'héritier, on comprendra la représentation juridique par le mandataire non pas comme le fait d'être le porte-parole du mandant, de sorte que ce serait ici comme une voix d'outre-tombe qui parlerait, mais comme un pouvoir que le man-

(1) V. *infrà*. Cette obligation de rendre compte à l'héritier existe même en Angleterre (V. Fornas, *L'exécuteur testamentaire en Angleterre*, thèse de Lyon, 1903, p. 124). Elle s'explique : l'héritier a succédé au défunt dans la faculté d'obtenir un compte, mais non pour le surplus.

Nous n'entendons d'ailleurs pas toucher à la question de savoir si l'héritier représente ou non le défunt. V. sur ce point, Percerou, De la liquidation du passif héréditaire, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 535 ; Cazelles, *De la continuation de la personne du défunt*, thèse de Paris, 1903. V. plus loin le chapitre sur le patrimoine.

dant a abdiqué entre les mains du mandataire ou partagé avec lui, et dont ce dernier use, mais à charge de rendre compte (1).

Des solutions analogues s'imposent, en sens inverse, si nous considérons non plus les morts, mais l'autre extrémité de la chaîne des générations humaines : l'avenir.

Il faut poser ce postulat moral que l'humanité actuelle doit travailler pour l'humanité future (2) : ce qui conduit à dire que techniquement les sujets de droit doivent comprendre autant et plus de personnes à naître que de vivants. Si Taine a pu dire que la société comprend plus de morts que de vivants, on peut dire, avec autant de vérité, qu'elle contient autant d'avenir que de présent.

Rien n'empêche, et bien des raisons recommandent, que les générations futures soient, par rapport aux hommes actuels ou à ceux de demain, titulaires de certains droits. M. Gény a relevé très exactement que, dans plusieurs hypothèses déjà, la loi reconnaissait certains droits aux personnes futures : dans les substitutions (art. 1048, 1050, 1053, C. civ.), dans les donations en faveur de mariage (art. 1082, C. civ.), dans la protection des enfants à naître en cas de déchéance de la puissance paternelle (L. 24 juillet 1889, art. 9. al. 3). Mais ces cas particuliers, reconnus dans un Code où manquent tant les visées lointaines et les horizons, ne peuvent être considérés comme des exceptions. Ils impliquent, par une sorte de force même des choses, une utilité générale de la solution que nous indiquons. Une personne ou la loi peuvent

(1) D'ailleurs en Angleterre, on considère l'exécuteur testamentaire comme représentant le défunt (V. Mille, *L'exécuteur testamentaire en France et en Angleterre*, thèse d'Aix, 1906, p. 30 ; Baumann, L'exécuteur testamentaire en France et en Angleterre, thèse de Paris, 1900, p. 203). En Allemagne le droit propre de l'exécuteur au moins sous le Code civil a été défendu par Hartmann (*Verhandlungen des 21en Juristentages*, t. I, p. 16. — V. de même Vuchot, *Les exécuteurs testamentaires dans le Code civil allemand*, thèse de Lyon, 1904, p. 41), ce qui n'est pas loin d'en faire un représentant du défunt.

(2) V. *supra*, 1re partie, le chapitre sur l'intérêt futur.

faire bénéficier de certains droits des personnes futures. D'ailleurs tous ceux qui résultent directement de la loi ne sont-ils pas assurés non seulement aux personnes actuellement vivantes, mais encore à celles qui naîtront ou seront conçues plus tard ? Nous ne voyons donc pour notre part aucun obstacle à la validité des assurances sur la vie au profit d'enfants nés ou à naître, à la validité d'un legs qui ferait une personne à chacun de ses petits-enfants nés ou à naître.

Nous pouvons dire maintenant que la théorie de la personnalité morale ne nous apparaît plus que comme une application de la propriété collective : les copropriétaires étant dans certains cas, comme dans les sociétés civiles, les associés actuellement vivants, dans d'autres, quand il s'agit de communes, d'États, d'associations à but idéal, les bénéficiaires actuels et futurs de cette propriété collective, dans d'autres cas enfin, pour certaines fondations, pour les prix promis à celui qui fera telles découvertes, les bénéficiaires futurs. Celui-là a un droit qui en profite.

Nous ne voulons pas reprendre ici en détail le problème de la personnalité morale. A lui seul celui-ci fournirait la matière d'un volume et il a été excellemment exposé en France dans des ouvrages récents, comme celui de M. Michoud, et tout dernièrement celui de M. Saleilles. Nous voulons simplement marquer en quelques traits comment ce problème, qui n'est en réalité qu'une fraction de celui plus général que nous avons abordé, doit se résoudre, d'après nous, suivant la méthode que nous venons d'exposer quant aux sujets de droits.

Nous pensons que M. Planiol (1) a très exactement dégagé un point important, en constatant que « sous le nom de personnes civiles, il faut entendre l'existence des biens collectifs à l'état de

(1) *Traité élémentaire*, 4e éd., t. I, p. 970 et suiv. Rapprochez Parhéniu, *Le droit social sur les choses*, thèse de Paris, 1900, p. 80. — Cf. Ihering, *Esprit du droit romain*, p. 340. V. aussi pour la bibliographie et l'exposé des théories, Capitant, *Introduction au droit civil*, p. 107 et 122.

masses distinctes possédée par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle » (1) et M. Berthélemy a précisé avec raison la même idée, en disant que les biens sont possédés collectivement, c'est-à-dire par tous envisagés comme n'étant qu'un, de sorte que les personnes réunies ne forment qu'un sujet de droit et que celui-ci est semblable à une personne, mais celle-ci, loin d'être distincte des autres, n'est que les autres prises ensemble (2). M. de Vareilles-Sommières a adopté des idées voisines, en disant que la personne morale est censée, pour les seuls besoins de la pensée et du langage, titulaire de droits et d'obligations qui appartiennent en réalité à des personnes véritables (3).

Nous voulons seulement, à propos de ces théories, que nous approuvons, en vertu desquelles la personne morale ne fait que dissimuler les droits des diverses personnes physiques destinataires des biens personnifiés, droits qui sont possédés *collectivement*, préciser un point. Quelle est la situation des personnes dont la réunion est soumise au régime personnifiant? Pour certains (4), c'est uniquement en matière d'association que le procédé de la personnification fictive a été et reste employé ; il faut seulement mettre à part, pour le négliger, le cas particulier, propre au droit romain, de l'hérédité jacente. Le mot d'association est, bien entendu, pris ici dans son sens large, où il embrasse la société, et la fondation elle-même ne serait au fond qu'une vaste association. « Les bénéficiaires actuellement vivants sont seuls actuellement propriétaires, mais avec charge d'en communiquer la propriété et les services aux bénéficiaires futurs, à mesure qu'ils prendront vie et qu'ils accepteront expressément et surtout tacitement la stipulation pour autrui déposée pour chacun d'eux dans l'acte

(1) Cf. Labbé, note dans Sir. 81. 2. 249.

(2) *Traité de droit administratif*, 1900, p. 617.

(3) *Les personnes morales*, p. 147. V. de même : Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en Belgique et en France*, p. 42 et suiv.

(4) De Vareilles-Sommières, p. 148 et 630.

de fondation. » Et par bénéficiaires, il faut entendre non seulement ceux qui usent en fait des services de la fondation, par exemple les malades pauvres qui sont soignés dans un hôpital, mais tous les hommes qui réunissent dès à présent les condition requises par l'acte de fondation pour pouvoir user des services de cette institution, si le besoin auquel elle répond vient à se produire chez eux.

Nous croyons que cette construction est souvent exacte, mais qu'elle est trop étroite pour englober toutes les situations possibles. Les diverses personnes qui profitent des biens de la personne morale peuvent être associées, c'est-à-dire groupées pour un avantage commun, comme dans une societé commerciale, une association temporaire. Mais elles peuvent être groupées sans qu'il y ait un rapport contractuel ou quelque chose d'approchant, simplement par un fait de solidarité successive, comme le sont les membres qui se succèdent dans une association perpétuelle.

On peut en dire autant au cas où une association a pour but, non le bien de ses membres, mais un bien extérieur, comme une association charitable. Ici les véritables sujets de jouissance sont les pauvres à secourir actuellement ou dans l'avenir. Les associés sont de simples sujets de disposition avec, il est vrai, des pouvoirs particuliers sur lesquels nous reviendrons plus loin.

Cela est encore plus net dans ce que les Anglais appellent les *corporations sole*, qui ont comme unique représentant l'évêque de telle ville et ses successeurs, etc., et dont nous avons eu des exemples en France dans les anciennes menses épiscopales et curiales aujourd'hui supprimées. Ici le lien de solidarité tient seulement à une succession dans les mêmes fonctions.

Il pourrait aussi y avoir des cas où une personne morale n'aurait qu'un seul bénéficiaire. Ainsi on pourrait ériger en personne morale un comité qui aurait reçu une somme importante pour récompenser telle découverte, quand elle sera faite, et si elle a lieu, ou tel circuit fait en aéroplane. Il est vrai qu'ici on pourrait plus simplement parler de la personnalité indéterminée du savant, de l'aviateur qui remplira les conditions indiquées.

Dans ces corporations, la personnalité morale recouvre les droits du titulaire actuel et des titulaires futurs qui sont, si je puis employer ces néologismes, non dans une communauté contemporaine, mais dans une communauté successive : le bien devant profiter à tous successivement, dans des proportions convenables, le titulaire ne pouvant à aucun moment l'absorber, faire acte d'abus à son profit exclusif, et n'en étant que l'administrateur, mandataire à la fois de lui-même et de ceux qui viendront après lui. Ainsi était conçu autrefois le rôle du *paterfamilias* romain, qui était un administrateur avec les plus larges pouvoirs, représentant de la famille tout entière, plutôt qu'un propriétaire à la mode moderne, gérant pour lui et à sa fantaisie. Cette solidarité successive met donc au même rang de sujets de droits les bénéficiaires actuels et futurs, sauf que ces derniers n'ont pas la possibilité d'administrer, par la force même des choses.

Et alors ceci nous explique le lien qui existe au fond entre des théories d'apparence très dissemblable sur la personne morale, celle qui y voit une propriété collective et celle qui, avec Brinz, y voit des droits sans sujet. La première nous paraît seule rigoureusement exacte. Elle met en lumière et le droit des associés et l'obligation qui pèse sur eux de gérer, non pas à leur fantaisie, avec ce petit esprit égoïste qui voit que la vie est courte, qu'il faut se hâter de jouir, mais comme des hommes qui ne meurent pas, qui se sentent les dépositaires d'un bien dont ils doivent compte à leurs successeurs, qui se sentent de simples chaînons dans la suite immense des générations.

Ceux-là agissent, pleins d'une juste confiance, non comme ceux qui se jugent simplement des hommes, pauvre chose éphémère ; ils se voient au contraire mandataires d'une puissance qui les dépasse, ce qui donne à l'esprit humain, assoiffé d'absolu, une impression d'éternité.

Mais dans cette conception, la qualité de sujet de droit se trouve semée à l'infini dans les générations présentes et futures : les

hommes de demain, comme ceux d'aujourd'hui, étant les propriétaires des biens de la personne morale. Cette qualité, à force de s'étendre, de se répandre jusqu'aux plus lointaines limites, s'évanouit presque ; nous ne trouvons plus des personnes ayant un droit avec cette armature solide, nette que les Romains nous ont habitués à contempler avec leur clair esprit latin, lignes précises qui conviennent parfois si peu à la complexité du monde, si elles conviennent si bien à la structure de notre esprit.

Et les sujets de droit s'estompant ainsi, parce qu'ils se multiplient, comme des individus nombreux qui deviennent la foule anonyme, il n'y a pas si loin de là à dire que les droits sont sans sujet, qu'ils appartiennent à un but (*Zweckvermögen*). Quand les personnes à désigner comme sujets deviennent trop nombreuses, on peut prendre à la lettre le mot de Brinz (1) : « Là où il n'y a personne à nommer comme possédant un bien, il doit y avoir quelque chose pour quoi le bien existe. Il existe pour un but, il y a en eux la pensée immuable du but et en conséquence nous appelons ces biens *Zweckvermögen*. » En montrant ainsi les sujets de droit se multipliant à l'infini, nous laissons voir que nous ne sommes nullement touchés par le reproche de Bernatzik de faire se perdre cette qualité dans un émiettement infini. Celui-ci se trouve imposé à nous par la réalité des choses, ce maître auquel la science du droit doit se largement soumettre. Avant de faire une construction qui réponde au besoin de simplification de notre esprit, il faut s'occuper de la faire s'adaptant à la réalité extérieure. Connaître une chose, ce n'est pas seulement projeter sur elle les idées que se forge notre entendement, c'est d'abord en faire pénétrer dans notre esprit une image exacte. Ici elle n'existera que si on tient compte de cette réalité importante : la multiplicité des destinataires (2).

(1) *Pandekten*, 2e éd., t. I, p. 202, § 61.

(2) Tout l'esprit moderne, à la différence de l'esprit classique, est dominé par la considération de ce qui est petit et multiple : dans les sciences, les microbes ; dans les sociétés, l'organisation de la démocratie (Cf. Vte de Vo-

Sur ce point, il faut remarquer que la technique du droit au XIXe siècle a plus tenu compte du besoin de simplicité de notre esprit que de la réalité des choses. On a trop tendu à ne considérer que des droits complets, tout armés, tout parés de tous leurs attributs. Mais à côté de cela, les besoins de la vie pratique nous obligent à reconnaître comme droits des intérêts qui ont encore quelque chose d'indéterminé : les droits éventuels, les droits des personnes morales qui sont destinés à des personnes inconnues peut-être et dans des proportions à fixer. L'individualisme du XIXe siècle ignorait les droits éventuels, rétrécissait le domaine de la personnalité morale. Mais à des conceptions sociales moins étroites, il faut une technique juridique plus large.

Ce que nous avons dit ici des personnes qui peuvent se trouver groupées soit dans le temps, soit dans l'espace, soit dans les deux à la fois, sous l'étendard d'une personne morale, nous permet, disons-le en passant, de donner une réalité, forcément vague, il est vrai, à la fameuse distinction qu'expose Savigny entre la corporation et la fondation (1). Pour nous ce sont deux types extrêmes, qui ont chacun un caractère que Savigny n'a pas indiqué. La corporation, composée de personnes actuellement vivantes, s'intéresse surtout à des intérêts actuels, la fondation au contraire vise principalement les suites futures des générations. Ce sont elles qui lui servent de support et sont sa raison d'être.

Mais, bien entendu, ce ne sont que des types extrêmes, entre lesquels se placent de nombreux intermédiaires qui, comme le reconnaissait Savigny, sont à la fois fondation et corporation : ce sont les établissements qui ont à la fois pour but, et dans les proportions variables, le bien actuel et des avantages pour les générations futures. L'État rentre dans cette catégorie.

Engagés dans cette voie, nous ne voyons pas de raison pour

gué. Le legs philosophique de Pasteur dans *Le rappel des Ombres*). Il est naturel qu'en droit se manifeste la même tendance, qui serait un des traits du style juridique moderne.

(1) *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. II, p. 230.

nous arrêter ici. On considère que le droit est fait pour déterminer les rapports des hommes entre eux, pour assurer à chacun la jouissance de certains avantages. Mais pourquoi limiter l'application du droit à l'humanité ? Ici tout le monde, sauf de rares exceptions, se récrie : faire de l'animal un sujet de droit, quelle horreur ! quelle abomination (1) ! A entendre ces cris, ne semblerait-il pas qu'il s'agit de leur donner quelque décoration et d'imiter Héliogabale faisant son cheval consul ?

Mais il ne s'agit pas de cela. Ceux qui font ces critiques ou ont ces sourires placent la question sur un terrain qui n'est pas le sien. Il s'agit simplement de poser une règle technique : est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables, de considérer même des animaux comme sujets de droit ? Si une personne veut laisser une rente pour entretenir un animal, n'est-il pas plus simple, plus près de la réalité, de dire que cet animal a une rente, au lieu d'admettre ces procédés alambiqués consistant à dire : on pourra léguer une rente à n'importe quelle personne à charge par elle d'entretenir l'animal ? On aura peut-être un légataire sans émolument et sans pouvoir, ce qui est, on le reconnaîtra, bien subtil (2). Le legs avec charge n'est-il pas un de ces procédés que le droit moderne n'a encore qu'imparfaitement analysés et n'est-il pas au fond un legs au moins partiel au bénéficiaire de la charge ?

Le législateur ne doit évidemment pas ignorer les abus, les sottises, les vanités folles auxquelles la théorie des animaux sujets de droit peut prêter. Mais c'est à lui, c'est aux juges, en s'inspirant des bonnes mœurs, du caractère déraisonnable de certains

(1) Sur le point de savoir si les animaux peuvent être sujets de droit, le doute est au moins permis, comme le disent les *Pandectes belges* (v° *Droit*, n° 6). Voyez de même, t. II, Introduction par M. E. Picard, p. XVIII), « il est difficile de dire, pour les animaux, si on leur reconnaît des droits ». Rapprochez sur l'intérêt qu'il peut y avoir à reconnaître l'animal comme sujet de droit, Saleilles, *op. cit.*, p. 508, note 1.

(2) Cette question est toute différente de celle de l'étendue des droits à reconnaître à l'animal. — V. sur ces droits : Salt, *Les droits de l'animal*.

actes (v. Code civ., art. 504), à annuler ces dispositions. On pourrait très sagement interdire toute libéralité en leur faveur qui ne serait pas minime, comme on pourrait interdire tout luxe sottement pompeux, ou les funérailles aux dépenses sottement vaniteuses des parvenus. Ce n'est pas à la technique d'en proclamer l'impossibilité scientifique, d'autant plus que cette technique très large que nous préconisons procure ici des avantages. Si le donataire, le légataire avec charge fait de mauvaises affaires, il sera utile de séparer, dans son patrimoine, certains biens qui seront entre ses mains affectés d'une charge, pour dire qu'ils échapperont à ses créanciers, et j'avoue ne pas voir de procédé plus simple pour reconnaître ce petit patrimoine séparé que de dire : il y a là un sujet de droit et le prétendu légataire en gère les biens.

L'extension, d'ailleurs, de la qualité de sujet de droit pourrait tout aussi bien, peut-être, être remplacée par d'autres procédés techniques. Car différents instruments peuvent fort bien amener au même résultat. Il suffirait de dire : tout bien qui est entré dans un patrimoine affecté d'une certaine charge reste, ainsi que ceux qui le remplacent par subrogation réelle, affecté de cette charge et il doit être employé à cet effet avant de servir de garantie aux créanciers ; il doit même échapper à ces derniers (1). Mais on aurait au fond le procédé technique de la personnification sans le nom. Et ne vaut-il pas mieux, de deux constructions possibles, choisir la plus simple ?

On peut même aller plus loin. Nous ne sommes pas en face d'une capacité d'être sujet de droit qui doit se limiter, naturellement, au point de vue jouissance, à ceux qui peuvent profiter directement du droit, ayant la capacité d'éprouver du plaisir ou de la douleur ; nous sommes en présence d'une construction tech-

(1) C'est aux conditions de cette subrogation que nous nous sommes principalement attaché dans notre « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Revue critique*, 1901.

nique, c'est-à-dire d'un instrument de concentration des solutions jugées bonnes. Serait-il déraisonnable qu'un artiste, qu'une personne quelconque léguât une somme pour entretenir tel monument historique, les propriétaires successifs de l'immeuble devant avoir le capital et employer le revenu de la manière indiquée ? Serait-il déraisonnable de faire le même legs pour permettre à un autre propriétaire de faire des fouilles sur son terrain ? Et le procédé technique le mieux approprié pour arriver à l'organisation juridique de cette situation n'est-il pas de personnifier le bien en quelque sorte, pour que le capital ne soit pas perdu dans les mauvaises affaires du propriétaire ?

Envisageons un cas voisin. *Natura non procedit per saltus.* La qualité de sujet de droit peut n'exister que partiellement, sous la forme de ce que j'appellerais volontiers le centre d'intérêts.

Tout droit peut avoir pour accessoire d'autres droits qui seront liés avec lui d'une façon plus ou moins indissoluble. Les hypothèques, les cautions ne sont-elles pas les accessoires des créances ; les servitudes, les accessoires des immeubles ? Et, de façon plus générale, un droit ne peut-il pas être le centre auquel se rattachent d'autres droits ? Ainsi celui pour un patron d'interdire à son ex-employé de se placer dans un certain rayon ne peut-il être considéré comme attaché à son fonds de commerce et comme passant *de plano* à son successeur (1) ? De même, pour le mandat d'un notaire de renouveler une hypothèque, qui est attaché à l'étude. De même la faculté de réclamer une indemnité pour le droit de passage qui a été établi conformément à l'article 682, pour la mitoyenneté du mur acquis conformément à l'article 661, pour les drainages, servitudes d'appui, écoulements d'eau, ne peut-elle pas raisonnablement être considérée comme attachée au droit de propriété sur le fonds et passant à celui qui subit le dommage, c'est-à-dire aux propriétaires successifs ? Cette solution paraît raison-

(1) V. *Revue de droit civil*, 1906, p. 100, et Nancy, 14 novembre 1903, *Gaz. Pal.*, 10 décembre 1905.

nable. De même, dans bien d'autres cas, il est naturel de considérer un droit comme n'étant en quelque sorte que la dépendance d'un autre et de faire de la chose principale une sorte de centre, je dirais presque de sujet de droit (1).

Sans doute ces termes : sujets de droits, centres de droits, ne sont que des mots, des images, et tout, au fond, dans chaque cas se réduit à une appréciation des intérêts en présence. Mais comme l'esprit humain est ainsi fait qu'il doit se matérialiser et se concentrer les idées par des images, il faut bien les chercher et ensuite choisir celles qui s'approchent le plus près de la vérité, celles dont on tirera le moins de conséquences mauvaises, comme on prend de deux comparaisons, celle qui est la moins boiteuse, en se souvenant que comparaison n'est pas raison. C'est un des moyens que nous avons à notre disposition pour satisfaire ce grand intérêt de sécurité qui est en fait un des pivots de la science juridique.

Nous croyons qu'ainsi comprise, la notion de sujet de droit, si vigoureusement attaquée par M. Duguit, peut résister à ses assauts. Comprise comme notion touchant au fond du droit, elle mérite des reproches. Mais conçue comme notion technique soupple, comme procédé de connaissance, c'est-à-dire comme moyen d'adaptation aussi parfait que possible de notre esprit aux choses extérieures, c'est un instrument utile, malgré ses dangers.

IV

Si un droit peut avoir pour support l homme, l'être ou la chose

(1) Cf. de la Grasserie, *Principes sociologiques du droit civil*, p. 20. — V. un exemple dans l'article 013 et l'article 017 du Code civil allemand. Si une personne a construit en saillie sur le fonds d'autrui, elle doit une rente en argent payable à tout propriétaire, quel qu'il soit, de l'autre fonds. Et rien de plus naturel, comme le dit le commentaire de la *Traduction officielle*, t. II, p. 820. — On peut citer en sens inverse comme sujet passif l'immeuble sur lequel existe une dette ou une rente foncière (art. 1191 et suiv. du Code civil allemand) (Cf. Code civil suisse, art. 782 et suiv. sur les charges foncières).

à laquelle il est destiné, cela ne suffit pas, pour qui veut se faire une idée de ce qu'il peut être par rapport au sujet. Car il faut encore tenir compte d'autres éléments pour ne pas s'enfermer dans des conceptions trop étroites.

Avec cette sorte de matérialisme juridique qui a paralysé notre science pendant si longtemps, on disait simplement : un droit a un sujet. Et on ajoutait implicitement : il ne peut en avoir qu'un seul. La solidarité active apparaissait comme une règle alambiquée et qui a toujours dérangé les combinaisons simplistes que l'on avait alors. Mais aujourd'hui il en est autrement ; les théories solidaristes, qui ont eu un si grand retentissement dans toutes les sciences sociales, nous ont heureusement éloignés de cet individualisme rigide qui a si longtemps régné ; elles nous ont familiarisés avec le caractère complexe des phénomènes et avec ces faits qui répandent autour d'eux comme des ondes sonores de moins en moins fortes.

Cela nous amène facilement à cette idée, que nous voulons justifier non seulement au point de vue technique, mais par un classement satisfaisant des intérêts en présence, c'est que les droits peuvent non seulement reposer sur plusieurs têtes, mais avoir pour titulaires des personnes encore indéterminées.

Il peut être utile de dire que tel bien appartiendra à des personnes futures qui auront telle qualité : par exemple que telle maison servira de cercle pour les ouvriers retraités d'une usine, de refuge pour les orphelines, etc. Il peut être bon de décider que tel bien sera à l'usage de tout le monde sans condition, comme les routes, les voies publiques, ou moyennant certaines conditions : comme les locaux d'un cercle, la bibliothèque d'une association. En pareil cas la propriété se trouvera appartenir non pas à un seul ou à des personnes co propriétaires par indivis, elle sera en commun de façon indéterminée : « elle sera possédée collectivement », comme le dit fort bien M. Planiol. Chacun en effet est exposé à jouir de la chose concurremment avec cent, cinq cents, mille autres, suivant les cas. On a estimé que la chose

s'adaptait mieux à cet usage collectif ; il y a une propriété collective, des sujets de droits indéterminés.

Mais, dans ces cas, le droit s'étend de tous ceux qui réellement en profitent à tous ceux qui pourraient être désignés pour en profiter : comme les habitants d'une commune appelés éventuellement à profiter d'un hospice, d'un hôpital qui y a été établi. Nous verrons plus tard que ces personnes, qui n'ont pas encore et n'auront peut-être jamais la jouissance effective du droit, peuvent cependant être appelées à exercer certains avantages.

Mais ici n'y a-t-il pas une distinction à faire entre les droits et les effets réflexes du droit et ne peut-on pas dire que ces personnes ne jouissent que d'un droit reflet, c'est-à-dire sont en réalité sans droit ? Ihering a déjà signalé que toute loi qui protège notre intérêt ne nous confère pas un droit (1) ; telle disposition, par exemple, qui, dans certaines industries, établit des droits protecteurs, profite aux fabricants, les protège, mais ne leur donne aucun droit, il n'y a ici qu'une action réflexe juridique. L'État établit la loi fiscale dans son intérêt, mais celui-ci concorde avec l'intérêt des fabricants. Ceux-ci n'ont pas un droit à l'exécution de la loi, son application ne dépend en aucune manière de leur volonté, ce sont les autorités compétentes qui en décident. Les choses ne sont pas autres, lorsqu'il s'agit des lois administratives et criminelles. Elles nous protègent, mais non dans la forme d'un droit qui nous appartienne en propre, car le droit n'est autre chose que l'intérêt qui se protège lui-même. En France, M. Barthélemy (2) a de même opposé les droits reflets aux droits subjectifs. Ce sont les avantages que les particuliers peuvent avoir à l'observation de la loi par les pouvoirs publics, sans qu'il y ait de moyen juridique pour obtenir cette observation. L'existence de ces droits résulte, dans son principe, de cette théorie qu'une

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 337.

(2) *Droits subjectifs des administrés*. Thèse précitée, p. 16 et suiv., 127 et suiv.

violation de la loi, même accompagnée de la lésion d'un intérêt, ne suffit pas pour obtenir l'annulation d'un acte, de sorte qu'il y a des lois qui obligent l'Administration, sans concéder aux individus des droits subjectifs. Les actes créant des droits reflets sont, d'après lui, absolument inconnus dans la vie juridique des particuliers : car si l'État se pose à lui-même des règles de conduite, chez le particulier la règle apparaît seulement dans l'acte qui en constitue l'exécution. Et si l'Etat se fixe de ces règles, le citoyen intéressé n'a d'action pour les faire respecter que s'il lui en est concédé par le droit objectif (1).

Nous croyons d'abord cette explication de la théorie beaucoup trop étroite, si on la limite au droit public. Elle peut parfaitement s'étendre au droit privé et Ihering dit lui-même qu'un oncle ayant légué une dot à sa nièce, il n'y aurait qu'un droit reflet, au profit du mari de celle-ci ; malgré la communauté d'intérêts entre lui et sa femme, il n'aurait aucun droit au paiement du legs : ce ne serait pour lui qu'un droit reflet (2). On peut dire de façon plus générale que toutes les fois qu'un contrat ou un acte juridique doit en fait profiter à un tiers, sans que le but poursuivi ait été là, il y a pour ce tiers un simple reflet de droit. Ainsi dans un marché de fournitures, le fournisseur est obligé de donner des produits de telle marque. Cela assure au propriétaire de la marque un débouché de plus, mais cela ne lui donne pas de droit subjectif, il n'en a qu'un reflet. Nous pensons qu'au contraire il y aurait toute raison pour reconnaître un droit subjectif, lorsque le but ou l'un des buts a été, en imposant telle clause profitable à un tiers, de favoriser celui-ci : ce serait le cas si on exigeait, dans un marché de fournitures, que les objets livrés portent une marque syndicale, ce qui serait évidemment dans l'intérêt des ouvriers syndiqués et des syndicats, en vue d'assurer l'observation des règles de travail qu'ils veulent imposer.

(1) P. 127.

(2) V. d'autres exemples de droits reflets dans la sphère du droit privé dans Ihering, *Jahrbuch für Dogmatik*, t. X, p. 247 et suiv.

Les exemples mêmes que nous indiquons montrent notre manière de voir pour distinguer les droits reflets des droits véritables.

Pour déterminer le champ des droits ainsi disséminés sur plusieurs têtes, nous dirons qu'il y a droit subjectif lorsque le but poursuivi est l'avantage de ces personnes, quand il y a cause finale, pour employer un terme philosophique. Mais quand il y a simple causalité, simple résultat, il n'y a alors qu'un droit reflet.

C'est d'ailleurs à peu près ce que dit Orlando (1) : « Toute la question est d'interpréter la volonté du législateur, de voir s'il a voulu protéger l'intérêt individuel et en même temps reconnaître la volonté individuelle ou non. Rechercher d'autres critères, écrit-il, est pur exercice académique. » Et Jellinek (2) résume très bien la question : il soutient qu'en cas de droit reflet la loi ne reconnaît pas de propos délibéré, mais rencontre accidentellement un intérêt individuel, et il fait consister dans cette différence le critère substantiel pour reconnaître le droit subjectif du droit reflet. Le critère formel, d'après lui, pourrait consister en ce que, dans le droit subjectif à la différence du droit reflet, une action judiciaire serait concédée, ce qui ne serait pas toujours exact, car il y a des droits publics subjectifs que ne protège pas une action judiciaire.

Cette manière de voir nous paraît préférable, comme allant plus au fond des choses que celles proposées par certains auteurs. Ihering et à sa suite M. Barthélemy, voient au contraire dans le droit subjectif l'intérêt qui se protège lui-même. Ceci se rattache à cette conception générale d'Ihering que lui a inspirée la précision du droit romain : il n'y a d'action que lorsque se rencontrent les conditions qui seules rendent possible une décision judiciaire : « une exacte précision de la personne à laquelle compète l'action, de l'objet auquel elle tend, des conditions qui l'entourent, des

(1) *Diritto administrativo*, t. I, p. 132.
(2) *System des offentliches Rechts*, p. 60.

effets qu'elle doit entraîner et, le cas échéant, la possibilité de prouver l'existence de tous ces éléments .» M. Michoud très judicieusement ajoute que pour qu'il y ait droit subjectif, il suffit que la réalisation en soit obtenue par un moyen à la disposition du sujet ou de son représentant. Tout en faisant de la volonté un élément indispensable du droit, il n'y voit qu'un élément plus secondaire, parce qu'elle n'est pas la cause du droit et ne réside pas nécessairement dans son titulaire.

Nous irons encore plus loin que M. Michoud, en ce qui concerne la réalisation du droit et nous dirons : du moment qu'on veut protéger un intérêt, la mise en œuvre du droit qui est ici admise n'est qu'une question de mise en valeur, de mise en action, secondaire à tel point que non seulement la personne elle-même ou son mandataire conventionnel peut en être chargé, mais que le droit peut être mis en action par un représentant légal ou judiciaire, mandataire non choisi par le titulaire du droit. La mise en œuvre apparaît donc comme quelque chose d'extérieur au bénéficiaire du droit. Dès lors nous aurons à nous demander plus loin, si cette désignation de ce que nous appelons les titulaires d'exercice des droits ne peut être faite par les tribunaux qui, en donnant au droit embryonnaire sa forme pratique, en feront en quelque sorte l'accouchement (1). En tout cas, s'il en est ainsi, une distinction entre le droit ayant ou n'ayant pas de représentant apparaît comme étant peu profonde, en même temps qu'on en discerne mal la raison d'être.

Nous ajouterons même qu'Ihering est, dans certains passages de ses écrits, plus rapproché des idées que nous défendons qu'il ne le semble. Il fait remarquer que la loi fiscale ne crée pas de droit subjectif pour les particuliers qui en profitent, « car l'Etat en réalité l'établit dans *son* (souligné dans le texte) intérêt » (2). Il adoptait donc déjà implicitement le critère, fondé sur le but du droit que nous défendons.

(1) V. le chapitre sur le *Rôle du juge*.
(2) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 338.

Ces indications, auxquelles nous avons été amenés par la nécessité d'établir où il y a un droit subjectif et au profit de qui, n'ont d'ailleurs pas la prétention de traduire le droit positif actuel, ni même un droit idéal. Nous donnons ici une notion qui nous semble rationnelle en général, étant adaptée aux fins que l'on se propose.

Mais si l'on veut simplifier les théories, n'accorder à certains intérêts qu'une protection médiocre, on pourra toujours refuser de laisser choisir un mandataire pour représenter certains intérêts en jeu. Le droit en germe périra, comme une graine qu'on ne sème point. Ce sont de ces demi-valeurs données aux intérêts que les organes du droit positif ont toujours le droit d'admettre. Mais en pareil cas, si l'intérêt ne devient pas un droit subjectif, ce n'est pas pour une raison technique, car le défaut qu'il présente aurait pu facilement disparaître, mais parce que cet intérêt est peu considéré. La loi a pris ce parti mixte de ne pas le frapper d'une déchéance complète et en même temps de ne pas lui donner l'armature solide d'une volonté ayant pour mission de la défendre. Ce sont là de ces intérêts demi-protégés qui peuvent être fréquents dans les relations sociales, et dont le droit ne peut donner la traduction sur le terrain juridique que par cette situation intermédiaire d'un intérêt reconnu, mais sans défenseur attitré.

Cette dernière expression indique même que dans notre esprit un défenseur ne suffit pas, il faut un défenseur spécial, attitré. Le droit reflet a un défenseur : l'administration, le bénéficiaire direct ; mais il lui manque une défense spéciale organisée pour le titulaire du droit reflet. Le titulaire du droit subjectif a ses intérêts à lui, qui peuvent être en conflit avec ceux du bénéficiaire du droit reflet. Sans doute, dans un droit, dès que la même personne n'a pas à la fois la disposition et la jouissance, il peut y avoir conflit entre l'intérêt de l'administrateur, tuteur, mandataire judiciaire, etc., et celui de l'individu dont le bien est administré. Mais la loi s'efforce d'atténuer les effets de cette opposition, en interdisant certains actes, en imposant au tuteur de se faire

remplacer par le subrogé tuteur, etc., dispositions sans doute insuffisantes dans certains cas, mais cependant utiles.

Tout cela montre que la protection du droit n'est pas une chose toujours égale à elle-même, qui existe ou n'existe pas. Elle se présente avec son maximum quand le bénéficiaire se protège lui-même ; elle est déjà moindre, si on est défendu par un tiers défenseur attitré et spécial ; elle est plus faible encore si ce défenseur représente non pas une personne, mais un groupe où il peut y avoir des intérêts différents ; bien que son devoir soit de protéger tel droit, et non ses intérêts différents, comme un conseil de surveillance qui a pour mission de défendre les actionnaires, les membres peuvent avoir des intérêts distincts s'ils ont pactisé avec le conseil d'administration ou avec des tiers ; enfin elle s'abaisse encore quand on a un défenseur qui peut avoir ses intérêts tout opposés et qui est libre d'agir ou non, qui n'a pas de compte à rendre, ce qui est le cas quand on n'a qu'un droit reflet. Il y a ainsi des nuances qui peuvent encore se multiplier. Le défenseur peut avoir des intérêts similaires à ceux qu'il représente, comme un administrateur de société, ou n'en pas avoir. Il peut être plus ou moins difficile de demander des comptes au représentant. On en demande facilement à un mandataire ordinaire. Mais sera-t-il facile aux bénéficiaires futurs d'en demander aux administrateurs d'aujourd'hui ? La loi ne devra-t-elle pas en leur faveur admettre des prescriptions, à raison de nécessités pratiques qu'il est facile de deviner ?

Ceci nous amène à nous rallier à l'idée developpée notamment par M. Saleilles (1) que l'intérêt pour constituer un droit subjectif doit être ordinairement protégé par une volonté autonome. Car si la volonté a cette indépendance, il y a plus de garantie qu'elle fonctionnera dans l'intérêt du but protégé. Nous arrivons donc à une vue très voisine de la sienne.

(1) V. p. 541 et suiv.

V

Si nous croyons possible, pour donner une idée générale satisfaisant aux desiderata de la pratique, d'admettre une théorie si large sur les sujets de droit, ou même les centres de droits, les droits principaux, cette théorie comporte une contre-partie. Au point de vue jouissance, ou plutôt destination du droit, tout peut pour ainsi dire être sujet de droit. Il en est autrement au point de vue exercice du droit (1). Peuvent seules avoir un droit exercice les personnes raisonnables, isolées ou en groupe. Et presque à tout instant un droit doit comporter un titulaire de cette sorte.

Il est naturel que les droits soient exercés par celui qui doit en jouir, que le propriétaire n'habite pas seulement sa maison, mais qu'il puisse la faire réparer, l'agrandir, l'échanger contre une autre, etc. : c'est le cas le plus simple, mais ce n'est pas la seule hypothèse à enregistrer. Le titulaire d'un droit jouissance est très variable, il peut ne pas exister encore, ou être un incapable ; d'autre part, il y a le grand principe de l'économie de temps et d'activité, en vertu duquel il ne faut pas que les biens dépérissent, il faut qu'ils aient à tout moment un administrateur avec les plus larges pouvoirs. Enfin il y a un principe de sécurité, en vertu duquel il ne faut pas que les tiers soient dans l'incertitude, faute de pouvoir s'entendre au sujet du bien avec quelqu'un ayant qualité pour transiger, engager les procès, y défendre, etc.

Voyons le jeu de ces deux principes et leur influence en ce qui concerne les sujets de disposition.

Ici, notons-le tout d'abord, nous n'allons plus être en face d'une construction technique, c'est-à-dire de conceptions émises pour rassembler en un tout harmonieux les idées qui semblent les meilleures. La force même des choses va nous imposer les solu-

(1) Voir ces points, Roguin, *La Règle de droit*. Étude de droit pur, p. 303 et Bekker, Zum Lehre vom Rechtssubjekt, *Jahrbuch für Dogmatik*, XII, p. 1. Cf. les développements du Code civil allemand sur la capacité d'exercice des droits, art. 104 et suiv. et traduction officielle, I, p. 99 et suiv.

tions que nous proposons, comme seules adaptées au but que l'on est d'accord pour poursuivre.

Tout droit doit comporter un titulaire d'exercice raisonnable et actuellement vivant. Celui-ci, que l'on qualifierait volontiers d'administrateur, prend bien une partie du droit. Car c'est une morale, un tempérament de doux jouisseur qui fait croire que le plus beau d'un droit, c'est d'en jouir. Pour les caractères énergiques et volontaires, pour les cervaux solides faits pour le travail et la lutte, le plus beau du droit, c'est de le gagner, de le défendre. Il y a plus de plaisir pour l'homme d'affaires, l'homme actif, à brasser de grandes opérations, à gagner de l'argent, à imposer sa manière de voir, qu'à dépenser ou à jouir paisiblement, comme quelqu'un de tempérament lymphatique,ce qui lui paraît un idéal de petit bourgeois tranquille et vieillot. Peu importe, il faut passer par-dessus cela, et, quitte à découronner parfois le droit de leur plus bel attribut pour le donner à d'autres, il faut ne pas trop tenir compte de ce que la variété des tempéraments, des conceptions de la vie doit apporter de variété dans le domaine du droit. Tout au moins la nécessité nous force-t elle à distinguer les sujets de jouissance, et les sujets de gestion du droit, quitte à dire que ces derniers ont parfois le plus beau de la jouissance du droit.

Bien que le sujet de disposition d'un droit soit en un certain sens déjà un sujet de jouissance, que les deux qualités se cumulent aussi souvent de façon complète, il est nécessaire, pour la clarté et l'intelligence des questions, de les distinguer et de les opposer. Cependant cette nécessité d'exposition ne doit pas nous tromper. Il est possible parfois que le sujet de disposition ait le plus fort du droit.

Dans certains cas, celui-ci, quand il n'a que ce titre, est un simple administrateur, comme le serait un tuteur, un curateur à succession vacante, etc.

Mais si nous sortons de ces cas simples, nous voyons souvent

les droits du sujet de disposition s'accroître extraordinairement. Si un comité a été établi pour gérer une fondation consistant en une bibliothèque, un musée, il a par fonction non seulement à réparer, à gérer les biens, mais à déterminer comment chacun pourra jouir de la fondation : il fixera les heures d'ouverture, les prêts de livres au dehors, etc. C'est grâce à son autorité que le droit collectif en faveur des bénéficiaires de la fondation va se décomposer en droits individuels qu'exerceront des personnes de la catégorie désignée par le fondateur. Cette autorité se trouvera en fait particulièrement puissante, si le sujet de disposition a en face de lui non pas des sujets de jouissance organisés, comme les membres d'une association, d'une société par actions qui se réunissent périodiquement en assemblées générales, mais des groupes inorganiques, comme le public qui doit fréquenter une bibliothèque, un musée. Aussi voit-on si souvent dans un service public les bénéficiaires, sujets de jouissance, n'être rien devant les directeurs du service, sujets de disposition, spectacle évidemment étrange, mais découlant de la nature même de la situation.

Ici apparaît nettement l'insuffisance de la simple opposition des droits subjectifs et des droits reflets, tels qu'ils sont ordinairement présentés. Car il y a lieu de distinguer deux cas : le cas où une personne jouit d'un avantage par simple ricochet, comme le fabricant d'un objet qui profite d'un impôt sur un objet similaire, impôt établi dans l'intérêt de l'Etat et non dans le sien ; ensuite il y a l'hypothèse où une fondation, une bibliothèque, un musée existent dans l'intérêt des bénéficiaires, des lecteurs, des visiteurs. Ceux-ci, par la force même des choses, que les administrateurs soient qualifiés leurs représentants ou non, se trouvent privés de la gestion. Celle-ci leur sera toujours extérieure. Ils pourront peut-être saisir les tribunaux de leurs réclamations dans certains cas, ce qui leur donnera les apparences d'un droit subjectif (ce qui me fait même dire qu'ils ont un droit de ce genre), mais dans le jugement, le tribunal lui-même fera acte de gestion, dès qu'il ne se contentera pas d'appliquer purement

et simplement le statut de la fondation ou de la corporation (lequel est en général vague et de portée limitée). Nous arriverons donc toujours à ce même résultat : le bénéficiaire sera en face d'une gestion qui lui est extérieure. Il aura un droit tout armé, qu'il pourra mettre en jeu, mais cela dans une mesure limitée. Cela tient à ce que, contrairement aux vues en quelque sorte matérialistes qui ont trop dominé la science juridique, un droit peut parfaitement avoir une certaine inconsistance, une certaine indétermination de son contenu, lequel sera fixé par *voie d'autorité* par les tribunaux seulement le jour où ce sera nécessaire (1). Il y aura, dans ce stade, un droit qui tiendra moins du droit reflet que du droit subjectif ordinaire.

Le droit des sujets de disposition s'accroît également de façon spéciale lorsque ceux-ci ont à faire, non pas une gestion réglée par des nécessités de fait, comme entretenir un monument (et n'y a-t-il pas bien des façons de l'entretenir ou de le restaurer ?), mais à donner à cette gestion une certaine direction : la commission d'un musée, d'une bibliothèque devant l'accroître et pouvant par suite le faire dans tel ou tel but : visant plus à l'éducation artistique générale qu'au sauvetage d'œuvres d'art local, visant plus à faciliter les recherches historiques des lecteurs qu'à encourager leurs goûts pour la littérature pure ou les sciences, etc.

Combien plus important est encore le droit du sujet de disposition, quand il a autorité pour déterminer quels seront effectivement les sujets de jouissance, comme la commission d'un hospice, qui fixe nominativement les vieillards à hospitaliser, l'association qui, décernant des prix, déclare quels sont les plus méritants pour les recevoir. Ici le sujet de jouissance s'affaiblit devant l'autre, au point que son seul bénéfice peut être parfois d'avoir obtenu son suffrage : comme dans le cas d'un diplôme d'honneur, d'une mention, ou de toute autre récompense purement honorifique accordée. En un mot, le sujet de disposition devient une véritable

(1) V. plus loin le chapitre sur le *Rôle du juge*.

autorité sociale, qui, vu sa puissance, agit bien plus à la façon d'une autorité que d'un simple particulier contractant.

Si les choses sont simples, lorsque le titulaire de jouissance est en même temps le titulaire d'exercice du droit, les questions se multiplient lorsqu'il en est autrement.

D'abord, lorsque le titulaire de la jouissance existe, mais est incapable, la loi lui a organisé un système de gouvernement des biens : c'est la tutelle des mineurs et des interdits, l'administration légale du père. Ensuite, dans divers autres cas où le titulaire de la jouissance est inconnu ou n'existe pas encore, la loi ou la pratique ont organisé une gestion. Il en est ainsi pour les biens de l'absent, pour le cas de succession vacante (curateur à succession vacante), pour celui de substitution (grevé et tuteur à la substitution).

Dans une série d'autres hypothèses, la loi a confié la direction de patrimoines communs à des administrations ordinairement constituées en collèges. C'est ainsi que l'Etat, les départements, les communes gèrent les différentes voies de communication, que les bureaux de bienfaisance, les commissions des hospices administrent le patrimoine des vieillards, des pauvres et des malades. Cette gestion appelle une observation. De ce que les titulaires d'exercice d'un droit ont été déterminés pour plus de simplicité, la gestion étant organisée par eux dans l'intérêt des bénéficiaires présents et futurs, il n'en résulte pas que ceux susceptibles d'être titulaires actuels de la jouissance du droit soient complètement exclus de la faculté d'agir dans l'intérêt commun. Outre leurs intérêts personnels, ils peuvent parfois défendre ceux du groupe dont ils font partie. C'est ainsi que tout contribuable d'une commune peut agir au nom de celle-ci, intenter en son nom un procès (L. du 5 avr. 1884, art. 123). De même certains particuliers peuvent, à défaut du ministère public, mettre en mouvement l'action publique (C. instr. crim., art. 70 et Cass., 8 déc. 1906, S. 1907.1.377). Un groupe représentant le vingtième des action-

naires peut exercer l'action sociale contre les administrateurs dans les sociétés anonymes.

Ces résultats apparaîtront comme des exceptions à ceux qui en sont encore à l'idée vieille et simple du titulaire unique de tout droit. Mais nous sommes convaincus que cette technique primitive ne correspond plus au classement que nous faisons aujourd'hui des intérêts en présence. Nous marchons de plus en plus vers cette idée grosse de conséquences politiques et sociales, qu'il faut mettre les bénéficiaires d'une situation à même de les défendre eux-mêmes ; c'est un fait que je constate, sans vouloir l'apprécier, car j'y vois le germe à la fois de certaines mesures qui touchent à la démocratie directe et peut-être un peu aussi au syndicalisme.

On peut se demander, s'il n'y a pas un conflit entre cette conception qui protège la sécurité des bénéficiaires et la conception ancienne qui résulte de l'idée de simplification dans les rapports juridiques. Je le crois. En tout cas, constatons que la seule armature technique que nous ayons ici à notre disposition, pour exprimer ce droit collectif qui peut être exercé judiciairement par tous, est celle de la solidarité active, sauf à voir comment on peut la faire fonctionner, de façon à concilier, dans la mesure du possible, les intérêts divergents qui se trouvent en présence.

VI

Nous arrivons maintenant à la dernière application de cette idée que tout droit comporte un titulaire d'exercice. C'est que, quand cela est nécessaire en fait, les juges, à la demande de tout intéressé, ont qualité pour désigner ce titulaire, s'il n'en a pas été déterminé un par la loi (1). Ainsi ils auront qualité pour désigner

(1) Et, à notre avis, tous ceux qui ont un *intérêt* ont par exception le droit d'agir pour faire désigner le titulaire d'exercice, car l'ordre public est en jeu. Le Code applique ces idées pour le cas de succession vacante (art. 812) ou de mineur sans tuteur (art. 400). L'article 491 donne de même un droit au ministère public en cas de fureur : ce qui est une idée analogue, et sim-

un administrateur provisoire à une succession dont on recherche les héritiers. Si une fondation est faite en faveur de telle catégorie de personnes, ou si on a déclaré dans un testament fonder des prix au profit de telle classe d'individus, sans plus préciser, les tribunaux auront qualité pour ordonner que tel collège, telle commission, telle personne administrera les biens et présidera à la distribution des récompenses ou des secours.

Il n'y a qu'une exception : c'est lorsque ce travail a été fait par avance, la loi ayant créé des administrateurs pour gérer les biens des bénéficiaires indéterminés ; c'est le cas pour les donations faites aux pauvres, ceux ci étant représentés, ou plutôt leurs droits étant gérés par les bureaux de bienfaisance.

La solution que nous admettons ici est en réalité présupposée par celle d'une autre question plus générale qui est la suivante : quel est le rôle des tribunaux ? Le juge est-il simplement chargé de constater des faits contestés, et de dire le droit en face de ces faits ? A-t-il simplement pour mission d'apprécier les preuves et de déduire les conséquences juridiques des points qui lui sont soumis, ou au contraire n'a-t-il pas en outre pour devoir d'assurer le fonctionnement convenable des intérêts en présence ? Ne peut-il pas faire œuvre d'administration des intérêts privés, lorsqu'il en est sollicité, prendre des mesures dans une certaine fin, de telle sorte que ses jugements ne procèdent pas seulement de façon simplement déductive, mais soient dirigés vers un but : gérer convenablement les intérêts qui, par suite des circonstances, ne peuvent recevoir satisfaction par le jeu des activités privées ?

Déjà la loi confie au juge cette mission dans les cas les plus graves : administration des biens des époux pendant la procédure de divorce, liquidation des successions vacantes, autorisation d'aliénation pour des biens de mineurs, des biens dotaux.

plement une conception un peu différente de la même idée. Mais il y a au fond de tout cela une idée générale, que la jurisprudence a déjà largement appliquée avec sa théorie des administrateurs judiciaires.

La jurisprudence a marché dans cette voie avec le développement considérable donné aux administrateurs judiciaires. C'est qu'en effet on n'a que le choix entre deux solutions : la première consiste à laisser aux tribunaux une mission précise et limitée, les intérêts privés qui n'ont pas revêtu l'armature nécessaire se trouvant par là sacrifiés, mais les juges n'ayant besoin que de discerner les faits et d'appliquer la loi. Cette solution peut être acceptée par ceux qui mettent la précision dans les rapports sociaux au-dessus de tout. Elle est fatalement condamnée, si on tient compte de l'immense appel de la conscience humaine vers le mieux.

Avec la seconde, on donne sans doute au juge une tâche écrasante : apprécier le mieux pour les intérêts de chacun ; il faudra qu'il ait des idées, un système, la pratique des affaires. La solution est grave, mais c'est ici le cercle de difficultés dont on ne peut sortir. Nous croyons donc que, malgré tout, il vaut mieux étendre le pouvoir du juge, en lui permettant de donner un représentant aux intérêts qui n'en ont pas, lorsque par ailleurs ne s'élèvent pas de trop graves objections spéciales.

VII

La distinction que nous avons ébauchée entre les titulaires de jouissance et les titulaires d'exercice des droits, nous amène à faire pour ces derniers deux remarques. Le titulaire d'exercice d'un droit peut être déterminé par la loi ou par acte conventionnel. C'est alors un représentant. Il y a ici le phénomène de la représentation dont le caractère est si complexe. Il nous semble qu'il consiste moins dans son essence à faire d'une personne mon porte-parole, qu'à faire participer une personne à l'exercice de mon droit, que, moi bénéficiaire, je puisse également l'exercer ou non. Dans le premier cas, si je suis capable de l'exercer, à moins de clause spéciale, il y aura une véritable solidarité active ; dans le second, un complément assuré à mon droit, qui ne pouvait être exercé. Le centre de la théorie dite de la

représentation doit donc être l'idée de l'exercice du droit ne se confondant pas pleinement avec sa jouissance.

Nous croyons cette explication de nature à éclairer le phénomène qui est fort obscur. M. Planiol l'indique sans l'expliquer ; M. Hauriou (art. précité, p. 16 et 22) la rattache au pouvoir que possède le représenté sur le représentant, le phénomène ne fonctionnant d'abord qu'entre le chef de famille et ceux sous sa dépendance (personnes *alieni juris*, esclaves), puis ayant été reconnu pour le représentant *extranea persona* sur qui on pouvait aussi avoir un certain pouvoir. Le pouvoir entraîne réellement fusion des volontés subjectives, il est essentiellement domination d'une volonté sur d'autres, et c'est pour cela que, suivant lui, les Romains, qui ont toujours admis la représentation dans le cercle de la famille, l'ont admis si difficilement en dehors. Cette explication, malgré son fondement historique, nous semble peu satisfaisante ou du moins incomplète, car s'il y a pouvoir du représenté, il y a au moins autant pouvoir du représentant. Ces deux choses se balancent et se rendent mutuellement supportables. Mais ce n'est encore là que le substratum pratique sur lequel nous bâtissons notre explication de la représentation. Et nous en dirons autant de l'idée émise plus récemment par M. Hauriou d'après laquelle la représentation repose sur des similitudes, le droit considérant comme équivalentes les volontés du représentant et du représenté. Il y a là seulement un substratum qui peut servir de base à notre théorie (1).

L'avantage de notre conception technique, c'est de faire comprendre que le mandant ne se dépouille pas tout entier et qu'il peut encore traiter lui-même valablement l'affaire pour laquelle il y a un mandataire, du moins dans le cas de mandat conventionnel. D'autre part, elle a l'avantage de nous faire abandonner toute cette vieille technique des mandats légaux ou judiciaires,

(1) V. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, p. 150 (Deuxième appendice).

qui reposent sur les volontés fictives, en réalité inexistantes, des représentés (1).

Au fond, dans ces cas, il y a sous le nom de représentants légaux ou judiciaires, des titulaires d'exercice, dont le droit va souvent jusqu'à l'acte de disposition, ou même l'acte d'autorité ; comme la commission administrative d'un hospice qui détermine quels vieillards de préférence à d'autres seront admis.

Mais, comme tout abus doit être évité, qu'il ne faut pas porter atteinte à la sécurité des destinataires du droit, à l'égalité qu'il doit y avoir entre eux en cas d'identité de situation, un organe de surveillance s'impose, qui est naturellement le bénéficiaire, s'il est vivant et capable, ou ses mandataires ou sinon des organes spéciaux créés par la loi, tels que subrogé tuteur, conseil de surveillance, etc. Cette idée pourrait être l'origine d'améliorations importantes, dans la surveillance des fondations, des biens communaux, etc., de créations de véritables syndicats d'administrés intervenant avec un pouvoir légal près des pouvoirs publics, comme le sont déjà en fait et accessoirement les sociétés des amis de tel ou tel monument (Amis de Versailles, du Louvre).

VIII

La rapidité, la facilité des transactions impose que tout droit

(1) Nous nous rapprochons donc d'une théorie qui a analysé la représentation sans l'expliquer complètement, celle qui voit dans la représentation la volonté du représentant (V. Capitant, *Introduction au droit civil*, 2e éd., p. 334. Pilon, *Théorie générale de la représentation*, thèse de Caen, 1897, p. 30 ; Gouget, *Le contrat avec soi-même*, thèse de Caen, 1903, p. 28). Nous écartons ainsi la théorie qui voit dans la représentation la volonté du représentant et du représenté (V. Mitters, *Die Lehre von der Stellvertretung*, p. 109. *Tartufari Della reppresentanza*, p. 404) ou celle de Savigny qui ne voit ici qu'un simple porte-parole du représenté, un *nuntius* * (*Obligations*, t. II, p. 204. Cf. Schlossmann. *Die Lehre der Stellvertretung*, t. II, p. 310. V. sur le caractère fictif de cette conception, Rümelin, *Selbstcontrahiren*, p. 21). La technique que nous proposons se trouve plus d'accord avec la réalité et les besoins pratiques.

* V. sur la différence entre représentant et *nuntius*, *Trad. officielle du Code civil allemand*, t. I, p. 201.

comporte un titulaire d'exercice, qu'il y ait quelqu'un pour le défendre à tout moment, si la nécessité s'en fait sentir. Mais cela n'est pas suffisant. La commodité des affaires exige encore que ce titulaire d'exercice soit facilement connu de ceux qui peuvent avoir à traiter avec lui, qu'une action ne soit pas dans l'impossibilité d'être exercée, faute d'un titulaire à attaquer, qu'une transaction ne soit pas impossible, faute d'une personne avec qui traiter. Ainsi, pour la purge d'hypothèques, on a considéré celui chez qui domicile est élu, comme ayant qualité pour recevoir les actes de purge (art. 2183, C. civ.). Ce système est resté à peu près isolé, mais combien serait féconde l'initiative consistant à généraliser cette pratique du mandataire à portée des tiers inconnus avec qui on a affaire, comme le mandataire des obligataires, le mandataire des créanciers, etc. (1) !

Quand un droit n'est destiné qu'à une brève existence, comme celui résultant d'une lettre de change, d'un billet à ordre, peu importe que les tiers ou le débiteur même de l'effet ignore qui en est actuellement titulaire et ne puisse traiter avec lui pour racheter l'effet ou pour toute autre opération. La situation est regrettable sans doute, mais elle ne doit pas durer longtemps. C'est trop demander que de vouloir une perfection pour ainsi dire mathématique de la législation, de façon à donner satisfaction aux intérêts les plus fugitifs. On ne peut pas dépenser un pareil effort pour un si minime résultat.

Mais lorsqu'un droit doit vivre longtemps, comme celui d'un titulaire d'obligations, de parts de fondateur, etc. représentées par des titres au porteur, l'utilité d'avoir non seulement un sujet de disposition, mais une personne connue de la société débitrice, avec qui elle puisse traiter même des questions les plus graves, au mieux des intérêts de tous, se fait beaucoup

(1) V. cependant l'art. 113 du Code civil qui fait désigner un notaire pour représenter les présumés absents dans les partages et liquidations où ils sont intéressés. Cf. l'art. 823 du Code civil suisse qui permet de nommer dans certains cas un curateur pour un créancier qui est inconnu.

plus sentir. Quelles difficultés ne rencontrent pas les États, les sociétés voulant passer des concordats amiables avec leurs créanciers, faute de pouvoir les trouver, les réunir en assez grand nombre ! Sans doute, ce mandataire des créanciers étant choisi par eux, en un sens la difficulté ne fait que se déplacer, celui-ci ignorant souvent où sont ses mandants. Mais il a de larges pouvoirs, s'il a été choisi par eux comme étant un des intéressés les plus importants ; alors il n'a qu'à agir au mieux et il engagera sa responsabilité s'il ne le fait pas.

De même, et ici la lacune a été heureusement comblée par les tribunaux, quand le titulaire d'un droit est incertain, quand des biens risquent d'être à l'abandon, il faut que les tiers trouvent à qui parler, et il est indispensable qu'ils puissent rencontrer un administrateur. La jurisprudence, en en créant un très grand nombre, a donc fait plus que d'assurer la conservation de biens mal gérés ou abandonnés, elle a pourvu à l'intérêt général qui veut que tout droit important ne reste pas longtemps démuni d'un titulaire d'exercice.

La théorie des sujets de droit nous amène à aborder par un côté plus général une question qui jusqu'ici n'a pas été prise sous ce jour, lequel est à notre avis de nature à lui donner une certaine netteté.

Le principe que nous proposons comme moyen de découverte et comme procédé de concentration de solutions souhaitables est le suivant : tout droit doit avoir un sujet d'autorité et de disposition. J'entends par là que, lorsqu'un droit existe, il doit y avoir une ou plusieurs personnes, ou un collège ayant qualité pour faire, par rapport à ce droit, tous les actes même les plus graves. Il ne suffit pas qu'un droit ait un administrateur pouvant faire ces actes au caractère un peu étroit, que l'on appelle les actes d'administration. Il faut encore que tous les actes imaginables par rapport à ce droit soient possibles. Sans doute certains

peuvent être interdits pour des raisons de fond, mais aucun pour des raisons de forme. Ainsi la loi a admis que tout bien pouvait être exproprié pour cause d'utilité publique, si inaliénable fût-il.

De même il conviendrait d'admettre qu'avec l'assentiment des tribunaux ou de certaines personnes établies à cet effet par la loi, le sujet d'exercice d'un droit pourra aliéner même les biens les plus inaliénables, comme le Code l'a prévu à propos des immeubles dotaux (art. 1558) ou des immeubles des mineurs (art. 457).

De même, lorsqu'il s'agit d'assurer la jouissance d'un droit concédé à des personnes insuffisamment déterminées, comme les ouvriers les plus méritants, il faut qu'il y ait à tout moment une personne raisonnable et vivante pour déterminer les bénéficiaires.

Cette idée élémentaire, basée sur des raisons d'économie de temps, peut produire dans certains cas des conséquences importantes ; elle conduit même logiquement à admettre la modification des actes juridiques les plus certains par suite d'une volonté étrangère ou de la volonté d'une des parties au contrat. Nous croyons cependant ce principe admissible et nous pensons qu'il peut se combiner avec le principe de la sécurité dont a besoin tout titulaire d'un droit, suivant une certaine donnée que je me contente d'indiquer ici. On se préoccupera surtout du but à atteindre. Le droit ne peut pas toujours y parvenir d'une direction nette et rectiligne ; il est obligé parfois d'y parvenir, par des procédés détournés.

Ce serait à la législation à préciser dans quels cas et sous quelles conditions la nécessité d'avoir une personne ayant qualité pour représenter les autres, pourra ainsi modifier gravement leurs droits. Cette solution, à y réfléchir, est très admissible, puisqu'elle existe déjà dans certains cas : c'est ainsi que la majorité des créanciers représente l'unanimité pour voter un concordat après faillite, que les actionnaires réunis en assemblée extraordinaire représentent l'unanimité des associés pour modifier les statuts dans les clauses non fondamentales de la société. Ces solutions

contiennent en germe les idées que nous avons déjà développées par ailleurs sur les modifications des actes juridiques par volonté unilatérale (1).

(1) V. *Revue de droit civil*, 1907, p. 245 et suiv.

CHAPITRE III

LA NOTION DE PATRIMOINE

Comme la notion de sujet de droit, celle de patrimoine est d'une application générale et pour cela très difficile à construire. Les auteurs l'ont longtemps passée sous silence, et il faut arriver à Aubry et Rau pour avoir en France une théorie du patrimoine. Ceux-ci édifièrent un système qui a régné jusqu'à ces dernières années.

Le patrimoine étant, d'après l'opinion indiscutée, l'ensemble des droits d'un sujet qui ont une valeur pécuniaire (1), il s'agit évidemment d'une notion se référant au sujet de droit envisagé dans ses rapports avec les personnes dont il est l'obligé actuel ou possible.

Il est apparu comme naturel de supposer que, dans ses rapports, il avait entendu, et que la loi au besoin avait entendu à sa place, donner à son créancier le maximum de garanties. Or ce maximum, l'exécution sur la personne sous sa forme romaine du droit de tuer le débiteur qui ne paie pas, et sous sa forme adoucie de la contrainte par corps étant abolie, consiste en ceci : le créancier aura action sur tous les biens que le débiteur possède, sur tous ceux qu'il possédera et, s'il vient à mourir, sur tous ceux de l'héritier qui prendra les biens.

Voilà l'idée grave et pratique qui est à la base de la notion de patrimoine ; elle n'est en somme que celle de l'ensemble des biens envisagés comme garantie des obligations pécuniaires ou autres

(1) Cf. sur cette notion au point de vue économique et histoire juridique, Wagner, *Les fondements de l'économie politique*, t. I, p. 452 et suiv., trad. Polack.

(dans la mesure où elles ont une sanction pécuniaire) pesant sur la personne.

A ce point de vue Aubry et Rau ont pu dire avec raison que « le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer... c'est la puissance juridique d'une personne envisagée d'une manière absolue et dégagée de toute limite de temps et d'espace. » (1). Mais constatons déjà qu'il se glisse dans cette formule une importance exagérée donnée à l'idée de personnalité et qu'il est plus juste, selon nous, de s'en tenir à dire que « la notion de patrimoine se déduit de la personnalité » (2). Car cela est vrai en ce sens que, si l'on se place au point de vue de la sécurité des transactions, le débiteur doit donner de plein droit à son créancier le maximum de ce qu'il peut offrir comme garantie de paiement ; tout ce que sa capacité d'acquérir lui permettra plus tard de posséder, il l'engage de sorte que d'avance il donne chacun de ses biens et pour l'avenir même ceux de ses héritiers.

Nous retrouvons donc ici cette notion qui a dominé le droit de la plus grande partie du dernier siècle ; la sécurité statique. Le créancier doit avoir pleine garantie du côté de son débiteur.

A ce point de vue, il faut remarquer que jamais le droit n'a tiré tout ce que cette idée cependant sage en elle-même contenait de conséquences implicites. En effet la conséquence logique ne devrait pas seulement en être, comme on l'a développé, que le patrimoine est un et indivisible, que toute personne a un patrimoine au moins virtuel, mais n'en a qu'un seul, qu'il y a donc nécessairement action du créancier sur tous les biens sans exception ; ce ne devrait pas être seulement que l'héritier est conti-

(1) 4e éd. t. VI, p. 230, note 6, v. de même, *Grande Encyclopédie*, Vo *Patrimoine*, par Dramard ; Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, deuxième appendice, p. 140.

(2) Capitant, *Introduction au droit civil*, 1re éd,, p. 185. Ceci est supprimé dans la 2e édition.

nuateur de la personne et répond des dettes *ultra vires*, mais il devrait être que l'article 2093 du Code civil, en établissant le principe du partage égal entre les créanciers est critiquable. Car si l'on veut donner de plein droit absolue sécurité à ces derniers, il faut leur donner des droits qui soient pratiquement réalisables dans toute la mesure où le comporte la situation actuelle du débiteur.

On peut dire en faveur de l'article 2093 qu'il établit l'égalité entre créanciers. Mais l'égalité n'est pas une idée très familière au droit du XIX^e^ siècle ; bien qu'il l'emploie parfois, ce n'est pas sa dominante. On peut ajouter qu'on favorise la liquidation rapide des patrimoines, mais la loi du moindre effort n'était encore en 1804 qu'une conception secondaire. Dira-t-on qu'en simplifiant on donne par là-même plus de sûreté ? D'ordinaire simplification et sûreté vont de pair. Mais ici, on substitue à un droit d'une certaine force un droit bien plus vague sur un dividende des plus aléatoires. Il y a donc là une idée qui détone dans la conception générale de la sûreté placée au-dessous de tout.

A ce point de vue, la règle *prior tempore potior jure* apparaît bien plus satisfaisante que l'article 2093 tiré du droit romain par pure idée d'imitation, sans idée de finalité préconçue ; car le principe avait son explication historique à Rome, où l'on avait trouvé cette règle, non pour organiser le crédit, mais pour calmer les rivalités entre créanciers, le jour où l'exécution sur les biens avait remplacé celle sur la personne, ingénieuse transposition au patrimoine du *partes secanto* des XII Tables (1).

L'ancien droit était infiniment plus près des conséquences de l'idée de sécurité dans les transactions, quand il donnait de plein droit à tout créancier par acte notarié hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir de son débiteur. Ayant par ailleurs déclaré immeubles tous les objets de valeur du patrimoine : offices, rentes, etc. il aboutissait à dire que, sauf pour

(1) V. Girard, *Droit Romain*, 1re éd., p. 955, cf. Textes de droit romain, Table III des XII Tables.

les objets de peu de prix laissés dans la catégorie des meubles, sauf pour les créanciers par acte sous seing privé suspectés de fraude, la règle romaine du partage proportionnel était renversée et remplacée par l'idée du droit préférable des créanciers les plus anciens. L'ancien droit en donnant ainsi hypothèque générale allait même par un autre côté plus loin dans la voie de la sécurité : il donnait garantie sur tous les immeubles actuels, même pour le cas où ils seraient aliénés au profit de tiers, garantie précieuse pour le cas où ils auraient été mal vendus, ou encore donnés. Par là il poussait à son comble l'idée de la sécurité du créancier.

Par un autre côté, il se montrait plus timide. Les idées de famille, alors encore si puissantes, l'empêchèrent d'affirmer que tout individu prenant une quote part de la succession paierait les dettes *ultra vires*. C'est pour cette raison qu'il admettait (1) que les légataires et donataires universels étaient quittes en abandonnant les biens reçus. La règle *bona non intelliguntur nisi deducto ære aliено* n'exigeait pas plus. La jurisprudence moderne au contraire n'a pas eu ces hésitations et résolument elle déclare tous les appelés à titre universel : héritiers, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel tenus des dettes *ultra vires* (2). Seulement si elle a ainsi pris comme exemple le droit romain, qui avait pour principe d'assimiler l'héritier institué et l'héritier *ab intestat*, elle rencontre dans la loi une institution tirée du droit romain lui-même : le bénéfice d'inventaire, qui permet à l'appelé de limiter sa responsabilité à l'actif qu'il reçoit. Le Code a aussi tiré de ce même droit romain, le principe : n'est héritier qui ne veut, qui suppose l'acceptation de l'héritier, pour qu'il soit obligé de payer les dettes héréditaires et qu'il puisse prendre l'actif. C'est évidemment une maille qui manque dans le réseau de la sécurité, puisque le patrimoine des parents, même les plus pro-

(1) V. Pothier, éd. Bugnet, t. I, p. 523, n° 113.

(2) V. pour le successeur irrégulier, Toulouse, 16 mars 1882, S.83.2.73 ; — pour le légataire universel, Cass., 13 août 1851, S. 51.1.65.

ches, ne peut être obligatoirement tenu des dettes du défunt, puisque nous ne connaissons plus les héritiers nécessaires.

Le Code civil allemand connaît l'héritier *ab intestat* et l'héritier institué (art. 2087 et suiv.). Pour le premier il semble, malgré controverse, qu'il est en principe tenu des dettes de façon illimitée. Il faut admettre la même situation pour l'héritier institué. Les solutions sont donc les mêmes qu'en droit français.

D'autres lacunes existent encore dans le droit moderne, par ce fait qu'il a développé la notion de responsabilité limitée des associés : commanditaires et actionnaires (1). De la sorte, si les créanciers des associés conservent toujours des droits sur la part de leur débiteur : commandite ou action, sauf à les exercer de façon particulière, les créanciers sociaux n'ont plus qu'un gage limité à l'apport réalisé ou promis des commanditaires et actionnaires. Mais par contre, dans cet ensemble illogique que nous offre, au point de vue que nous adoptons en ce moment ci, la notion de patrimoine, on a maintenu très rigoureusement l'impossibilité pour le propriétaire d'un bien de faire de celui-ci un patrimoine d'affectation, fondation ou non, sans une autorisation de l'autorité publique ou une permission de la loi, qui auront pour résultat de créer un patrimoine nouveau (fondation) ou de dédoubler un patrimoine (acceptation bénéficiaire, constitution de dot sous le régime dotal).

Ainsi donc pour résumer la conception du patrimoine qui a été jusqu'ici adoptée , malgré des changements successifs, on trouve au fond cette idée. Le débiteur, qui n'engage plus sa personne, même sous la forme adoucie de la contrainte par corps, depuis la loi du 22 juillet 1867, donne du moins à son créancier le maximum de sécurité, en engageant tout son patrimoine et dans la plus large mesure possible, celui de ses héritiers. Mais cette conception est comme un tissu plein de trous, avec le partage égal entre créanciers, l'acceptation bénéficiaire, la responsabilité limitée de cer-

(1) Articles 26 et 33 du Code de commerce.

tains associés. On y trouve en effet des limitations inspirées de la liberté des héritiers, de la loi du moindre effort, de l'idée de sécurité dynamique (encouragement à l'action par la responsabilité limitée de l'héritier bénéficiaire et surtout de l'actionnaire).

On peut facilement critiquer cette notion du patrimoine empruntée à l'idée de sécurité dynamique. Et l'on ne s'en est pas fait faute depuis quelques années, à la suite de la puissante attaque de M. Gény (1). Il est certain qu'Aubry et Rau ont été trop loin dans cette conception subjective du patrimoine (2) et qu'ils ont tiré des solutions légales plus qu'il ne convenait, tout au moins derrière leurs idées voyait-on poindre cette notion pratique vivante de sécurité complète du créancier. Il s'agirait de voir si l'on en a trouvé une autre pour la remplacer. Au fond, les adversaires de cette conception ont bien parlé de la reconstruction de la notion de patrimoine (3), mais je crois qu'ils ont peu reconstruit ou du moins ils sont restés dans une idéologie un peu vague, dont on ne peut rien tirer, et c'est tout naturel, car leur méthode est plus défectueuse que celle d'Aubry et Rau, à travers laquelle on devine du moins une conception forte ; si l'on veut du crédit, il faut armer les créanciers.

Je me demande si derrière la question principale que l'on agite ici : l'obligation de l'héritier *ultra* ou *intra vires*, il n'y a pas au fond ces conceptions d'humanitarisme, plutôt faites pour se marier avec les idylles à la Florian qu'avec les idées robustes qui

(1) V. *Méthode d'interprétation*, p. 126-128. — Cf. Cazelles, *De la continuation de la personne* (thèse de Paris 1905, p. 376 et suiv.) ; Plastara, *La notion juridique du patrimoine* (thèse de Paris, 1903, p. 60 et suiv.).

(2) V. déjà un abandon de leurs idées dans Vacher Lapouge, *Du patrimoine*, p. 6, thèse de Poitiers, 1870, et l'excellente critique de la théorie d'Aubry et Rau dans Roguin, *La règle de droit*, p. 376 et suiv. et dans Percerou, *article cité*.

(3) V. Plastara, *op. cit.*, p. 66. Au contraire M. Percerou, La liquidation du passif héréditaire, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 557 et M. Cazelles, *op. cit.*, p. 302 ont émis des idées sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

conviennent à la civilisation occidentale, qui se targue d'aimer l'activité et qui ne doit pas repousser les énergies qu'elle comporte. On s'apitoye sur le pauvre héritier ou légataire universel tenu *ultra vires*, qui est souvent plus attaché au produit du travail qu'au travail même, bourgeois sans activité, sans pensée, qui déshonore la classe capitaliste qui, si elle veut régner, doit savoir agir. On veut qu'il ne soit tenu qu'*intra vires*, qu'il n'ait que les bonnes chances sans les mauvaises. On favorise tout ce qui limite la responsabilité limitée ; on admire le procédé de l'action, de la commandite, on s'extasie devant le bien de famille insaisissable, les rentes pour accidents insaisissables. C'est une conception de sécurité statique. Chacun doit conserver tranquillement ce qu'il a. Le créancier apparaît comme un empêcheur de danser en rond.

Tout cela n'est que solutions convenables pour des dames veuves ou des gens retraités. On en vient à se demander comment cela peut se concilier avec les dominantes de la civilisation occidentale : plus d'activité, plus d'énergie, le plaisir trouvé dans l'action, la recherche, et non pas dans la jouissance paisible des biens possédés.

On voit en somme déjà apparaître deux notions du patrimoine, qui ne sont pas autre chose que des façons de comprendre la vie, auxquelles la technique juridique donne l'habit qui leur convient. La vieille théorie d'Aubry et Rau tout d'abord ; le créancier puissant, car si la loi admet que quelqu'un soit créancier, c'est pour qu'on le paye. L'autre, c'est celle des gens qui rêvent un monde si doux « où jusqu'à je vous hais tout s'y dit tendrement », c'est le rêve maladif de quelque millénaire. Avec elle, toute personne peut facilement établir une partie inaliénable de son patrimoine, scinder ainsi celui-ci en deux (régime de la dot, régime des biens de l'héritier bénéficiaire, bien de famille inaliénable). En toute occasion, on reconnaîtra des rentes inaliénables qui formeront un petit patrimoine à côté de l'autre (insaisissabilités des retraites ouvrières, des rentes pour accidents du travail). On facilitera toutes les fondations, on favorisera tous les patrimoines d'affectation.

Il serait facile de critiquer ces idées sans les démasquer, de s'attaquer uniquement à des techniques : à la notion de patrimoine. Mais les techniques ne sont que des armures, masses rigides qui ne se plient qu'imparfaitement aux mouvements de l'homme, parce qu'elles maintiennent une certaine sécurité par leur raideur même. Laissons-les de côté. Visons au cœur même de la difficulté, aux conceptions de la vie. Présentons notre conception et donnons-la sans hésiter comme purement subjective. Ne la colorons pas d'une objectivité toute supposée. Disons seulement que par cela seul qu'une idée subjective est commune à plusieurs, elle acquiert quelque chose d'objectif.

La tranquillité convient aux faibles, à tous les vaincus de la vie qui, après le combat, ont mérité le repos. Pour les autres, qu'ils aillent à la bataille. Nous admettons que les hommes puissent avoir une étroite ligne de retraite : qu'ils puissent former dans leur patrimoine un autre patrimoine, comme un donjon dans un château féodal. Que l'ouvrier victime d'un accident, que l'ouvrier retraité aient une maigre rente assurée par l'insaisissabilité (1), que le propriétaire ait un tout petit bien insaisissable (2), et nous dirons : la loi peut établir de plein droit pour une personne un second patrimoine mieux à l'abri des événements pour lui permettre de vivre quoi qu'il arrive.

A côté de cette idée de sécurité statique, il y a celle de sécurité dynamique. Le créancier doit pouvoir obtenir de son débiteur le maximum de sécurité. Mais ici la conception classique du patrimoine telle que nous l'avons tirée du point de départ d'Aubry et Rau, se complique. Va-t-on donner de plein droit au créancier la sécurité maxima : préférence sur les créanciers postérieurs en date, droit même sur les patrimoines propres des héritiers après la mort. Un point d'abord nous paraît hors de doute. Le créancier peut exiger ces garanties. S'il est libre de ne pas prêter, il

(1) Loi du 6 avril 1910, art. 21.
(2) Loi du 12 juillet 1909.

peut imposer ses conditions. De là la nécessité de permettre des hypothèques ou nantissements sur les divers biens présents ou futurs. C'est ce que la loi a traduit sous des formes pratiques par l'hypothèque des biens à venir (art. 2130), par le nantissement des fonds de commerce (V. loi du 19 mars 1909, art. 9, qui toutefois exclut les marchandises de cette forme de nantissement). Restent en dehors de là les meubles corporels, qui ne peuvent être donnés en garantie que sous la forme très imparfaite du gage, c'est-à-dire d'une mesure supposant déplacement de possession.

Mais qu'arrive-t-il si le débiteur vient à mourir? C'est ici que le régime successoral apparaît très faible au point de vue de la sûreté qu'il donne aux créanciers héréditaires. L'héritier n'accepte que s'il le veut, et il peut accepter seulement sous bénéfice d'inventaire. Régime doux pour les héritiers, mais singulièrement dangereux pour les affaires et pour l'élévation sociale des hommes qui, capables de commander, de diriger un établissement, n'ont pas des ressources pécuniaires. Quand un employé, un ouvrier intelligent veut se mettre à son compte et cherche à emprunter des capitaux, il les absorbe vite dans une première mise de fonds. S'il meurt peu après, il est probable qu'on ne retrouvera pas suffisamment pour les payer, en revendant tous les biens où se sont englouties toutes les sommes prêtées. Non seulement la marche de l'affaire, mais le paiement des créanciers dépend de la vie d'un homme.

Y a-t-il un remède, quand l'acceptation est volontaire comme en droit français et peut être bénéficiaire? N'est-ce pas tuer toute entreprise à longue portée, limiter tout à la chance incertaine de continuation d'une vie humaine? La situation est ici difficile. La femme ne peut être associée de son mari (1), de sorte qu'elle pourrait convenir dans l'acte de société de continuer seule l'entreprise si elle devient veuve. On ne peut associer les héritiers présomptifs s'ils sont mineurs, tout au plus tolère-t-on que le

(1) V. Plc, Nullités de sociétés spécialement entre époux, *Revue de droit civil*, 1907, p. 81 ; Cass., 19 mai 1908, *Revue de droit civil*, 1908, p. 544.

commerce continue en leur nom. Par contre il est heureux qu'on puisse (comme cela a lieu de plein droit dans le Code civil suisse par la solidarité qu'il établit entre héritiers, art. 603 et 639), en stipulant l'indivisibilité, faire que l'on pourra réclamer la totalité de la dette à un seul des héritiers et éviter les complications et en outre les risques d'insolvabilité résultant du principe de la division des dettes.

L'impossibilité de garantir suffisamment le créancier contre les chances de mort se retourne encore contre le débiteur et ses héritiers, dans l'impossibilité pour le premier de faire un pacte sur succession future liant déjà l'héritier envers le créancier. On ne peut que demander la garantie des futurs héritiers déjà majeurs, qui pourront assumer la dette comme codébiteurs solidaires ou cautions. Mais les mineurs, les héritiers non conçus échappent actuellement à toute obligation. Ici apparaît la faiblesse des conceptions individualistes et de ces législations adoucies, mais à courte vue, oublieuses de ce principe que, sans durée, on ne fait rien de grand (1).

S'il me paraît nécessaire qu'un homme puisse faire flèche de tout bois et donner au créancier le maximum de sécurité, je ne juge pas indispensable que cela soit le droit commun. Je me fonderai d'abord sur une remarque psychologique. Quand on observe les hommes d'affaires dignes de ce nom, on voit qu'ils n'ont pas cette superstition de la sécurité, qui est à la base de la notion classique du droit. Habitués à la lutte, ils le sont par là même au danger, ils n'ont pas cet esprit du bourgeois rentier qui ne gagnant rien, a le plus grand besoin de conserver. Pratiquement, en général, ils n'ont donc pas besoin de cette sécurité maxima (2).

(1) Il semble qu'au contraire le Code civil allemand a fait place à ces idées avec la théorie du contrat d'hérédité (art. 2274 et suiv.) (V. *Trad. officielle*, III, p. 841. V. de même Code civil suisse, art. 481 et suiv., théorie bien plus large que la donation de biens à venir du droit français qui ne s'applique que dans les contrats de mariage. — V. Saleilles, *Théorie de l'obligation d'après le Code civil allemand*, p. 160, 2e éd.

(2) Ici apparaît cette importance de la représentation sociale des choses mise en valeur par M. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*.

on comprend donc que la plus grave conséquence de cette sécurité : l'obligation des héritiers aux dettes sans aucune limite puisse disparaître, soit qu'on fasse du bénéfice d'inventaire une simple faculté, soit qu'on fasse de la responsabilité limitée quant aux dettes un bénéfice qui serait de droit pour tous les appelés à la succession, comme le désirent certains auteurs. Mais certaines solutions dont on ne sent pas l'utilité peuvent être regrettées le jour où elles disparaissent.

De même, on peut admettre qu'au lieu d'avoir garantie sur les biens actuels et futurs de façon ferme, on perde tout droit sur les biens à mesure qu'ils sortent du patrimoine pour en acquérir sur ceux qui entreront, de sorte que le gage augmentera ou diminuera à chaque acte à titre gratuit du débiteur, donation reçue ou faite, à chaque perte ou à chaque gain réalisé par la destruction d'un objet, un contrat à titre onéreux malheureux ou heureux. On peut admettre de même que le créancier, se contentant de cette garantie mouvante, accepte de voir remplacer la règle *prior tempore potior jure*, par celle plus simple du partage proportionnel.

Mais en vertu de quelle donnée limiter ainsi les droits du créancier ? On peut y voir une idée d'indulgence pour le débiteur qu'on ne veut pas surcharger par une obligation trop dure. Si le but est de sauvegarder pour l'homme un minimum de biens, je l'approuve, car il faut que l'homme en société ait un minimum de droits, sous peine de n'être qu'un paria prêt à une révolte explicable. Mais les mesures en question ne traduisent guère la pensée d'atteindre un pareil but. C'est bien plutôt le doux humanitarisme, qui pousse à adoucir sans cesse les mesures en faveur des débiteurs, état d'esprit dangereux, car il ne suffit pas d'obéir à des sentiments, il faut avoir un but et savoir comment on peut le concilier avec d'autres. Aussi il nous semble plus sage de se contenter de ces règles de droit commun que nous venons d'exposer, en les défendant pour leur simplicité, la facilité qu'elles donnent aux transactions. Les héritiers n'hésiteront pas à accepter, ayant

la ressource du bénéfice d'inventaire. Les acquéreurs n'hésiteront pas à acquérir, les biens étant libres de charge, sauf le cas d'hypothèque constituée. Le règlement proportionnel entre créanciers sera plus simple que celui par ordre de dates.

Si les solutions actuelles s'expliquent par des raisons de simplicité, il n'est pas pratiquement indifférent de le constater. Nous sommes en face d'une solution dont la valeur est toute relative, et toutes les fois que le débiteur paraîtra peu intéressant et le créancier beaucoup plus, il n'y aura pas de raison décisive pour ne pas revenir à une sécurité plus grande donnée au créancier. C'est ce que font les lois ouvrières modernes quand, pour assurer à l'ouvrier invalide le minimum d'existence, elles créent des organisations compliquées contre l'insolvabilité possible du patron (V. loi du 9 avril 1898, art. 23 et 24 ; loi du 27 décembre 1895 concernant les caisses de retraite de secours et de prévoyance fondées au profit des ouvriers et employés).

C'est ce qui pourrait être fait également quand il s'agit de créanciers devenus tels malgré eux, comme le créancier en vertu de la loi, d'un délit, d'un quasi-délit, etc., et c'est ce qui s'imposerait encore davantage à l'attention, s'il s'agissait d'un débiteur en faute, c'est-à-dire malhonnête ou négligent, peu intéressant par lui-même, bien que les créanciers contractuels aient eu tort jusqu'à un certain point d'avoir confiance.

Ainsi présentée, la règle de l'article 2093 du Code civil nous apparaît comme une solution simple, commode et rien de plus, par suite elle doit céder dès qu'il y a quelque motif sérieux d'agir autrement. Il ne faut nullement en avoir le fétichisme, parce qu'elle vient du droit romain, car il ne faut pas oublier que l'Ancien droit l'avait atteinte gravement par ses hypothèques générales, que le droit moderne l'atteint aussi par les principes de garantie sans cesse plus importants de ses lois ouvrières (1).

(1) Nous nous séparons à ce point de vue de la théorie émise par M. Cazelles dans son excellente étude : *L'idée de la continuation de la personne*

Le principe que le patrimoine gage des créanciers est une masse flottante qui croît ou décroît sans cesse par les opérations bonnes ou mauvaises n'est pas plus intangible. Ce principe simple cédera aussi devant des intérêts majeurs. C'est ce qu'ont fait l'article 190 et l'article 191 du Code de commerce, en établissant une garantie spéciale et plus durable sur la fortune de mer de l'armateur, en faveur de ses créanciers pour commerce maritime.

Nous avons vu le maximum que peut exiger le créancier, nous avons vu ce qu'il peut être raisonnable de lui donner de plein droit pour faire de sa créance un titre suffisant. Quelle est le minimum auquel on peut le réduire ?

Un débiteur peut-il ne donner action à un créancier que sur une partie de son patrimoine ? La question qui ne paraît pas s'être présentée sous cette forme simple et générale, a été au contraire fréquemment soulevée en jurisprudence, à propos des sociétés à objet civil et à forme anonyme créés avant 1893. Il a été reconnu à ce sujet que le débiteur, dans l'espèce l'actionnaire, pouvait limiter la responsabilité au montant de ses actions (1), sauf à se diviser pour savoir si cette réserve de responsabilité limitée était suffisante, étant insérée dans l'acte de société, ou s'il fallait la

comme principe des transmissions universelles (thèse de Paris, 1905, p. 304). Il représente l'obligation comme « une aliénation partielle en valeur » qui ne saurait excéder la totalité du patrimoine, de sorte que s'il y a plus de passif, il y a lieu de faire pour l'excédent de ce passif une réduction proportionnelle. « La réduction au marc le franc n'est pas seulement un procédé équitable de paiement. C'est dès l'instant du déficit, la loi économique de fixation de la valeur de l'obligation. » Le début de cette théorie expliquerait bien mieux un paiement par ordre de date, une sorte de réduction des obligations les plus récentes, analogue à la réduction des donations en cas d'atteinte à la réserve, et alors il semble difficile de considérer le partage au marc le franc comme ayant le caractère nécessaire qu'il lui assigne.

(1) V. sur ces questions, Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 1078 ; Thaller, n°s 740 et suiv. ; Labbé, Note dans Sir. 1884.1.301 ; Thaller, note dans Dall. 1904.1.417 ; Wahl, note dans Sir. 1906.1.385 ; Percerou, note dans Dall. 1905.1.25 et les autorités citées. V. Cass., 13 juin 1904, S. 1906.1.385, D. 1905.1 25.

répéter dans le contrat passé avec le créancier, comme le veut la jurisprudence, distinction importante, car, dans le second cas, la limitation est nécessairement inapplicable à toute obligation extra-contractuelle. La jurisprudence a reconnu de même qu'une personne pouvait s'obliger, sans obliger ses héritiers et même les biens de sa succession (1).

En tous cas, on peut dire, de manière générale, que le créancier peut consentir à n'avoir qu'un gage limité, l'article 2092 n'étant pas d'ordre public ; mais cela n'étant possible que de son consentement, il en résulte, comme l'a reconnu exactement la jurisprudence, que cela n'est exact que pour le créancier par contrat. Nous remarquerons d'ailleurs que là où la responsabilité limitée est établie expressément par la loi, il y a au moins une tendance à relever la faute personnelle commise par les organes de la société et à les déclarer responsables sur leur propre patrimoine. C'est ce qui a lieu pour les sociétés par actions, pour le cas de faute des administrateurs. Indiquons-le sans insister d'ailleurs sur la nature de cette responsabilité (2). Il nous suffit de constater que la limitation de responsabilité à un certain patrimoine est de sa nature applicable seulement aux contrats (3), du moins dans le droit actuel.

Par contre, lorsque la loi déclare un bien insaisissable, rente sur l'Etat, rente de l'ouvrier blessé, retraite, elle admet que le créancier est présumé de façon absolue avoir connu cette situation, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que le débiteur lui ait fait connaître au moment du contrat qu'il n'offrait en garantie qu'un patrimoine partiel. C'est là une des faveurs considérables de

(1) V. Caen, 23 décembre 1900, *Gaz. Pal.*, 1910.1.172.

(2) V. la loi du 22 juillet 1867, art. 44. — Cf. Thaller, n° 670 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 824 *bis* et 825 ; Saleilles, *La personnalité juridique*, p. 330 et suiv.

(3) V. sur la responsabilité de la femme dotale à propos de ses délits, quasi-délits et quasi-contrats, Baudry, Lecourtois et Surville, *Contrats de mariage*, t. III, n° 1078 ; Aubry et Rau, t. V. § 537 ; Planiol, t. III.

l'insaisissabilité légale, mais nous verrons que ce n'est pas la seule.

Dans certains cas, la loi établit un procédé spécial et elle arrête ou limite le développement d'un patrimoine en l'empêchant de se confondre avec le patrimoine ordinaire d'une autre personne auquel il est venu s'accoler. Le patrimoine reste, mais des biens à venir ne peuvent plus venir s'y joindre. C'est le cas pour la succession bénéficiaire, le patrimoine d'un absent, la dot de biens présents, patrimoines qui, accolés à d'autres, ne peuvent se développer. A côté il y a ceux dont le développement est limité : la fortune navale de l'armateur, la dot comprenant les biens à venir (1).

Si une personne peut limiter le gage du créancier avec lequel elle contracte à une partie de son patrimoine, et si celui-ci peut, en acceptant cette clause, se la rendre opposable, peut-elle en sens inverse faire échapper certains biens à la poursuite de ses créanciers actuels et par a fortiori de ses créanciers futurs ? Ici la solution est inverse de la précédente et le créancier ayant un droit acquis sur tout ce qui appartient, ou pourra appartenir à son débiteur, celui-ci ne peut rien lui soustraire. C'est ce qui est admis par l'article 1510 du Code civil à propos de la clause de séparation de dettes (2). Cette clause n'empêche pas le créancier d'avoir action sur le mobilier actuel et futur de son débiteur, tel qu'il peut être constaté par inventaire, et s'il n'y en a pas, sur tous les biens communs.

La solution fait beaucoup plus de difficulté à propos de la mise d'un bien en société. Si on considère la société civile comme n'ayant pas la personnalité morale, cette indivision profite de l'article 2205 du Code civil et le créancier d'un associé ne peut saisir une quote-part, ce qui le met en état d'infériorité vis-à-vis des créanciers sociaux qui peuvent saisir le tout (3) et lui permet

(1) Cf. sur la liste de ces patrimoines spécialisés, Plastara, *op. cit.*, p. 98.

(2) V. Planiol, t. III, n° 1133 ; Baudry, Lecourtois et Surville, t. II, n°s 1360 et 1361.

(3) V. Baudry et Wahl, *Société*, n° 350, p. 227, 3e éd. ; Aubry et Rau,

seulement de concourir avec les créanciers sociaux sur le prix des biens qu'ils ont saisis. Si la société a la personnalité, comme l'admet la jurisprudence, il faut considérer que les créanciers des associés se verront préférer sur les biens de la société les créanciers sociaux. Mais du moins pourront-ils saisir la part sociale de leur débiteur.

De même sous le régime dotal, si la femme peut se constituer des biens en dot, elle ne peut nuire aux créanciers antérieurs au mariage, qui pourront saisir la dot comme par le passé.

Ainsi donc, quelque parti que l'on adopte, ou quelque action que l'on envisage, on aboutit à dire que le débiteur n'a pas pu, en cas de communauté ou de société, constituer un patrimoine à l'abri des poursuites de ses créanciers actuels. S'il peut le faire dans un cas, lorsqu'il s'agit de la constitution d'un bien de famille dans les termes de la loi du 12 juillet 1909, il ne le peut que du consentement au moins tacite des créanciers qui doivent être prévenus par voie d'affiche et ont un droit d'opposition (art. 7 et 8). Il n'est dérogé au droit commun qu'en ce que le consentement des créanciers est présumé, en cas de silence de leur part.

Au contraire, la loi permet de créer un bien insaisissable au regard de tous, même des créanciers antérieurs, lorsqu'il s'agit de rentes pour accidents (loi du 9 avril 1898, art. 3), de retraites ouvrières (loi du 31 mars 1903, art. 96), de sommes ou pensions pour aliments (art. 581-4°, C. proc.). Elle en fait ainsi un petit patrimoine, sur lequel n'auront action que les créanciers pour aliments, c'est cette étroite ligne de retraite qu'on ouvre aux malheureux, aux vaincus de la vie, et qu'il faut approuver. Parfois elle va même plus loin et elle interdit la saisie à tout le monde sans exception, comme pour les rentes sur l'Etat, créanciers postérieurs et antérieurs à l'acquisition sont tous sur le pied d'égalité, n'ayant aucun droit. Soit ici, soit sous le régime dotal, en établissant une insaisissabilité absolue ou relative, la loi ne permet plus seule-

t. IV, § 381 *bis*, p. 500. — Cf. Mongin, Sociétés dénuées de personnalité, *Revue critique*, 1800, p. 700.

ment de mettre à l'abri une étroite pension, elle permet de mettre au-dessus des catastrophes, des suites de la mauvaise gestion du patrimoine, une partie aussi large qu'on le veut des biens de la famille, et cela se trouve imposé à tous les créanciers par contrat. En même temps que la loi protège, elle paralyse l'activité. Elle donne la sécurité statique, mais en nuisant au crédit, c'est-à-dire à la sécurité dynamique.

Nous avons ainsi sondé les raisons pratiques de donner dans divers cas telle ou telle solution. Nous pouvons maintenant placer, comme au faîte de ces remarques, une tentative de reconstitution du patrimoine qui résumera les solutions particulières. Celle-ci sera alors destinée, non pas à régir les cas particuliers pour les faire rentrer de force dans une idée préconçue, mais à en présenter une vue synthétique. Ce ne sera pas un principe, mais une conclusion.

Le patrimoine, c'est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs. C'est la mesure de sécurité qu'elle offre dans ses rapports juridiques avec autrui. C'est donc une force qu'elle présente dans ses rapports sociaux, parce qu'elle donne une puissance de développement à ces germes que sont les droits de ses créanciers contre elle.

Comme le dit Berolzheimer (1), la personne est économiquement connue par son patrimoine. Seulement si au point de vue économique, celui qui n'a pas de patrimoine n'offre pas de garantie, au point de vue juridique, il a du moins un patrimoine potentiel. Il se rattache à la personne, parce qu'il a pour but l'avantage de celle-ci. Mais c'est tout ce que l'on peut concéder à la théorie d'Aubry et Rau. Par ailleurs il en est indépendant, en ce sens qu'il n'est pas nécessairement un comme la personne. Ainsi l'on conçoit que le patrimoine puisse être multiple pour la même personne, qu'un même individu ait en quelque sorte plu-

(1) *Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, t. IV, p. 30.

sieurs patrimoines, qu'il y ait entre eux des cloisons, et ainsi s'expliquent les obligations *intra vires* ne portant que sur certaines valeurs, les biens insaisissables, etc. (1).

L'indivisibilité ou la divisibilité du patrimoine existent ou non, sont reconnues de telle ou telle manière, suivant l'importance donnée, en présence de l'idée de sécurité du créancier, au désir de simplifier les rapports juridiques, à celui d'assurer à chacun le minimum d'existence. La conception du patrimoine n'est donc pas une et définitive de sa nature. Elle est la traduction plus ou moins parfaite des conceptions d'une époque, rien de plus. Et par cela même qu'elle est arrivée à un moment donné à sa perfection technique, elle semble appelée à la décadence, parce que plus parfaite, plus solide, elle a abouti naturellement à certains excès contre lesquels il faut réagir.

En tous cas, le patrimoine a toujours ce caractère de donner à son titulaire une certaine puissance économique.

Mais on a prétendu récemment que le patrimoine, loin d'être une force, était une faiblesse, que l'ouvrier n'ayant pas de patrimoine pour répondre de ses obligations, échappait à toute obligation (2), et que par suite les gens sans patrimoine devaient un jour triompher des capitalistes, c'est-à-dire de ceux qui ont un patrimoine (3). C'est le vieux proverbe « où il n'y a rien, le roi perd ses droits ». Mais nous ferons remarquer que si cela est vrai et a été reconnu de tout temps que le pauvre échappait par là même à ses obligations, par contre ceux qui ont un patrimoine et des créances ont pour eux certaines armes qui ne sont pas négligeables. Il ne faut pas oublier qu'il existe un droit pénal, qui fonc-

(1) V. en ce sens, Emmanuel Lévy, Exercice du droit collectif, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 98.

(2) Emm. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, p. 27. « Quelle est l'obligation de cette collectivité [ouvrière] ? Quel est son devoir ? Quel est le passif du travail ? Il n'y a pas de passif du travail, car qui n'a rien n'a pas de dettes, qui n'a rien ne doit rien. Car seules les choses sont obligées et là où il n'y a pas de capitaux, il n'y a pas d'obligations. »

(3) *Op. cit.*, p. 28.

tionne pratiquement surtout contre les pauvres, comme pratiquement le droit civil fonctionne surtout contre les personnes ayant un patrimoine. Il y a aussi la force de pouvoir attendre. Dans une grève, entre le patron qui perd de l'argent, en laissant son usine inactive, en refusant les commandes, et les ouvriers qui l'ont quitté sans préavis, celui-là cédera le premier qui ne pourra pas supporter plus longtemps cette situation, et parfois ce sera l'ouvrier qui n'aura plus le pain du lendemain. L'absence de patrimoine n'est donc pas une force absolue, appelée forcément à vaincre, de même que le patrimoine n'est pas une force invincible. C'est une arme dont il faut savoir se servir. Celui-là souvent cède qui croit que son adversaire pourra résister plus longtemps, lui causer de plus grands dommages. Ce qui domine, c'est chez chaque antagoniste une représentation de la réalité, qui peut d'ailleurs être inexacte.

Maintenant il faut bien avouer que si un syndicat ouvrier ne possède rien, comme cela est actuellement la volonté arrêtée de ses dirigeants, si d'un autre côté il peut compter au moment de la lutte sur l'aide des autres (soit des autres corporations, soit des ouvriers d'autres usines dans la grève par échelons), si en outre il est indifférent aux condamnations pénales prononcées contre les chefs et s'il peut les remplacer, par cela même il a une force considérable, de sorte qu'on peut dire qu'en face de lui, rien ne peut résister. Mais il faut que cela dure. Il se produit une situation telle qu'on ne peut plus dire pratiquement s'il y a d'un côté cette force permanente qu'on nomme le droit.

Tout ce qui résulte de là, c'est que si le patrimoine est une force dans les rapports sociaux, il n'est pas la seule force. S'il est une puissance pour son titulaire, c'est à lui d'établir dans quelle mesure il entend en user : s'il le fera dans toute l'intensité possible, ou modérément, ou avec des réserves. Cette force, il peut l'organiser comme il l'entend, en une masse unique, ou au contraire il peut en tirer des masses d'affectation spéciale, soit dans son intérêt propre, soit dans l'intérêt d'autrui : d'une personne en particulier, comme au cas de caution réelle, ou de personnes en

masse, désignées ou à désigner, comme dans une fondation. L'indivisibilité du patrimoine n'a donc aucune raison d'être, et la théorie d'Aubry et Rau nous paraît sur ce point définitivement condamnée (1).

Mais la notion du patrimoine n'est pas purement objective, ce n'est, comme toute notion technique, que le revêtement d'une ossature tirée en partie de la nature des choses, mais en partie aussi des pures conceptions de notre esprit : de notre caractère ou de nos désirs. A côté de la part de la volonté du titulaire dans la direction et l'organisation donnée à son patrimoine, il y a dans la législation actuelle la part de la loi. Elle est d'abord la parole des silencieux. C'est elle qui a fixé, dans l'article 2092 et l'article 2093 du Code civil, quelle sera la garantie donnée lorsque le débiteur n'aura rien dit. Elle fait ici de l'interprétation, mais déjà comme dans toute interprétation, elle fait prévaloir sa volonté, s'inspirant dans notre droit français du grand principe de l'économie de temps et d'activité, pour faire prévaloir dans le doute les solutions les plus simples. En même temps, la loi a à déterminer dans une certaine mesure comment elle autorisera chez le même individu ce doublement des patrimoines. A côté du patrimoine de puissance et de lutte, si je puis dire, il faut déterminer le patrimoine de réserve, si l'on veut assurer à certaines personnes un minimum d'existence ; et il s'agit si bien là d'une conception primordiale, qu'il n'est guère de point où l'établissement de ce patrimoine n'ait donné lieu à de vives discussions : l'inaliénabilité dotale, les substitutions, la saisie-arrêt des salaires.

La construction ici ne peut être définitive, reposant sur trois fondements : la volonté de l'intéressé qui veut ménager son crédit, l'idée de simplicité, celle d'un minimum d'existence assuré, elle doit naturellement se transformer dans la mesure où l'un de ces trois appuis prendra plus d'importance, pour revêtir toujours

(1) V. déjà Vacher Lapouge, *op. cit.*, p. 6.

un aspect correspondant à la valeur donné à ces divers intérêts.

En tous cas, constatons en terminant que cette conception du patrimoine est dans le lien le plus étroit avec sa conception économique. Le patrimoine, au sens économique, étant le total des richesses dont un homme peut disposer et signifiant l'actif, c'est-à-dire la puissance économique de l'individu (1) ou encore une provision de biens économiques qui servent à produire, à conquérir d'autres biens économiques (2).

La théorie que nous avons soutenue ici nous fait rejeter sans hésitation la conception du patrimoine considéré de façon complète et absolue comme *universitas juris*, c'est-à-dire comme un groupe complexe de droits et d'obligations se transmettant tous à la fois et conjointement, parce qu'ils appartiennent à tels groupes et non en vertu de leur nature particulière individuelle, ensemble formant par lui même, et abstraction faite de ses éléments particuliers, l'objet d'un droit *in rem* (3). Les biens d'une personne ne forment unité que par une pure conception de l'esprit. Si à propos de certaines difficultés, comme la détermination de la qualité d'héritier, il y a une action spéciale, la pétition d'hérédité, soumise à des règles particulières, il faut y voir la prise en considération d'intérêts pratiques, d'économie de temps, mais non une nécessité naturelle. Tout revient toujours à examiner la force relative des intérêts en présence et les moyens de les concilier. Il n'y a donc dans le patrimoine qu'une expression collective (4) pour désigner les divers biens de la personne, en tant qu'ils sont transformables en argent et par suite susceptibles de donner garantie au créancier. Les termes *d'universitas juris* ou *d'universitas facti* n'ont jamais d'ailleurs été que des images commodes, auxquelles on a eu le tort d'attacher beaucoup trop d'importance,

(1) Longo, *Surrogazione reale nel diritto italiano*, p. 358.
(2) Wagner, *op. cit.*, p. 461 et les auteurs cités.
(3) Austin, *Philosophie du droit positif*, p. 61.
(4) Roguin. *La règle de droit*, p. 383. — Cf. Percerou, *op. cit.*, p. 647, et Cazelles, *op cit.*, p. 302.

de prendre pour des réalités (1), et nombre d'auteurs l'ont déjà admis (2). Nous devons dire simplement, il y a *universitas* dans la mesure où pratiquement il y a intérêt à l'admettre. Dans cette limite, il est permis au législateur et même au juge, si la loi ne s'y oppose pas, de soumettre un ensemble de choses envisagé comme tel, ou un jugement sur un ensemble de choses à des règles qui leur conviennent mieux d'après les idées régnantes. Mais là se limite la conception d'*universitas*. En dehors de cela le problème est de savoir dans quelle mesure les biens répondent des dettes et de quelles dettes, quelles sont les mesures aussi bien préventives que répressives, qui peuvent être adoptées pour la sauvegarde du patrimoine (action oblique, action paulienne), et sa solution découlera de considérations diverses et variables.

(1) V. notre étude de la subrogation réelle, p. 52 et suiv.
(2) Brinz, *Pandekten*, t. I, p. 203.

CHAPITRE IV

DROITS ABSOLUS ET DROITS RELATIFS

Une des divisions les plus importantes des droits est celle des droits absolus et des droits relatifs (1).

Les droits absolus, comme les droits de la personne sur elle-même, les droits de puissance, les droits réels, les monopoles, sont caractérisés par ce fait que le sujet actif possède, à l'égard de tout le monde, un certain pouvoir, au contraire les droits relatifs ou personnels garantiraient au sujet actif un droit à une certaine activité ou inactivité à l'égard d'une ou de quelques personnes seulement.

Cette distinction, qui joue dans la technique du droit un rôle capital, a besoin d'être examinée de près, et nous aboutirons à cette conclusion que la prétendue différence de nature entre le droit absolu et le droit relatif n'existe pas, que ce ne sont que des variantes d'une même chose, et que le législateur peut à son gré reconnaître tel droit comme absolu ou relatif, que cela dépend seulement de la sécurité qu'il veut donner à son titulaire. Le droit absolu, c'est le droit à contenu fort ; le droit relatif, le droit à contenu faible.

La distinction du droit absolu et du droit relatif est un produit historique. Les juristes ont commencé à Rome par confondre le droit et son objet : le droit de propriété et la chose possédée, le droit à puiser de l'eau à unesource et cette source même, le droit

(1) Bien que critiquables, comme nous le verrons, nous avons préféré ces expressions à celle de droit réel et personnel, qui semblent éveiller l'idée d'une classification plus étroite.

de *patria potestas* sur le fils de famille et l'esclave, et ces personnes mêmes (1). Cette matérialisation du droit, naturelle à une époque primitive, amenait logiquement à comprendre les droits de cette nature comme existant à l'égard de tous ou n'existant pas du tout, car forcément une chose existe ou n'existe pas, elle ne peut exister relativement. On peut donc dire qu'à l'origine il n'y avait à Rome que des droits absolus.

L'obligation même ne fut pas d'abord conçue différemment en droit romain. Cette notion abstraite est étrangère à l'ancien droit. L'emprunteur devait se livrer au prêteur à défaut de remboursement de l'argent prêté. Le droit du prêteur se rapproche de celui d'un maître, c'est une sorte de droit de propriété. Et rien d'étonnant à cela, puisque dans l'antiquité on admet que l'homme en tombant en esclavage devient l'objet d'un droit de propriété comme une chose quelconque. A défaut de notion abstraite d'obligation, on ne connaît que l'état d'obligé. Cette maîtrise prend naissance véritable par une *damnatio*, et il faudra un acte inverse pour la faire cesser (2). Et s'il y a plusieurs créanciers qui ont fait chacun une *damnatio*, si le débiteur ne s'exécute pas, il n'y a comme procédé d'exécution envers lui que le fameux : *in partes secare*.

Mais cette conception grossière ne donnait pas la clef pour résoudre de façon satisfaisante les difficultés qui se présentaient. Sous l'empire des besoins pratiques, la notion abstraite d'obligation apparut. Le jour où la théorie de l'obligation s'est affinée, on a pu alors concevoir plus nettement des droits d'une autre nature que les droits absolus : des droits n'existant qu'envers un seul ou envers plusieurs, mais non pas envers tous.

Il en est résulté une opposition de nature entre deux catégories de droits : les droits sur les choses, et les droits contre les personnes. Mais cette distinction entre droits réels et personnels est

(1) V. Girard, *Traité de droit romain*, p. 244 ; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 272, 1re éd.

(2) Cuq, *op. cit.*, p. 331.

beaucoup moins nette en droit romain qu'en France. La division des droits réels et personnels, a dit Ortolan (1), n'a pas été formulée par la jurisprudence romaine, mais a été déduite du droit romain. Les expressions *jura in re*, *jura ad rem*, avec ce sens qu'on leur attribue, n'ont été admises qu'au XII^e^ siècle. La première apparaît dans un recueil composé en Lombardie au XII^e^ siècle. Toutes deux se rencontrent au XIII^e^ siècle opposées l'une à l'autre dans des constitutions pontificales. C'est du droit canon qu'elles paraissent avoir passé dans la jurisprudence séculière. Si la procédure romaine a connu très bien les actions *in rem* et *in personam*, la rédaction de la formule contenait cependant un système un peu flottant : certaines actions personnelles ayant une *intentio in rem scripta* (comme l'action *quod metus causa*) et inversement certaines actions réelles mentionnant le nom du défendeur (2).

Ce fut seulement vers la fin de l'ancien droit, que l'on tira complètement du droit romain la théorie des droits réels et personnels, que nous trouvons exposée nettement au XVIII^e^ siècle. « Les droits, dit Argou (3), sont de deux sortes : les droits réels et les droits personnels. Les droits réels sont ceux qui sont attachés à la chose et qui font qu'elle nous appartient ou que nous en tirons quelque utilité. Les droits personnels sont ceux par le moyen desquels nous avons la faculté de poursuivre quelqu'un en justice pour l'obliger de nous donner ou de faire quelque chose. » Pothier parle du même point dans son *Introduction générale aux coutumes*, et il oppose notamment le droit du fermier ou locataire qui n'est pas un droit dans la chose, *jus in re*, mais une créance ou action personnelle contre le bailleur, qui naît de l'obligation que celui-ci a contractée envers lui. Or cette créance n'a point pour objet, dit-il (4), la métairie ou la maison même, mais elle a pour objet un

(1) *Généralisation du droit romain*, 7^e^ éd., p. 490.
(2) Girard, *Traité de droit romain*, p. 988.
(3) *Institutions au droit français*, 1771, p. 111.
(4) Ed. Bugnet, t. I, p. 10.

fait. En cela elle est différente du droit d'un usufruitier qui est un droit sur l'héritage, *jus in re*.

Dans l'ancien droit, cette distinction des droits réels et personnels se trouvait d'ailleurs compliquée par suite des obligations féodales, de la multiplicité des droits réels, qui souvent avaient pour résultat de faire que le titulaire d'un droit de cette sorte pouvait exiger non seulement une abstention, mais un fait positif : le paiement d'une rente, certains services féodaux, etc.

On se trouvait en effet abandonner la théorie traditionnelle, suivant laquelle le droit réel ne peut jamais imposer qu'une simple abstention ou le fait de ne rien accomplir qui puisse nuire à la personne investie activement du droit, le droit personnel au contraire étant beaucoup plus énergique, permettant d'exiger du débiteur un fait positif, une prestation et lui seul pouvant avoir cet effet, de sorte que l'existence d'un droit de créance constituait seule une charge exceptionnelle pour le débiteur, un élément du passif dans son patrimoine.

Sans doute, à la suite de la Révolution, le Code civil est revenu à la simplicité du droit romain en matière de droits réels, toutes les servitudes ayant un caractère féodal ont disparu. Si les propriétaires, d'après l'article 686 du Code civil, peuvent établir telles servitudes que bon leur semble, il faut néanmoins que les services établis ne soient pas imposés à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, qu'ils constituent une simple abstention de la part du propriétaire du fonds servant.

Mais une complication est presque en même temps survenue au XIX^e^ siècle, par suite des monopoles, brevets d'inventions, marques de fabriques, dessins et modèles industriels, qu'il a fallu faire rentrer dans la division bipartite ancienne, où ils ne cadraient que malaisément.

Il y a eu aussi la propriété littéraire et artistique qui a été reconnue à la Révolution et dont le champ d'application tend sans cesse à s'étendre avec la variété des productions ayant un caractère

artistique (1). Il faut tenir compte également du droit au nom de famille et spécialement du droit au nom commercial, et des autres droits qui ont pris une très grande importance en matière commerciale : droit à une raison sociale, à une enseigne, à certains titres, etc., tous droits qui ont une valeur pécuniaire, qui se vendent et s'achètent et qui par le développement industriel et commercial sont devenus très précieux et sont l'objet de graves contestations (2).

Il n'y a pas eu seulement tout un ensemble de droits sur la nature desquels (propriété ou droit *sui generis*), on a hésité et sur lesquels on ne se prononce pas très nettement pour en faire des droits réels.

Pour certains, on a discuté longuement, avant de savoir s'ils étaient réels ou personnels Il y a eu le droit au bail, dont la nature est devenue malaisée à discerner depuis que l'on a admis le principe de l'obligation pour l'acquéreur de respecter le bail de l'immeuble vendu et pour lequel la qualité de droit personnel n'est reconnue aujourd'hui qu'après une assez longue controverse (1). Il y a eu l'emphytéose, dont on a fait tantôt un droit personnel, tantôt un droit réel, jusqu'à ce que la loi se soit prononcée sur ce point (2), il y a le bénéfice de séparation des patrimoines sur la nature duquel on hésite même en jurisprudence (3). On peut hésiter aussi

(1) V, not. Picard, Embryologie juridique, *Journal de droit international privé*, 1883, p. 503 ; Planiol, t. I, n° 2345 ; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 350.

(2) V. Perreau, Contribution à l'étude du nom civil, *Revue critique*, 1902, p. 582 et les autorités citées. — Cf. Ambroise Colin, Note au Dalloz, 1904.2. 1 ; Saleilles, Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne, *Revue critique*, 1900, p. 91 ; Perreau, *Le droit au nom en matière civile*.

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 471 ; Guillouard, *Louage*, t. I, n° 28 ; Planiol, t. II, n° 1802 et suiv. ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 81 ; Baudry et Wahl, *Louage*, t. I, n° 684 et suiv.

(2) V. Loi du 25 février 1902, art. 1er, et sur le caractère réel de l'emphytéose avant cette loi, Aubry et Rau, t. II, p. 646 ; Guillouard, *Louage*, t. I, n° 10 , Baudry et Wahl, *Louage*, n° 1445.

(3) V. Cass., 27 juillet 1870, S. 72.1.153 ; Planiol, t. II, n° 2198 ; Baudry et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 871.

sur le caractère des redevances minières (1), ou dans d'autres cas analogues.

N'est-il pas bizarre que l'on discute ainsi, si le droit réel et le droit personnel ont une nature *essentiellement* différente. C'est cependant l'opinion générale ; d'après elle, le droit absolu porte directement sur une chose sans aucun intermédiaire, et les attributs ordinaires du droit réel : droit de préférence et droit de suite n'en sont que la conséquence. Portant directement sur la chose, le droit peut s'exercer en dépit de toute circonstance de fait, de toute aliénation (droit de suite) ou de tout autre droit du même genre qui pourrait être invoqué (droit de préférence). On explique de même que le droit réel suppose une chose individuellement déterminée. il ne peut en effet porter directement sur une chose à déterminer, il suppose une entente préalable pour cette détermination.

Le rapport direct qui existe, dit-on, entre le titulaire du droit réel et sa chose suppose un objet précis, existant déjà, avec lequel il y aura un lien de droit.

Le droit relatif au contraire serait un droit envers une personne, de sorte qu'on ne pourrait l'exercer que par le concours d'un tiers, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un concours actif ou d'une abstention.

Ce droit n'existant qu'envers une seule personne, ou quelques-unes tout au plus, il en résulterait d'abord l'impossibilité d'exercer à son sujet un droit de suite : les tiers n'étant pas obligés, on ne peut rien exiger d'eux, pas même une abstention. Le droit de préférence peut également disparaître, car si plusieurs créanciers ont droit à la même chose, on ne voit pas de raison pour préférer l'un à l'autre, et c'est pour cela qu'en cas d'insuffisance des biens du débiteur, il y aura, d'après l'article 2093 du Code civil un partage proportionnel entre les créanciers. Mais cette règle n'a rien d'absolu, la loi peut trouver par ailleurs des raisons pour

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 27 ; Baudry et Chauveau, *Des biens*, p. 333, — Cass., 27 octobre 1885, S. 87.1.252.

préférer un créancier à l'autre, pour établir un *privilegium inter personales actiones*. Enfin le rapport existant ici entre personnes, il peut n'avoir qu'un objet futur ou indéterminé (art. 1130, C. civ.).

La distinction des droits réels et personnels, avec les différences pratiques qu'on y rattache, apparaît donc, dans le système ordinairement admis, et que nous venons de résumer, comme tenant à la nature même des choses ; c'est en quelque sorte une théorie nécessaire, à laquelle il a seulement fallu le travail du temps pour se dégager. Il y aurait entre eux cette différence que l'un est en quelque sorte la préface de l'autre. Le droit réel est acquis, le droit personnel est une espérance, un acheminement vers le droit réel, la propriété, comme l'a développé M. Roguin (1).

Si cette différence était exacte, les faits seraient suffisamment clairs pour éviter toute hésitation et on ne devrait pas pouvoir discuter, pour classer un droit comme réel ou personnel. Et nous avons vu qu'il n'en est rien. La prétendue différence n'est donc guère fondée. Voici d'ailleurs l'explication de cette erreur : les droits s'exerçant directement sur la chose sans l'intermédiaire de personne, cela n'est qu'une forme nouvelle de la confusion du droit avec son objet. Le droit suppose la vie en société, et alors il existe nécessairement à l'égard de quelqu'un. Ainsi un droit n'existe pas à l'égard d'un bien. De même qu'il n'existe pas entre deux choses. Si les choses interviennent dans le droit, ce n'est pas à titre unique, car il y a les actes et les abstentions qui y jouent un rôle au moins aussi considérable. Elles n'interviennent que pour préciser le contenu du droit, celui-ci se réfère à tel ou tel objet matériel, qui peut grandement contribuer à son existence, à son étendue et à sa physionomie spéciale, à sa disparition, mais à vrai dire *les droits ne portent pas sur les choses*. Il n'y a dans une expression de ce genre qu'une manière commode

(1) Roguin, *La règle de droit*, p. 212.

de peindre sa pensée, et rien de plus. Il peut bien y avoir un rapport de fait entre un Robinson seul dans son île et ses outils, le terrain qu'il cultive, il y a bien dans un pays désert un rapport de fait entre les terrains où naissent des sources et les terrains inférieurs qui sont arrosés par les ruisseaux qui en sortent. Il y a bien un rapport de fait entre une forêt et la région dont elle tempère le climat, mais il n'y a pas de rapport de droit. Ce qui est vrai, c'est que la société en consacrant la propriété, les servitudes dérivant de la situation des lieux, établit un rapport juridique qui n'est que la consécration d'un rapport de fait antérieur, qui en tient un très large compte. Elle ne pourrait dire le contraire sans décevoir des attentes très naturelles. Mais en donnant une armature juridique à une situation de fait, elle ne fait pas que dès l'origine, elle ait été situation de droit. Robinson n'était pas propriétaire plus qu'il n'était législateur ou juge. Ce n'est que par une figure de langage qu'on peut le qualifier d'autonome. Kant disait déjà. « Il est clair qu'un homme qui serait seul sur la terre ne pourrait proprement avoir, ni acquérir aucun objet extérieur, puisqu'entre lui, comme entre tous les objets extérieurs, il n'y a aucun rapport d'obligation (1). »

Le droit absolu aussi bien que le droit relatif suppose donc la vie en société. Seulement ce qu'il est vrai de dire, c'est que cette armature du droit absolu masque un pouvoir de fait, une possibilité qui, étant un fait, est ou n'est pas, et cela à l'égard de tous. Autrement dit le droit absolu suppose un objet possible. Un droit absolu ne peut porter que sur une chose appropriée ou susceptible d'appropriation ; un bien en un mot, et non sur les astres par exemple. Même il ne peut porter sur un objet déterminé seulement par son genre. Car il est de la nature d'un fait de ne se produire que par rapport à des objets déterminés, et un pouvoir de fait est en principe soumis à ces conditions.

Mais la possibilité du droit ne révèle pas son essence, qui est un

(1) *Métaphysique du droit*, trad. Barni, p. 80.

rapport entre hommes. On peut simplement dire qu'elle contribue à donner au rapport juridique ses traits principaux, mais elle ne lui donne pas l'existence. Le droit absolu est donc un droit de même nature que le droit relatif, seulement il y a entre eux cette différence sur laquelle nous reviendrons, que le second est opposable dans une mesure spéciale à une personne ou à quelques-unes seulement, tandis que le premier est opposable également à tous (1).

Mais creusons davantage la nature des droits relatifs et des droits absolus.

Nous venons d'indiquer d'un mot comment, suivant une doctrine assez récente qui compte déjà un certain nombre d'adeptes, nous concevons le droit réel, ou plus généralement le droit absolu. Nous avons à nous expliquer de façon un peu plus précise sur ce point.

La majorité des auteurs, surtout avant la fin du XIX^e^ siècle, avait conçu les droits réels comme des *jura in re*, des droits sur la chose, ainsi que le faisait déjà Pothier. Elle voyait un rapport direct entre une personne et la chose soumise au pouvoir de celle-ci indépendant de toute autre personne. « Le droit dans la chose, dit Duranton (2), est une faculté appartenant à une personne sur une chose, sans égard à une autre personne. » Le *jus in re*, dit Marcadé (3), par l'effet de sa nature indépendante et absolue n'a rien à attendre, rien à recevoir, rien à demander, il s'exerce *per se ipsum*, en s'appliquant à son objet par sa seule force. Le droit réel, dit Laurent (4), est un droit absolu, le maître l'exerce dans la chose, sans qu'il ait besoin d'agir contre une personne obligée, parce que la chose même est affectée de son droit... Puisque le droit réel affecte la chose, celui à qui il appar-

(1) V. en ce sens Planiol, t. I, n° 763.
(2) T. IV, n° 225.
(3) Marcadé, t. II, p. 362.
(4) Laurent, VI, n° 75, p. 90.

tient pout l'exercer contre tout détenteur de la chose ; c'est ce qu'on appelle le droit de suite, parce que celui qui agit suit la chose entre les mains de tout détenteur, sans que le défendeur puisse lui obliger qu'il n'est pas obligé, car ce n'est pas comme débiteur qu'il est actionné, c'est comme détenteur de la chose, à vrai dire, c'est la chose qui est poursuivie ; mais comme on ne peut agir contre une chose, il a fallu donner action contre celui qui la détient (1).

Et dans cette conception du droit réel, ne retrouvons-nous pas une affinité étroite avec la philosophie du droit dominante au milieu du XIXe siècle : le droit doit donner surtout la sécurité. Et comment faire plus qu'en disant au propriétaire ; votre droit porte directement sur la chose, pour vous le représenter vous n'avez pas besoin de l'intervention toujours un peu incertaine de qui que ce soit (2).

Mais une doctrine contraire a commencé à se révéler, et bien qu'elle ne gagne que lentement du terrain, nous croyons qu'elle est la plus exacte et qu'elle finira par l'emporter.

Chose curieuse, c'est un philosophe, Kant, qui, le premier, paraît l'avoir exposée (3). « La définition ordinaire du droit sur une chose, à savoir : le droit envers tout possesseur de cette chose est

(1) *Droit civil*, t. VI, p. 92 et suiv. — V. de même Aubry et Rau, p. 172 ; Huc, t. IV, p. 6 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, p. 3 et suiv. ; Berolzheimer, *Rechts und Wirtschafts philosophie*, t. IV, p. 67. On trouvera la liste complète des auteurs qui soutiennent cette théorie dans Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse de Paris, 1900, p. 68 et suiv. — V. également cette théorie dans Prodan, *Théorie générale des droits réels*, thèse de Paris, 1900. Nous ne nous chargeons d'ailleurs pas de concilier cette idée que c'est la chose qui est poursuivie avec cette autre, qu'admet la doctrine classique, que l'homme seul, et non les choses, peut être sujet de droit. Il y a au moins dans le langage et, je crois, dans les idées, une certaine contradiction.

(2) Rapprochez Queru, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse de Caen, 1905, p. 162, qui montre que le droit réel doit avoir un caractère social et non ce caractère de droit absolu portant directement sur la chose qui est plein de danger.

(3) *Métaphysique du droit*, trad. Barni, p. 88.

une bonne définition de mot. Qu'est-ce qui fait que je puis revendiquer une chose extérieure auprès de quiconque en serait le détenteur et le contraindre à m'en remettre la possession ? Ce rapport juridique extérieur serait-il un rapport immédiat de mon arbitre à une chose corporelle. Il faudrait alors, le devoir correspondant toujours au droit, que celui qui pense que son droit ne se rapporte pas immédiatement à des personnes, mais à des choses, se représentât (bien que d'une manière obscure) la chose extérieure comme demeurant obligée à l'égard de son premier possesseur, quoiqu'elle fût sortie de ses mains, comme se refusant à tout autre soi-disant possesseur,puisqu'elle est déjà obligée vis-à-vis du premier..... Il est donc absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement, quoiqu'il soit très permis de rendre sensible par cette image le rapport juridique et de s'exprimer ainsi. »

Ortolan a été le premier en France qui ait exposé qu'il n'existe que des droits de personne à personne (1). « Tout droit a donc nécessairement un sujet actif et un ou plusieurs sujets passifs ; lesquels soit actifs, soit passifs ne peuvent être que des personnes. Sous ce rapport tout droit est donc personnel. Tout droit, outre le sujet actif et le sujet passif, a de plus nécessairement un objet, lequel dans sa plus grande généralité est désigné sous le nom de chose, Tout droit a donc une chose pour objet, et sous ce rapport tout droit est réel... Mais la manière dont peuvent figurer et fonctionner dans le droit soit les personnes en qualité de sujet actif et passif, soit les choses en qualité d'objets,présente deux nuances très distinctes. Tout droit en définitive, si l'on veut aller au fond des choses, se résume en la faculté pour le sujet actif d'exiger du sujet passif quelque chose : or la seule chose qu'il soit possible d'exiger immédiatement d'une personne, c'est qu'elle fasse ou qu'elle s'abstienne de faire, c'est-à-dire une action ou une inaction. C'est à cela véritablement que se réduit tout droit. Cette né-

(1) *Généralisation du droit romain*, p. 637 et suiv.

cessité pour le sujet passif de faire ou de s'abstenir, est ce qu'on nomme dans la langue juridique une obligation. Tout droit consiste donc en des obligations. »

Mais ces obligations sont de deux sortes : l'une générale qui pèse sur la masse, sur l'ensemble de toutes les personnes et qui consiste dans la nécessité pour tous sans distinction de laisser faire le sujet actif du droit, de lui laisser retirer le profit, l'utilité que son droit lui attribue, de n'y apporter aucun trouble, aucun obstacle. C'est une obligation générale de s'abstenir. Cette obligation existe dans tout droit quelconque... Mais si cette obligation générale et collective existe dans tout droit, il est des cas où elle est seule, où il n'en existe pas d'autre, où le droit confère au sujet actif la faculté de retirer directement d'une chose une utilité, un avantage plus ou moins étendus, sans autre obligation que celle imposée à tous de le laisser faire, de s'abstenir de tout trouble ou de tout obstacle.

Dans le premier cas, il n'existe aucune personne qui soit individuellement le sujet passif du droit, de sorte qu'en analysant ce droit, on n'y trouve, à part la masse de toutes les personnes obligées chacune de s'abstenir de tout trouble, on n'y trouve qu'une personne, sujet actif et une chose, objet du droit. C'est ce droit qui a été appelé réel.

Cette théorie si nettement exposée a rencontré en Allemagne chez Ahrens, Dernburg, Windscheid ; en Suisse, chez M. Roguin ; en Hollande, chez van Bemmelen ; en Angleterre, chez Austin (1), des défenseurs. Depuis lors, elle a reçu en France la précieuse adhésion de M. Planiol (2), qui a très nettement expliqué qu'il y a ici « un rapport obligatoire dans lequel le sujet passif est simple et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est

(1) *Philosophie du droit positif*, p. 38. — V. la liste complète de ces auteurs et les passages de leurs œuvres sur la question dans Michas, *op. cit.*, p. 93 à 108.

(2) *Droit civil*, t. I nº 703

illimité en nombre et comprend toute personne qui entre en relation avec le sujet actif. »

Cette doctrine nouvelle a cependant rencontré chez les auteurs récents des contradicteurs. On a essayé de la réfuter.

Les uns, comme Maynz (1), affirment qu'on a tort de dire qu'au droit de propriété correspond le devoir de tous les autres hommes de ne pas léser ce droit, car le droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes. Cet argument repose sur une inexactitude fondamentale, car il consiste à nier que le droit est une chose sociale, à affirmer qu'un individu seul sur terre peut avoir un droit, alors que le droit étant simplement un procédé de réglementation des conflits entre les hommes, il suppose par essence la pluralité.

M. Capitant rejette notre théorie pour un autre motif : il ne nie pas cette obligation des tiers, qui n'est pour lui que le droit commun entre les hommes, chacun devant respecter la liberté de son voisin, ce n'est pas en effet une obligation proprement dite en faveur du propriétaire, car elle n'a aucune valeur pécuniaire, elle ne constitue aucun bien ; aussi l'on devine qu'il y a toujours pour lui dans le droit réel le droit qui s'exerce directement sur la chose, l'action contre les tiers n'étant que l'accessoire (2).

Nous croyons qu'il faut un peu insister sur ce point. Le droit réel se représente toujours à notre esprit comme un droit s'exerçant directement sur la chose et on tend à lui reconnaître une nature spéciale. D'où cela vient-il ? C'est que *souvent* en fait, à la différence des autres droits, le droit réel peut s'exercer, sans qu'il y ait intervention d'un tiers, les faits aident ainsi à se le représenter isolé, abstraction faite de tout autre être humain que le propriétaire. Mais cela n'est pas caractéristique du droit réel.

(1) *Droit romain*, t. I, p. 273. — Cf. Brugelles, Le droit et l'obligation, *Revue de droit civil*, 1900, p. 209.

(2) *Introduction au droit civil*, 1re éd., p. 40, note 2 ; 2e éd., p. 78, note 1. — V. de même Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 14, n° 1.

Conçoit-t-on d'abord tous les droits réels, l'hypothèque ou l'usufruit notamment, abstraction faite de plusieurs personnes ? Conçoit-on même une servitude réelle sans un propriétaire du fonds asservi ? Dans la théorie que nous critiquons, ne revient-on pas au fond, quand on y réfléchit, à la conception de la servitude telle qu'on la trouve dans le droit romain primitif : cette source, ce passage m'appartiennent, ce qui était une confusion du droit avec son objet.

Non seulement tous les droits réels ne peuvent pas se concevoir sans des tiers contre qui on les invoque, mais le droit s'exerçant directement sur la chose,idée qui dérive de cette autre que le droit porte sur la chose,c'est un phénomène qui se rencontre aussi bien en cas de droit personnel. Si le locataire d'un immeuble a reçu la permission du propriétaire voisin de passer sur son champ, de se promener dans son jardin, le droit ne s'exerce-t-il pas directement sur la chose, ne pourrait-il pas s'exercer aussi bien si tous les hommes, sauf le locataire en question, venaient à disparaître. Et cependant, c'est ici un droit personnel.

En réalité, et ainsi s'explique l'erreur qui a été souvent commise, les intérêts qui reçoivent, sous le nom de droit, une armature sociale, dans certains cas reçoivent seulement satisfaction par la collaboration d'autres personnes. Mon intérêt à avoir mes meubles gardés par un dépositaire, ma maison agrandie par un architecte capable, ne peut recevoir satisfaction qu'avec le concours de ces personnes. Ce fait se présente fréquemment pour les droits personnels, plus rarement pour les droits réels. D'autre part,il y a des intérêts auxquels la loi a donné une armature sociale,qui en fait peuvent recevoir satisfaction sans l'intervention d'un tiers, qui sont susceptibles de s'exécuter directement : cela se présente pour le droit de propriété, et encore cela n'est-il déjà plus très exact s'il s'agit d'une habitation, d'une propriété close dont il faut expulser l'occupant, mais cela peut tout aussi bien se présenter pour un droit personnel, une autorisation de chasser, de faire paître un troupeau. La doctrine ancienne que nous abandonnons

est donc venue d'une confusion entre le droit et l'intérêt qu'il protège et d'une généralisation inexacte. Les Romains étaient restés beaucoup plus dans la vérité, en reconnaissant simplement des actions *in rem* et *in personam*, et ce fut une erreur des jurisconsultes modernes de tirer de là la théorie des droits réels et personnels telle qu'ils l'ont construite.

Tout ce que l'on peut conclure, c'est qu'il y a des droits qui dans leur exercice sont plus ou moins commodes. Les uns exigent la collaboration d'un tiers pour recevoir satisfaction, les autres ne l'exigent pas : il faut simplement l'abstention de tiers plus ou moins nombreux. Les premiers sont en général d'un exercice moins facile, comme on le comprend. Il est bien plus simple d'aller directement labourer son champ, abattre ses arbres. Par contre, en cas de difficulté, rien n'est souvent plus difficile que d'empêcher un tiers qui doit s'abstenir, d'agir s'il le veut. Rien de plus difficile que d'empêcher quelqu'un qui le veut, d'abattre un de mes arbres, de traverser mes récoltes. De là les multiples sanctions pénales qui ont pour but d'assurer l'abstention de ces faits illicites.

Mais dans toutes ces remarques, il n'y a que des constatations de fait, dont il ne faut pas tirer des principes qui seraient inexacts, sur la nature du droit réel.

Le droit réel étant ainsi analysé en une obligation passive universelle, nous possédons une notion de ce droit qui s'adapte non seulement à la propriété et à ses démembrements, mais à la plupart des droits. Les monopoles peuvent aisément y rentrer. De même, les droits que la personne a sur elle-même, droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à la liberté, droits qui ne s'expliquent pas, si on dit qu'ils portent sur la personne, car alors le sujet se confond avec l'objet, mais qui s'analysent très simplement, si on y voit notre intérêt ayant pour armure protectrice une obligation passive universelle (1).

(1) V. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 704. — Cf. Prodan, *op. cit.* — V. not. en ce qui concerne les monopoles, Queru, *op. cit.*, p. 230 et suiv.

Quelle est la nature des droits relatifs ? Ce sont, dit-on ordinairement, des droits qui ne peuvent être invoqués que contre une personne. « Les droits personnels proprement dits, d'après Aubry et Rau, sont ceux qui, se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont de leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée et contre ceux qui sont tenus de ses engagements (1). »

Cette conception a déjà été critiquée par nombre d'auteurs qui ont reconnu que le droit personnel était en un sens absolu, qu'il produisait certains effets contre les tiers (2). C'est un point sur lequel il faut insister.

Le droit relatif est opposable à tous, en ce sens que tous doivent tenir compte de son existence, peuvent même en souffrir : un tiers est obligé de tenir compte de ce que tel créancier a cédé sa créance, il ne pourra plus utilement la lui acheter. Les créanciers d'un même débiteur sont obligés chacun de tenir compte de la présence des autres, qui va les réduire à un simple dividende lors de la distribution par contribution. La chose jugée même a, à l'égard des tiers, un certain intérêt, puisque pour les protéger, il y a une voie de droit spéciale : la tierce opposition.

Les tiers peuvent donc souffrir de l'existence d'un droit relatif ; cependant, et ici apparaît le caractère de relativité, on ne peut leur en demander l'exécution directe : ce que Pierre me doit, je ne puis le faire payer à d'autres. Si j'ai loué ma maison vers la même époque à Pierre et à Paul, l'un ne pourra pas toujours forcer l'autre à quitter l'immeuble pour le lui laisser. De même si un ouvrier s'est engagé chez deux patrons, pas un d'eux ne pourra parfois forcer l'autre à renvoyer cet ouvrier (3).

On peut donc dire déjà que, si le droit personnel est relatif de sa nature, en ce que le débiteur seul peut être tenu d'exécuter l'obli-

(1) § 172.
(2) Demolombe, t. IX, p. 404.
(3) V. sur ce point, Juillo, *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, p. 60 et 131.

gation, il est absolu en ce sens que les actes qui créent ou qui constatent le droit d'obligation existent à l'égard des tiers. Si le créancier n'est créancier que du débiteur, le fait qu'il est créancier existe *erga omnes* ; de même le débiteur, bien que ne devant qu'à son créancier, doit être tenu par quiconque comme étant débiteur.

Non seulement les effets de l'acte se produisent à l'égard des tiers, mais le concours des créanciers dans la contribution ou la répartition quelconque des biens du débiteur entre eux a cette conséquence, que les effets du droit lui-même réagissent contre les tiers, en leur imposant de souffrir une certaine intervention des autres créanciers et le partage avec eux de l'actif du débiteur.

La seule véritable limitation du droit relatif, c'est que ceux qui sont à même d'exécuter l'obligation, que ce soit une obligation ayant un objet non individualisé comme de l'argent, ou un travail ordinaire à faire que tout le monde peut exécuter, ou une obligation ayant un objet exclusif, comme livrer telle chose individualisée, louer telle maison, fournir un travail personnel, ne sont pas tenus de profiter de la facilité qu'ils ont pour donner satisfaction au créancier, ou même pour le laisser exercer son droit. Les tiers sont tenus seulement de subir le règlement par contribution s'ils ont une créance de même nature que l'autre créancier.

Et encore sur ce point faut-il préciser, l'article 2093 du Code civil donne bien le principe du partage au marc le franc entre les créanciers de sommes d'argent. Mais lorsqu'on est en présence d'un conflit entre deux créanciers réclamant autre chose que de l'argent : par exemple entre personnes qui ont reçu à bail un même immeuble en totalité, entre deux patrons qui ont embauché le même ouvrier pour la même période, etc., ici le conflit est très incertain dans son issue. La jurisprudence, sans s'expliquer nettement, semble tendre à préférer le droit le plus anciennement constitué (1). Il est possible que la même tendance l'emporte le

(1) V. la note de M. Wahl dans Sir. 1900, 2.25 et *Revue de droit civil*,

jour où un conflit se dresserait entre un créancier de chose et des créanciers de sommes d'argent, par exemple un acheteur de marchandises désignées seulement *in genere*, simple créancier par conséquent, et des créanciers de sommes d'argent du même vendeur (1).

Mais quel que soit le mode de règlement adopté entre les créanciers par le droit positif, toujours est-il, et ce point est capital, qu'ils sont obligés de se connaître comme tels par la force même des choses et qu'il a fallu par suite régler le conflit qui s'élève ainsi entre eux, quand ils ont le même débiteur et qu'ils ne reçoivent pas tous satisfaction.

De plus ils sont tenus de cette obligation générale de s'abstenir de faute et ils seraient responsables pour complicité de violation d'obligations s'ils avaient, par mauvaise volonté ou imprudence, facilité ou encouragé le manquement du débiteur ; comme un patron qui prend chez lui un directeur sachant les engagements qu'il a pris envers un autre et qui ne sont pas terminés.

Ce point n'est affirmé par aucun texte, mais il a été reconnu de la façon la plus large par la jurisprudence. Seulement là encore, en l'absence de toute législation, en face de décisions morcelées ou insuffisantes, il faut préciser, la notion de faute étant en somme un peu fuyante. S'il s'agit d'un créancier de somme d'argent, il est de tradition qu'il n'est pas en faute d'avoir passé un

1003, p. 901 ; Huc, t. VIII, n° 20 ; Baudry et Wahl, *Louage*, t. I, n°s 137 et suiv., p. 77. Nous nous contentons d'indiquer le principe, nous n'insistons pas sur les complications qui peuvent ici résulter de l'article 1328 sur la date certaine ou de la loi de 1855 sur la transcription des baux supérieurs à dix-huit ans.

(1) M. Bonnichon (*Effets de la faillite ou de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, thèse de Paris, 1900) considère que l'acheteur, en cas de faillite du vendeur, peut demander la résiliation, mais qu'il ne peut forcer le syndic à exécuter (n° 130). Au contraire, en cas de faillite du bailleur, il estime que le locataire simple créancier gardera le bien loué (n° 163). MM. Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n° 889 donnent la même solution dans ce dernier cas.

contrat, par exemple prêté ou vendu, de sorte qu'il augmente peut-être indirectement l'insolvabilité du débiteur : en lui fournissant de l'argent qu'il dépensera aussitôt, des marchandises qu'il consommera. Il n'y aurait faute répréhensible que si par ce contrat nouveau il avait fraudé les créanciers en leur soustrayant une partie de l'actif (1). Les paiments échapperont même à cette règle. C'est tant mieux pour le créancier qui se fait payer, les autres n'eussent-ils plus rien à toucher ou à peu près (2). Il n'y a d'exception qu'en cas de faillite, où l'article 447 du Code de commerce permet, sans l'imposer, d'annuler tous les paiements faits depuis la cessation de paiement, à des créanciers ayant connaissance de la situation du débiteur. Et l'article 446 va même plus loin en annulant de façon obligatoire tous les paiements ayant un caractère anormal, soit qu'ils portent sur des dettes non échues, ou sur des dettes échues, mais qu'en ce dernier cas ils ont été faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

La notion de faute entre créanciers est donc très étroite en dehors de la faillite, quand il s'agit de créanciers de sommes d'argent, car nous sommes ici sous l'empire d'une théorie, celle de l'action paulienne qui a été construite sur des idées un peu rigides à nos yeux. S'agit-il, au contraire, d'autres créanciers, comme la doctrine a pris l'habitude de considérer surtout ceux de sommes d'argent, la jurisprudence a eu libre jeu de nos jours pour construire une théorie d'allure plus moderne : une véritable complicité de la rupture de contrat, de l'inexécution d'obligations, fondée sur l'article 1382 du Code civil. Il y a certainement faute de la part du second contractant qui agit en connaissance de cause : deux personnes ayant successivement passé avec une troisième

(1) V. Planiol, t. II, n° 320.

(2) V. Planiol, *op. cit.*, n° 327 ; Baudry et Bardo, *Obligations*, t. I, n. 606, p. 718.

(3) V. *Revue de droit civil*, 1903, p. 330, et 1906, p. 168 et 163. — Cf. Lacour, note dans Dalloz, 1906.1.480 ; Moreau, *Traité de la concurrence illicite* ; Gand, 23 février 1907, *Revue de droit civil*, 1908 p. 574.

deux contrats dont l'exécution simultanée est impossible : un patron ayant engagé une personne qui est attachée pour un temps donné à une autre maison par exemple, et le plus ancien des contractants peut agir contre celui qui a passé la seconde convention en connaissance de cause et qui en a obtenu l'exécution. Mais il y a faute également de la part de celui qui passe simplement le second contrat sans en obtenir l'exécution, pourvu que ce fait ait préjudicié au premier contractant, l'obligeant par exemple à des sacrifices supplémentaires pour obtenir simplement son dû, par exemple si le patron menacé d'être quitté indûment par son employé est obligé de l'augmenter pour le garder chez lui (1). La conception de la faute, qui s'est ici formée librement à notre époque, est donc large.

Ces indications ont déjà établi jusqu'ici une certaine parenté entre les droits réels et les droits personnels. Nous avons vu que les uns comme les autres s'analysent en des obligations. Quant au nombre des personnes qui sont tenues de celles-ci, nous avons vu qu'il était infini quand il s'agit d'un droit réel, mais quand il s'agit d'un droit personnel, nous avons vu que la chose, en un certain sens, n'était pas moins vraie.

On peut même dire, pour l'un comme pour l'autre, qu'il y a deux catégories d'obligés ; pour le droit réel, à côté de l'obligation de tous de la respecter, il y a l'obligation plus lourde qui incombe au possesseur, qui, il est vrai, n'est que la sanction, la mise en œuvre de l'autre. Pour le droit personnel, à côté du débiteur proprement dit, il y a le public tenu d'une certaine abstention. Mais ici cette obligation n'apparaît qu'en seconde ligne à notre esprit. C'est donc un peu la situation inverse de ce qui se présente pour le droit réel. Dans l'une, c'est le plus souvent l'obligation d'un

(1) V. Cass., 27 mai 1908. *Revue de droit civil*, 1908, p. 836. Cf. Pierre Hugueney, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse de Dijon, 1910, p. 16 et suiv.

seul, le débiteur, qui entre en jeu. Dans l'autre, c'est le plus souvent le devoir général d'abstention qui est rappelé à tous sous ces formes matérielles d'interdiction d'entrer, de clôtures établies, etc.

Par leur nature, par le nombre de personnes qu'ils atteignent, ces différents droits ne sont donc pas de nature opposée. En quoi consiste donc la différence qu'il y a entre eux ? Voyons s'il y en a véritablement une essentielle.

Prenons les droits absolus et le plus simple, le droit de propriété. On connaît assez les conséquences qu'il produit : droit de préférence et droit de suite. Supposons que la volonté du législateur les transforme en droits relatifs, qu'arriverait-il ? Que l'acquéreur d'une propriété ait simplement un droit personnel, il n'en pourrait pas moins, en agissant, s'il est nécessaire, contre son vendeur, se mettre ou se faire mettre en possession de l'immeuble, le cultiver, en jouir à la façon d'un fermier, mais plus librement. Les tiers pourraient-ils le léser impunément ? Pourraient-ils s'installer sur l'immeuble ? Ils le pourraient certainement, s'ils l'avaient fait sans faute : s'ils s'étaient trouvés mis en possession avec juste titre et bonne foi par un tiers qu'ils croyaient avoir le droit d'agir ainsi ; de même que personne ne peut faire déguerpir un locataire qui s'est installé de bonne foi à la suite d'un bail régulier, s'il n'est lui-même propriétaire. Nous nous contentons d'appliquer ici les règles suivies dans le conflit entre deux locataires tenant leurs droits du même bailleur (1). Mais le second acquéreur tenant son titre du même vendeur ou d'un autre peut avoir été en faute : en ce cas, il sera obligé de restituer le bien qu'il détenait au créancier.

Seulement ici une question se présente : peut-il y avoir faute, si on ne reconnaît pas de droits absolus ? Nous pensons que oui. La faute peut d'abord consister dans l'emploi de moyens malhonnêtes : tromperie, violence, on en devrait réparation. De

(1) V. Baudry et Wahl, *Louage*, t. I, n° 142, p. 82 ; Aubry et Rau, t. II, p. 100, note 10, 5e éd. — Il y a des discussions sur ces points que peu d'auteurs ont étudiés. V. Duranton, t. XVII, n° 143 ; Pothier, *Bail*, n° 200.

même qu'aujourd'hui je dois une indemnité, si j'use de pareils procédés pour me faire céder une créance. Au contraire, je puis rendre impossible l'exercice du droit d'autrui sans dol, sans violence, en me mettant simplement à cultiver sa propriété. Si j'avais connu ses droits sur elle, je serais alors en faute. Mais si j'étais de bonne foi, la loi me laisserait alors en possession. Voici donc une première différence avec le droit réel qui se ramène à l'absence de droit de suite. Mais cette différence est d'une importance limitée, comme nous venons de le voir.

Y en a-t-il une autre? Le titulaire d'un droit réel, lorsqu'il y a obstacle à sa mise en possession se voit préféré à celui qui se prétend titulaire du même droit, lorsque celui-ci est de date postérieure. Si le droit avait été personnel, il aurait pu en être de même, car même entre droits personnels, le conflit peut se résoudre par une question de date. C'est ainsi que, des cessionnaires de la même créance, celui-là est préféré qui a signifié le premier.

Et ces droits des cessionnaires successifs d'une même créance jettent dans un embarras, dont jusqu'ici on n'a pas paru se douter, mais qui ne nous semble nullement imaginaire. Une créance est cédée par le créancier à plusieurs personnes. Celui-là est préféré, dit-on, qui est le plus ancien comme date (de signification, vu la petite modification établie par le régime de publicité de l'art. 1690, C. civ.). Rien de plus acceptable. Mais pourquoi ? Il est devenu propriétaire de la créance. Il a donc un droit réel sur la créance,droit relatif. Rien ne paraît plus singulier à l'esprit.Ce n'est plus le droit personnel qui chevauche sur un droit réel,c'est tout le contraire, C'est le cheval qui a pris la place du cavalier ! Dans la théorie classique du droit réel,c'est à mon avis inexplicable. Cela est beaucoup plus compréhensible dans la théorie nouvelle.

En tous cas,rappelons,en dehors de cet exemple,la tendance de jurisprudence à préférer, entre deux personnes qui veulent entrer en possession d'un même immeuble comme locataire, le plus ancien en date. Rappelons la possibilité de privilèges d'un caractère

purement personnel, comme l'est peut-être celui de séparation des patrimoines, comme le sont certainement ceux de l'article 2101 du Code civil : les privilèges généraux sur meubles. D'ailleurs le privilège n'a-t-il pas d'abord été à Rome un simple *privilegium inter personales actiones* (1).

D'autre part, il faut remarquer que le fait d'être titulaire d'un droit réel ne donne pas droit à indemnité toutes les fois qu'il est lésé. Celui qui brûle ma maison ne me doit quelque chose que s'il a agi par faute, comme le fait de me blesser suppose pour donner lieu à réparation que l'accident vient d'une imprudence ou d'une négligence. Le fait d'avoir un droit absolu ne donne donc pas plus de sécurité complète contre les destructions ou atteintes sans droit que si on avait un simple droit relatif.

Toute la supériorité du droit absolu sur le droit relatif consiste donc essentiellement en ceci : possibilité d'agir contre celui qui sans faute a rendu impossible l'exercice du droit et en a tiré profit. Et encore, dans ce cas de bonne foi, le profit à restituer ne comprend-il pas les fruits (art. 549, C. civ.), mais seulement les produits et la chose même ou ce qui en reste (2).

Mais, pourrait-on se demander, si une personne de bonne foi se prévalant d'une prétendue procuration, touchait une créance qui m'appartient et que, le débiteur devenant ensuite insolvable, je voulusse poursuivre celui qui a touché et me faire donner ce qu'il s'est fait versé en se servant de mon nom, ne serait-il pas naturel d'admettre mon action à raison d'une somme qu'il détient sans cause légitime. Ce ne serait d'ailleurs qu'une extension de la solution à laquelle conduit l'art. 1240 C. civ. quand il valide le paie-

(1) V. Girard, *Droit romain*, p. 937 et suiv.

(2) Nous supposons bien entendu que la chose a péri par cas fortuit. Si la chose avait péri depuis l'introduction de la demande par la faute du possesseur de bonne foi, il en serait tenu. Si des accessoires avaient été vendus, on admet que le possesseur de bonne foi en devra le prix, comme il devra les indemnités qu'il a reçues des tiers. V. sur ces points Aubry et Rau, t. II, p. 308 ; Baudry et Chauveau, *Des biens*, n° 250 et suiv.

ment fait au possesseur de la créance. Car ceci implique bien un recours du créancier véritable contre celui qui a touché indûment?

Et alors du coup ne verrait-on pas tomber la dernière différence entre le droit réel et le droit personnel, donner à l'un et à l'autre un véritable droit de suite?

Résoudre ainsi la question de façon générale ne serait pas exact, semble-t-il, car l'action en répétition appartient à la victime et je ne puis m'en servir à mon profit exclusif. Cette sorte de droit de suite n'existe donc pas. Il n'en serait autrement que dans le cas où le paiement aurait été libératoire, comme cela peut arriver pour une lettre de change, en vertu de l'article 145 du Code de commerce ou un chèque, ou dans le cas prévu par l'article 1240 du Code civil, pour un paiement fait au possesseur de la créance. En effet, dans ces derniers cas, le débiteur étant libéré ne peut agir en répétition de l'indû. Au contraire, lorsqu'il n'est pas libéré, il peut agir en répétition en vertu de l'article 1377, et on peut estimer que ce droit supprime celui du créancier qui n'aura que le recours de l'article 1166 du Code civil. Je crois cependant que ce raisonnement est un peu trop strict. C'est un abus des constructions juridiques. Car du moment que l'argent est sorti de la caisse du débiteur, ses autres créanciers ne peuvent plus compter sur lui et il est naturel que le créancier à qui l'argent était destiné puisse aller le reprendre par une action directe entre les mains de celui qui l'a touché (1).

Mais laissons même de côté ces cas plus discutables et actuellement encore peu éclaircis. En matière de lettre de change, l'article 145 du Code de commerce dit que celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré ,Il en résulte que celui-là est libéré qui a payé à l'échéance à une personne de bonne foi qui tenait la lettre d'un voleur qui en avait frauduleusement rempli les blancs,s'il y avait endos en blanc, ou qui avait fait un faux endos à son profit avant de l'endosser à

(1) V. en ce sens Laurent, t. XX, n° 305 ; Cass. req., 6 novembre 1871, D. 71.1.348.

une personne de bonne foi. Le propriétaire de la lettre de change n'a donc de recours que contre le voleur d'abord et ensuite contre le porteur de bonne foi qui est responsable de ne s'être pas assuré des droits de son endosseur et qui ne profite pas de l'article 145 (1).

Des solutions analogues s'imposeraient avec plus de clarté en droit civil, si le possesseur d'une créance avait reçu paiement. Le débiteur étant libéré (art. 1240, C. civ.), le véritable créancier n'aurait plus de recours que contre le possesseur qui aurait touché, par exemple contre l'héritier apparent, et cela abstraction faite de la bonne foi de celui-ci.

On trouve encore l'application de la même idée dans l'article 809 du Code civil, d'après lequel les créanciers qui se présentent à un héritier bénéficiaire après l'apurement du compte et le paiement du reliquat n'ont de recours à exercer que contre les légataires (2).

On peut donc dire en thèse générale à propos des droits personnels : celui qui a un droit personnel, sans pouvoir, comme nous l'avons vu, poursuivre tous ceux qui ont tiré profit de son droit, a action contre ceux qui ont, même de bonne foi, rendu impossible l'exercice de celui-ci et en ont tiré bénéfice. Et cette formule générale ne serait pas moins vraie pour un titulaire de droit réel. Nous voyons donc s'évanouir la distinction établie entre eux.

Ces constatations nous conduisent à des considérations très importantes. L'opposition traditionnelle des droits absolus et des droits relatifs est née d'une situation qui était simple autrefois : d'une opposition entre les choses et les droits, qui était acceptable tant que l'on confondait certains droits et les objets sur lesquels ils portaient : les biens et le droit de propriété. Mais défor-

(1) V. cette idée indiquée par M. Thaller, *Droit commercial*, n° 1507, p. 724.

(2) V. sur une solution analogue lorsque l'héritier apparent a payé à tort un légataire, Baudry et Barde, *Obligations*, t. IV, n° 2840.

mée sous les coups répétés de la civilisation,qui crée des situations compliquées, elle ne correspond plus à rien de fondamental. C'est une distinction d'école qui présentée au début des études juridiques,est commode pour faire comprendre quelques situations élémentaires et les matérialiser.

Elle a jeté de telles racines que les auteurs les plus récents l'adoptent encore Et M. Roguin après avoir établi que les droits absolus ont comme sujets passifs tous les hommes, que ce sont par suite des rapports d'hommes à hommes comme les droits relatifs, croit devoir opposer les droits relatifs aux droits absolus, en disant que le droit relatif est tout à fait subordonné au droit absolu et que les obligations ne peuvent avoir pour contenu que l'utilisation ou le transfert de droits absolus (1), et range cette distinction parmi les bases de la science juridique pure.

Mais déjà M. Gény (2), en critiquant la méthode traditionnelle des constructions juridiques, a considéré comme exagérée, et par suite comme compromise la valeur de cette systématisation, parce que l'on avait greffé sur une suite de remarques une conception prédéterminée de deux genres de droit, excluant un troisième terme, et déduisant à titre de conséquences nécessaires toutes les divergences d'effets qu'on a coutume de relever entre le droit réel et le droit de créance. Il reconnaissait en un mot, dans cette classification, les conclusions d'une pure hypothèse scientifique devant rester prête à céder sur une plus profonde intuition des besoins de la vie juridique.

Peu d'années auparavant, M. Emmanuel Lévy (3), à propos de la propriété immobilière, après avoir dit que le droit réel,ce n'est pas au fond un droit sur la chose, mais comme l'indiquait déjà Kant (4) un droit envers tout possesseur de cette chose, se deman-

(1) *Op. cit.*, p. 216.
(2) *Méthode d'interprétation.* p. 124.
(3) *La preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse de Paris, 1900, p. 114 et suiv.
(4) *Métaphysique du droit*, trad. Barni, p. 88.

dait déjà quel rapprochement on arrivait ainsi à établir entre le droit réel et le droit de créance. Il prétendait, à tort à notre avis, que la différence est très importante au point de vue social, la propriété faisant directement ou indirectement des autres non obligés, mais il constatait, quant au mécanisme juridique, qu'il importe de ne pas exagérer l'opposition entre le droit réel et le droit de créance. Historiquement cette distinction, soit dans le droit romain, soit dans notre ancien droit, n'est pas aussi complète qu'il le paraît. De nos jours, les droits de créance prennent un caractère de réalité par les sûretés réelles qu'on y adjoint. Le droit de préférence se trouve accompagner la créance par suite de circonstances de fait, quand il y a lieu à rétention ou à compensation. Un droit réel peut se trouver déchu soit du droit de suite, comme en vertu de l'article 2279, soit du droit de préférence.

Toutes les actions ont pour but le respect de la personnalité et, en ce sens, on peut dire que toutes sont personnelles.

M. Emmanuel Lévy abandonne donc la doctrine classique de la division des droits en réels et personnels, il entrevoit que ce ne sont pas des compartiments étanches, qu'il y a entre eux des communications, que ces droits sont de la même famille, seulement il ne précise pas suffisamment la théorie générale des droits réels et personnels qu'il conviendrait de substituer au système actuel (1).

Les choses sont plus simples et plus complexes à la fois. En touchant l'idole millénaire, on le fait tomber et on voit à la place une réalité plus vivante, mais composée comme le sont tous les produits organiques.

Par cela seul qu'un homme a un droit, c'est contre ses semblables. Il n'y a pas de droit contre les choses, il y a simplement sur eux des pouvoirs de fait que la loi ceint d'une armure sociale appelée le droit.

(1) V. des idées analogues, dans Brugeilles, Le droit et l'obligation, *Rev. de droit civil*, 1909, p. 208-209.

Et cette puissance matérielle sur les choses n'intervient même qu'à propos de certains droits, elle est étrangère à certaines obligations : comme la promesse de faire un voyage pour exécuter un mandat (à moins de le voir dans la possibilité de marcher, de trouver un train), elle est étrangère aussi aux droits personnels au plus haut degré, comme le droit à la vie, à la considération, étrangère enfin aux droits de puissance. Il ne s'applique donc à vrai dire qu'aux droits dits réels et à certains droits personnels : droit à habiter une maison en vertu d'un bail, à recevoir un objet *in genere*, en vertu d'une vente, d'un commodat.

Par cela seul qu'un droit existe, tous les hommes doivent en tenir compte, en ce qu'ils doivent considérer ce droit comme existant (1). Ils ne peuvent le considérer comme non avenu, quels que soient les inconvénients qui doivent pour eux en résulter.

Et il n'y a pas là une simple vue sur notre droit, il y a là un rapport entre deux choses, qui est une nécessité rationnelle, se rattachant à la sécurité des titulaires de droits. Un droit, nous l'avons vu, c'est un état de fait présent ou futur, auquel une force suffisante prête un appui invincible (2). Il cesserait de répondre à cette notion, si les tiers ne devaient tout au moins considérer cet état de fait protégé comme existant, s'ils pouvaient dédaigneusement le méconnaître, comme tel, en disant : *res inter alios acta*, s'ils pouvaient lui nuire par malice. Il y a un minimum de protection auquel tous doivent concourir, sous peine de faire du droit personnel un simple trompe-l'œil. L'idée de sécurité statique conduit logiquement à ces conséquences.

Les tiers sont donc obligés de considérer tel acquéreur comme tel, d'admettre une association, une société comme étant formée, une succession comme étant attribuée à plusieurs, de reconnaître tel acte comme ayant conféré un juste titre à un possesseur, etc., bien qu'ils aient été étrangers à ces faits.

(1) Roguin, *La règle de droit*, p. 213. M. Picard dans son *Droit pur* est moins net sur ce point, mais paraît adopter la même manière de voir.

(2) V. *suprà*, p. 4 et suiv.

Mais, d'un autre côté, tous peuvent gêner l'exercice du droit impunément, pourvu que ce soit sans faute : blesser une personne, brûler sa maison, embaucher ses employés, etc. L'article 1382 du Code civil ne les atteint pas, ni aucune autre disposition légale générale (car il faut excepter la responsabilité du fait des animaux, le risque professionnel).

Ainsi donc jusqu'ici les droits nous apparaissent comme présentant pour ceux qui n'en sont pas titulaires, le seul inconvénient d'une gêne et de l'obligation de s'abstenir de faute. C'est un trait commun à tous.

Mais il peut y avoir des variantes sur d'autres points.

Des droits peuvent se trouver en conflit, de sorte que tous ne puissent en même temps recevoir satisfaction : deux créanciers ont à se partager le patrimoine d'un débiteur insolvable, deux personnes ont acheté le même immeuble de deux propriétaires différents, un terrain a été loué successivement à deux fermiers, etc. Le conflit peut se régler de diverses manières : ou par un partage de la perte à subir, c'est le système de l'article 2093 du Code civil, ou bien par l'antériorité de l'un : parfois celle-ci est établie par la volonté de la loi, comme pour les privilèges généraux, le plus souvent elle l'est par une question de date de constitution du droit ou de formalité remplie (art. 1690, C. civ., loi du 3 mars 1855, art. 3). C'est le cas des hypothèques, des servitudes, des droits de propriété, des cessions de créance, des brevets d'invention. Tantôt c'est une question de possession plus ancienne qui servira à tout trancher, comme pour les marques de fabrique, pour le droit de propriété mobilière (art. 1141), les titres au porteur, les valeurs négociables. Tantôt ce sera une inscription, comme pour le titre nominatif, la lettre de change. Enfin parfois ce sera l'intérêt général, comme dans les règlements d'eau (article 645, C. civ.).

Cette diversité tient aux idées qui peuvent inspirer le législa-

teur, ou plutôt à cette éternelle question de savoir quel intérêt il faut considérer comme prédominant tout autre.

Ou bien le législateur vise à donner dans une situation donnée la plus grande sécurité possible. Alors celui qui se trouve en conflit avec un tiers qui prétend exercer un droit inconciliable avec le sien, ou un droit qui ne peut être exercée conjointement sans gravement lui nuire, se trouve préféré aux conditions suivantes. Par une sous-distinction, tantôt des droits constitués on considère le plus ancien en date, de sorte que celui qui a traité le premier s'étant informé, croyant avoir le champ libre devant lui, ne se trouve pas déçu quoi qu'il arrive par la suite.

Tantôt perfectionnant le système, on préfère celui qui le premier a rempli une formalité dont tous pouvaient avoir connaissance ; signification, inscription, transcription, dépôt de marque, demande de brevet d'invention, etc. Celui qui a publié le premier est préféré ; il a eu un moyen légal pour savoir qu'il avait le champ libre devant lui, les autres ont le même moyen pour savoir que la route est barrée par un droit plus ancien. C'est le système qui est plus ou moins heureusement appliqué dans nombre de cas, qui assure la sécurité la plus complète, au prix il est vrai de certaines complications dans les affaires.

C'est la conciliation dont j'ai précédemment parlé entre la sécurité statique et la sécurité dynamique. Le titulaire du droit est pleinement protégé, moyennant une formalité qu'il remplit ; celui qui veut acquérir un droit est exactement renseigné moyennant un faible dérangement pour connaître la mesure de publicité qui a eu lieu, ce qui lui permet d'éviter tout risque, s'il n'y a pas eu de publicité, sinon de voir s'il veut accepter le danger.

Ou bien le législateur veut de la simplicité dans le règlement des conflits et cela lui est possible, quand il s'agit de droits de même nature et de droits naturellement divisibles comme le droit au paiement d'une somme d'argent. La difficulté peut alors se résoudre par le procédé simple de l'égalité relative, du partage proportionnel. La sécurité des créanciers est alors sacrifiée à la

simplicité du règlement, sauf au législateur à faire rentrer des complications par des théories de privilèges.

Ou enfin le législateur dédaigneux de la sécurité, soucieux d'assurer la plus complète exploitation de richesses rares laisse les juges statuer au mieux : c'est le cas pour les règlements d'eaux. Une idée analogue est appliquée par la loi du 21 avril 1810 sur les mines (art. 50) à propos des travaux compromettant la sûreté de la surface. Mais le droit civil du XIXe siècle répugnait plutôt à ces procédés, qui sont plus familiers au droit administratif. Les droits privés sont organisés surtout sur l'idée de sécurité. Or s'en remettre à l'équité du juge, à son inspiration, c'était, semblait-il, pendant longtemps, sacrifier cet intérêt de premier ordre autour duquel les règles de droit évoluaient en grande partie.

Il faut d'ailleurs remarquer que la nature des droits en conflits porte le plus souvent, quand la loi n'a pas un but spécial, à un genre de solution particulier. Lorsque les personnes en présence réclament toutes des droits sur un objet déterminé et qu'ils sont de telle nature qu'une satisfaction partielle donnée à chacun ne présenterait pour lui aucune utilité appréciable, il faut bien abandonner le système de l'article 2093, et en prendre un autre : *prior tempore potior jure*, ou tout autre. Ainsi en est-il dans les conflits entre deux locataires de la totalité du même immeuble.

De même le partage ne peut fonctionner que pour des droits de même nature. Un créancier d'un travail, celui d'un objet déposé ne peuvent partager avec un créancier de somme d'argent. Il faut alors résoudre ces conflits par des considérations particulières.

Il y a donc des droits de plusieurs catégories, plus ou moins forts, suivant les besoins, en face de droits du même genre.

Lorsque la loi juge à propos de favoriser un droit par rapport à un autre : si elle estime cela utile, elle peut donner le pas au plus ancien par exemple, ou à tel déterminé comme dans les articles 2101 et 2102. Elle peut, si elle le trouve à propos, pousser cette faveur jusqu'à dire que ce droit l'emportera, même dans le conflit avec le titulaire d'un droit inconciliable avec le premier qui

serait en possession. Ici *non melior est causa possidentis*. Il y a un droit de suite. S'il est naturel qu'il s'attache à un droit de préférence, comme poursuivant le même but, il n'y a là rien de forcé, car le droit de préférence se rencontre sans droit de suite, comme le droit de suite existe sans droit de préférence. Le droit de suite existe en effet isolé à propos des créances, l'exemple le plus célèbre se trouve en droit maritime, pour le créancier de l'armateur. Ici le possesseur semble peu intéressant.

Dans le droit terrestre, il y a le droit du locataire, qui s'exerce contre les divers acquéreurs de l'immeuble, en vertu de l'article 1743 du Code civil. Le droit de suite établi isolément peut donc l'être pour des motifs divers : intérêt du commerce maritime, sécurité du locataire.

Enfin il est bien connu que, dans le régime hypothécaire, il y a des situations où il y a droit de préférence sans droit de suite.

Les divers droits diffèrent encore à un autre point de vue. Les uns s'imposent à tous de telle sorte que chaque personne est tenue d'exécuter l'obligation. Les autres s'imposent, au point de vue de l'exécution, à un plus ou moins grand nombre de personnes, parfois même à une seule, ou plutôt ils obligent sur des plans différents : la totalité d'une certaine façon, quelques-uns, que seuls dans l'usage on qualifie obligés, d'une manière plus étroite.

Ces obligations peuvent d'ailleurs être actives ou passives. Evidemment à mesure qu'elles frapperont un plus grand nombre de personnes, elles seront plus souvent passives, pour ne pas surcharger le public. Au contraire, limitées à quelques-uns ou à un seul, les obligations peuvent sans inconvénient être actives. C'est ainsi que la propriété ou les droits de servitude frappant le public entier ne créent qu'une obligation passive, laquelle ne devient active que pour la sanction : le détenteur devant rendre sa chose au propriétaire s'il s'en est emparé. Au contraire, les obligations limitées à une personne ou à quelques-unes sont souvent actives.

Mais les obligations imposées à tous éventuellement peuvent être actives : comme l'est celle du détenteur d'un immeuble frappé de rente foncière, comme l'étaient la plupart des anciens droits féodaux. Le caractère de passivité n'est nullement de l'essence des droits que l'on qualifie de réels. Il est seulement contraire en général à l'intérêt de sécurité dynamique, l'acquéreur étant exposé à être déçu par une charge, une obligation d'agir qu'il ne connaissait pas, mais cet intérêt peut être satisfait par une publicité convenable, ce qui n'existait pas autrefois. D'autre part, cela peut être contraire à un certain désir de liberté, consistant à faire du propriétaire un roi chez lui, idée que favorise la première partie de l'article 544 du Code civil, où il y a un esprit 1789 si accentué. Mais il n'y a pas en soi d'obstacle naturel à ces obligations positives universelles (1).

D'ailleurs, au point de vue pratique, il faut remarquer que le droit réel à contenu positif peut se présenter sous deux formes. La charge peut être imposée seulement à ceux qui se trouveront dans une situation donnée, comme dans la rente foncière qui pèse sur le détenteur d'un immeuble, de sorte qu'un seul en est tenu en définitive ou tout au plus quelques-uns, ceux qui occuperont des parcelles de l'immeuble ; il en est de même dans l'obligation de bornage (art 646, C. civ.), ou l'obligation de clôture (art. 663) (2). Sous cette forme le droit réel, à contenu positif est encore acceptable. Mais où il deviendrait une charge excessive, ce serait, s'il pesait sur tous, comme le droit en cas de sinistre de réclamer l'aide de toute personne présente. Ici, il n'a pu être reconnu que dans des circonstances exceptionnelles, de sorte qu'on peut dire que nous touchons à une conception toute théorique, qui crée un poids trop lourd pour être acceptable en pratique.

Le caractère actif ou passif des obligations ne tient donc pas à

(1) V. en ce sens, Quéru, Thèse précitée, p. 241 et suiv. ; Michas, *op. cit.*, p. 170 et suiv.

(2) C'est ce qu'Aubry et Rau appellent une obligation réelle, t. IV, p. 50, 5e éd.

un trait essentiel des droits réels. L'ancien droit a connu de façon très large ces droits réels à obligation active pour les détenteurs de l'immeuble soumis à ce droit. Si le droit nouveau est revenu à plus de simplicité, c'est uniquement pour des raisons pratiques, et encore le retour à ce principe n'est-il qu'approximatif. Car l'hypothèque vis-à-vis de l'acquéreur de l'immeuble crée en réalité presque une obligation active, car celui-ci doit se laisser exproprier s'il ne paie pas le créancier, ce qui indirectement le force à le payer.

Ce qu'il y a encore à noter, c'est qu'un même rapport d'obligation peut contenir des personnes obligées sur différents plans. Dans le cas de droit réel, chacun n'est tenu que de s'abstenir et n'encourt d'obligation positive de restitution ou autres, que s'il ne s'est pas abstenu. Au contraire, dans les autres cas, en plus de cette obligation générale, il y a pour certains des obligations plus directes : s'abstenir de tel acte en général permis, accomplir tel autre, etc. Et c'est cette obligation plus étroite qui est ce qui doit être respecté par les tiers.

Enfin un droit n'étant qu'un intérêt protégé, dont la valeur aux yeux du législateur dépend de la valeur relative de ceux avec lesquels il est en conflit, aux diverses phases de son existence, celui-ci peut acquérir plus de force ou s'affaiblir. Tel droit qui devra être tenu par des droits rivaux comme égal à eux peut, à un moment donné, leur être préféré ou inversement, tel droit qui était obligatoire pour tous, conférant ce qu'on nomme un droit de suite, peut perdre cet avantage, les autres étant simplement tenus de le considérer comme existant en fait, certains seulement étant obligés de le regarder comme prenant le pas sur eux. Mais cette situation, qui se produit lorsqu'une hypothèque est réduite au droit de préférence, peut encore s'amoindrir. Les autres créanciers peuvent n'être plus tenus que de tenir le droit de créance comme existant : le créancier peut perdre son droit de préférence. Tout cela dépend des situations nouvelles qui se présentent

et des valours respectives que l'on attribue alors aux intérêts en conflit. Le droit n'est plus cette chose droite, rigide que l'on imaginait,c'est une chose souple, adaptée aux circonstances, sauf que, dans cet assouplissement, il risque de compromettre la sécurité qu'on attendait de lui. Eternelle imperfection des choses de ce monde.

Les attributs variables des droits sont donc toujours déterminés par les considérations d'intérêt, qui, comme on ne peut se lasser de le répéter,expliquent tout le droit (1). Quand on désire donner à un intérêt plus de force, on augmente le nombre des débiteurs par la solidarité, le cautionnement, ou l'hypothèque, le gage. Toutes ces sûretés ont au fond même nature, réelles ou personnelles, elles consistent dans une extension des droits de poursuite.

Mais tout droit est déjà protégé en en rendant tout le monde éventuellement débiteur. Seulement suivant les cas, le contenu de cette obligation éventuelle générale est plus ou moins important. Spécialement lorsque des droits du même genre sont en conflit entre eux, la loi peut solutionner la difficulté,en préférant tel intérêt ou tel autre, et alors le conflit se résoudra tantôt en donnant le pas à l'idée de sécurité : c'est alors le droit de préférence fondée sur la date, tantôt en préférant tel genre d'intérêt, par exemple celui de l'ouvrier pour son salaire (théorie du minimum d'existence), ce sera alors un privilège ; tantôt en considérant l'intérêt général comme dans les règlements d'eau, l'usage du mur mitoyen, etc. D'ailleurs les solutions du conflit peuvent être innombrables. Si l'ancienneté l'emporte bien pour les droits opposables à tous, c'est que ce sont des droits que l'on veut favoriser, et il est naturel de leur donner à la fois droit de préférence et droit de suite. Mais les deux choses se conçoivent séparément, ne l'oublions pas.

(1) Ainsi l'article 137 du Code civil allemand donne aux inaliénabilités conventionnelles un caractère personnel et non réel (V. *Traduction officielle*, t. I, p. 143 ; Saleilles, *Déclaration de volonté*, art. 137). Le même droit peut donc, à la volonté du législateur, être personnel ou réel.

S'il est commode pour faciliter l'apprentissage du droit de prendre la vieille classification des droits absolus et relatifs, elle n'en est pas plus exacte, et l'intérêt à l'abandonner est le suivant. A partir d'un certain stade de l'étude du droit, quand on renonce à cette théorie, les vues se simplifient, on ne passe plus continuellement d'une catégorie de droit à l'autre, comme cela a lieu dans l'usufruit où, à côté du droit réel, on trouve des rapports d'obligation entre le propriétaire et l'usufruitier : obligation de faire inventaire, de faire les menues réparations, d'avertir des procès, obligation discutable du nu-propriétaire de faire les grosses réparations, etc. On n'a plus cette situation bizarre qui nous montre le droit réel ayant comme sanction une obligation de restituer, d'indemniser des fruits, des détériorations, etc., c'est-à-dire un droit personnel, et on n'a plus davantage cette bizarrerie du droit personnel ayant pour sanction un droit réel, l'hypothèque, le droit de gage, ou encore le droit de saisie immobilière ou mobilière.

En réalité, il n'y a de division bipartite des droits que la suivante qui est toute de fait : les droits s'exerçant directement sur les choses et ceux qui se rapportent à un état de fait supposant l'existence d'autres êtres humains. Les droits sont tous des droits d'obligations, entre lesquels il y a des variétés, suivant les considérations pratiques.

La théorie que nous exposons présente non seulement l'intérêt d'une analyse plus précise, mais elle permet déjà d'expliquer logiquement des situations universellement admises qui, sans cela apparaissent comme inadmissibles. Quand une créance a été l'objet de diverses cessions de la part du créancier, on considère que celui qui a signifié le premier est préféré aux autres, qu'il est véritablement propriétaire de la créance. De même tout le monde admet (arg. art. 2075 et 2081, C. civ.), qu'une créance peut être donnée en gage, c'est-à-dire qu'elle sera grevée d'un droit réel. Comment expliquer dans le système ordinairement

admis qu'un droit absolu puisse ainsi porter sur un droit purement relatif ?

Le système que nous défendons présente encore un autre intérêt. Quand on analyse le droit réel en un lien direct entre le sujet de droit et une chose, on en déduit qu'il ne peut y avoir de droit réel que s'il y a une chose actuellement existante et individualisée sur lequel il puisse porter. La première solution paraît évidente à première vue. La seconde est affirmée par les auteurs (1).

Mais si le droit réel s'analyse en une obligation passive universelle, il peut porter sur une chose future, comme toute obligation (art. 1130, C. civ.). Si un fabricant vend successivement à plusieurs personnes le lot de marchandises qu'il a en fabrication, cette chose future appartiendra à celui qui aura acheté le premier (sauf application de l'art. 1141, C. civ.). De même une hypothèque sur biens à venir portera sur les biens à venir avant toute autre hypothèque qui par la suite serait constituée par le même débiteur et inscrite contre lui sur ses biens à venir (2). Si en effet l'objet n'existe pas encore, l'obligation passive universelle n'en peut pas moins être constituée. Et remarquons qu'il est impossible d'expliquer autrement cette solution, qui est désirée par tout le monde dans l'intérêt du crédit.

Quant à la nécessité pour le droit réel de propriété ou autre de porter sur une chose individualisée, nous en voyons maintenant l'explication pratique. Il ne faut pas créer cette obligation passive universelle sans utilité. Si je désire prendre un hectare dans un parc immense qui est à vendre, il ne serait pas raisonnable que je puisse, par un droit réel portant déjà sur la parcelle que je choisirai, avoir l'espoir d'expulser les autres amateurs qui se feraient lotir avant que je n'aie exercé mon choix, que je

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 73, § 172 ; Baudry et Chauveau, *Des biens*, n° 7.

(2) V. pour plus de détails sur ce point, notre *Etude des droits éventuels*, p. 00 et suiv.

puisse leur dire : je me suis réservé de choisir avant vous. Je choisis aujourd'hui votre lot et je vous en évince (1). On peut juger nécessaire de préférer ici la sécurité des tiers à toutre autre.

Un pareil acte serait interdit pour des raisons pratiques et non pour des raisons techniques. Il ne serait permis que si la loi ou les juges préféraient cet intérêt d'un acquéreur à se réserver de choisir ce qui lui convient, à l'intérêt de la facile circulation des biens. Ce ne serait nullement une chose absurde, il suffirait de faire une autre appréciation relative des intérêts en présence : sécurité et facilité des transactions, ce qui ne paraît pas avoir été fait jusqu'ici.

Enfin quand on examine les rapports complexes qui peuvent naître dans bien des cas, une notion plus voisine de la réalité des choses permet même de voir la difficulté et d'en apercevoir la solution : par exemple, à propos du droit de propriété, quand il s'agit de régler les situations des propriétaires apparents qui sont ensuite reconnus n'être que de simples possesseurs et des propriétaires véritables par rapport aux tiers (2), de sorte que, par rapport à ceux-ci, il y a eu en réalité deux propriétaires dont ils devaient respecter les droits.

Finalement donc, par respect pour des usages anciens, qui ont permis de concentrer un ensemble de solutions autour de cette conception des droits absolus et relatifs, il peut être commode, spécialement pour l'initiation à la technique, d'employer ces expressions, mais il ne faut pas leur attribuer scientifiquement une portée générale. Pour des cas nombreux, on est embarrassé si on agit ainsi ; et il est alors d'une bonne méthode de ne pas se demander si on a devant soi un droit absolu ou relatif, pour en tirer le droit de préférence et le droit de suite, ou pour les rejeter en bloc. Il faut au contraire examiner si, d'après le but de la loi, les intérêts en présence, il faut donner un droit de préférence, un

(1) Cf. Michas, thèse précitée, p. 101.
(2) Cf. sur ces questions, E. Lévy, *op. cit.*, p. 121 et suiv.

droit de suite ou tel autre droit, ou ne consacrer soit le droit de préférence, soit le droit de suite que dans telle ou telle mesure, et admettre parfaitement qu'il peut y avoir des intérêts légalement protégés qui ne rentrent pas dans la division bipartite trop simple que nous avons exposée.

CHAPITRE V

DU CONTENU DES DROITS AU POINT DE VUE DE LEUR TRANSFORMATION EN ARGENT

Quand une personne a un droit, dans quelle mesure peut-on le considérer comme fongible contre de l'argent, et s'il ne l'est pas, quelles conséquences faut-il en tirer ? De façon plus précise, quand est-il admissible que le juge, au lieu de condamner à la chose même qui est due, qu'il s'agisse d'obligation de donner ou de faire, condamne à une somme d'argent ? C'est une question qui se présente dans des domaines très différents. Par exemple, lorsqu'il y a lieu à rapport ou à réduction d'une donation, cette obligation sera-t-elle exécutée en nature ou par équivalent ? Quand un voisin cause préjudice à son voisin, devra-t-on le condamner à faire cesser absolument la cause du préjudice : abandonner l'industrie exploitée, démolir la cheminée, ou l'atelier installé, ou devra-t-on exiger simplement une indemnité en argent ? Quand on a besoin de la présence d'une personne pour un interrogatoire sur faits et articles, l'amènera-t-on de force au tribunal ou se réservera t-on de la condamner, de lui faire perdre son procès, si elle ne vient pas ? Quand un commerçant n'apporte pas ses livres de commerce, y étant obligé, seront-ils saisis par la force publique ? Quand une personne tenue d'une obligation de faire qu'on ne peut ramener à exécution par la force : peindre un tableau, dresser un plan, écrire un article, etc., ne s'exécute pas, emploiera-t-on des moyens de contrainte indirecte, des condamnations comminatoires, des saisies ou d'autres mesures susceptibles d'être ultérieurement rapportées ? Accordera-t-on en cas de diffamation une réparation par une publicité appropriée du jugement,

ou bien se contentera-t-on d'une indemnité pécuniaire ? Si par la faute d'un contractant l'acte est nul, devra t-il exécuter l'acte à titre de réparation, ou pourra-t-il demander des dommages-intérêts ?

La question très générale qui se pose ainsi dans ces différents cas, soit au point de vue législatif, soit même au point de vue du droit positif, car les textes n'ont donné sur ce point que des solutions tout à fait fragmentaires, c'est celle du contenu du droit. Ce n'est pas évidemment celle du contenu qui amiablement pourra être fourni par le débiteur, du mode amiable et conventionnel de règlement des intérêts (1), c'est le contenu exigible par contrainte, c'est l'ossature qui restera du droit lorsque, la guerre étant déclarée entre le débiteur et le créancier, on se demandera ce que recouvre pour celui-ci la force juridique de son intérêt ; la faculté d'exiger de l'argent ou celle d'exiger autre chose.

On sait comment le droit romain avait résolu la question. La condamnation prononcée par le juge était toujours, sous la période formulaire, une condamnation à une somme d'argent. Tout droit se changeait donc, en cas de procès, au point de vue de son contenu, en un droit à une somme d'argent. Il y avait simplement à cette règle des atténuations : la plus connue est que la condamnation n'était prononcée dans les actions arbitraires, en vertu de la *clausula arbitraria*, que si le défendeur n'avait pas obéi à l'*arbitrium* prescrivant de donner satisfaction en nature (2). Mais sous la procédure extraordinaire, il en fut autrement, et pour une action quelconque on ne condamnait à une somme d'argent, que si la condamnation à la chose elle-même était impossible (3).

(1) V. sur cette question les développements du Code civil allemand (art. 241 et suiv.).

(2) V. Girard, *Droit romain*, p. 990 et 992, et Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 247. — Cf. sur la règle *omnia judicia sunt absolutoria*, Girard, *op. cit.*, p. 1007, et sur la clause pénale, Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 248.

(3) V. Girard, *op. cit.*, p. 1045.

Ces indications établissent tout au moins une chose : c'est que le droit romain n'a pas considéré la transformation de toute dette en obligation de somme d'argent comme un principe essentiel, commandé par des intérêts supérieurs, puisque lui-même l'a abandonné par la suite. On doit voir plutôt dans cette institution la conséquence d'un esprit analytique et précis, qui ne pouvait accepter comme condamnations que celles à un objet absolument susceptible d'exécution dans toutes les hypothèses, comme l'est une condamnation pécunaire, et qui voulait donner à tous les droits même sanction dans tous les cas, faisant plier ainsi les intérêts pratiques devant les conceptions de l'esprit, au lieu de prendre le procédé inverse qui nous semble seul acceptable.

Le droit romain n'offre donc aucun principe rationnel pour résoudre notre difficulté.

Quand une personne se trouve titulaire d'un droit, qu'elle le tienne de la loi ou de la convention, qu'il soit qualifié de réel ou de personnel, qu'il se rattache ou non à la famille, le but que l'on s'est proposé en le lui reconnaissant, c'est de lui assurer directement le contenu de son droit, il est dans le vœu de la loi, comme il sera d'ordinaire dans l'intention du titulaire, que la chose même, le fait même auquel on a droit soient directement obtenus.

Cependant le remplacement de la créance, dont le contenu est de donner ou de faire ou de ne pas faire, par une somme d'argent, est possible et naturel, lorsque le but immédiat du créancier a été de réaliser un gain pécuniaire : lorsqu'il a acheté des marchandises pour les revendre avec bénéfice, lorsqu'il a vendu un objet à un prix avantageux.

La question se complique déjà, lorsque le but premier a été d'obtenir directement une certaine satisfaction, une certaine jouissance. Mais ici des distinctions doivent être faites.

Souvent un but poursuivi n'est qu'un moyen, et parmi les buts successifs que l'on se proposera, figurera celui d'obtenir de l'ar-

gent. Si je commande un travail à un ouvrier habile pour embellir ma maison, c'est que ce travail, en même temps qu'il me sera agréable, donnera plus de valeur à mon immeuble et que je pourrai à l'occasion aliéner celui-ci à un meilleur prix. La considération pécuniaire va donc intervenir directement dans la chaîne des résultats successivement poursuivis, et il suffira de faire une estimation pécuniaire de la somme que l'on comptait obtenir par tel acte juridique, pour pouvoir donner à un titulaire de droit un équivalent acceptable de ce qu'il n'obtient pas par le fait d'un tiers. Cependant déjà la représentation pécuniaire du droit est ici imparfaite.

Mais ces observations, qui contribueraient à faciliter la transformation en créance d'argent de la plupart des droits, ne sont cependant qu'une vue très partielle de la question. On peut encore remarquer que, dans une seconde série de cas, l'indemnisation pécuniaire apparaît comme une transformation normale des droits ayant primitivement un autre objet. En acquérant un droit, je puis avoir visé uniquement comme but la jouissance que son contenu me procurerait, soit que je me sois proposé comme plaisir principal d'utiliser directement le droit à mon profit, soit que j'aie fait entrer aussi en ligne de compte le plaisir, qui lui aussi a son importance, de gérer un bien, de pouvoir l'administrer, en disposer à mon gré. Ce sera le cas lorsque j'aurai pris un billet pour assister à une pièce de théâtre. Le fait que ce spectacle pourra me rendre plus cultivé, qu'il pourra résulter de là pour moi un profit pécuniaire est purement accessoire. Je me suis proposé surtout de passer une soirée agréable, qui soit en rapport avec mes goûts, ma culture intellectuelle. Dans tous ces cas nombreux où le but apparaît comme un but dernier, et non pas comme un but moyen, ou un anneau dans une chaîne, la substitution d'une obligation pécuniaire à l'obligation primitive, au cours des conflits auxquels celle-ci peut donner lieu, ne peut présenter aucun inconvénient grave, lorsque l'indemnité permet d'obtenir par ailleurs une chose identique à celle que l'on n'a pas

obtenue. Souvent les choses, les actes que l'on peut désirer peuvent exister de qualité semblable en de plus ou moins nombreux exemplaires. Celui qui engage un ouvrier pour un travail, celui qui commande un meuble à un ébéniste, celui qui achète des grains, ou d'autres objets mobiliers ayant un cours, peut être indemnisé parfaitement par une somme d'argent, car celle-ci lui permettra d'engager un autre ouvrier de même capacité, de se procurer les mêmes denrées chez qui en est détenteur, etc. La question ne deviendrait grave qu'au cas où le refus d'exécution en nature par le débiteur se compliquerait d'une entente entre les détenteurs du produit ou les travailleurs aptes à fournir un certain travail, comme cela peut avoir lieu dans une mise à l'index d'un patron. Ici l'indemnité ne représente plus rien, puisqu'elle ne permet plus de remplacer les ouvriers qui ont abandonné le travail par d'autres : tous les membres de la profession étant disposés à user de leur droit de refuser de contracter et ne consentant pas à remplacer les ouvriers défaillants.

Sauf ce cas exceptionnel, quand un droit a pour objet des choses de genre, en prenant ce terme dans son sens le plus large pour y englober même la promesse de travail d'un ouvrier, voire d'un ouvrier d'art, ce qu'on pourrait appeler une action de genre, l'argent a un rôle satisfactoire suffisant. Et il faut même remarquer que bien des choses sont plus facilement de genre, sont plus aisément remplaçables dans une civilisation riche que dans une civilisation pauvre (1), quoique la richesse crée souvent une variété de valeurs qui ne peuvent se remplacer facilement, par exemple les objets d'art. Mais on peut toujours, hors de ce cas, permettre ou prescrire au débiteur de donner des choses semblables à celles promises, comme le fait le Code fédéral des Obligations (art. 258).

Il en est tout autrement lorsque l'objet du droit est sans équivalent matériel exact, lorsqu'il est en dehors des choses, des

(1) Cf. Hugueney, *La peine privée*, p. 91 et suiv.

actes ayant un cours, même approximatif. Mon vendeur devait me livrer un tableau de maître, un objet d'art qui constituaient des pièces uniques, sans équivalent véritable ; mon cohéritier me doit le rapport d'un immeuble de famille ; un artiste célèbre m'a promis l'illustration d'un ouvrage ; j'ai acheté un objet qui a pour moi une valeur de souvenir. Même toute chose dans un patrimoine n'a pas une valeur équivalente en argent. Comme le dit Ihering (1), il est tels objets que nous avons acquis pour de l'argent, mais dont nous ne nous dessaisirions à aucun prix ; l'habitude, la piété ont resserré entre eux et nous un lien personnel qui nous tient au cœur. Nous ne voyons plus en eux un simple objet ayant telle ou telle valeur pécuniaire, ce qui nous touche, c'est l'objet lui-même avec tous les souvenirs qui s'y rattachent.

Ici l'argent ne peut plus jouer le même rôle satisfactoire. Il ne devient qu'un équivalent très grossier. Il ne devient une compensation que sous une forme très indirecte : il ne me permet pas d'obtenir une chose identique qui n'existe pas, mais de me procurer des objets qui me causeront un plaisir à peu près égal à celui dont j'ai été privé. Je n'ai pu, en ayant le droit, assister à une soirée dramatique unique : une indemnité me permettra d'assister à une autre représentation extraordinaire qui me procurera le même plaisir. Mais ici on sent la différence avec le cas précédent : l'égalité entre la privation subie et la jouissance accordée suppose, pour être bien mesurée, une incursion dans le domaine mouvant de la psychologie individuelle. Ou alors, tout ici se trouvant non mesurable, on est obligé de faire une appréciation objective fondée sur certaines données psychologiques générales (2) : on estimera le prix qu'attachent approximativement les connaisseurs à des œu-

(1) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 328, trad. Meulenaere.

(2) Cela paraît être l'idée de Rumpf à propos des articles 325 et 320 du Code civil allemand. *Worin besteht, der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages* (Göttingen, 1906), p. 70. — Cf. *Deutsche juristentag*, 1905, Bd. IV, p. 112 et suiv.

vres d'art de tel peintre, le prix qu'exigerait un autre ayant un grand talent, pour faire le même portrait, bien qu'un portrait fait par tel ou tel puisse causer un plaisir très dissemblable. On estimera quelles dépenses il faudra faire normalement pour retrouver une propriété équivalente à un immeuble de famille que l'on ne peut avoir, propriété de même étendue, dans la même région, etc. et on donnera une somme pour représenter l'intérêt d'affection lésé, en calculant quelle devait être son intensité normale, et en faisant très approximativement une évaluation pécuniaire. Ici le juge, dont nous aurons à préciser le rôle plus tard, fera bien œuvre d'autorité pour donner à un droit les qualités de précision qui lui manquent.

En donnant ces solutions, nous plaçons sur un terrain beaucoup plus large qu'on ne le fait d'ordinaire, la question de l'intérêt moral et de l'intérêt d'affection. Nous arrivons à cette constatation qu'une question identique se présente dans divers cas, soit lorsqu'une personne est atteinte dans son affection par la mort d'une autre personne qui ne lui était d'aucun secours pécuniaire, soit lorsqu'une personne est atteinte dans sa réputation sans subir de dommage pécuniaire, soit aussi lorsqu'un dommage moral vient s'adjoindre à un dommage pécuniaire ; une chose qui avait pour nous à la fois une valeur économique et une valeur d'affection étant perdue, soit enfin lorsqu'une chose d'une valeur économique étant irremplaçable, comme tel tableau de tel artiste célèbre, elle se trouve détruite, ou non livrée, ou endommagée (1).

Dans tous ces cas il est certain, comme on l'a dit pour les trois premiers, que l'indemnisation ne peut être qu'assez arbitraire. Elle n'a en effet comme mesure que ce fondement psychologique très vague que nous avons indiqué. Cependant on est au fond dans cette alternative de refuser l'indemnisation dans tous les cas ou

(1) V. en ce cas, sur le droit du créancier après le jugement à obtenir la chose, et seulement subsidiairement une indemnité, Glasson et Tissier, *Procédure civile*, 2e éd., t. II, p. 216.

de l'accorder dans tous ; malgré toutes les difficultés, ce dernier parti apparaît comme nécessaire, car le grand intérêt de sécurité ne permet pas de laisser un droit sans sanction.

On voit combien ici la transformation du droit à une chose ou à un fait en un équivalent pécuniaire se fait difficilement (1), et l'on n'arrive pas avec moins de peine à des résultats par voie de déduction si la transformation du droit en argent est considérée comme ayant pour but de faire qu'on ne méconnaisse pas impunément le droit. Ici, c'est une véritable idée de peine privée que l'on fait pénétrer, si celle-ci qui ne peut avoir qu'un but d'intimidation est fixée, ce ne sera là encore que par un acte de volonté du juge et non par un simple raisonnement de sa part. Et si ces deux idées de procurer un plaisir équivalent et d'établir par mesure d'intimidation une peine n'étaient pas également imprécises, il est probable que l'on assisterait à un conflit dans leurs conséquences. Mais leur imprécision même semble pouvoir nous sauver de cet embarras (2).

Sur ce point nous nous séparerons complètement des idées exposées par M. Dorville. Celui-ci (3) s'est plu à opposer dans un chapitre l'idée de peine privée et celle d'indemnisation pour dommage moral. Condamnant l'une, approuvant l'autre, il regrette que dans toutes les législations et les jurisprudences l'idée de peine soit venue fausser le développement logique et fécond du principe de réparation posé par la théorie de dommages-intérêts satisfactoires.

Sans doute en théorie, les deux choses s'opposent. Mais dans

(1) V. sur ces questions : Chausse, De l'intérêt d'affection. *Rev. critique*, 1896, p. 430 ; Dorville, *L'intérêt moral dans les obligations*, thèse de Paris, 1901.

(2) Toutefois, des difficultés s'élèveront si on examine le point de savoir si la peine doit être fixée ou laissée à l'arbitraire du juge. — V. sur ce problème l'excellente étude de M. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, p. 320 et suiv.

(3) *Ouvrage précité*, p. 340 et suiv. — Rapprochez dans Hugueney, *op. cit.*, p. 260 et suiv.

la pratique, il n'en est pas absolument de même. Lui-même constate que si la jurisprudence fait appel à l'idée de peine privée, c'est qu'elle est un peu hésitante sur la réparation du dommage moral. C'est donc que la même solution peut en fait être étayée par l'un ou l'autre argument. Et cela ne doit pas étonner. Estimer le dommage moral, c'est supputer le prix du plaisir qui pourra l'effacer, c'est se préoccuper de la gravité du dommage. Or la peine ne tient elle pas le plus grand compte de la gravité du dommage pour détourner de recommencer les imitateurs possibles, pour mesurer la psychologie du coupable, sa perversité. Seule l'idée d'amendement a souvent une base différente. Comme d'ailleurs les conséquences sont toujours un peu flottantes, le juge peut adopter les deux solutions à la fois : peine et réparation.

C'est le résultat de ce phénomène de désintégration, de réaction contre les catégories qui, imposées par la nature de notre esprit (1), finissent à un moment donné par ne plus correspondre à la réalité plus touffue des choses Et il est probable que nous en sommes à cette période, précisément parce qu'une réaction est nécessitée par les vues trop rigoristes du droit qui ont dominé une grande partie du dernier siècle (2).

Nous arrivons donc à cette première constatation : si l'exécution en nature peut être facilement remplacée, dans certains cas, par une exécution en équivalent, et surtout en équivalent pécuniaire, sans que le créancier en éprouve d'inconvénient sérieux, ce ne peut être que dans les cas où le titulaire du droit se propose finalement un résultat pécuniaire, ou lorsque le résultat direct qu'il visait seul peut être remplacé par un résultat semblable, n'était pas, en un mot, unique de son espèce. Hors de là, parler d'équivalence, c'est ne faire allusion qu'à une chose vague, où la part de volonté du juge sera plus grande, quand il s'agira de la préciser, que ne pourra l'être le rôle de la déduction.

Sans doute, dans la réalité, presque tout droit se rattachant à

(1) V. Spencer, *Premiers principes*, p. 503.
(2) V. Huguency, *op. cit.*, p. 76 et suiv.

des désirs complexes, à des calculs qui s'entremêlent et ne sont souvent qu'obscurément faits, les choses n'apparaissent pas avec cette netteté, et par des transactions insensibles, on passe d'une hypothèse à une autre tout opposée. Mais il n'en est pas moins nécessaire de poser une certaine base de distinction.

Les constatations que nous avons faites, l'expression que nous avons répétée à dessein du juge fixant le droit par voie d'autorité, nous font mieux sentir une chose très grave : l'imperfection foncière du droit. Il n'est pas vrai qu'il y ait une nature des choses, qui fixe dans chaque cas ce que peut être la représentation pécuniaire du droit, et qu'elle soit une sorte de grand livre aux caractères plus ou moins hiéroglyphiques, où les sages du moins pourront lire. Il y a des droits dont nous ne pouvons fixer la valeur que de la façon la plus grossière. Et cependant, un intérêt majeur, le grand intérêt de sécurité, ce ressort central du droit, nous oblige à faire, quitte à la faire mal, cette transformation. Le titulaire du droit doit être protégé par une sanction (idée de peine privée) et il faut que de son droit, changé, retourné si l'on veut, il reste quelque chose, une sorte de substance à laquelle les phénomènes donneront des aspects différents. Ainsi le *sic volo, sic jubeo* du juge, tout arbitraire qu'il sera, aura sa raison d'être et il nous expliquera en même temps les variations considérables qu'on relève et qu'on relèvera fatalement dans des appréciations de dommages-intérêts faites dans la même affaire par des tribunaux différents.

Si la fixation d'une somme d'argent comme représentative d'un droit que l'on abandonne, ou dont on est privé, apparaît comme possible dans deux cas que nous avons indiqués : lorsqu'on visait finalement un résultat pécuniaire et lorsqu'on visait ce que j'appellerais volontiers un résultat non pécuniaire de genre (comme si l'on veut assister à une représentation théâtrale), il y a cependant encore des difficultés, sinon dans le second cas, où il y a une sorte de cours pour fixer la somme à payer pour obtenir l'équivalent de ce qu'on a perdu, du moins dans le premier.

Lorsque, en possédant un certain droit, une personne a finalement eu en vue un avantage pécuniaire, s'il se trouve, à un moment donné, transformé en droit à une somme d'argent, la fixation de celle-ci, suppose connu le résultat que finalement on voulait atteindre.

Etudions davantage cette fixation.

La loi a, dans l'article 1151 du Code civil, établi qu'en cas d'inexécution d'une convention, les dommages-intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. Les auteurs généralisent cette règle et l'appliquent en cas de délit et de quasi-délit (1). On peut encore la généraliser davantage : l'appliquer par exemple, comme la loi l'a fait implicitement, à l'action en réduction et au rapport, à la pétition d'hérédité, lorsqu'elle aboutit au paiement d'une somme d'argent, et dire que tout droit à une chose ou à un fait se transformant et portant sur de l'argent, cette somme sera fixée sans tenir compte des avantages médiats et indirects que l'on eût obtenus sans cette transformation. Sans doute en soi cette règle est peu juste pour le titulaire du droit, mais il a bien fallu tenir compte d'un certain besoin de simplicité et de clarté et éviter autant que possible des estimations purement augurales. Acceptons-la donc pour une nécessité regrettable (2).

Même maintenue dans ces limites étroites de la réparation du dommage direct, de l'appréciation des suites immédiates de la transformation dans le contenu d'un droit, l'opération que nous étudions ici n'en est pas moins souvent très délicate, car les preuves peuvent faire défaut pour fixer ce qui est dû en argent, et on ne peut en faire grief au créancier, lorsque c'est précisément par

(1) V. Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 780 ; Baudry et Barde, t. IV, p. 681 ; Labbé, dans S. 70.2.103.

(2) V. sur ces questions : Sourdat, *Traité de la responsabilité*, 4e éd., p. 30 ; Hildenburg, Théorie des dommages-intérêts. *Revue critique*, 1910, p. 27.

la faute ou par le fait de son adversaire qu'il en est ainsi. Un commanditaire, un intéressé a droit, d'après le contrat, à la communication des livres de commerce, on s'obstine à la lui refuser ; une femme a droit à reprendre les propres mobiliers qui lui sont advenus pendant le mariage, et dont le mari a négligé de faire inventaire (art. 1504. — V. des cas analogues, art. 1415 et 1442), elle se trouve donc à peu près démunie de preuve par le fait de son adversaire. Un héritier par mégarde ou volontairement a détruit un testament, on ignore l'importance des legs qui étaient faits, bien qu'en fait le nom des légataires puisse être établi ; un tuteur refuse de présenter les pièces justificatives de ses comptes, mettant l'ex-pupille dans l'impossibilité de prouver ce qui lui revient.

Dans ces cas, la preuve par commune renommée n'est considérée comme admissible qu'avec hésitation, les uns la limitant aux cas prévus par les textes, les autres l'étendant seulement aux cas voisins (1). En tous cas, elle est si aléatoire que c'est déjà une sorte de peine à l'égard de celui contre qui on l'utilise. C'est bien avec ce caractère de sanction pour une faute qu'elle apparaît dans l'article 1504 du Code civil (absence d'inventaire par le mari des biens advenant à la femme), dans l'article 1415 (défaut d'inventaire par le mari), l'article 1442 (même cas).

Mais il est possible que le demandeur n'ait à sa disposition ni témoignage, ni présomption précise et concordante, ni commune renommée et que l'on arrive à cette conclusion : le demandeur a un droit, mais il est impossible d'en fixer la consistance. Le juge ne peut évidemment rejeter la demande, et c'est encore par un acte d'autorité qu'il fixera la somme due par le défendeur, car il ne peut agir par voie de déduction précise. Mais laissons même de côté cette question qui est de pure preuve.

Quand il s'agira de savoir quelle sera la somme à fixer en représentation d'un droit, ne considérerait-on que les avantages

(1) V. Baudry et Barde, t. IV, n° 2651 ; t. III, p. 333 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 67 *bis*, III. — Cf. Aubry et Rau, 5e éd., t. I, p. 670 ; Demolombe, t. VII, n° 560.

directs qu'on pourrait en tirer, on sera souvent dans l'embarras. Si je suis obligé de supporter que mon voisin exerce une industrie gênante pour moi, l'indemnité que je recevrai, suffisante actuellement peut ne plus représenter le dommage véritable, si plus tard telle installation, telle transformation que j'aurais pu faire sans cela se trouve impossible. Toute indemnité pour un dommage à longue durée se trouve calculée d'après certaines prévisions, que les faits démentent souvent, la vie n'étant pas une chose qui se passe ordinairement d'une ligne simple et droite suivant des prévisions faciles. Le juge procédera bien par voie de raisonnement, mais les faits viendront les démentir. On voudra calculer des éventualités, les réduire en données précises, ce qui est un calcul arbitraire.

C'est une difficulté que l'on rencontre journellement dans le droit, d'avoir à apprécier une chose incertaine. Un individu est victime d'un accident, il s'agit d'indemniser ses proches. Mais comment le faire avec justice ? Cet individu pouvait se ruiner, tomber malade, n'être plus pour les siens d'aucun secours pécuniaire. Il pouvait mourir peu après de maladie, ou par un accident, non fautif. On ne peut ici que donner une moyenne, fausse comme toutes les moyennes, calculer ce qui se serait probablement passé, comme les assureurs calculent la durée probable de la vie humaine (1). Il n'en est pas moins curieux de constater au fonds l'impossibilité pratique de calculer une indemnité équivalente au dommage dans un très grand nombre de cas. A y réfléchir, quand on examine de près un dommage, on voit se dresser un certain nombre de risques dont l'appréciation est très incertaine (2), crainte d'un nouveau délit, frais pour le prévenir, etc.

Ainsi donc on voit dans quelle mesure limitée l'argent est la mesure de l'intérêt : la réduction des choses en argent ne peut se faire complètement par voie de raisonnement, il y faut aussi

(1) V. sur ces difficultés, Mataja, *Das Recht des Schadenersatz nach dem Standpunkt der Nationalökonomie*, p. 181 et 187.

(2) V. not. Hugueney, *L'idée de peine privée*, p. 318.

pour une part la volonté du juge faisant acte d'autorité. La conclusion à en tirer, c'est que d'abord il est des cas où cette estimation on argent est fatale, à la suite de délits ou quasi-délits, d'inexécution de contrats, il faudra alors se contenter par nécessité d'estimations approximatives

Mais dans le cas où il y a possibilité pour la loi de conserver au droit son contenu primitif, n'est-il pas naturel de le faire au lieu de transformer celui-ci en un droit à une somme d'argent, étant donné que l'estimation est souvent assez arbitraire.

Il y a des hypothèses où l'exécution en nature ne paraît rencontrer aucun obstacle, ainsi dans la réparation de la nullité d'un contrat par l'exécution de celui-ci comme s'il était valable (1), la réparation d'une diffamation par la publicité donnée au jugement qui condamne le diffamateur.

Cette solution a d'autant plus de raison d'être que la réparation de l'intérêt d'affection, de l'honneur, du préjudice moral sous la forme d'une somme d'argent est certainement très grossière (2). C'est même une des raisons pour laquelle on hésite à dire que ces dommages peuvent donner lieu à réparation.

De même rien ne paraît plus raisonnable que d'admettre, ce qui n'est que la généralisation de la solution précédente, que la réparation d'un délit pourra se faire autrement qu'en argent. L'article 1382 n'exclut nullement d'autres modes de réparations de nature à donner une plus juste satisfaction à la personne lésée : comme des exécutions, des destructions de travaux (3).

Sur ces questions, le Code civil allemand (art. 249) établit le principe de la réparation en nature, mais lorsqu'il y a lésion d'une

(1) V. sur ce mode de réparation, Massin, *Exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, thèse de Paris, 1893, p. 340 et suiv.

(2) V. Chausse, *De l'intérêt d'affection*, *loc. cit.*

(3) Cass., 6 décembre 1869, S. 70.1.104 ; 6 août 1880, S. 81.1.388 ; Baudry et Barde, I, n° 2877 ; Demolombe, XXXI, n° 600 ; Bruxelles, 20 juin 1904, *Pas. belge*, 1905.2.17, et *Revue de droit civil*, 1907, p. 140.

personne ou endommagement d'une chose, c'est une faculté pour le créancier d'exiger la valeur en argent nécessaire pour procurer réparation. Toutefois l'obligé à réparation peut dédommager le créancier en argent, lorsque le rétablissement en nature n'est possible qu'au prix de dépenses hors de proportion (art. 251, al.2). Ainsi donc il est en principe très favorable à l'exécution en nature.

Mais cette théorie, qui n'est inspirée que par une seule idée : donner la sécurité au titulaire du droit, en lui donnant quand c'est possible la chose même qu'il vise, vient souvent se heurter à d'autres intérêts non moins importants.

D'abord et à supposer que la question ne se complique pas des intérêts des tiers, l'exécution en nature peut être impossible sans la bonne volonté du débiteur, ou elle peut être contraire à l'intérêt d'un groupe important, ce qu'on nomme d'ordinaire intérêt général.

L'exécution en nature peut être matériellement impossible : c'est le cas si l'obligation ne peut être exécutée par un autre à la place du débiteur, si par exemple un travail artistique a été commandé, il ne peut être fait convenablement que par une seule personne, ici fatalement le contenu du droit se métamorphosera en une créance d'argent, malgré l'imperfection et parfois l'arbitraire de ce procédé. Seulement une voie importante reste encore ouverte pour assurer au titulaire d'un droit le contenu objectif de celui-ci : à défaut de contrainte directe *manu militari*, il y a la contrainte indirecte soit par la voie pénale, soit par la voie des astreintes comminatoires. Le procédé dans son principe est le même dans les deux cas : peser par la menace, sur la volonté du débiteur récalcitrant. En soi la chose est parfaitement admissible (1).

(1) V. Esmein, La jurisprudence en matière d'astreintes. *Revue de droit civil*, 1903, p. 5 ; Meynial, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire. *Revue pratique*, 1884, p. 385.

Il suffit en effet, pour qu'elle soit digne d'approbation, que le trouble causé par l'astreinte ne soit pas supérieur à l'inconvénient résultant de l'exécution en argent, au lieu de l'exécution par équivalent. Il suffit que le mal de la peine n'excède pas le mal qu'il veut prévenir. Et surtout, élément plus aléatoire : il faut en outre tenir compte de l'avantage général que l'on retirera en forçant indirectement à exécuter en nature, en donnant par là plus de sécurité aux titulaires de droits.

Dans tous les cas où l'obligation peut être exécutée même contre le consentement du débiteur, quitte d'ailleurs dans certains cas à porter atteinte à sa liberté, le créancier peut employer les moyens de contrainte indirecte : les astreintes ; la loi peut établir un délit pénal.

Mais que faire en cas de résistance invincible du débiteur ? Faut-il maintenir la contrainte, pour du moins effrayer les autres, et que le débiteur ne soit pas encouragé à faire une résistance obstinée. C'est le système du droit pénal, où la peine une fois encourue l'est définitivement. Faut-il au contraire décider que finalement on renoncera à la contrainte, pour transformer en créance de somme d'argent le droit originaire ? C'est le système qui est adopté en droit civil pour les astreintes, qui ne sont prononcées que de façon comminatoire, le juge faisant droit au fond à l'expiration d'un certain délai. C'est dans ces deux cas la question de savoir quels droits doivent être conservés à l'individu même coupable et celle de l'équivalence à maintenir entre le mal commis et les mesures à prendre, pour satisfaire l'intérêt général. C'est un problème considérable que nous devons non pas résoudre, mais du moins indiquer.

Que faire lorsqu'un droit ne peut obtenir satisfaction sans la bonne volonté du débiteur qu'en pénétrant dans cette sphère juridique que la doctrine libérale s'est efforcé de conserver à chaque individu : liberté de la personne (1), domicile inviolable,

(1) V. sur ce point Massin, *op. cit.*, p. 242 et suiv.

secret des affaires, secret professionnel, etc. Pour obtenir d'un employé qui s'est engagé à ne pas se replacer chez un concurrent, qu'il s'exécute, il faudrait se saisir de force de sa personne, quand il entre chez son nouveau patron. Pour obtenir d'un patron qui a promis de communiquer ses livres à un commanditaire, il faudrait perquisitionner chez lui et se saisir de ses livres jusqu'à ce qu'ils aient été examinés. Pour obtenir d'un tuteur l'inventaire des biens du pupille qu'il a fait dresser, pourra-t-on pénétrer de force chez le notaire qui en détient la minute ? Pour obtenir le départ d'un locataire qui a reçu congé, pourra-t-on par la force mettre ses meubles dehors, bien que les locaux occupés constituent son domicile ? Un vendeur refuse de livrer un meuble vendu. Pourra-t-on le prendre de force chez lui ? Rien n'est moins net que ces questions au point de vue du droit positif. Cependant, entre les intérêts en conflits : droits inviolables de la personne, droit à l'exécution en nature, il semble que la transaction ne peut se faire qu'en distinguant la liberté de la personne et la perquisition des autres hypothèses.

La liberté de la personne a une telle valeur dans nos idées modernes qu'il paraît difficilement admissible que l'on y porte atteinte pour l'exécution d'une obligation (1), d'autant plus que souvent, pour être complètement exécutée, il faudrait qu'il y eût des atteintes répétées à la liberté personnelle, par exemple en empêchant une personne de travailler chez telle autre chaque fois qu'elle le veut.

Et cette seconde idée n'est pas sans importance. Quand il s'agit d'assurer par la violence envers une personne, l'exécution d'un droit, c'est un point important de savoir si l'atteinte nécessaire

(1) Bien entendu sur ce point nous laissons de côté les cas où il y a impossibilité absolue de faire exécuter l'obligation au débiteur malgré lui, cas où s'applique l'adage *nemo potest praecise cogi ad factum* que les rédacteurs du Code civil ont peut-être simplement voulu reproduire dans l'article 1142 du Code civil. — V. sur ce dernier point Baudry et Barde, t. I, n° 431 et suiv. ; Demolombe, t. XXIV, n° 480.

sera, pour être efficace, de courte ou de longue durée. L'engagement pris illégalement par un acteur peut être de jouer tel rôle dans une pièce pour une seule représentation. Une violence personnelle de peu de durée peut l'en empêcher. Mais si une personne a promis irrégulièrement de donner une série de représentations, si on veut la forcer à respecter son engagement, il faudra ou à chaque représentation employer la force pour l'empêcher de jouer, ou la priver de sa liberté pendant tout le temps où elle pourra participer à ces spectacles.

La seconde solution est manifestement inadmissible, comme portant une atteinte trop grave à la liberté, aboutissant à une véritable incarcération d'intérêt privé et comme établissant par prévention peut-être plus qu'il n'est nécessaire.

La première mesure est déjà grave en soi, cependant elle est admissible théoriquement (1), car il faut tenir compte du caractère intimidant et pour tout dire, pénal, qui est caché dans toute sanction. Il est probable qu'avant que l'exécution personnelle ait eu lieu plusieurs fois, le débiteur se le tiendra pour dit et s'inclinera. Le contraire serait exceptionnel. La loi n'est pas faite pour ces cas, et, avouons-le, ne peut toujours les atteindre. L'extraordinaire est en dehors de cette zone de tranquillité où domine le droit.

C'est ce qui fait que l'on admet communément que celui à qui la loi ou un jugement confie la garde d'un enfant peut se le faire remettre *manu militari*, s'il s'échappe ou si on le lui refuse, bien que le lendemain il puisse s'enfuir et retourner où il était. L'enfant mineur n'aura sans doute pas assez de volonté pour le faire un grand nombre de fois. Toute la psychologie de l'éducation repose sur ce fondement (2).

Mais on hésite davantage quand il s'agit de ramener une femme

(1) V. Garsonnet, *Procédure*, 1re éd., t. III, p. 481 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 60 : Laurent, t. XVI, n° 198.

(2) V. en ce sens ; Garsonnet, *op. cit.*, t. III, p. 486 ; Demolombe, t. VI, n° 307 : Aubry et Rau, t. VI, p. 78 ; Laurent, t. IV, n° 272.

au domicile conjugal. Car celle-ci n'est pas un enfant, et sa volonté sera plus tenace. Aussi ne soutient-on cette théorie qu'en émettant l'espoir d'une réconciliation (1).

En tous cas l'exécution sur les biens est plus facilement admissible (2), ce qui ne veut pas dire qu'il écarte toute difficulté.

Quant au droit de perquisition, c'est également une faculté très grave, car il s'agit en somme, pour obtenir une seule pièce, souvent un registre de commerce, un écrit qu'on ne veut pas présenter, un objet mobilier qu'on ne veut pas livrer, de prendre connaissance de toutes les affaires d'une personne, de tout ce qu'elle possède. Il faut compter en outre que cette mesure si grave, atteinte à l'inviolabilité du domicile de la façon la plus profonde, risquerait d'être fréquemment inefficace, le détenteur des objets recherchés pouvant facilement les soustraire.

Ou alors il faudrait admettre que la perquisition aura lieu ici *ex abrupto* comme elle se fait en matière criminelle, ce qui présente l'inconvénient de risquer des perquisitions inconsidérées, car on ne pourrait faire ces actes que sans entendre le défendeur, même par voie de référé, pour ne pas lui donner la possibilité de déplacer les objets recherchés.

Il y aurait donc déséquilibre certain entre l'intérêt à protéger et celui menacé. L'exécution en nature n'est pas ici recommandable (3).

Il y a une atteinte certaine portée à la libre jouissance des biens

(1) V. Demolombe, t. IV, n° 107 ; Aubry et Rau, t. V, p. 137, 4e éd. ; Demante, t. I, n° 297 *bis* III ; Marcadé, t. I, n° 720 ; Garsonnet, t. III, p. 457.

(2) V. Massin, *op. cit.*, p. 254.

(3) Cependant, dans deux cas voisins où il s'agit, il est vrai, de saisie provisoire, la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention art. 47, et la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique, art. 17, permettent de procéder à la saisie des objets contrefaits sans distinguer dans quelles conditions, si ce sera à la suite d'une perquisition, ou à la suite d'une exposition en vente.

par leur propriétaire et un succès incertain, car qui peut répondre des résultats d'une perquisition ? Si l'apposition des scellés et l'inventaire sur tous les biens paraissant avoir fait partie do la succession d'une personne, ce qui n'est en somme qu'une perquisition implicite, sont autorisées, c'est qu'ici le résultat sera obtenu presque à coup sûr, il s'agit d'une masse d'objets dont malgré les soustractions les plus rapidement faites, il restera quelque chose. La loi paraît d'ailleurs être dans l'esprit que nous indiquons. Quand l'article 17 du Code de commerce dit que « si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie, il semble bien dire que l'on ne peut perquisitionner pour trouver les livres (1).

Au contraire, la mise à exécution d'un droit sans la bonne volonté du débiteur peut bien supposer une atteinte à la sphère privée de celui-ci, mais de telle sorte que, dans la mesure exacte où il y a atteinte portée, il y a satisfaction donnée au créancier. C'est le cas si un locataire est expulsé de son domicile *manu militari*, si le possesseur d'un immeuble bâti subit le même sort, si un liquidateur veut se faire mettre en possession du patrimoine qu'il est chargé de liquider. Ici, bien que l'atteinte en elle même soit plus grave, il est acceptable de l'autoriser, parce qu'elle est plus profitable Mais en fait, la distinction que nous proposons et qui n'est pas contraire au droit positif, ce qui lui donne un intérêt pratique, se trouve cependant conduire à ce résultat qu'en matière d'immeubles l'exécution en nature peut avoir lieu, tandis qu'en matière de meubles elle sera généralement impossible, supposant le plus souvent une perquisition.

Entre ces deux hypothèses extrêmes, il y a cependant un cas intermédiaire, c'est celui où il s'agit d'une exécution sur un immeuble, qui est bien possible *manu militari*, mais où celle-ci, pour être efficace, suppose non pas un acte momentané consistant à mettre une personne en possession d'une chose, mais probable-

(1) V. Thaller, *Droit commercial*, n° 210, p. 135.

ment une intervention de longue durée. Un associé, un employé qui avait promis de ne pas se rétablir dans la même ville, y loue un local et y ouvre un commerce ; une personne qui a promis de ne pas habiter telle ville, s'y installe. Que pourra-t-on faire pour que la maison ainsi irrégulièrement occupée se ferme et ne soit pas rouverte. La pratique administrative à propos des fermetures d'établissements congréganistes a admis un système qui serait sans doute appliqué en cas de dissolution d'associations ou de syndicats, comme aussi de fermetures d'usines en vertu de la loi du 12 juin 1893, article 8, ou de débits de boissons en vertu de la loi du 17 juillet 1880, article 10 : l'apposition de scellés. Nous n'avons pas à examiner si cette mesure qui, pour assurer l'exécution de lois d'ordre public, porte atteinte au droit d'un propriétaire ou d'un locataire, est ou non commandée par des nécessités spéciales.

Nous voulons seulement dire un mot de cette question, en tant qu'elle est un aspect spécial de la difficulté plus générale que nous examinons. Elle a préoccupé tous les éminents publicistes qui ont traité de ces appositions de scellés (1). Est-il acceptable, en dehors de la question de pouvoir conféré par la loi, que le gouvernement, pour expulser une congrégation, après l'avoir matériellement fait sortir de l'immeuble qu'elle occupait, appose les scellés ? Si la congrégation est régulièrement locataire en vertu d'un bail, ni elle, ni le propriétaire ne peuvent se plaindre, sinon du léger inconvénient de l'abandon de l'immeuble. Mais le propriétaire laisse occuper la maison, par simple condescendance : s'il n'y a plus de congrégation, il est juste qu'il y rentre. Va-t-on le lui refuser en laissant les scellés ? Tout le monde sent bien que cette situation ne peut s'éterniser.

Comme le dit M. Hauriou, il vient un moment où la congrégation est réellement dispersée, et où il n'est pas à prévoir qu'elle se reforme dans le local. Il vient donc un moment où les scellés ne

(1) V. Berthélemy, La souveraineté, *Revue de droit public*, 1904, p. 220 ; Chavegrin, note dans Sirey, 1904.1.87 ; Hauriou, note dans Sirey, 1904.3.17. — Cf. note dans D. 03.3.41.

peuvent être maintenus, même si le propriétaire de la maison ne veut signer aucun engagement de ne pas rouvrir sa maison aux congréganistes, car on n'a pas le droit d'exiger des gens un engagement spécial de se conformer à la loi.

Laissant de côté le droit positif, nous dirons au point de vue législatif que nous ne voyons aucun obstacle à demander cette promesse qu'on ne peut guère refuser de faire sans intention illégale. Il est sage de concilier de cette façon le droit du propriétaire et celui du gouvernement. Mais ici éclate encore l'impuissance foncière du droit qui, s'il prétend tout régir avec ses grands mots de Souveraineté, aboutit à la tyrannie la plus grande : le mélange de la force et de la ruse déguisées par la théorie. Exigerez-vous une promesse pure et simple. Qui empêchera de la violer impunément ? Une autre expulsion. Exigerez-vous une promesse sanctionnée par une clause pénale, par une peine quelconque ? Qui empêchera de la violer encore ? N'y aura-t-il pas des esprits résolus qui les braveront. Ils seront rares, mais ils peuvent exister.

On arrive donc à cette éternelle et triste conclusion : le droit apparaît comme une éternelle conciliation des intérêts, faite pour les gens qui ne sont pas trop décidés, ni trop turbulents. Au delà il arrive à déployer une force formidable pour un mince résultat, à déséquilibrer les situations.

En tous cas, à laisser de côté les extrêmes, il semble souhaitable, soit de dire qu'il y aura un délit pénal, soit d'établir un juge qui statuera sur le moment de la levée des scellés, leur apposition sur des immeubles déjà désertés par la congrégation (1), et qui cherchera au mieux à faire vivre ensemble des intérêts si divers.

Nous cantonnant expressément sur le terrain du droit privé, nous avons à nous demander si l'exécution en nature, au risque d'une atteinte portée aux droits d'un propriétaire ou d'un locataire, n'est pas préférable à une transformation du droit en une créance pécuniaire ? Nous croyons qu'il en est ainsi, car au total

(1) Cf. Trib. des conflits, 6 et 13 décembre 1902, D. 03.3.41.

il dépend de celui contre lequel on exécute le jugement de mettre fin à cette situation en s'engageant avec des sûretés à ne pas contrevenir à son obligation, et il suffit que les tribunaux reconnaissent que cette promesse est de nature à permettre de recouvrer la jouissance de l'immeuble à celui qui l'avait auparavant. Ce procédé permet et permet seul, semble-t-il, de concilier à la fois la sécurité à laquelle une personne a droit avec celle qui est due à celui qui a acquis régulièrement des droits à la jouissance d'un immeuble.

Nous avons jusqu'ici opposé la réparation en argent : remise d'une somme égale au préjudice et la réparation en nature. Si la première est simple en elle-même, l'autre est plus complexe. Elle peut consister à remettre tout directement dans l'état antérieur, en supprimant les actes contraires : annulation d'un acte, destruction de constructions faites. Elle peut consister à restituer la possession et la propriété de biens dont on avait été privé : restitution d'un meuble, d'un immeuble, de titres de créances. Elle peut consister en des actes différents : une publicité dont on peut espérer un effet suffisant pour contrebalancer l'effet d'écrits diffamatoires. La jurisprudence va même en matière de chemins de fer jusqu'à admettre une publicité de nature à impressionner les imitateurs possibles du délinquant, laquelle est plus voisine que toute autre réparation d'une peine privée. Il peut encore y avoir un acte qu'on considérera comme passé par le débiteur. S'il y a une vente dont on doit passer acte notarié, on peut décider que le vendeur refusant de passer acte, il sera tenu de le faire, que sinon le jugement vaudra acte notarié. Enfin on peut encore imposer au débiteur un véritable marché par le laisser pour compte. Un automobile est endommagé ; même réparé, il n'aura plus ses qualités antérieures. L'auteur du dommage devra le garder et payer le prix d'une voiture neuve. La jurisprudence reconnaît parfaitement cette pratique, bien qu'elle hésite à donner une formule des cas où elle est possible, parlant tantôt d'objet impropre à sa

destination, d'objet dépourvu de toute valeur marchande, de chose désormais sans utilité pour le destinataire (1). Il n'y en a pas moins un mode de réparation possible en cas de délit, de contrat de transport (2), de commandes (3), etc. Son application reste délicate, car à côté du créancier qui a droit à une satisfaction adéquate que le laisser pour compte lui donnera, il y a le débiteur qu'on ne peut surcharger par une remise d'un objet inutile pour lui, sur lequel il perdra. De là une question d'appréciation qui sollicite la limitation de ce procédé aux cas où il est nécessaire. Il n'est pas bon de ruiner le débiteur, pour bien satisfaire le créancier (4).

A côté de l'intérêt du créancier de voir le contenu de son droit modifié ou non, il y a des intérêts supérieurs et les intérêts de certains tiers qu'il faut considérer, et ceux-ci peuvent déterminer à donner seulement au créancier une satisfaction indirecte et imparfaite. Il y a aussi des situations où le sacrifice du droit moyennant une somme d'argent apparaît comme nécessité par un intérêt supérieur. C'est ce qui arrive dans le droit public avec les expropriations pour cause d'utilité publique, c'est ce qui arrive dans le droit civil avec les différents retraits : retrait litigieux, retrait d'indivision, retrait successoral, où le droit du retrayé se trouve remplacé par une indemnité par suite de l'intérêt à éviter des discussions âpres, les difficultés d'un partage, les frais d'un

(1) V. Rennes, 28 janvier 1907, D. 00.2.138 ; Agen, 12 mai 1800, D. 00.2.174 ; Poitiers, 30 octobre 1802, D. 04.3.234. — V. *Revue de droit civil*, 1900, p. 600.

(2) V. sur le laissé pour compte dans les transports, Lyon-Caen et Renault, t. III, nº 614 ; Thaller, nº 1102 ; Cass. 28 janvier 1884, D. 84.1.336 ; Dijon, 27 juillet 1800, D. 1900.2.173 ; Agen, 12 mai 1800, D. 1900.2.174.

(3) V. Lyon-Caen et Renault, t. III, nº 31.

(4) On trouve dans le Code civil suisse (art. 002) une disposition qui est une sorte de laissé pour compte spécial. Si un voisin fait passer des conduites aériennes sur un terrain voisin, le propriétaire de ce dernier peut demander qu'on soit tenu de lui acheter partie de son terrain.

procès, intérêt qui paraît plus considérable que celui de maintenir son droit à un acquéreur, et légitime ainsi cette expropriation d'utilité privée. La même lutte entre ces diverses considérations peut se présenter en cas de responsabilité entre voisins ou même dans certaines inexécutions de contrats.

Nous n'avons pas à rappeler dans quels termes la jurisprudence a établi la responsabilité entre voisins, spécialement dans les rapports entre les propriétaires des établissements industriels et ceux des immeubles environnants. Voyons en fait quels en seront les résultats pratiques, selon la forme qui sera reconnue au droit à indemnité? Le juge saisi a à statuer à la fois sur le passé et le futur, sur les suites qu'a eues l'installation industrielle dans le passé et sur ce qu'il convient d'établir dans l'avenir.

Ecartons d'abord le cas important où le dommage n'est résulté que d'un manque de précautions et où certaines installations, comme l'établissement de cheminées plus hautes, de double murailles pour arrêter le son, etc., peuvent empêcher pour l'avenir tout dommage. Le juge prescrira les mesures utiles et mettra ainsi en harmonie les intérêts en présence. S'il en est besoin, on fera exécuter ces travaux en pénétrant *manu militari* dans l'immeuble et en faisant faire des transformations ordonnées par des ouvriers requis. Il sera seulement nécessaire de se faire autoriser spécialement à agir ainsi (1). Bien que le débiteur puisse, sans commettre de délit, détruire les ouvrages faits qui sont sa propriété, la sanction doit être considérée comme suffisamment efficace.

Mettons-nous au contraire en face de l'hypothèse où il n'y a pas de mesures de précautions qui puissent empêcher le dommage de se réaliser, où celui-ci se rattache nécessairement à la nature même de l'industrie. Le juge devra alors, en dehors du dommage passé dont la réparation sera, suivant les cas, accordée en argent,

(1) V. Demolombe, XXIV, n° 800 ; Larombière, I, articles 1143 et 1144, n° 6 ; Garsonnet, 1er éd., III, p. 440 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procédure*, v° *Exécution de jugements*, n° 11.

ou par des réfections aux frais du voisin, s'occuper du préjudice à venir, et il devra opter entre les deux solutions suivantes : ou faire supprimer l'état de fait d'où résulte celui-ci, ou accorder une indemnité pour le dommage futur.

Dans le premier cas, le voisin obtiendra directement son dû, c'est-à-dire qu'il jouira de son immeuble comme il doit le faire normalement, sans subir d'inconvénient grave. Dans le second, la valeur de sa propriété étant diminuée, la perte pécuniaire se compensera par une somme d'argent. Ce qui souvent devra déterminer le choix du juge, ce sera une considération d'intérêt général. Si le voisinage des établissements industriels est désagréable, il faut cependant que l'industrie se développe, il ne faut pas ainsi fermer un établissement ou en entraver le fonctionnement (1). Le juge devra alors se demander : ne vaut-il pas mieux tolérer une industrie utile au point de vue de la richesse générale, quitte à indemniser en argent ceux qui en souffrent trop. Nous aurons donc un cas où il sera permis de léser autrui à condition de l'indemniser. Sans relever ce qu'il y a ici de curieux, constatons, au point de vue qui nous intéresse, que l'exécution en nature sera refusée, non pour des raisons de difficultés pratiques, mais d'intérêt général (2).

(1) Au point de vue du droit positif, en pure logique, l'opinion que nous exposons est contestée. V. *contrà* : Aubry et Rau, 5e éd., t. II, p. 305, § 194 ; Laurent, t. VI, nos 150 et 151. — On peut dire en ce dernier sens : La loi du 20 avril 1845, sur les irrigations, article 1er, la loi du 11 juillet 1847 sur les irrigations, article 1er, permettent au propriétaire, si le juge le trouve bon, de faire certains travaux sur le fonds voisin moyennant indemnité. On pourrait en déduire que s'il a fallu un texte pour autoriser le juge à agir ainsi, il ne peut le faire dans d'autres cas.

Mais ici il s'agit non pas d'agir sur son terrain, mais d'agir sur le terrain voisin, ce qui est tout différent, surtout que le législateur a conçu le droit de propriété de façon très matérielle, comme un droit sur une chose et non pas comme un droit d'agir d'une certaine façon, ayant un rapport avec une chose, celle-ci étant non l'objet, mais le substratum matériel de l'objet du droit. De plus il s'agit de détruire une installation existante et non d'en faire une nouvelle.

(2) Bien que cette solution ne soit pas la plus générale, elle est cependant possible. — V. en ce sens : Cass., 8 juin 1857, S.55.1.305, D.57.1.203.

Nous avons pour plus de simplicité supposé un établissement non classé. Car s'il s'agissait d'un établissement autorisé, la mesure administrative rendue aurait pour conséquence d'interdire toute transformation ou suppression de l'établissement à la requête des voisins et tout le droit de ceux-ci se bornerait à des dommages-intérêts.

Du moins c'est là l'opinion générale en doctrine (1). Mais il faut remarquer que la jurisprudence est en sens contraire et qu'elle autorise toute modification qui ne va pas directement à l'encontre des principes posés par l'autorité administrative (2).

Si l'on admet la solution de la doctrine, considérant que l'autorisation administrative est plus qu'un laisser faire, et concède un droit, c'est un argument de plus pour soutenir en raison la solution que nous défendons. On appuie cette décision du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Mais qui ne voit que si l'on s'en tient là, on aboutira à un système bizarre. Les établissements les plus dangereux : ceux classés seront maintenus impunément. On n'aura droit contre eux qu'à une indemnité. Les autres pourront disparaître, parce qu'ils gênent les voisins, au grand dommage souvent du développement industriel, de l'exploitation intensive des biens.

Nous croirions donc encore pour cette raison plus acceptable de dire, pour tous les établissements insalubres ou non, que l'installation faite dans un immeuble, si elle a lieu avec toutes les précautions requises, doit être maintenue.

D'ailleurs les tribunaux se décident parfois en notre sens. La

— Cf. sur le droit à indemnité : Capitant, Des obligations de voisinage. *Revue critique*, 1900, p. 186 ; Pic, *Législation industrielle*, 2e éd., p. 102 ; Baudry et Chauveau, nos 210 et suiv.

(1) V. Aubry et Rau, t. II, 5e éd., § 194, p. 305 ; Laurent, VI, no 150 ; Baudry et Chauveau, *Des biens*, no 228.

(2) V. Cass., 11 juin 1877, S. 78.1.200 ; Cass., 18 novembre 1884, D. 85. 1.71. — Les arrêts cités en sens contraire par Aubry et Rau (Cass., 27 août 1861, S. 61.1.844, et Cass., 3 novembre 1864, S. 65.1.405) ne visent pas directement un établissement classé.

Cour de Nancy a notamment entériné un rapport d'expert fixant indemnité pour le préjudice causé à un voisin par une usine, préjudice qu'il n'était pas possible de faire complètement disparaître, qu'on pouvait seulement atténuer, en faisant une dépense hors de proportion avec le but à atteindre et qu'il était excessif d'imposer à l'industriel (1).

Il est naturel qu'il en soit ainsi : si la forme de l'indemnisation a son importance, s'il n'est pas indifférent qu'elle se fasse en nature ou en argent, il faut se préoccuper de ce qu'un dommage, tout en se continuant, peut être suffisamment compensé par l'indemnité, mais être lié par ailleurs à des avantages considérables : développement industriel, etc. Il est d'ailleurs également possible que le dommage ne donne à celui qui le cause aucun profit sérieux et ne soit qu'imparfaitement réparé par de l'argent. Les tribunaux ont à apprécier quels sont les cas où ils doivent accepter cette sorte d'expropriation forcée contre argent (2).

On peut dire que cet acte judiciaire constitue une véritable expropriation d'une partie du droit de jouissance des voisins, mais que l'indemnité due, s'il y a lieu, sera fixée par les tribunaux civils, dans les formes ordinaires. C'est donc un droit de jouissance qui se trouve changé en un droit à une somme d'argent, non plus de façon facultative, mais de façon nécessaire pour les juges. Ici se trouve un fait proclamé par l'autorité judiciaire que le bien collectif permet l'établissement de telle usine et son maintien en dépit du dommage pour les voisins.

Des questions analogues peuvent se présenter à propos de la violation d'un contrat ou de son exécution imparfaite. Un entre-

(1) Nancy, 31 décembre 1880, *Gaz. Pal.*, 881 ; *Suppl.*, 85, et sur pourvoi, Cass., 27 décembre 1887, *ibid.*, 170.

(2) Ihering, *Zweck im Recht*, p. 347 et suiv., avait déjà montré que l'on peut être tenu, comme charge du droit, de supporter des expropriations d'utilité privée et que l'*arbitrium de re restituenda* du droit romain permettait au possesseur de garder la chose, s'il trouvait plus de bénéfice à le faire et à payer l'indemnité qu'à restituer.

preneur doit construire un bâtiment. Il s'en acquitte de façon peu satisfaisante, il ne paye donc pas exactement ce qu'il doit. Les tribunaux se reconnaissent le pouvoir d'apprécier la gravité des malfaçons et de décider soit que le bâtiment sera refait en totalité ou en partie, aux frais de l'entrepreneur, soit qu'il sera payé par celui-ci une simple indemnité (1). Il y a donc bien ici une faculté pour le tribunal de transformer ou non l'objet de l'obligation en tenant compte de l'intérêt général ; et celui-ci qui n'est pas qu'un entrepreneur soit ruiné pour l'emploi de matériaux un peu inférieurs ou d'autres fautes légères qui, pour être réparées, supposeraient parfois des dépenses considérables (2).

De même, dans un contrat de vente portant sur des marchandises d'une certaine qualité à livrer par le vendeur, on admet que les différences de qualité entre la marchandise vendue et celle livrée donnent lieu, quand elles sont peu considérables, à de simples réductions de prix, et non pas à une autre réclamation de l'acheteur : résiliation ou droit de réclamer la livraison d'autres marchandises (3). On peut en rapprocher le cas où, dans les ventes sur échantillon, on convient que la non-conformité à celui ci de la marchandise vendue ne donnera lieu qu'à une réduction de prix (4).

Il y a aussi un autre cas où l'intérêt général entre en jeu. C'est à propos de l'accession. Si une chose est jointe à une autre de manière à former un tout, il peut être bon de ne donner au propriétaire de la chose accessoire qu'une action en indemnité, et inversement de refuser au propriétaire de la chose principale le droit

(1) V. Cass., 28 janvier 1904, D. 04.1.230, *Revue de droit civil*, 1904, p. 880 ; Cass., 31 octobre 1906, S. 07.1.103 ; Cass., 23 mars 1900, S. 00.1. 352.

(2) Le Code fédéral des Obligations (art. 358) consacre à peu près ces solutions pour les malfaçons d'une importance minime, en disant qu'on les réparera si cela peut se faire sans dépenses excessives.

(3) V. Cass., 5 janvier 1904, D. 04.1.230.

(4) V. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, n° III ; Thaller, *Droit commercial*, n° 1040 ; Cass., 1er décembre 1876, D. 77.4.450.

de faire séparer. Les Romains avaient déjà aperçu la difficulté et ils tendaient à la résoudre de façon satisfaisante,en disant que la propriété de l'accessoire appartient à celui qui a le bien principal (1),et ils avaient eu le sens de l'intérêt général,en interdisant la démolition pour revendiquer les matériaux, *ne urbs ruinis deformetur*.

Le Code civil favorable à la liberté avant toute chose, a permis la demande de démolition par le propriétaire, en cas de construction sur le terrain d'autrui, toutes les fois qu'il s'agit d'une personne qui a construit de mauvaise foi (art. 555), laissant ici de côté la considération d'intérêt général. D'autre part, l'application du droit commun fait qu'en cas de travaux exécutés contrairement à une convention de ne pas faire,on peut toujours les faire détruire (2),et que spécialement le bailleur peut demander la destruction de tout ce qui a été construit ou modifié sur la chose louée (3). Mais il s'agit de savoir si la solution la plus logique est la plus satifaisante ?

De ces règles qui favorisent l'intérêt général, en permettant l'exécution en argent au lieu de l'exécution en nature dans certains cas, il faut rapprocher l'article 912 du Code civil allemand, d'après lequel un propriétaire, sans faute lourde, ni préméditation ayant, en élevant un bâtiment, dépassé les limites de son immeuble, le voisin doit souffrir ce fait et être indemnisé par une rente en argent.

Le dernier cas où la question de la métamorphose du contenu du droit peut se présenter, c'est celui où l'exécution du droit dans sa forme primitive est de nature à rejaillir contre les tiers. Dans

(1) V. sur ces points, Girard, *Droit romain*, p. 317 et suiv.

(2) V. not. Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, n° 435 et suiv. ; Demolombe, t. XXIV, n° 805 ; mais d'autres auteurs et la jurisprudence, préoccupés de l'intérêt économique, laissent au juge un pouvoir discrétionnaire, V. Larombière, art. 1143, n° 7 ; Cass., 18 juin 1883, D. 84.5.353.

(3) V. not. Baudry et Wahl, *Louage*, t. I, n° 747.

Nous avons pour plus de simplicité supposé un établissement non classé. Car s'il s'agissait d'un établissement autorisé, la mesure administrative rendue aurait pour conséquence d'interdire toute transformation ou suppression de l'établissement à la requête des voisins et tout le droit de ceux-ci se bornerait à des dommages-intérêts.

Du moins c'est là l'opinion générale en doctrine (1). Mais il faut remarquer que la jurisprudence est en sens contraire et qu'elle autorise toute modification qui ne va pas directement à l'encontre des principes posés par l'autorité administrative (2).

Si l'on admet la solution de la doctrine, considérant que l'autorisation administrative est plus qu'un laisser faire, et concède un droit, c'est un argument de plus pour soutenir en raison la solution que nous défendons. On appuie cette décision du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Mais qui ne voit que si l'on s'en tient là, on aboutira à un système bizarre. Les établissements les plus dangereux : ceux classés seront maintenus impunément. On n'aura droit contre eux qu'à une indemnité. Les autres pourront disparaître, parce qu'ils gênent les voisins, au grand dommage souvent du développement industriel, de l'exploitation intensive des biens.

Nous croirions donc encore pour cette raison plus acceptable de dire, pour tous les établissements insalubres ou non, que l'installation faite dans un immeuble, si elle a lieu avec toutes les précautions requises, doit être maintenue.

D'ailleurs les tribunaux se décident parfois en notre sens. La

— Cf. sur le droit à indemnité : Capitant, Des obligations de voisinage. *Revue critique*, 1900, p. 156 ; Pic, *Législation industrielle*, 2e éd., p. 162 ; Baudry et Chauveau, nos 210 et suiv.

(1) V. Aubry et Rau, t. II, 5e éd., § 194, p. 305 ; Laurent, VI, no 150 ; Baudry et Chauveau, *Des biens*, no 225.

(2) V. Cass., 11 juin 1877, S. 78.1.209 ; Cass., 18 novembre 1884, D. 85. 1.71. — Les arrêts cités en sens contraire par Aubry et Rau (Cass., 27 août 1861, S. 61.1.844, et Cass., 3 novembre 1864, S. 65.1.405) ne visent pas directement un établissement classé.

Cour de Nancy a notamment entériné un rapport d'expert fixant indemnité pour le préjudice causé à un voisin par une usine, préjudice qu'il n'était pas possible de faire complètement disparaître, qu'on pouvait seulement atténuer, en faisant une dépense hors de proportion avec le but à atteindre et qu'il était excessif d'imposer à l'industriel (1).

Il est naturel qu'il en soit ainsi : si la forme de l'indemnisation a son importance, s'il n'est pas indifférent qu'elle se fasse en nature ou en argent, il faut se préoccuper de ce qu'un dommage, tout en se continuant, peut être suffisamment compensé par l'indemnité, mais être lié par ailleurs à des avantages considérables : développement industriel, etc. Il est d'ailleurs également possible que le dommage ne donne à celui qui le cause aucun profit sérieux et ne soit qu'imparfaitement réparé par de l'argent. Les tribunaux ont à apprécier quels sont les cas où ils doivent accepter cette sorte d'expropriation forcée contre argent (2).

On peut dire que cet acte judiciaire constitue une véritable expropriation d'une partie du droit de jouissance des voisins, mais que l'indemnité due, s'il y a lieu, sera fixée par les tribunaux civils, dans les formes ordinaires. C'est donc un droit de jouissance qui se trouve changé en un droit à une somme d'argent, non plus de façon facultative, mais de façon nécessaire pour les juges. Ici se trouve un fait proclamé par l'autorité judiciaire que le bien collectif permet l'établissement de telle usine et son maintien en dépit du dommage pour les voisins.

Des questions analogues peuvent se présenter à propos de la violation d'un contrat ou de son exécution imparfaite. Un entre-

(1) Nancy, 31 décembre 1886, *Gaz. Pal.*, 881 ; *Suppl.*, 55, et sur pourvoi, Cass., 27 décembre 1887, *ibid.*, 179.

(2) Ihering, *Zweck im Recht*, p. 347 et suiv., avait déjà montré que l'on peut être tenu, comme charge du droit, de supporter des expropriations d'utilité privée et que l'*arbitrium de re restituenda* du droit romain permettait au possesseur de garder la chose, s'il trouvait plus de bénéfice à le faire et à payer l'indemnité qu'à restituer.

preneur doit construire un bâtimont. Il s'on acquitto do façon peu satisfaisante, il no payo donc pas oxactoment co qu'il doit. Les tribunaux se reconnaissent le pouvoir d'apprécier la gravité dos malfaçons et do décider soit que le bâtiment sera refait en totalité ou en partie, aux frais de l'entrepreneur, soit qu'il sera payé par celui-ci une simple indemnité (1). Il y a donc bien ici une faculté pour le tribunal de transformer ou non l'objet de l'obligation en tenant compte de l'intérêt général ; et celui-ci qui n'est pas qu'un entrepreneur soit ruiné pour l'emploi de matériaux un peu inférieurs ou d'autres fautes légères qui, pour être réparées, supposeraient parfois des dépenses considérables (2).

De même, dans un contrat de vonto portant sur des marchandises d'une certaine qualité à livrer par le vendeur, on admet que les différences de qualité entre la marchandise vendue et celle livrée donnent lieu, quand elles sont peu considérables, à de simples réductions de prix, et non pas à une autre réclamation de l'acheteur : résiliation ou droit de réclamer la livraison d'autres marchandises (3). On peut en rapprocher le cas où, dans les ventes sur échantillon, on convient que la non-conformité à celui-ci de la marchandise vendue ne donnera lieu qu'à une réduction de prix (4).

Il y a aussi un autre cas où l'intérêt général entre en jeu. C'est à propos de l'accession. Si une chose est jointe à une autre de manière à former un tout, il peut être bon de ne donner au propriétaire de la chose accessoire qu'une action en indemnité, et inversement de refuser au propriétaire de la chose principale le droit

(1) V. Cass., 25 janvier 1904, D. 04.1.230, *Revue de droit civil*, 1904, p. 886 ; Cass., 31 octobre 1906, S. 07.1.103 ; Cass., 23 mars 1909, S. 09.1.552.

(2) Le Code fédéral des Obligations (art. 358) consacre a peu près ces solutions pour les malfaçons d'une importance minime, en disant qu'on les réparera si cela peut se faire sans dépenses excessives.

(3) V. Cass., 5 janvier 1904, D, 04.1.230.

(4) V. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, nº III ; Thaller, *Droit commercial*, nº 1040 ; Cass., 1er décembre 1875, D. 77.4.450.

de faire séparer. Les Romains avaient déjà aperçu la difficulté et ils tendaient à la résoudre de façon satisfaisante,en disant que la propriété de l'accessoire appartient à celui qui a le bien principal (1),et ils avaient eu le sens de l'intérêt général,en interdisant la démolition pour revendiquer les matériaux, *ne urbs ruinis deformetur*.

Le Code civil favorable à la liberté avant toute chose, a permis la demande de démolition par le propriétaire, en cas de construction sur le terrain d'autrui, toutes les fois qu'il s'agit d'une personne qui a construit de mauvaise foi (art. 555), laissant ici de côté la considération d'intérêt général. D'autre part, l'application du droit commun fait qu'en cas de travaux exécutés contrairement à une convention de ne pas faire,on peut toujours les faire détruire (2),et que spécialement le bailleur peut demander la destruction de tout ce qui a été construit ou modifié sur la chose louée (3). Mais il s'agit de savoir si la solution la plus logique est la plus satifaisante ?

De ces règles qui favorisent l'intérêt général, en permettant l'exécution en argent au lieu de l'exécution en nature dans certains cas, il faut rapprocher l'article 912 du Code civil allemand, d'après lequel un propriétaire, sans faute lourde, ni préméditation ayant, en élevant un bâtiment, dépassé les limites de son immeuble, le voisin doit souffrir ce fait et être indemnisé par une rente en argent.

Le dernier cas où la question de la métamorphose du contenu du droit peut se présenter, c'est celui où l'exécution du droit dans sa forme primitive est de nature à rejaillir contre les tiers. Dans

(1) V. sur ces points, Girard, *Droit romain*, p. 317 et suiv.

(2) V. not. Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, n° 435 et suiv. ; Domolombe, t. XXIV, n° 505 ; mais d'autres auteurs et la jurisprudence, préoccupés de l'intérêt économique, laissent au juge un pouvoir discrétionnaire, V. Larombière, art. 1143, n° 7 ; Cass., 18 juin 1883, D. 84.5.353..

(3) V. not. Baudry et Wahl, *Louage*, t. I, n° 747.

certains cas, le fait que l'exécution directe de l'obligation sera faite contre un tiers, au lieu de l'être par celle qui devait originairement l'assurer, ne présente pas d'inconvénient. Je suis acheteur ou locataire d'un meuble, et celui-ci a été mis par celui qui devait me le livrer en dépôt chez un tiers, je pourrai me faire remettre par celui-ci l'objet déposé, car ici je ne lui cause aucun préjudice, en l'obligeant à me restituer plutôt qu'à le faire au déposant.

Mais il y a des cas où, si l'on exige l'exécution en nature, indirectement un tiers va se trouver lésé parce qu'un contrat envers lui ne sera pas exécuté et lui conférera simplement droit à une indemnité. Ceci peut se présenter dans le cas suivant : un associé, un employé s'est engagé à ne pas se placer dans une maison similaire (1), si on l'oblige à respecter directement ce contrat, le tiers qui de bonne foi (2) avait pris dans sa maison de commerce la personne en question, ne va plus avoir contre elle qu'un recours en dommages-intérêts. De même un patron ayant promis de n'embaucher que des ouvriers syndiqués, s'il contrevient à cette obligation et qu'on l'oblige à renvoyer l'ouvrier non syndiqué, celui ci n'aura qu'une indemnité à raison de l'inexécution de son contrat. De même un fabricant ayant vendu des marchandises en spécifiant un prix de revente, si l'acheteur les a revendues à un autre prix sans les avoir livrées, le vendeur pourra exiger qu'elles ne soient pas livrées et le sous acquéreur n'aura qu'une indemnité.

Dans tous ces cas, si par ailleurs l'exécution en nature semble possible, devra-t-elle se faire aussi au détriment indirect du tiers ? La question paraît être restée étrangère au législateur français enfermé dans la formule de l'article 1165 : les obligations n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. Il est cependant nécessaire de

(1) V. Paris, 31 octobre 1908, *Gaz. Trib.*, 11 novembre 1908, *Revue de droit civil*, 1909, p. 180,

(2) Si le tiers était de mauvaise foi, sa responsabilité ne serait pas douteuse, même si l'employé débauché était finalement resté après augmentation. V Cass., 27 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 7 juin 1908. *Revue de droit civil*, 1908, p. 536,

trancher cette difficulté et on ne peut le faire que par deux procédés principaux.

Ou bien le législateur, et à son défaut le juge, déterminera quel est celui des deux intérêts en présence qu'il convient de favoriser le plus, en lui accordant l'exécution en nature, soit que l'autre paraisse moins important ou qu'il souffre moins d'une simple exécution par équivalent. Ainsi un propriétaire de forêts vendant celle-ci, alors qu'il a déjà vendu les arbres sur pied sans les avoir livrés, il s'agira de savoir si l'acheteur des arbres peut encore exiger la livraison au mépris de la vente de l'immeuble ; on pourra dire en principe que l'acheteur de l'immeuble n'ayant pas de moyens de connaître cette vente d'arbres doit pouvoir empêcher l'abattage, ou que l'acheteur des arbres n'avait qu'à demander livraison immédiate, ou au lieu d'ériger une règle générale, le juge pourra statuer en fait : considérer que l'acheteur de la forêt voulant y établir un parc, souffrira plus de l'abattage que le marchand de bois ne souffrira de ne toucher qu'une indemnité (1).

Ou au contraire, au lieu d'adapter ainsi la loi au mieux des circonstances, les droits se prêtant dans la mesure où ils le peuvent aux transformations et aux complications des faits, on peut établir un principe de sécurité en faveur du droit le plus ancien, les autres titulaires de droits étant supposés à tort ou à raison avoir pu, en se renseignant, connaître les actes antérieurs. On peut dire l'acte le plus ancien sera exécuté directement si faire se peut, on lui donnera cette force spéciale appelée droit de préférence que la technique classique rattache ordinairement aux droits réels.

Ce sont les deux principales solutions que l'on peut donner à ce conflit entre la sécurité statique et la sécurité dynamique, on ne peut que faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre, à

(1) Nous discutons ici la question en supposant que le tiers intervienne au procès, car il n'y aurait guère à se soucier de ses intérêts, si lui-même ne jugeait pas utile de les défendre.

moins de trouver un dérivatif dans l'organisation d'une publicité.

La question n'a pas été examinée en thèse générale par les auteurs. C'est que parfois elle est sans intérêt ; c'est lorsqu'il s'agit d'une obligation qui, en cas d'inexécution, se résout en dommages-intérêts. L'employé qui a manqué à son engagement envers son ancien patron en entrant chez un nouveau, n'étant exposé de toute façon qu'à une indemnité envers celui dont les droits seront méconnus, choisira ce qu'il devra faire au mieux de ses intérêts, et il manquera à l'obligation qui entraînera pour lui les dommages-intérêts les moindres. Le prix élevé qu'il obtiendra chez son nouveau patron, l'indemnité faible à laquelle il sera exposé envers l'ancien pourront fixer son choix, et on aura ce spectacle bizarre que ses deux obligations contradictoires le laisseront libre de choisir. Il en sera ainsi, à moins d'établir ici une véritable peine privée pour le cas où il exécuterait telle obligation, de manière à lui enlever tout profit à le faire.

Mais ces cas ne sont pas les seuls. Que décider si un détaillant n'a pas observé ses obligations touchant un prix de revente (1) ? Ici il faut choisir. On ne peut le faire que par des vues d'intérêt général, et non de justice.

Le dernier cas où l'hésitation entre l'exécution en nature et celle par équivalent pécuniaire peut encore avoir lieu, c'est lorsque la première doit avoir lieu contre un tiers, celui-ci se trouvant en possession de la chose réclamée. La question a été envisagée par le législateur en matière de meubles ; l'article 2279 et l'article 1141 disposent que celui qui est en possession réelle d'un meuble ne peut être contraint de le livrer à celui qui peut, à la suite d'un délit ou d'un contrat inexécuté, le réclamer à un autre qu'à lui. Le cas de perte ou de vol est seul excepté. L'exé-

(1) Le plus souvent, il est vraie, le marché étant exécuté, on demande seulement des dommages-intérêts. — V. *Revue de droit civil*, 1906, p. 163.

cution en nature se trouve donc remplacée pour lui par celle par équivalent pécuniaire.

Quand il s'agit d'immeubles ou de meubles incorporels, nous vivons encore sous l'empire d'idées purement logiques, et nous admettons en général que les tiers peuvent être obligés de restituer les immeubles qu'il sont acquis, sauf à prévenir ces personnes par une publicité appropriée. Par exemple, une vente immobilière étant déclarée nulle, le vendeur peut obtenir l'exécution en nature de l'obligation de restitution, et cela de la façon la plus énergique ; non seulement il peut poursuivre le sous-acquéreur, mais il peut faire repasser directement l'immeuble de ce dernier à lui-même, de façon à éviter l'action des créanciers du premier acquéreur.

Et c'est là un effet commun à toutes les actions en nullité, révocation, retrait, revendication par un substitué, action en résolution, etc. Ces actions, personnelles dans leur origine sont réelles dans leurs résultats (1).

Nous n'en disons pas plus sur ce point, car nous ne nous préoccupons pas ici de la structure de ces actions, des classes dans lesquelles on peut les faire rentrer. Nous nous contentons de constater les résultats. Un droit qui, dans sa nature primitive, est un droit à la remise d'une chose, se trouve garder cette nature quand même le débiteur ne peut donner satisfaction, puisqu'il n'a plus la chose, et alors, par une métamorphose curieuse, une sorte de renforcement, ce droit se trouve se retourner contre les tiers comme droit à la chose même. Nous ne discutons ici, ni des catégories, ni de l'adage qui explique cette solution, nous constatons seulement une préférence marquée donnée dans ces hypothèses à l'exécution en nature.

Est elle justifiée, étant donné le trouble qu'elle apporte dans les

(1) V. not. à propos de l'action paulienne, et sans entrer dans les détails : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, 3e éd., nos 706 et suiv , à propos de la nullité, t. III, n° 1081, p. 330, et t. I, n° 126, p. 168, à propos de l'action résolutoire, t. II, n° 817.

transactions ? N'a-t-on pas, par abus de logique, avec ce raisonnement *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, étrangement méconnu les besoins pratiques ? N'a-t-on pas encore fait là du raisonnement scolastique ? N'est-ce pas ce que j'ai appelé ailleurs le matérialisme juridique, qui a besoin d'images concrètes (1), qui se représente le droit comme une chose, poursuit la comparaison et, malgré la commodité de celle-ci, ou plutôt à cause de cette facilité trompeuse, tombe finalement dans l'erreur, les comparaisons n'étant pas des raisons.

Les inconvénients de ce système indiqué, voyons quelles limites il comporte et par là même, comment on y remédie parfois.

Il ne comporte de limite que si l'obligation s'est trouvée mise à la charge d'une personne qui, dès le début, ne pouvait l'exécuter : si le bien d'autrui m'a été donné avec garantie, par exemple, ici cette obligation de garantie se transforme par la force des choses en obligation d'indemnité. Mais sinon on exige implicitement du tiers la prudence la plus grande, prudence qu'il est souvent impossible d'avoir. On se contente, comme appui de la maxime : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, règle simple, séduisante comme tout ce qui est simple, que l'on proclame naïveté (2), mais qui n'en est pas moins la source de résultats regrettables.

Elle est, en effet, parfois si choquante que le législateur lui-même l'abandonne, comme en matière de contre-lettres (art. 1321) (3), et que l'on admet qu'elle est limitée dans son application aux seuls droits réels (4).

Toutefois, à propos des actes à titre gratuit, une idée différente s'est fait jour. Quand il y a une donation en avancement d'hoirie, le rapport n'a lieu qu'en moins prenant, si le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession (art. 859). Les

(1) V. not. sur cet abus, notre étude *Des droits éventuels*, p. 59.
(2) V. Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. III, nos 2401, p. 645, 3e éd.
(3) V. Laurent, t. XIX, no 186.
(4) V. Laurent, t. XXXI, no 429.

cohéritiers se contentent donc d'une compensation. De même en cas de révocation pour ingratitude, sont maintenues les aliénations faites par les donataires, les hypothèques et autres charges réelles qu'ils auraient pu établir sur l'objet de la donation, antérieurement à l'inscription de la demande en révocation en marge de la donation transcrite (art. 958). Ce qui oblige encore le donateur à se contenter d'une indemnité pécuniaire au lieu de l'immeuble aliéné. Dans une mesure plus restreinte, d'après l'article 930, l'action en réduction ne peut être exercée contre les tiers acquéreurs des biens donnés qu'en cas d'insolvabilité du donataire.

C'est le cas aussi pour cette action en nullité spéciale qu'on nomme l'action paulienne et qui se résout en une action en indemnité contre les tiers qui ont participé à la fraude, s'ils ont aliéné à des personnes de bonne foi.

Ces exceptions portent à se demander plus sérieusement si le système simple admis en général est le plus satisfaisant ? Le législateur n'a-t-il pas, comme il arrive souvent, par la pure logique, trop sacrifié à l'idée de sécurité et omis de considérer tous les intérêts en présence. Nous le croyons. Il y a des cas où l'intérêt des acquéreurs, la facilité dans les transactions immobilières doivent faire remplacer l'action contre les tiers par une simple action en indemnité, à la volonté du défendeur. C'est ce qu'a fait la loi d'une façon indirecte à propos de la lésion : l'article 891 et l'article 1682 qui, en permettant d'arrêter l'action en rescision du lésé par un paiement en argent rendent toujours possible, à un sous acquéreur de l'héritier ou de l'acheteur menacé, d'empêcher l'éviction dont eux, tiers, se trouvent menacés. Mais ce dernier système a été trop peu employé par la loi. Et pour des inexécutions de charge, des survenances d'enfant, l'ayant cause d'un donataire est exposé à être expulsé, il n'ose pas améliorer l'immeuble, y construire, de peur de le rendre plus tard et de ne recevoir pour ses dépenses qu'une faible indemnité, ce qui n'est pas favoriser la circulation des biens, ni leur exploitation de la façon la plus rémunératrice.

De ces systèmes divers, il est certain que le premier, celui de l'article 859, est celui qui garantit le mieux le tiers, puisqu'il échappe à toute action. Mais le second, celui de l'article 930, est admissible toutes les fois que la loi donne une grande valeur à l'intérêt qu'elle protège En lui donnant un droit de poursuite subsidiaire contre le tiers, elle agit de manière très suffisante pour l'intérêt du créancier. La forme de la satisfaction donnée peut être sacrifiée, si on donne une garantie pour assurer toujours satisfaction. C'est une conciliation raisonnable. Cela est surtout vrai, parce que l'article 930 est considéré comme permettant au tiers poursuivi sur l'action en réduction de restituer la chose ou d'en donner la valeur pécuniaire (1). Il serait en effet bizarre que ce que le donataire principal peut faire, le tiers, obligé en seconde ligne, ne put le faire. Il y a là une solution adroite, une habile transaction entre l'exécution en nature et les intérêts des tiers.

Ayant ainsi parcouru les obstacles que peut rencontrer l'exécution en nature, nous n'en sommes cependant pas les adversaires, et nous n'irons pas jusqu'à dire avec Schlossmann que nous croyons la Geldcondamnation supérieure comme étant plus claire, évitant les chicanes, en considérant que le *jusjurandum in litem* et la *clausula arbitraria* suffisent à tous les besoins de l'exécution en nature (2) Nous ne partageons pas ce culte pour les solutions romaines.

(1) V. Montpellier, 8 janvier 1846, D. 47.2.6 ; Aubry et Rau, t. VII, § 685 *ter*, p. 227 ; Laurent, t. XII, nº 199 ; Baudry et Colin, *Donations*, t. I, nº 1029, p. 473.

(2) Schlossmann, Uber die Geld condamnation, *Iheringsiahrbücher*, 1903, p. 377.

CHAPITRE VI

INDÉPENDANCE ET INTERDÉPENDANCE DES INDIVIDUS

La doctrine classique, qui a dominé le droit civil pendant une partie du XIXe siècle, se rattachait à la théorie libérale et admettait comme principe essentiel l'indépendance des individus les uns à l'égard des autres. Dans la théorie des obligations en particulier, elle a eu peu conscience de ce que Ihering appelle l'établissement de la combinaison des buts humains (1). Un individu n'est obligé que par sa volonté, soit qu'il ait donné son adhésion à un acte juridique qui l'oblige : contrat, soit que par sa faute, laquelle suppose sa volonté, il ait porté atteinte au droit d'autrui, délit ou quasi-délit. Quand il y a un acte juridique qui a été passé, le principe est que les tiers n'en profitent pas et n'en souffrent pas : que ce soit un contrat, un jugement ou tout autre acte juridique. C'est là l'idée générale du Code, celle qui apparaît très nettement dans l'article 1119, à propos des promesses et stipulations pour autrui, dans l'article 1165, sur l'effet des conventions, dans l'article 1351 sur l'autorité de la chose jugée.

Sans doute, comme de toutes les conceptions unilatérales qui ne voient qu'un intérêt, il est résulté de là une construction solide, mais précisément par là même trop rigide pour que, même de force, on ait pu y faire tout rentrer. C'est là le défaut ordinaire des conceptions générales basées sur un trop petit nombre d'idées : de se trouver impuissantes à solutionner tous les problèmes qui se présentent.

(1) *Zweck im Recht*, p. 30.

Il est curieux que le Code lui-même et ses premiers commentateurs ont dû faire place à cette idée qu'une personne peut faire naître des rapports d'obligation entre elle et un tiers sans la volonté de celui-ci. Il a bien fallu admettre dans le Code la gestion d'affaires. Il a bien fallu admettre aussi que celui qui a construit sur le terrain d'autrui, que celui qui a amélioré dans certains cas la chose d'autrui aurait droit à une certaine indemnité. Mais les conditions étroites où cela a été accepté montrent bien que le législateur, dans les articles 555 et suivants, pour les constructions et plantations sur le terrain d'autrui, dans l'article 1437 à propos des récompenses sous le régime de communauté, dans l'article 1673, à propos du pacte de rachat, a été amené en quelque sorte malgré lui à envisager une situation où le refus d'indemnité eût été trop choquant (1). Les conditions étroites suivant lesquelles on a traité dans le Code les stipulations et promesses pour autrui sont encore une preuve du même esprit. Au fond, c'est malgré lui, malgré ses principes que le législateur a dû faire place à ces théories. Le véritable esprit du Code est qu'un acte ne peut forcer ce que j'appellerai la sphère de souveraineté de chacun, pour y faire naître un droit ou une dette. Il n'y a de véritable exception que pour les délits, mais ceux-ci reposent sur la théorie de la volonté, source d'obligations, théorie elle aussi toute individualiste.

Une pareille manière d'agir qui exagérait les solutions romaines, où l'on avait tenu compte de beaucoup plus d'intérêts divers, concordait trop bien avec l'esprit particulier qui a dominé la fin du XVIII^e^ siècle et le début du XIX^e^, pour ne pas être atteint par les attaques qui ont été adressées à cette époque systématique, de forte logique.

Les faits, toujours plus puissants que les lois, ont assez rapidement élargi le cadre théorique au point de le détruire. Je ne veux

(1) A ces articles, il faut joindre les articles 1241, 1312 et 1026 du Code civil qui prévoient un enrichissement par un incapable qui a passé un contrat et déclarent que cet enrichissement est dû.

pas parler seulement de la théorie organiciste, du solidarisme qui sont apparus depuis une vingtaine d'années et qui ont mis en valeur l'interdépendance des individus. Je me contente même d'indiquer que la philosophie moderne a profondément conscience de la difficulté à établir la limite entre les droits de l'individu et ceux de la société, et elle tend à admettre une réaction mutuelle de l'un sur l'autre (1). Abandonnant volontairement ces théories de sociologie générale, je veux rester sur le domaine du droit privé (2).

Ihering a déjà indiqué que les droits de famille à Rome même et surtout dans le droit moderne, ne sont pas des droits sans limite, qu'il en est de même du droit de propriété qui ne peut rien contenir qui soit en opposition avec la conception de la Société (3).

Nous avons vu au XIX^e^ siècle la renaissance de la stipulation pour autrui (4), son extension au delà des termes de la loi sous l'empire des nécessités pratiques. Nous avons vu, en dehors des textes, renaître l'action *de in rem verso* (5). Nous avons vu se construire une théorie générale des impenses à restituer, dont les textes ne parlaient guère, ne donnant que quelques solutions vagues que nous avons rappelées.

Ces atteintes, malgré ce qu'elles laissent debout, sont trop sérieuses, et les théories nouvelles ainsi construites ont reçu trop d'application pour qu'il ne soit pas nécessaire de se demander quels

(1) V. Boutroux, La conscience individuelle et la loi, *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, p. 1.

(2) V. sur cette interdépendance, notamment Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, p. 83 : Worms, *Organisme et société*, p. 27 et suiv. — Sur le solidarisme, V. *suprà*, le chapitre sur l'idée de solidarité, p. 158 et suiv.

(3) *Zweck im Recht*, p. 330 et suiv.

(4) V. sur ce point Lambert, *Stipulation pour autrui*.

(5) V. Raynaud, *L'action pour enrichissement sans cause*, thèse de Paris, 1899, p. 39 et 40, qui montre la difficulté qu'il y eut en pratique à admettre cette action qui, rejetée encore par la Cour de cassation le 11 juillet 1889, ne fut acceptée pour la première fois que le 15 juin 1892. — Cf. Baudry et Barde, *Obligations*, t. IV, 3^e^ éd., n° 2849 ; t. IX, p. 515 ; Labbé, note dans Sirey, 90 1.90. — V. sur les caractères de cette action, Stoïcesco, *Enrichissement sans cause*, thèse de Paris, 1904 ; Ripert et Tesseire, De l'enrichissement sans cause. *Revue de droit civil*, 1904, p. 727 et suiv.

sont les intérêts principaux qui sont en présence, quelles sont leurs valeurs respectives et dans quelle mesure ils sont conciliables ou non.

La théorie ancienne a un fondement solide, elle se trouve s'adapter à merveille à ce grand besoin de sécurité qui est le moteur principal du droit et qui, développé surtout dans le droit civil, lui a donné un caractère si particulier de droit de conservation sociale. Pour quiconque se place à ce point de vue traditionnel, qui a sa valeur, il ne paraît pas admissible qu'une personne se trouve obligée, liée en quelque façon par la volonté d'autrui, qu'à un moment donné, elle se trouve chargée d'une dette qu'elle n'a pas prévu et qu'elle n'a pas pu prévoir. Cela est aussi conforme au principe que chacun doit être libre. Or on ne l'est pas, s'il dépend de la volonté d'un tiers, par un acte quelconque, de créer à votre charge une obligation. Un individu qui a soin de ne manifester aucune volonté, soit de façon expresse, soit de façon tacite, doit échapper à toute obligation ; voilà l'idéal auquel on va porter atteinte. C'est la liberté comprise comme donnant à chacun un petit cercle où il est maître absolu qui est visée ici.

Il en résulte que l'individu qui n'a voulu s'obliger, ni expressément, ni tacitement, a un droit à ce que son bien reste dans l'état où il était antérieurement ; il pourra faire enlever les constructions qu'un tiers a pu faire élever sur elle, aux frais de celui qui les a faites et sans aucune indemnité pour lui (art. 555). Si des impenses ont été faites, il n'en devrait pas pour cela une indemnité, car il a pensé utiliser son immeuble d'une certaine manière. Celui-ci a été transformé heureusement, c'est possible mais il va être obligé peut-être de modifier ses vues pour son utilisation. En tous cas, si on l'oblige à indemniser des améliorations qui ont été faites, on le contraint à un déboursé peut-être important, sur lequel il ne comptait pas et qui lui sera difficile, car il peut n'avoir pas les capitaux nécessaires et trouver difficilement crédit pour se les procurer.

Enfin on peut dire que, si une personne vient réclamer une indemnité pour construction ou amélioration faites et faire valoir un droit, comme c'est par son fait volontaire qu'elle prétend que cette situation est née, si celui-ci est pour elle la cause d'un appauvrissement, s'il lui cause une déception, elle ne doit s'en prendre qu'à elle-même, il faut donc rejeter sa demande. Voilà jusqu'où aurait dû aller logiquement la doctrine classique. La conception traditionnelle en droit civil de l'indépendance des individus se trouve donc, pour être logique avec elle-même, rejeter tout droit à indemnité, toute dette en dehors des cas de contrats ou de délits.

Mais elle se trouve aujourd'hui battue en brèche, car s'il est vrai que chacun doit avoir une certaine indépendance juridique vis-à-vis des autres, si cette liberté correspond à un désir profond, dont il faut tenir compte, il n'est pas moins vrai que les faits créent certains rapports d'interdépendance mutuelle entre les hommes et qu'il paraît alors utile, pour leur bien commun, d'établir une certaine interdépendance juridique.

A l'appui de cette conception sociale, vient une nouvelle façon d'envisager la sécurité : je suis titulaire d'un droit, j'aspire comme tel à la plus grande sécurité possible. Or mon droit se trouve atteint, diminué, peut-être par mon fait, mais il en est résulté pour autrui un enrichissement. N'est-il pas naturel de considérer que mon droit va porter désormais sur cet enrichissement. La personne enrichie, en restituant à concurrence de ce qu'elle a gagné et de ce que j'ai perdu, ne sera pas lésée. D'autre part, en donnant ainsi une certaine stabilité à ma fortune, on satisfait une certaine compréhension de la sécurité. Ce n'est plus la conception ancienne de la sécurité dans l'immobilité, vue toute théorique qui ne répond pas au caractère mouvant de la vie. C'est la sécurité dans la transformation, comme nous la trouvons dans la subrogation réelle (1) adaptée au mouvement. C'est, à prendre

(1) V. notre *Essai sur la subrogation réelle*, p. 1 et suiv.

les choses philosophiquement, le durable retrouvé sous l'éphémère. C'est une idée d'accord avec cette grande vérité que partout sur cette terre, on ne se maintient qu'à condition d'agir, de se modifier. C'est en même temps la sécurité comprise du côté dynamique plutôt que du côté statique. On est plus encouragé à agir, quand on sait qu'en faisant tel acte, qui est une intelligente opération, on en retrouvera sinon un bénéfice, du moins une part de ses déboursés, même si on a fait celui-ci, sans le savoir, sur le patrimoine d'autrui.

Il est vrai, comme je l'ai indiqué, que par suite de l'action *de in rem verso*, la personne enrichie se trouve obligée de faire un déboursé auquel elle ne s'attendait pas. Elle peut être réduite à emprunter, mais cette objection a une valeur différente suivant les époques. Si le crédit fonctionne largement, l'inconvénient qu'il pourra y avoir pour la personne enrichie à faire un déboursé d'argent auquel elle ne s'attendait pas, et qui est le seul dont elle souffre, sera peu de chose en comparaison de l'avantage fait à celui qui a causé l'enrichissement. Il ne résulte de ce système nouveau qu'un inconvénient : des complications tenant aux estimations d'*in rem versum* et de dépenses faites. Nous voyons ici intervenir les idées d'économie de temps et d'activité, celles de simplification engendrant la sécurité qu'on ne peut évidemment toujours satisfaire.

Ainsi pour nous s'éclaire et se justifie la théorie de l'*in rem versum*, que la jurisprudence a nettement reconnue depuis une vingtaine d'années. Elle s'explique infiniment mieux que par « le principe d'équité qui défend de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », car l'équité est une expression vague, derrière laquelle se dissimulent des intérêts divers, auxquels on donne satisfaction. Ce n'est en quelque sorte qu'une donnée inconsciente et toute spontanée qu'il faut ensuite analyser.

La théorie de l'*in rem versum* actuelle n'est pas autre chose qu'une atténuation aux anciens principes de l'indépendance des individus. Sans doute on ne peut pas par elle spéculer en pre-

nant comme base le bien d'autrui pour lui faire supporter les mauvaises chances et recueillir les bonnes. La théorie qui se dégage de l'interdépendance des individus ne va pas jusque-là (1). On admet simplement que celui qui a agi peut, au maximum, rentrer dans ses déboursés. Frontière fragile entre la fougue de l'homme ardent, qui comprend les bonnes opérations à tenter et la placidité du rentier bien nanti, ennemi du changement, mais frontière imposée par la nécessité de donner une certaine place à chaque intérêt.

Grâce à cela, nous comprenons aisément l'*in rem versum* tel qu'il est ordinairement admis. Celui qui a enrichi autrui ne peut pas réclamer tout l'enrichissement qu'il a produit, il ne peut demander qu'une compensation de la perte qu'il a subie. Il ne réalisera donc jamais de bénéfice. De même celui qui a bénéficié de l'*in rem versum* ne le restituera pas forcément tout entier, il pourra garder un bénéfice, si la somme qui indemnise le demandeur est inférieure à l'enrichissement produit.

Cette théorie qui donne quelque sécurité au titulaire du droit qui a produit l'enrichissement explique aussi le système général qui est admis en ce qui concerne les impenses (2). Les impenses nécessaires sont restituées pour le tout, parce que, ayant assuré la conservation de la chose, elles ont procuré un enrichissement ou une absence d'appauvrissement égale à la valeur de la chose.

L'*in rem versum* dépasse donc la dépense dans presque tous les cas, ce qui permet de restituer celle-ci en entier.

Si au contraire l'impense est utile, l'enrichissement manifesté

(1) Par là nous nous séparons de MM. Ripert et Tesseire qui voient dans cette théorie une application en sens inverse de la théorie du risque. Ce serait pour eux un contre-risque en cas d'enrichissement. Mais en logique il faudrait donner tout l'enrichissement à l'enrichisseur, ce que l'on n'admet pas.

(2) V. Baudry et Chauveau, *Des biens*, n° 250 ; Aubry et Rau, t. II, p. 306 ; t. III, p. 451 ; t. IV, p. 417, 713, 737 ; t. VI, p. 720 ; t. VII, p. 227.

par la plus-value ne sera pas toujours égal à la dépense, alors celui qui a fait les impenses n'aura souvent qu'une indemnisation limitée.

Enfin s'il s'agit d'impenses voluptuaires, celles-ci, par définition, étant faites pour le goût de celui qui les fait, sans aucun profit pour l'immeuble, ni les intérêts collectifs (ce qui se traduirait par une augmentation de valeur vénale), comme il n'y a pas de plus-value, il ne peut y avoir aucune restitution, même partielle des dépenses faites.

Cette théorie générale est, de l'avis de la doctrine, d'une application très large : elle est suivie par l'article 1381, pour le cas de paiement de l'indû, par l'article 861, pour les immeubles sujets à rapport, par l'article 2175, pour le tiers détenteur évincé de l'immeuble hypothéqué, par l'article 1437, pour les récompenses dues à raison de la conservation ou de l'amélioration des biens d'un des époux sous le régime de communauté, par l'article 1673, pour le vendeur à réméré. Bien que les termes de ces textes n'aient pas tous la même précision, on leur donne le même sens. La même solution s'applique en cas de retour légal, lorsque l'immeuble a été amélioré (1) ; en cas d'immeuble soumis à un droit d'antichrèse (2), dans le cas d'action en réduction (3), dans celui de vente rescindée pour lésion (4). Il faut l'étendre au cas du propriétaire sous condition suspensive ou sous condition résolutoire, bien qu'ici la doctrine soit très laconique (5).

Seulement le législateur n'a pas toujours logiquement suivi son idée. Dans l'article 599, il refuse à l'usufruitier toute indemnité pour amélioration, et l'article 555 vient établir pour un cas

(1) V. Aubry et Rau, § 640 *bis*.
(2) *Ibid.*, § 438.
(3) *Ibid.*, § 638 *ter*.
(4) *Ibid.*, § 358.
(5) V. cep. au deuxième cas, Planiol, t. I, nº 1004, 1re éd. — V. de même Code fédéral des obligations, art. 74 ; Code civil allemand, art. 994 et suiv.

spécial, mais très important, celui de plantations, constructions et ouvrages sur le terrain d'autrui une solution spéciale : le propriétaire, en cas de mauvaise foi du constructeur, peut choisir entre lui faire démolir et tout remettre dans l'état antérieur et lui payer toutes ses dépenses sans considération de la plus-value. Mais on revient au contraire au droit commun pour le cas où le constructeur était de bonne foi : il ne peut être contraint de démolir, il a droit à une indemnité représentant la plus-value ou les dépenses faites, au choix du propriétaire, ce qui fait qu'en pratique le propriétaire lui donnera l'indemnité la moindre, ce nous fait rentrer dans la théorie de l'*in rem versum*.

Laissons maintenant de côté ces applications diverses qui ont été faites de la théorie des impenses et la règle exceptionnelle que la loi a établie pour cette catégorie particulière d'impenses que l'on nomme les constructions et plantations, pour chercher à nous élever à une conception générale.

Si nous ramenons à l'unité la théorie de l'*in rem versum*, celle des impenses, celle des constructions sur le terrain d'autrui (le cas de mauvaise foi mis à part) (1), nous voyons se dégager ceci : celui qui a fait un acte augmentant le patrimoine d'autrui ou en empêchant la perte a droit à une indemnité limitée par la plus-value et la dépense faite. Cette règle a un caractère purement objectif : elle s'applique quelle qu'ait été la volonté de celui qui réclame l'indemnité, quelle que soit l'opposition qu'il y ait entre celle-ci et les intentions de la personne enrichie.

Peu importe en effet l'intention de celui qui réclame une indemnité, qu'il ait visé son avantage personnel, ou une opération qui serait bonne, et se solderait par un gain pécuniaire, quel que fût celui qui finalement dût en profiter, lui ou un autre.

Peu importe également quelle put être en fait l'intention de la personne contre qui on agit *de in rem verso* : qu'elle ait voulu

(1) V. déjà un certain rapprochement de ces points dans Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 780.

employer ses capitaux à cette destination ou qu'elle en ait eu en vue une toute différente ; qu'on ait construit des immeubles de rapport sur un terrain qu'elle voulait laisser en parc, qu'on lui ait bâti sur son terrain un hôtel, quand elle aurait plutôt pensé à y établir des maisons qu'elle aurait louées, etc.

La seule limitation à la libre volonté de celui qui cause l'enrichissement, c'est que les améliorations ne lui sont restituées qu'à concurrence de la plus value, et que la crainte de perdre peut le rendre plus sage. Mais les impenses nécessaires totalement remboursées peuvent donner lieu à des inconvénients, car l'immeuble ancien, plein du charme des vieilles choses, que j'ai soigneusement réparé, peut-être le propriétaire aurait-il eu l'intention de le démolir pour le remplacer par une construction ayant « tout le confort moderne ».

Au total, les cas que nous avons envisagés nous offrent donc ces deux phénomènes de la pénétration dans la sphère juridique d'autrui et de l'imposition à une personne d'un changement dans son patrimoine dont elle n'eût peut-être pas voulu et, en second lieu, d'une action pour enrichissement en faveur de celui qui a causé ce phénomène, s'il est favorable à la fortune du défendeur.

Mais le Code a dans la théorie de la gestion d'affaires établi une autre théorie qui permet à une personne de faire naître chez autrui des obligations juridiques sans la volonté de ce futur débiteur, dans des conditions beaucoup plus larges (1).

Cette théorie, empruntée au droit romain, très ancienne par conséquent, est cependant fort loin d'être précisée : si la loi et les auteurs sont assez abondants pour déterminer les effets de la gestion d'affaires, ils le sont infiniment moins pour en déterminer les conditions. Et ici on voit quels intérêts divers peuvent se trouver en présence. Il y a celui de l'indépendance du maître qui est de n'être obligé que si la gestion se présente avec un caractère

(1) V. sur cette théorie, Code civil allemand, art. 677 et suiv., et le commentaire de la *Traduction officielle*, t. II, p. 200.

conservatoire, comme dans le cas de la personne qui fait réparer l'immeuble d'un ami absent ; le gérant alors ne pourra faire un acte acquisitif, par exemple se porter acquéreur d'un terrain voisin dans une adjudication, faisant ainsi profiter le maître d'une occasion unique de s'agrandir qu'il avait ignorée, car celui-ci peut ne pas vouloir s'agrandir, jugeant son domaine suffisant, ou n'ayant pas le désir d'immobiliser des capitaux.

On peut au contraire considérer l'intérêt général qui peut être que le géré, même malgré lui, profite d'une acquisition qui, appréciée objectivement, est une affaire avantageuse.

Et dans cet ordre d'idées, on peut rapprocher toutes les dispositions légales qui maintiennent un bail fait par une personne qui avait le droit de le passer, même pour après le temps durant lequel son droit existait : droit du mari de louer les immeubles de sa femme (art. 1429 et 1430), droit de l'usufruitier de louer les biens soumis à usufruit (art. 595, C. civ.), droit du propriétaire de faire un bail opposable à son acquéreur (art. 1743), du propriétaire sous condition résolutoire de faire un bail valable contre l'aquéreur sous condition (1).

Dans tous ces cas, celui qui détient l'immeuble est considéré comme ayant le droit de faire de façon irrévocable les actes qui conviennent pour sa bonne gestion.

Alors soit dans ces hypothèses, soit dans celle voisine de la gestion d'affaires, peu importe que l'acte vise à la conservation d'un droit déjà acquis, d'un bien, ou à l'acquisition d'un droit ou d'un bien nouveau, du moment qu'une augmentation de fortune qui sera favorable à la richesse publique en résultera. Et on peut pousser ce souci de l'enrichissement au point, non seulement d'accepter, mais d'encourager la gestion d'affaires. C'est ce que fait précisément l'interprétation (2), quand elle admet que l'obliga-

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, 5e éd., p. 123 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 48.

(2) V. Planiol, t. II, nº 2280 ; Baudry et Barde, t. IV, nº 2818.

tion de gestion d'affaires existe, même si des circonstances postérieures ont supprimé l'enrichissement (1).

Cette seconde idée conduit à considérer moins la pensée du gérant que l'intérêt pécuniaire du géré, et elle fait de la gestion d'affaires une sorte d'enrichissement sans cause, où le gérant est sûr d'avoir une indemnisation totale s'il a fait acte utile, et non plus une indemnisation limitée.

On peut enfin voir surtout dans la gestion d'affaires l'intention du gérant : la loi visant à encourager un certain genre d'activité des tiers : une activité non égoïste, ce qui exclura toute action au cas où on aura cru gérer sa propre affaire, mais encourageant seulement une activité intelligente, calculée, ce qui exclut le cas d'une intervention inutile. Et cette conception conduit à une indemnisation complète à la personne dont les idées sont à la fois altruistes et utiles, de bonne intention et profitables. Mais de là ne résulte nullement l'idée d'une limitation quant à la sphère de cette activité : pourquoi dépassant les actes de conservation, ne viserait-elle pas aux actes d'acquisition ? L'extension de la notion de gestion d'affaires apparaît donc comme contraire à l'idée de la sécurité statique,qui est la vieille et grave idée à laquelle le droit s'est, à une certaine époque, attaché. Mais, en même temps, il est bien certain qu'elle favorise une forme spéciale de sécurité dynamique : la sécurité de celui qui travaille à la richesse générale, et qui sera indemnisé au moins en partie.

Cependant il est bien certain qu'il y a une limite qu'elle comporte toujours : c'est l'opposition expresse du géré. Elle ne pourrait la faire disparaître qu'en allant à l'extrême dans la voie de la pénétration dans les affaires d'autrui. Et toute mesure extrême est dangereuse.

En tous cas, cette théorie mal venue de la gestion d'affaires, copie maladroite du mandat (2) comme la théorie des quasi-con-

(1) C'est la solution admise en doctrine. V. Baudry et Barde, IV, nº 2702 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 780.

(2) L'adage même *ratihabitio mandato aequiparatur* est la preuve du

trats est une mauvaise copie des théories contractuelles, est bien le fait d'une civilisation qui, comme le droit romain, n'osait innover que peu à peu, faisant des copies légèrement modifiées des institutions connues.

Aussi comprend-on les discussions auxquelles elle donne lieu, qui trahissent un conflit encore obscur entre les conceptions individualistes et sociales. M. Planiol (1) défend encore les idées individualistes, quand il prétend qu'il ne peut y avoir que deux sources d'obligations, le contrat et la loi : les obligations délictuelles, quasi-délictuelles, quasi-contractuelles n'étant que la transformation en argent d'une obligation légale préexistante, inexécutée ou violée. C'est bien la conception classique ; l'individu est libre, il ne dépend que de sa volonté et de la loi, seul organe de la volonté générale.

Mais la conception sociale se fait jour sous une forme insidieuse : les rapports de la stipulation pour autrui avec la gestion d'affaires (2). Les auteurs qui expliquent la stipulation pour autrui par une gestion d'affaires admettent par là même que l'on peut par gestion d'affaires faire acquérir un droit à une autre personne, sauf pour elle faculté de refus, donc pénétrer déjà largement dans la sphère d'activité juridique d'autrui.

Mais où s'arrêtera le pouvoir du gérant ? Sera-ce aux affaires uniquement bonnes, comme une acquisition purement gratuite, sans déboursé. S'étendra-t-elle aussi aux opérations à bon marché : acquisition à bon compte, occasion unique ? On ne le dit pas. On néglige de préciser si l'on pourra aller jusqu'au contrat

lion étroit avec le mandat. — Cf. Bufnoir, qui parle de quasi-mandat. Le Code civil allemand étudie même la gestion d'affaires à la suite du mandat, art. 677 et suiv.

(1) Classification des sources des obligations, *Revue critique*, 1904, p. 231 ; *Traité de droit civil*, 4e éd., t. II, n° 830, p. 266. — V. de même Baudry et Barde, *Obligations*, t. IV, n° 2810-XIV, p. 510, 3e éd.

(2) V. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 580 et suiv. ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. IV, 3e éd., n° 2701, p. 450 ; Planiol, t. II, 4e éd., n° 2274, p. 712.

pour autrui. Nous penserions volontiers, au point de vue du droit positif, que oui, puisque l'on doit toujours rester sous la limite d'une acceptation du tiers, à cause de l'article 1121 du Code civil.

Par un autre côté, la pratique force encore la théorie de la gestion d'affaires en l'étendant aux actes matériels : fait de se jeter sur un cheval emporté, etc. (1), nouvelle pénétration dans la sphère de l'indépendance juridique d'autrui.

De tout cela se dégage une théorie nouvelle. De même que l'on a soutenu que l'on pouvait devenir débiteur par volonté unilatérale (2), on voit une poussée sourde pour reconnaître un certain droit du créancier de devenir tel par volonté unilatérale, droit évidemment limité, restreint. Mais par la force même, il se fera sans doute sa place, car il repose sur un fait social, l'interdépendance des individus, que l'école individualiste avait cru traduire suffisamment par ce principe : il y a un organe de l'intérêt général qui est la loi, affirmation dont l'insuffisance paraît reconnue aujourd'hui avec les pouvoirs que l'on donne aux juges, aux groupements pour parer à des intérêts généraux (3).

Les théories précédentes font un singulier effet, rapprochées de l'article 1119 du Code civil : « on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même ». Si on entend par là qu'on ne peut faire assumer à autrui, ni contre sa volonté, ni même en cas de silence de sa part, aucune charge qui serait sans compensation, la chose est évidente, elle est contraire à l'idée de sécurité la plus élémentaire ; il était même inutile de le dire.

Mais il s'agit de faire assumer à un tiers la charge d'une obligation qui comporte des compensations importantes, il

(1) V. Planiol, t. II, *loc. cit.* ; Perreau, Note dans Sirey, 1902.2.217.

(2) V. Worms, *De la volonté unilatérale* ; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 140, nº 142 ; *Traduction du Code Allemand*, t. I, art. 305, p. 420.

(3) Que dans tout ceci on ne voie point des généralisations qui ne sont point dans notre pensée, Il y a certains cas où il faut tenir compte de cette interdépendance, comme il y a seulement certains cas où on peut tenir compte de la seule volonté du débiteur (V. Worms, *op. cit.*, p. 198).

s'agit du cas que la doctrine comme la loi a négligé par son excès d'analyse : du contrat pour autrui, qui n'est pas l'opération exclusivement bonne, comme la stipulation pour autrui, mais l'opération mélangée avec son bon et son mauvais côté, ses charges et ses bénéfices, ce qui est infiniment plus concevable. Je conviens avec vous que vous vendez à un tiers pour tel prix votre immeuble, qu'il vous le paiera. L'opération est à double face, et elle peut finalement procurer au tiers un bénéfice, comme elle peut lui laisser une perte. Si l'opération est bonne et qu'on admette la gestion d'affaires large, l'article 1375 efface en partie l'article 1119, et l'on peut alors pénétrer dans la sphère juridique d'autrui. D'ailleurs, remarquons déjà que les théories les plus traditionnelles de la gestion d'affaires le font déjà. L'article 1375 ne dit-il pas : le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom. Et les interprètes s'entendent pour dire que le maître sera tenu ici personnellement, sans que le gérant le soit, qu'il y aura la même situation que s'il y avait eu mandat (1).

Les règles de la gestion d'affaires forment donc contraste, à cause de leur largeur relative, avec celles de la promesse pour autrui. Quand il s'agit pour une personne de faire un acte qui réagisse sur le patrimoine d'autrui, et subsidiairement, quand il peut être question de réclamer à autrui une indemnité pour l'avantage qu'on lui a procuré, le droit hésite, il n'a guère envisagé que la question d'indemnité, et pour le surplus, il a proclamé l'indépendance des individus les uns à l'égard des autres (art. 1119, C. civ.).

C'est qu'en effet la question ne peut comporter de solution absolue. Si l'indépendance des patrimoines est un principe reposant sur un désir de liberté dont il faut tenir compte, leur interdépendance est en rapport étroit avec le besoin général de

(1) V. Planiol, t. II, 1re éd., n° 2281 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. IV, n° 2814, p. 403.

développement des richesses, avec des intérêts collectifs puissants, et il est possible, sinon probable, que le droit se développe dans le sens de cette interdépendance.

Tout au moins, ici comme toujours, il sera souhaitable de voir le droit chercher les conciliations habiles entre les points de vue opposés.

Il pourra utilement s'inspirer d'une autre matière voisine : celle de la stipulation pour autrui. Là aussi, les conceptions étroites d'indépendance des individus avaient amené le Code civil à une théorie restrictive, que la pratique et la doctrine ont en quelque sorte effacée. Le système s'en trouve aujourd'hui en pratique et dans la majorité de la doctrine établi sur la base bien plus large qui est la suivante : un droit est immédiatement acquis au tiers, par suite le promettant est dès maintenant obligé de façon irrévocable (1). Seulement il n'est pas encore établi une situation nette pour le stipulant et pour le tiers. Le stipulant garde la faculté de révoquer la stipulation, et à moins de clause particulière, de s'en appliquer le bénéfice. Le tiers, qui a acquis un droit dès le début, doit l'accepter ou le répudier (2). On lui donne donc la liberté de repousser l'opération, bien qu'elle soit tout bénéfice, ce qui est peut être aller un peu loin dans la voie de l'indépendance des individus. Mais la règle légale est fixée à ce sujet dans l'article 1121, qui parle de volonté exprimée de profiter de la stipulation.

En tous cas, cette doctrine libérale pourrait en grande partie être transportée à la promesse pour autrui, ou au cas voisin du contrat synallagmatique passé pour autrui. Rien ne s'oppose à ce qu'une promesse ou un contrat étant faits pour autrui, le tiers ne soit considéré comme gardant sa liberté d'accepter et de refuser, mais en attendant le stipulant, le co-contractant serait

(1) V. cette théorie énoncée très clairement dans l'article 128 du Code fédéral des Obligations.

(2) V. la théorie très large du Code civil allemand, articles 328 et suiv. — Cf. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 208 et suiv., 2e éd.

irrévocablement tenu. Il ne resterait plus alors que la question de savoir : le co-contractant étant lié, s'il le sera définitivement avec le tiers ou à défaut avec celui qui a promis le fait d'autrui, ou si celui-ci ne sera pas tenu sous la forme bâtarde de l'obligation de porte-fort, ou bien si le tiers refusant, tout ne tombera pas. Cette question est absolument analogue à celle qui se pose sur l'article 1121, pour la stipulation pour autrui.

En un mot, il s'agirait ici, d'établir une symétrie complète entre le contrat pour autrui et la stipulation pour autrui, telle qu'elle est actuellement comprise : instrument facilitant autant que possible au tiers l'acquisition du droit, puisqu'il va jusqu'à l'acquisition de plein droit, mais laissant à celui-ci toute liberté de refuser ou d'accepter. N'y a-t-il pas là une conciliation que le texte d'ailleurs vague de l'article 1119, parlant de promesses pour autrui « en général », n'interdit pas (1).

En résumé, le Code ne parle pas en termes nets de la question de l'indépendance des individus, mais son esprit général, clair et un peu à courte vue, se laisse deviner. On ne peut, par sa volonté, faire naître chez autrui ni droit, ni obligation. Si exceptionnellement cela se trouve, c'est en quelque sorte par force, comme à

(1) On pourrait au besoin y rattacher la théorie du paiement de l'indû, si elle n'était si simple, qu'elle ne soit en somme qu'un cas d'obligation *de in rem verso* plus complète, égale à ce qui a été reçu, n'en eût-on guère profité. Et ceci montrerait encore mieux combien l'expression de quasi-contrat a été malheureuse, faisant croire qu'il s'agissait ici d'une source accessoire d'obligations, au lieu qu'il y a ici un genre spécial d'obligations tenant à un acte licite unilatéral devant se répercuter dans le patrimoine d'autrui. Seulement cette conception dérange nos idées traditionnelles libérales qui ne voient l'individu dépendant que de la loi ou de sa volonté.

Ici un rapprochement s'impose avec les efforts faits dans la théorie de la cession de dette (V. Gaudemet, *La cession de dette* ; Saleilles, La cession de dette, *Ann. de dr. de comm.*, 1890, et *Théorie de l'obligation*, p. 95), où tout l'intéressant de la question est de voir comment on agira vis-à-vis du créancier pour avoir sa promesse de tenir l'ancien débiteur pour remplacé par un nouveau et s'il ne peut pas y avoir une certaine présomption de sa promesse ?

propos des impenses et des constructions, ou par hasard, par souvenir des théories romaines, comme dans la gestion d'affaires.

Mais cette conception est battue en brèche, elle le sera probablement encore plus, une idée pénétrera : l'interdépendance des individus, idée redoutable, bien qu'un peu voisine de celles à la mode de solidarité et dont je me garderai bien de souhaiter l'avènement complet. Mais comme l'idée individualiste qu'a consacrée implicitement le Code civil, elle a aussi son bon côté, elle favorise de puissants intérêts collectifs, elle facilite les rapports sociaux, en dispensant d'obtenir des adhésions. C'est au législateur comme au juge à s'avancer prudemment dans cette voie, non pas en brandissant des formules, mais en examinant le terrain où entrent en lutte différents des grands principes que nous avons mis en vedette et auxquels on ne peut espérer toujours donner simultanément satisfaction.

La question de la dépendance ou de l'interdépendance des individus se présente avec une acuité particulière dans le cas où il s'agit de personnes qui sont dans une situation juridique identique, que celles-ci puissent être considérées comme ayant traité ensemble : par exemple des co-débiteurs solidaires qui ont signé un même acte qui les engage tous ; ou bien qu'elles soient simplement liées par un même lien de droit envers une même personne, comme des obligataires, ou plus généralement les créanciers d'un même débiteur, ces personnes étant dans une situation identique, ayant les mêmes intérêts et chacune d'elles faisant valoir un intérêt personnel, il est naturel de considérer que les actes auxquels elle a été mêlée produiront effet sur le patrimoine des autres.

L'utilité qu'on peut attendre de là, c'est de simplifier les opérations juridiques, d'où une application de la loi du moindre effort ; moins un grand nombre d'individus ont à intervenir personnellement, à fournir expressément leur adhésion, plus celles-ci s'élaborent facilement : qu'il s'agisse de procès à soutenir, ou de modifications à apporter à la convention primitive. Il est d'autre part parfaitement superflu de permettre à de nouvelles

personnes de discuter la question déjà tranchée avec leurs codébiteurs et leurs co-créanciers, lorsqu'elles n'ont à apporter ni un argument nouveau, ni un fait de plus. C'est favoriser l'esprit de chicane. C'est ainsi, dans certains cas, en ne reconnaissant à un acte qu'un caractère relatif, que l'on arrive à multiplier les situations embrouillées, inextricables qui s'accordent malaisément avec le bon sens et qui, par les controverses qu'elles engendrent, enlèvent toute sécurité pratique.

Le danger de placer ainsi différentes personnes dans cette interdépendance, c'est que des négligences et des fraudes sont possibles.

Mais la négligence ou l'imprudence n'est pas énormément à redouter, lorsque celui qui est intervenu a agi dans son propre intérêt et qu'en se montrant peu soucieux des intérêts des autres, ce sont les siens mêmes qu'il lèse tout d'abord. La vieille théorie libérale qui fait tout reposer au point de vue économique, social et juridique sur l'activité suffisante des particuliers se trouve ici en opposition avec elle-même, en établissant comme présomption, la négligence possible d'une personne dans le soin de ses propres intérêts.

Quant à la fraude, elle peut se produire, cela va de soi, mais il reste à savoir si les collusions entre créancier et débiteur, pour le plus grand dommage des tiers, peuvent être établies en présomptions absolues.

La conséquence pratique à tirer de cela, c'est que plusieurs personnes se trouvant dans une situation identique vis-à-vis d'un même débiteur ou créancier, il peut y avoir avantage à admettre entre elles une certaine interdépendance, sauf d'ailleurs à prendre, suivant les cas, les mesures nécessaires pour pallier les inconvénients, et même des actions en indemnité contre celui qui a mal rempli son rôle de porte-parole des autres.

Aussi la doctrine et à sa suite la jurisprudence s'engagent peut-être dans une voie peu féconde, quand elles mettent en avant dans la solidarité une idée de mandat et parlent de représentation

parfaite ou imparfaite. L'idée fait image et a l'avantage de nous faire rentrer dans une théorie connue. Mais d'abord cette volonté de se faire mandataires réciproques n'existant pas, le biais inventé pour échapper à ce principe si contestable de l'indépendance absolue des individus, est une simple fiction, et il serait temps de chercher derrière elle les besoins pratiqués à satisfaire, je veux dire une certaine interdépendance des individus. Ensuite ce mandat cadre peu avec la réalité : ici ce n'est pas le mandataire étranger personnellement désintéressé, c'est plutôt le gérant d'intérêts communs à plusieurs qui, ayant son intérêt propre à défendre, défendra par là même celui d'autrui. Il y a donc inconvénient à accoler une situation toute spéciale à celle du mandat et à continuer, vingt siècles après, le procédé timide du prêteur consistant à étendre les théories par voie de fiction. S'il y a un lien entre les deux choses, ce serait plutôt le mandat qui serait un cas spécial d'interdépendance volontairement établie, ce serait le point d'émergence de la théorie qui est apparu d'abord, parce qu'il était plus simple à construire, reposant sur une volonté réelle.

Cette interdépendance qu'il semble utile de reconnaître, semble être le point par où s'expliquent un grand nombre de solutions, qui paraissent assez factices avec la seule idée de représentation.

L'exemple le plus net est celui de la solidarité qui peut exister soit en vertu d'un acte où les coobligés ont agi simultanément, soit sans cela (1). On en explique les effets par une représentation pour conserver et améliorer la situation des débiteurs, mandat ayant une portée bien fragile, car on ne voit pas la raison de le limiter.

En réalité la théorie comporte deux idées : la première est celle de simplification des rapports juridiques ; la seconde celle de limitation de la représentation des codébiteurs entre eux pour

(1) Cela est particulièrement vrai du cas d'obligation *in solidum* que la jurisprudence fait aujourd'hui rentrer dans la solidarité parfaite. V. *Revue de droit civil*, 1903, p. 166. Cass., 17 mars 1900, D. 02.1.341.

éviter les fraudes. Quand j'impose à des co-débiteurs qu'ils s'obligent solidairement, si je veux fortifier ma créance, je ne veux cependant pas alourdir mes obligations, être forcé à tout moment, pour un résultat unique, d'agir vis-à-vis de tous les débiteurs, je veux pouvoir traiter avec un comme s'il était tous, et ainsi s'expliquent les effets de la mise en demeure, de l'acte interruptif de prescription, et même pourraient s'expliquer les effets absolus de la compensation, si l'article 1294 du Code civil ne les rejetait. La sécurité du créancier impose aussi l'effet absolu de la faute. Enfin l'interdépendance des débiteurs explique l'effet absolu de la chose jugée, le caractère absolu des actes d'appel, des pourvois, solutions dont le Code n'avait pas parlé, mais qui, malgré bien des luttes, des difficultés, s'imposent aujourd'hui à la jurisprudence et même à la doctrine (1). Le jour où sera effacé, au moins pour ce cas spécial, l'article 2051 d'un caractère si individualiste, puisque la transaction avec un des intéressés ne lie pas les autres, alors la transaction passée par l'un vaudra pour tous, et de ce jour l'interdépendance aura reçu sans doute toute l'ampleur qu'elle peut recevoir ici et qui est déjà plus considérable que dans les Codes récents.

Le Code civil allemand sur ces questions est resté très individualiste. D'après l'article 425, les effets de la solidarité sont limités aux cas indiqués dans les textes et ils se restreignent au paiement, à la mise en demeure (2).

De cette théorie de la solidarité, il faut rapprocher celle de l'indivisibilité. Ici, soit la nature des choses (indivisibilité absolue), soit le but que le créancier s'est proposé en faisant naître l'obligation (indivisibilité relative et indivisibilité conventionnelle), font que les débiteurs doivent se trouver dans une mutuelle dépendance, et les effets que nous avons constatés à propos de la solidarité, concernant l'appel, le recours en cassation, l'interruption de

(1) V. Planiol, t. II, n° 760 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, n° 1231, p. 344. — Cf. *Revue de droit civil*, 1909, p. 903.

(2) V. Saleilles, *Théorie de l'obligation d'après le Code civil allemand*, 2e éd., p. 115.

prescription, tendent à s'affirmer en jurisprudence. Encore une fois, en dehors des textes, sous la pression des mêmes intérêts, malgré la même opposition, les mêmes solutions se font jour et s'affirmeront sans doute de plus en plus (1).

En face de ces hypothèses, où il s'agit de débiteurs se représentant entre eux, il y a celles où l'on rencontre des créanciers défendant le même intérêt. Il s'agit de savoir quel sera l'effet d'un acte comme l'action paulienne, l'action oblique exercée, le contredit formé à un ordre. Y aura-t-il ici interdépendance des créanciers entre eux, de sorte que le jugement rendu à l'égard de l'un produira effet pour ou contre les autres ?

En fait d'action paulienne, l'effet relatif de la chose jugée soit favorable, soit défavorable au demandeur l'emporte sans doute en doctrine et en jurisprudence (2), mais si cette théorie a été admise, la thèse contraire possède encore ses partisans. C'est qu'en effet elle tient mieux compte des faits. Elle assure aux créanciers l'égalité qu'a voulu établir le Code civil (art. 2093). Surtout elle évite de multiplier inutilement les procès, les actes de procédure, les interventions. Elle correspond mieux aussi au but de l'institution, qui est de protéger tous les créanciers et non pas tel créancier. Il n'y a à cette idée qu'une limitation : si l'autorité de la chose jugée peut exister *erga omnes*, cependant profiteront seuls de l'annulation ceux qui interviendront pour prendre part au partage des biens : car hors le cas de faillite, on ne convoque pas les créanciers qui ne se font pas connaître. Si les créanciers peuvent être placés dans une mutuelle dépendance, former corps au point de vue du jugement, ils restent donc isolés, indépendants, quand il s'agit de profiter de l'exécution de la décision.

(1) V. sur ces points : Oudinot, *La représentation imparfaite*, thèse de Paris, 1909 ; Aubry et Rau, t. VIII, p. 381, admettent cette représentation imparfaite en cas d'indivisibilité. D'ailleurs le Code civil allemand, article 431, assimile quant aux effets la solidarité et l'indivisibilité. — V. Saleilles, *op. cit.*, p. 130.

(2) V. en ce sens Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, p. 235 ; Bordeaux, 2 juillet 1890, S. 91.2.9. — *Contrà*, Larombière, t. II, art. 1167, n° 62 ; Laurent, t. XVI, n° 485 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 82 *bis* XIII. Cf. Planiol, II, n° 33.

Quand il s'agit de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, l'interdépendance des créanciers est admise par la doctrine et la jurisprudence et ici on a fait précisément valoir la théorie, d'après laquelle l'action a de multiples sujets d'exercice. L'action intentée n'a pas cessé d'appartenir au débiteur, et par conséquent son produit ne peut revenir qu'à lui, et le droit de gage général des créanciers porte sur le bien rentré dans le patrimoine comme sur les autres (1). On n'éprouve d'hésitation que dans un cas spécial : lorsque le débiteur n'a pas été mis en cause. Mais, ici comme ailleurs, la même solution s'impose, si on considère que l'action non exercée par le débiteur devient, au point de vue exercice, comme le patrimoine commun de celui-ci et de ses créanciers (2).

La même manière de voir triomphe aussi à propos de l'action en déclaration de simulation. Les auteurs y voient, les uns, un effet de ce que le bien est réellement rentré dans le patrimoine du débiteur, d'autres une suite de ce que le débiteur ayant le bien, ses ayants cause en profitent (3). En réalité, le second argument est seul exact, car il n'est pas vrai de dire que l'acte simulé disparaît par le jugement *erga omnes*. Ce qui est seulement vrai, c'est que, si le bien revient matériellement en la possession du débiteur, ce fait, comme tous les faits, existe *erga omnes*. Un fait ne peut être relatif, et il crée une présomption de propriété, si les autres créanciers saisissent le bien. On peut seulement dire que l'action en déclaration de simulation est commune au débiteur et à ses créanciers, sauf d'ailleurs qu'elle comporte, par la force même des choses, des preuves différentes pour l'un et pour les autres, et que ce qui est jugé à l'égard de l'un, l'est aussi à l'égard de l'autre.

(1) V. Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, n° 644 ; Laurent, t. XVI, n° 407 ; Colmet de Santerre, n° 82 *bis*.— V. *contrà*, Aubry et Rau, t. IV, 5e éd., p. 202.

(2) V. pour ce cas, Planiol, t. II, n° 203.

(3) V. Baudry et Barde, n° 730. — Cf. Larombière, t. II, art. 1167, n° 63 ; Aubry et Rau, t. V, 5e éd., p. 242.

Ce qui a lieu dans ces procédures pour maintenir le patrimoine du débiteur a lieu également dans celles pour réaliser ses biens afin d'en partager le prix entre les créanciers.

Dans la saisie immobilière, celui qui saisit le premier fait un acte par lequel il va représenter ceux qui viendront saisir après lui, de sorte que ce qui sera fait par lui ou contre lui aura ses effets pour ou contre les autres (1). Et la règle serait la même pour le cas de saisie-exécution, un créancier devant s'arrêter devant une saisie postérieure et se contenter de faire un procès-verbal de récolement (2). Ici encore le premier saisissant fait des actes de procédure ayant effet à l'égard de tous.

Nous en dirons autant des actes de procédure qui sont faits soit dans une contribution, soit dans un ordre, lorsqu'il y a eu un contredit : d'après l'article 667 du Code de procédure, dans la contribution, l'avoué le plus ancien des opposants représente les autres, et d'après l'article 760 du Code de procédure, dans d'ordre, les créanciers postérieurs aux collocations contestées sont représentés par l'avoué qu'ils se sont entendus pour choisir, sinon par l'avoué du dernier créancier colloqué. Ici il est naturel de considérer que celui qui défend d'abord ses intérêts propres, et accessoirement ceux d'autres créanciers, a qualité pour faire des actes dont ils profitent et qui leur soient opposables (3). Ce n'est pas simplement l'idée de l'indivisibilité de l'ordre qui intervient, ce qui est déjà la constatation de ce fait que, dans l'ordre, il faut considérer chaque acte comme ayant une valeur absolue et non relative, sous peine de tomber dans l'inextricable. C'est cette idée, qu'il est d'une bonne économie des activités qu'un des créanciers représente les autres, leur indépendance dût-elle en souffrir. Aussi les arrêts ont-il une tendance à dire que ce contredit aban-

(1) Cf. Glasson et Tissier, *Procédure*, t. II, 2e éd., nos 1416 et suiv., p. 508 ; Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re éd., t. II, § 731 et suiv.

(2) V. Glasson et Tissier, *op. cit.*, no 1214, p. 300 ; Garsonnet, *op. cit.*, t. III, § 581.

(3) V. Glasson et Tissier, *op. cit.*, t. II, no 1626, p. 720 : Garsonnet, *op. cit.*, t. III, § 835.

donné par un créancier peut être repris par un autre, à admettre que ce qui a été jugé à l'égard de l'un, l'est aussi à l'égard des autres, et les auteurs inclinent dans le même sens (1).

Cette interdépendance des individus se présente aussi dans une certaine mesure au cas de faillite, où la majorité des créanciers représente l'unanimité de ceux-ci, puisqu'elle fait des actes qui lui sont opposables : en votant le concordat, où chaque créancier représente les autres, en exécutant les actes conservatoires (2). On peut aussi se demander si un créancier en s'opposant à l'admission d'une créance au passif et en soutenant le procès engagé à ce sujet ne représente pas les autres,en l'absence du syndic, et si ce qui a été jugé à son égard ne l'est pas à l'égard des autres (3).

Ne trouverait-on pas également cette interdépendance des individus dans la matière des sociétés, lorsque la majorité de l'assemblée des actionnaires donne *quitus* aux administrateurs et fait ainsi un acte éteignant l'action personnelle de chacun (4).

Mais si malgré les principes individualistes du Code civil, une telle interdépendance des individus s'est manifestée dans le droit civil et ses annexes : procédure civile et droit commercial, si le même phénomène tend à se manifester en procédure criminelle, à propos de l'effet des voies de recours exercées par un accusé à l'égard des autres (5), il ne faut pas se dissimuler que cette ma-

(1) V. not. Riom, 4 août 1888, D. 90.2.219 ; Grenoble, 5 juin 1865, S. 65.1.300. — Cf. Riom, 25 mai 1866, S. 66.2 311.

(2) V. Lyon Caen et Renault, t. VII, n° 227 ; Thaller et Percerou, *Faillites*, t. I, n° 516.

(3) V. Thaller, n° 1875 ; Cass., 8 juin 1886, S. 88.1.481 et la note de M. Reynald-Pétiet. — *Contrà* : Lyon-Caen et Renault, 3e éd., t. VII, n° 543, p. 507.

(4) V. Thaller, *Droit commercial*, 3e éd., p. 357 ; Lyon-Caen et Renault, 3e éd., t. II, n° 827, p. 706 ; Paris, 13 janvier 1899, *La Loi*, 9 février 1899.

(5) Cass., 31 décembre 1908, *Revue critique*, *Examen doctrinal*, 1909, p. 339. — On pourrait même rapprocher la théorie de l'autorité de la chose jugée en matière pénale sur le civil (V. Vidal, *Cours de droit crimi-*

nière d'agir a des dangers que nous avons nous-même signalés.

Il ne faut pas se figurer que celui qui a un intérêt sera toujours assez habile pour bien le défendre, que la collusion frauduleuse est impossible. Et alors notre pauvre droit humain retombe de ses grands principes dans le sentier modeste des conciliations, des sacrifices réciproques et des demi-mesures. Il faut, au lieu de proclamer de façon absolue l'interdépendance des individus, voir comment elle peut sans trop d'inconvénient se manifester.

Il y a des cas où l'on peut facilement organiser un mandataire commun, soit qu'il absorbe tous les pouvoirs, soit qu'il rende en fait l'intervention de chacun des mandants moins utile : la simplification des rapports juridiques est ainsi assurée, comme cela a lieu en partie dans la faillite par la présence du syndic.

On peut aussi organiser l'intervention des tiers en prescrivant leur mise en cause, ce qui est supprimer radicalement l'inconvénient de l'interdépendance et ce qui est acceptable lorsque, par ailleurs, on ne complique pas trop les opérations juridiques, les intéressés étant peu nombreux. On a alors facilement un acte de portée absolue. C'est ce que l'on fait dans une série de procédures d'ensemble, d'une façon plus ou moins complète : dans la faillite, dans l'ordre, la contribution, dans la répartition des sommes saisies sur le salaire des ouvriers. Pour cela aussi on a établi l'exception dilatoire de garantie. A cette idée se rattache un peu, mais de façon lointaine, la procédure de défaut profit-joint.

On peut aussi placer l'acte qui réagira sur les personnes de condition semblable sous la surveillance de justice, comme l'est un vote de concordat dans la faillite. On peut pour cela établir une administration judiciaire qui fera des actes opposables à tous les représentés.

On peut enfin organiser l'intervention possible des tiers qui se croiraient lésés en leur ouvrant des voies de recours contre les

nel, p. 781 et suiv. ; Garraud, *Précis de droit criminel*, p. 975), qui concorde avec l'interdépendance des individus, mais s'explique surtout par d'autres idées.

actes qu'ils jugent mal faits pour eux. C'est ce qu'a fait le Code de procédure sous le nom de tierce opposition. Quelle que soit l'utilité qu'on reconnaisse actuellement à cette voie de recours, on ne peut nier qu'elle ne soit déjà merveilleusement adaptée à cette fin : écarter la présomption qu'une décision judiciaire a établie, en rapportant la preuve contraire ; donner une arme un peu difficile à manier, puisqu'elle suppose une preuve, mais qu'il est cependant utile de garder par devers soi, pour éviter les abus. De même la faculté d'intervenir dans un procès en cours sera encore une garantie pour ces tiers que l'on qualifie de représentés et que je nommerais plus volontiers tiers en communauté d'exercice du droit : celle-ci ayant comme contre-poids le risque de supporter les frais d'une intervention non justifiée.

Ainsi, par une série de mesures se contrebalançant, la loi par ces à-coups en sens divers provoquera un état d'activité, qui pourra donner l'illusion d'un équilibre. Ce ne sera pas cet équilibre statique impossible à se réaliser dans la vie, milieu mouvant, mais un équilibre en marche, c'est-à-dire le fait d'atteindre une certaine manière d'être par des approximations en sens divers.

Cette situation ainsi créée par l'interdépendance des individus se trouvera n'être pas sans analogie avec celle qu'a admis à l'étranger le droit civil, en consacrant la propriété en main commune qui présente ce trait essentiel d'une mise en commun de l'exercice du droit par une véritable solidarité active, mise en commun qui s'étend, il est vrai, jusqu'à une certaine jouissance (1).

Si l'interdépendance s'explique entre personnes qui sont dans une situation juridique identique, au contraire une situation un peu spéciale se présente quand deux personnes ont des intérêts de

(1) V. not. sur cette institution : Saleilles, Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, *Ann. de dr. commercial*, 1895, p. 10 et 49, 1897, p. 29 ; Meynial, Le caractère juridique de la communauté entre époux, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 811 ; Josserand, Essai sur la propriété collective. *Livre du centenaire*, t. I, p. 357 ; Ricol, *La propriété en main commune*, thèse de Toulouse, 1907 ; Saleilles, *La personnalité juridique*, p. 101.

même ordre, mais que l'une a un intérêt infiniment plus considérable que l'autre ; comme le débiteur principal et la caution, le garant et le garanti, le propriétaire et ses créanciers hypothécaires.

Le jugement rendu à l'égard du garant a effet contre le garanti ou en sa faveur. Cette solution est admise (1), du moins lorsque le garanti a accepté qu'il en fût ainsi, en se faisant mettre hors de cause. Au delà elle serait inutile, car l'intervention de trois personnes au procès n'est pas encore une complication excessive.

La question des effets du serment ou de la chose jugée qui concernent le débiteur principal, à l'égard de la caution, comporte application des mêmes idées. Il y a lieu d'admettre l'affirmative en cas de volonté de la caution, ou encore lorsque la chose est à son avantage comme le serment prêté, mais peut-être faut-il aller plus loin et admettre pour le débiteur un véritable rôle de chef représentant la caution. Mais ceci est plus douteux (2), les cautions étant rarement nombreuses et leur intervention ne compliquant guère, cela ne paraît pas nécessaire.

Reste enfin la fameuse jurisprudence sur la représentation de créanciers hypothécaires par le propriétaire dans les procès sur la propriété (3). Ici les créanciers étant souvent nombreux, il est bien plus admissible que le propriétaire les représente, par raison de simplification : aussi la jurisprudence a dû se former dans ce sens, et admettre l'effet de la chose jugée pour toutes les décisions, même en l'absence de volontés supposées ou exprimées.

Inversement la caution représentera-t-elle le débiteur, le garanti, le garant, etc.? Ici l'utilité à admettre cette solution est beaucoup moindre, car c'est si un intéressé, mais le moins intéressé qui

(1) V. Glasson et Tissier, *Procédure civile*, t. I, p. 732, n° 677 ; Garsonnet, t. II, § 391.

(2) V. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 1020 ; La question est discutée pour la caution solidaire. — Aubry et Rau, t. VIII, p 379, note 50, admettent une représentation imparfaite.

(3) V. notamment Cass., 8 janvier 1883, S. 83.1.116. — *Contrà* : Aubry et Rau, t. VIII, p. 375, 5e éd.

plaide, qui agit. Des raisons de fraudes à invoquer ne sont ici ni plus fortes, ni moindres qu'ailleurs ; il reste encore un intérêt de simplification des rapports juridiques qu'on peut invoquer en faveur de cette représentation. Mais les intéressés en première ligne seront-ils suffisamment protégés par la possibilité de faire tierce opposition si le procès a été mal soutenu ? Cela encore est assez admissible, cette idée toutefois ne s'impose plus comme nécessaire.

De même en général, si le débiteur représente ses créanciers, l'inverse n'est pas exact (1), il n'est pas représenté par eux.

Les questions d'indépendance des individus sont appelées à se présenter sur un terrain plus important encore, à propos des recours juridictionnels exercés par les associations ou syndicats. On sait que, en dehors des quelques cas visés par des textes spéciaux (2), la jurisprudence tant administrative que pénale ou civile a une tendance manifeste à admettre la syndicalisation des actions (3). Il est fort difficile de déterminer les cas où cette action syndicale est pratiquement admise. La jurisprudence administrative paraît distinguer ici l'intérêt et le droit (4). La jurisprudence civile paraît opposer aux autres les « demandes ayant un caractère suffisant d'intérêt collectif » (5).

En tous cas, tout le monde reconnaît que la pratique évolue et que la syndicalisation des actions a une tendance à se dé-

(1) V. Aubry et Rau, t. VIII, p. 380.

(2) V. notamment loi du 30 novembre 1892, art. 17, loi du 29 juin 1907, art. 9.

(3) V. notamment sur ce point la très bonne étude de M. Jean Escarra, *Recevabilité des recours juridictionnels exercés par les syndicats*. Thèse Paris, 1907 ; Courot, *Du syndicat demandeur en justice dans l'intérêt de ses membres*. Thèse Paris, 1899 ; Planiol, note au Dall. 95.2.553 et 98.2.120, et *Traité*, t. II, n° 2272 *bis* ; C. Perreau, *Revue critique*, 1904, p. 129 ; Crémieu, *L'action civile exercée sous la forme collective*, p. 35.

(4) V. Jean Escarra, *op. cit.*, p. 7.

(5) V. Cass., 24 avril 1896, D. 97.1.471. — V. la note de M. Planiol, D. 98.2.129.

velopper. Il est ici hors de propos de lui fixer une frontière. Nous voulons seulement montrer les conséquences où l'on aboutit, lesquelles sont peut être de nature à réagir sur la recevabilité du recours.

Un syndicat exerce une action ; qu'il défende un intérêt, à lui propre ou un intérêt collectif, peu importe. Pratiquement, s'il ne défend pas sa légalité, son existence, son patrimoine, ses intérêts pécuniaires, cas qui ne soulèvent aucun doute (1), ou bien il peut prétendre à défendre un intérêt moral, en disant tel contrat violé contre un seul crée un précédent, tel faute commise va, en se répétant, constituer un usage reçu, choses qui nuiront aux intérêts généraux de la profession. Ou bien il peut défendre un intérêt pécuniaire collectif, c'est à-dire un intérêt susceptible d'être apprécié dans son ensemble, pour lequel on peut mesurer ce qui est dû à l'ensemble de ses membres, mais non pas (du moins de façon commode) ce qui est dû à chacun d'eux. L'exemple type du premier cas, c'est le syndicat qui reproche à un patron d'avoir embauché un ouvrier au-dessous du prix fixé par le contrat collectif, ou de le faire travailler un trop grand nombre d'heures, ou qui reproche à un usinier d'empoisonner l'eau des étangs des syndiqués. Dans le second, ce sont les syndicats de médecins et de pharmaciens agissant contre une personne qui a irrégulièrement exercé leur profession.

Dans le premier cas, si le syndicat demande simplement au tribunal de déclarer le fait illicite, d'ordonner que le travail sera interdit dans telles conditions, il ne fait que défendre un intérêt général de la profession. Il supprime le fait comme précédent.

Nous croirions donc que, sur ce point, malgré les tendances restrictives qui existent parfois, la demande syndicale est admissible quand elle n'a que ce contenu, sauf la difficulté qu'il y a à dire qu'une action peut être intentée en justice avec cette seule demande : déclarer le fait illicite ou interdit. Nous n'en sommes

(1) V. la note de M. Planiol, D. 05.2.553.

évidemment plus au système du vieux droit romain où parfois il fallait un pari pour arriver à saisir le juge de l'affaire. Mais les actions en dommages-intérêts sont si fréquentes, les praticiens ont une telle habitude à tout propos de réclamer des indemnités, que l'on arrive à se poser la question de savoir si un syndicat peut purement et simplement demander à un tribunal de déclarer un acte illicite, sans y ajouter la traditionnelle demande d'un franc de dommages intérêts. Il est bien certain qu'au cours d'un procès des conclusions du premier genre sont permises, elles se présentent fréquemment sous la forme d'une demande de donner acte. Mais qui empêche de dire que la demande principale elle-même n'aboutira qu'à cette conséquence, faire déclarer l'acte illicite par le tribunal ? Remarquons d'abord que le tribunal peut constater que la meilleure forme de réparation du préjudice causé aux intérêts moraux du syndicat, la seule adéquate est précisément le seul prononcé du jugement.

Dira-t-on qu'il s'agit d'une demande à futur ? Celles-ci sont évidemment mal vues. Mais il ne faut pas se contenter d'impressions. Il faut des raisons. On ne doit pas laisser encombrer inutilement les prétoires et permettre les actions *in futurum* pour mettre quelque bavard qui a causé à la légère d'un procès qu'il intenterait, en demeure de le faire (action provocatoire). Mais lorsqu'il y a un intérêt sérieux à demander dès maintenant au tribunal de se prononcer sur un point, pourquoi l'interdire ? Et c'est là au fond la solution à laquelle la doctrine aboutit (1).

Mais comment le syndicat peut-il avoir qualité pour faire déclarer tel acte illicite ? Cette question vise l'action, non plus dans son but, mais dans son fondement. Il faut pour la résoudre observer tout d'abord que l'usage est actuellement partie intégrante du droit (2). Ainsi la notion de faute technique, si importante

(1) V. Glasson et Tissier, *Procédure*, t. I, 2e éd., n° 230 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 746 ; Garsonnet, *Traité de procédure*, t. I, n° 208.

(2) De là la théorie de l'abus du droit qui frappe celui qui fait un usage anormal de son droit, théorie trop connue pour que nous en parlions ici. V. à ce sujet, Josserand, *De l'abus des droits* ; Charmont, De l'abus du droit, *Revue de droit civil*, 1902, p. 113.

devant les tribunaux, repose en grande partie sur la connaissance des mesures de précaution que l'on est dans l'usage de prendre. On dira à telle personne qui a causé un accident : les gens prudents qui sont dans la même situation prennent telles mesures. Il fallait faire comme les autres. Voilà la sagesse un peu terre à terre que l'importance des lois de l'imitation nous impose (1).

Ces observations ne sont pas vraies seulement au point de vue technique, elles le sont également au point de vue économique. C'est tellement vrai que les décrets du 10 août 1899 connus sous le nom de décrets Millerand, imposent aux entrepreneurs de travaux publics des obligations qui peuvent dans leurs dispositions principales se résumer ainsi. On fera travailler les ouvriers de ces entrepreneurs le même nombre d'heures et aux mêmes prix que les autres. Dans un contrat, être lésé, c'est n'être pas traité comme il est d'usage de le faire.

S'il en est ainsi, étant donné cette interdépendance des individus que créent les puissantes lois de l'imitation, tout acte a une valeur de précédent qui est grave. C'est une de ces molécules dont l'ensemble constitue l'usage, comme toute vente est en embryon, la fixation d'un cours. Toute personne peut donc s'essayer à détruire cette force de précédent que constitue une fixation d'un bas salaire, d'une durée prolongée de travail, du moins lorsque cet acte est illicite et qu'elle y a intérêt. Un ouvrier quelconque pourrait le faire, le syndicat le peut aussi. Que sa personnalité ne soit qu'un mécanisme technique pour recouvrir celle des syndi-

(1) Comme le dit Exner, *Notion de force majeure*, p. 61, trad. Seligman. L'extraordinaire est toujours individuel, dépourvu de type et n'est pas susceptible de comparaison et de mesure. C'est la constatation de cette vérité qui a fait sortir de notre droit civil le *diligentissimus paterfamilias* et la *culpa levissima*. Un homme exceptionnel, dépassant en prudence et en habileté les hommes habiles et avisés de sa profession est, comme le fait observer Puchta, un original, un pédant, un fou, ce n'est pas un modèle pour les autres. Certains codes précisent cette importance de l'usage. Le Code suisse des obligations (art. 61) dit qu'il faut avoir exercé la surveillance de la manière usitée, pour n'être pas responsable de celui qu'on surveille. Pour les marchandises reçues, il faut avoir fait les vérifications usuelles (art. 240).

qués, ou qu'elle lui soit propre, toujours est-il qu'il a les mêmes droits que les syndiqués dans le premier cas, et que les intérêts généraux qu'il représente dans le second lui en donnent le droit.

Et ici il n'agit pas pour exercer le droit d'un autre, d'un syndiqué en particulier : celui dont on a exigé un trop long travail, que l'on a engagé à un trop bas salaire ; il exerce son droit propre, son droit professionnel : empêcher un usage de s'établir, une convention collective de tomber par abandon tacite (2). C'est bien là son but. Que lui importe au fonds que tel ouvrier ait perdu quelques francs sur le salaire de sa semaine. Mais ce qui est grave, c'est le précédent, c'est l'habitude qui se répandra d'établir de bas salaires, et c'est elle qu'il veut tuer dans le germe.

Mais si la déclaration du tribunal, son ordre comportent nécessairement une sanction : astreinte, indemnité, si le demandeur présente des conclusions en ce sens, nous allons retomber dans la seconde hypothèse, car il va s'agir de déterminer la destination des dommages-intérêts.

Au second cas, quand il s'agit de syndicats de médecins, dont la loi du 30 novembre 1892, articles 13 et 17, a consacré le droit d'agir, les dommages-intérêts qu'on réclamera ont un but simple : compenser les pertes pécuniaires que le non diplômé a causé aux médecins patentés. Le dommage dans son ensemble est estimable : il suffit de savoir les visites, les opérations faites illégalement. Mais les attributaires sont indéterminés. Comment savoir en fait quels médecins auraient profité de la clientèle irrégulièrement accaparée ? On simplifie donc et le nombre des actions, en remplaçant une foule par une seule : l'action syndicale, et le calcul de l'indemnité, en remplaçant une indemnité à chaque médecin, qui eût été toute augurale, par une indemnité unique reposant sur des bases sérieuses, par exemple les bénéfices du non

(1) La jurisprudence récente ne paraît pas toujours entrer dans ces conceptions. Elle reste très individualiste. — V. Trib. de la Seine, 23 avril 1900, *Revue de droit civil*, 1900, p. 912.

diplômé, que l'on versera à la caisse syndicale, celle-ci devant alors s'arranger avec les syndiqués comme elle l'entendra.

Mais ici commence la difficulté. On peut admettre que le syndicat exerce l'action des syndiqués intéressés, que sa personnalité juridique absorbe celles des syndiqués pour l'objet du syndicat, qu'elle remplace des unités par un total, quand il s'agit d'affaires qui sont l'objet même du syndicat. Mais déjà il y a un grand embarras si, parmi les syndiqués, il y en a quelques-uns qui ont des intérêts distincts ou même opposés à ceux de la majorité (1). La jurisprudence prend soin en général de constater que l'affaire intéresse tous les syndiqués ou la majeure partie d'entre eux, les autres étant des indifférents (2), et lorsqu'il s'est trouvé dans le syndicat des intérêts nettement opposés, elle a refusé d'admettre l'action syndicale.

Ces solutions individualistes de la jurisprudence ne suppriment pas la difficulté suivante. Dans une profession, tout le monde n'est pas syndiqué. Si le syndicat agit en indemnité, ne va-t-il pas attirer à sa caisse ce qui représente le dommage subi par les non syndiqués ? Et le jugement qu'il obtiendra ne va-t-il pas nécessairement avoir autorité de chose jugée à l'égard de tous : syndiqués et même non syndiqués, rendre impossible toute action individuelle ? C'est logique si on part de l'idée de simplification des rapports juridiques par la diminution des procès. Mais pourra-t-on aller cependant jusqu'à interdire l'action en indemnité d'abord des syndiqués, ensuite des non syndiqués ? La thèse arrive au fond à donner au syndicat une autorité sur tous les membres de la profession et une autorité qui s'affirmerait même s'il y avait des syndicats rivaux se partageant les adhésions de tous les membres de la profession ou de la majorité d'entre eux. Voilà cependant les questions auxquelles nous acculent la loi de 1892 et la jurisprudence sur les actions syndicales.

(1) V. une hypothèse dans J. Escarra, p. 71, un syndicat de médecins débouté, parce que cinq de ses membres profitaient de la situation que le syndicat attaquait. Trib. de la Seine, 6 novembre 1902.

(2) V. Planiol, D. 98.2.131, 2e col. et les arrêts cités.

Tout au plus peut-on espérer en sortir, en disant que, dans ce second cas, l'action syndicale est admissible s'il n'y a qu'un syndicat dans la profession, ou si les syndicats rivaux s'unissent pour le procès, et si d'autre part les non syndiqués sont en fait sans intérêt pour agir. De la sorte le syndicat demandeur contient tous les intéressés et peut-être en plus des indifférents. On peut lui accorder une indemnité égale au préjudice subi. Inutile de dire quelle sera la part de chacun. A chaque jour suffit sa peine. Si les intéressés s'entendent amiablement ou si les statuts prévoient ce qu'on fera de l'indemnité, pourquoi la justice aurait-elle le devoir de ne vouloir reconnaître que des droits individuels ? N'est-ce pas contraire à la loi du moindre effort (1).

On a prétendu que les dommages-intérêts avaient ici une autre nature, qu'ils ne devaient représenter aucun des préjudices matériels subis par les syndiqués, que les préjudices même réunis, la somme obtenue ne pourrait juridiquement être considérée comme revenant au syndicat. Celui-ci estime les frais qu'il a été obligé de faire pour poursuivre les fraudeurs, les dépenses de toutes sortes que nécessitent l'entretien d'agents assermentés, les bureaux, etc. (2). C'est une théorie très ingénieuse. Mais c'est une conception nouvelle des dommages-intérêts, mais qui à nos yeux est inacceptable. Conçoit-on un particulier demandant à un délin-

(1) La question extrêmement embarrassante lorsque l'action a pour but la réparation d'un préjudice qui même envisagé du côté de chacun en particulier ne constitue qu'un préjudice moral. C'est le cas qui s'est posé récemment à propos d'actions civiles intentées par des associations d'instituteurs (V. Trib. civ. Reims, 25 février 1910, *Gaz. Pal.* du 5 mars ; en sens contraire : Trib. civ. Nancy, 18 mars 1910, *Gaz. Pal.*, 17-18 avril) ou de prêtres (V. Caen, 20 mai 1908, S. 1910.2.75). Si le tribunal croit devoir réparer le préjudice moral par des mesures d'ordre moral : publicité du jugement par exemple, cette mesure par sa nature profitant à tous, l'action syndicale est plus facilement admissible que s'il s'agit de demande en indemnité. Mais se plaçant dans ce second cas, bien qu'il soit certain que le préjudice causé à tous n'est pas le même, le dommage ayant été collectif, nous inclinerons à croire que l'action peut l'être aussi, à condition toutefois qu'il n'y ait pas d'opposants.

(2) Joan Escarra, *op. cit.*, p. 118.

quant une indemnité pour le coffre-fort qu'il a dû acheter, les serrures de sûreté qu'il a fait poser ? On peut seulement, au moins en théorie, construire un droit syndical différent du droit des individus, dire que les dommages-intérêts ont ici une nature spéciale, qui serait jusqu'à un certain point pénale, car il s'agirait d'une somme s'ajoutant aux indemnité dues à chaque lésé, ne correspondant pas en tous cas aux pertes dont on indemnise d'ordinaire.

A nous en tenir à la conception classique des dommages-intérêts, nous pouvons donc dire : ou le syndicat agit pour demander *in globo* des indemnités indistinctes, comme un syndicat de pharmaciens agissant contre un non diplômé, ou même un syndicat ouvrier se plaignant d'une durée excessive de travail de tout le personnel qui s'est prolongée un certain temps. Le principe de l'économie des moyens nous paraît devoir rendre la demande admissible. Ou le syndicat prétend agir en indemnité, parce que tel ouvrier a été privé indûment d'un salaire. Il n'invoque plus un fait collectif, mais un fait individuel. Alors que l'ouvrier agisse lui-même. Pourquoi un détour quand la voie droite est la plus simple. Le nier serait ici ne pas tenir compte de l'économie des moyens.

Et remarquons qu'au fond ces solutions sont d'accord avec ce que j'appellerai l'équilibre des forces. S'il y a acte collectif du patron, habitude ou règle imposée à un grand nombre, une action collective sera ouverte. S'il y a acte isolé, individuel, une action individuelle y répondra. Ainsi donc une sécurité dans la lutte économique sera assurée. C'est bien encore une façon de sécurité dynamique, car c'est dire à chacun : agis et tu seras protégé selon la force de l'obstacle que tu rencontreras.

Ainsi donc tout se résume à cette alternative qui montre ici le caractère grave des combats judiciaires qui se livrent. Ou bien on admet avec certains auteurs une indemnité d'un caractère tout spécial. Ou bien on admet la thèse ordinaire de l'indemnité, telle que la donne l'article 1140 du Code civil. Alors, à moins de considérer

les seuls syndiqués intéressés comme plaidant par procureur, par une exception aux règles ordinaires, on voit l'indemnité syndicale établissant entre les syndiqués une interdépendance étroite, qui pourrait même déborder les limites du syndicat par une pente naturelle et atteindre les non syndiqués. C'est bien l'organisation professionnelle qui s'établit par l'autorité syndicale. Chacun, qu'il le veuille ou non, est pris dans l'engrenage, est censé marcher derrière les chefs du syndicat. Même limitée à l'intérêt des syndiqués, l'action syndicale apparaît comme créant déjà une puissance redoutable. Elle y aboutit naturellement, car à la place des syndicats de bavards, académies ouvrières envoyant des délégués aux patrons, aux pouvoirs publics, ouvrant des cours, parlant beaucoup, agissant peu, que certains avaient rêvés, se forment naturellement des syndicats d'actions, grandissant par l'action, absorbant des activités, parce que l'homme est essentiellement un être social, appelé par sa psychologie à l'interdépendance vis-à-vis de ses semblables autant qu'à l'amour de sa liberté.

Ici comme toujours, il faut désespérer de trouver un principe absolu. On est en quelque sorte forcé d'aboutir à une conciliation, et celle-ci apparaît peut-être comme devant se faire par une sorte de dérivatif. C'est ainsi qu'il arrive souvent, quand on ne peut recourir à l'abandon respectif de certaines applications de principes par voie de transaction.

Le syndicat veut agir, mais comment admettre qu'il le fasse sans absorber par une simplification commode, tous les droits épars aux mains des syndiqués ? On ne le peut qu'en considérant sa demande comme visant à une sorte de peine privée. Le syndicat agit pénalement, les syndiqués ou non syndiqués isolément agissent en réparation. L'un vise plutôt l'avenir, les autres, plutôt le passé. Mais toute solution d'un conflit n'est souvent que l'éloignement d'une contradiction qu'on reporte plus loin ou sur d'autres terrains où de suite on ne les aperçoit pas, ce qui donne à l'humanité le loisir d'espérer et de vivre. Ici, en reconnaissant

double action : action du syndicat, action des particuliers, ne risque-t-on pas de surcharger le débiteur ?

D'un autre côté, ne fait-on pas du syndicat, dans une mesure pénale seulement, il est vrai, le représentant des intérêts généraux, et par là même ne fait-on pas tomber la vieille idée que l'autorité administrative n'est pas la seule à personnifier ces intérêts, idée considérable, mais qui déjà, il faut le reconnaître, paraît bien minée aujourd'hui (1).

(1) V. plus loin le chapitre : *De l'autorité privée*.

CHAPITRE VII

L'ACTION EN JUSTICE ET LE ROLE DU JUGE

La notion de l'action en droit romain était très nette. Elle apparaissait comme quelque chose de distinct du droit, puisque les actions étaient limitativement énumérées, que si l'on ne pouvait faire valoir l'une d'elles, bien que théoriquement titulaire d'un droit, on ne pouvait agir, puisque d'un autre côté on pouvait, pour le même fait, avoir plusieurs actions, pénales ou réipersécutoires (1). Aujourd'hui, en droit civil, toutes les actions ont le même caractère, elles sont toutes réipersécutoires et de bonne foi. Cependant sortie de ces cadres rigides, la notion moderne de l'action n'apparaît pas plus claire, au contraire. Si elle semble simple à première vue, ses contours sont indécis.

L'action est avec le droit dans les rapports les plus étroits. Celui qui a un droit par cela même une force sociale à son service pour le défendre. Celle-ci peut s'exercer par deux procédés de force inégale : le refus d'action contre la situation de fait qualifiée droit, la faculté d'agir pour établir ou rétablir la situation visée par le droit.

La loi peut d'abord accorder protection, comme elle le fait pour les obligations naturelles, en disant : si le titulaire du droit obtient amiablement satisfaction, je refuserai toute action contre lui pour modifier cette situation nouvelle. Si le titulaire de l'obligation naturelle obtient satisfaction en fait, je regarderai cette situation comme devant être protégée, en refusant toute action

(1) V. Glasson et Tissier, *Procédure*, t. I, p. 223, 2e éd. ; Maynz, *Droit romain*, 3e éd., p. 374.

contre elle et même en donnant au titulaire une action pour défendre sa situation nouvelle.

Nous avons choisi cet exemple à dessein, bien qu'il soit un peu exceptionnel. En effet, le plus souvent le créancier a cet avantage que, non seulement s'il est payé amiablement on rejette toute action en répétition contre lui, mais qu'il a une action pour se faire payer. Mais l'obligation naturelle nous offre un exemple d'un droit qui n'a comme protection que le refus d'action contre la situation de fait. Cet effet du droit est ainsi plus facile à saisir.

Mais ordinairement, comme je viens de le dire, la loi agit plus énergiquement et le titulaire peut saisir les tribunaux, employer la force publique pour défendre son droit. En ce cas on peut dire que l'action n'est que le droit lui-même mis en mouvement (1), ce qui revient pratiquement à dire qu'elle est la garantie indissoluble et nécessaire du droit (2) dans presque tous les cas.

Mais cette seconde formule est beaucoup plus exacte. Car l'action n'est qu'une des formes de la mise en mouvement du droit, qui peut se trouver arriver à son but par des mesures d'ordre privé amiables qui sont même parfois assez énergiques. En outre l'action renferme une précision ou plutôt une restriction qui n'existe pas dans le droit, du moins qui n'existe pas toujours. L'action par nature est le droit dirigé contre une personne déterminée (3). Par suite un droit pouvant avoir plusieurs titulaires, et plusieurs débiteurs, et même un nombre indéfini, s'il s'agit d'un droit réel (4), il peut donner lieu à un nombre considérable d'actions. cela est vrai non seulement pour les droits réels, mais encore pour les droits de créance, lorsqu'il y a solidarité ou indivisibilité

(1) V. Garsonnet, *op. cit.*, t. I, p. 483 ; Glasson et Tissier, t. I, n° 220 ; Demolombe, t. IX, n° 388.

(2) V. Glasson et Tissier, *op. cit.*, t. I, p. 224.

(3) C'est ce qui fut précisé dans les motifs du premier projet du Code civil allemand à propos de cette notion si fuyante de l'Anspruch, *Motifs*, t. I, p. 201. — V. Jourdan, *La prescription dans le Code civil allemand*, thèse d'Aix, 1906, p. 67.

(4) V. sur la nature du droit réel, *supra*, Droits absolus et relatifs, p. 405 et suiv.

(il est vrai qu'ici l'autorité de la chose jugée telle qu'elle est parfois admise y est un obstacle) (1).Cela tient à ce que, si le droit tend à établir ou à maintenir une situation de fait unique, le nombre de ceux qui peuvent y mettre obstacle est parfois illimité, comme pour les droits réels.

Mais ces idées générales ne font que représenter à l'esprit des points incontestables, et la véritable difficulté est de savoir quels sont les traits propres de l'action, quand et comment elle naît, question qui est, nous allons le voir, dans les rapports les plus étroits avec celle du rôle attribué au juge.

Quand peut-on agir en justice ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord remarquer que le rôle des tribunaux est double. Ils font certaines constatations de fait ou de droit et ils donnent des ordres. Comme l'a dit Ihering (2), le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive. Aussi la justice tient-elle d'une main la balance, au moyen de laquelle elle pèse le droit et de l'autre l'épée, au moyen de laquelle elle le défend. Les juges sont donc à la fois des experts de fait et de droit ayant une appréciation souveraine et des autorités ayant le droit de commander. Et suivant que l'on considérera plutôt l'un ou l'autre de ces rôles qui tous deux favorisent la sécurité : le premier visant plutôt la sécurité statique et le second mettant plutôt l'activité à l'abri des risques, on aboutira à des conséquences opposées en ce qui concerne le but possible de l'action et par suite les cas où elle est donnée.

De même on arrivera encore à des conséquences différentes suivant que l'on sera préoccupé de la sécurité sociale ou du devenir de toute chose.

Enfin il faut encore tenir compte de deux idées : ouvrir davantage le droit d'agir, permettre aux tribunaux plus de liberté dans leurs décisions, c'est faire peser une menace sur les défendeurs,

(1) V. Jourdan, *op. cit.*, p. 93.
(2) La *lutte pour le droit*, p. 1.

les exposer aux dépenses, aux pertes de temps, aux ennuis d'un procès. Donner une action, c'est donner à quelqu'un une arme pour rendre ses adversaires plus souples.

Envisagée comme menace, l'action peut aussi l'être comme emploi d'activité. L'action est une activité de conservation. Elle ne crée rien économiquement, elle conserve seulement des droits, en assure la preuve. Elle est un emploi à l'activité du personnel judiciaire : juges et auxiliaires de la justice, du demandeur, du défendeur. Comme tel usurpant sur un temps qui pourrait être plus utilement employé, le procès est une dépense inutile d'activité dès qu'il n'est pas nécessaire. Mais quelle est au juste la limite ? Jusqu'à quand sera respectée la loi du moindre effort ?

Dans un jugement, ce qui frappe d'abord, et ce qui a dû frapper davantage les peuples primitifs, c'est l'ordre qu'il contient (1) et que fortifie dans la procédure actuelle la formule exécutoire. Véritable loi spéciale s'imposant aux plaideurs, il tend assez naturellement à être, comme la loi même, irrévocable, et d'une application immédiate, surtout à l'époque où la loi n'était considérée elle-même comme une sorte de traduction humaine d'un droit supérieur immuable : le droit naturel. La sentence du juge, dans le droit romain ancien, ne pouvait être conditionnelle, ni conçue *in futurum*, ni même réserver un droit non encore existant pour le cas de son existence future (2). Le jugement est donc nécessairement pur et simple comme l'est d'ordinaire l'ordre d'un

(1) Cela est particulièrement net aux époques où le même personnage est à la fois chef et juge, comme le préteur romain (c'est ce que M. Girard, *Droit romain*, p. 1044 et suiv., met spécialement en valeur en examinant les interventions du magistrat par voie d'autorité), comme le seigneur au moyen âge, idée qui n'a pas tout à fait disparu, puisque chez nous les juges administratifs sont à la fois collaborateurs de l'administration (comme le Conseil d'Etat et les conseils de préfecture) ou administrateurs (comme le ministre) et juges. A ces époques, quoi de plus naturel que de voir surtout dans le jugement un ordre donné à la suite d'une réclamation, peu différent en somme d'un ordre administratif quelconque.

(2) V. Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 246.

chef. Ainsi en harmonie avec la conception de la loi, celle du jugement aboutit à n'ouvrir l'action que si l'on invoque un droit armé de tous ses éléments, un droit né et actuel, un droit armé de toutes pièces, qui ne soit ni à terme, ni sous condition, ni éventuel. Cela ne correspond pas seulement à l'idée des esprits primitifs, cela simplifie encore le rôle du juge, d'où économie de temps. Et par là cette conception a une valeur durable. L'ordre donné étant immédiat, peut vider tout le débat et dès lors être irrévocable. Au demandeur alors à le présenter flanqué de toutes les preuves nécessaires. Et à cela le défendeur gagnera la sécurité d'avoir l'affaire complètement vidée, d'avoir un procès ne restant pas en suspens avec des portes ouvertes à de nouvelles discussions. Le demandeur ne cherchera pas dans le jugement un moyen pour menacer, mais surtout pour frapper. C'est la sécurité statique, tout est clair et net, c'est une conception qui a sa valeur.

Mais derrière cette armure de l'ordre donné, il y a la constatation qui en est la raison d'être et que l'on a mieux remarqué avec le temps. Au cœur de la décision se place un relevé et une appréciation des faits, une interprétation de droit, éléments que l'on sépare d'ordinaire à raison des principes sur lesquels repose l'organisation de la Cour de cassation, mais qui n'en sont pas moins étroitement unis, car ce n'est que laborieusement que la Cour suprême a pu fixer les frontières de son empire. Aussi pour le moment, examinons les deux choses d'ensemble : fait et droit.

Il y a des avantages à considérer le jugement sous cet aspect de constatations de points de fait et de droit.

Nous allons voir qu'on y donne une sécurité plus grande au demandeur en lui assurant des preuves, en même temps on rend plus facile de tenir compte des changements possibles, on permet au demandeur d'utiliser le jugement comme une menace, mais on dépense dans l'activité judiciaire plus que dans la conception opposée, puisqu'on donne plus facilement l'accès des tribunaux.

Si un jugement est essentiellement une constatation, il n'y a

pas de raison pour ne pas ouvrir largement la porte du prétoire. Le principe : pas d'intérêt pas d'action, ne va plus exprimer qu'une vérité large, évidente même : qu'on ne peut pas intenter d'action sans une raison sérieuse qui vous soit personnelle. On pourra agir en justice pour un droit à terme, ou même conditionnel, ou éventuel. On a un intérêt sérieux dans certains cas, à faire constater que tel droit vous appartient déjà, sauf le jour où il sera arrivé à perfection à profiter de l'ordre donné par le juge sous une modalité et sauf à l'ancien défendeur à intenter un second procès, si on prétend que le terme, la condition ou l'éventualité ne sont pas arrivés, ne se sont pas produits, ou à l'ancien demandeur, devant l'incident soulevé, à agir lui-même pour démontrer que son droit est réalisé.

Dans cet ordre d'idées et spécialement à propos des droits éventuels, il y aura de nombreuses applications à faire. On admettra que l'on peut agir en garantie dans une vente, dès que l'on croit que le vendeur a manqué à ses obligations et que l'on craint d'être inquiété. Il y aura donc pour l'acheteur un droit plus étendu que celui de retenir le prix que lui confère l'article 1653 du Code civil. Il pourra agir contre le vendeur, lui demander, s'il ne fait pas cesser le sujet de crainte, de reconnaître déjà qu'il est obligé éventuellement à des restitutions et indemnités, lui demander de fournir caution pour elles. Ainsi, sans le faire condamner dès maintenant, l'acheteur aura contre lui un jugement qui le déterminera à se montrer diligent pour faire cesser le trouble. Quitte à discuter cette solution au point de vue du droit positif, nous n'hésitons pas à l'admettre sur le terrain législatif, croyant d'ailleurs qu'en général il est possible de faire valoir en justice des droits simplement éventuels (1), dès qu'en fait il y a à cela un intérêt sérieux.

Si l'on risque, à ce procédé, des complications, le premier jugement peut agir comme une menace, ensuite on peut être sûr

(1) V. notre étude sur la Nature et les effets des droits éventuels, *Rev. de droit civil*, 1900, p. 283.

que le droit dont il y a déjà certains éléments, sera déjà partiellement prouvé. Cela conduit naturellement à admettre toutes les mesures d'instruction à futur lorsqu'il y a un intérêt sérieux à le faire : l'enquête à futur, l'expertise à futur. Il faudrait même y ajouter la visite des lieux à futur, si le procès-verbal de constat ne rendait en fait cette mesure à peu près inutile.

En tous cas on ne voit pas de raison théorique pour ne pas y ajouter l'interrogatoire sur faits et articles, la délation de serment. Et il faudrait en dire autant de la reconnaissance d'écriture, qui n'est qu'une mesure spéciale d'instruction à futur consistant à fortifier une preuve par acte privé.

En énonçant ces affirmations, nous ne croyons pas aller à l'encontre des tendances de la doctrine et de la jurisprudence, qui admettent peu facilement l'enquête à futur et rejettent l'expertise à futur. Car il s'agit pour elles de ces mesures demandées purement et simplement et non pas des cas où elles sont sollicitées pour un motif sérieux, une crainte justifiée de voir dépérir les preuves.

Nous ne prétendons pas non plus faire revivre l'action interrogatoire, car il ne s'agit que de demander un interrogatoire pour obtenir une preuve et non pas de mettre le défendeur en demeure de s'expliquer sur le parti qu'il a le projet de prendre relativement à telle ou telle faculté ou sur le point de savoir s'il se propose d'élever telle prétention en vertu de tel titre (1).

D'ailleurs les législations récentes sont favorables aux examens à futur. Le Code de procédure civile allemand l'admet (V. § 485 et suiv.), de même le Code de procédure autrichien (art. 384 et suiv.), le Code italien (art. 251 et suiv.), divers Codes suisses (2). Et ces solutions paraissent recommandables au point de vue législatif, dans tous les cas où un dépérissement de preuve est à craindre (3).

(1) V. sur cette action : Aubry et Rau, t. VIII, p. 120, et t. VI, p. 372, note 6 ; Cass , 7 août 1871, S. 71.1.221. — *Contrà* : Demolombe, t. IV, n° 340.

(2) V. Bruntz, *op. cit.*, p. 118 et suiv. — Cf. Germer-Durand, *L'enquête à futur*, thèse de Paris, 1907.

(3) V. Bruntz, *L'examen à futur*, thèse de Nancy, 1900, p. 73 et suiv.

Déjà de façon plus générale, on tend, partout où il y a intérêt sérieux, comme dans les actions en nullité, à ouvrir une action pour faire valoir qu'un droit n'existe pas à votre encontre ou pour le détruire. Ici en un sens on fait valoir un droit, le droit à sa liberté, comme le propriétaire qui met en mouvement l'action négatoire, fait valoir son droit de propriété. Mais comment se fait-il que le pseudo-débiteur puisse faire valoir son droit à la liberté, qui est le droit commun, par une action spéciale, alors cependant qu'on ne peut normalement poursuivre quelqu'un pour établir qu'il n'est pas votre créancier ? C'est pour cette éternelle raison que le demandeur a, dans certains cas, un intérêt sérieux. Il peut vouloir agir parce qu'il a actuellement la preuve que tel titre signé par lui est nul de nullité absolue et que la présence de ce titre l'inquiète, est une atteinte à sa sécurité.

Quand il s'agit d'action pour nullité relative, d'action en rescision pour lésion, ou en révocation, il y a autre chose, le demandeur est lié par l'acte qui a une existence juridique, il agit pour obtenir de la justice un acte d'autorité : la restitution d'un droit injustement aliéné (1). La justice est appelée à faire non seulement un acte de constatation, mais un véritable acte d'administration.

Si on ne peut admettre ces principes de façon absolue, il n'y a pas cependant de bonne raison, sauf celle de l'incertitude de la règle, pour se refuser de limiter son application aux cas où le droit risque de ne pouvoir plus être prouvé (2). Seulement, admis de façon absolue, ils prêteraient à l'abus, à des menaces continuelles, qui en assurant la sécurité des demandeurs, l'enlèveraient complètement aux défendeurs. Ce serait surtout une perte considérable d'activité.

(1) Le système que nous défendons est celui du Code de procédure allemand (art. 485), qui vise le cas où « il y a lieu de craindre qu'un des moyens de preuve ne vienne à faire défaut ou que l'usage n'en soit rendu plus difficile ».

(2) Ce point a été excellemment mis en valeur par M. Planiol, *Traité élémentaire*, 4e éd., t. I, n° 2233, p. 706.

Si l'on facilite à ce point de vue l'exercice de l'action, si celle-ci tend à une constatation, il n'y a pas de raison pour ne pas en tirer une autre conséquence du même genre. On se demande beaucoup aujourd'hui si, en cas de contrat collectif, un syndicat peut agir à propos de la violation du contrat commise à l'égard d'une personne syndiquée ou non, si de façon plus générale un syndicat peut agir pour une question qui intéresse ses membres : concurrence déloyale, exercice illégal d'une profession, etc.

Si le syndicat prétend exercer le droit à indemnité qui appartient sûrement, mais souvent dans une mesure incertaine à chacun de ses membres, il ne le peut pas, car il prétend faire donner un ordre en faveur d'un non plaideur. Le syndicat est une chose, et les syndiqués pris individuellement sont un peu une autre chose. Mais si on considère un jugement moins comme un ordre que comme une constatation indiscutable d'un état de fait ou de droit, la question change. Le syndicat chargé de la défense des intérêts professionnels a, au premier chef, la mission de faire juger des questions d'ordre général : sens de certaines clauses, déloyauté à commettre certains actes. Et la répercussion individuelle de cette action sociale sera importante. Le défendeur battu se le tiendra pour dit, s'exécutera fidèlement, pour ne pas s'exposer à des procès successifs qu'il serait sûr de perdre.

La question que le syndicat soumet ainsi au juge est analogue à celle qu'on lui pose quand on sollicite de lui de faire un acte d'instruction à futur, quand on lui demande la constatation officielle d'un point de fait ou de droit. Il y a sans doute cette différence que le syndicat n'en tirera pas lui-même la conséquence, car il ne demandera pas de dommages-intérêts autres que les frais du procès. Mais s'il a qualité pour défendre les intérêts professionnels, il a bien le droit de faire faire judiciairement une constatation qui servira de précédent, de guide pour les intérêts professionnels (1).

La logique même des conceptions conduit plus loin. On peut

(1) Sur ces questions, v. le chapitre précédent, p. 509 et suiv.

se demander si une question d'interprétation de convention ou d'interprétation de droit se présentant, toute personne intéressée à la solution de ce problème, parce qu'elle se trouve dans une situation identique, ne pourrait pas soumettre ce point à la justice. Combien voit-on de cas où le monde commerçant ou industriel est intéressé à ce qu'on juge si telle chose est défendue ou permise : si la loi sur le repos hebdomadaire, sur la durée du travail permet ceci ou cela. Ne voit-on pas certaines personnes faire soutenir des procès pour le principe, l'Etat heureux de s'éclairer sur ses droits par des avis du Conseil d'Etat, le procureur général à la Cour de cassation former des pourvois dans l'intérêt de la loi ?

Et dans tout cela, c'est toujours la même idée qui domine toute matière juridique : la sécurité. Mais la sécurité complète de l'un semble contraire à la tranquillité complète de l'autre, et dans l'espèce, contraire aussi à l'économie d'activité. Si on ouvre si large l'accès du prétoire, ne va-t-on pas permettre par là des procès en nombre infini et employer au travail judiciaire une activité qui serait mieux placée ailleurs, développer dans les sociétés les agents de conservation de façon exagérée, aux détriments des agents de production ?

Les intérêts sérieux en présence ne pouvant tous recevoir satisfaction on ne peut alors essayer que de combinaisons plus ou moins heureuses, de moyens termes. C'est ce que fait la jurisprudence, ce que fait parfois la loi en reconnaissant assez largement l'exercice de l'action syndicale (1). Cela est parfaitement admissible. Car il y a des cas où au fond on cherche à faire valoir un intérêt personnel très sérieux, étant donné la solidarité entre les personnes qui ont des professions ou des intérêts similaires ou connexes. Il n'est nullement question de faire valoir l'intérêt d'autrui. En réalité, c'est le sien propre qu'on invoque.

(1) V. Jean Escarra, *Recevabilité des recours juridictionnels exercés par les syndicats et groupements analogues*, thèse Paris, 1908. — Cf. Note de M. Raynaud, sous Lyon, 10 mars 1908, S. 1910.2.47 et les autorités citées.

Et il est permis de penser que cette marche de la jurisprudence, assez lente, indique la voie à suivre. La conception ancienne de l'action est trop étroite. Mais il ne faut pas, pour éviter des inconvénients, remplacer un régime d'autorité trop étroite par l'anarchie. Il ne faut ici assouplir que peu à peu le droit aux nécessités, en reconnaissant successivement les terrains nouveaux où l'on peut ouvrir une action sans inconvénient.

Ceci nous amène à la question de savoir si des actions provocatoires ne peuvent pas être exercées (1). Un individu profère des menaces de poursuite, se vante d'avoir des prétentions quelconques et de les faire valoir. Il cause ainsi un préjudice. Pourra-t-on agir contre lui, par là même le faire condamner à indemnité et en même temps faire implicitement juger son absence de droit (2) ? Des auteurs et des arrêts l'ont dit. Mais il conviendra de ne l'admettre qu'avec réserve, dans les cas où l'intérêt invoqué sera véritablement grave et non pas seulement quand des paroles auront été prononcées à la légère.

Il faut voir non seulement quelles actions vont pouvoir être intentées, mais encore quelles personnes vont pouvoir les intenter.

Ceci nous conduit à prendre sous un aspect spécial la valeur rationnelle de la règle : nul en France ne plaide par procureur (3). Il a été montré que cette règle cachait une idée vraie, à savoir que l'exploit d'ajournement doit contenir tous les éléments essentiels du débat et permettre aux plaideurs de reconnaître leurs adversaires, de découvrir derrière le mandataire les mandants qui sont

(1) V. en faveur de ces actions au point de vue législatif, Tissier, Réforme du Code de procédure. *Rev. de droit civil*, 1906, p. 644.

(2) V. pour l'affirmative, Aubry et Rau, t. VIII, p. 110 ; Angers, 3 juil. 1868, S. 68.2.318. *Contrà*, Glasson et Tissier, t. I, p. 227 ; Mittermaier, *Proc. civile comparée*, p. 250.

(3) V. sur ce point la très intéressante étude de M. Percerou, De la règle que nul en France ne plaide par procureur. *Revue bourguignonne*, 1898, p. 49.

les véritables parties au procès. Il faut que l'assigné sache qui l'attaque. Mais il suffit rationnellement que cette dernière exigence soit satisfaite, sans que fatalement les noms de tous les mandants figurent dans l'exploit. Cette exigence formaliste, sans grand inconvénient autrefois, est devenue gênante le jour où, l'esprit d'association s'étant développé, on n'a plus eu seulement un ou deux mandants, mais une foule souvent anonyme, comme les obligataires d'une société. On a pour cela demandé s'il ne conviendrait pas de supprimer la règle (1), ce à quoi on a répondu qu'on ferait suffisamment en l'assouplissant et en se contentant de ce que la personnalité du mandant soit désignée en fait.

Si nous supposons un instant cette règle absente de notre droit, le mandant qui prétendra plaider pour d'autres, surtout pour d'autres qu'il ne connaît pas, ou bien est un mandataire, ou bien est un gérant d'affaires. S'il est mandataire, ayant été constitué pour tel dès l'origine, pas d'inconvénient à admettre son action, le jugement aura autorité de chose jugée contre les mandants, et ceux-ci en temps et lieu se feront rendre compte de la marche du procès. Le mandataire aura seulement l'inconvénient de ne pouvoir rendre compte tant que les mandants ne se seront pas révélés. Ici la règle peut disparaître sans obstacle, ou ce qui revient au même, elle peut être atténuée en remplaçant une désignation nominale des mandants par l'indication que l'on plaide ès-qualités comme mandataire des obligataires, etc.

Ou bien le plaideur est un gérant d'affaires, qu'il s'agisse d'un obligataire voulant plaider pour lui ou pour les autres, ou d'un syndicat plaidant pour un ouvrier envers qui un contrat collectif est violé. Alors se pose cette question : le juge est-il tenu de statuer quand un plaideur se porte *negotiorum gestor* ? Non en thèse général, il n'est pas obligé de rendre une décision inutile, sous prétexte qu'une ratification éventuelle la validerait (2).

(1) V. sur sa survivance, Naquet, De la règle : nul en France, etc., *Revue critique*, 1873, p. 623.

(2) V. Berriat-Saint-Prix, De la qualité juridique. A propos de la maxime : nul en France, etc. *Revue critique*, 1876, p. 361.

Il ne commet pas un déni de justice en refusant de juger ces procès pour examiner les autres portés au rôle.

Cependant on a proposé tout au moins d'admettre l'action si le plaideur offre caution pour garantir la ratification, s'il se porte fort pour le titulaire, en s'obligeant à payer faute de ratification. Mais s'il plaide aussi dans son intérêt propre, il suffit qu'il fasse trancher son propre procès. Si lui, obligataire, a obtenu une indemnité d'un conseil d'administration qui l'a trompé par un faux bilan et amené à souscrire, s'il fait annuler son engagement, bien que le jugement n'ait autorité de chose jugée que pour lui seul, on ne verra pas pratiquement un défendeur assez aveugle pour soutenir un nouveau procès contre d'autres obligataires.

Pratiquement, un procès unique tranche donc le débat pour tous, et s'il a été bien plaidé, personne ne le reprendra même s'il est perdu. La suppression de la règle : nul ne plaide par procureur, est donc inutile, elle ne gêne personne si elle n'est pas exagérée au point de devenir une règle purement formaliste. On n'a pas besoin de plaider par procureur.

D'un autre côté, si le procureur n'a aucun intérêt semblable à celui du représenté, sur lequel il puisse y avoir litige, comme un obligataire sachant qu'un autre s'est vu refuser tel droit dans un cas spécial et qui voudrait faire juger la question, il s'agit au fond de savoir si l'intérêt est suffisamment sérieux pour permettre ce procès. On pourrait répondre : si l'intéressé ne le plaide pas, c'est qu'il ne l'est pas. Mais c'est présumer que l'intérêt privé est toujours suffisamment diligent, ce qui n'est pas exact, bien que ce soit la base de toute la théorie de l'école libérale. Il y a des particuliers négligents comme il y en a de zélés. Toutefois ici l'inconvénient à refuser en général l'action, malgré l'intérêt sérieux possible, c'est que si on ne posait pas ce refus en thèse générale, on multiplierait les procès souvent inutiles. Il vaut mieux les raréfier, quand l'intérêt souvent fragile à être sûr de l'interprétation de telle clause est seul en jeu.

Enfin il y a le cas d'une personne morale qui groupe les inté-

rôts de certains individus. Nous avons vu dans quelle mesure elle peut devenir le champion de l'intérêt général.

Ces conceptions sont évidemment de nature à réagir sur celle même du jugement.

L'envisager comme une pure opération de constatation, douée de force exécutoire, c'est là une conception ancienne qui tend à perdre du terrain (1), bien qu'en droit administratif, elle paraisse, pour des raisons spéciales, que je ne puis ici développer, appelée à se maintenir dans une partie spéciale du contentieux, ce qu'on nomme le contentieux d'annulation par opposition au contentieux de pleine juridiction (2).

Aujourd'hui le jugement est descendu de son piédestal où il apparaissait comme disant froidement le droit en face de situations nettes, sorte d'oracle inflexible, il apparaît comme un simple acte donnant la sécurité, notamment par l'ordre qu'il contient. Mais il peut la donner autrement que par un ordre : par de simples constatations. Se modelant ainsi sur les faits, il ne donne même plus la sécurité immédiate, complète. Le jugement n'est irrévocable que si le juge n'a pas dit le contraire. Celui-ci peut rendre une décision à terme ou conditionnelle (3), lorsque le droit qu'il aura reconnu sera précisément à terme ou conditionnel, une décision éventuelle ou reconnaissant un droit de façon provisoire.

De même en cas d'accident, les juges décident parfois très sagement qu'ils accordent telle pension provisoirement, puis que dans

(1) V. un exposé très net de cette vue dans Barthélemy, *Droits subjectifs des administrés*, thèse de Toulouse, 1899, p. 104.

(2) Barthélemy, *op. cit.*, p. 106 et suiv. ; Berthélemy, *Droit administratif*, p. 873 et suiv. ; Hauriou, *Droit administratif*, p. 709 et suiv.

(3) V. la note de M. Meynial, S. 89. 1.369, et Larombière, t. VII, art. 1351, n° 22, p. 30. — Tout autre est la question de savoir si en face d'un droit pur et simple le juge peut prononcer une condamnation conditionnelle. — V. Meynial, *loc. cit.*, et Tissier, Des dommages-intérêts à fixer par état. *Rev. critique*, 1888, p. 545.

un an, deux ans, on verra l'état du blessé, et que l'on fixera le chiffre de la pension. Par un autre procédé, la loi sur les accidents du travail du 9 avril 1898 applique le même principe en disant que les pensions peuvent être révisées dans le délai de trois ans.

Dans cet ordre d'idées, il faut même aller très loin. Les juges ont qualité pour reconnaître un droit imparfait dans ses éléments. Ainsi ils peuvent, si on admet l'action syndicale en indemnité pour un dommage causé aux syndiqués, accorder les dommages-intérêts réclamés, bien que le droit invoqué ait quelque chose d'indéterminé, puisque la somme doit revenir aux syndiqués et être répartie entre eux (1). De même une indemnité étant réclamée pour un délit commis par plusieurs, ils peuvent l'accorder bien qu'il soit impossible de déterminer la part qui incombe à chacun des co-auteurs, et c'est même pour cela qu'ils prononceront la condamnation solidairement (2). De même un droit étant reconnu, mais son montant impossible à déterminer, par exemple un testament ayant été détruit intentionnellement, une pièce décisive d'un compte étant refusée au tribunal, ils prononceront quand même une condamnation, dût-elle être arbitraire. Et ainsi on voit que, par ces constatations de droits à demi prouvés, le tribunal, fera plus que de constater, de son autorité, il ajoutera s'il est nécessaire quelque chose au droit : solidarité, taux de la somme due, pour le rendre viable (3).

Et alors rien d'étonnant à ce que le juge placé ainsi plus près des faits qu'il constate dans leur infinie variété agisse par menaces, par astreinte ou par alternative, un peu à l'exemple du juge romain des actions arbitraires.

C'est une chose toujours observée que plus l'on est près des faits vivants, plus l'on tend à réagir sur eux, non pas d'après l'ap-

(1) V. cette conséquence indiquée déjà par M. Planiol sous Cass., 27 juillet 1907, D. 09.1.129.

(2) Sous les difficultés que soulève ce cas, Lafay, *Responsabilité des co-auteurs de délits ou quasi-délits civils*, thèse de Lyon, 1902, p. 101 et suiv.

(3) V. *supra*, chap. » La notion de sujet de droit », p. 374.

plication purement déductive de certains principes, mais suivant certains buts que l'on poursuit plus ou moins consciemment. Alors la mesure prise au profit du demandeur va se calculer moins d'après le contenu objectif du droit que d'après la puissance de l'obstacle et la nature de la résistance (1). Au lieu d'une mesure invariable et figée dans le moule du droit ontologique, on aura un ensemble de mesures se complétant, se combinant pour permettre d'atteindre le but. Ce sera alors le droit adapté au but, suivant la formule si fortement dégagée par Ihering (2).

Nous arrivons ici à la conception nouvelle de la mission du juge et par suite de l'action qui tend à la lui confier.

Car évidemment le droit d'agir en justice et le rôle du juge ne peuvent être séparés. On agit pour obtenir une certaine décision, c'est l'évidence même, Suivant que le juge pourra rendre telle ou telle sentence, l'action sera donc ouverte ou fermée. Les deux choses se commandent. C'est la seconde en date qui agit sur la première, et on l'oublie volontiers en considérant trop volontiers le droit d'agir isolément, en faisant la théorie des actions, sans s'occuper du rôle du juge.

Le juge non seulement n'est plus limité à ce pouvoir très restreint d'interprétation pure qu'on voulait lui donner autrefois. Non seulement il peut, quand il n'est pas lié par les textes, s'inspirer de ses propres idées si elles sont d'accord avec certaines manières de voir de beaucoup de personnes que l'on hausse d'ordinaire au rang un peu vague et dangereux d'idéal social (3). Mais il a encore à d'autres points de vue que celui de la méthode d'interprétation, de larges pouvoirs.

La conception simpliste du rôle du magistrat, qu'on a tiré du droit

(1) V. *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, not. p. 8, 288, 305. — Cf. Hugueney, *L'idée de peine privée*, p. 70.

(2) Cf. Binding, *Die Normen*, 2e éd., appendice, p. 493.

(3) V. le livre de M. Gény, *Méthode d'interprétation* ; Saleilles, Ecole historique et droit naturel, *Rev. de droit civil*, 1902. — Cf. Saleilles., De la responsabilité précontractuelle, *Rev. de droit civil*, 1907, p. 738.

romain et dont la forte ossature contraint encore aujourd'hui nos esprits, malgré les nombreuses atténuations pour nous en libérer, est la suivante : le juge constate des droits nets, arrivés en quelque sorte à leur pleine maturité. De là il déduit des conséquences, rien de plus. Son rôle est donc plutôt un rôle passif, son activité du moins est très mesurée (1).

Mais cette conception que le préteur romain, ce praticien admirable, n'avait pas, que l'on a admise cependant, car elle est belle et simple, ne résiste pas aux nécessités de la vie.

Si un droit est reconnu, il faut prendre des mesures pour qu'il triomphe, sinon il n'est plus le droit, mais un idéal vague, fait pour des rêveurs. Le jugement ne doit donc plus être simplement déductif, il doit être inspiré par une idée de finalité. Le juge ne constate pas seulement, il fait acte de gestion des biens, en prenant des mesures pour leur sauvegarde, il fait de l'administration judiciaire. Dès lors son jugement n'est plus seulement une constatation, un ordre muni de force exécutoire.

Le juge a qualité pour travailler avec de larges pouvoirs à l'intérêt collectif tout en cherchant à concilier ce pouvoir avec la sécurité (3). Ainsi se trouve expliquée une tendance évidente depuis quelques années, à propos de ce qu'on appelle l'interprétation des contrats d'adhésion. On penche en effet de plus en plus à donner ici un pouvoir large au juge pour reconnaître s'il y a des clauses excessives et les frapper (2).

De même on reconnaît en jurisprudence un pouvoir aux juges

(1) V. encore cette conception dans Goppert, *Iherings Jahrbucher*, t. XXII, p. 1 (Cf. Valette, *Nouvelle méthode d'interprétation de l'article* 2, *Civ.*, p. 25) ; Japiot, *Théorie des nullités*, p. 337.

(2) V. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, thèse de Paris, 1905, p. 133, et surtout p. 135 ; Saleilles, *La déclaration de volonté*, p. 230 ; Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrat d'adhésion*, thèse de Lyon, 1909, p. 152 et suiv. ; Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*. — Cf. Cass., 20 octobre 1901, *Revue de droit civil*, 1905, p. 138.

(3) Et ainsi j'irai moins loin que Ihering (*Zweck im Recht*, p. 257) qui écarte toute idée d'opportunité de la justice. Je dirai qu'il doit y avoir en elle une idée de finalité.

pour contrôler les honoraires des mandataires (1), des médecins, des architectes. Enfin il peut accorder des délais de grâce (art. 1244, C. civ.).

Dans le même esprit, le Code civil allemand multiplie les cas où le juge par disposition expresse ou tacite jouit d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant pour chaque cas de donner une solution appropriée, sans être astreint à appliquer une solution uniforme imposée par la loi (2). Il est autrement large que la loi française qui ne donne ce pouvoir aux juges que dans quelques cas : par exemple dans la loi du 29 juin 1845 sur la servitude d'aqueduc (art. 1 et 3) dans celle du 11 juillet 1847, sur la servitude d'appui (art. 1er).

Nous avons montré par ailleurs (3) que les juges devaient avoir qualité pour désigner un titulaire d'exercice à un droit, lorsque la loi ne l'a pas fait. C'est encore une nouvelle attribution importante, puisqu'elle permet de rendre viable un droit qui ne le serait pas sans cela.

Seulement cette équité qui donne une certaine sécurité a ses dangers. Elle peut engendrer l'imprévoyance, et il faut ne l'accepter qu'avec beaucoup de prudence (4).

Nous admettrions que le juge put condamner à une chose et à des dommages-intérêts pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée (5). Nous admettons que le juge peut, quand il y a des motifs graves, statuer en réservant les droits des parties (6), en

(1) V. la liste complète des cas de ce genre dans Perrin, *Réductibilité des obligations excessives*, thèse de Paris, 1905, p. 173 et suiv.

(2) Cf. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 217.

(3) V. le chap. « La notion du sujet de droit », § VI, p. 374. — C'est à raison de ces diverses solutions qu'il est exagéré de considérer comme Bierling, *Juristische Prinzipien Lehre* que la norme doit se caractériser par un *du sollst das und das thun* (t. I, p. 27). Ce qui caractérise la norme, c'est sa force exécutoire.

(4) V. Meynial, La déclaration de volonté, *Revue de droit civil*, 1902, p. 572.

(5) V. en ce sens, Tissier, *loc. cit.*, p. 545, note 1 ; Meynial, *loc. cit.* — V. Cass., 25 juillet 1882, S. 83.1.345.

(6) V. Cass., 10 janvier 1877, D. 77.1.177.

permettant une nouvelle action si les circonstances ont changé ou si on a trouvé d'autres preuves (1).

Nous admettrions de même que le juge, pour assurer l'exécution d'une obligation, fixe lui-même par avance les dommages-intérêts pour chaque contravention (2).

Toutes ces solutions se rattachent par un lien étroit à la théorie des astreintes, laquelle est trop connue pour que nous voulions l'examiner ici, mais que nous pouvons cependant présenter comme étant la mesure la plus finaliste, si je puis dire, pour permettre aux juges de donner satisfaction aux titulaires de droits.

D'ailleurs toutes ces mesures se rattachent à une idée dominante. Comme l'a dit excellemment M. Esmein (3), « ordonner et menacer pour forcer les parties à exécuter leurs obligations, est une tendance naturelle aux juges magistrats, elle doit être aussi vieille que la justice elle même, lorsque celle ci cessa d'être purement arbitrale pour se faire impérieuse ». On trouve déjà trace de cette conception au moyen âge. Le juge était alors considéré comme n'ayant pas seulement le droit de trancher en fait et en droit les questions litigieuses qui lui étaient soumises par les parties. Il avait de plus le droit de donner des ordres aux justiciables et de les fortifier par des peines (4). Il y a même tout lieu de croire avec M. Esmein que ce pouvoir des juges n'a pas sombré à la Révolution. Non seulement les magistrats nouveaux ont cru que les juges avaient, après le Code comme avant, le droit de commandement (5). Mais le Code de procédure contient un article extrêmement important qui a passé inaperçu à ce point de

(1) V. Cass., 19 juin 1872, S. 72.1.435. — *Contrà* : Garsonnet, 1re éd., t. III, p. 223.

(2) V. en ce sens, Cass., 13 décembre 1886, S. 87.1.170 ; Cass., 15 mars 1802, S. 02.1.309 ; Besançon, 25 juin 1888, S. 90.2.191.

(3) L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte, *Revue de droit civil*, 1903, p. 37.

(4) V. les nombreuses autorités citées à l'appui par M. Esmein, *loc. cit.*

(5) V. le passage d'Henrion de Pansey, cité par M. Esmein, *loc. cit.*, p. 49.

vue. « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dit l'article 1036, dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. » Le juge a donc un pouvoir absolu de commander, sous une limite que pose l'article 1020 du Code de procédure. Il y a cette restriction que les nullités, amendes et déchéances ne sont jamais comminatoires. Le juge ne peut donc atténuer des textes formels pour amener une personne à lui obéir.

Mais hors de là, au point de vue du droit positif, il faut reconnaître au juge les plus larges moyens pour donner satisfaction au droit, pour représenter l'intérêt collectif le plus étendu et en assurer la réalisation. Selon nous, le juge n'est pas une sorte de mesureur de droit, mais plutôt un administrateur temporaire, mais non pas forcément pour un instant, d'intérêts qui, par le jeu des activités privées, n'ont pu recevoir satisfaction.

Dans cette voie, M. Emmanuel Lévy semble même aller très loin (1). Le juge, pour rétablir la paix sociale, doit jouer le rôle d'arbitre, peu importe qu'après chacun ait un peu moins ou un peu plus de droit qu'auparavant.

Evidemment cela peut arriver. Mais il ne faut admettre de pareilles solutions sans chercher à limiter leur portée, car si la sécurité dans le droit n'est pas tout, elle est cependant une chose importante.

En tous cas, on pourrait facilement admettre dans cette voie que le juge puisse ordonner les mesures nécessaire, pour écarter tout péril d'un immeuble lorsqu'il y a danger, comme le fait l'article 908 du Code civil allemand, maintenant un droit analogue à la *cautio damni infecti* du droit romain. Ou bien, comme le dit l'article 1004 de ce Code pour la propriété et l'article 1028 à propos des servitudes, s'il est porté atteinte à la propriété et qu'il y ait lieu de craindre de nouvelles atteintes, le propriétaire pourrait agir contre l'auteur du trouble pour obtenir des défenses (2).

(1) Exercice du droit collectif, *Revue de droit civil*, 1903, p. 100,
(2) Cf. Code de procédure allemand, art. 775.

Le juge a même qualité quand il reconnaît un droit, pour prendre les mesures nécessaires pour sa mise à exécution, sa garantie. Ainsi un patron étant condamné à une indemnité pour un accident dont son domestique a été victime, en dehors des cas d'application de la loi du 9 avril 1898, certains tribunaux ont ordonné en même temps que le défendeur devrait déposer à la Caisse des dépôts et consignations un titre de rente nécessaire pour le paiement d'une indemnité viagère. Il y a là une garantie sous forme de gage, ordonnée par le juge.

Cette mission, donnée par nous au juge, est-elle trop lourde? Quelle soit difficile à remplir, je ne le nie pas, et il est certain qu'on ne saurait trop s'occuper de garantir le savoir et l'indépendance de ceux qui la remplissent. Mais on est amené par la force même des choses à donner aux juges ce mandat. N'a-t-il pas fallu dans toutes les gestions de biens de mineurs leur donner à apprécier souvent si telle affaire est bonne ou mauvaise, si telle valeur mobilière doit être vendue parce qu'elle n'est pas sûre, de sorte que les voilà érigés en conseils financiers? Ne sont-ils pas devenus récemment conseils de famille pour les enfants naturels? Dans le concordat, le tribunal appelé à donner son approbation ne doit-il pas se préoccuper des capacités commerciales du failli? La loi du 5 juin 1907, en cas de mariage d'un enfant d'époux divorcés lui permet, en cas de désaccord des parents, de statuer sur la question la plus délicate et la plus grave qui soit, autoriser le mariage.

Alors pourquoi hésiter, si ces mesures ont paru nécessaires, à dire que les juges sont des autorités chargées de gérer des intérêts privés lorsqu'ils en sont requis.

Cette conception ne réagit pas seulement sur les solutions à donner aux procès. Elle réagit aussi sur la procédure (1). Le rôle

(1) V. sur ces points, Tissier, Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme, *Revue de droit civil*, p. 647 ; Glasson, *Sources de la pro-*

presque passif du juge dans la procédure française a été souvent remarqué. « Il laisse les plaideurs prendre l'initiative, il assiste impassible à leur lutte jusqu'au moment où il prononce sa sentence. Il ne connaît du procès que ce qu'on veut bien lui faire connaître et ne cherche pas à en savoir plus. Il ne se préoccupe guère d'ordinaire de suppléer à l'insuffisance de l'instruction. Il n'examine que ce que les parties lui soumettent. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels, que la loi l'autorise à prendre d'office des mesures d'instruction (C. proc , art. 254, 295, 322 ; C. civ., art. 1366 et 1367). Il ne s'occupe même pas de vérifier l'existence et la capacité des parties et les pouvoirs de leurs mandataires (1). » C'est une conception étroite, se rattachant à l'idée, du dernier siècle de la large indépendance des individus. Le plaideur est indépendant du juge dans toute la mesure où il ne lui soumet pas une question à trancher. On est très loin de l'idée d'une collaboration volontaire ou forcée à un bien collectif que le juge a plus qualité pour discerner que le plaideur, tout en devant dans une certaine mesure laisser à celui-ci une possibilité de contrôle (2).

Cette manière de voir cependant paraît appelée à gagner du terrain. Déjà le canton de Genève, et assez récemment l'Autriche ont élargi les pouvoirs du juge et ils s'en trouvent bien. Récemment une voix autorisée en cette matière faisait remarquer qu'il était souhaitable que les juges usent largement de l'initiative un peu courte que le Code leur laisse dans la direction des procès, ou que la jurisprudence leur a reconnu, comme le droit de mettre en cause les tiers (3). C'est une conception plus finaliste de la justice que celle actuelle, où le juge est enfermé dans un rôle étroit. Elle sert mieux les intérêts collectifs, et par là elle se rapproche

cédure, p. 82 ; Kohler, *Encyclopédie Holtzendorf*, t. II, p. 49 ; Menger, *System des Osterreichisten Civilprocessrechts*, § 21.

(1) Tissier, *op. cit.*

(2) V. sur ce point, Charmont, Examen doctrinal, *Revue critique*, 1900, p. 540.

(3) V. Tissier, *op. cit.*, p. 638.

de la conception de la justice criminelle elle l'intérêt social trop manifestement en jeu a toujours forcé à laisser au juge d'importants pouvoirs pour la solution du procès (1).

Ainsi le cercle de l'évolution se clôt en quelque sorte. L'ordre reprend une grande place dans le jugement civil : non plus cet ordre rigide tranchant qu'aimait l'ancien droit romain imbu d'esprit analytique ou plus encore un certain droit imbu de principse nets et tranchants, mais ordre assoupli, varié et adapté au but.

(1) Ceci nous explique le caractère du règlement de juges lorsque les divers tribunaux sont compétents. Il y a bien là acte d'autorité du juge qui donne un ordre et ne dit pas simplement le droit.

CHAPITRE VIII

LA PREUVE

Prouver, c'est faire qu'une chose, qu'un événement qui avait une existence réelle soit connu comme tel par le juge, c'est déterminer sa conviction (1), pour qu'il en déduise des conséquences juridiques. Autrement dit, c'est donner aux yeux du juge, une existence subjective à une chose existant déjà objectivement.

La preuve, comme toute chose de l'ordre des connaissances humaines, suppose déjà connues et incontestées certaines données. Par nécessité même, étant donné la construction de l'esprit humain, diverses choses sont tenues pour certaines devant les tribunaux. Il en résulte donc que ces points sont hors du domaine de la preuve, parce qu'ils sont déjà constants, ou inversement parce qu'ils sont inadmissibles (2). Hors de ces limites, tout peut être prouvé, à moins de raisons spéciales d'ordre pratique : interdiction de la preuve par la loi, ou circonstance que le fait n'est pas concluant pour le procès et ne servirait qu'à le prolonger sans utilité.

Mais ce ne sont pas là les points capitaux de la théorie de la preuve. L'important est de savoir qui doit prouver.

La théorie de la preuve est dominée par le vieil adage du droit romain : *actori incumbit probatio* (3), qu'a appliqué l'article 1315

(1) Ou dans le système des preuves légales, forcer sa conviction.

(2) V. sur ces points généraux, Planiol, t. II, n° 8 et suiv ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. III, n° 2055 et suiv.

(3) Dig., XXII, 3, *de prob.* 21. *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*

du Code civil,en disant que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

C'est une conséquence de l'indépendance des individus, a dit Belime (1), et ont répété beaucoup d'auteurs après lui.

Pourquoi est-ce ainsi le demandeur qui a la charge de la preuve? Nous sommes ici en face d'un des grands principes de la sécurité statique. Il faut donner satisfaction à celui qui détient une situation de fait, en le dispensant de prouver son droit. Le principe sur lequel repose l'article 1315 peut donc se ramener à cette idée : tout état de fait est supposé conforme à l'état de droit. Si une personne possède un droit réel, elle en est présumée titulaire, si une personne n'obtient pas paiement de ce qu'elle demande, on présume que c'est parce qu'on ne lui doit rien.

C'est bien cette idée que les auteurs mettent en valeur. « Si au point de vue de la morale et de la justice absolue, disent Aubry et Rau (2), il pourrait être permis d'exiger du défendeur la preuve de la légitimité de la position dans laquelle il entend se maintenir, la loi civile n'a pu lui imposer une pareille obligation, dont le résultat serait de conférer au juge une sorte de pouvoir inquisitorial et de mettre en péril les droits les mieux fondés en réalité, dans l'impossibilité où se trouverait le plus souvent le défendeur de justifier sa résistance aux prétentions du demandeur. »

Si l'on examine de près les conséquences innombrables auxquelles conduit ce principe, on est frappé de ce qu'il a au fond d'arbitraire et de ce que tous les auteurs reconnaissent que beaucoup de procès sont perdus par des personnes qui ont raison,

(1) *Philosophie du droit*, t. II, p. 013.

(2) 4e éd., t. VIII, p. 155, note 13. — V. de même Unger *Osterreichische Privatrecht*, t. II, § 120, n° 4 ; Bonnier, n°s 36 et 37, p. 21, édition Larnaude ; Capitant, *Introduction au droit civil*, 2e éd., p. 351 ; Garsonnet, t. II, § 000, 2e éd. ; Larombière, t. V, art. 1315, n° 5, qui y voit « les conséquences de la condition même de l'homme en société », la suite de « *l'indépendance naturelle des individus* ». — V. de même Laurent, t. XIX, n. 01 ; Demolombe, t. XXIX, n. 187 ; Planiol, t. II, n. 00. — Cf. Baudry et Barde, *Obligations*, t. III, n° 2060.

faute de pouvoir prouver leurs prétentions. Aussi on peut dire de cette règle pleine de conséquences regrettables que c'est une clef de voûte qui n'est guère solide. Il est à la rigueur admissible que le possesseur d'un immeuble, d'un droit réel, en soit présumé titulaire, car il est probable que s'il ne l'était pas, le véritable propriétaire n'aurait pas laissé se manifester cet état de fait contraire à ses prétentions (1). Pour légère que soit cette supposition, elle a cependant une base.

Mais combien cette idée est plus fragile lorsqu'il s'agit de droits personnels. Ici presque toujours l'état de fait, c'est l'absence d'un rapport extérieur quelconque. Rien ne démontre ordinairement, en dehors du fait générateur du droit, que je suis créancier, ayant vendu, ayant prêté, ayant été victime d'un quasi-délit, etc. Cependant c'est cet état de fait que l'on suppose conforme à l'état de droit. On présume que je n'ai été ni victime d'un accident, ni victime d'une faute, que je n'ai rien prêté, pour la plaisante raison que l'on ne m'a encore rien payé, etc.

Quand on y réfléchit, nous sommes donc en face d'une règle singulière : on présume que les hommes sont indépendants les uns des autres, qu'ils ne sont ni créanciers, ni débiteurs. Voilà bien la conception individualiste dans toute sa simplicité : les hommes sont présumés indépendants les uns des autres à moins de prouver le contraire (2). Et ici, combien cela va plus loin qu'en matière réelle. Il ne suffit pas que je prouve être en possession d'une créance, il ne suffit pas qu'il soit reconnu que depuis des années on m'en paye les intérêts, je dois prouver le fait générateur de ma créance, si je veux continuer à en jouir.

Cette règle n'est donc qu'un pis aller pitoyable qu'il ne faut admettre que faute de mieux (3). Sans doute le système contraire

(1) Cf. Guyot, *Répertoire*, V° *Preuve*, section 1.

(2) V. Baudry et Barde, *Obligations*, t. III, n. 2060. « L'état normal et habituel, c'est l'indépendance réciproque des hommes, du moins au point de vue de ces devoirs juridiques que l'on appelle obligations ».

(3) V. contre cette règle Bentham, *Preuves judiciaires*, l. 7, chap. 12.

serait pire, il donnerait bien la sécurité dynamique, mais il prêterait à des abus plus nombreux. Si tous les créanciers se trouvaient protégés, les pseudo-débiteurs ne le seraient point, ayant à faire la preuve d'une négative indéfinie, laquelle pratiquement, en ses termes absolus, est impossible à fournir. Il est donc meilleur de donner la préférence au système qui, dans le doute, impose la preuve à celui qui a une charge moins lourde à faire.

Seulement la charge qu'impose cette règle *actoriin cumbit probatio* n'est pas égale dans tous les cas; acceptable dans ceux où il y a possibilité d'obtenir une preuve préconstituée : actes juridiques divers, conventions, actes unilatéraux pour et les personnes qui y sont parties, elle devient très lourde dans les cas où il s'agit de prouver un fait dont la preuve préconstituée ne pouvait être obtenue, qu'on ne pouvait prévoir à l'avance pour s'en assurer des témoins. Aussi la matière des accidents, où la preuve préconstituée ne peut exister, est-elle sur certains points l'objet de discussions très vives quant à la charge de la preuve. On se demande s'il est raisonnable que le demandeur soit dans tous les cas obligé à la preuve, ce qui est présumer que l'auteur d'un accident n'est pas en faute. L'on voit de suite ce qu'une pareille supposition a exagéré : la faute étant un des éléments les plus courants de la vie sociale. Aussi, par divers côtés, la règle se trouve-t-elle renversée (1).

L'article 1385 rend responsable des animaux que l'on garde, l'article 1386, des bâtiments qui tombent en ruine, l'article 1384, suivant une interprétation qui se répand, des objets que l'on a sous sa

éd. de Bruxelles, 1840, t. II, p. 374. « C'est à la partie qui commence, dira-t-on, le procès, qui fait l'allégation, à en prouver la vérité. Tel est l'aphorisme qui se présente de lui-même et qui en apparence est très plausible. Tout plausible qu'il est, l'expérience a prouvé que plus on a voulu le suivre, plus on s'est écarté du but qu'on devait se proposer, plus on a fait naître de délais, de vexations, de frais. Cet aphorisme, en un mot, a créé plus de difficultés qu'il n'a servi à en résoudre. »

(1) Parfois même les solutions que j'indique vont bien au delà et établissent des présomptions que l'on ne peut que difficilement combattre.

garde, meubles comme immeubles (1). La faute dans la surveillance ou le mauvais choix est présumée chez les parents, les maîtres, les préposants (art. 1384). Des lois plus récentes, celle du 9 avril 1898 et toutes celles qui l'ont complétée ou étendue, présument la faute du patron dans les accidents du travail, ou plus exactement dispensent l'ouvrier de prouver la faute, en admettant le risque professionnel. On se demande s'il ne faudrait pas la présumer dans d'autres accidents, comme ceux causés par les automobiles (2).

Tout ceci montre qu'on s'attache à un principe de preuve très faible, surtout lorsqu'il s'agit de prouver non pas un rapport brutal de causalité, mais un rapport de faute.

En tous cas on se demande si, au milieu de ces raisons contradictoires, on ne ferait pas plus sagement, au lieu d'admettre ces principes tranchants du tout ou rien, de prendre quelque cote mal taillée qui rendît le problème insoluble moins aigu : comme un partage de responsabilité en cas de dommage causé sans que la faute fût établie d'un côté ou de l'autre, analogue à celui admis par le droit maritime pour l'abordage douteux (3).

Ne nous inquiétons pas de ce que ce partage de la perte à subir en cas d'obscurité complète était appelé *anile judicium* par Cujas (4). En présence des faits, avouons franchement notre ignorance quand il le faut.

D'ailleurs, il faut bien le constater, un effort important a été

(1) V. Cass., 27 février 1908, S. 1910.1.17, avec note de M. Esmein et les deux brochures très connues, Saleilles, *Accidents du travail et responsabilité civile*, p. 22 et suiv. ; Josserand, *Responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 54 et suiv. — Cf. Esmein, notes dans S. 1807.1.17 et 1808.1.65 ; Planiol, Responsabilité du fait des choses, *Revue critique*, 1900, p. 80.

(2) V. *Bull. de la Société d'Études législatives*, 1907, p. 273 et suiv. Rapport de M. Ambroise Colin et discussions.

(3) V. l'étude de M. Dereux, Du dommage éprouvé au service d'autrui, *Revue de droit civil*, 1908, p. 40 et suiv. — Cf. *suprà*, le chapitre Solidarisme et répartition des pertes, p. 101.

(4) Bonnier, *Des preuves*, t. I, p. 50, 3e éd., par M. Larnaude, p. 33, n° 61.

fait depuis longtemps pour établir un de ces systèmes mixtes. Il résulte de l'admission de l'adage: *reus in excipiendo fit actor*, qu'on s'abstient d'ordinaire d'expliquer (1). Si l'on exigeait exactement que le demandeur fît la preuve complète de son droit, il ne pourrait être question d'admettre cette maxime. Si le demandeur devait prouver complètement son droit, il devrait établir non seulement qu'il y a un acte constitutif de créance, mais que cet acte est valable au fond, que l'*instrumentum* qui le constate est régulier, que la créance n'a été ni modifiée, ni éteinte. A ces conditions seulement, on pourrait dire que l'objet de la demande, qui repose sur l'existence actuelle de la créance, est prouvé. Or qu'exige-t-on en réalité : la preuve d'une probabilité de naissance de l'obligation. Par exemple, on a à prouver un contrat, en ce cas on aura souvent occasion d'appliquer le principe, dont nous ne pouvons ici fixer les limites, que provision est due au titre. L'apparence de preuve est ainsi présumée preuve. Le dol, la violence sont supposés n'avoir pas existé. La dette est présumée n'avoir pas été éteinte. On se contente donc de prouver une apparence de naissance du droit. Entre la preuve complète du droit et ce que l'on exige du demandeur, il y a la même différence qu'entre exiger la preuve de l'existence actuelle d'un individu ayant telle filiation et se contenter de la preuve d'un accouchement, sans se soucier de savoir si l'enfant était mort-né ou s'il est décédé par la suite, en supposant comme chose probable qu'il a vécu et qu'il vit encore, sous prétexte que la majorité des enfants naissent vivants et ne meurent que longtemps après (2). C'est au

(1) V. Bekker, *Philosophie du droit*, t. II, p. 616.

(2) Nous remarquerons que, chose curieuse, c'est précisément cette première preuve, la preuve complète, que l'on exige pour la filiation lorsqu'il y a réclamation d'état, ou action en reconnaissance forcée. Le demandeur ne doit pas seulement prouver la naissance, il doit établir son identité avec l'enfant dont la femme est accouchée (art. 341. V. not. Planiol, t. I, nos 2118 et 2157 et suiv.). Au contraire, dans une obligation, il suffit de prouver l'acte générateur, et c'est au défendeur à prouver s'il vient dire : vous vous trompez, cette obligation a été payée, et c'est une autre qui seule existe encore.

défendeur à prouver que ces présomptions sont inexactes. Dans la charge qu'on lui impose, il y a évidemment quelque chose de raisonnable, car souvent il aura à prouver une chose peu probable : le dol, la violence sont l'exception, il est rare qu'on emploie comme moyen de preuve, un acte faux.

Mais le défendeur a à prouver des faits beaucoup plus normaux, il doit prouver le paiement, ou plus généralement l'extinction de l'obligation ou du droit invoqué. On présume donc, par cela seul qu'un droit a existé, qu'il existe toujours. Comment expliquer cette solution, sinon par cette idée que la charge d'une preuve négative indéfinie est trop lourde ? Ce qui n'est pas toujours exact, car il n'y a pas une négative indéfinie si on prouve qu'une vente ne contient pas de lésion ou qu'un contrat n'est pas prescrit, et cependant ce serait au défendeur à prouver la lésion, la prescription. Aussi MM. Aubry et Rau sont embarrassés, pour justifier la solution. Ils invoquent cette considération que « si le défendeur, au lieu de contester le fondement même de la demande, y oppose une exception proprement dite, il reconnaît au moins d'une manière hypothétique l'existence du droit qui forme l'objet de la demande, et dès lors sa résistance à la réalisation ou à l'exercice d'un droit ainsi reconnu, constitue de sa part une prétention dont il est tenu de prouver la légitimité ».

Ce développement de l'adage *reus in excipiendo fit actor* n'est pas plus exact que l'adage lui-même. Le défendeur ne présente pas une demande reconventionnelle, ce qui serait véritablement être demandeur, il prétend seulement que la demande est incomplètement prouvée. Il dit : « Vous n'avez pas prouvé complètement, il faut continuer à prouver ; vous avez établi que le droit est né, démontrez qu'il dure encore, sauf s'il s'agit d'une négative indéfinie à fournir. Vous avez prouvé qu'un individu est né, vous n'établissez pas qu'il existe actuellement. L'argumentation d'Aubry et Rau tombe donc.

Alors d'où vient donc la règle *reus in excipiendo fit actor* ? Historiquement, nous savons assez qu'elle vient du droit romain.

C'est encore le système formulaire qui, par sa précision analytique admirable, nous étreint. Mais n'a-t-il pas été formé sous la considération de certaines apparences, de certaines formes de discussions qui ne serrent pas complètement la réalité de certaines aspirations sociales ? L'adage n'a-t-il pas été admis inconsciemment pour atténuer la portée de cette idée, erronée, comme nous le verrons, que la preuve est une chose individuelle, non une chose à laquelle doivent concourir les deux adversaires ?

Il aurait semblé tout au moins qu'avec ces deux adages si solidement implantés, on aurait dû arriver à des solutions simples et incontestées dans tous les cas pratiques. Pas du tout. A chaque instant il y a des controverses pour savoir qui doit prouver, si telle preuve est suffisante, ce qui aboutit à se demander, si ce n'est pas à l'adversaire à aller contre cette preuve ou si c'est à telle personne à fournir une preuve plus étendue (1).

Pourquoi ces discussions, sinon au fond parce que, contre les règles admises en matière de preuve : *actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*, luttent des tendances inconscientes à faire prévaloir des données mieux adaptées aux faits, à ne considérer ces adages que pour ce qu'ils sont : l'un, un pis aller favorable à la sécurité statique, important, respectable sans doute, mais non pas une règle rationnelle s'imposant partout et toujours ; l'autre une tentative de transaction et d'atténuation reposant au fond sur des apparences, d'où une grande imprécision.

Les règles qui nous paraissent législativement devoir dominer la preuve, et qu'il serait utile d'admettre pratiquement ou de consacrer par des textes, nous semblent être les suivantes.

(1) V. dans l'action négatoire, dans l'action de l'ouvrier qui réclame une indemnité pour congédiement injustifié, dans les procès entre propriétaire et locataire en cas d'incendie, pour la valeur de la preuve que l'on s'est conduit en bon père de famille, pour le billet non causé, etc. (V. sur ces points Garsonnet, t. II, n° 700, 2e édit.).

Celui qui prouve n'a pas à établir toutes les conditions nécessaires pour l'existence de son droit. Il a seulement à prouver des conditions telles que son droit soit vraisemblable (1). Il n'a pas à prouver qu'il est créancier sans dol, ni violence, car ces faits sont exceptionnels. Le locataire, l'occupant d'un immeuble n'a pas pour se libérer à prouver directement la cause de l'incendie. Il n'a qu'à prouver avoir pris toutes les précautions normalement usitées pour éviter le feu : extinction des feux, éloignement des matières inflammables, etc. Car il est exceptionnel que le feu prenne par faute du locataire dans ces conditions. Un congé étant donné par télégramme, le bailleur doit tenir pour prouvé qu'il émane du locataire, car il serait exceptionnel qu'il eût reçu un faux télégramme (2). Sans doute la chose est possible. Mais il ne faut pas pousser la logique jusqu'à excès. On arriverait par là à dire qu'une personne n'a pas à tenir compte d'une lettre d'un commerçant même sur papier à en-tête de sa maison, car un employé, un étranger a pu se procurer ce papier et imiter l'écriture. Ce serait bien le cas de dire, comme à propos de tous les abus de logique : *summum jus summa injuria*. L'assurance ne peut obliger les héritiers de l'assuré à prouver que celui-ci ne s'est pas suicidé, ce qui est l'exception (3). Inversement, si on admet que le suicide conscient est la règle, point que je ne veux pas discuter, ce sera à l'assuré à prouver le fait exceptionnel, c'est-à-dire l'état d'inconscience du suicidé, etc. (4).

Dans ces divers cas, c'est alors à celui qui va contre ces vraisemblances à faire la preuve. Il invoque une chose peu probable, mais qui peut être vraie. C'est à lui à l'établir. Sans doute nous

(1) Je ne dis pas qu'il a seulement à prouver que son droit est vraisemblable. Il a à établir des faits précis tels que son droit est vraisemblable, ce qui est différent.

(2) V. *Revue de droit civil*, 1900, p. 171 ; et 1908, p. 388 et 693.

(3) V. Lefort, note dans les *Pandectes*, 1900.1.183 ; Commarmond, *Suicide et assurance*, thèse de Paris, 1908 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, n° 2004.

(4) V. les autorités citées à la note précédente.

ne faisons ici que suivre la tendance qu'indiquait Bentham (1) : « Cette disposition de notre esprit à rejeter les faits extraordinaires, les faits qui ne sont pas conformes aux faits habituels. » Et cette disposition de notre esprit n'est pas une preuve concluante. Mais cette tendance à l'imitation qui fait tout rentrer dans l'habituel est somme toute sage, comme présomption susceptible de preuve contraire.

De là on peut tirer des conséquences intéressantes qui touchent à la théorie du cas fortuit et de la force majeure (2). Une obligation a été formée : contrat de bail, de transport, le débiteur de la chose se prétend libéré. Il l'est s'il y a force majeure. C'est le principe de fond du droit qui est incontestable et que proclame l'article 1148, en y ajoutant même le cas fortuit. Mais laissons le fond du droit de côté et examinons uniquement la question de preuve. On prouve suffisamment un fait, quand on établit des actes qui le rendent vraisemblable, c'est-à-dire de façon plus précise des causes de la situation juridique invoquée, causes qui peuvent manquer leur effet, dont l'effet peut être éteint, mais qui ont leur valeur pratique. Que devra donc prouver celui qui se prétend libéré. Si la cause de libération a un caractère subjectif, si l'on y voit avec la théorie classique l'absence de faute, il suffira de prouver la conduite prudente habituelle du débiteur dans le temps voisin de l'acte prétendu de libération. Il suffira que le locataire prouve qu'il prenait les précautions voulues, que la maison de campagne qui a brûlé en son absence avait été fermée avec soin, qu'on n'y avait rien laissé qui pût prendre feu, etc. Voit-on au contraire avec Exner ou d'autres une libération de caractère objectif provenant d'un événement important et notoire, d'une force supérieure à ceux qu'on rencontre dans le cours ordinaire de la vie.

(1) *Des preuves judiciaires*, l. 8, chap. 8.

(2) V. Exner, *La notion de force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, trad. Seligman ; Bourgoin, *Essai de distinction du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Lyon, 1902 ; Planiol, t. II, nos 243 et suiv.

Il n'y aura pas à prouver le fait même, mais des causes qui le rendent vraisemblable : un orage qui a éclaté dans le voisinage de la maison incendiée, et cela quelques heures avant que le feu ait été remarqué par des passants.

Cette théorie de la preuve est ici spécialement importante, car elle est de nature à réagir sur le fond du droit. Et que l'on ne s'étonne pas de nous voir ainsi, à la manière des vieux jurisconsultes romains, traiter de la question pratique de preuve avant celle du fond du droit. Ce n'est que par le côté subjectif que notre esprit se rapproche de l'objectivité.

Quand une personne est créancière, on peut vouloir lui donner pleine sécurité et ne lui refuser tout droit qu'en cas de force majeure, parce que c'est ici vraiment aller trop loin et qu'il ne faut pousser aucune théorie à l'extrême. On peut au contraire vouloir seulement que le débiteur se conduise avec toutes les précautions normales. En cette hypothèse on le libérera dès qu'on n'aura rien à lui reprocher, dès qu'il établira sa conduite prudente, ce qui rendra vraisemblable qu'il y a au moins cas fortuit, sinon force majeure. C'est alors une théorie de sécurité dynamique. Celui-là devient volontiers débiteur qui sait ne pas assumer des charges surhumaines. Et la preuve de la conduite prudente va être ici suffisante, car il est normal de se contenter de ces vraisemblances. Elles détruisent assez la présomption de faute qui pèse sur la personne qui ne s'exécute pas.

Lorsque le terrain est ainsi dégagé, surtout dans cette seconde théorie où l'on n'a plus la soif ardente de la sécurité, alors se présente dans sa netteté le grand problème qui est le suivant. Par qui seront supportés les mauvaises chances ? Faudra-t-il les faire assumer à un seul ou partager les pertes en vertu d'une idée de solidarité que j'ai déjà exposée (1) ?

Il est bien certain que si l'on vise surtout à l'économie des moyens par la solution rapide, mécanique des procès, il faut s'y prendre de façon spéciale, quitte à rendre les gens moins attentifs.

(1) V. *supra*, chap. Solidarisme et répartition des pertes, p. 161.

Il faut, ou bien dire, avec Exner : il y a responsabilité sauf force majeure, ou bien avec la loi de 1898, dire : les accidents sont le résultat d'un risque qui doit se partager, et ainsi par une bifurcation, on revient soit à la sécurité statique, soit à une idée solidariste.

Voilà au fond les idées générales que nous retrouvons ici derrière la question de preuve et qui sont les éternels éléments de lutte.

Le second principe sur la charge de la preuve est celui que Bentham indiquait déjà (1), c'est que l'obligation de celle-ci doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations, de frais. De là cette idée que le plaideur ne peut pas ordinairement avoir à sa charge la preuve d'une négative indéfinie. Quand il s'agit de faire la preuve d'une négative, si celle-ci est définie, on peut ne pas se préoccuper particulièrement de ce cas, car, en fait, cette négative définie se ramène à la preuve de l'affirmative inverse. Prouver que l'on n'a pas eu de pourparlers avec une personne tel jour, c'est prouver qu'on a passé toute la journée dans une autre localité, ou dans un local différent. Aucune raison n'apparaît donc d'établir ici une dérogation spéciale.

Il en va autrement lorsque la négative est sans limite, qu'il s'agit de prouver n'avoir jamais payé, n'avoir jamais possédé tel bien. Il vaudra mieux ici faire peser la charge de la preuve sur l'adversaire, qui aura alors à prouver une affirmative. Si cette règle est discutée et généralement rejetée par la doctrine, elle n'en est pas moins bonne, sinon au point de vue du droit positif que je laisse de côté, du moins au point de vue législatif (2). Cette

(1) *Op. cit.*, livre 7, chap. XVI. Cet auteur ajoute même : la connaissance de celle des parties qui est à l'égard de la preuve dans la situation la plus favorable sera facilement obtenue à la séance initiale des deux parties devant le juge.

(2) V. contre cette règle : Aubry et Rau, t. VIII, p. 165, n. 16 ; Lorom-

solution paraît tellement s'imposer rationnellement, que les auteurs, après l'avoir rejetée, ajoutent qu'il résulte de la nature même des choses, que le juge, lorsqu'il s'agit d'un fait négatif, ne peut se montrer aussi exigeant pour la preuve, que s'il s'agissait d'un fait positif (1). Ce qui est peu logique, mais du moins très raisonnable.

En tous cas, comment n'être pas choqué de cette superbe indifférence avec laquelle les auteurs, tout en reconnaissant la preuve d'une négative indéfinie comme impossible, persistent à l'imposer (2). Que m'importe à moi, défendeur, dit Demolombe, que la preuve de votre prétention soit difficile ou même impossible. Est-ce que je dois être pour cela de pire condition (3) ? Voilà bien la théorie des *beati possidentes* dans toute son horreur. La sécurité statique, l'indépendance des individus avant tout. Que devient cette nature des choses que l'on prétend parfois si bien traduire, quand une impossibilité n'est plus suffisante pour arrêter la magnifique déduction des principes ?

Une autre conséquence, c'est que si en fait un des plaideurs détient seul l'objet sur lequel porte la preuve, c'est à lui à prouver. Ainsi il est établi qu'un individu a été blessé dans une catastrophe de chemin de fer. Ce sera, selon nous, à la Compagnie à prouver que son matériel était en bon état, que sa voie était solidement établie, ses aiguilleurs à leur poste, etc. Elle est mieux à même de le faire que ses adversaires de faire la preuve contraire. Cela est si vrai que la Cour de cassation a vainement

blère, t. V, article 1315, n° 16 ; Bonnier, n°s 30 et suiv., p. 24 et suiv. ; Demolombe, t. XXIX, n° 103 ; Laurent, t. XIX, n° 95.

(1) V. Aubry et Rau, t. VIII, 4e éd., p. 156.

(2) V. Demolombe, t. XXIX, n° 102 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. III, n° 2065 ; Laurent, t. XIX, n° 95. Chose significative, M. Planiol, t. II, n° 7, se contente de déclarer la preuve impossible, il n'en tire pas de conséquence.

(3) D'ailleurs il est à remarquer que le *Répertoire de Guyot*, V° *Preuve*, section I, fonde précisément le fait que la charge de la preuve pèse sur celui qui affirme sur ce que, charger de la preuve celui qui nie, serait le charger d'une chose difficile, sinon impossible.

adopté le principe contraire, puisqu'on a vu aussitôt les arrêts d'appel amender cette jurisprudence, en disant que si la preuve de la faute incombait au voyageur blessé, le fait de la catastrophe faisait présumer cette faute (1). De même si mon voisin a une usine dont les machines ou l'odeur me rendent la vie intolérable, c'est à lui à prouver qu'il a pris toutes les précautions plutôt qu'à moi qui ne suis peut-être jamais entré chez lui ; et la preuve en est qu'il sera obligé de subir, si le juge l'ordonne, la visite d'experts, une descente sur les lieux, mesures qui seront exécutoires par la force publique (2), car autrement, il lui suffirait de fermer ses portes et de dire : vous ne prouvez pas ma faute, vous devez être débouté.

De même, et c'est ce que la pratique admet, quand toutes les pièces concernant le montant d'une créance sont aux mains du débiteur, le créancier n'a pas à assigner en paiement d'une créance non liquide, il peut, ce qui le dispense de toute preuve, assigner en reddition de compte. Ou encore le commettant peut assigner son commissionnaire qu'il soupçonne de fraude pour le forcer à faire connaître le tiers acheteur. L'employé intéressé peut assigner son patron à montrer un compte de ses bénéfices. Le commanditairepeut en faire autant vis-à-vis du commandité (3).

En ce cas, le mineur assignant son ancien tuteur, ou le mandant, son mandataire, il oblige celui-ci à établir ce qu'il doit, pourquoi il le doit. Par ce détour inconsciemment admis, il se décharge de

(1) V. sur cette jurisprudence en général : Vansternberghe, *Les accidents des voyageurs et les droits des victimes*, thèse Paris, 1905, p. 476 et suiv. ; Cass., 10 novembre 1884, S.85.1.120 ; — Cass., 14 décembre 1903, *La Loi*, 6 mai 1904 ; — et sur l'atténuation : Rouen, 3 décembre 1898, S.1900.2.87, avec la note de M. Esmein (§ 2) et les renvois.

(2) Ces opérations peuvent-être faites au besoin avec l'aide de la force publique, bien que ce moyen ne soit pas prévu par les auteurs. Mais il découle de la force exécutoire du jugement prescrivant cette mesure.

(3) V. notre étude : Du contrôle du commanditaire dans la commandite par intérêts, *Ann. de dr. comm.*, 1901.

la preuve. Le Code civil allemand a consacré des idées analogues dans les articles 809 et 810 (1),en maintenant expressément et en réglementant l'action *ad exhibendum* du droit romain, laquelle n'est pas au fond une action spéciale, mais une action préliminaire pour forcer une personne à vous apporter une preuve qu'on n'a pas et qu'elle possède, à collaborer à la preuve de son adversaire ou d'un étranger (2). De même, dans l'article 259, il oblige toute personne qui a géré, et par suite a fait des recettes et des déboursés, à rendre compte en communiquant un état méthodique des recettes et des dépenses et en présentant des pièces à l'appui, dans la mesure où il est d'usage que des pièces soient fournies.

Voilà les deux principes qui nous paraissent fondamentaux. Mais ils ne peuvent fonctionner partout et toujours. Parfois aucun ne peut recevoir application. Il y a des cas où il n'y a de vraisemblance dans aucun sens. Quand j'ai promis une rente viagère, est-il vraisemblable que mon crédi-rentier soit vivant ou qu'il soit décédé? On serait bien embarrassé de répondre. Evidemment, s'il est né depuis très longtemps,cent ans par exemple, il est sans doute mort. Son décès croît en vraisemblance chaque année. Dans ce cas, faute de probabilité digne de fonder un jugement, on peut admettre que le demandeur devra prouver, il est assez naturel d'établir une présomption en faveur du *statu quo*. Mais ce sera seulement faute de mieux.

Ensuite nous croyons qu'il ne faut pas exagérer cette importance de la charge de la preuve, et cela pour une raison tenant à

(1) Art. 809. — Quiconque a contre le possesseur d'une chose une action relative à cette chose ou qui veut obtenir la certitude sur le point de savoir si une pareille prétention lui appartient, lorsque pour cette cause l'inspection de la chose présente pour lui quelque intérêt, peut exiger que le possesseur soumette la chose à son inspection ou lui en permette l'inspection.

Art. 810. — Quiconque a un intérêt juridique à prendre connaissance d'un titre qui se trouve en la possession d'autrui peut exiger du possesseur qu'il lui en permette l'examen si le titre a été dressé dans son intérêt ou autres cas équivalents.

(2) V. Trad. du Code allem., t. I, p. 360 ; Plank, t. II, p. 018 et suiv.

l'interdépendance des individus : c'est que fatalement les plaideurs collaborent et doivent être appelés à collaborer dans la preuve. C'est sans doute une collaboration hostile, comme l'est souvent celle d'un patron et d'un syndicat ouvrier, mais comme bien des collaborations de ce genre, elle est souvent nécessaire et même féconde (1).

Dans tout groupement humain quel qu'il soit, il y a à la fois deux forces contraires : une force de cohésion pour s'opposer aux tentatives du dehors ou pour tenter des actes sur le dehors, et une force de dislocation provenant de la jalousie, de l'hostilité, des rivalités entre les hommes. Cette seconde force n'empêche pas qu'il n'y ait une solidarité entre les rivaux. Et cela est vrai non seulement des groupes importants, communes, familles, corps constitués, etc., mais de ces groupes temporaires que nous offre le droit civil : individus réunis un moment par un contrat, un quasi-contrat, ou même par des actes délictueux : concurrence déloyale, accident causé, etc. Ils ont un intérêt à fixer tous deux la vérité, à définir leur situation juridique, tout ennemis qu'ils sont. Cette remarque n'est pas sans influence même dans cette hypothèse d'hostilité majeure que l'on nomme un procès.

C'est ce que nous allons voir en répondant à la question suivante.

Comment doit-on prouver ?

La justice pénale a ici un principe capital. Pour la découverte d'un délit, tout le monde, plaideur ou tiers, est obligé de concourir à la preuve, en se présentant au magistrat instructeur qui le convoque, pour répondre à ses questions, en supportant chez soi les visites de lieux, les perquisitions, les saisies, malgré les inconvénients moraux et même matériels qui en résultent. N'est-il pas gênant pour une personne étrangère à l'infraction de se voir saisir sa correspondance sous prétexte qu'elle peut éclairer le

(1) C'est cette chose merveilleuse qu'admirait Vauvenargue, que les hommes se détestant ne peuvent faire autrement que de s'entr'aider.

juge, de se voir enlever des objets mobiliers qui pourront servir de pièces à conviction, de voir examiner sa comptabilité, s'il est banquier ou commerçant, pour savoir la situation de fortune d'un prévenu ? On passe par dessus ces inconvénients et l'on dit : c'est là une collaboration active ou passive imposée dans un intérêt commun, dès que le juge l'ordonne et il faut pour cela la conserver.

Qu'en doit-il être dans la procédure civile ? Si on se place au point de vue de la sécurité statique, celui qui prétend avoir un droit, doit le prouver, et pour cela s'y prendre comme il veut, mais personne ne lui doit rien pour l'aider. Ce principe évidemment ne peut être complètement suivi, puisque le défendeur, sans avoir droit pour cela seul à une indemnité, est obligé de se présenter en justice (1), de répondre à des interrogatoires sur faits et articles, de prêter ou de refuser le serment déféré, il doit aussi se prêter, s'il y a lieu, à des visites d'experts, à des descentes sur les lieux, les témoins appelés à une enquête doivent s'y rendre, sous peine de s'exposer à une amende (2). Malgré ces graves exceptions, on peut tenir au principe individualiste : « chacun pour soi, dans la preuve », et le proclamer partout où il n'y a pas de texte pour le contredire.

Si au contraire on considère la découverte de la vérité en matière civile comme grave, si on tient compte de la solidarité, sinon comme d'un idéal un peu vague, du moins comme d'un fait vrai dont il faut tirer certaines conséquences, si on se préoccupe de la sécurité dynamique, en favorisant dans une mesure d'ailleurs raisonnable

(1) Il est inutile de rappeler ici la jurisprudence si connue, suivant laquelle il ne peut y avoir droit à indemnité pour une personne injustement attaquée que s'il y a eu de la part de son adversaire abus du droit d'ester en justice, en intentant le procès dans un seul but de malveillance ou de la façon la plus imprudente. — V. cependant Cass., 20 décembre 1899, S. 1901.1.353 ; Cass., 22 décembre 1902, S. 03.1.533, *Revue de droit civil*, 1904, p. 558. — Cf. Esmein, note dans S. 1898.1.17 ; Desserteaux, Abus de droits ou conflits de droits. *Revue de droit civil*, 1906, p. 135 et suiv.

(2) Il est vrai qu'ils sont indemnisés au moyen de la taxe.

le demandeur, on arrivera à considérer comme la règle, ce qui tout à l'heure était l'exception : on reconnaîtra que les principes *onus probandi incumbit actori*, etc., sont choses vaines, qu'ils ne signifient qu'une chose : s'il n'est rien prouvé sur tel point, ni de part, ni d'autre, le procès sera perdu pour tel plaideur.

Ils donnent une solution au juge en cas d'absence de preuve, mais ils ne déterminent pas comment la preuve devra se faire. Ce sont là deux choses différentes. Le juge étant obligé à telle solution si les faits allégués ne sont pas prouvés, celui qui a intérêt à éviter cette solution va naturellement faire ses efforts pour apporter une preuve à l'appui du fait allégué qui est intéressant pour lui. Mais quand il s'agira de faire cette preuve, c'est un point distinct du précédent de savoir si la collaboration de son adversaire étant utile, le tribunal ne pourra pas l'ordonner.

Le juge, comme nous l'avons établi par ailleurs (1), n'est pas seulement chargé de constater, de dire : cela est prouvé, ou cela ne l'est pas. Il est chargé d'ordonner les mesures d'instruction qui lui paraissent devoir donner des résultats. La loi s'en remet à son diagnostic pour les investigations qu'il y a lieu d'ordonner, sauf à limiter ses pouvoirs par certaines réglementations. Ainsi il collabore donc à la preuve, en prescrivant les moyens de prouver que l'on emploiera. La preuve n'est pas seulement œuvre commune au juge et au plaideur qui a intérêt à prouver, elle est œuvre commune aux plaideurs eux-mêmes.

On le reconnaît forcément dans une certaine mesure, quand on admet qu'une négative indéfinie devant être prouvée, le défendeur à cette négative devra préciser sur quel point il contredit son adversaire, pour limiter le point à discuter (2). Si on admet véritablement ce principe, on conclura qu'un plaideur ou même un tiers peut être tenu d'une action en exhibition d'une chose

(1) V. le chapitre précédent, *L'action en justice et le rôle du juge*.

(2) V. Bonnier, n° 48, p. 33. V. cep., Larombière, t. V, art. 1315, n° 20.

ou d'un titre (1), qu'un commerçant défendeur, ou même étranger au procès, peut être tenu à laisser examiner certains passages de ses livres de commerce, etc.

Si on place d'autres intérêts au-dessus de la sécurité statique, comme cela semble l'idée actuelle, c'est évidemment de ce côté qu'il faut s'orienter. Il faut admettre qu'il y a solidarité même dans la lutte judiciaire.

Notons en terminant que la collaboration de la preuve n'existe pas seulement entre les plaideurs, mais aussi entre les plaideurs et le juge. C'est pour cela que celui-ci ne peut déclarer un fait constant par cela seul qu'il en aurait personnellement acquis la connaissance positive en dehors du procès, ou qu'il tiendrait pour être de notoriété publique. Ici les plaideurs n'auraient pas collaboré à la preuve (2).

Le contenu de la preuve doit encore être examiné à un autre point de vue. Il faut que celui qui doit prouver établisse sa prétention en droit et en fait.

S'il ne peut la prouver en droit, le juge doit quand même juger, dit l'article 4 du Code civil, principe autoritaire qui rappelle le geste du préteur romain mettant fin au combat fictif des plaideurs. L'Etat doit mettre la paix dès qu'on le lui demande, ainsi l'impose le devoir de la paix sociale.

Mais le juge doit-il condamner le demandeur, s'il ne prouve pas qu'il a le droit pour lui ? Ne doit-il pas alors juger en équité, c'est-à-dire d'après cet ensemble incertain de principes que nous avons énumérés, au lieu de juger seulement suivant les idées de sécurité statique en consacrant l'état de fait. Ici nouveau conflit de principes que l'on ne peut qu'atténuer. De là, la pratique,

(1) C'est ce que fait le Code allemand, art. 809 à 811, *De l'exhibition des choses*. Cf. p. 550.

(2) V. en ce sens Aubry et Rau, t. VIII, p. 183 ; Larombière, art. 131 n° 9. — V. Charmont, *Revue critique*, 1909, p. 517.

bienfaisante souvent, qui consiste à étirer les textes pour leur faire résoudre ce qu'ils ne visent pas.

L'idée de sécurité statique, la présomption que le fait est conforme au droit, à moins de preuve contraire, l'idée que tout ce qui n'est pas défendu est permis, auraient dû conduire logiquement à décider que le demandeur ne pouvant prouver l'existence d'un texte ou d'un principe à son profit, perdra son procès.

Mais heureusement les travaux préparatoires du Code ont parlé de l'équité et les auteurs, même les plus fidèles aux textes ont admis que le juge devait se placer à ce point de vue. Sous ce nom vague, c'est donc la possibilité d'adapter le droit aux circonstances nouvelles, aux idées du temps qui a été admise (2).

On peut même se demander si le juge, autorisé à rendre des jugements conditionnels ou éventuels, ne pourrait pas aussi déclarer un *non liquere* (1) et s'il y aurait véritablement déni de justice. La solution n'est pas douteuse, étant donnée l'idée en laquelle repose l'article 4 du Code civil : tout procès doit être tranché par le juge. Il faut donner la sécurité, ce qui est la grande raison d'être des tribunaux, plus vaste même que l'idéal de justice dont ils doivent s'inspirer. Mais comment trancher le débat. La solution inspirée par la sécurité statique est de la trancher contre le demandeur.

Législativement, cette solution, malgré ses incontestables avantages est menacée. Car je l'ai signalé, de plus en plus, on tend en matière d'accidents, à appliquer un principe de répartition des pertes, de solidarité pour prendre le terme à la mode. Ce principe conduit forcément, en cas de procès trop obscur, à voir si une certaine répartition des pertes ne doit pas se faire entre les plaideurs qui, à raison de rapports de fait ou de droit, forment un petit groupe dans l'intérieur duquel la répartition des pertes

(1) V. Laurent, t. I, n° 286, p. 328 ; Demante et Colmet de Santerre, t. I, p. 57 ; Beudant, *Introduction*, n° 112, p. 115 ; Gény, *Méthode d'interprétation*.

(2) V. Bonnier, *Traité des preuves*, n° 51, p. 33.

peut fonctionner. C'est donc autre chose, que le *non liquere*, qui tend à triompher, mais cependant quelque chose qui n'est pas sans lien avec lui.

En fait que doit-on prouver ? Faut-il établir non seulement qu'un rapport de droit existe, mais encore individualiser le rapport obligatoire de façon complète. La question se présente soit lorsqu'un groupe de personnes syndiquées ou une personne isolée prétend obtenir une indemnité pour un acte de concurrence déloyale, d'exercice illégal de profession qui a été fait sans pouvoir établir le préjudice causé à chacun. Ainsi un pharmacien, un médecin s'est établi sans diplôme. Peut-il être condamné à des dommages-intérêts, si certains de ses pseudo-confrères le réclament, bien qu'on soit dans l'impossibilité de savoir si les clients qu'il a eus auraient été chez tel ou tel, chez un syndiqué, ou un non syndiqué, ou même chez une personne d'une autre localité. Inversement on ne sait pas la part de chacun dans un quasi-délit, le juge doit-il condamner, se résoudre par conséquent à une répartition de responsabilité arbitraire. De même une personne détient indûment une chose, mais on ne peut prouver de qui elle l'a reçue, comme un garçon de recettes qui a un excédent sans savoir d'où il vient (1).

Le droit étant prouvé, mais son individualisation ne pouvant être faite sur des données sérieuses, doit-il être considéré comme cependant suffisamment prouvé ?

Pour qui admet ce principe de sécurité statique : l'état de fait est supposé conforme du droit, à moins de preuve contraire, la preuve ici n'étant pas complète, en logique la demande devrait être rejetée. Mais si le droit a d'autres bases : le désir de frapper de deux personnes la plus fautive quand il y a un préjudice à subir, le désir de défendre certains principes supérieurs, le juge devra dire alors : Tel point est insoluble expérimentalement, néan-

(1) V. quoique la question se soit présentée autrement, la note de M. Tissier, S. 01.1.0.

moins je le tranche. Et alors il pourra prononcer sur des questions absolument insolubles en théorie comme la liquidation d'une société ayant eu un but illicite, la contrebande par exemple (1).

La difficulté se présente dans deux cas : soit au point de vue actif, soit au point de vue passif. Au point de vue actif : Comment un ou quelques médecins lésés par un médecin non diplômé peuvent-ils établir le montant du préjudice souffert par chacun d'eux et celui éprouvé par les autres médecins qui ne réclament pas. Ici le juge peut n'avoir aucune raison précise pour arbitrer l'indemnité à un chiffre quelconque. Nous le croyons, car le préjudice ayant été causé, il faut prendre une mesure en sens contraire, qui sera ce que sont les choses humaines, un à peu près. C'est une erreur de croire qu'on peut toujours faire comme si un fait n'avait pas eu lieu, ce qui est le but de l'indemnité. Mais il vaut mieux réagir par à peu près que de ne rien faire. De même que pour un dommage moral, il vaut mieux donner une réparation non adéquate au préjudice que de ne pas en donner du tout.

La difficulté peut se présenter du côté passif lorsque le préjudice a été causé par plusieurs personnes. On sait que la jurisprudence sur ce point est très obscure, mais qu'elle tend généralement aujourd'hui à admettre la solidarité des auteurs d'un délit ou même d'un quasi-délit civil dans tous les cas (2). Ainsi donc la difficulté où l'on se trouve de fixer la part de responsabilité de chacun profite au créancier qui peut exercer une action pour le tout contre chaque co-auteur. On cherche à expliquer cette solution par une intention présumée des codélinquants, qui serait plutôt au fonds une idée pénale, car cette intention est toute au-

(1) Nous laissons de côté bien entendu la question de savoir si on ne peut lutter par telle solution entre les conventions de ce genre, en appliquant ou non suivant les cas la règle *nemo auditur turpitudinem allegans*, comme le fait la Cour de cassation.

(2) V. Lafay, *Etude sur la responsabilité des co-auteurs de délits ou quasi-délits civils*, thèse de Lyon, 1902, p. 80 et suiv.

gurale, et il est seulement raisonnable de traiter durement des gens mal intentionnés. On invoque également une idée de causalité (1); chacun étant à considérer individuellement, comme l'auteur de tout le dommage qu'il a causé. Au fond il y a aussi dans bien des hypothèses une autre idée. Le créancier qui ne peut prouver le montant direct de la réparation due par chacun peut poursuivre, il n'est pas débouté ; bien au contraire, on le favorise, parce qu'il est d'ordinaire plus intéressant que les débiteurs. Et alors nous retrouvons encore une solution qui ne nous étonne plus avec ce que nous avons dit déjà souvent sur l'*autorité* des tribunaux : une indemnité qui sans doute sera égale au dommage du côté actif, mais qui passivement est fixée par voie d'autorité. Cette idée se trouve nettement dans nombre de lois étrangères, notamment dans le Code civil allemand, qui proclame la solidarité « lorsqu'il est impossible de découvrir lequel de plusieurs intéressés a causé le dommage par son fait » (2) (art. 830), allant même ainsi bien plus loin que notre jurisprudence et visant des solutions que l'on n'aurait pu tirer chez nous qu'en généralisant l'ancien article 1733 du Code civil qui établissait la solidarité des locataires en cas d'incendie, alors cependant qu'un seul, inconnu, avait causé le sinistre.

M'inspirant de ces idées, je dirais même volontiers, que si une pierre partie d'un groupe blesse un passant sans qu'on puisse dire qui l'a lancée, il est raisonnable de dire, le juge pourra partager entre les membres du groupe la responsabilité du fait commis par un seul.

Ainsi se dégage une idée qui rapproche le droit civil et les tendances les plus modernes du droit pénal. Comme l'écrivait

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, 4e éd., p. 24, note 14 ; Lafay, p. 112 et suiv.

(2) V. trad. officielle t. II, p. 306, et les développements à la note II. Cf. Plank, t. II, p. 1000, 2e éd. et Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 423. Code italien, article 1156 ; Code du Monténégro, article 572 ; Code fédéral des obligations, article 60.

récemment M. Prins (1), le fonctionnement de l'immense machine sociale en pleine activité amène d'innombrables frottements, d'innombrables lésions de toute nature, et dans une civilisation aussi compliquée que la nôtre, il devient de plus en plus difficile, quand on veut remonter à l'auteur du préjudice, de savoir ou de prouver avec précision qui est en faute. Cependant il est indispensable à la stabilité de la société que le trouble juridique soit réparé, on ne peut se refuser à le faire, sous prétexte d'un doute sur la preuve. Ainsi surgit à la fois en matière pénale et civile une doctrine de Défense sociale.

(1) *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, p. 50. V. de même, Edmond Picard, *Le droit pur*, p. 30.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT PRIVÉ ET L'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER

LA LOI PRIVÉE

Dans les pages précédentes, nous avons plutôt été amené à ne pas placer l'individu dans une forteresse de droits absolus qui forment autour de lui comme un solide réseau de défense et une protection impénétrable, du moins en apparence, contre les entreprises des autres hommes et spécialement de cette coalition puissante, parce que étendue et durable, que l'on appelle l'Etat.

Ici nous allons plutôt assister à un changement de point de vue que nous attribuons pour notre part à la réalité des choses et à l'action même de ces dominantes du droit que nous avons relevées dans notre première partie et telles qu'elles sont comprises assez souvent dans notre pays et à notre époque. Car nous ne sommes partis d'aucune idée préconçue que nous cherchions à démontrer. Il n'y a dans notre esprit de donnée préalable que notre équation personnelle que nous ne pouvons mesurer.

C'est une erreur de croire que la loi, source d'obligations générales et impersonnelles, soit nécessairement l'œuvre de l'Etat ou des autorités étatiques qui ont reçu un pouvoir réglementaire :

ministres, préfets, maires, etc. La loi n'est qu'une manifestation sociale comme une autre (1), que l'Etat a cherché à canaliser à son profit, comme il l'a fait pour l'Autorité ou la Justice. Et s'il n'y regarde pas de trop près, il peut avoir l'illusion de croire qu'il a véritablement un monopole ; cette grande et durable organisation a fait depuis des siècles de si notables efforts, qu'elle peut vraiment croire, après tant de travail, être arrivée à un complet triomphe. Les douces illusions des évolutions rectilignes que l'on baptise aisément de progrès sont là pour le lui murmurer. Toute puissance trouve aussi son cortège de flatteurs, suivi de ce groupe plus estimable des imitateurs des anciens légistes dont on peut dire, comme disait Renan (2) de Nogaret : servir l'Etat, voilà l'unique maxime, tout ce qui augmente son autorité est légitime à ses yeux. Plus loin enfin vient la foule compacte et respectable des hommes qui n'osent aller contre la pensée générale. Mais le fait n'en est pas moins là comme une source aveuglée qui agit en dessous et comme elle peut.

Aux hommes de la Révolution et de la plus grande partie du XIX^e^ siècle, la loi est apparue avec des caractères qui s'accordent pleinement aux besoins de notre esprit épris d'ordre et de simplicité, mais qui peut-être ont répondu moins bien aux nécessités pratiques, aux réalités de l'heure présente. Elle est dictée par la raison, générale et souveraine.

La loi est la traduction des idées qu'impose la raison, pensait-

(1) Et cette idée n'est qu'une des conséquences de la tendance actuelle à rapprocher le droit privé et le droit public, à supprimer la barrière que pendant longtemps on avait établie entre eux et que l'on détruit aujourd'hui, tendance qui aujourd'hui a même dépassé le monde juridique (V. Adler, Le quasi-contrat social et M. Bourgeois, *Revue de métaphysique et de morale*, 1897, p. 520). V. d'ailleurs sur les rapprochements des divers ordres de sciences, Rappaport, *La lutte autour de la réforme du droit pénal en Allemagne*, p. 87 et note 3.

(2) V. *Etudes sur la politique religieuse du règne de Philippe le Bel*, p. 247, où est admirablement indiqué le fort et le faible de cet esprit si puissant de nos jours sous ses formes modernes.

on à la fin du XVIIIe siècle et au début du siècle suivant. Comme telle, elle est permanente, elle est faite pour des siècles. Les lois une fois rédigées deviennent un dépôt sacré, dit Cambacérès (1). Pour la même raison, elle est égale pour tous, car l'égalité des hommes est une des idées rationnelles du XVIIIe siècle. « Tous les hommes sont sortis égaux des mains de la nature », dit Daguesseau. « La volonté générale tend à l'égalité », dit Rousseau (2). Et à cette idée d'égalité se rattachent les plus importants corollaires : la loi ne peut être faite, ni pour une région, ni pour un homme.

Elle est générale : d'abord dans le sens de l'unité, de l'uniformité législative. Elle ne doit pas comporter de variante de ville à ville ou de province à province, elle doit être la même dans l'étendue du pays tout entier. Elle tend à être une, comme la vérité. Mais surtout la loi est générale, en ce sens qu'elle est impersonnelle. « Il n'y aurait de loi et de caractère législatif que pour les règles non nominatives ou non spécialisées et pour les dispositions par voie générale ; car ayant pour objet des *institutions*, c'est-à-dire des situations sociales objectives, bien qu'elle intéresse des individus humains, la loi ne doit statuer qu'en principe et à toujours ; et destinée à consacrer des règles de droit, elle ne peut avoir d'autres caractères que le caractère général inhérent aux règles de droit objectif ». Aussi se demande-t-on aujourd'hui encore si une loi individuelle a vraiment le caractère législatif (3), si ce n'est pas un simple acte en forme de loi.

Enfin en dernier lieu, la loi est souveraine et par ce dernier caractère elle prend vie, et cela au plus haut point. Commandement de la raison offrant garantie par les formes de son élaboration,

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. I, p. 107. Cf. Maxime Leroy, *La Loi*, p. 35 et suiv., auquel nous aurons souvent à renvoyer.

(2) Daguesseau, *Œuvres complètes*, t. I, p. 407 ; Rousseau, *Contrat social*, t. II.I.XI. — Cf. Maxime Leroy, *op. cit.*, p. 40.

(3) V. à propos de la loi du 13 juillet 1906 réglant la situation du général Picquart et du commandant Dreyfus au point de vue militaire, Delpech, *Revue de droit public*, 1906, p. 507 et suiv. Cf. Maxime Leroy, *op. cit.*, p. 138.

les caractères que nous venons d'indiquer, elle a un pouvoir absolu, rien ne limite son empire. Tout doit lui obeir.

Devant la loi si imposante, si majestueuse et si forte, que sont les contrats ? de bien petites choses. S'ils tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits (art. 1134, C. civ.), ils ne touchent en rien les tiers (art. 1165), ne leur nuisent, ni ne leur profitent, ne les obligent, ni ne les font créanciers (art. 1119). Les jugements qui les reconnaissent n'ont effet qu'entre les mêmes parties agissant en la même qualité (art. 1351). Ils n'ont par eux-mêmes, sans l'intervention de l'Etat, aucune force exécutoire.

« Nul jugement, nul acte ne pourront être mis à exécution, dit l'article 545 du Code de procédure, s'ils ne portent le même intitulé que les lois et ne sont terminées par un mandement aux officiers de justice. » Rien ne montre mieux que cette phrase la faiblesse native des conventions privées.

Si ces caractères de la loi sont encore considérés comme importants, et si, à notre avis, on a raison de les proclamer, il faut cependant reconnaître que, sans s'effacer, ils se sont estompés avec le temps. En fait ils n'apparaissent plus avec une rigueur absolue.

La loi n'est plus la règle permanente faite pour des siècles. Qui oserait dire aujourd'hui qu'elle tend à la perpétuité ? Qui donc répète aujourd'hui avec Montesquieu : « Les lois dans la signification la plus étendue sont des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses (1) ? » Elle est seulement faite en général pour durer longtemps. L'idée de loi temporaire n'a même rien qui nous choque autant que par le passé. Il y a une limite imprécise entre l'acte à durée temporaire assez longue et l'acte à durée indéterminée et le point où l'on passe de l'acte en forme législative à la loi est incertain de nos jours (2).

(1) V. la critique de M. Planiol, t. I, n° 140, note 1.

(2) V. not. Planiol, t. I, n° 146 ; Berthélemy, *Droit administratif*, p. 880, note 1.

La loi nous paraît égale pour tous. Mais qui dit qu'un jour, sur certains points l'idée d'une loi variable avec les régions ne nous choquera pas moins (1). En tous cas, si les lois comme le voulait Rousseau, considèrent toujours les sujets en corps et les actions comme abstraites, si elles ne considèrent presque jamais un homme comme individu, ni une action particulière, cette généralité est plus de façade qu'elle n'est véritable. Il y a des lois de circonstances. Bien des lois en fait s'appliquent à des catégories de citoyens qui sont dans telle profession et n'ont que peu de chances d'en sortir. Théoriquement elles sont générales : pratiquement, ce n'est vrai que d'une vérité approximative. Et les lois de ce genre se multiplient extraordinairement avec le développement de la législation industrielle, de la législation commerciale contre les fraudes. On fait des lois pour les mineurs, pour les viticulteurs, pour les petits commerçants, etc

Quant à la souveraineté, son attribut le plus grave, si la loi est toujours la force susceptible d'être souvent la plus forte, les faits montrent qu'elle n'est pas la force absolue. On la rédige en se préoccupant d'une opposition trop forte qu'on rencontrerait. Les faits ne réagissent pas moins sur la loi que la loi sur les faits. La loi subit l'influence de l'ambiance, celle-ci n'est qu'un effort de conciliation, de coordination dans la lutte des intérêts qu'elle est obligée de tenir à leur importance véritable, sous peine de faire un effort qui ruine sa propre force, la diminue par ailleurs. Elle doit donc concilier au lieu d'ordonner (2), si elle peut parfois s'écarter de cette règle sans inconvénient, ce n'en est pas moins dangereux. Et la ligne est difficile à suivre, car naturellement la loi est œuvre d'une majorité, c'est-à-dire d'un groupe, et il y a le groupe professionnel des législateurs comme tel qui a ses intérêts, il y a les groupes représentés qui ont les leurs et la plus grande force

(1) En préparant le budget de 1910, n'a-t-on pas proposé des impôts sur les produits des régions délimitées : Champagne, Bordelais, etc.

(2) Cf. Pedro Dorado, Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale. *Rev. de dr. public*, 1899, 2e sem., p. 1.

de la loi est peut-être la croyance à sa souveraineté (1), croyance heureuse qui discipline et qui aveugle, qui donne naissance à la pratique, aux passions privées même (2) qui vivifient la loi.

Mais pour qui considère la réalité des choses, la loi n'est pas la puissance souveraine. On atteint la loi par la ruse, quelquefois par la force ouverte, souvent par la mauvaise volonté à l'appliquer qui peu à peu la paralyse, par l'interprétation qui l'étouffe, par les tracas causés à ceux qui veulent s'en servir (3) par les retards à l'observer. Avec l'expérience, on est parfois étonné de voir que certaines lois s'appliquent. Voilà de quoi donner à réfléchir au législateur souverain (4).

Ce n'est sans doute pas la conception classique de la limitation des pouvoirs de l'Etat. Ce n'est même pas la conception de M. Duguit : les gouvernants ne commandant régulièrement que s'ils agissent conformément à la solidarité. Ce n'est pas non plus l'idée d'Ihering que ce qui fait que l'Etat a des obligations de nature juridique, c'est que le rapport tout entier est de nature juridique (5). Mais c'est plus certainement que cette garantie du respect par l'Etat de certaines limites, qu'indiquait l'éminent jurisconsulte à savoir qu'en les dépassant, il atteint lui-même le sentiment national du droit (6). C'est une garantie fatale qui est donnée tant bien que mal par les faits contre les lois.

Si la loi est moins permanente, moins générale, moins souve-

(1) Cf. Emmanuel Lévy, *Le droit repose sur des croyances*.

(2) Cf. Maxime Leroy, *op. cit.*, p. 200.

(3) Citons à une époque récente l'hostilité du haut commerce contre les nantissements de fonds de commerce, celle de certains fonctionnaires contre l'exécutoire des protestations en nature.

(4) V. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 107, *Le gouvernement contre la loi, les pratiques illégales de l'administration* ; p. 228, *Le faible rendement de la contrainte* ; p. 253, *La mort naturelle des lois par désuétude*.

(5) *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 221.

(6) *Op. cit.*, p. 251, à propos de la subordination de l'Etat à la loi.

raine, qu'on ne le dit encore souvent, le contrat a en réalité plus de vigueur qu'on ne le pense, il peut avoir plus de durée, plus d'ampleur, plus de force que ne le laissent concevoir les articles du Code civil ou leurs premiers commentateurs. Ceux-ci ne montrent clairement qu'une chose : les obligations ne naissant que pour s'éteindre, chétifs rapports entre particuliers sans grande durée comme sans horizon, si étriqués, si humbles devant l'Etat faiseur de lois souveraines qui seul fait exécuter les contrats, peut presque seul les juger, l'arbitrage étant si étroitement circonscrit.

L'antithèse entre la loi et le contrat cesse de nosjours d'être telle, elle devient une simple différence qui a son importance, mais qu'il ne faut pas exagérer. Il y a loin des idées de 1804 aux faits d'aujourd'hui.

Sans doute ces contrats, ce ne sont point ces ententes idylliques de deux volontés qui s'assemblent, comme prédestinées à s'unir librement sur le pied d'égalité : ce sont les contrats tels que la vie les montre, faits parfois de l'audacieuse demande de l'un et de la timidité de l'autre, de la nécessité d'accepter les seules conditions qu'on vous offre, du *bonus dolus* du beau parleur, des circonstances favorables ou défavorables qui étreignent un contractant, parfois les deux, réseaux de contrats avec des tiers, de nécessité de la vie courante, d'ignorances de certains points. Ces contrats qui sortent tous vibrants de la vie peuvent, par les conditions dans lesquelles ils se développent, atteindre soit directement, soit indirectement un grand nombre de personnes et avoir toute l'importance d'une loi, moins forte, de moins longue durée, mais reflets plus apparents de certains intérêts.

Les contrats dont je veux parler ici, ce ne sont pas seulement ceux qui unissent des foules d'adhérents, comme ceux des grandes sociétés par actions, des grandes associations, des ligues aux milliers d'adhérents, véritables puissances qui font la loi du marché.

Des règles privées agissant à la manière de lois d'Etat se présentent aussi quand, par la volonté d'une ou de plusieurs personnes, certains faits se trouvent interdits à tous, ou leur sont possibles seulement sous certaines conditions.

Cela apparaît tout d'abord dans les contrats, lorsqu'un des contractants ou tous ne peuvent plus traiter avec personne autrement que dans les conditions requises. Ainsi un fabricant impose à tous les commerçants ses clients de ne revendre les objets qu'il leur envoie qu'à un certain prix, assurant l'égalité entre eux, assurant à ses produits un prix uniforme dans toute les localités. Un fabricant va jusqu'à imposer à ses clients l'interdiction d'acheter des produits d'un certain genre ailleurs que chez lui, rendant ainsi difficile à ses concurrents de placer leurs produits. Il donne le monopole de la vente de ses produits dans chaque localité à un seul intermédiaire. Un bailleur s'engage à ne pas louer dans son immeuble à des commerçants qui pourraient faire concurrence à un de ses locataires. Un vendeur de fonds de commerce s'interdit de se rétablir soit dans toute localité, soit dans un certain rayon, sinon pour toujours, au moins pour un temps.

Ou bien tous les contractants s'obligent réciproquement soit à ne pas dépasser une certaine quantité comme fabrication, soit pour la vente à ne pas vendre au-dessous d'un certain prix, à ne pas faire plus de telle remise à leurs commissionnaires, etc. Ils font en un mot un cartell pour régler le marché.

Sans prendre cette apparence fameuse, le contrat peut encore avoir une certaine importance. Des commerçants s'engagent à fermer leurs magasins tel jour, à ne plus expédier chacun que dans une région, pour y faire la loi, à ne plus vendre certains articles accessoires pour ne pas se faire concurrence, s'ils ont des spécialités voisines.

Non moins important est l'aspect de loi professionnelle, que peut revêtir une convention collective de travail entre patrons et ouvriers. Lorsqu'on examine ces ententes, on voit tout naturellement qu'elles tendent à dériver en lois corporatives : le ou les patrons s'engageant non pas seulement envers leurs ouvriers actuels, mais s'engageant à ne pas embaucher des travailleurs en dehors de telles ou telles conditions de prix, d'heures de travail,

etc. Les ouvriers même peuvent promettre à leur patron actuel de ne pas accepter du travail chez un autre en dehors de telles ou telles conditions. Ainsi appliquée, la convention devient un véritable règlement corporatif pouvant s'imposer à tous les industriels d'une région et pouvant à lui seul, dès qu'il englobe un nombre important de ceux-ci, s'imposer en fait aux autres à titre d'usage local (1).

Comme le disait très exactement M. Colson, dans un rapport à la Société d'Etudes législatives, c'est tout autre chose qu'un contrat de travail ou qu'un contrat d'équipe. « C'est un accord dans lequel personne ne s'engage à travailler, ni personne à faire travailler : chaque patron reste pendant sa durée maître de restreindre le personnel qu'il emploie, de fermer même son usine, s'il ne peut plus l'exploiter avec profit, sans pour cela manquer à ses engagements ; chaque ouvrier reste de son côté libre de quitter l'atelier où il s'est engagé, d'aller exercer sa profession aux conditions qu'il voudra en dehors de la région où la convention collective est applicable, de changer de métier, si ses goûts ou ses intérêts l'y poussent. La seule chose à laquelle les uns et les autres se sont engagés, c'est à ne conclure aucun contrat individuel de travail dans une profession et dans une région déterminée, dont les clauses soient en contradiction avec les conditions fixées par la convention collective... C'est une sorte de règlement contractuel » (2). Résumant ces caractères, il disait par ailleurs (3): « C'est ce qui a fait dire quelquefois que ce contrat est en réalité un *règlement contractuel*. Il institue un règlement relatif aux conditions du travail qui sont appliquées dans une industrie donnée après avoir été débattues entre les intéressés. »

(1) V. sur ces contrats : Jay, Le contrat collectif de travail, *Revue d'économie politique*, 1907 ; Jean Leroy, *Le contrat collectif de travail en Allemagne*, thèse de Paris, 1909 ; Nast, *Des conventions collectives relatives à l'organisation du travail.*

(2) *Bulletin de la Société*, 1907, p. 182 et 183.

(3) Rapport oral, *Bulletin*, 1907, p. 508.

D'autres personnes mettent également en valeur ce caractère de règlement contractuel. M. Nast le qualifie de loi d'ordre privé qui s'impose à chaque membre de la collectivité (1). M. Pirou nous parle d'une charte, d'une loi de l'industrie qui s'imposerait à tous ceux qui en font partie (2).

Ainsi donc, c'est bien une convention d'un ordre tout spécial que nous rencontrons ici. C'est ce qu'exprime très nettement le projet présenté sur le contrat de travail par le gouvernement à la Chambre des députés, le 2 juillet 1906. D'après l'article 12, les employeurs peuvent s'engager à appliquer la convention pendant sa durée de validité à des catégories déterminées de leur personnel ou seulement aux employés ayant pris part aux négociations. Inversement, les employés peuvent s'engager à respecter la convention dans tout contrat passé avec un employeur quelconque pendant la durée de la convention dans une région déterminée. Il est même de la nature du contrat d'obliger ainsi les signataires dans leurs rapports avec les tiers. Alors le patron ne peut plus engager un ouvrier même non syndiqué, sans le faire profiter du contrat. S'il ne le fait pas, le contrat se trouvera entraîner pour lui, condamnation à une indemnité, sauf difficulté sur le point de savoir qui pourra agir. Inversement, l'ouvrier syndiqué, donc représenté au contrat, s'engageant chez un patron non signataire du contrat s'expose lui aussi à des poursuites en indemnité et le patron avec lui, s'il a connu cet accord et su que l'ouvrier était lié. En un certain sens, on peut donc dire que le contrat collectif est une stipulation pour autrui (3). Mais il est aussi beaucoup plus. Il contient des promesses directes qui sont l'objet d'une sorte

(1) V. De la nature juridique des conventions conclues par une collectivité dans l'intérêt de ses membres. *Revue critique*, 1908, p. 536. — Cf. Gros, *Interdiction de travail*, thèse d'Aix, 1905, qui parle de souveraineté économique des syndicats.

(2) *Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, thèse de Rennes, 1900, p. 434. — V. de même Jean Leroy, *op. cit.*, p. 100, 204, 209.

(3) V. Jay, *Bull. de la Société d'études législatives*, 1907, p. 547.

de prénotation, et en outre il peut y avoir, si une grève est en cours, des engagements de la faire cesser.

En tous cas, le contrat collectif domine les contrats individuels comme le fait une loi. La sanction en est tout au moins une indemnité, mais elle peut en être aussi l'annulation ou le redressement de l'engagement individuel passé en contravention à ses règles. C'est ce que disait le projet du gouvernement. Quand il y a contrat entre personnes soumises aux obligations de la convention collective, « les règles déterminées en cette convention s'imposent, nonobstant toute stipulation contraire, aux rapports nés du contrat de travail ». C'est en somme l'exécution en nature du lieu de l'exécution par simple équivalent pécuniaire (1).

Un exemple non moins important de règlement privé, ce sont les traités généraux de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques avec les directeurs de théâtres. En vertu de ces ententes, les directeurs devant dans tous les cas payer les mêmes droits à la Société, que les auteurs joués en fassent partie ou non, ils se trouvent amenés à refuser les pièces de tous les écrivains qui n'y sont pas affiliés, à moins que ceux-ci ne consentent à être joués gratuitement, et les directeurs ne peuvent jouer une pièce d'un auteur affilié à la Société sans observer les conditions des traités généraux, comme d'autre part les auteurs affiliés ne peuvent se faire jouer que sur les théâtres ayant traité avec la Société. Il y a donc un véritable contrat collectif qui réagit sur les tiers de la façon la plus directe (2).

Sont encore de véritables règlements privés les contrats que passent des administrations municipales par exemple pour assu-

(1) V. *supra*, le chapitre : Le contenu des droits au point de vue de leur transformation en argent, p. 444.

(2) V. Jean Bayet, *La Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, thèse de Paris, 1908, p. 273 et suiv. « Le monopole de la Société ».

De même les règlements des courses, des concours d'aviation, etc., forment de véritables lois privées auxquelles les tiers en fait ne peuvent se soustraire.

rer aux habitants la faculté d'obtenir l'éclairage, l'eau, les transports dans des conditions déterminées. Ce sont là encore de véritables règlements résultant d'un contrat (1).

Dans une mesure plus atténuée, une personne peut déclarer qu'elle refuse par avance de considérer comme valables certains actes qui seront passés par rapport à elle dans les conditions légales.

Une personne peut déclarer qu'elle n'entend plus considérer comme valables ses actes qui ne seront pas rédigés en une certaine forme. Par exemple un testateur en but à certaines sollicitations, déclare qu'il ne faudra considérer comme valables que ses testaments et codicilles faits devant notaire, ou commençant par une certaine phrase.

Ou une personne peut déclarer dans un contrat qu'elle ne considérera comme donnant les mêmes avantages à d'autres personnes que les actes passés avec celles en une certaine forme.

Ou une personne déclare qu'elle entend ne faire certaines opérations que dans certaines conditions : n'accepter les offres de marchandises qu'à certains jours, les paiements, les actes d'huissier, les présentations d'effets qu'à certaines heures.

Quelle est la valeur de pareilles conventions ou déclarations ?

La question que nous agitons ici nous semble très actuelle et elle montre tout le chemin parcouru depuis la Révolution et même le Code civil de 1804. La conception de cette époque, qui nous semble ici bien lointaine, était simple. Au-dessous de la loi souveraine, chaque particulier est libre dans les limites qu'elle assigne. Il peut passer des contrats avec d'autres. Mais ceux-ci sont de bien faible portée. Il y a une certaine antipathie pour les contrats perpétuels (2). La loi des 18-29 décembre 1790 les interdit, s'il s'agit d'un bail. Les article 530, 1911 et 1869 qui prévoient des obli-

(1) V. Bourdon, *Des contrats d'utilité générale passés au profit d'une collectivité.*

(2) Cf. ma note sous Cass., 25 juin 1907, S. 1908.1.81, et la note de M. Planiol sous Cass., 5 décembre 1906, D. 1907.1.249.

gations perpétuelles les déclarent rachetables ou résiliables à tout moment. Le contrat ne concerne pas les tiers (art. 1165, art. 1119 et 1121 C. civ.) Il n'a pas d'effet à leur égard, ne peut faire peser sur eux la charge d'une promesse ou naître en leur faveur l'avantage d'une stipulation.

Mais combien cette conception claire, simpliste, comme le sont tant d'autres de la même époque, est, elle aussi, menacée en face des forces mêmes qui dominent le cours des faits parce qu'elles tiennent au caractère de l'homme. Chacun s'il ne se confine pas dans l'horizon le plus borné, a ou bien des idées de domination, ou tout au moins la volonté d'imposer une certaine conduite au public, d'établir une certaine concordance dans une branche d'activité industrielle et commerciale, concordance, accords souvent nécessaires au développement même de cette industrie, de ce commerce. Ainsi donc, il n'y a pas de moyen terme, il faut une loi, des textes d'Etat descendant jusqu'à la plus infime réglementation des difficultés professionnelles (ce que tenta vainement la Convention au point de vue commercial par la loi du maximum), ou bien il faut accepter ces contrats réjaillissant sur les tiers. Et prendre ce dernier parti, c'est se plier au développement naturel des événements. Par nature, toute force tend à l'extension, la volonté humaine la première, et cela jusqu'à ce qu'elle se heurte à une autre contraire. Il est naturel que dans un contrat on cherche à enchaîner la volonté de son cocontractant, non seulement dans les rapports avec soi, mais dans ceux avec les tiers. Quand on parle d'une convention, on pense tout d'abord à une personne qui se lie envers vous, par une obligation dont l'exécution n'intéressera que vous ; à un individu qui vous achètera un objet, vous promettra un travail, l'effet social de ce contrat comme fait, comme précédent est certain, mais il est faible. Mais pourquoi ne pas s'obliger dans sa conduite avec les tiers? Et là ne tombe-t-on pas nécessairement dans un règlement privé de plus ou moins grande portée ? Tous les tiers ne doivent-ils pas s'en préoccuper? A quoi me sert de dire que j'ai le droit d'acheter mon pain le dimanche,

si tous les boulangers se sont entendus pour fermer leurs magasins ce jour-là ?

Des contrats imposant des obligations envers les tiers peuvent être valablement conclus sans aucun doute, comme l'a développé Ihering (1), bien que visant comme la loi à l'intérêt général. « La seule conclusion du contrat vaut comme preuve de l'intérêt. On n'aperçoit pas quelle influence aurait la circonstance que le but est vraisemblablement ou ouvertement d'utilité générale ou publique. Le but n'a en principe rien à voir avec le contrat... La circonstance qu'il y a des organes spéciaux institués pour la gestion des intérêts publics exclut si peu une coopération des particuliers, des corporations et des sociétés pour les mêmes buts qu'au contraire le gouvernement a toute raison d'accueillir cette coopération avec reconnaissance. Il faut fermer volontairement les yeux pour ne pas voir dans quelle mesure notre Etat moderne est aidé par l'activité des sociétés dans ses efforts pour le bien public et combien de charge cette activité supprime complètement ou du moins allège d'une manière sensible. »

Ce qui est ainsi naturel, comme reposant sur une loi psychologique, sur le désir d'étendre les effets de sa volonté se trouve de plus être favorisée par le silence ou la souplesse du Code civil. Ne disant rien, il n'interdit pas de semblables conventions, il permet donc tout au moins de poursuivre les cocontractants qui les violent. Le patron qui a signé un contrat collectif, le détaillant qui a accepté les conditions de revente à lui imposées par un fabricant, manquent-ils à leurs obligations, passent-ils des contrats dans des conditions différentes, ils peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. La seule question délicate est ici de savoir qui peut être considéré comme partie au contrat ayant qualité pour agir en justice. Y a-t-il un droit d'agir réservé aux particuliers lésés, ou ce droit peut-il être étendu à des collectivités défendant

(1) L'intérêt dans les contrats. *Œuvres choisies*, II, trad. Meulenaere, p. 209.

des intérêts professionnels. La question est aujourd'hui connue et on semble en pratique, du moins dans les tribunaux, incliner en faveur du droit du syndicat (1). Ce point mis de côté, l'efficacité de la convention envisagée sous cet angle des rapports entre les contractants, est donc certaine.

La question est moins simple lorsqu'on envisage les rapports des contractants avec les tiers, soit que l'on suppose le tiers poursuivi pour avoir violé le contrat, ou le tiers poursuivant parce que le contrat n'a pas été respecté à son égard.

Posant dans l'article 1382 un principe infiniment large de responsabilité, la loi a permis à la jurisprudence de faire une distinction capitale, de dire : si en principe les tiers ne sont pas liés par le contrat, il y a faute de leur part, engageant leur responsabilité, toutes les fois qu'ils ont connu le contrat de la violation duquel ils se rendent complices. On a admis la responsabilité du tiers si l'associé qui malgré l'acte de société se place ensuite chez lui, du patron qui sciemment embauche un ouvrier qu'il sait n'être pas libre de tout engagement envers un autre patron (2), du sous-acquéreur qui achète sciemment des marchandises à un agent d'un fabricant au-dessous du prix de revente fixé par celui-ci (3) et ce qu'a admis la jurisprudence dans ces cas spéciaux

(1) V. Raynaud, *op. cit.*, p. 232 et suiv. ; Cass., 1er février 1895, S. 96.1.320 ; Trib. Seine, 4 février 1902, D. 03.2 25 ; Trib. Cholet, 12 février 1897, D. 03.2.25 ; Lyon, 10 mars 1908, D. 09.2.33 avec note de M. Capitant et *Rev. de dr. civ.*, 1909, p. 401 ; Trib. de Narbonne, 2 mars 1909, *Rev. de dr. civ.*, 1909, p. 912, et Trib. Seine, 23 avril 1909, *eod. loc.* — Cf. Nast, *Des conventions conclues par une collectivité dans l'intérêt de ses membres* ; Colson, *op. cit.*, p. 509 et *suprà*, le chapitre Indépendance et interdépendance des individus p. 500 et suiv. et le chap. l'Action en justice et le rôle du juge, p. 527 et suiv.

(2) V. Cass., 8 janvier 1904, *Pand. fr.*, 05.1.17 avec note de M. Weiss et *Rev. de dr. civ.*, 1905, p. 330 ; Paris, 28 novembre 1904, *Rev. de dr. civ.*, 1906, p. 138 ; Paris, 28 décembre 1905 et 1er mars 1906, *Rev. de dr. civ.*, 1906, p. 896 ; Cass., 27 mai 1908, *Rev. de dr. civ.*, 1908, p. 536. — Cf. note de M. Lacour, D. 06.1.489 et Pierre Hugueny, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*. — V. cep. Wahl, Responsabilité civile en matière de grève. *Rev. de dr. civ.*, 1908, p. 655.

(3) Toulouse, 15 novembre 1904, D. 05.2.304, *Rev. de dr. civ.*, 1906, p. 103,

elle l'admettrait aussi dans d'autres hypothèses, si l'occasion s'en offrait. La lacune laissée par les tribunaux pour le cas où le tiers ignorant le contrat passé n'est pas en faute est susceptible de diminuer, si le contractant intéressé emploie pour faire connaître le contrat une publicité appropriée. Ce serait le cas si un syndicat faisait insérer dans les journaux le tarif établi par contrat collectif au-dessous duquel les ouvriers ne peuvent être embauchés. Il pourrait poursuivre les ouvriers qui s'embauchent sans se conformer au tarif, même s'ils ne sont pas syndiqués (1); ou si le syndicat a imposé à ses membres d'exiger un salaire minimum, il pourrait s'il a porté ce fait à la connaissance des patrons, les poursuivre s'ils n'en tiennent pas compte. Si les tiers sont obligés bien plus largement que ne le laisse supposer l'article 1119 sur la promesse pour autrui, inversement ils profitent facilement des stipulations en leur faveur. C'est ainsi que le contrat collectif de travail établissant un minimum de salaire, des jours de repos, des limitations d'heures de travail profite non seulement aux ouvriers syndiqués ou aux ouvriers actuels, mais à tout l'ensemble des ouvriers présents ou futurs et devient ainsi à leur profit une véritable loi professionnelle. En entrant en pourparlers avec le patron, l'ouvrier accepte le bénéfice de la stipulation pour autrui en sa faveur.

La Cour de cassation paraît hésiter devant cette solution. Après avoir admis que les décrets Millerand n'empêchaient pas le patron de passer valablement des contrats avec ses ouvriers où les dispositions du cahier des charges étaient méconnues (2), elle a jugé dans le même esprit que le patron embauchant un ouvrier en violation d'un contrat collectif, il le faisait néanmoins valablement. Nous sommes en effet ici en présence d'une situation complexe. L'ouvrier n'a pas rendu définitif en sa faveur le bénéfice de la stipu-

Pour les prix de revente, il y a une autre sanction. Il a été jugé qu'un libraire refusant de vendre des livres dans les conditions fixées par le syndicat de la librairie, celui-ci pouvait décider de refuser ses commandes et le mettre ainsi dans l'impossibilité d'exercer son commerce.

(1) Cf. Barthélemy Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, p. 250.

(2) Cass., 25 mars 1908, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 544.

lation pour autrui faite à son profit comme à celui des autres, puisqu'il l'a sans doute ignorée ou que s'il l'a connue, il l'écarte. Nous ne trouvons donc dans aucun cas l'acceptation qui seule rend le droit du bénéficiaire définitif, comme le veut l'article 1121 du Code civil (1). Pour cela il faudrait dire, ce qui serait subtil, mais satisfaisant : dans la réalité des faits, entrant en pourparlers il a l'arrière-pensée d'obtenir les conditions les plus favorables, la seule entrée en pourparlers fixe donc son droit dans les termes de l'article 1121 et en s'engageant à un salaire inférieur, il commet une erreur sur la nature et la portée de son engagement, ce qui peut être une cause de nullité.

D'autre part, si l'ouvrier aide le patron à violer le contrat, et s'il est en faute, cela le rend bien responsable envers les ouvriers ou le syndicat signataire du contrat collectif, mais de plus cela lui rend impossible d'agir contre le patron en nullité de la convention : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Retrouverait-il son droit d'agir en nullité s'il établissait avoir ignoré la convention ? Cela dépend du point de savoir si le syndicat ou les ouvriers poursuivant le patron peuvent exiger de lui une indemnité ou le renvoi de l'ouvrier irrégulièrement embauché (2). Si on admet l'affirmative pour le second parti, si le tribunal peut forcer à renvoyer l'ouvrier, il est logique que, par réciproque, l'ouvrier puisse se tirer de ce contrat fragile, bien que cela soit discutable. A-t on en effet un droit absolu de sortir des situations incertaines où l'on se trouve, étant donné que dans tous les cas de nullité relative une partie est ainsi à la merci de l'autre ?

Ainsi donc, le mécanisme juridique par lequel les contractants et les tiers sont liés par la convention-règlement et en profitent est bien plus complexe que ce que le Code nous présente : pro-

(1) V. Cass., 10 décembre 1908, *Rev. de droit civil*, 1909, p. 109.

(2) Sur cette question, v. le chapitre Le contenu du droit. Exécution en nature ou par équivalent, p. 444 et suiv.

messe pour autrui, stipulation pour autrui, théories analytiques inspirées du goût du droit romain de tout disséquer, qui est de Rome ce qui a le plus passé les monts. Ici c'est bien plutôt un mélange qui, de gré et un peu de force, fait entrer les tiers dans un contrat en leur disant : pas de contrat, ou un contrat dans telles conditions. La liberté est faible, étant donné qu'on ne peut pas toujours s'abstenir de contracter.

Si la jurisprudence offre déjà une grande incertitude lorsqu'un contrat a pour résultat ou pour but de modifier la situation des tiers, combien la question est moins nette, lorsque la situation des tiers doit se trouver modifiée par une déclaration unilatérale. Celle-ci est en principe inopérante.

C'est ainsi que les auteurs ont toujours admis la nullité d'une clause d'un testament ayant pour but de gêner arbitrairement dans l'avenir l'exercice du droit de tester. Ces clauses dérogatoires ou révocatoires ne peuvent diminuer la capacité du testateur dans l'avenir (1), même si elles ont été faites par crainte des captations qui pourraient se produire. Elles peuvent simplement en être l'indice.

De même, le règlement général d'un syndicat d'assureurs ou d'un syndicat d'émission ne peut être invoqué par les assurés ou les souscripteurs (2), quand on ne peut prouver qu'ils l'ont connu et ont entendu dès le début en profiter.

De même une personne ne peut limiter les heures où elle recevra les actes d'huissier.

De même le patron ne peut imposer à son personnel actuel ou même futur un règlement d'atelier, si chaque ouvrier n'en a pas eu connaissance et ne l'a pas au moins implicitement accepté (3).

(1) V. Demolombe, *Donations*, V, n° 123 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 12 ; Baudry et Colin, *Donations*, n° 2708 *bis*, p. 350, 3e éd.

(2) V. Paris, 17 juillet 1908, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 308 et Paris, 12 décembre 1803, D. 00.2.481.

(3) V. trib. Lille, 2 novembre 1905, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 921 et 10 février 1900, D. 1900.2.121 avec note de M. Pic.

Il y a même des cas où la déclaration unilatérale loin de constituer un droit peut être une faute susceptible d'entraîner une sanction. Ainsi le refus de contracter fondé sur des motifs personnels : religion, nationalité, fait d'être syndiqué a déjà donné lieu à plus d'un procès (1).

Cependant dans une espèce récente, la Chambre des requêtes a admis implicitement qu'une déclaration unilatérale contenue dans un contrat (dans l'espèce les statuts d'une assurance mutuelle) pouvait empêcher de contracter valablement en dehors des conditions stipulées (2).

Les déclarations unilatérales ne deviennent une loi s'imposant aux contractants que si, publiées, portées largement à la connaissance du public elles peuvent être réputées connues et constituer une offre à personne indéterminée. Si un commerçant promet un escompte à tout acheteur au comptant ou tel autre avantage, celui-ci pourra être revendiqué sans qu'on prouve l'avoir connu à l'avance (3). La simplicité des transactions, toujours souhaitable quand elle est possible, l'exige ainsi.

Les déclarations unilatérales, répétées, reprennent aussi leur importance quand elles ont contribué à constituer l'usage. Sous cette forme, elles serviront à compléter et à éclairer les volontés constitutives d'un contrat qui ne se sont exprimées que sur les points principaux.

Si les déclarations unilatérales n'ont ainsi qu'une force limitée en droit positif, la question reste toujours ouverte de savoir si

(1) V. sur ces questions : Lucien Morel, Refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles (début de l'article), *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 280 ; Ripert, Examen doctrinal, *Revue critique*, 1900, p. 146 ; Trib. de Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 05.117 ; avec note de M. Ferron et *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 127, sur pourvoi Cass., 13 mars 1905, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 401 ; — Trib. d'Epernay, 20 février 1906, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 672, et D. 1908.2.73 avec note de M. Josserand.

(2) V. Cass., 11 janvier 1910, *Gaz. Pal.*, 12 mai ; *Revue de dr. civil*, 1910, n° 2.

(3) V. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 407 ; Aubry et Rau, IV., 5e éd., 480 ; Baudry et Bardo, I, n° 30 ; Salelilles, *Déclaration de volonté*.

législativement une volonté ne pourrait pas seule s'enchaîner pour l'avenir en se modelant dans certaines formes. Le problème a été examiné (1), nous nous contenterons de dire qu'il n'y a pas de raison pour l'interdire. Il peut être utile, pour donner la sécurité aux tiers, que la déclaration de volonté lie celui qui l'a fait de façon ferme, et d'ailleurs, déjà dans la formation du contrat, il y a toute une poussée pour dire que la pollicitation lie l'offrant avant même qu'on ne l'ait acceptée, ce qu'on n'explique dans la théorie classique que par des conventions tacites (2).

Si les tentatives faites par les volontés particulières pour arriver à régir les rapports entre des tiers et un contractant et entre un déclarant et le public ne sont pas toujours pleinement couronnées de succès, elles n'en sont pas moins importantes. Dans la vie rapide des affaires, on ne va pas toujours jusqu'au terme des difficultés possibles, aussi on n'entrevoit pas toujours la limite du droit que nous avons déjà signalée, des sanctions même imparfaites sont suffisantes pour que l'on tente d'employer certains procédés juridiques, dont il nous faut maintenant montrer les avantages et les inconvénients.

Ces conventions dont les effets rejaillissent avec force sur le public reposent sur un motif sérieux : l'impossibilité pour les administrations publiques de tout réglementer suffisamment, de tout prévoir. Le très beau rêve de 1789 est bien mort. Il faut renoncer à cette idée d'une loi d'Etat dominant tout, prévoyant tout et laissant les individus face à face, sans autre cohésion que des contrats de courte portée.

Cette grande expérience qui, comme tant d'autres, n'a pas réussi, a démontré l'impossibilité de maintenir longtemps ce tour de force.

(1) V. René Worms, *Formation de l'obligation par volonté unilatérale* ; Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*. Thèse de Paris, 1900.

(2) Cf. notre *Etude des droits éventuels*, p. 40 — V. Code fédéral suisse des obligations, art. 5 et suiv.

L'Etat se trouve dans l'impossibilité d'établir et de développer une réglementation multiple, complexe, délicate et sans cesse à perfectionner : la réglementation professionnelle.

A côté de cela, il faut considérer que ces contrats, ces déclarations étant observées donnent au marché des produits ou du travail, une sécurité qu'il n'aurait pas sans cela. Les ouvriers protégés par le contrat collectif, les patrons groupés par des cartells, des conditions arrêtées en commun pour ne pas augmenter la fabrication, ne pas baisser les prix de ventes, ont chacun leur gain assuré.

En même temps, beaucoup d'opérations sont simplifiées, bien des économies d'activité sont réalisées. Il est tenu compte de la loi du moindre effort. On évite un gaspillage de temps et d'argent dans les discussions de conditions de certains contrats, dans la réclame, etc.

Mais si l'égalité entre les tiers est ainsi réalisée, il est certain que ces contrats, ces déclarations, ne visent qu'à la sauvegarde d'un groupe professionnel, sans tenir grand compte du groupe non professionnel adverse : celui des consommateurs, il ne vise pas à établir une justice entre ces deux classes, je veux dire une mesure qui satisfasse à peu près suffisamment les intérêts des uns et des autres. On ne vise nullement à sauvegarder de façon durable les intérêts des uns et des autres. Cette loi privée est à courte vue, bien souvent. On diminue fatalement la liberté comprise comme un petit domaine où chacun est souverain. Il est à craindre que ces réglementations résultant d'une ou plusieurs volontés ne donne lieu à des abus scandaleux, des surprimes exorbitantes sur les produits, des conditions de travail draconiennes.

En même temps, l'assouplissement aux conditions économiques et sociales nouvelles qui peuvent se présenter n'est pas favorisée. Un état de fait qui antérieurement pouvait avoir sa raison d'être se trouve cristallisé, parce que l'imitation des générations successives maintient ou développe son empire, alors qu'il devrait disparaître. Des changements souhaitables se trouvent retardés.

Aussi comprend-on que la jurisprudence ayant à se demander si des contrats de ce genre, et plus spécialement des trusts et des cartells, doivent être annulés comme contraires à l'ordre public se montre réservée et évitant toute solution générale, décide suivant les cas que l'entente est licite ou non (1).

Un peu comme dans la fable d'Esope, ces règlements contractuels peuvent être ce qu'il y a de meilleur et ce qu'il y a de plus mauvais. Elle évite les excès de la concurrence effrénée, qui se font sentir sur la qualité du produit, sur la rémunération de la main-d'œuvre, le payement des intermédiaires, qui provoquent l'excès de travail de l'ouvrier pour mieux utiliser l'outillage, enlèvent tout repos au commerçant, qui n'ose fermer ses magasins un seul jour, de peur de perdre une affaire (2).

Mais inversement, ce contrat qui favorise une collectivité professionnelle peut nuire aux collectivités non professionnalisées, moins capables par leur nombre même, par le caractère accessoire, pour chacun pris séparément, de l'intérêt en jeu, de se défendre efficacement. Le contrat qui vise au maintien des prix, par une pente naturelle arrive au relèvement des prix, si une force contraire ne l'arrête pas, et il ne peut y avoir en dehors d'une entente des consommateurs souvent difficile dont les menaces de grève sont peu efficaces, que la raréfaction des achats, souvent impossible, s'il s'agit d'un objet de consommation nécessaire, ou enfin la loi d'Etat.

En même temps, les industriels étant certains par les prix fixés de réaliser un bénéfice, il est à craindre que le progrès technique ne soit entravé, que les patrons s'abandonnent à la routine, n'ayant aucun intérêt décisif à perfectionner l'outillage (3).

(1) V. la note de M. Lévy Ullmann, sous Bordeaux, 2 janvier 1900, S. 01. 2.225.

(2) Percerou, *Des syndicats de producteurs*, p. 273 ; *Ann. de dr. commercial*, 1897 ; Bablod, *Les syndicats de producteurs* ; Brouilhet, *Des ententes entre producteurs*, p. 87 et suiv. ; Borolzheimer, *op. cit.*, IV, p. 210.

(3) V. spécialement les intéressants développements de M. Brouilhet, *op. cit.*, p. 80 et suiv.

Le danger qui menace les ententes que nous qualifions de lois privées, de règlements contractuels, proviennent donc surtout de ce fait que, pouvant ne rencontrer devant elles aucune réglementation, aucune entente semblable, elles progressent naturellement et aboutissent à l'abus.

C'est ce qui explique la situation bizarre en apparence (1), mais au fond logique de notre législation française qui dans l'article 419 du Code pénal interdit les coalitions entre vendeurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre, ou à la faire à un certain prix seulement, tandis que l'article 416 punissant les ouvriers ou patrons qui à l'aide d'un plan concerté ont porté atteinte au libre exercice de l'industrie et du travail est abrogé depuis la loi du 21 mars 1864. En fait la coalition ouvrière qui se forme, rencontre immédiatement une opposition toute organisée dans la coalition patronale, toute réalisée si un seul patron est visé, mis à l'index par exemple, en tous cas relativement facile à réaliser. Et inversement l'organisation patronale a immédiatement à compter sur une organisation ouvrière, qui peut se former, si elle n'existe pas déjà. Il y a antagonisme probable, partant chance d'un équilibre qui s'adaptera aux circonstances, ou peut-être, il est vrai, d'une entente tournée contre le consommateur.

Il n'en est pas de même, lorsqu'il s'agit de la coalition des détenteurs d'une marchandise. La ligue des consommateurs peut théoriquement se former, mais elle n'est pas actuellement entrée dans les mœurs, comme celle des ouvriers ou des patrons (2). L'équilibre apparaît moins probable. C'est la conquête d'un pays sans défense, ce n'est plus la situation expectative de deux armées en présence. Il n'y a qu'un obstacle : la réduction de consommation, mais elle sera faible, s'il y a un besoin urgent de cette denrée

(1) V. sur ce point la note de M. Jay, sous Paris, 28 février 1885, S. 80.2.40, Bathie, *Rev. critique*, 1804, p. 410.

(2) V. sur ces ligues de consommateurs et leur rôle, Babled, *op. cit.*, p. 108 et suiv.

même vendue à prix d'or. Le jour où les ligues d'acheteurs, le mises à l'index de commerçants seraient une chose usuelle, prati que, l'entente entre les vendeurs aurait bien perdu de son dange et l'article 419 serait aussi démodé que l'article voisin. Car alor ces ententes, ce serait la bonne paix, celle des gens qui étaient prêt à se défendre au besoin, et non « la paix romaine », celle d'u pays qui n'ose ou ne sait résister à un vainqueur.

L'entente des producteurs apparaît donc comme dangereuse dans la mesure que je viens d'indiquer pour les cas où il y a gran danger d'abus. C'est ce qui explique le caractère ambigu (1) qu présente à première vue la jurisprudence et qui a fait souven illusion. Souvent elle a constaté, pour valider des unions entr producteurs, que celles-ci ne comprenaient qu'une minorité d producteurs, ou se limitaient à un lieu déterminé ou à un obje déterminé (2). Il est évident que ces ententes limitées sont impuis santes à amener une baisse ou une hausse des cours dans le seu but d'augmenter les bénéfices ; car il reste des concurrents, qu pourront trouver avantage à maintenir les prix antérieurs, pou gagner plus en vendant plus et sans majorer leurs prix.

Mais la véritable question se présente lorsque l'entente est générale, lorsqu'elle englobe tous les producteurs d'un même pays, ou d'une région si étendue qu'à raison des frais de transport les marchandises d'autres régions ne peuvent venir les concurrencer. Ici c'est le monopole de fait, certain, indiscutable.

Est-il pour cela interdit ? Je ne le pense pas. Ce n'est pas par cela seul qu'il y a un règlement contractuel du marché qu'il y a acte illicite. Loin de là. Prenons un exemple. Tous les fabricants d'une région, qui est peut-être l'unique productrice d'une marchandise, s'entendent dans les conditions suivantes. Constatant que la

(1) V. Percerou, *op. cit.*, p. 280 ; Raynaud, Les coalitions de producteurs devant la jurisprudence civile. *Revue critique*, 1904, p. 360.

(2) V. not. Paris, 14 avril 1891, S. 92.2.183 ; Bordeaux, 2 janv. 1900, S. 01.2.225 ; Cass., 1er août 1900, S. 01.1.134 ; Grenoble, 1er mai 1894, S. 94.2.177.

multiplicité des usines, la concurrence ont amené la dépréciation des prix, ils décident qu'ils vendront les produits fabriqués à un prix représentant les prix des matières premières, plus tant pour frais de fabrication et 10 0/0 de bénéfice. Ils établissent que pour cela il y aura tous les mois une commission qui fera le calcul et arbitrera les prix sur ces bases. Qu'y a-t-il d'illicite ? On vise à empêcher une industrie de péricliter. Peu importe qu'actuellement on fasse la hausse, celle-ci n'a pas pour but unique l'exploitation du consommateur. Le prix est variable d'après des données acceptables : peu importe, par suite, que cette entente soit faite pour un grand nombre d'années, du moment qu'il n'y a pas le danger d'un prix fixé une fois pour toutes.

La Cour de cassation a paru tout d'abord contredire ces idées (1). Mais on peut se demander si elle persiste dans cette manière de voir, malgré les motifs donnés lorsqu'en 1900 elle a validé la convention entre les fabricants de velours de St-Etienne pour maintenir des prix de vente et conjurer une crise où l'industrie locale pouvait sombrer (2) ou plus récemment une entente de nature à faire vendre à perte sur un marché pour assurer le maintien de ce marché (3). Et en fait elle n'atteint que les conventions visant une hausse factice (4) ou la disparition de certains établissements (5).

Il y a donc dans la jurisprudence, une base de distinction rationnelle que nous pouvons nous approprier. Le règlement contractuel est licite, même s'il est fait par la totalité des membres d'une profession, pour une longue durée, un temps indéterminé, si le mouvement des cours qui peut en résulter n'a pas pour but

(1) V. Cass., 11 février 1870, S. 70.1.108 et surtout l'arrêt de Rennes maintenu.

(2) Cass., 1er avril 1900 précité. V. de même : Trib. Seine, 13 avril 1908, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 168.

(3) Cass., 20 juin 1908, S. 09.1.15, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 305.

(4) V. Paris, 28 février 1888, précité et Cf. Cass., 12 juillet 1892, S. 94.1.333.

(5) V. Douai, 13 juillet 1900, S. 03.2.293, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 650.

un simple accroissement de bénéfices, si on ne poursuit pas la destruction de certains établissements malgré eux (1).

Ainsi le règlement privé apparaît comme un régulateur naturel et utile de l'action des particuliers. Mais il ne l'est qu'aux mêmes conditions qui rendent les lois d'Etat acceptables et bonnes : celles ci perpétuelles en principe ne sont utiles que si, de leur nature, elles se prêtent aux modifications des circonstances, ou si le législateur a la sagesse de les réviser quand il en est temps. Il faut de même que les règlements contractuels soient souples, s'adaptent aux changements économiques.

Les lois d'Etat ne sont sages que si elles reposent sur une certaine égalité, non pas l'égalité mathématique, mais celle qui, pour des situations semblables, prend des mesures semblables, si elle poursuit en ces divers cas le même but. De là son caractère si fameux, parfois si mal compris de généralité. Les règlements contractuels ne sont acceptables que s'ils ne visent pas à tuer une industrie, à éviter le combat nécessaire entre co contractants suffisamment armés, mais tendent à assurer cette lutte qui, faute de mieux, est, en ce bas monde, une certaine sauvegarde d'égalité ou si l'on préfère d'inégalité peu choquante.

Enfin la loi, a-t-on dit, est souveraine, maxime dangereuse, qui a conduit à bien des excès, comme toute force sans contrepoids. Aussi faut-il se contenter de reconnaître dans la loi un agent supérieur de coordination, agent puissant, car cette coordination consiste parfois dans des mesures radicales, comme la guérison d'une maladie, lutte des microbes contre un organisme, consiste parfois dans l'opération chirurgicale. Sa nature n'en est pas moins la coordination, car ces actes de haute puissance l'épuisent, comme un gouvernement révolutionnaire tombe fatigué

(1) Nous négligeons la lacune que présente la jurisprudence en n'annulant pas jusqu'ici, les ententes réalisées par la fusion en une seule société, refus d'ailleurs basé sur une théorie fragile et contestable, comme l'a montré M. Percerou (*op. cit.*, p. 282 et 284).

par la force même qu'il a mis dans les réformes même excellentes, qui ont été réalisées par lui. Ainsi inconsciemment, le Comité de salut public a-t-il préparé le Directoire.

De même le règlement contractuel ne peut et ne doit prétendre à la souveraineté qui serait vite la tyrannie du marché, il ne doit viser qu'à coordonner les intérêts en présence, en simplifier le jeu, éviter leur étouffement.

Tout concorde de nos jours à rapprocher la loi des autres manifestations de l'activité humaine. N'a-t-on pas, dans une étude récente, établi que l'adage : nul n'est censé ignorer la loi était manifestement injuste dans ses conséquences et que l'erreur de droit pouvait et devait être assimilée à l'erreur de fait. Nouvelle atteinte au caractère tout spécial de la loi (1).

Et ainsi nous voilà très loin des dogmes révolutionnaires. D'un côté, la loi perd le tranchant de ses caractères, observée aujourd'hui, elle apparaît loin de ce Sinaï, où les idées anciennes de la monarchie l'avaient placée, elle s'humanise (2). De l'autre côté, le contrat, par une ascension non moins remarquable, s'élève du rôle minuscule où on le croyait confiné et aspire non pas à faire la loi, du moins à régenter bien des points, à devenir la base du règlement professionnel.

Si une frontière existe naturellement entre ces deux organismes dont l'un est plus puissant que l'autre, ils n'en apparaissent pas moins comme ayant une même nature foncière, visant au même but : simplifier, donner la sécurité, devant se plier à une même nécessité : le changement continuel ; devant dans une certaine mesure respecter les situations acquises : les cours établis, les situations antérieures qu'on appelle couramment les droits acquis.

(1) V. Deroux, Etude critique de l'adage : nul n'est censé ignorer la loi. *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 513.

(2) V. dans le même sens, Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, p. 50. — Cf. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre*, p. 2 et suiv., trad. Jèze. — Ed. Berth, Marchands, intellectuels et politiciens. *Mouvement socialiste*, juillet 1907, p. 11.

Si l'on a cru nécessaire de grandir la Majesté de la loi, c'est sans doute pour une raison respectable : assurer plus rapidement l'obéissance, en économisant une activité répressive où parfois elle s'épuise. Cette raison ne doit cependant pas nous rendre aveugle sur la réalité des choses. Un second motif de valeur bien plus contestable a cependant influé. On a cru qu'il y avait une loi naturelle précise, immuable, imposée par Dieu ou dérivant d'une nature des choses, et que la loi pouvait par des perfectionnements successifs la traduire chaque jour de façon plus exacte. Mais cette conception, nous l'avons abandonnée, et ayant donné à la loi la majesté nécessaire pour sa rapidité d'action, ne méconnaissons pas son caractère d'œuvre humaine, qui doit seulement aspirer à une harmonie relative et variable avec des données diverses et contradictoires.

Ainsi il nous paraît possible de faire place simultanément aux points de vue opposés, qui divisent la doctrine sur le caractère de l'Etat. Sociologiquement, en considérant les faits, l'histoire, la société Etat ne diffère pas par des caractères essentiels des autres sociétés (1) : ni le caractère forcé de cette société, ni la contrainte qu'elle exerce, ni son origine de produit de la nature et de l'histoire, ni cette prétention de ne rien reconnaître au-dessus d'elle ne sont caractéristiques (2).

Quant à son caractère forcé, les Etats modernes admettent seulement qu'on doit avoir une nationalité, ils permettent d'en changer et on peut simplement être autorisé ou forcé d'abdiquer celle qu'on vous a imposée, ce qui n'est qu'un cas particulier et important de contrainte. La contrainte, nous le verrons, n'est pas un apanage de l'État. Les provinces ou les villes, les intérêts régionalement groupés sont, au moins autant que les Etats composites, des pro-

(1) V. sur ce point Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, trad. Fardis, p. 108.

(2) V. ces caractères exposés dans les *Éléments de droit constitutionnel*, de M. Esmein, 5e éd., p. 28 et suiv. Nous regrettons de ne pas nous ranger d'une façon complète aux idées de l'éminent publiciste, bien que nous soyons heureux d'admettre son principe à un autre point de vue.

duits de la nature et de l'histoire, et la prétention de ne rien avoir au-dessus de soi est bien chimérique pour tant d'Etats soumis à l'intervention du dehors : nette ou déguisée, résultant de traités ou de traditions internationales.

Par conséquent, sans vouloir réduire le rôle de l'État à une situation secondaire, à une autorité fédérale centralisant les renseignements de fédérations professionnelles, laissant toute décision, prévision ou initiative aux producteurs eux-mêmes (1), sans même réduire à un simple rôle de contrôle et de surveillance l'action du gouvernement central (2), nous pensons que ce gouvernement composé d'hommes qui ont leurs intérêts professionnels, n'est qu'un organe de coordination (3), celle-ci d'ailleurs ne consistant pas toujours dans de paisibles arrangements, mais au besoin dans des luttes, des suppressions que le gouvernement fait en usant sa force par certains côtés (d'où des réactions fatales, des abandons d'autres prétentions, etc.), en la développant par crainte des autres. Ainsi il établit des cotes mal taillées (on ne peut faire mieux) entre les intérêts présents, entre eux et les intérêts futurs, pacifiant la société, mais sachant la remuer au besoin, le tout sous peine, s'il déchaîne ses propres appétits, s'il sait mal jouer son rôle de pacificateur et de teneur de glaive suivant les cas, de tomber victime des intérêts qu'il a froissés, lésés. Voilà le pouvoir fort, mais limité de la loi d'État, avec les heurts, les luttes, les Révolutions qu'il comporte dont la trame mêlée de tant de fils divers forme l'histoire, qui n'est guère le triomphe d'un droit pacifique et calme sur lequel le grand désir de sécurité voudrait se reposer.

(1) V. Maxime Leroy, *Les transformations de la puissance publique*.

(2) V. Duguit, *Le syndicalisme*.

(3) N'est-ce pas au fond l'idée de M. Duguit quand il dit : les gouvernants sont les représentants de cette majorité formée de la participation consciente et réglée de tous les partis et de toutes les forces,.. Ils n'ont d'autre pouvoir que celui d'accomplir l'obligation d'employer leur force à protéger l'interdépendance sociale, *op. cit.*, p. 48. — Cf. Hauriou, *Droit administratif*, 6e éd., Préface, p. 9, qui nous dit que l'État n'est pas une souveraineté, mais l'institution des institutions.

Ainsi compris, ou tel que l'impose la nécessité même des choses, le droit nous apparaît vivant, et le droit privé ne nous semble ni inférieur, ni supérieur au droit public. Nous ne pouvons accepter de dire avec Jellinek que « tout droit privé est lié pour sa reconnaissance et sa protection à un droit public et que par suite tout le droit privé repose sur le sol du droit public (1). C'est son égal. Ces droits ont chacun leur fonction, leurs forces s'entremêlent.

On dira peut-être que si les contrats ont tant de force, c'est parce que la loi veut bien les reconnaître. Le contrat ne vit que par sa reconnaissance légale. C'est encore une idée purement juriste, c'est-à-dire inspirée de ces constructions juridiques toutes subjectives, œuvres théoriques et surtout didactiques, éloignées du souffle vivifiant des réalités. Or dans la réalité, la loi a-t-elle créé les contrats, l'effet juridique de la volonté privée. Elle organise, elle modèle tout au plus. Peut-elle dire qu'elle a créé et qu'elle soit libre de supprimer. Mais qu'elle l'ose ! Le contrat a l'air d'être son prisonnier, mais c'est lui qui la tient. Elle peut ruser avec lui, l'atténuer, dans sa portée, finasser, limer de côté et d'autre. Et c'est tout.

Si telle est la réalité qui doit s'imposer à l'esprit des gouvernants, il est bon qu'une certaine idée de souveraineté inclinant les esprits à l'obéissance, évite les conflits trop nombreux (2), pour que ceux-ci n'éclatent que pour les cas qui en valent la peine. En un mot, il est sage que l'idée de souveraineté soit considérée plutôt comme une idée d'art social que de sociologie, bien qu'il soit difficile de dire l'empire qu'elle doit exactement avoir

(1) *Das Recht des modernen Staates*, t. I, p. 340.

(2) Car en un sens, il y a incontestablement une sorte de souveraineté nationale, en ce que les lois ne peuvent s'appliquer sans un certain assentiment du public, que sans lui le gouvernement ne peut imposer sa volonté (V. sur ce point, les remarques très exactes de M. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 233, 5e éd.). Mais de ce fait, qui est une limite du droit, il nous semble exagéré de déduire un principe de droit.

pour détourner les hommes à la fois de l'anarchie et de la servitude. C'est là un second point de vue plus juridique, le droit étant en grande partie un générateur de sécurité, mais non pas soulement cela (1).

Sans doute il y a une certaine contradiction si on émet une idée dont on méconnaît la valeur à l'observation et que l'on proclame utile techniquement dans l'organisation sociale. Mais cette opposition n'est-elle pas fréquente et le droit n'est-il pas une combinaison imparfaite et assez fragile de données opposées entre lesquelles il faut faire régner une certaine paix sociale.

Remarquons accessoirement, sans vouloir faire autre chose que de marquer le lien entre les divers problèmes, que ces idées nous font toucher également le problème de la coutume soulevé depuis quelques années par M. Gény, puis repris par M. Lambert.

Résoudre les questions qui se présentent, réagir contre des solutions jugées regrettables, parfois prévoir les difficultés qui se présenteront, voilà évidemment le rôle pratique du droit. Celui-ci peut s'élaborer de diverses façons : soit par la volonté des initiés au droit, c'est ainsi que pratiquement se forme la coutume, ou même simplement des hommes d'affaires, ainsi s'établissent certains usages, soit par l'intervention de non juristes, patrons ou ouvriers, imposant leurs volontés par ce que j'ai appelé des règlements privés, soit encore par la loi, produit de la réaction

(1) Jellinek a très bien dégagé ce double point de vue (*L'Etat moderne et son droit*, trad. Fardis, I, p. 8 et suiv.), et montré que l'absence de perceptions nettes sur le caractère de l'Etat engendre de nombreuses obscurités. Peut-être cependant exagère-t-il, quand il dit à ce sujet que la méthode juridique saisit dans l'abstrait les règles juridiques et en déduit toutes les conséquences qu'elles comportent, que le juriste n'étudie dans le droit que les normes et leur contenu abstrait, le surplus étant réservé à la science sociale. Ainsi enfermé dans la pure logique, le droit ne s'occupera que de donner la sécurité, ce qui n'est pas tout. Il faut reconnaître qu'il y a autre chose, ou bien dire : outre une limite naturelle, le droit a une limite civile, il faut parfois selon le mot de Montesquieu, voiler la statue de la liberté, ce qui rétrécit singulièrement son rôle.

populaire contre des abus ressentis (1) ou enfin même parfois par cette vue supérieure de difficultés à prévoir.

Ainsi donc, je ne donne pas pour fondement à la coutume une volonté générale, mais simplement la volonté des intéressés ou de certains qui, étant au courant de ce genre de difficultés, ont chance pour donner une bonne solution. Il en est de même pour les législateurs qui nommés par tous ont chance de traduire des intérêts collectifs très larges et non de petits intérêts de personnes, de groupes, de partis. Il nous semble que ceci est aussi près des faits que possible.

Chacune de ces formes, loi ou coutume, en lutte naturelle avec les autres est cependant acceptable. Le droit qui doit traduire des principes supérieurs ne peut en fait être que le produit des gens d'une profession réglementant leur profession ou la faisant réglementer pas des contrats qui introduisent des usages, des jugements qu'ils obtiennent et forment précédent, etc. En face, tout groupement tendant à l'abus, et y arrivant d'autant plus facilement qu'il est professionnalisé, c'est-à-dire qu'il est armé pour cela et qu'il pense continuellement à cet ordre de questions, il y a la loi générale, qui souvent est la réaction des victimes, elle est la plus forte, elle frappe énergiquement, mais souvent à côté. Tout cela en fait peut se combiner et les lois générales, les coutumes souvent faites uniquement par des groupes professionnels de façon réglementaire ou de manière inconsciente, peuvent coexister pour se maintenir dans un certain équilibre variable, qui a quelque chose de relativement juste.

Ainsi donc, tous les modes de production du droit se tiennent ; on aurait tort de les séparer (2). Le faire, c'est s'occuper de l'ana-

(1) Les lois étant faites à ce point de vue pour plaire à quelqu'un et parfois aussi pour lui déplaire, comme le remarque M. de Tourtoulou.

(2) V. en ce sens Lambert, *Etude de droit commun législatif*, t. I, p. 804, qui montre que lois et coutumes ne se sont dissociées que tardivement et ont à des degrés divers, des traits communs : les mêmes éléments n'y entrant pas pour les mêmes parts.

lyse de laboratoire et non de la vie. Chaque corps est spécialement apte à faire tel genre de réglementation. De ces réglementations diverses, naissent des conflits. Comment prétendre de façon absolue les résoudre toujours en une certaine forme et le faire de manière satisfaisante ?

CHAPITRE II

L'AUTORITÉ PRIVÉE

Quel est le rôle social de l'acte juridique ? A première vue, il paraît simple et il avait été déjà aperçu par les Romains. C'est de procurer à celui qui a besoin de tel ou tel objet, de tel service, ce qui lui paraît utile. Et suivant l'objet promis, l'acte juridique le plus usuel, le contrat peut se distinguer comme contenant exclusivement des obligations de donner, ou de faire, ou l'une et l'autre de ces obligations. De là la traditionnelle division des contrats bilatéraux : *do ut des*, *facio ut facies*, *facio ut des*, *do ut facias*.

L'acte juridique peut socialement avoir une portée beaucoup plus considérable que ce rôle d'échange de prestations ou d'objets. Il peut avoir pour résultat de créer de véritables autorités privées, c'est-à-dire de créer entre les personnes des inégalités de droit, de donner aux uns un pouvoir, une situation juridique prépondérante par rapport aux autres. Les textes, d'ailleurs, y font allusion. Ce n'est pas seulement l'article 372 du Code civil qui parle de l'autorité des parents sur leurs enfants mineurs, c'est l'article 60 du Code pénal qui parle comme d'un cas de complicité de « l'abus d'autorité ou de pouvoir ».

Quand peut-il y avoir autorité ?

Cela se produit dès que l'on rencontre, en faveur d'une personne, tel ou tel des attributs que l'on trouve d'ordinaire dans l'autorité ; que ce soit un véritable droit de direction sur le patrimoine ou les actes d'un autre, ou que ce soit un véritable droit de justice privée, ou d'exécution privée, comme nous le verrons plus loin, ou celui de faire un règlement privé comme nous l'avons vu.

La direction donnée au patrimoine d'autrui apparaît principalement sous la forme juridique du mandat, lorsque le mandataire jouit de droits spécinux comme celui de choisir les actes qu'il fera, ou la faculté de ne rendre compte que dans certaines conditions.

Une personne prend un mandataire pour la représenter dans un contrat de mariage, dans un acte notarié quelconque après lui avoir donné des instructions précises sur tous les points, comme cela arrive fréquemment, si un clerc représente un client dans un acte. Celui-ci est un simple porte-parole. Il n'a aucune autorité. Mais fréquemment se présentent des hypothèses où apparaissent pour le mandataire une autorité, des pouvoirs de plus en plus grands, celui-ci ne répète plus simplement des ordres donnés : il a à faire preuve d'initiative, à choisir entre divers actes d'intérêt divers pour le mandant. Chargé de vendre une ferme, il aura à voir s'il doit la vendre en bloc ou en détail. Chargé d'administrer tout ou partie d'un patrimoine, il aura à faire les actes qui lui paraîtront avantageux : vente, louage, achat, société, assurance. Et il faut remarquer qu'il n'aura pas seulement à s'abstenir d'actes fautifs ou de négligences. Dans les limites des actes permis, il y a une très large zone ; tel individu chargé de gérer un patrimoine emploiera les sommes d'argent liquides en achats d'immeubles, tel autre en prêts sur hypothèque, en achat d'actions ou d'obligations. Tel individu vendra ses coupes de bois sur pied, tel autre vendra les arbres une fois abattus, etc. Le mandataire se trouve donc investi du droit de donner une véritable direction au patrimoine d'autrui.

On peut donc dire que tout administrateur du bien d'autrui se trouve par là même investi d'une véritable autorité à l'égard de celui-ci. Cela est vrai, non seulement du mandataire, notaire ou agent d'affaires qu'une personne peut choisir pour gérer ses intérêts, mais surtout de ceux que l'on nomme mandataires légaux, tuteurs, administrateurs, liquidateurs, syndics de faillite. Cela est vrai aussi des gérants ou administrateurs de sociétés civiles ou commerciales, par intérêt ou par actions.

La loi s'est préoccupée en thèse générale de cette puissance que le mandat peut assurer au mandataire, de là deux dispositions capitales ; l'article 1988 Civ., et l'article 2002.

D'abord le mandat est présumé ne comprendre que les actes d'administration. La loi ne lui interdit pas de comprendre des actes de disposition, elle permet même d'autoriser tel genre d'actes de disposition en général : par exemple tous les emprunts, toutes les aliénations nécessaires. Mais il y a du moins une interprétation restrictive qui est ici de rigueur, de sorte qu'on ne peut faire aucun acte de disposition, si ceux-ci n'ont pas été autorisés expressément et que, parmi les actes de disposition, on ne peut faire que ceux des catégories qui ont été visées (1).

C'est peu relativement, mais c'est quelque chose cependant. En effet d'un côté on admet que l'article 1988 n'a pas pour but de faire peser la portée de chaque acte, de chaque vente séparée, de chaque emprunt, mais du moins on empêche que le mandat ne soit trop largement interprété et donné par trop à la légère pour tous les actes, sans préciser davantage.

Ensuite l'article 2002 déclare que le mandat est toujours révocable (2). Si puissant que soit le mandataire, sa puissance se trouve paralysée en ce que le mandant peut toujours y mettre fin.

Il y a sans doute une responsabilité corrélative, lorsque le mandataire n'est pas un mandataire passager, mais que l'exécution de son mandat devient sa fonction principale et prépondérante. Mais cette question est pleine d'obscurité en jurisprudence et nous ne pouvons ici que l'énoncer. En effet tandis que certains tribunaux admettent que le mandataire qui s'emploie exclusivement dans l'intérêt du mandant peut être révoqué sans indem-

(1) Ces idées se trouvent impliquées dans un jugement du Tribunal de la Seine du 19 avril 1901, *Rev. de dr. civ.*, 1903, p. 908 et un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1905, D. 06.1.7, *Rev. de dr. civ.*, 1906.1.164.

(2) V. de même, Code fédéral des obligations, article 40 et Code civil allemand, article 671.

nité (1), d'autres décisions plus équitables admettent dans des cas de ce genre qu'un contrat de travail soumis à l'article 1780 du Code civil, se trouve en quelque sorte superposé au contrat de mandat, qui est essentiellement un contrat de représentation. De la sorte, si la qualité de représentant peut être enlevée à tout moment, en rompant ainsi le contrat, si on le fait sans motif légitime, on s'expose à la même responsabilité que le patron qui agirait de la sorte vis-à-vis d'un ouvrier (2). En tous cas signalons que si cette responsabilité se dégage, la puissance du mandataire s'en trouvera accrue. Mais il restera toujours, sauf cette question de responsabilité, cet avantage pour le mandant de pouvoir toujours supprimer le mandat, cet avantage aussi de pouvoir supprimer ses instructions pour en donner d'autres. Car il n'est pas douteux que lui, mandant, reste toujours légalement le maître de l'affaire. Il peut donc faire changer les clauses de l'affaire à traiter, en faire passer une autre, pourvu que, sous couleur de modification, il n'arrive pas à imposer un nouveau mandat totalement différent (3).

En tous cas, en dehors de toute controverse, reste le droit du mandataire de ne pas se voir enlever ses pouvoirs, lorsque le mandat lui est donné dans un intérêt qui lui est commun avec le mandant ou qui l'est entre celui-ci et un tiers (4).

Ainsi donc grâce à ces limitations, à ces responsabilités encourues, le mandataire, même dans les cas les plus simples, se trouve jouir d'un certain pouvoir, puisque pratiquement il gère

(1) V. Lyon, 27 janvier 1904, *Revue de droit civil*, 1904, p. 437. V. Baudry et Wahl, *Mandat*, nº 812.

(2) V. Paris, 27 décembre 1894, D. 95.2.493 ; Lyon, 6 avril 1895, D. 95.2. 431 ; Cass., 5 décembre 1904, *Revue de droit civil*, 1906, p. 414 ; Cass., 16 avril 1907, D. 07.1.445 ; Paris, 9 février 1909, *Revue de droit civil*, 1909, p. 413. — Cf. Planiol, t. II, nº 2257.

(3) V. notre étude, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Revue de droit civil*, 1907, p. 271.

(4) V. Cass., 11 février 1891, S. 91.1.121 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 652, § 416, 4e éd. ; Planiol, t. II, nº 2257 ; Baudry et Walh, *Mandat*, nº 810.

en même temps que les siens d'autres intérêts. Il peut devenir socialement une certaine puissance.

Mais si le mandat existe dans des conditions spéciales, s'il se trouve irrévocable en fait ou en droit, si le mandant ne peut donner ses instructions, s'il ne peut que difficilement exiger des comptes fréquents, le pouvoir du mandataire va s'accentuer.

Si nous supposons que celui-ci jouit d'une situation spéciale à ces divers points de vue, qui sont ordinairement réunis, nous verrons son autorité se mieux dessiner.

Cela arrive d'abord dans les mandats légaux ou judiciaires où le mandataire n'a d'ordinaire à rendre compte que son mandat terminé, ce qui est déjà une garantie d'indépendance.

Ne pouvant recevoir d'instructions entre temps, car il n'agit pas sous la surveillance constante du représenté, il se trouve par là-même investi d'une puissance privée considérable. C'est le cas du tuteur qui n'a à rendre compte qu'à la fin de sa charge, du père administrateur légal. C'est le cas du syndic de faillite, du curateur à succession vacante, du liquidateur de congrégation. C'est le cas aussi des administrateurs ou gérants de sociétés ou d'associations et de façon générale de tous ceux qui représentent beaucoup de mandants à la fois. Celui qui a beaucoup de maîtres, souvent n'a plus de véritable maître.

Même pour certains de ces mandataires, leur indépendance est telle vis-à-vis du mandat qu'ils représentent, qu'on est obligé d'expliquer qui est exactement leur mandant, car on ne le sait pas à première vue. Ainsi pour le syndic de faillite, on est obligé d'indiquer qu'il est le représentant de la masse des créanciers, car cela n'apparaît pas de prime abord. Parfois même, on discute pour savoir qui est exactement le mandant, comme pour le liquidateur de congrégation. Représente-t-il la congrégation ou les ayants droit au reliquat (1)? En fait, re-

(1) V. Cass., 12 avril 1905, *Revue de droit civil*, 1908, p. 111; Cass., 12 avril 1907, S. 1908.1.161 avec note de M. Chavegrin et Cass., 12 mai

connaissons que souvent la multiplicité des représentés, l'impossibilité pour eux de donner des instructions au représentant, font que, sur cette construction juridique de la représentation, s'érige un véritable pouvoir privé, si différent de la représentation ordinaire qu'il n'est pas rare de voir le représentant plaider contre un représenté, un syndic plaider contre un créancier : le mandant, maître théorique de l'affaire devient un chétif personnage devant son mandataire.

Toutes ces personnes sont théoriquement des mandataires. On doit admettre par suite (sauf pour les gérants de sociétés nommés par les statuts et les tuteurs) qu'ils sont révocables. Mais il y a loin de là à la réalité du droit. Etant donné les circonstances : minorité du représenté, absence des actionnaires ou associés qu'on ne voit qu'à de rares intervalles, situation spéciale du tribunal qui a pu les nommer et qui ne peut constamment et de lui-même intervenir pour donner de nouvelles instructions, ou contrôler leurs actes, le mandataire se trouve avoir des pouvoirs, il a socialement une certaine autorité.

Cela peut paraître peu, puisqu'un jour viendra nécessairement où il faudra rendre des comptes et dégager leur responsabilité. Mais d'abord, pour les insouciants, ce long répit accordé est quelque chose. Pour tous, ils mettent leur responsabilité à couvert, à condition de n'être pas fautifs, or l'absence de faute est un cadre assez large, où peut se mouvoir, avec ses coudées franches, l'activité d'un homme intelligent.

Quant à la façon de rendre compte, sans faire état de ce que la discussion du compte est plus difficile lorsqu'il porte sur des opérations anciennes, elle devient, dans certains cas, très favorable au mandataire, lorsqu'il peut arguer d'un intérêt à ne pas préciser les détails : tel l'administrateur de la société anonyme qui peut invoquer l'intérêt de la société à ne pas dévoiler au grand

1908 avec note de M. Chavegrin, *Revue de droit civil*, 1907, p. 602 et 1908, p. 702. — Cf. la note de M. Dalmbert, S. 1907.2.105.

jour de l'assemblée des actionnaires le secret des affaires sociales, pour ne pas renseigner des concurrents qui peuvent être parmi les actionnaires mêmes. Nous avons donc, dans ce cas spécialement important en pratique, un mandataire qui peut refuser à ses mandants des comptes détaillés, de sorte que ceux-ci ne peuvent que le révoquer, le remplacer par d'autres qui examineront les affaires passées ou en cours, demanderont des comptes. Nous avons par cela même un mandataire, dont la responsabilité ne peut que difficilement et dans des cas graves, être mise en jeu. En effet, le mandant n'a pas de renseignements précis sur les actes accomplis, c'est seulement le hasard ou des recherches difficiles qui lui donneront la preuve des fautes des administrateurs. Et pour qui sait avec quelle facilité une assemblée d'actionnaires donne souvent des quitus, il y a de quoi tranquilliser bien des administrateurs.

La loi s'est préoccupée sans doute de ces difficultés, mais sans vue d'ensemble. Tantôt elle a obligé pour certains actes à se munir d'une autorisation spéciale : tuteur, syndic. Mais ceci est encore plein de lacunes : rien de précis pour l'administrateur de société, aucun texte, jusqu'à ces derniers temps, pour le père administrateur légal. La jurisprudence y a suppléé de son mieux. Tantôt la loi oblige à rendre compte à des intervalles relativement rapprochés : administrateur de sociétés anonymes (bilan annuel, loi du 24 juillet 1867, art. 32) ou elle permet qu'on établisse cette règle comme pour le tuteur (art. 570, C. civ.). Tantôt la loi établit un organe de surveillance soit avec des pouvoirs précis, comme le commissaire de surveillance des sociétés anonymes, soit sans mission bien définie comme le subrogé tuteur, le juge-commissaire.

Si nous sortons du mandat proprement dit, nous voyons l'autorité privée se dégager dans les mêmes conditions, lorsqu'il y a legs ou donation avec charge. La charge est un procédé très souple, dont le but peut être différent suivant les cas : assurer l'exé-

cution d'un acte en faveur du donataire ou d'un tiers déterminé, ou du donateur. La charge peut exister en faveur de tiers indéterminés : ce peut-être une donation à charge de donner des prix, de fonder un sanatorium pour les tuberculeux.

Dans ce cas, qui est le seul où naisse une autorité privée, le donataire se trouve investi d'un pouvoir spécial. Il a à choisir les personnes qui lui paraîtront les plus dignes de profiter de la donation. La société chargée d'attribuer un prix fera choix du plus méritant. Elle aura souvent à faire le règlement du concours, à en indiquer la date, les conditions d'exécution, le jury, etc. La personne chargée de fonder et administrer un hôpital choisira des candidats en présence qui est le plus digne d'être admis. Le bureau de bienfaisance, recevant un legs pour les pauvres verra comment il doit faire la répartition, sous quelle forme : dons en nature ou en argent, secours répétés ou donnés en une fois, etc.

Ainsi, en se maintenant dans les termes mêmes de l'acte, le gratifié a un large pouvoir : si large que l'Etat l'a vu souvent d'un œil défavorable : il craint que cette exécution des charges ne soit faite suivant des visées politiques ou du moins ne les favorise. De là ces ardentes discussions qui se sont élevées sur les fondations et surtout les fondations privées (1). Les questions de technique juridique et même les questions économiques qu'elles soulèvent sont moins importantes que celle de l'autorité privée qu'elles établissent.

(1) V. notamment les controverses auxquelles a donné lieu la fondation purement privée de l'hospice du Fenestrel (Cass., 12 mai 1902, D. 02.1.425) où le défunt chargeait ses exécuteurs testamentaires de fonder un hospice sans demander aucune autorisation administrative, à propos desquelles MM. Lévy Ullmann et Grunebaum Ballin, sans aborder nettement ce point, le laissent deviner, en disant que la fondation est nécessairement de droit public, vise à l'intérêt général (Des fondations par testament. *Rev. de dr. civ.*, 1904, p. 230 et 236). Les étatistes sont en effet inquiets de l'autorité que la nature même de l'institution confère aux chefs d'une fondation privée. Comme il y a une autorité indépendante, ils y voient volontiers un Etat dans l'Etat, et cette expression éveille en eux les mêmes sentiments qu'il y a trois siècles chez le cardinal de Richelieu.

La puissance légale donnée au donataire se trouve en outre augmentée en fait par l'absence de surveillance à son égard. Le donateur sera bien en fait respecté, pendant sa vie, dans ses intentions à raison des liens affectueux qui d'ordinaire l'unissent au donataire. Mais s'il est mort ou s'il s'agit d'un legs, le donataire ou le légataire ne sont plus surveillés, il ne restera, s'ils n'observent pas exactement les conditions imposées, qu'à agir en révocation conformément à l'article 953 du Code civil. Cela sera-t-il possible si la donation a été simplement un peu déviée de son but, si on a agi sans mauvaise volonté, si son esprit plutôt que sa lettre a été violé ? Question controversable, ce qui écartera les procès d'héritiers souvent éloignés, ignorants de leurs droits et s'en désintéressant dans une certaine mesure (1).

M. Geouffre de Lapradelle (2) donne même à ce sujet une solution très grave. Quand une fondation est faite non par legs *sub modo*, à une personne morale préexistante, mais par don ou legs à une personne civile nouvelle, l'action en révocation est déniée aux héritiers, car à supposer qu'ils agissent, la personne se dissout et ses biens reviennent à l'Etat, dès lors les héritiers sans intérêt sont sans action. S'il s'agit d'une donation par l'intermédiaire d'une personne physique, la situation est la même. Bien mieux, si comme il arrive souvent cette personne n'est pas l'héritier, ni celui-ci, ni ses successeurs ne sauraient avoir d'action en révocation contre l'être moral auquel leur auteur n'a pas donné, ni pu donner, puisqu'entre eux il n'y a pas eu coexistence.

Ces solutions nous paraissent discutables, car aujourd'hui se dégage de plus en plus cette idée que les biens d'une fondation

(1) Aussi on comprend très bien que la Société d'Etudes législatives ait demandé un contrôle de fondations pour éviter les abus de pouvoirs des administrateurs. Ce contrôle nous paraît absolument indispensable et nous souscrivons à toutes les propositions qu'elle a faites sur ce point (V. le rapport de M. Saleilles, *Bulletin de la Société*, 1900, p. 188) ; le rapport verbal de M. Larnaude, même année, p. 280, et les observations sur ce rapport, p. 311 ; enfin le texte définitif de la Commission, p. 445 (art. 12 et suiv.).

(2) *Des fondations*, p. 311.

doivent rester affectés au même but, si la fondation disparaît. Nous ne faisons qu'énoncer cette idée que nous avons par ailleurs développée(1). En second lieu, il faut voir, dans le legs avec charge fait à une personne physique qui doit créer la fondation, un legs implicite à la fondation, le prétendu légataire étant surtout un exécuteur testamentaire chargé d'une mission plus grave (2). Dès lors on peut facilement reconnaître un lien juridique entre l'héritier et la fondation, et cela dans tous les cas. Ce n'est qu'une conséquence d'une idée qui nous semble certaine et que nous avons cherché également à démontrer.

Observons encore que l'action révocatoire suppose des héritiers, que très souvent celui qui fonde n'en a pas, et qu'il les a exhérédés ou que, ne trouvant rien dans la succession, ils l'ont répudiée.

Ne faut-il pas aussi tenir compte de ce que les héritiers n'ont aucun droit de surveillance sur le donataire, qu'ils ne peuvent exiger de lui une justification quotidienne ou même à intervalles éloignés de sa conduite et que souvent ils ignorent la déviation dans l'exécution ou n'en auront pas la preuve.

De tout cela ne résulte-t-il pas pour le donataire, surtout lorsque la charge est à longue exécution, comme dans la fondation, une maîtrise toute particulière sur des biens qui ne doivent pas être employés à son profit. N'arrivera-t-il pas un moment où les héritiers ignoreront leurs droits et où le mandataire du défunt sera de plus en plus le maître ?

Des donations avec charge, il faut rapprocher les donations ou les legs avec faculté d'élire. Rien de plus usuel et de plus raisonnable que ces actes. Un individu remet une somme à une société savante ou sportive ou charitable, à charge de la donner au plus méritant dans un concours à ouvrir, à charge de la décerner à celui qui fera dans un certain délai la découverte la plus utile,

(1) V. Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. *Rev. de dr. civ.*, 1907, p. 287.

(2) V. notre étude *Des droits éventuels*, p. 61 et suiv.

pour l'aviation, à charge de l'attribuer à tel inventeur, à celui qui fera un travail de tel genre, ou à une famillle nombreuse et digne d'intérêt, laissant ainsi au gratifié une certaine liberté d'appréciation.

Ou encore on fait un legs, à charge pour le légataire de remettre le montant de son legs ou une partie à un tiers qu'il choisira, par exemple au plus méritant de ses enfants, aux parents du défunt qui sont le plus chargés de famille, à ses ouvriers les plus pauvres, aux anciens condisciples ou amis du défunt, à qui la fortune a été contraire. Toutes ces dispositions sont raisonnables (1). On ne pourrait trouver de critiquable que la charge de choisir comme bénéficiaire qui on voudra. Mais ce legs, qui serait absolument insensé, ne pourrait à ce titre produire aucun effet. Au contraire, du moment qu'il y a une limite à la faculté d'élire, de telle sorte qu'elle s'explique par un motif sérieux (2),la libéralité est valable C'est déjà la solution de l'Ancien droit et du droit romain. Même l'ordonnance de 1735 prit soin de valider expressément les legs de ce genre et de résoudre certaines des difficultés pratiques qu'ils présentaient. Mais la loi du 17 nivôse an II, art. 23 et celle du 7 fructidor au II, art. 3, déclarent la faculté d'élire nulle et de nul effet. Le Code plus sagement a été muet sur la question. Car on ne peut invoquer sérieusement l'article 895 qui déclare que par le testament on *dispose* de son bien. Il faut avoir plus que le culte des textes, et avoir celui des mots, pour prétendre qu'il maintient cette nullité. On ne peut pas davantage invoquer utilement un seul passage des travaux préparatoires, où Jaubert déclara que cette faculté ne pouvait plus être conférée,à moins d'avoir gardé le respect excessif suranné des travaux

(1) V. sur cette question, Tullerie, *De la faculté d'élire en matière de legs*. Thèse de Paris, 1907. Wahl, note sous Caen, 9 juillet 1804, S. 00.2.281. Cf. note Labbé, S. 03 2.1. Dubarle, *La faculté d'élire*. Thèse de Paris, 1908.

(2) Car serait évidemment nul comme prouvant la folie au moins momentanée : le legs à charge d'élire une personne à cheveux blonds, ou portant toute sa barbe, ou habillée de telle couleur.

préparatoires, même dans les passages entachés d'erreurs, comme celui-ci qui contredit l'article 902 à propos de la liberté de disposer.

Malgré cela, la jurisprudence maintient la prohibition de la faculté d'élire (V. Cass., 12 août 1863, S. 63.1.446 ; Cass., 8 août 1826, V. Cass., 8 nov. 1847, D. 31.1.193). Il est vrai qu'aujourd'hui, elle tend à tourner cette prohibition toutes les fois qu'elle en a l'occasion.

Déjà, dans d'anciens arrêts, la jurisprudence a validé les legs faits à des hospices à la charge d'entretenir un certain nombre de lits dans l'intérêt des personnes qui seront successivement désignées par l'évêque (1). Plus récemment, elle a validé le legs fait à une ville, à charge d'employer les arrérages à doter une jeune fille pauvre que désignera l'évêque du diocèse (2), les legs faits d'une fortune à charge de l'employer en bonnes œuvres (3). Enfin la Cour de cassation a admis que le legs fait à un curé pour ses pauvres devait être attribué au bureau de bienfaisance, mais sous l'obligation de se conformer au mode d'exécution que le testateur prescrit, c'est-à-dire distribuer les fonds immédiatement par l'intermédiaire du curé (4).

D'ailleurs la doctrine est également favorable aujourd'hui au legs avec faculté d'élire. Après avoir manifesté une belle unanimité contre cette faculté, elle montre aujourd'hui des opinions discordantes (5), elle a d'ailleurs fait depuis longtemps certaines con-

(1) Agen, 3 juillet 1854, S. 54.2.405 ; Cass., 10 mars 1855, S. 55.1.548. Planiol, t. III, n° 3003 et *Rép. de Béquet*, V° *Comptabilité de fait*, n° 200. V. cep. *contrà*, Tissier, *Dons et legs aux établissements publics*, n° 444, et *Rép. de Béquet*, V° *Dons et legs*, n° 444.

(2) Caen, 9 juillet 1894, S. 00.2.281.

(3) V. Bourges, 11 janvier 1887, D. 87.2.80 ; Nancy, 9 décembre 1901, D. 02.2.270. V. Dalloz, *Code civil annoté*, art. 900, n° 44 et suiv. D'ailleurs pour le cas de legs à fin d'emploi en bonnes œuvres, qui selon moi rentre dans le legs avec faculté d'élire, voyez Audouin, *Des dispositions en faveur de personnes incertaines*, Thèse de Paris, 1900, p. 130 et suiv.

(4) Cass., 21 avril 1908, S. 08.1.233 et la note.

(5) V. pour la nullité, Laurent, t. XI, n° 320 ; Baudry et Colin, *Donations*,

cessions peu logiques, pour le cas où la faculté vise l'emploi des revenus. On reconnaît en effet que la personne du légataire n'est pas incertaine, quand le testateur charge un tiers d'élire un légataire parmi les personnes d'une catégorie déterminée, quand dans ce cas le disposant fixe avec certitude les raisons de faire le choix. Et l'objection que le tiers en ne choisissant pas, empêche le legs de se réaliser, n'est pas décisive, car nous pensons que les tribunaux auraient qualité à son défaut pour faire eux-même le choix ou le faire faire par une personne compétente.

Nous pouvons donc tabler sur cette jurisprudence importante, bien que contestée, pour dire que la faculté d'élire tend à renaître. Et il n'en saurait être autrement. On ne voit pas pourquoi on l'interdirait. Nous avons déjà vu tant d'applications d'une autorité privée conférée par un contractant, pourquoi n'y en aurait-il pas de conférée par un donateur ou un testateur ? C'est sans doute ce qui déplaît à certains, et au fond, c'est là l'argument sérieux que l'on doit invoquer au débat : certaines personnes ne veulent qu'une catégorie d'autorité : l'autorité publique, comme si cela était possible. Si l'on veut assurer un ordre social, la force même des choses, n'établit-elle pas des autorités privées ? Comme cela résulte de mes explications précédentes, les autorités publiques sont manifestement insuffisantes en nombre et trop extérieures à bien des points de la vie sociale pour prétendre à un monopole qui n'est que la conception régalienne de la puissance publique, la transposition dans le domaine juridique de la pure idée monarchique, cette simplification outrée des rapports sociaux.

En tous cas cette autorité existe ici ; et il faut signaler immédiatement les moyens de lutter contre les abus qu'elle peut présenter ; ils sont simples : si le légataire avec charge d'élire n'est pas l'héritier *ab intestat*, et qu'il doive garder une partie du legs

t. I, n° 308, avec des réserves pour les cas d'emploi des revenus ; Aubry et Rau, t. VII, p. 70 ; Demolombe, *Donations*, t. I, n° 618 ; Pour la validité, Planiol, t. III, n° 2745 ; Wahl, note précitée ; Tuillerie, *op. cit.* ; Troplong, t. I, n° 848.

ou non, l'héritier *ab intestat*, voyant que la faculté d'élire n'est pas respectée, pourra agir en vertu de l'article 953 et réclamer la révocation du legs. Si la charge a été imposée à l'héritier *ab intestat*, celui appelé à son défaut exercera l'action en révocation dans les mêmes conditions, car le premier appelé n'a de droit que sous la charge d'exécuter les obligations qu'on lui impose, sa réserve restant toutefois sauve. On peut même penser que les bénéficiaires possibles ou l'un d'entre eux pourraient agir en exécution de la charge ou déférer à la justice le choix contraire aux volontés du défunt qui serait fait.

Dans le premier cas, se fondant sur sa prétention d'être désigné, qu'il affirmera volontiers, il pourra assigner le légataire pour le forcer à choisir dans un certain délai. Dans le second, le tribunal se fondant sur le choix contraire aux termes du testament qui a eu lieu et le droit éventuel du demandeur, déclarera que le choix opéré n'est pas valable, qu'il est non avenu et il mettra en demeure le légataire de choisir à nouveau dans un certain délai, sous peine de dommages-intérêts ou même d'astreinte, il pourrait même à la rigueur faire le choix lui-même ou le faire faire par des personnes compétentes (1).

En tous cas, sous ces réserves, il y aurait encore ici constitution d'une puissance privée, sous une forme voisine de celle de la fondation. Aussi comprend-on les rapprochements continuels qui sont faits par les auteurs (2) entre ces deux choses qui aboutissent au même résultat pratique et pour lesquelles on se demande parfois si l'on est dans le domaine de l'une ou de l'autre.

Des legs avec faculté d'élire se rapprochent les dispositions de dernière volonté avec charges secrètes (3). De façon générale, les auteurs et la jurisprudence leur sont plutôt défavorables (4).

(1) V. *supra*, le chapitre L'action en justice et le rôle du juge, p. 838.
(2) V. not. Wahl, note précitée. Cf. Audouin, *op. cit.*
(3) V. à ce sujet, Planiol, t. III, n° 3022 et les arrêts cités. Sieu, *Les charges secrètes dans les dispositions de dernière volonté*. Thèse de Paris, 1909.
(4) V. Aubry et Rau, 4e éd., t. VII, p. 71. — Demolombe, t. XVIII, n° 609.

On prétend qu'il n'y a pas là de vraie disposition, qu'on ne sait pas si le légataire véritable est capable, et surtout l'on redoute les fraudes. Mais cette opinion n'est pas absolument unanime. Il y a des divergences, même dans la jurisprudence. Si on admet cette derniere opinion, ce sera encore un cas nouveau où nous aurons une autorité privée, car le légataire désigné échappera par la nature même des dispositions à un contrôle du tribunal ou des héritiers. On s'en remettra à sa bonne foi pour suivre les instructions sans doute larges du défunt : remise à des bonnes œuvres, à des personnes à choisir, etc.

A côté du droit du patrimoine, dans le droit des personnes, ne trouvons-nous pas aussi une autorité privée : celle du chef de famille sur ses enfants mineurs, du tuteur sur son pupille ou sur l'aliéné interdit. Nous ne voulons pas seulement parler de l'autorité dans la gestion des biens qui est un cas de mandat légal, mais de l'autorité sur la personnne : pour le père, le tuteur, du droit de placer le mineur, l'aliéné où il lui convient, du droit de fixer de quelle manière il sera traité.

Les hypothèses que nous venons de parcourir, bien que diverses en apparence, se ramènent toujours à une construction technique identique, celle de la représentation, qui est aujourd'hui la caractéristique du contrat de mandat (1). A côté du mandat entre vifs, nous avons vu dans le legs à charge de fonder, dans la donation ou le legs avec charge, dans le legs avec faculté d'élire, des mandats qui à la rigueur pourraient se présenter entre vifs, mais qui se présentent surtout comme mandats *post mortem*. C'est donc au fond toujours à la même idée que se ramènent les cas précédents. En effet, comme je l'ai expliqué plus haut (2),

Laurent, t. XI, n° 318. — Cass., 10 février 1870, D. 70.1.200. *Contrà*, Sieu, *op. cit.*, p. 37 et suiv. ; Cass., 7 janvier 1002, D. 03.1.302.

(1) V. sur ce point : Planiol, Examen doctrinal, *Revue critique*, 1893, p. 107.

(2) V. *suprà*, Le chapitre La notion de sujet de droit, p. 370.

qui dit mandat dit pouvoir, et c'est de cette façon seulement que peut s'expliquer l'idée de représentation. C'est même pour cela que le mandataire ne peut pas, comme le voulait Savigny, être considéré comme un simple porte parole, qu'il doit au contraire être traité comme ayant un pouvoir propre, parce qu'il participe à la gestion du droit.

On peut étendre ces notions spéciales et dire que dans tout contrat où une des parties a le droit d'exiger une prestation indéterminée dont elle fixera l'importance suivant ses convenances, elle acquiert par là même une autorité, comme dans tous les cas où une gestion libre non même irrévocable du patrimoine d'autrui lui est donnée.

En effet, une personne a le droit d'exiger d'une autre une prestation plus ou moins étendue, elle a une option, pour employer le terme de la pratique commerciale : ainsi un client traitant avec une maison s'est réservé le droit de doubler sa commande au même prix, une personne s'est fait consentir une promesse de vente, un banquier s'est fait promettre par un autre de consentir à lui réescompter ses traites à concurrence d'un certain chiffre, une usine de métallurgie s'est fait promettre par une mine d'avoir le droit de prendre tout le minerai extrait, si elle le voulait, etc.

Dans tous ces cas, un des contractants a une certaine autorité sur l'autre, puisque, sans que rien soit modifié, il peut à son gré exiger ou ne pas exiger ceci ou cela. Si un contrat de ce genre est à longue durée et s'il porte sur des opérations qui peuvent se répéter, l'une des parties a véritablement barre sur l'autre et peut en profiter souvent pour imposer à son activité une direction.

Le cas le plus net où une autorité apparaisse, c'est lorsqu'il s'agit du contrat de travail. Le patron a un droit de commandement incontestable. Il peut déterminer chaque jour à quel genre d'opération l'ouvrier ou l'employé sera occupé, il lui donne ses instructions. L'ouvrier doit obéir aux ordres du maître et des préposés librement choisis par le maître pour tout ce qui concerne le métier qu'il a accepté de remplir. Ce lien d'obéissance dérive du lien de

subordination qui rattache le locateur de service au patron (1). Le patron qui a plusieurs établissements peut même exiger que le salarié passe d'un établissement dans un autre (2).

Le contrat de travail est certainement le type le plus fréquent de cette subordination d'un particulier à un autre : qui pourrait prétendre que dans l'atelier l'ouvrier est l'égal du patron comme l'est un associé, parce qu'il y a un contrat entre eux. Un atelier exige autant de discipline qu'une administration, sauf qu'au dehors l'ouvrier peut débattre librement les salaires et autres obligations du contrat, même en utilisant les moyens extrêmes comme la grève, pour avoir satisfaction.

Ces autorités privées se rencontrent aussi dans les contrats de société lorsqu'on veut que celle ci se perpétue entre les membres de la même famille. On voit les notaires insérer dans les statuts une clause de ce genre. « Parmi les associés, X....se réserve le droit de se faire remplacer dans tous ses droits et obligations par tel de ses descendants qu'il choisira ». C'est bien une faculté vis-à-vis de ses coassociés, mais une faculté non moindre vis-à-vis de ses descendants parmi lesquels, si l'affaire est bonne, il pourra « faire un aîné » comme on disait autrefois.

On rencontre des faits du même genre dans certaines ventes (3).

En dehors de cela, il y a les rapports juridiques qui existent entre les adeptes d'un culte et ceux qui sont à la tête de cette religion, spécialement entre les prêtres catholiques et leurs divers supérieurs. L'Eglise catholique constituant actuellement une association non déclarée, n'en est pas moins un groupement, dont les chefs ont autorité sur leurs membres, dans les conditions où cela est fixé par le droit canonique qui constitue ici l'usage auquel

(1) V. Baudry et Wahl, *Contrat de louage*, n° 1088 ; Huc, t. X, n° 306 ; Paris, 20 mars 1804, D. 05.2.180.

(2) Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 1727.

(3) V. Paris, 12 juin 1000, *Gaz. Trib.*, 1910, 1re sem., 2,11, *Revue de droit civil*, 1010, n° 2.

l'article 1139 du Code civil fait allusion, ou même la base explicite du contrat (1).

De même les partis politiques organisés en associations exercent une autorité très sérieuse sur leurs membres.

On nous objectera sans doute que dans cette formation d'un pouvoir privé, il y a de l'exagération. En effet, dans tout contrat on trouve une certaine autorité qui pèse d'un des contractants sur l'autre. Quand un industriel a reçu un certain nombre de commandes, par là même il est forcé de refuser les autres, parce que son usine ne peut fabriquer davantage, à moins que le commerçant acheteur ne convienne de retirer sa commande, ou n'accepte d'en retarder la livraison. De même quand un employé a loué ses services, il ne peut entrer chez un autre patron tant que son premier engagement n'est pas résilié. Il est vrai que tout contrat emporte ainsi en fait ce résultat qu'une des parties tient l'autre, que celle ci ne peut se dégager que par une résiliation amiable dont on lui imposera les conditions, que sinon sa liberté est entravée. En ce sens, tout contractant a un germe d'autorité sur l'autre.

Mais cette autorité ne se dégage véritablement que si une personne, au lieu d'avoir un droit dont on peut l'obliger à user, a une faculté. Le droit est une lame à double tranchant : si le débiteur est tenu de s'exécuter, le créancier est tenu d'accepter l'exécution. Si j'ai acheté un objet, je suis tenu d'en prendre livraison, quand même je trouverais qu'il m'embarrasse, qu'il ne me plaît plus. La théorie des offres réelles repose sur cette obligation du créancier de recevoir l'exécution. Mais quand j'ai une faculté, j'ai un droit d'une nature particulière, dont on ne peut

(1) V. *Revue de droit civil*, 1000, p. 705. — Cette autorité est si bien reconnue que la jurisprudence n'accorde la jouissance des églises catholiques qu'aux « prêtres de l'Eglise catholique et romaine » (Bastia, 17 fév. 1008, D. 1002.2. 80 ; S. 1008.273 avec note de M. Tissier. — Cf. Cass., 8 déc. 1000, D. 1010.1.168, Trib. Marmande, 27 déc. 1007 et Riom, 1er mars 1000, D. 1010.2.03).

me forcer à user. Je suis maître d'exiger ou de pas exiger. Par là j'ai barre sur mon débiteur. Sans doute, en fait, la différence se trouve atténuée parce que le débiteur n'a pas toujours intérêt à forcer le créancier à recevoir l'exécution, lorsqu'il y a un droit proprement dit. Plus d'un débiteur ne mettra aucun zèle pour forcer son créancier à recevoir paiement à l'échéance, au contraire. Mais cela n'est pas toujours vrai. Lorsque cela est, par là même, le droit va devenir une arme plus forte pour le créancier, mais d'un genre spécial. Il ne commandera pas à son débiteur, comme s'il y avait une faculté, puisqu'il ne fera qu'user d'un droit proprement dit d'assurer l'exécution de ce qui devait être exécuté, qu'il le veuille ou non. Mais il pourra profiter de sa tolérance donnée par le débiteur pour obtenir l'acceptation d'autres contrats à des conditions plus avantageuses, ou pour empêcher qu'une affaire ne lui échappe. Le négociant qui a prêté de l'argent à un cultivateur en profite, s'il n'est pas remboursé, pour se faire offrir la récolte à un prix avantageux, ou du moins pour l'acheter à un prix convenable.

Tout est donc une question de plus ou de moins : il y a dans tout contrat un germe d'autorité donné à l'un sur l'autre, germe qui peut se développer ou non, suivant les cas, mais qui existe.

A l'inverse, on pourrait nous objecter que si nous voyons de l'autorité partout dans les contrats, mais à des degrés différents, en réalité il n'y en a nulle part. Dans tous les cas que nous étudions, il y a à la base un contrat ; qui dit contrat dit libre volonté des contractants. Mais ici on est le jouet d'une illusion. Le contrat est l'effet de la volonté libre, c'est-à-dire qui n'est ni violentée, ni victime d'erreur ou de dol, ni le jouet d'une maladie mentale. Mais dans ce cadre de la volonté qualifiée juridiquement libre, que d'influences, que de forces s'exercent. L'industriel est libre de ne pas accepter de commande, mais alors il aura ses frais généraux qui courront quand même, parfois dans le contrat on est libre comme l'homme qui a toujours le droit de ne pas acheter de pain et de se passer de manger. La volonté est libre philo-

sophiquement, parfois en fait elle l'est : je puis acheter un roman ou me passer de le lire, voyager l'été ou rester chez moi, mais je puis aussi, par des considérations morales, pécuniaires, etc., être obligé de contracter.

Et regardons maintenant les autorités d'Etat, qui paraissent avoir le monopole du commandement. Les administrés qui leur sont soumis n'ont-ils pas aussi, bien que forcés à l'obéissance en principe, le droit légal et reconnu d'y échapper. Un individu peut n'acheter aucune maison s'il ne veut pas payer l'impôt foncier, placer sa fortune en fonds d'Etat étrangers, s'il veut éviter l'impôt de 4 0/0 sur le revenu, résider dans la zone franche de Savoie, s'il veut éviter les droits de douane, quitter la France et même renoncer à la nationalité française, s'il ne veut pas se soumettre à nos lois et s'il se figure que celles de tel pays étranger sont plus avantageuses.

Ainsi, d'un côté, c'est la liberté, mais mitigée par mille circonstances. De l'autre, c'est l'autorité, mais avec bien des moyens d'y échapper, moins nombreux, il est vrai, mais existant cependant. Et alors ne pouvons-nous pas nous demander si, au lieu d'avoir des choses différentes, entre lesquelles la théorie creuse à plaisir un fossé, nous n'avons pas des choses semblables, mais seulement de degrés différents tenant à ce qu'il n'y a rien socialement de simple, ce qui a voué tant de théories à l'échec, à ce que toute liberté, toute autorité se meut dans un cadre comme tel un promeneur dans les rues d'une ville, qui ne connaîtrait jamais l'horizon infini des champs.

Nous n'avons vu jusqu'ici que dans le détail, dans l'infiniment petit, l'effort d'un contractant pour s'assurer une place prépondérante dans les affaires. Même à cet étiage le fait est important, on voit comment le système des obligations se prête à des combinaisons assurant à telle ou telle maison, à telle personne une place prépondérante, comment dans la lutte économique elles peuvent déjà produire des conséquences importantes.

Mais si nous supposons maintenant ces contrats pratiqués avec tenacité, avec suite, nous voyons alors des puissances juridiques s'accumuler entre les mêmes mains et se décupler par là même. Une puissance privée se développe. Elle peut à son gré, par le jeu de ses combinaisons, raréfier les marchandises, ou les rendre abondantes sur le marché, forcer les individus, en usant de la marge que laisse tel contrat, à agir dans tel ou tel sens.

Ainsi insensiblement nous passons de cette poussière d'autorité privée à une puissance forte, indépendante de l'Etat, et qui peut aller contre les visées de l'Etat, aux trusts et aux cartells dont les combinaisons ont tant attiré l'attention depuis quelques années. Au point de vue économique et juridique (1), le jeu même du contrat, que l'on y voie une société ou une association, fait qu'une puissance énorme s'est constituée à laquelle les tiers se trouvent en fait soumis ou du moins qui réagit contre eux. Souvent d'ailleurs dans ces cartells ou ces trusts, c'est bien par le procédé juridique de la représentation que l'on opère. Plusieurs sociétés prennent les mêmes administrateurs, ou bien une commission patronale fixe la répartition des commandes, la quantité que chacun fabriquera.

Toute autorité a besoin d'avoir à sa disposition des sanctions. Lorsqu'il s'agit d'un mineur, il y a des sanctions spéciales en dehors de l'appel direct aux tribunaux, ou simplement au président statuant en référé ou ordonnant les mesures de correction prévues par les articles 375 et suivants du Code civil. Car les autorités privées ayant besoin d'une obéissance rapide, autre que le lent et coûteux appel aux tribunaux (principe de l'économie de temps et d'activité, satisfait par la sanction rapide), elles ont imaginé des moyens très prompts. En fait on admet un certain appel direct à la police pour ramener l'enfant échappé du domicile paternel. On considère aussi

(1) V. Percerou, *Ann. de droit commercial*, 1807, p. 271 ; Lévy-Ullmann, note dans S. 1901.2.225 ; Dolléans, *L'accaparement* (Thèse Paris, 1902).

que les corrections corporelles infligées dans une mesure modérée par les parents ne constituent pas le délit de coups et blessures, ni même les violences légères prévues par le Code du 5 brumaire an IV (1).

Dans les autres cas, l'autorité privée, a à sa disposition des amendes qui ne sont qu'une application spéciale des clauses pénales (2), ou encore la rupture du contrat sous forme de renvoi de l'ouvrier, de l'exclusion d'un syndicat, de l'expulsion d'une commission patronale et surtout les inconvénients qui peuvent résulter de ces mesures au point de vue de la lutte économique. Dans les associations qui, elles, ont un but moral, la sanction principale est l'expulsion. Dans l'Église catholique, c'est ce que l'on nomme l'excommunication. Dans les partis politiques, c'est l'exclusion du parti. Sous des noms différents, le procédé employé, la mesure prononcée sont les mêmes dans leurs effets essentiels.

Mais l'application de ces mesures, surtout s'il y a contestation, appelle le recours à la justice. C'est ici que le système se perfectionne en rendant l'intervention des tribunaux inutile et en organisant une justice privée.

(1) V. Demolombe, t. VI, n° 300 ; Paudry et Chencaux, *Des personnes*, t. V, n° 135.

(2) V. not. Planiol, t. II, n° 1808. Et chose curieuse, le respect des conventions privées a conduit le Code civil à ne pas donner de pouvoir aux juges pour atténuer la clause pénale même excessive. Au contraire, cette règle se trouve dans le Code fédéral des obligations (art. 182), ce qui aboutit à mettre cette convention, qui établit plutôt une peine privée que la tarification du dommage, sous le contrôle de l'État (V. de même Code civil allemand, art. 343).

CHAPITRE III

LA JUSTICE PRIVÉE

D'une façon générale, on parle de justice privée au cas où une personne poursuit elle-même l'exécution de son droit sans l'intervention des autorités de l'Etat ; tantôt celles ci se désintéressent absolument du conflit entre le créancier qui n'obtient pas satisfaction et son débiteur ; tantôt l'Etat, de façon expresse et générale, ou seulement quand il a l'occasion de le faire, donne son approbation à cette exécution, ce qui est en somme le stade plus avancé, il existe forcément lorsqu'il y a un Etat un peu puissant, lequel a nécessairement à se prononcer un jour ou l'autre. Ce sont des institutions que nous voyons au début du droit romain, dans la *manus injectio* et la *pignoris capio* (1).

Dans un sens plus précis, qui est le seul dont nous nous servirons ici, la justice privée s'oppose à d'autres institutions : à la vengeance privée, institution primitive dont le rôle paraît appelé à décliner dans les sociétés organisées, ou encore à l'exécution privée, qui consiste à prendre directement les mesures contre le débiteur pour obtenir le paiement d'une dette. La justice privée apparaît alors, dans ce dernier cas, comme le fait de s'en remettre à de simples particuliers pour trancher les difficultés qui peuvent naître sur l'existence ou l'étendue d'une obligation. C'est donc parfois un préliminaire de l'exécution étatique ou privée.

Nous ne retracerons pas ici l'histoire bien connue de la justice

(1) C'est en ce sens que M. Cuq emploie cette expression. *Institutions juridiques des Romains*, 1re éd. *Ancien droit*, p. 407, 409 et 678, note 3. — V. de même Louis Crémieu, *La justice privée dans la procédure romaine*, p. 1.

privée dans le droit romain. C'est une chose devenue banale que les anciennes actions de la loi se rapprochaient beaucoup d'une justice privée et n'étaient en quelque sorte que cette dernière régularisée (1). La procédure formulaire elle-même contenait encore d'importantes traces du système primitif avec la désignation du juge, simple citoyen auquel la formule était adressée et qui jugeait seulement d'après les instructions ainsi adressées. Nous voulons laisser ce passé de côté et examiner la question de la justice privée dans le droit moderne, sur le terrain précis de la justice proprement dite, et nous demander s'il est aussi vrai qu'on le dit que la justice privée est une institution primitive destinée à disparaître avec la civilisation, pour laisser tout le champ libre à la justice exercée par l'État qui serait la forme supérieure. Aurions-nous au moins sur ce point une évolution rectiligne nous éloignant toujours davantage d'une forme ancienne ? Cette conception si banale et si inexacte des transformations du droit serait-elle vraie ici ?

Nous allons voir qu'il n'en est rien. L'État est sans doute un organisme autrement puissant qu'il ne l'était aux époques primitives. Malgré sa force, malgré ses ambitions, la pratique actuelle de notre jurisprudence, si individualiste à tant de points de vue, a laissé ou a dû laisser se développer des séries d'organismes privés, qui rendent une sorte de justice sur laquelle les tribunaux de l'État n'ont qu'un contrôle assez étroit. Et c'est peut être le lieu de se demander s'il n'y a pas, dans cette manifestation de la puissance privée comme dans les autres, une sorte d'étiage au-dessous duquel on peut difficilement descendre et si la puissance de l'État n'a pas comme une sorte de plein bord au delà duquel elle ne peut monter, sans des inconvénients que la jurisprudence elle-même a sentis.

Que la justice privée ait souvent de graves défauts, c'est ce qu'il n'y a pas lieu pour le moment d'examiner, mais ce que pour ma

(1) V. Jobbé Duval, *Etudes sur la procédure romaine*, t. I, p. 1 ; Girard, *Organisation judiciaire chez les Romains*.

part je concède volontiers ; bien qu'elle ne soit pas en soi absolument parfaite, la justice d'Etat apparaît comme étant supérieure. Cependant, c'est encore une erreur, une tendance exagérée à la simplification que désire notre esprit, de considérer les formes supérieures comme appelées en toute matière à éliminer les formes moins parfaites, perfectibles ou non Si la justice d'Etat avec son organisation savante peut donner de meilleurs résultats, si elle peut offrir plus de sécurité, elle présente moins de rapidité, de souplesse. Si elle est devenue savante, elle est en même temps devenue si complexe, ses prescriptions multiples ont tant perdu de cette simplicité qui, dit-on, sied aux lois, qu'on ne saurait négliger ce fait (car un fait est toujours important) la popularité acquise par cette expression : le maquis de la procédure. Alors à côté de cette lourde justice, dans notre civilisation occidentale qui est ivre d'activité fébrile, de rapidité, il n'est pas étonnant qu'il s'en forme une autre moins juste peut-être, un peu partiale, mais plus simple, plus rapide, moins onéreuse.

Il y a encore un autre fait ; nous en sommes beaucoup revenus de l'homme éclairé du XVIII^e^ siècle. Nous ne voyons plus guère à quels principes directeurs dont tout puisse se déduire aisément. Il y a une réaction évidente à l'heure actuelle de l'homme technique contre l'homme qui se dit apte à connaître et à juger de tout, du professionnel contre le non professionnel, de l'homme spécialisé contre le non spécialiste, système dû à l'influence de la division croissante du travail social, et vouée évidemment à des retours assez faibles.

Dans l'organisation de la justice, ce mouvement se fait sentir. A la suite de l'école positiviste italienne (1), qui a réclamé des juges uniquement occupés d'affaires criminelles, l'Union internationale de droit pénal s'est occupée à deux reprises de la formation

(1) V. not. Garofalo, *La criminologie*, p. 374.

de magistrats criminalistes, avec une tendance à les séparer des juges civils (1).

Qu'y aurait-il d'étonnant à ce que cettes pécialisation croissante réagit sur la justice civile. Et comme on ne peut avoir des magistrats architectes, cultivateurs, mécaniciens, etc., comme d'autre part, c'est une tendance bien marquée des tribunaux depuis nombre d'années à juger beaucoup en fait, à ne fonder leurs décisions que sur des considérants de fait, est-il étonnant que s'ils renoncent eux-mêmes à dire le droit, au lieu de requérir la nomination des hommes du métier comme experts, on aille directement chez ceux-ci pris comme arbitres ?

Est-il étonnant que dans tel ou tel domaine spécial, prévoyant les difficultés que peut faire naître tel contrat, la rapidité avec laquelle il convient de les trancher, on préfère au lieu de s'en remettre à des tribunaux composés de spécialistes du droit, s'en remettre à des spécialistes des affaires, à des personnes de la même profession, dont la décision sera obligatoire ?

Il y a à ce point de vue pour l'organisation judiciaire un problème très grave. Se trouvant en face de difficultés de toutes catégories qu'il est appelé à trancher, un tribunal est amené la plupart du temps, à se faire renseigner par des hommes techniques, dont l'avis tiendra un très grand rôle, mais qui cependant peuvent voir leurs conclusions discutées devant le tribunal par les deux adversaires. N'est-il pas plus simple et plus court de s'en remettre directement à des personnes honorables de la même profession ou de professions voisines qui trancheront tous les points en litige, presque sans aucun frais ?

Ainsi, grâce toujours au même instrument : le contrat, il arrive souvent en fait que des solutions données par des juges privés investis de la confiance des parties sont substituées à celles

(1) V. Rapports et discussions au congrès de Linz, *Bulletin de l'Union*, t. V, p. 313 et suiv., t. VI, p. 601. — Rapport et discussions au Congrès du groupe français, *Revue pénitentiaire*, 1905, p. 916. — Cf. les observations de M. Cruppi, dans son livre : *La cour d'assises*.

qu'auraient pu donner les magistrats. C'est à cela, à l'augmentation aussi des arrangements amiables qu'il faut attribuer ce phénomène important : la stagnation du nombre des procès, malgré la plus grande activité commerciale du pays (1).

Aujourd'hui ce développement de la justice privée se présente en pratique sous deux formes : d'abord sous celle de l'arbitrage que le Code de procédure a organisé, mais dont la jurisprudence a étendu les conditions d'application. Ensuite là où l'arbitrage n'est pas légalement possible, la pratique tend le plus en plus à dire : il y a une convention privée ordinaire qui sera respectée comme les autres par les tribunaux.

Ainsi donc les mêmes phénomènes se renouvellent, mais cependant avec des caractères différents. On vit au moyen âge les seigneurs profiter des circonstances pour s'approprier le droit de juger les affaires se rapportant à un certain territoire, puis lors du relèvement de la puissance royale, celle-ci jalouse de ses prérogatives chercha à reprendre le terrain perdu, c'est ce qu'elle fit notamment par la célèbre théorie des cas royaux. La Révolution mit le comble à ce triomphe en abolissant définitivement les justices seigneuriales.

Celui-ci paraissait certain et un particulier ne pouvait plus recevoir l'autorité puissante qui consiste à juger qu'en recevant la mission d'arbitre. Les justices détruites n'ont jamais sous leur forme ancienne cherché à renaître, même on n'a pas cherché à utiliser en ce sens la liberté que la loi laissait. On n'a jamais vu une personne chercher à imposer, lors des contrats qu'elle passait, qu'on devrait la prendre pour arbitre en tout occasion. Mais en face de ce passé bien mort, s'élève une autre justice non étatique, professionnelle parfois, mais parfois aussi non professionnelle.

(1) Ainsi la statistique de la justice civile constate que de 1821 à 1900 le chiffre des procès par 10.000 habitants ne présente que des irrégularités assez faibles (statistique de 1900, p. XI). Et les affaires commerciales ont au total diminué de 1881 à 1905.

Le Code de procédure avait cherché à maintenir dans d'étroites limites la clause de compromis, exigeant notamment que les parties aient la libre disposition de leurs droits (art. 1003 C. proc.) et surtout que le compromis désigne les objets en litige et les noms des arbitres à peine de nullité (art. 1006 C. proc.). Il est ici allé plus loin que le Code civil qui veut simplement que l'objet d'une obligation soit une chose au moins déterminée dans son espèce (art. 1129) (1).

Quelles conséquences la jurisprudence a-t-elle tirées de ces textes? Il convient d'abord de le remarquer, ce n'est pas sans difficulté qu'elle est arrivée à établir que l'on assimilerait au compromis la clause compromissoire, c'est-à-dire la disposition arrêtée entre les parties de soumettre la difficulté à naître d'un contrat à des arbitres à désigner par les contractants, ce qui n'est en somme qu'une promesse de compromettre, un compromis éventuel auquel des éléments essentiels font défaut (2). Si une jurisprudence restrictive l'a ici emporté, par contre il a été jugé que les termes de l'article 1006 « le compromis désignera les objets en litige » étaient suffisamment satisfaits par la désignation indirecte de litiges déjà nés ou précisés par ailleurs : par exemple le procès pendant entre les parties (3), les difficultés d'un compte (4). Même elle avait été plus loin autrefois et elle reconnaissait alors la validité de la clause insérée dans un contrat portant qu'un arbitre désigné jugera toutes les difficultés à naître de ce contrat (5) et

(1) V. sur la portée de ces termes, notre étude *Des droits éventuels*, p. 30.

(2) V. en ce sens : Cass., 10 juillet 1843, S. 43.1.502 ; 2 décembre 1844, S. 45.1.70 ; 15 juillet 1879, S. 79.1.361 ; 22 mars 1880, S. 81.1.10 ; Amiens, 10 juin 1884, D. 82.2.164 ; Paris, 5 juillet 1894, S. 96.2.210. Cf. D. *Rép.*, V° *Arbitrage*, n° 454 et suiv. ; *Suppl.*, *eod. verb.*, n° 51 ; *Rép. gén. du dr. français*, V° *Arbitrage*, n° 319 et suiv.

(3) Bordeaux, 22 mai 1832, D. *Rép.*, V° *Arbitrage*, n° 242. Cf. Chambéry, 15 mars 1875, S. 76.2.85.

(4) Lyon, 3 juillet 1850, D. 51.2.134 ; Cass., 20 mai 1831, S. 32.1.34 ; Chambéry, 30 juin 1885, D. 86 2.271.

(5) V. Paris, 7 mars 1843, S. 43.2.141 ; Cass., 17 mai 1836, D. *Rép.*, V° *Arbitrage*, n° 448.

les arrêts de cette époque cités parfois en sens contraire n'ont pas cette portée (1). On permettait donc le compromis sur des difficultés simplement susceptibles d'être déterminées par la suite.

En ce qui touche la personne qui jugera la difficulté, il a été admis, par une interprétation large qui n'a jamais été contestée, que l'on pouvait prendre comme arbitre, notamment pour des difficultés à naître, non seulement un individu désigné, mais une personne indiquée par sa fonction, de sorte même que l'arbitre sera non seulement le fonctionnaire actuel, mais celui qui dans l'avenir, au moment où s'élèvera la difficulté exercera la fonction (2). Cela conduit la jurisprudence à admettre la validité de la désignation des arbitres en tout ou en partie par des tiers (3).

En tous cas, elle admet la façon générale que si la clause compromissoire est nulle, la nullité n'est pas d'ordre public et qu'elle est couverte si on l'a exécutée volontairement (4).

Mais il n'y a là qu'un côté du problème de la justice privée, qu'il était nécessaire d'exposer tout d'abord pour plus de précision.

En dehors de cette théorie de l'arbitrage qui est en elle-même connue, il en est une autre laissée de côté par les auteurs et qui

(1) V. not. Limoges, 24 novembre 1832 ; Lyon, 4 mars 1840, D. *loc. cit.*, n° 451 et suiv.

(1) V. Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VIII, 2e éd., n° 3035 ; Cass., 20 juin 1886, D. 87.1.55 et les autres arrêts cités à la note suivante, *Contrà*, Glasson et Tissier, *Procédure*, t. II, n° 1859. — Au point de vue égislatif, v. Tissier, Réforme du Code de procédure, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 3026.

(2) V. Paris, 7 mars 1843 précité (Conseil judiciaire d'un théâtre) ; Cass., 6 janvier 1846, S. 46.1.618 (chambre de notaires) ; Cass., 17 mai 1836, S. 37.1.154 (chambre des avoués) ; Chambéry, 30 juin 1885, D. 86.2.271 (Juge de paix).

(3) Désignation d'un surarbitre par les arbitres choisis directement. V. Bordeaux, 31 mai 1880, D. *Rép.*, *Suppl.*, V° *Arbitrage*, n° 50 ; Douai, 24 avril 1890, D. 91.2.244 ; Cass., 6 février 1833, S. 33.1.767, sol. implicite (désignation par un tribunal) ; Cass., 12 février 1906, S. 1906.1.492 (désignation par un syndicat).

(4) Cass., 21 juin 1904, D. 1906.1.395 ; Rouen, 21 décembre 1907, D. 1909. 2.303.

présente pratiquement de jour en jour plus d'importance. Ici, les idées sont imprécises, il n'y a plus ni texte, ni doctrine, mais seulement des décisions de jurisprudence qu'on ne paraît même pas avoir cherché à grouper méthodiquement. Le problème qui se pose peut se formuler ainsi. En dehors des conditions de l'arbitrage prévu au Code de procédure, une personne peut-elle être investie par contrat d'une des nombreuses fonctions de la justice ?

A défaut de loi, le Code n'ayant pas aperçu ce problème, on peut établir le système suivant, qui concorde en grande partie avec la jurisprudence et qui est d'accord avec les nécessités pratiques.

La loi en organisant l'arbitrage dans les articles 1003 et suivants du Code de procédure a bien permis à des personnes de remettre à un tiers le jugement de leurs difficultés actuelles et futures, mais elle semble avoir eu conscience de l'abus qui pourrait être fait et elle a précisé que l'on ne pourrait compromettre que sur des points désignés à l'avance. Cette disposition, si elle limite la portée d'application de ce contrat aux effets spéciaux dénommés compromis, n'a pu porter atteinte au principe général de la liberté des conventions ; il dépend donc des personnes qui contractent ensemble de déclarer, en dehors de ces conditions, qu'un tiers sera chargé de fixer tel point dans l'exécution ou l'application du contrat.

Nous ne nous préoccuperons pas d'analyser la formation juridique des rapports qui s'établissent ainsi entre le tiers et les contractants. Supposons pour plus de simplicité que celui-ci a accepté la mission qui lui est confiée. En pareil cas, il se trouve tenu de l'exécuter.

Mais quel est en soi la valeur de la clause qui l'a désigné ? Nous croyons que c'est celle de toute disposition qui accorde à un contractant une faculté. C'est dire qu'elle est valable. En effet un créancier peut librement stipuler qu'il pourra, s'il le veut, exercer tel droit : qu'il achète tel terrain, mais qu'il a le droit d'acheter à un prix de... le terrain voisin appartenant au

même vendeur, pourquoi ne pourrait-il stipuler que tel droit lui appartiendra, si cela est reconnu juste par telle personne ? Pourquoi ne pourrait-il de même convenir que telle personne sera désignée d'avance, pour savoir s'il y a bien eu exacte exécution du contrat : si les marchandises sont de la qualité convenue, si elles ont été livrées en temps voulu, etc. ?

Il semble résulter de cette théorie que l'article 1006 contient une règle bien inutile, puisqu'une convention chargeant un tiers de juger toutes les difficultés d'un contrat peut être valablement insérée dans un acte. Il n'en est rien. L'arbitrage jouit de prérogatives suffisantes pour se distinguer du semi-arbitrage dont nous parlons. La décision de l'arbitre est un véritable jugement auquel il n'y a plus qu'à faire donner force exécutoire par une simple ordonnance (art. 1020). Si les signataires du compromis ont renoncé à l'appel, la décision est irrévocable (art. 1010).

Dans notre cas, au contraire, la décision rendue ne peut être exécutée par la force qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal tout entier. De plus celui-ci pourrait, sur la demande qui lui en serait faite, constater que le pseudo-arbitre a commis un véritable abus de droit, en faisant intentionnellement des constatations inexactes, ou en commettant des fautes graves et il pourrait de ce chef le condamner à une indemnité envers celui à qui il a préjudicié ou décider que sa décision est sans valeur.

On peut même estimer que le tiers ayant manqué à ses obligations en serait responsable dans la mesure où un mandataire ou un individu tenu par un louage d'ouvrage peut l'être. Toutefois les droits du contractant resteraient-ils en pareil cas intacts ? Pas de doute s'il a été complice de la fraude ou de la faute commise par le pseudo-arbitre. Sinon, c'est plus douteux.

Nous arrivons donc à cette première constatation : des contractants par une clause qui ne sera pas un compromis, mais une clause ordinaire soumise au droit commun des contrats, pourront désigner une tierce personne, dont l'opinion sera suivie pour préciser l'étendue d'une obligation, pour trancher un point

douteux. C'est ce qu'a indiqué dans un cas spécial l'article 1592 du Code civil, lorsqu'il nous dit que le prix de la vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers (1). Il n'y a pas ici un compromis, mais une clause ordinaire d'un contrat qui le rend conditionnel ou plutôt éventuel (2). C'est ce qu'a admis la Cour de cassation pour la clause remettant à des experts la fixation d'une indemnité pour frais de culture (3). On admet donc, dans la jurisprudence la plus récente, que la clause d'une police d'assurance disant qu'après sinistre il sera désigné deux experts par les contractants pour estimer le dommage, est une clause obligatoire dans les termes du droit commun (4). Il n'y a donc pas à se préoccuper pour sa validité de l'absence de désignation des experts.

Si des contractants peuvent ainsi désigner un tiers pour trancher des difficultés qu'ils ont ou qu'ils auront, rien ne les oblige à désigner un tiers indépendant, et nous arrivons à cette constatation grave que, dans des difficultés d'exécution, on peut avoir régulièrement désigné pour les trancher un tiers choisi non plus par les deux parties, mais par une seule : par exemple dans le règlement d'une caisse de retraites, on peut n'avoir promis de retraites anticipées qu'aux ouvriers reconnus invalides par le médecin de la Compagnie (5), dans un cahier de charges d'adjudication de fournitures, il est convenu qu'on n'acceptera comme

(1) V. sur cette question dans le Code civil allemand : Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 177 et suiv., 2e édition.

(2) V. sur ces points, Aubry et Rau, 5e éd., t. V, § 349, p. 16, notes 28 et suiv. ; Baudry et Saignat, *Vente*, p. 113 et suiv., n° 135 ; V. Nancy 24 avril 1884 et Bastia, 1er février 1892, D. 92.2.143 texte et note.

(3) Cass., 30 janvier 1865, D. 65.1.67.

(4) V. Trib. Clermont-Ferrand, 8 août 1892, Simonin, *Jurisprudence des assurances*, 3.245 ; Trib. Nîmes, 6 mai 1909, *Revue de droit civil*, 1909, p. 920 et les autres autorités citées. — *Contrà* : Besançon, 23 décembre 1882, Simonin, 2.21 ; Pau, 11 mai 1885, Simonin, 2.73 ; Toulouse, 18 juin 1892 ; — Cf. 2.207.

(5) V. Cass., 22 décembre 1902, S. 04.1.527, *Revue de droit civil*, 1905, p. 137 et Toulouse, 28 février 1901, S. 01.2.164.

bonnes que les marchandises agréées par tel chef de service de l'établissement (1).

Dans une espèce récente, la Cour de cassation a même été plus loin et dans un cartell établi entre fabricants, elle a qualifié arbitrage la clause par laquelle les signataires de l'entente s'en remettaient pour le jugement des difficultés à une commission syndicale nommée par le syndicat des fabricants (2).

La situation est la même que précédemment. Si elle présente en fait plus de danger, il faut noter qu'en sens inverse, le préposant répondant des faits illicites du préposé, le co-contractant sera responsable des fautes graves et du dol que celui-ci pourrait commettre dans son appréciation, on aura donc dans tous les cas le moyen de faire annuler à son encontre la décision fautive du tiers désigné.

Il n'importe, il est déjà important qu'un préposé d'une des parties se fasse le juge de ses contestations. Cependant la clause est pratique : une société de courses convient avec les entraîneurs que les commissaires de la Société pourront disqualifier un cheval ou un propriétaire et l'empêcher ensuite de concourir (3). Sans doute, dans ces cas, les tribunaux ont parfois affirmé des solutions différentes de celles relevées plus haut (4). Mais en fait ils n'en sont pas moins acculés à cette nécessité : considérer l'acte des commissaires des courses comme un simple fait, qui ne peut être désapprouvé et donner lieu à indemnité que s'il est fautif, et dommageable (5). La jurisprudence est obligée de tenir un

(1) V. Cass., 23 novembre 1903, *Pand. fr.*, 04.1.175 et *Revue de droit civil*, 1904, p. 556 ; et Aix, 24 novembre 1864, *Rec. Marseille*, 65.1.98. — V. *contrà* : pour les décisions à confier aux syndics d'une caisse de secours, Dijon, 28 juin 1888, *La Loi*, 6 juillet 1888.

(2) Cass., 12 février 1906, S. 1906.1.492. — Cf. cep. Cass., 28 juin 1886, D. 87.1.55.

(3) V. au point de vue documentaire : Dieudonné, *Recours contre les décisions des fédérations sportives*, thèse de Paris, 1906.

(4) V. not. un arrêt de la Cour de Pau dans Dieudonné, p. 44 et suiv. et Cass., 28 juin 1886, D. 87.1.55.

(5) V. not. Paris, 13 décembre 1904, *Pand. fr.*, 05,2.53, *Revue de droit*

certain compte des décisions rendues, malgré la nullité qu'elle en proclame, malgré l'hésitation très légitime qu'elle éprouve ici, étant donné surtout que les décisions sportives sont applicables partout où s'applique le « Code des courses », que ces décisions peuvent emporter disqualification des propriétaires et des jockeys à temps et même à vie. De plus, comme l'article 1142 du Code civil empêche de forcer une société à laisser courir un jockey ou un cheval dont elle ne veut pas, que les dommages-intérêts seraient alors des plus difficiles à apprécier, on hésite à plaider, et nous touchons encore ici à la limite du droit qui ne peut, dans l'espèce, régir les faits, mais seulement en faire varier un peu le cours.

Le droit d'un des contractants peut même être poussé plus loin. Il se peut que lui-même, lui contractant, se fasse juge de l'exécution ou de l'inexécution du contrat, des mesures à prendre : un patron se réserve la faculté de prononcer des amendes en cas de malfaçons, de fautes de son personnel ; les statuts d'un cercle permettent au Bureau pour des motifs graves d'interdire temporairement ou définitivement l'entrée des salles à un membre ; une société de courses, une société littéraire, un journal ouvrent des concours dont le conseil d'administration, l'assemblée même seront jugés. Sous cette forme encore, la clause du contrat est-elle valable ?

La jurisprudence déclare d'un côté que les statuts de sociétés de secours mutuels ne peuvent confier au conseil d'administration le soin d'exclure les membres sans recours (1). De l'autre, elle est assez hésitante, mais paraît bien reconnaître au moins un pouvoir de fait dans les décisions des conseils de sociétés fromagères, de sorte que les décisions n'en seront réformées qu'en cas de faute, sous forme d'allocation d'indemnité (2). Enfin la Cour

civil, 1903, p. 331 et un arrêt de Paris en 1900, Dieudonné, p. 114 et 125.

(1) V. Cass., 13 juin 1872, S. 72.1.280 ; Toulouse, 14 janvier 1880, S. 00. 2.238 ; Dijon, 24 juillet 1874, S. 75.2.73 ; Agen, 12 juin 1901, S. 01.2.210 ; Poitiers, 27 juillet 1804, S. 06.1.213.

(2) V. Poitiers, 12 juillet 1804, S. 06.1.213 et la note.

de cassation admet la validité comme clause arbitrale répondant à l'article 1006 d'une clause d'un cartell confiant le jugement des contraventions à une commission composée par le syndicat des fabricants (1). D'un autre côté, il est bien connu que les associations peuvent, même si les statuts sont muets (2), expulser leurs membres en agissant avec précaution, de façon suffisamment discrète, et en les faisant juger avec sufflsamment de garantie (3).

Les tribunaux se reconnaissent toutefois en général le droit d'exercer un contrôle en cas d'abus. Mais une autre note se fait entendre dans les décisions très récentes. Certains jugements disent que le bureau de l'association ou du syndicat peut procéder sans appel, qu'il est le meilleur juge du point de savoir si ses intérêts sont lésés (4). Ainsi se manifeste de plus en plus sur tous les terrains la puissance syndicale au sens large du mot (6), et on n'est pas peu étonné de voir dire dans un arrêt de la Chambre civile qu'on ne peut « être admis à attaquer pour excès de pouvoirs une décision rendue par des juges dont on avait accepté la juridiction » (5).

Enfin le droit d'un patron d'imposer des amendes à son personnel est hors de discussion.

(1) V. Cass., 12 février 1906, S. 1906.1.492, *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 426.

(2) V. Douai, 28 janvier 1895, S. 96 2.70 ; Trib. de la Seine, 1er février 1896, *Gaz. Pal.*, 96.1.486 ; Trib. de la Seine, 17 décembre 1907 précité et les autres décisions citées, note 1. — Pour le droit suisse, V. dans le même sens : Rossel, *Manuel des obligations*, p. 854, sur l'article 685 du Code fédéral.

(3) Trib. de la Seine, 17 décembre 1907, *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 117.

(4) V. Trib. de la Seine, 15 janvier 1907, *Rev. de dr. civ.*, 1908, p. 823 ; Trib. de Boulogne-s-Mer, 11 mai 1910, *Rev. de dr. civil*, 1910, n. 2. — D'autres déclarent pouvoir ne critiquer ces mesures qu'avec circonspection. — V. Trib. de la Seine, 10 décembre 1909, *Gaz. trib.*, 1910, 1er sem., 2.198.

(5) Cass., 27 janvier 1896, S. 96.1.213.

(6) Le Code civil suisse va très loin dans cette voie. D'après l'article 72 s'il y a dans les statuts une disposition permettant d'exclure un membre sans donner de motifs, on ne peut recourir en justice contre la décision.

En résumé, dans cette jurisprudence très obscure, on voit se dégager, surtout depuis quelques années, ce fait que la décision rendue est validée tantôt comme arbitrage, tantôt comme n'étant que l'exécution d'un contrat licite, tantôt enfin comme n'étant constitutive d'aucune faute appréciée suivant l'article 1382, et la seconde solution serait sans doute la plus sage.

Mais quelle en est exactement la portée. Elle se trouve évidemment limitée par le grand principe de l'abus du droit. Le directeur d'un journal convaincu d'avoir secrètement revélé à un concurrent la solution juste à donner, la société de courses convaincue d'avoir disqualifié un cheval pour favoriser telle écurie, etc., commettent des actes illicites dont ils doivent réparation.

Mais ce cas de mauvaise foi ou de faute très grave mis à part, celui qui a fait acte d'autorité ou rendu une sorte de jugement est-il responsable des erreurs ou des simples fautes qu'il commettrait ?

Je ne le pense pas, car malgré la gravité de cette solution, on ne voit pas de moyen pour le rendre passible de dommages-intérêts. Admettrait-on que le tiers chargé de décider est mandataire d'un contractant, pour apprécier si telle condition est remplie ? Cela est bien possible dans certains cas : si un fournisseur souscrit à une clause suivant laquelle ne compteront comme livrées conformément au marché passé que les marchandises agréées par l'administrateur délégué de la société. On peut dire que ce dernier est mandataire de celui qui fait la livraison, on doit alors en conclure que l'on pourra l'attaquer pour toute décision fautive, comme on attaquerait un mandataire salarié. Mais par contre il faudrait admettre son irresponsabilité pour toute erreur commise sans faute, ou avec une faute trop légère pour être imputable à un mandataire agissant de bonne foi et d'ordinaire gratuitement.

La même solution est-elle possible dans tout autre cas : si par exemple on impute aux commissions chargées de juger un concours des erreurs ? Nous ne le croyons pas : car il n'est plus rai-

sonnable de dire qu'une commission de courses a mandat des propriétaires pour disqualifier leurs chevaux. Il faut simplement rappeler ici le grand principe que les conventions doivent s'exécuter de bonne foi. En dehors de lui, pas de salut et le contractant doit subir les clauses qu'il a acceptées.

S'il y a pour le pseudo-arbitre une charge de prendre les intérêts d'autrui, celle-ci n'est pas incompatible en droit avec celle de ses intérêts propres ; cette manière de contrat avec soi-même est acceptable. Il n'y a qu'une limite à cela : elle doit avoir été expressément stipulée. Cette solution est acceptable, malgré les abus possibles, même en cas de contrariété d'intérêt comme lorsqu'un patron retient des amendes sur le salaire, en effet on admet bien, même en jurisprudence, qu'on puisse être contrepartiste du consentement de son commettant.

— Les contrats peuvent donc aboutir à créer de véritables justices privées sur lesquelles ne pourra s'exercer qu'un contrôle limité de la justice d'Etat. Le fait en soi n'a rien d'exorbitant, malgré les critiques qu'il peut parfois soulever. Il est nécessaire, pour éviter des frais, pour remettre la décision à prendre à des spécialistes, d'avoir des organisations de ce genre. La seule chose à éviter, c'est que l'on ait une personne trop intéressée à juger dans un sens, comme le patron prononçant une amende à son profit. A ce point de vue, le système déjà proposé au Parlement disant que les amendes profiteraient à une caisse de secours ou autre serait un progrès. Il contient en germe une idée générale, dont il faut se préoccuper, qu'on ne doit pas, si on a à remplir une mission qui exige de l'impartialité, avoir un intérêt trop évident à juger de telle manière.

C'est évidemment par là que pèchent ces organisations privées. Bien des contrats sont dans leurs clauses acceptés à la légère, ou d'autres raisons forcent à les accepter même avec leurs défectuosités. Il faut éviter d'arriver grâce à eux à une tyrannie. Tout pouvoir tend à l'excès. Tout groupement tend à exercer une auto-

rité sur ses membres et même au dehors (1), il tend pour se fortifier à se donner une sorte de droit de justice. Ainsi seigneurie et justice, en dépit de l'adage ancien, ont quelque chose de commun. L'infini des désirs, aussi bien que le caractère rectiligne de beaucoup d'esprits entraîne vers les abus. Ici la justice d'Etat peut intervenir utilement, non pour tout faire, mais pour empêcher les solutions trop criantes. Ainsi par cette intervention rare, mais heureuse, on maintiendra la spécialité des juges, la rapidité des solutions des litiges, on laissera aux puissances syndicales, aux associations qui exercent la justice, une sécurité suffisante dans leurs rapports avec leurs membres, sans que cependant ceux-ci soient sacrifiés. De la sorte peut-être, avec cette somme d'abus de part et d'autre inévitable dans toute institution, on n'aura ni l'excès de l'Etatisme, ni les excès de ce régime féodal, d'un nouveau genre qui renaît aujourd'hui sous une forme appropriée aux conditions de la civilisation moderne : le syndicalisme.

(1) V. un exemple curieux de cette prétention à juger des personnes étrangères dans une décision d'un Comité de courses contre un jockey déjà disqualifié, donc hors de la juridiction du Code des courses, Paris, 13 décembre 1904, *Pand. fr.*, 1905.2.53, *Revue de droit civil*, 1905, p. 331.

CHAPITRE IV

L'EXÉCUTION PRIVÉE

Quand une personne est titulaire d'un droit, peut-elle sans intervention de l'Etat le ramener à exécution, lorsqu'on ne lui donne pas volontairement satisfaction ?

C'est là le problème de l'exécution privée que, pour plus de clarté, nous avons distingué de celui de la justice privée. Nous supposons le cas le plus simple : un droit non contesté dans son existence et dans son quantum, mais dont le paiement est refusé.

L'exécution privée nous paraît fort ancienne : l'ancien droit romain l'a connu dans la *manus injectio pro judicato*, mais dès la période formulaire cette mesure avait disparu et l'exécution des jugements avait un caractère d'exécution publique, l'intervention du magistrat y étant très accentuée (1), de sorte qu'elle semble vouée à disparaître assez tôt devant l'exécution étatique.

Ici deux conceptions principales s'opposent dans la réalité, bien que les traités de droit civil ou de procédure modernes ne fassent guère apercevoir cette lutte, et que, pour la découvrir, il faille faire appel aux livres d'histoire du droit. C'est l'exécution publique et l'exécution privée. Ces deux types sont plutôt des extrêmes entre lesquels se trouve une infinité de variantes ; ils se caractérisent, l'un par l'intervention très large des représentants de l'État ; l'autre, par le droit du particulier d'user directement de ses propres forces ou d'employer des moyens détournés pour obtenir satisfaction.

(1) V. pour plus de détails, Girard, *Droit romain*, p. 1011 et suiv.

Le conflit entre ces deux conceptions n'est pas suffisamment net dans nos esprits à l'heure actuelle, car le principe de l'exécution par la force publique, par les officiers publics, a pris depuis longtemps sur nous un empire tyrannique. C'est devenu un adage incontesté qu'on ne peut se faire justice à soi même. Mais la force des choses se joue de nos déductions rectilignes et l'exécution privée tend à se maintenir dans les limites que nous essayerons de préciser. On peut même souhaiter qu'elle se développe. Mais le problème est complexe : beaucoup d'idées entrent en lutte sur ce terrain.

Quand on considère dans leur ensemble les modes d'exécution forcée des droits, d'un côté intervient la sécurité du débiteur, et s'il y a une adjudication, celle des tiers acheteurs. Il ne faut pas que le débiteur soit privé sans raison de son bien, alors qu'il ne doit rien, il faut que les tiers aient une certaine sécurité pour se trouver attirés à l'adjudication. Et cela entraîne naturellement à établir des formalités pour prévenir toute erreur, à des délais pour laisser protester, faute de quoi on sera forclos. Ainsi on obtient la sécurité statique et la sécurité dynamique : l'une pour le débiteur, l'autre pour l'acquéreur des biens.

En même temps, l'idée d'économie de temps et d'activité joue son rôle. Si les formalités se multiplient, si les délais sont nombreux, il en résulte une perte de temps, des dépenses pour les officiers publics que cela concerne, d'où des frais qui retombent sur le débiteur. Il s'en suit également un retard dans le paiement du créancier, c'est-à-dire une perte possible, en ce sens que celui-ci peut préférer un paiement immédiat à une exécution retardée, même si on cherche à compenser ce retard en lui payant les intérêts. Celui qui a beaucoup d'affaires à diriger a le désir naturel de les terminer rapidement.

De plus il faut tenir compte de ce que le fait de se faire justice à soi-même est une cause de trouble. Seulement c'est une idée qui a été considérablement exagérée. Il y a des cas où l'exécution

privée ne cause aucun trouble, comme dans celui de vente d'un gage par le créancier gagiste sans formalité de saisie. Il y en a d'autres où le trouble causé est sans inconvénient, car il vient se joindre à un autre aussi considérable, comme dans le cas de légitime défense. Dans les autres hypothèses, il reste à peser les inconvénients de ce trouble par rapport à ses avantages.

Enfin intervient aussi une autre idée toute opposée : en exécutant tout de suite un débiteur, on lui préjudicie gravement. Quelquefois tel individu qui aurait pu payer en un certain temps et garder son bien en sera expulsé par une exécution rapide et il y aura un dommage social : un déclassé de plus.

Ces idées sont trop nombreuses, trop directement opposées pour qu'on ait l'espoir de les concilier complétement. Elles donnent toutefois une leçon de sagesse. Elles ébranlent le dogme sacrosaint de l'exécution forcée par les officiers publics, tous ces adages d'expérience courte qui, depuis des siècles, ont peu à peu étouffé toute pensée. On a cru naïvement que les officiers publics, les magistrats pouvaient canaliser le fleuve indomptable de la vie, en régler sagement le cours. Mais si l'on cherche ainsi surtout la sécurité, on s'aperçoit que cet idéal comme bien d'autres est vain, ou qu'il s'achète à un prix trop cher, par d'autres sacrifices. Et il faut retomber dans la conciliation incertaine et toujours combattue, où il est probable qu'ici, comme partout ailleurs, l'humanité luttera jusqu'à la fin, tiraillée entre des tendances diverses.

D'ailleurs les faits sont là. Bien que la règle : « nul ne peut se faire justice à soi-même » soit assez souvent citée, l'exécution privée des obligations, c'est-à-dire la mise à exécution des droits en dehors des formes étatiques, reste d'une importance considérable et se présente à la fois sous deux formes : défensive et offensive.

Ce n'est cependant pas l'idée courante. Tout le monde est d'accord pour dire que les modes d'exécution les plus archaïques, comme l'étaient à Rome la *manus injectio*, la *pignoris capio*, sont

des voies d'exécution privée (1). Mais ces procédures anciennes ayant peu à peu disparu, le droit romain ayant de plus en plus développé les modes d'exécution étatique, on se représente volontiers qu'il y a là une évolution rectiligne qui doit sans cesse s'accentuer ou qui est parvenue à un terme immuable. C'est une vue bien simpliste de l'exécution privée. On la représente comme n'étant qu'un vestige d'institutions disparues qui n'est plus en conformité avec les mœurs, qui ne répond plus aux besoins de notre civilisation moderne. Supposant toujours, à ce que l'on croit, l'emploi de la force et le recours à la violence, elle serait dans nos sociétés un élément de trouble et de désordre de nature à compromettre la paix publique et le bien-être social (2).

Aussi les théoriciens la repoussent-ils hautement. Après avoir constaté dans quelle large mesure le droit romain reconnaissait l'usage de la force pour la défense ou l'exécution du droit, Ihering nous dit que le droit de la période civilisée ne reconnaît la légitimité de l'emploi de la force que dans le premier cas (3). Plus loin il nous dit : « Le droit de contrainte sociale repose entre les mains de l'Etat seul, il est son monopole absolu. Toute association qui veut poursuivre ses droits contre ses membres au moyen de la force, doit faire appel à l'Etat, et celui-ci fixe les conditions auxquelles il prête son concours. En d'autres termes, l'Etat est la source unique du droit, car les normes qui ne peuvent être imposées par celui qui les établit ne sont pas des règles de droit. Il n'y a donc pas de droit d'association en dehors de l'autorité privée de l'Etat, mais seulement un droit d'association dérivé de l'Etat. L'Etat possède ainsi, comme le veut le principe de la puissance souveraine, la suprématie sur toutes les associations de son territoire... S'il leur reconnaît dans la limite de leur sphère d'action un droit de contrainte, cette concession est un

(1) V. not. Girard, *Droit romain*, p. 955 et suiv., 2e éd. ; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, 1re éd., p. 422 et 420.

(2) V. Crémieu, *La justice privée dans la procédure romaine*, p. 311.

(3) Ihering, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. 175.

précaire de droit public qu'il est toujours libre de révoquer. Pareils contrats, en effet, sont nuls et de nulle valeur, comme contraires à l'essence de l'Etat. L'idée que la seule volonté de l'individu peut conférer à un tiers (particulier ou association) un droit de contrainte sur sa personne ne mérite pas d'être réfutée. Si elle avait le moindre fondement, le créancier pourrait se faire octroyer le droit de Shylock, l'association pourrait stipuler la confiscation de la fortune du membre dissident et l'Etat ne serait que l'exécuteur de pareilles conventions. L'autonomie des individus, comme celle des associations, trouve sa limite dans la surveillance de l'Etat, guidée par la considération du bien de la Société. Disposant du droit de contrainte, c'est à lui d'apprécier pour quels buts il entend la faire servir » (1).

Malgré l'autorité de Ihering, les idées de cette page importante que nous avons tenu à citer sont absolument erronées. Il est vrai que le caractère de l'Etat, c'est le Herrschen, comme le dit Krabbe (1), de sorte que sa volonté, parce qu'elle est telle, a plus de valeur juridique que celle des particuliers. Ceci est admis pour lui permettre d'assurer un certain ordre. L'Etat peut aussi dire qu'il est souverain pour faire croire qu'il l'est réellement, pourvu qu'il ne le croie pas lui-même et qu'on ne le croie pas trop. Mais en quoi cela empêche-t-il les contraintes privées ? En quoi sont-elles contraires à l'essence de l'Etat ? On peut dire si l'on veut avec Krabbe (3) que c'est une concession attribuée par le droit. Je dirais plus volontiers que c'est une chose reconnue par l'Etat, adaptée aux fins qu'il se propose. En tous cas, que viennent faire ici ces craintes inspirées de Shakespeare ? Si la contrainte est exagérée, injustifiée, tout le monde n'admettra-t-il pas un recours à l'Etat, comme l'admettait déjà le vieux droit romain de la *manus injectio*. Croit-il qu'on reviendrait à un passé si ancien ? Et lui-même n'est-il pas embarrassé de ses propres principes, puisqu'il

(1) Ihering, *op. cit*, p. 213 et 214.
(2) *Die Lehre der Rechts souveraineität*, p. 24
(3) *Op. cit.*, p. 28.

concède que ces contraintes peuvent exister. Il néglige en tous cas un point capital. Y a-t-il utilité pratique, oui ou non, à admettre des contraintes privées ? C'est là le véritable terrain du débat.

Pour nous il faut reconnaître que, dans une certaine mesure, l'exécution privée est préférable à l'exécution publique, comme étant plus rapide, empêchant des retards ou des dommages qu'il serait plus tard difficile, sinon impossible, de réparer. Elle n'a donc pas seulement à nos yeux une valeur transitoire, en attendant certains progrès de l'action de l'Etat, mais une valeur absolue. Nous pensons même que l'on peut donner une ligne de départ entre l'exécution qu'il convient de réserver à l'Etat et celle qui peut être privée en disant : là où on veut donner de la sécurité au débiteur en ralentissant les procédures, en empêchant celles injustifiées, l'exécution par les organes de l'Etat s'impose. Mais là où l'on veut de la rapidité, des garanties d'exécution rapide mettant obstacles à de graves dommages pour le créancier et peu de frais, on peut avoir une exécution se rapprochant plus d'une exécution privée. Aussi verrons-nous l'importance prise par des exécutions de ce genre en matière commerciale.

Ces idées nous font comprendre comment on s'est représenté successivement l'exécution privée. Si le droit est essentiellement un producteur de sécurité, et s'il n'est que cela, il peut paraître naturel, bien que ce soit encore une vue superficielle, que l'exécution soit essentiellement œuvre étatique. Mais si le droit est plus qu'un organe pour donner la sécurité, si c'est l'œuvre dans laquelle on tente de canaliser la vie sociale, il doit tenir compte de bien d'autres éléments et notamment de l'indépendance, de la rapidité, de la simplicité que l'on peut trouver dans l'exécution privée, des dommages qu'elle évite. Ces idées apparaîtront plus nettes lorsque nous aurons décrit les divers cas d'exécution privée que connaît notre droit moderne.

L'individu peut d'abord assurer l'exécution de son droit d'une façon toute défensive en utilisant le droit de rétention ou, d'une

façon plus générale, l'*exceptio non adimpleti contractus*, en disant : je suis débiteur d'une prestation, mais je reste sur la défensive tant que telle autre personne n'aura pas exécuté de son côté ses obligations envers moi (1). Ce n'est pas sans doute une véritable exécution privée, mais il y a déjà là un moyen que la loi a reconnu dans quelques cas, que la jurisprudence a considérablement élargi (2), et qui permet de peser énergiquement sur la volonté du débiteur. En effet, il doit se soumettre à ce qu'on lui demande, ou intenter un procès qu'il perdra.

C'est en cela que sa situation est plus mauvaise que dans un refus ordinaire de prestation à son égard, dans lequel on ne pourrait invoquer le droit de rétention. Car là il aurait tout au moins un recours judiciaire pour se faire payer ce qu'on lui doit.

Ces principes admis dans la doctrine française ont été consacrés par le Code civil allemand dont l'article 320 permet, dans un contrat synallagmatique, de refuser la prestation jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier (3). Dans ce dernier cas même l'exécution trait pour trait peut parfois être exigée (4).

- Le droit de légitime défense est déjà une application plus directe de l'idée d'exécution privée. Tout droit suppose une obligation plus ou moins grande des autres hommes de le respecter.

(1) V. notre étude : Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Revue de droit civil*, 1907, p. 240 et suiv. — Code fédéral des obligations, art. 95 et suiv. ; Saleilles, *Théorie de l'obligation d'après le Code civil allemand*, 2e éd., p. 181.

(2) En ce sens nous admettons que si l'ouvrier se met en grève parce que le patron ne tient pas ses engagements, il y a simple suspension du contrat de travail. — Cf. Wahl, note dans S. 1903.1.465 ; Pic, De la rupture ou de la suspension du contrat de travail par l'effet de grèves ou de lock-outs patronaux, *Revue de droit civil*, 1905, p. 27.

(3) V. sur ce point, *Traduction officielle*, t. I, p. 449 et suiv.

(4) Art. 321.

Par suite, se défendre, c'est s'assurer directement la jouissance de son droit.

Aussi les auteurs qui proclament que le droit de contrainte est un monopole de l'Etat reconnaissent-ils aussitôt que la légitime défense constitue une exception à ces règles (1).

L'article 328 du Code pénal, en consacrant la légitime défense, reconnaît par là même la légalité de cette manière d'agir.

Mais sur quoi repose-t-elle ? Les théories anciennes toutes confiantes dans l'Etat osaient simplement dire que le fait était impunissable (2) ou que l'esprit de l'agresseur était troublé (3).

Il est curieux de voir qu'Ihering, en sens contraire, a dans la *Lutte pour le droit*, exalté la légitime défense comme manifestant un sentiment profond du respect du droit (4). Par ailleurs il en dit : « C'est un droit et un devoir, elle est un droit en tant que le sujet existe par lui-même, elle est un devoir en tant qu'il existe pour le monde. C'est pourquoi la notion de la légitime défense ne s'applique qu'à l'homme... Refuser à l'homme le droit de légitime défense, y mettre des entraves, c'est le ravaler au-dessous de l'animal » (5).

Les théories modernes, se plaçant sur ce terrain, font une part nécessaire à la défense privée qui est considérée comme l'exercice d'un droit (6) et disent : « La défense publique a le caractère de défense subsidiaire. Ce principe admis, la logique nous force à en déduire que quand la défense privée a pu être efficace tandis que la défense publique ne l'était pas, l'une a repris son droit et l'autre l'a

(1) V. Geyer, *Die Lehre von der Nothwer*, p. 21.

(2) Von Buri, Stato di necessita a legittima difesa. *Rev. pénale*, 1880, p. 433. — Cf. sur les diverses théories de la légitime défense, Vidal, *Droit criminel*, p. 207 et suiv.

(3) Carrara, *Programme du cours de droit criminel*, trad. Barret, § 201, p. 180.

(4) P. 53.

(5) *Zweck im Recht*, p. 175.

(6) V. Ferri, *Sociologie criminelle*, 2e éd., p. 474, qui d'ailleurs admet en même temps des idées spéciales.

perdu ». C'est le proverbe vulgaire : nécessité n'a pas de loi (1). Là où s'arrête la force de l'Etat dans l'instant de l'attaque contraire au droit, là commence le droit légitime de se servir de sa force privée (Eigenmacht). Quand on est attaqué et que l'on ferait vainement appel à la prudence de l'Etat, on peut faire appel à sa propre force. Si les organes de l'Etat vous protègent, mais insuffisamment, sont trop faibles pour écarter le danger, le droit d'user de la force reste intact et l'Etat ne peut interdire de se défendre.

Là où la protection sociale est insuffisante pour garantir les droits, comme il vaut mieux prévenir que guérir, il est préférable de reconnaître le droit d'user directement de la force, de forcer directement à l'abstention à laquelle on est tenu. Comme on le dit un peu pompeusement en Allemagne : en pareil cas, on nie l'acte de celui qui nie le droit, ce qui équivaut à l'affirmer (2). Autrement dit, on ramène son droit à l'abstention d'autrui à exécution, sans intervention d'aucun tiers.

Quelle que soit l'explication reçue, cette solution est très importante, étant donné surtout que la théorie de la légitime défense, établie par le Code pénal de façon très incomplète, a été considérablement étendue. On reconnaît aujourd'hui qu'elle s'applique non seulement à la personne, mais encore aux biens (3).

On reconnaît même de façon très large le droit du propriétaire de défendre son bien par des engins automatiques disposés dans sa propriété (4). Mais même les biens mis à part, il est certain

(1) Binding, *Handbuch des Strafrechts*, p. 734.

(2) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127.

(3) V. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 328, n° 44 et suiv. ; Garraud, *Traité de droit pénal*, 2e éd., t. I, p. 575 ; Allmena, *Se limiti et modificatori del imputabilita*, t. III, p. 97 et suiv. — *Contrà* : Vidal, *Droit criminel*, 3e éd., p. 307. — Cf. note Lyon-Caen, sous Cass., 25 mars 1902, S. 1903.1.5.

(4) V. Cass., 25 mars 1902, S. 03.1.5, et la note de M. Lyon-Caen. — Cf. Charmont, *Revue critique*, 1900, p. 0 et suiv., et Alger, 5 juin 1878, S. 80.2.170.

qu'il y a un droit de défense pour protéger sa vie, son intégrité corporelle, sa vie, sa liberté.

Tout droit se trouve ainsi complété par un certain accessoire de protection, que l'on peut regarder si l'on veut comme un droit indépendant, mais qui au fond n'est qu'une sorte d'ouvrage avancé d'un autre droit et le droit de légitime défense, que la législation pénale, suivie ici par le droit civil, reconnaît, aboutit à permettre de se faire justice à soi-même, dans le cas spécial où le trouble résultant de l'attaque injuste n'est guère accru par la défense et où le dommage qu'il y aurait à se laisser léser lorsque le danger est imminent, facile à prévoir et est plus grand que celui résultant des violences accomplies pour se défendre. Ainsi donc ce système de la défense privée contient déjà en germe presque toutes les idées qui servent de base dans l'exécution privée. Cette théorie civile et pénale nous entraîne doucement, mais fatalement, à accepter l'idée de l'exécution privée dans des conditions et dans une mesure à déterminer.

Nous y sommes d'autant plus entraînés que dans une théorie voisine, celle de l'état de nécessité, qui chez tous les criminalistes a remplacé celle de la contrainte, nous avons un individu qui, pour sauvegarder son droit, peut non seulement demander que celui d'autrui ayant une moindre valeur soit sacrifié, mais peut encore faire disparaître ce droit, même par des actes de violence, de sorte que nous avons ici comme dans la légitime défense une sorte d'exécution privée, à l'encontre de laquelle on ne pourrait pas résister légitimement. Ainsi donc la théorie objective de l'état de nécessité substituée à la théorie subjective de la contrainte, en déclarant que non seulement l'individu est impuni, mais que le fait est justifié en lui-même (1), aboutit à reconnaître un vérita-

(1) V. Moriaud, *Etat de nécessité*, p. 248 et suiv., et les auteurs cités. Vidal, *Cours de droit criminel*, p. 323 ; Garçon, *Code pénal annoté*, art. 64 : n° 64 et suiv. ; Prins, *Science pénale et droit positif*, p. 43 et 202.

ble droit de violence privée (1), et si la question d'indemnité pour le lésé peut encore se poser, s'il y a encore là un *in rem versum*, dont il peut demander l'équivalent (2), il ne peut du moins réclamer pour le préjudice qu'a pu lui causer le moyen employé, l'absence de recours à des voies légales.

Ces solutions qui, en droit français, sont toujours un peu discutables, vu l'absence complète de texte en droit civil, apparaissent au contraire très certaines dans le Code civil allemand dont l'article 227 déclare que « un fait imposé par mesure de défense personnelle forcée n'est pas contraire au droit (3) et dont l'article 228 étend cette légitime défense aux actes contre les biens, en déclarant conforme au droit le fait de détériorer ou détruire un objet appartenant à autrui, à condition toutefois que le dommage ne soit pas hors de proportion avec le danger.

Des solutions analogues se trouvent dans le Code civil portugais (art. 2339 et 2360) qui permet au propriétaire d'employer des moyens de défense et de recourir à la légitime défense pour protéger ses droits primordiaux.

A côté de ces actes d'exécution privée qui ont un caractère défensif, il y en a d'autres d'un caractère offensif plus accentué.

D'abord on peut se demander si un simple particulier qui a droit à l'inviolabilité de son domicile au point de vue civil n'a pas à ce titre un véritable droit de police chez lui, en vertu duquel il pourra enjoindre à un tiers qui s'y trouve contre son gré de sortir et l'y contraindre par force, sauf à ne pas se livrer à des violences inutiles. On peut se demander aussi si, de façon plus générale, toute personne se trouvant à la tête d'un local où se trouve un rassemblement de personnes, directeur ou patron dans son usine, directeur de théâtre ou de concert dans sa salle de

(1) V. Moriaud, *op. cit.*, p. 200 et suiv. ; Vidal, *Cours de droit criminel*, 3e éd., p. 324.

(2) C'est ce qu'indique Binding, *Normen*, p. 484.

(3) V. *Trad. officielle*, t. I, p. 330 et suiv.

spectacle, bureau de réunion publique, tenancier d'un cabaret, etc., n'a pas chez lui un véritable droit de police lui conférant des facultés du même genre.

Remarquons en effet d'une part qu'il est très difficile d'admettre que ces personnes seront tenues de supporter le scandale causé par une des personnes qu'elles reçoivent chez elles ; ouvriers, spectateurs, etc., n'ayant d'autres recours qu'une action en dommages-intérêts, si le travail, le spectacle ont été interrompus. Ensuite ces actes ayant eu lieu, s'il ne s'est pas produit de violence inutile, il est difficile de dire qu'il y a délit, difficile aussi d'affirmer qu'on prononcera une indemnité, l'individu expulsé se trouvant lui-même dans son tort.

Dira-t-on que la police publique interviendra ici utilement pour procéder à l'expulsion du perturbateur ?

Oui parfois, si on est dans un théâtre, une réunion publique, et c'est grâce à cela que la question n'a guère occasion de se poser devant les tribunaux. Mais ailleurs, il faudra la requérir, attendre son bon vouloir. Il faudra surtout qu'elle existe, ce qui n'a pas lieu à la campagne. Et ne vaut-il pas mieux pour l'expulsé avoir affaire uniquement à un patron responsable, que l'on fera condamner s'il a abusé de son droit, qu'à une police d'Etat forcément irresponsable, en dehors de faute lourde caractérisée (1) ?

Bien qu'il n'y ait pas de texte pour le dire, charbonnier est maître chez lui, et il doit avoir les moyens pour l'être, en expulsant qui ne lui convient pas, sauf à en répondre s'il y a abus, il faut savoir agir énergiquement à l'occasion pour défendre son droit Cette énergie n'est nullement une preuve de barbarie (2), mais bien un témoignage de virilité.

Peut-être à ce sujet est-il bon de remarquer que les auteurs se placent ici sur un terrain bien théorique, lorsqu'ils interprètent l'article 8 de la loi du 30 juin 1881, sur la liberté de réunion.

(1) Cf. Trib. Seine, 10 mars 1900, *Gaz. Trib.*, 24 août 1900.

(2) V. Ihering, *La lutte pour le droit* ; G. Sorel, Réflexions sur la violence. *Mouvement socialiste*, 1906, t. II, p. 33.

D'après ce texte, le bureau de toute réunion est chargé de maintenir l'ordre, d'empêcher toute infraction aux lois, de conserver à la réunion le caractère que lui a donné la déclaration, d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux mœurs, ou contenant provocation à un acte qualifié crime ou délit. Comme il est certain que les membres du Bureau ne peuvent requérir la force publique, que celle-ci n'est pas à leurs ordres, n'intervient que s'il lui plaît, faudra-t-il admettre que leur autorité est purement morale, qu'en dehors de bonnes paroles, ils devront se contenter de déclarer que la réunion est terminée (1), ne faudra-t-il pas, dans des cas d'extrême rigueur, dire que la réunion ne pourra pas être victime de quelques perturbateurs ? Ne faudra-t-il pas choisir entre des principes de droit libéraux sans doute, mais inapplicables, et d'autres plus énergiques, mais nécessaires ?

Le droit d'exécution privée tend encore à se faire jour sous la forme du pacte commissoire et surtout de la voie parée.

Le pacte commissoire est, comme le disent Aubry et Rau (t. V, 4e éd., p. 62), la clause par laquelle une convention sera résolue si elle n'est pas exécutée. En restituant à celui envers qui on a manqué à ses engagements, l'intégralité de ses droits antérieurs, elle lui confère une simple situation de droit, mais qui cependant est déjà un pas vers l'exécution : car redevenant titulaire du droit, il peut demander une indemnité, si on ne restitue pas ce qu'on doit rendre avant toute mise en demeure. D'autre part, ayant un droit pur et simple, il pourra plus facilement en faire argent que d'un droit subordonné à un procès fondé sur l'article 1184 Civ. et la condition résolutoire tacite. Enfin, étant titulaire d'un droit réel sur les objets qu'il a livrés et dont il est redevenu propriétaire, il pourra reprendre ces objets par ses moyens privés dans des conditions que nous verrons un peu plus loin. Et

(1) V. en ce sens : Constant, *Code des réunions publiques*, p. 60, n° 67 ; Dalloz, *Rép.*, *Suppl.*, V° *Réunion*, n° 28.

s'il les avait en sa possession, il n'aura qu'à les garder. Rien n'interdit le pacte de ce genre.

On peut même les faire de la façon la plus énergique en convenant que le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation en cas d'inexécution dans un certain délai (1). Et la jurisprudence considère même cette indication relative à la sommation comme inutile (2).

Mais ce n'est là qu'un avantage de droit donné au créancier et non une voie d'exécution proprement dite.

Il y a un cas où, par la force même des choses, ce pacte commissoire se trouve fonctionner sans clause spéciale. C'est dans le contrat de travail à durée déterminée. Si le patron ou l'ouvrier manque à ses engagements, l'autre partie peut rompre le contrat. Ce sera seulement à celui à qui la rupture a été adressée à demander une indemnité s'il le veut. Ainsi donc, on ne restera pas dans le *statu quo*, sauf à solliciter des tribunaux la résolution conformément à l'article 1184. Il ne serait pas acceptable que le travail pût continuer dans les conditions où il est fait, si par exemple l'ouvrier travaillait mal, perdait des matières premières, et jamais en pratique on ne procéderait ainsi (3). D'ailleurs le patron, pour refuser à l'ouvrier l'entrée de ses ateliers, peut invoquer l'*exceptio non adempleti contractus* et dire, en présence d'un travail mal fait : je n'exécute pas non plus mes obligations.

Un seul point ferait doute. On peut dire que s'il avait demandé aux tribunaux la résiliation, le patron aurait encore gardé l'ouvrier un peu de temps (4). Mais d'abord les lenteurs de la justice ne sont pas un droit pour le défendeur, ensuite il ne faudrait compter que les délais minima, et si le patron paie le salaire

(1) V. Baudry et Barde, *Obligations*, 3e éd., t. II, n° 960, p. 140.

(2) V. Cass., 29 novembre 1880, S. 87.1.63 ; Planiol, t. II, n° 1380 ; Larombière, t. III, art. 1184, n° 55. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. IV, p. 84 ; Baudry et Barde, t. II, n° 957.

(3) V. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1907, p. 210.

(4) V. Baudry et Wahl, *Louage*, t. II, n° 2881.

pendant ce délai, l'ouvrier ne perdant rien n'aura rien à réclamer, et on aura eu un pacte commissoire tacite qui aura fonctionné de plein droit.

La clause de voie parée est plus directement une voie d'exécution privée. On sait en quoi elle consiste (1) essentiellement. Le débiteur consent, s'il ne paye pas à l'échéance, à ce que le créancier vende la totalité ou une partie de son patrimoine, moyennant les seules formalités qui auront été arrêtées entre eux.

On sait comment cette pratique de la voie parée s'était considérablement développée au lendemain du Code de procédure et comment la loi du 2 juin 1841 l'a interdite en réformant l'article 742 de ce Code. Cette solution qui ne vise que les immeubles vient s'adjoindre à l'article 2078 du Code civil qui vise le gage et à l'article 2088 qui concerne l'antichrèse : l'un interdisant au créancier, à défaut de paiement, de disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice, que ce gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence après expertise, ou qu'il sera vendu aux enchères, l'autre prescrivant que l'antichrésiste peut seulement poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales et annulant toute clause contraire.

Mais tout d'abord des propositions de lois ont souvent été faites en vue de permettre la clause de voie parée (2), qui est autorisée en Belgique, en Hollande, en Angleterre (3). En outre, depuis qu'elles ont été votées, ces dispositions, surtout l'article 742 sont considérées en général comme malheureuses, aussi voit-on ce bloc de prohibitions n'exercer presque aucune influence autour de lui.

La pratique abandonnant ici le système des constructions juri-

(1) V. Besnard, *La clause de voie parée*, Thèse de Paris, 1907 ; Garsonnet, *Traité de procédure*, 1re édit., t. II, n° 533, p. 405 ; Glasson et Tissier, *Précis de procédure*, t. II, n° 1132, p. 221.

(2) V. Besnard, *op. cit.*, p. 154.

(3) V. Besnard, *op. cit.*, p. 131.

diques ne tient pas compte de ce que trois textes visent les cas les plus pratiques d'exécution sans les formalités de la saisie.

Tout ce qui n'est pas directement défendu reste ici permis. On admet généralement que l'on peut stipuler la vente du gage sans autorisation de justice (1). On discute beaucoup pour savoir si dans l'antichrèse on peut se réserver le droit de garder l'immeuble pour un prix qui sera estimé par expert (2).

En tous cas on est d'accord pour dire que ces textes ne prohibent pas les conventions postérieures à l'acte d'obligation ou de garantie qui donnent au créancier le mandat révocable de vendre (3) ou même les conventions irrévocables postérieures à l'obligation (4).

Il est même à noter que pour les nantissements en rentes sur l'Etat, on admet que dès l'origine le débiteur donne pouvoir d'en faire le transfert et même c'est seulement ainsi que le gage en est possible (5). Et il ne semble pas que la question de voie parée ait jamais été soulevée ici.

On valide également la convention par laquelle le créancier pourra aliéner les meubles du débiteur à l'échéance, aux enchères publiques, mais sans jugement (6).

En même temps, dans des cas voisins, on a validé des clauses importantes : la clause adjointe à un contrat d'hypothèque par

(1) Guillouard, *Nantissement*, n° 169 ; Pont, *Petits contrats*, t. II, 1150 ; *Contrà*, Wahl, *Nantissement*, n° 132.

(2) V. pour l'affirmative Troplong, *Nantissement*, n° 500 ; Massé et Vergé, t. V, p. 114 ; Taulier, t. II, p. 100. *Contrà*, Aubry et Rau, 4e éd., p. 718 ; Baudry et Wahl, *Nantissement*, n° 108.

(3) V. Bordeaux, 20 novembre 1849, D. 52.2.2 ; Cass., 25 mars 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, p. 407 ; *Revue de droit civil*, 1903, p. 073.

(4) Bordeaux, 27 avril 1885, D. 86.2.203 ; Poitiers, 24 mai 1897, D. 97.2.270 ; Cass., 25 mars 1903, D. 04.1.273 ; Baudry et Wahl, nos 134 et 202 ; Cass., 22 mai 1855, S. 56.1.123 ; Cass., 28 juin 1862, S. 62.1.625.

(5) V. Paris, 4 décembre 1886, S. 88.1.145 ; 18 janvi 1886, S. 87.2.1 ; Beudant, *Sûretés*, p. 170.

(6) V. Aubry et Rau, t. VIII, p. 468 ; Garsonnet, *op. cit.*, p. 460 ; Douai, 22 décembre 1848, S. 50.2.161.

laquelle le créancier deviendrait propriétaire à défaut de paiement au terme convenu, ce pacte de vente conditionnelle n'étant pas interdit par la loi (1).

La jurisprudence admet également la validité de la promesse de vente faite par un débiteur à son créancier pour le cas où il n'y aurait pas paiement à l'échéance (2). Elle admet même cette solution dans le cas où il s'agit d'un immeuble hypothéqué. Ce qui est vrai pour l'immeuble donné en antichrèse ne l'est donc pas pour l'immeuble hypothéqué. La règle de l'article 2088 n'a donc application que dans le seul cas n'ayant aucun intérêt pratique (3).

On valide aussi la clause d'un prêt avec remise de titres de bourse en garantie conférant au créancier le droit d'en disposer à la seule charge par lui de rendre des titres de qualité semblable (4).

On peut rapprocher de ces exécutions privées un droit qui n'a rien d'archaïque : le droit de réponse en matière de presse (loi du 29 juillet 1881, art. 13). Le journaliste qui a visé un tiers par un article est obligé d'arrêter lui-même le préjudice causé, de le réparer. Il y a pour lui, une obligation qui tient à la fois de la réparation civile et d'une exécution privée, à laquelle on doit se prêter puisqu'on doit une réparation, non en une forme quelconque, mais dans la forme même du dommage et cela dans un délai bref, les trois jours de la réponse.

Il faut rapprocher de ce cas, la jurisprudence en matière de lacération d'affiches injurieuses ou diffamatoires. Lorsque des affiches privées sont apposées, leur lacération ne constitue pas une infraction, mais seulement un délit civil passible de dommages-intérêts. Il faut donc admettre que si l'affiche a un caractère

(1) Cass., 1er juill. 1844, D. 44.1.344.

(2) V. Cass., 26 février 1830, D. 30.1.110 ; Grenoble, 20 mai 1903, *Rev. de droit civil*, 1904, p. 417. — Cf. Cass., 20 août 1840, D. 40.1.103.

(3) V. Cass., 1er juillet 1844, S. 45.1.17 et Grenoble, 20 mai 1903, précité.

(4) Cass., 26 juillet 1865, S. 65.1.413.

diffamatoire, comme on ne peut avoir un droit à voir subsister la diffamation, celui qui lacère l'affiche ne s'expose à aucune responsabilité civile (1). C'est encore un véritable procédé d'exécution privée ouvert non seulement à la personne diffamée, mais même aux tiers.

On peut encore citer le cas du bailleur à qui la jurisprudence tend à reconnaître le droit de retenir les meubles de son locataire sans remplir les formalités de la saisie-gagerie (2).

Autrement importante est la jurisprudence qui s'est formée sur l'article 106 du Code commercial qui permet au voiturier au cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés d'en faire vérifier l'état par des experts judiciairement nommés et d'en faire ordonner la vente au profit du voiturier jusqu'à concurrence du prix du transport. Il y a là déjà une exécution forcée qui est simplifiée, puisque pour les formalités on s'adresse au président du tribunal de commerce ou au juge de paix et non au tribunal. Mais la pratique la simplifie encore et les auteurs ont pu dire avec raison que les formalités de l'article 106 ne sont pas obligatoires (3) et édictent une simple faculté. En effet la Cour de cassation s'est depuis une trentaine d'années prononcée maintes fois

(1) V. Trib. Seine, 3 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.1.780 ; Trib. de Joigny, 10 février 1903, *Pand. fr.*, 1904.2.224. — *Contrà* : Trib. de Périgueux, 17 juillet 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.2.540 et la note. — Cf. Cass., 10 mars 1900, D. 1900.1.202. Dans ce cas comme d'autres qui suivent la jurisprudence prend une voie assez différente de celle qu'elle a suivie dans certains autres. Comme pour le cas de diffamation envers un candidat qui ne lui a nui ni dans son édition, ni dans sa réputation, mais l'a seulement privé du respect de son droit. V. notamment sur cette question Labbé, S.70.2.193.

(2) V. Trib. de la Seine, 10 août 1900, *Revue de droit civil*, 1900, p. 911. — Cf. Cass., 14 mars 1883, S. 83.1.204. — *Contrà*, Trib. de la Seine, 31 janvier 1900. En Suisse, la loi fédérale sur la poursuite pour dette permet au bailleur de requérir provisoirement la force publique pour le protéger dans son droit de rétention (art. 283) (V. Rossel, *Manuel des obligations*, 2e éd., p. 416.

(3) V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 680 ; Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1182, p. 688 ; Thaller et Josserand, *Contrat de transport*, p. 406.

en ce sens : la Compagnie de chemins de fer qui vend les marchandises refusées sans formalités n'encourt aucune responsabilité, si celles ci ont été vendues à leur véritable valeur de sorte qu'il n'y a aucun préjudice pour le destinataire (1).

La compagnie ne serait exposée à des dommages-intérêts qu'en cas de faute, si par exemple elle avait par cette vente enlevé au destinataire son recours contre l'expéditeur pour vice des marchandises (2).

Cette jurisprudence qui facilite la vente des marchandises transportées, les auteurs ne l'expliquent pas. Elle concorde en effet trop peu avec les principes ordinairement admis. Pour nous, c'est simplement un cas nouveau d'exécution privée reconnu sous l'empire des nécessités pratiques, car ce n'est pas sans de graves motifs qu'on a pu déclarer une loi d'exécution facultative.

— On aboutit donc à affirmer ce principe grave : les voies légales d'exécution sont impunément méconnues, lorsqu'il n'en est résulté aucun préjudice pécuniaire. L'observation des formes n'est une garantie qu'en ce sens qu'elle établit l'absence de faute et de préjudice de façon simple et indiscutable.

Le principe de cette jurisprudence ainsi dégagé, on est logiquement obligé de l'admettre partout où une règle pour les voies d'exécution a été méconnue, à condition toutefois qu'il s'agisse d'un meuble détenu par le créancier. Car pour un immeuble, le propriétaire n'aurait pu être dépossédé, cela est évident, et pour un meuble détenu par le débiteur ou par un tiers, l'exécution par le créancier ne pourrait avoir effet, car celui à qui il vendrait ne pourrait se faire mettre en possession et se défendre par l'article 2270 : en fait de meubles, possession vaut titre.

(1) V. Cass., 10 novembre 1881, D. 82.1.160 ; Cass., 17 juillet 1883, D. 84.1.24 ; Ch. réunies, 10 mars 1880, D. 80 1.20 ; Cass., 8 août 1888, D. 80.1.100 ; Cass., 20 janvier 1887, D. 87.1.455 ; Cass., 28 février 1800, S. 00.1.402 ; Cass., 7 juin 1004, S. 05.1.230 ; Cass., 8 février 1000, *Gaz. Pal.*, 1000.1.321.

(2) Cass., 26 juin 1001, D. 01.1.550.

En tous cas on ne voit aucune raison logique pour admettre une solution différente de la précédente en cas de vente à l'amiable du gage par le créancier gagiste. Dans ce cas encore, l'acquéreur serait à l'abri de toute poursuite, et le créancier également, s'il n'a été causé aucun préjudice. D'ailleurs sans s'être prononcé en ce sens, la jurisprudence y incline (1).

On doit dire qu'elle y arrivera forcément. Là où une règle de droit privé n'a comme sanction que l'article 1382, là où l'idée d'une peine privée a été écartée, et ce cas est fréquent, il en résulte fatalement que s'il n'y a ni préjudice matériel, ni préjudice moral, il n'y a plus de sanction du tout. Défaut visible, il faut l'avouer, de la conception ordinaire du droit privé, d'après laquelle celui-ci a pour but de rétablir les personnes dans leur situation normale en dehors de toute visée d'intimidation. Mais ce défaut, dans l'espèce, est un avantage, il évite au débiteur des frais considérables, il épargne au créancier des lenteurs. Et il faut bien l'avouer, une saisie avec tout son cortège de publicité cause au débiteur un préjudice moral que l'on évite précisément par l'exécution privée, de sorte qu'en réalité, c'est souvent l'emploi des voies légales qui est préjudiciable au débiteur et leur inobservation peut au contraire lui éviter des ennuis. Aussi on comprend cette observation de la Cour d'Aix : qu'elle n'a pas à relever la nullité de la vente faite sans formalité par le créancier, celle-ci n'étant pas d'ordre public. Ainsi c'est dans l'intérêt du débiteur seul qu'existent dans le Code de procédure tous les titres sur les saisies. Nous voilà bien loin de cette exécution privée contraire à l'essence de l'Etat, dont nous parlait Ihering.

On peut rapprocher de ces cas l'article 978 du Code civil alle-

(1) V. Bordeaux, 14 juillet 1832, *P. Chr.*, qui reconnaît en ce cas le droit du tiers acquéreur de bonne foi et Cass., 9 juillet 1888, D. 80.1.410, qui admet que le tribunal ne peut relever d'office la nullité de la vente qui n'est pas d'ordre public et Aix, 28 mars 1874, S. 75.2.112, qui reconnaît la responsabilité, mais en insistant sur le dommage constaté par une vente à trop bas prix.

mand qui permet à l'administration de transports publics qui trouve dans ses locaux un objet, de le vendre aux enchères publiques, de telle sorte que le prix de l'adjudication est subrogé à la chose, cette vente étant toutefois précédée d'un avis faisant connaître la trouvaille et impartissant un délai pour faire les réclamations. Même d'après l'article 981, il ne semble pas que l'absence d'avis soit sévèrement sanctionnée.

Arrivons maintenant à des constatations plus importantes. Quoi qu'en dise l'adage, il y a des cas nombreux où l'on peut se faire justice à soi-même. Ce sont principalement ceux où le droit revendiqué consiste à demander la possession d'un bien qu'un autre détient. On est obligé, en pareil cas, de reconnaître la possibilité de se faire justice, pourvu qu'on passe entre les mailles de la loi pénale.

Entrons dans quelques indications pratiques. Il est admis en droit pénal qu'il n'y a pas vol lorsqu'on soustrait sa propre chose (1), par exemple lorsqu'on reprend un objet déposé dont on vous refuse la restitution, quand on appréhende une chose vendue dont on est déjà propriétaire, etc. En pareil cas, on échappera donc à toute répression, pourvu que l'acte ne soit pas accompagné de circonstances qui, à elles seules, constituent un délit : violences, bris de clôture, violation de domicile, etc. Protégé au point de vue pénal, puisqu'il ne commet aucune infraction et qu'on ne peut être en état de légitime défense contre une personne qui ne tente pas un acte délictueux, celui qui reprend sa chose est également dans son droit au point de vue civil.

Que pourrait-on faire contre lui, sinon demander des dommages-intérêts. Or cela même est impossible : où est le dommage matériel? Où est même le dommage moral, quand le débiteur manque à ses obligations en ne livrant pas et que celles-ci se trouvent exécu-

(1) Garçon, *Code pénal*, art. 370, nº 328 et suiv. ; Garraud, *Traité de droit pénal*, t. V, nºs 2078 et 2009.

tées, qu'on lui évite peut-être par là même des dommages-intérêts pour retard (1).

De même pour des raisons analogues, on dira qu'il y a une exécution privée licite dans le fait de se faire remettre ce que l'on vous doit au moyen des manœuvres qui constituent l'escroquerie : en usant de faux noms, de fausses qualités, en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance d'un gain ou d'un succès.

En effet l'article 405 suppose pour s'appliquer que l'on a escroqué la fortune d'autrui (2), ce qui n'est pas le cas si on se fait remettre ce que l'on vous doit ou même payer une dette.

Celui qui, par ces moyens, se fait remettre non pas la chose à laquelle il a droit, ce qui sera exceptionnel, mais de l'argent peut retenir celui-ci en compensation, car il n'est pas dans les cas exceptionnels où la loi interdit la compensation, à moins qu'à la suite de ses manœuvres il n'ait reçu la chose qu'à titre de dépôt ou prêt à usage (art. 1293, n° 2).

De même, sous certaines distinctions, il n'y aurait pas chantage dans le fait d'employer des moyens de nature à peser sur la volonté du débiteur pour le décider à s'acquitter de sa dette. Il suffira pour cela que les menaces de poursuite soient justi-

(1) Les dommages-intérêts sont des effets dus de plein droit pour délit, sans qu'il y ait de mise en demeure et le voleur qui détient indûment la chose est bien dans ce cas. V. Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 780 ; Demolombe, XXXI, n° 685 ; Baudry et Barde, t. IV, n° 2878.

Les compagnies privées qui sont si portées à s'ériger en autorités agissant comme les autorités d'Etat emploient volontiers des procédés de ce genre. Je lis dans les conditions d'abonnement d'une Compagnie de tramways : « Toute carte trouvée entre les mains autres que celle du titulaire, sera saisie par les agents de la Compagnie et annulée ». On veut dire évidemment que l'agent profitera de la remise de la carte pour examen en la gardant. Ce fait constituerait un cas de vol, s'il n'était légitimé par l'annulation dérivant de l'abus de la carte.

(2) V. Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 110 et suiv. ; Garraud, t. V, p. 2282.

fiées et que l'on n'en ait pas abusé pour se faire remettre des sommes excessives (1).

De même, si on a usé d'un blanc-seing contrairement au mandat reçu pour s'en faire une preuve de dette existante, lorsque ce fait n'a pas préjudicié au débiteur.

De même nous croyons qu'il y a extorsion de signature licite, lorsque le créancier s'est fait remettre la preuve de la dette par le débiteur, si le fait ne constitue pas par lui-même une violence illicite (V. *contrà*, Garçon, art. 400, n° 39).

De ces solutions, il faut rapprocher celles bien connues qui ont été admises en droit civil à propos de la violence, laquelle n'est un vice du consentement que si elle est injuste. De là il résulte que celle-ci n'entache pas de nullité une obligation souscrite, si d'une part on a menacé d'employer une voie de droit légale, et si d'autre part l'obligation souscrite n'a rien d'excessif. Dans ce cas, comme dans le cas précédent, il y a la même idée : favoriser ou du moins accepter une certaine énergie de la part du créancier à maintenir son droit, autrement que par le simple emploi d'offres ou de modes d'exécution léguux (2).

Le Code civil allemand en matière d'exécution privée contient un article fort important : l'article 229. Il permet dans un but de justice personnelle d'appréhender une chose, de la détruire, ou de la détériorer, ou d'arrêter une personne soumise à une obligation lorsqu'elle est soupçonnée de prendre la fuite ou de repousser la résistance que le débiteur oppose contre un fait qu'il était obligé de subir. Il suffit pour cela qu'il soit impossible à la justice publique d'intervenir en temps utile, et que sans cette mainmise immédiate, il y ait danger que la réalisation de ce à

(1) V. Cass., 6 avril 1903, D. 1903.1.301 ; Cass., 10 novembre 1908, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 108. — Cf. Baudry et Barde, t. I, n° 82.

(2) V. sur ces questions : Aubry et Rau, t. IV, 5e éd., p. 400 ; Dufnoir, *Propriété et contrats*, p. 607 ; Req., 10 novembre 1908, *Rev. de droit civil*, 1909, p. 108 ; Planiol, t. II, n° 1110-2° ; Saleilles, *Déclar. de volonté*, p. 57 ; Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, n° 80 et suiv.

quoi sa prétention lui donne droit soit rendue impossible ou essentiellement plus difficile (1). Ce que ce texte contient de capital, c'est la permission de vaincre par la force la résistance injustifiée du débiteur, ce qui est une véritable légitime attaque. La loi, il est vrai, limite ces mesures en imposant le recours à la justice d'État dès que cela est possible, et en obligeant à indemnité celui qui a commis une erreur, même sans négligence (art. 230 et 231).

L'exécution privée a encore une grande importance dans une législation qui ne passe point pour arriérée : le droit commercial. Dans nombre de cas, on y voit un créancier vendre avec des formalités très simples des biens de son débiteur.

L'article 93 du Code commercial rédigé le 23 mai 1863 autorise la vente du gage commercial huit jours après une simple sommation faite au débiteur et au tiers bailleur de gage s'il y en a un.

Le Code civil allemand, beaucoup plus large, permet, en matière civile la vente du gage après une sommation adressée au constituant. La sommation peut être omise si le gage est sujet à dépérissement et qu'il y ait péril à différer les enchères. Le créancier gagiste doit immédiatement donner avis des enchères. La sommation, la fixation d'un délai, et l'avis des enchères peuvent être omises en cas d'impossibilité (art 1220) Mais l'article 1229 interdit la faculté pour le créancier de garder la chose en paiement, s'il n'est pas remboursé en temps utile (2).

Le droit suisse du Code des obligations permettait la réalisation amiable du gage du moins si cela avait été convenu (3). Le nouveau Code civil semble permettre la vente sans condition (art. 891) et l'autoriser même pour le bénéficiaire du droit de rétention après avertissement (art. 898).

Un système analogue existe dans la loi française du 28 mai 1858

(1) V. sur ce point, *Trad. officielle*, t. I, p. 345.
(2) V. de même Code fédéral des obligations, art. 222.
(3) V. Rossel, *Manuel des obligations*, p. 324.

sur les warrants ; la vente a lieu huit jours après un simple protêt et sans aucune formalité de justice (art. 7). L'ordonnance du 15 juin 1834 sur la Banque de France (art. 5) et la loi du 19 juin 1857 sur le crédit foncier (art. 3) permettent encore des mesures d'exécution plus expéditives : vente des titres le lendemain de l'échéance sans sommation.

D'autres textes s'en rapprochent en permettant la vente sur simple autorisation du président du tribunal (art. 108, C. comm.), pour les marchandises refusées par le destinataire, ou sur une ordonnance du juge de paix (loi du 30 avril 1906, sur les warrants agricoles, art. 11, ou encore loi du 31 mars 1896, sur la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes et hôteliers).

Des solutions non moins importantes connues sous le nom d'exécution en Bourse sont prévues au décret du 7 octobre 1890 (art. 53, 55 et 59).

L'agent de change peut exécuter le client du comptant trois jours après l'envoi d'une lettre recommandée. L'exécution du client à terme n'exige même ni ce délai, ni cette formalité (art. 69). Il suffit pour qu'elle soit possible que le donneur d'ordre n'ait pas le premier jour de la liquidation et avant la bourse, remis à l'agent de change, suivant les cas, les titres accompagnés, s'il y a lieu de la déclaration de transfert, ou les fonds accompagnés, le cas échéant, de son acceptation. De même l'exécution peut être faite très facilement contre l'agent de change défaillant, une simple mise en demeure à celui-ci et à la chambre syndicale, suffisent pour que celle-ci puisse l'exécuter (art. 55).

Enfin si l'agent de change reçoit un ordre pour le marché à terme et qu'il ait exigé, comme il en a le droit, la remise d'une couverture, si celle-ci est en valeurs, il peut les aliéner et s'en appliquer le prix faute de livraison ou de paiement à l'échéance par le donneur d'ordre (art. 61).

Mais la jurisprudence se refuse à accepter cette solution pour une autre personne qu'un agent de change (1).

De l'exécution en Bourse des spéculateurs, il convient de rapprocher celle des actionnaires ou obligataires en cas de non versé.

Elle résulte sans doute d'une convention, mais elle est à ce point usuelle qu'on se demande si elle ne doit pas être aujourd'hui sous-entendue. En tous cas elle permet en cas de non versé, après une publication, de faire vendre le titre en Bourse de sorte que le porteur du titre primitif n'a plus désormais qu'un papier sans valeur et que l'acheteur en Bourse lui a succédé sans sa volonté. On a beaucoup disserté sur la nature de cette opération, on a parlé de gage, de mandat, de résolution. Au fond, pour qui voit la réalité des choses, qu'y a-t il ici, sinon une exécution privée (2) ?

Cette exécution est sans doute d'une nature spéciale, puisqu'on exproprie le débiteur de sa créance, et qu'au même moment on rend une autre personne créancière de la société, moyennant payement du titre au cours de la Bourse. Mais c'est toujours au fond un procédé de mainmise sur une valeur du débiteur sans intervention de justice, en ce sens que l'on annule de son propre chef le droit du titulaire ancien, ou qu'on le transfère sans son consentement.

Et ce qu'il y a de curieux, c'est que les auteurs qui justifient son utilité pratique se trouvent sans le vouloir donner précisément

(1) V. Cass., 13 mars 1880, S. 02.1.376. — Cf. sur l'exécution en Bourse, Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 971 *bis*.

(2) V. sur la nature de l'exécution en Bourse, Thaller, note au D. 86.2 80. — Cf. *Revue critique*, 1885, p. 288 ; Labbé, note au S. 88.1.403 ; Bernard, De l'exécution en bourse des actions et obligations, *Ann. de droit commercial*, 1904, p. 131 ; Pallu, *De l'exécution en Bourse des actions et obligations*, thèse de Bordeaux, 1907, p. 93 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 730 ; Mesnil, *Journal des sociétés*, 1908, p. 143 ; Foncin, *De l'exécution en Bourse des actions et obligations non entièrement libérées*, thèse de Dijon, 1907.

des arguments en faveur de la reconnaissance des exécutions privées, lorsqu'elles offrent certaines garanties (1).

N'aboutirait-on pas encore à une situation voisine d'une exécution privée dans un autre cas ? Un débiteur n'exécute pas une obligation de faire ou de ne pas faire. Le créancier peut se faire autoriser par justice à l'exécuter à ses frais (art. 1143 et 1144). On admet qu'il peut même se dispenser de toute autorisation, s'il n'a pas à pénétrer chez son débiteur : si le travail doit se faire chez lui, ou si la contravention a eu lieu chez lui (2). Le créancier par ce procédé d'exécution privé aura obtenu directement ce qu'il poursuivait, mais il lui faudra exercer, suivant les procédés du droit commun, un recours pour se faire indemniser, ne courant d'autre risque que de se voir opposer une faute commise, de se voir reprocher de trop grands frais pour exécuter l'obligation, ce qui diminuerait la somme qu'il pourrait réclamer. Mais même ce point mis à part, l'exécution étatique se trouvera donc plutôt déplacée qu'écartée.

On pourrait rapprocher de ces divers cas les dispositions du Code civil allemand, articles 383 et suivants, qui permettent au débiteur lorsque la consignation n'est pas possible,de vendre aux enchères après mise en demeure du créancier les objets dus, ou même de vendre à l'amiable les titres de Bourse, au prix du cours, par l'entremise d'un intermédiaire qualifié pour cela.

Enfin, dans une certaine mesure, la saisine n'est-elle pas elle aussi une voie d'exécution privée, soit qu'elle permette à une personne propriétaire des biens par la loi ou par un legs de les saisir immédiatement, soit que s'appliquant aux exécuteurs testamentaires,elle accorde un droit de se faire justice à un tiers qui n'est pas propriétaire en face des héritiers ou légataires qui le

(1) V. not. Foncin, *op. cit.*, p. 14 et 30.

(2) V. Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, n° 437 ; p. 470 ; Demolombe, t. XXIV, n° 500 ; Laurent, t. XVI, n° 200.

sont. S'il y a plus que cette exécution privée dans la saisine, on peut dire du moins qu'elle en est l'un des éléments.

On pourrait rapprocher aussi de l'exécution privée le droit de prélèvement à titre facultatif moyennant imputation sur les droits que l'on possède, droit si fréquent dans les contrats de mariage, et qui peut se trouver aussi dans les testaments (1). Celui-ci permet à l'époux ou à l'héritier de se comporter en propriétaire des biens et non en simple créancier d'une somme.

Citons enfin pour terminer l'article 673 du Code civil qui permet de couper les racines dépassant des arbres d'autrui qui dépassent sur votre fonds ; article beaucoup plus étroit que l'article 910 du Code civil allemand qui étend cette disposition aux branches, lorsqu'elles n'ont pas été retranchées dans un délai convenable que l'on a imparti pour cela.

Joignons-y l'article 808 du Code civil suisse qui permet si le propriétaire du gage immobilier diminue la valeur de celui-ci de prendre des mesures, s'il y a péril en la demeure.

De tous ces exemples se dégage une conclusion grave. L'exécution privée a du moins l'avantage d'être rapide, elle est peu coûteuse. C'est peut-être un des rares moyens que l'on ait de se rapprocher d'une justice gratuite. Aussi, loin d'en souhaiter l'abolition, il faut plutôt en souhaiter l'extension. Si étonnante que cette opinion apparaisse à première vue, elle est cependant raisonnable quand on cherche à en fixer les limites (2).

Le débiteur a le légitime désir que, s'il y a exécution, celle-ci se fasse dans les meilleures conditions pour lui, c'est-à-dire que, s'il y a vente, il demande que le bien soit vendu à son prix. Ce résultat est obtenu si la vente doit se faire aux enchères après

(1) V. Machereau, *Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité*, thèse de Paris, 1900 ; Catelle, Du droit de prélèvement dans les partages, *Revue de droit civil*, 1905, p. 5.

(2) V. *contrà*, Louis Crémieu, *De la justice privée. Son évolution dans la procédure romaine*, p. 311.

publicité, ou s'il y a estimation par expert du prix auquel l'immeuble sera attribué au créancier ou à un tiers qui le paiera, ou enfin s'il y a une vente à un marché réglementé, comme la Bourse. Là est la garantie sérieuse et essentielle pour le débiteur, et non pas dans une série de formalités qui, dans le public peu porté à se payer de mots sont désignés couramment par leur côté le plus palpable : les frais.

Il y a d'autre part les délais qui permettent au débiteur malheureux de se procurer des fonds. Mais ces délais ne sont nullement incompatibles avec une exécution privée. On pourrait même faciliter l'obtention de délais de grâce de quelques jours, en permettant de les obtenir par simple requête au président du tribunal.

Le débiteur peut craindre qu'on exécute contre lui à tort et qu'il en résulte un dommage irréparable. Cette crainte est vaine ou du moins on peut ne pas en tenir compte, quand le créancier offre des garanties de solvabilité et surtout d'honnêteté comme la Banque de France, le Crédit foncier, un agent de change, ou une compagnie de chemin de fer, un créancier dont la créance est établie, les magasins généraux, un créancier qui fournirait caution, etc.

Le créancier pourrait désirer partout l'exécution privée qui lui économise du temps et de l'argent, on peut du moins lui donner satisfaction dans quelques cas. Il est vrai qu'en sens inverse le débiteur pourrait demander qu'il n'y eut jamais d'exécution privée, car avec le temps que lui donne toute procédure d'exécution étatique, il aurait pu espérer se libérer, comme d'autre part il pourrait toujours désirer une exécution privée comme moins coûteuse. Si on veut tenir complètement compte de ces considérations, le problème est insoluble, tout autant que si l'on est en face de libéraux quand même, ou d'étatistes quand même, qui ont posé l'un de ces deux principes d'une vérité expérimentale incomplète : il est inadmissible que l'Etat par ses agents s'immisce dans une affaire purement privée, ou il est inacceptable que l'exécution d'un débiteur se fasse autrement que par l'Etat. Telles

sont les données du problème. Elles sont complètement indépendantes de l histoire. Qu'importe, en effet, que l'exécution privée soit la plus ancienne et que l'exécution sociale l'ait en grande partie absorbée. Il n'en pouvait être autrement. Cette dernière suppose une organisation sociale assez développée, ce qui n'a pu exister à l'origine des civilisations Qu'elle doive absorber l'autre, ce serait admettre qu'ici l'évolution doit nécessairement se faire dans le développement jusqu'à l'extrême de la même idée, ce qui ne semble pas vrai en général, et ce qui ne semble pas heureux dans le cas présent.

La théorie de l'exécution privée, prise en dehors de toute considération libérale ou étatique, ne peut être condamnée que de ce point de vue qui a trop régné : celui de la sécurité statique. On ne pourra saisir que si l'on est bien sûr que l'on n'est créancier (nécessité du titre exécutoire),que si le débiteur en est dûment averti (signification),que s'il est prévenu à l'avance plusieurs fois de la vente à laquelle on va procéder (commandement, procès-verbal de saisie, etc.). Mais reste à savoir si on ne peut pas se contenter de garanties plus simples, si cette lourde machine n'est pas contraire à la loi de l'économie de l'effort. Les débiteurs aussi bien que les mineurs peuvent dire des Codes qu'ils les ruinent en protection.

La théorie de l'exécution privée est donc appelée à être acceptée, soit dans les circonstances qui exigent rapidité ou économie, soit au profit de certains créanciers qui inspirent confiance. Elle est appelée à se développer tantôt par la loi directement, tantôt par la convention (clause de voie parée par exemple) et ici encore nous aurons une nouvelle preuve de la souplesse et de la puissance du contrat visant à remplacer l'action de l'Etat par des modes d'exécution plus rapides. A ce point de vue, nous aurons un exemple nouveau de cette puissance privée que nous avons étudiée dans la loi privée, l'autorité privée, la justice privée.

Mais considérée d'ensemble, l'exécution privée nous montre un nouvel aspect du contenu de l'obligation. A côté du droit de

recourir à la justice pour la faire exécuter, c'est la faculté de recourir à ses propres forces pour obtenir satisfaction, qui domine les théories pénales de l'état de légitime défense et de l'état de nécessité comme celles du droit privé sur l'exécution.

Mise ainsi face à face, l'exécution étatique que l'on croirait à première vue seule régnante, et l'exécution privée apparaissent comme ne pouvant fixer facilement leur domaine. Suivant les bases que l'on posera : besoin de sécurité, besoin de simplicité, ou au contraire de rapidité d'économie, l'une ou l'autre étendra sa sphère d'application. Les circonstances diverses, l'estime plus ou moins grande que méritera telle catégorie de créanciers amèneront d'autres variations. Ainsi sur ces données psychologiques, bases éternelles du droit, se bâtira tel ou tel ensemble, éphémère par nature, impuissant souvent à contenir pleinement les désirs contradictoires de l'homme, appelé à changer parce qu'on sentira ces imperfections. De ce mouvement forcément lent de transformation, naîtra cette apparence que l'on nomme évolution, qui par sa progression lente, venant souvent du lointain des siècles, effraye souvent comme une marche fatale des événements.

En terminant, comment ne pas penser aux fortes pages de Ihering (1), pour en tirer des conséquences nouvelles : « Le droit est le travail sans relâche, et non pas seulement le travail de la puissance publique, mais celui de tout le peuple. Tout homme qui en vient à l'obligation de maintenir son droit prend part à ce travail national et contribue dans sa petite mesure à la réalisation du droit sur la terre. » Comment développer ce sentiment de lutte pour le droit, non seulement chez ceux qui vivent le droit, mais chez ceux qui légifèrent, qui jugent, qui exécutent, s'ils ne sentent pas à côté d'eux la puissance privée exercée à avoir le sentiment du combat pour le droit par l'emploi des voies légales, mais aussi par l'application rapide et directe du droit. Tout pouvoir qui est absolu, ou se croit tel,

(1) *Le combat pour le droit*, traduction Meydieu, p. 2 et suiv.

s'amollit, s'enferme dans ses querelles byzantines, jusqu'à ce que l'orage éclate et l'avertisse du néant final de toute puissance qui n'est pas pétrie par l'effort utile et la lutte pour un plus grand bien.

Si la lutte est ainsi partout, comme le soutien de toute chose, quoi d'étonnant qu'elle doive aussi exister par la concurrence de l'Etat et des particuliers travaillant à faire vivre le droit, qu'elle soit indispensable pour maintenir chez les gouvernants le sentiment de leurs devoirs envers la société et chez les gouvernés, le sentiment vif du droit, l'éloignement de « cette morale de la commodité dont aucun peuple, aucun individu ayant le sentiment du droit bien sain, n'a jamais fait la sienne ». Si les besoins de simplification des opérations sociales appellent l'Etat à jouer un rôle, il faut que cette domination d'une puissance plus forte soit acceptée avec l'impatience d'une personne ardente à faire valoir son droit, mais se pliant à l'action de l'Etat par une volonté de discipline intérieure, et non pas par cette mollesse qui fait espérer que les choses se feront d'elles-mêmes, par une activité réglée et policée à l'excès. Selon le mot d'Ihering, « du moment où le droit n'est plus prêt à combattre, il se sacrifie lui-même, car on peut lui appliquer la sentence du poète : c'est le dernier mot de la sagesse, celui-là seul mérite la liberté et la vie qui doit les gagner chaque jour » (1).

(1) Rapprochez de ces idées : G. Sorel, Réflexions sur la violence, *Mouvement socialiste*, 1906, t. II, p. 33 et 36.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVERTISSEMENT VII

PREMIÈRE PARTIE

Notion et bases du droit.

CHAPITRE PREMIER

La notion de droit 1

Inégalité des intérêts au point de vue de l'énergie de leur protection ou de leur durée, p. 1. — Au point de vue positif est droit ce qui est imposé sans recours par une force organisée, p. 4. — Condition où cela se produit, p. 6. — Situations intermédiaires, entre le droit et le non droit, p. 9. — Rapports du droit et de la morale, p. 14. — Utilité à fixer au-dessus du droit positif un droit idéal, p. 16. — Méthode pour établir ce droit idéal, p. 17. — L'école du droit naturel, p. 18. — L'école historique, p. 20. — Renaissance du droit naturel, p. 21. — Possibilité d'un idéal législatif, p. 22. — Théories de M. Lévy Bruhl, p. 24. — L'idéal législatif et le but de la vie, p. 29. — La méthode à employer, p. 32. — Subjectivisme et vérité objective, p. 34. — Nécessité de conciliations, p. 36. — Caractère de l'évolution, p. 38. — Rôle des lois psychologiques de l'imitation, de la simplicité, p. 41. — Obscurité, complexité du droit idéal, p. 43. — Le droit peut-il satisfaire l'esprit, p. 50. — Difficulté de mesurer la valeur respective des divers intérêts, p. 52. — La technique, ample matière au progrès, p. 53. — Nature des principes d'action, p. 55. — L'évolution et les principes du droit, p. 57. — Contradiction de l'action et de la science sociale, p. 59. — La réalisation pratique de l'idéal social, p. 60.

CHAPITRE II

La sécurité 63

Importance de l'idée de sécurité, p. 63. — Ses conséquences ju-

diques au point de vue de la rédaction des lois, p. 65. — De la fixité de la jurisprudence, *ibid.* — De l'esprit juridique, p. 66. — Du droit public, p. 67. — Du droit privé, p. 67. — Double conception de la sécurité, sécurité statique et sécurité dynamique, p. 70. — Leurs origines sociales et philosophiques, p. 72. — Leur opposition et les moyens de les concilier, p. 74. — L'assurance, p. 75. — La publicité, p. 76. — Impossibilité de les concilier dans certains cas, p. 77. — La sécurité envisagée au point de vue objectif et au point de vue subjectif, p. 79. — Portée sociale du choix entre la sécurité statique et dynamique, p. 80. — Mesure où il convient de donner la sécurité, p. 82. — La sécurité statique : ses avantages et ses défauts, p. 84.

CHAPITRE III

L'évolution et la sécurité 88

Phénomène de l'évolution ; Nécessité constante de modifier l'ordre juridique, p. 88. — Essais pour concilier cette idée avec la sécurité, p. 90. — Symétrie de formes pour la création et l'extinction des droits, p. 91. — Critique de cette idée pour les contrats, p. 92. — Critique en ce qui touche les lois et les actes administratifs, p. 94. — La question de la non-rétroactivité des lois. Ses aspects nombreux. Insuffisance d'une formule unique, p. 97. — La rétroactivité des actes juridiques privés, p. 100. — Moyens pour protéger contre elle les tiers, p. 102. — Lois perpétuelles et temporaires. Actes privés perpétuels et temporaires, p. 103. — La coutume et la loi, p. 105. — L'indemnisation des personnes lésées par l'ordre juridique nouveau, p. 106. — Autres procédés de conciliation, p. 108. — Equilibre du changement de la stabilité, p. 109.

CHAPITRE IV

Economie de temps et d'activité 111

La loi du moindre effort. Ses conséquences, p. 111. — Sur le formalisme, p. 111. — Sur les transactions, p. 112. — Ses inconvénients, p. 114. — Atténuation possible, p. 116.

CHAPITRE V

La justice 119

Les idées qu'elle recouvre, p. 119. — Multiplicité de ses définitions, p. 120. — Conception de l'égalité matérielle, p. 121. — Ses conséquences en droit privé, p. 123. — Conception de l'égalité vue du côté psychologique, p. 124. — Conception de l'égalité au point

de vue volonté, p. 125. — Ses conséquences en droit privé, p. 126. — La justice envisagée d'après les besoins de chacun, p. 128. — Règles de droit privé qui en dérivent, p. 129. — Parti que l'on peut tirer de l'idée de justice, p. 130. — Son caractère d'idée seconde, p. 132. — Valeur de l'idée de justice même ainsi comprise, p. 133.

CHAPITRE VI

L'égalité 136

Fondements de l'idée égalitaire, p. 136. — Rapports de l'égalité avec la solidarité, p. 138. — Avec la sécurité, p. 139. — Avec la liberté, p. 140. — L'égalité et la différenciation, p. 141.

CHAPITRE VII

La liberté 143

Raisons superficielles et profondes de son importance, p. 143. — La liberté déduite de la non-omnipotence légale, p. 143. — La liberté doctrine de désespoir, p. 144. — La liberté idéal social et levain d'activité, p. 145. — Ses conséquences en droit privé, p. 147. — L'autonomie de la volonté, p. 147. — Le respect de la sphère d'activité d'autrui, p. 149. — Importance et décadence de cette conception, p. 150. — La liberté en face de la sécurité et de l'évolution, p. 151. — La liberté et la durée des actes juridiques, p. 153. — Les lacunes laissées par l'idée de liberté, p. 155.

CHAPITRE VIII

Le solidarisme et la répartition des pertes 158

Fondements divers de la solidarité, p. 158. — Conséquences en droit privé de l'idée de partage des pertes, p. 161. — Valeur relative de la solidarité, p. 164. — Ses limites, p. 165. — La théorie du minimum d'existence, p. 167. — Application en droit privé, p. 168.

CHAPITRE IX

La notion d'intérêt général 170

Etendue de l'intérêt général, p. 170. — Rareté des idées communes à tous, p. 171. — Conséquences, p. 172. — Les intérêts des groupes. Leur solidarité et leur opposition, p. 172. — Analyse de l'intérêt général, p. 174. — Peu de valeur des expressions : intérêt individuel et intérêt général, p. 175. — Rattachement à la théorie nominaliste, p. 176.

CHAPITRE X

L'intérêt futur 177

Importance de l'intérêt futur, p. 177. — Deux conceptions possibles, p. 178. — L'intérêt futur assuré par une forme prédéterminée, p. 178. — Valeurs des actes juridiques à longue durée, p. 180. — Le conflit de l'intérêt futur et de l'intérêt présent, p. 181.

CHAPITRE XI

L'intérêt moral 183

Lien entre l'intérêt matériel et l'intérêt moral, p. 183. — La question de la réparation du dommage moral, p. 186. — La recevabilité des actions exercées par des personnes non intéressées matériellement, p. 188. — Idées adverses. La peine privée, moyen pour les concilier, p. 190.

CHAPITRE XII

Conclusion 193

La nature de l'esprit et la réalité extérieure, p. 193. — Impossibilité d'un classement définitif des intérêts, p. 195. — Atténuation des conflits. Conciliation et opposition. L'évolution, p. 197. — Importance de la technique juridique, p. 199.

DEUXIÈME PARTIE

La technique.

I

PRINCIPES.

CHAPITRE PREMIER

La notion de technique. 201

Définition de la technique, p. 202. — Sa valeur, p. 203. — Exemple tiré du rôle de la prévention et de la répression, p. 204.

CHAPITRE II

La technique législative. 207

La question de la codification, p. 207. — Conciliation de la sécurité

et du besoin de transformation par les lois temporaires ou à revision périodique, p. 209. — Nécessité de ne légiférer que sur des points connus, p. 210. — La technique de la coutume, p. 213.

CHAPITRE III

La technique jurisprudentielle 215

La jurisprudence doit-elle être une source formelle de droit ? p. 216. — La fixité et la souplesse de la jurisprudence, p. 218. — Utilité suivant les cas d'arrêts de principe ou de décisions de portée limitée, p. 219. — Rédaction des arrêts, p. 222. — Rôle des décisions d'appel et des jugements, p. 223.

CHAPITRE IV

La technique doctrinale 225

Rôle de la doctrine d'après Ihering, p. 225. — L'analyse juridique, p. 226. — La concentration juridique, p. 226. — Les constructions juridiques, p. 227. — L'élaboration de théories générales, p. 228. — Leur influence, p. 231. — Conciliation d'éléments opposés, p. 232. — Technique des études doctrinales. Variété des plans, p. 232. — Application de l'économie des moyens. Ses dangers, p. 234.

CHAPITRE V

Des fictions 238

Leur rôle en droit romain, p. 238. — Des cas où il y a une véritable fiction, p. 239. — Caractère transitoire des fictions, d'après Ihering, p. 241. — Critique de cette idée, p. 242. — Conséquence à tirer des fictions, p. 245. — Les fictions légales, p. 248. — Les fictions jurisprudentielles, p. 249.

CHAPITRE VI

Mécanismes techniques 252

Que faut-il entendre par mécanismes techniques, p. 252. — La théorie de M. Duguit, p. 253. — Critique de cette théorie, p. 257. — Utilité à tirer de cette théorie. Dangers à éviter en formulant des principes, p. 260. — Exemples, p. 262. — Caractère relatif de la technique, p. 264. — Rapprochement avec la philosophie des sciences, p. 265.

CHAPITRE VII

La technique du droit comparé 268

Utilité pédagogique du droit comparé, p. 268. — Théorie de M. Sa-

leilles sur l'utilité du droit comparé, p. 269. — Utilité à établir le type le plus pur d'une institution, p. 272. — Théorie du droit commun législatif de M. Ed. Lambert, p. 274. — Le problème de l'internationalisme juridique, p. 276. — Nécessité de ne pas assouplir par trop la technique, p. 279. — Inconvénients de ce droit commun législatif, p. 281. — Utilité à tirer des législations étrangères, p. 284.

II

APPLICATIONS.

CHAPITRE PREMIER

La technique de la volonté juridique 286

La volonté au point de vue psychologique, p. 287. — L'enfant, p. 288. — La personne atteinte de troubles psychiques, p. 289. — Point de vue civil et pénal, p. 292. — La vieillesse, p. 294. — L'erreur, p. 295. — L'interprétation et l'adaptation de la volonté, p. 297. — Application aux lois et aux actes privés, p. 299. — Conflit d'un intérêt avec un devoir, p. 302. — Le contrat avec soi-même est-il possible ? p. 304. — Cas où le contractant est simple co-intéressé, p. 306. — Contrat avec soi-même nécessaire, p. 307. — Autorisation donnée dans son intérêt, p. 307. — Conflit entre un intérêt et un devoir purement moral, p. 309. — Conflit de devoirs entre eux, p. 311. — Conflit entre intérêts, p. 314. — Conflit entre intérêts proches et éloignés, p. 314. — Solution du droit privé, p. 315. — Rapprochement avec le droit pénal, p. 316. — De l'avolonté, p. 317. — Remplacement de la personne absente, p. 318. — Décision prise par les autres intéressés, p. 318.

CHAPITRE II

La notion de sujet de droit 320

Inutilité de cette notion d'après M. Duguit, p. 321. — Qui peut être sujet de droit ? p. 322. — Le système actuel et la philosophie du XVIII^e^ siècle, p. 323. — I. Le but du droit. Intérêt et volonté, p. 325. — Prédominance de l'intérêt, p. 328. — Extension des sujets d'un droit donné au point de vue jouissance, p. 330. — Limitation des sujets de disposition possibles, p. 332. — II. Caractère technique du problème des sujets de droit, p. 334. — Difficulté à se maintenir sur le terrain technique. Variabilité de la notion suivant les époques, p. 335. — Quand est-il utile de reconnaître un sujet de droit ? p. 337. — Théorie de Bernatzik, p. 340. — Critique, p. 343. — III. Applications, p. 345. — La personnalité des morts, p. 345. — Les mandats post mortem,

p. 346. — Leurs avantages et leurs inconvénients. Conclusion, p. 348. — Personnalité des êtres futurs, p. 351. — La personnalité morale, p. 352. — Comment elle dépasse l'idée d'association ou de société, p. 354. — Rapport des théories de propriété collective et de droits sans sujet, p. 355. — Les animaux sujets de droit, p. 357. — Les biens sujets de droit, p. 359. — Les centres de droits, p. 360. — IV. Les sujets de droit indéterminés, p. 361. — Les droits subjectifs et les droits reflets, p. 363. — Quand y a-t-il droit subjectif? p. 365. — V. Les sujets de disposition, p. 369. — L'importance de leur rôle dans certains cas, p. 370. — Modes divers pour établir les sujets de disposition, p. 373. — VI. Droit pour les tribunaux de constituer pour un droit un sujet de gestion, p. 374. — VII. Nature du droit du sujet de gestion. La représentation, p. 376. — VIII. Nécessité de permettre de découvrir le sujet de gestion p. 378. — Pouvoirs des sujets de gestion, p. 380.

CHAPITRE III

La notion de patrimoine. 383

Situation de l'idée de patrimoine, p. 383. — Théorie d'Aubry et Rau, p. 384. — Son fondement et ses conséquences, p. 384.— Critique à ce point de vue de l'art. 2093 C. civ., p. 385. — La question de la responsabilité des héritiers quant aux dettes, p. 386. — Responsabilité des actionnaires et commanditaires, p. 387. — Les critiques contre le système d'Aubry et Rau, leur valeur, p. 388. — Idée fondamentale de la théorie du patrimoine, p. 390. — La sécurité maxima à donner au créancier, p. 390. — Obligation actuelle des héritiers, p. 391. — La sécurité donnée de plein droit, p. 392. — Explication des solutions actuellement reçues, p. 393. — Le minimum de sécurité pour le créancier, p. 395. — La responsabilité limitée, p. 395. — Exclusion du gage des créanciers présents de certains biens actuels, p. 397. — Reconstruction sur ces données de la notion de patrimoine, p. 399. — Importance sociale du patrimoine. Théorie de M. Emmanuel Lévy, p. 400. — Critique, p. 400. — Caractère changeant de la notion de patrimoine, p. 402. — Appréciation de l'idée d'*universitas juris* appliquée au patrimoine, p. 403.

CHAPITRE IV

Droits absolus et droits relatifs 405

Origine de cette distinction, p. 405. — Son développement au XVIII^e^ siècle, p. 407. — Difficultés pour appliquer cette division au XIX^e^ siècle, p. 408. — Opinion traditionnelle sur la nature des

droits réels et personnels, p. 410. — Critique de cette théorie, p. 411. — Opinion plus récente sur la nature des droits absolus, p. 413. — Ses défenseurs, p. 414. — Objections soulevées, p. 417. — Réfutation et explication de l'erreur commise, p. 417. — Nature du droit relatif, p. 420. — Dans quelle mesure il est opposable à tous, p. 420. — Obligations des créanciers les uns par rapport aux autres, p. 422. — Rapprochement des droits absolus et relatifs, p. 424. — Valeur comparée de ces deux droits, p. 425. — Valeur de la distinction traditionnelle, p. 429. — Essai de construction unitaire, p. 431. — Variantes dans l'efficacité des droits, p. 433. — Leurs raisons d'être, p. 433. — Caractère actif ou passif des obligations, p. 436. — Sa raison d'être suivant les cas, p. 436. — Attributs variables des droits suivant les temps, p. 438. — Utilité pratique du système adopté, p. 440.

CHAPITRE V

Du contenu des droits au point de vue de leur transformation en argent. 444

Cas où la question de fongibilité des droits avec de l'argent se présente, p. 444. — Solution du droit romain à ce sujet, p. 445. — Dans quels cas le droit peut être commodément remplacé par de l'argent, p. 445. — Réparation du préjudice moral et peine privée, p. 450. — Imperfection du droit en cette matière, p. 453. — Etendue de l'indemnisation, p. 454. — Preuve à fournir, p. 454. — Principe de la réparation en nature, p. 457. — Moyens pour l'obtenir : astreinte, création d'un délit pénal, p. 458. — Principe de la liberté de la personne, p. 460. — Le droit de perquisition, p. 462. — L'apposition de scellés sur un immeuble, p. 464. — Forme de l'exécution en nature, p. 466. — Limites de l'exécution en nature tenant à l'intérêt général, p. 467. — Application à la responsabilité entre voisins, p. 468. — A des marchés de travaux, p. 472. — A l'accession, p. 472. — Limite à l'exécution en nature tenant à l'intérêt des tiers, p. 473. — Principes de solutions, p. 475. — Applications, p. 476.

CHAPITRE VI

Indépendance et interdépendance des individus. 481

Manière de voir des rédacteurs du Code sur ce point, p. 481. — Réaction des théories nouvelles, p. 482. — Appréciation de la théorie ancienne, p. 484. — Conception nouvelle, p. 485. — Application à la théorie de l'*in rem versum*, p. 485. — A celle des impenses, p. 487. — Réunion de ces deux théories, p. 489. —

La théorie de la gestion d'affaires, ses conceptions diverses, p. 490. — La promesse pour autrui, p. 494. — La stipulation pour autrui, p. 496. — Résumé, p. 497. — Interdépendance des personnes placées dans une situation juridique identique, p. 497. — Théorie de la solidarité, p. 500. — L'action paulienne, p. 502. — L'action oblique, p. 503. — L'action en déclaration de simulation, p. 503. — Application aux procédures de saisie et de distribution, p. 504. — A la faillite, p. 505. — Garanties contre les abus possibles, p. 505. — Interdépendance des personnes ayant des intérêts de même ordre, mais d'inégale importance, p. 507. — Recours juridictionnels exercés par les syndicats ou associations, p. 509. — Demande tendant à une simple déclaration du caractère illicite d'un fait, p. 510. — Demande en dommages-intérêts, p. 513. — Essai de conciliation, p. 517.

CHAPITRE VII

L'action en justice et le rôle du juge 519

Deux degrés dans le droit : obligation naturelle et obligation engendrant une action, p. 519. — Double fonction des tribunaux : constater et donner des ordres, p. 521. — Importance primitive de l'ordre. Ses conséquences, p. 522. — Le caractère de constatation, p. 523. — Ses conséquences au point de vue des actions qui peuvent être intentées, p. 524. — Ses conséquences au point de vue de ceux qui peuvent intenter l'action. La règle : nul ne plaide par procureur, p. 529. — Ses conséquences au point de vue du rôle du juge, p. 532. — Conception plus moderne de la mission du juge, renaissance de l'idée d'ordre donné, p. 534. — Conséquences au point de vue de la procédure, p. 539.

CHAPITRE VIII

La preuve 542

Notion de la preuve, p. 542. — L'adage *actori incumbit probatio* : Appréciation critique, p. 542. — L'adage *reus in excipiendo fit actor*, sa portée, p. 546. — Incertitude sur la charge de la preuve, p. 549. — Principes rationnels de la preuve, p. 549. — Présomption générale en faveur du vraisemblable, p. 550. — Celui-là doit prouver qui peut la faire avec le moins de peine, p. 553. — Comment la pratique y tend inconsciemment, p. 554. — La solidarité dans la preuve, p. 556. — Conséquences pratiques, p. 557. — Contenu de la preuve. Preuve du droit. Rôle du juge dans le silence des textes, p. 560. — Individualisation du rapport juridique, p. 562. — Conséquences, p. 563.

TROISIÈME PARTIE

Le droit privé et l'Etat.

CHAPITRE PREMIER

La loi privée 567

La loi : monopole de l'Etat, p. 567. — Les idées de la Révolution ; la loi rationnelle, permanente, générale et souveraine, p. 568. — Le contrat, p. 569. — Atténuation des anciens caractères de la loi, p. 570. — Développement de la force des contrats, p. 572. — Réaction des contrats à l'égard des tiers, p. 574. — Le contrat collectif de travail, loi professionnelle, p. 574. — Autres exemples, p. 577. — Les déclarations unilatérales, p. 578. — Le rôle respectif des lois d'Etat et des conventions privées, p. 578. — Les sanctions. Responsabilité des tiers. Nullité du contrat, p. 581. — Valeur des déclarations unilatérales, p. 583. — Appréciation critique des règlements privés, p. 586. — Application aux coalitions, p. 589. — Comparaisons des lois d'Etat et des règlements privés, p. 592. — Généralisation des idées précédentes. Indication sur la notion de l'Etat et la situation respective du droit public et du droit privé, p. 594. — Application à l'étude de la coutume, p. 597.

CHAPITRE II

L'autorité privée. 600

Le mandat. Comment il peut créer un pouvoir pour le mandataire, p. 600. — Moyens que la loi a établis pour le contrebalancer, p. 602. — Quand le mandat aboutit-il à créer une véritable autorité ? p. 604. — Autorité privée résultant d'une libéralité avec charge, p. 606. — D'une libéralité avec faculté d'élire, p. 609. — Libéralité avec charge secrète, p. 613. — Puissance paternelle, p. 614. — Contrats autres que le mandat créant une certaine autorité privée, p. 615. — Les autorités privées et les autorités d'Etat. Comparaison, p. 619. — Sanctions que les autorités privées ont à leur disposition, p. 620.

CHAPITRE III

La justice privée 622

Divers sens de cette expression, p. 622. — Pourquoi la justice privée se développe actuellement. Complexité de la justice d'Etat, p. 623. — Réaction de l'esprit spécialiste, p. 624. — La justice

privée sous forme d'arbitrage, p. 626. — Place que lui fait la jurisprudence, p. 627. — Formes admises de la désignation de l'arbitre, p. 628. — De l'objet en litige, p. 628. — Clauses de contrats se rapprochant d'un arbitrage. Exemples de ces clauses. Leur gravité variable, p. 630. — Contrôle des tribunaux sur ces clauses et la manière dont elles sont exécutées, p. 635. — Appréciation critique, p. 636.

CHAPITRE IV

L'exécution privée 638

Exécution publique et exécution privée, p. 638. — Valeur relative de l'exécution publique et de l'exécution privée, p. 639. — Actes d'un caractère défensif. Le droit de rétention, p. 643. — La légitime défense, p. 644. — La contrainte, p. 647. — Actes d'un caractère offensif. Droit de faire la police chez soi, p. 648. — Le pacte commissoire, p. 650. — La clause de voie parée, p. 652. — Autres hypothèses, p. 654. — Vente de marchandises par les Compagnies de chemin de fer, p. 655. — Actes voisins de certains délits pénaux, p. 658. — Cas d'exécution privée en droit commercial, p. 661. — L'exécution en Bourse, p. 662. — Cas voisins d'une exécution privée, p. 664. — Eléments du problème de l'exécution privée, p. 668. — Conclusion, p. 668.

BIBLIOTECA CENTRALE

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

AVERTISSEMENT
PREMIERE PARTIE Notion et bases du droit.
CHAPITRE PREMIER
La notion de droit
Inégalité des intérêts au point de vue de l'énergie de leur protection ou de leur durée,
- Au point de vue positif est droit ce qui est imposé sans recours par une force organisée,
- Condition où cela se produit,
- Situations intermédiaires, entre le droit et le non droit,
- Rapports du droit et de la morale,
- Utilité à fixer au-dessus du droit positif un droit idéal,
- Méthode pour établir ce droit idéal,
- L'école du droit naturel,
- L'école historique,
- Renaissance du droit naturel,
- Possibilité d'un idéal législatif,
- Théories de M. Lévy Bruhl,
- L'idéal législatif et le but de la vie,
- La méthode à employer,
- Subjectivisme et vérité objective,
- Nécessité de conciliations,
- Caractère de l'évolution,
- Rôle des lois psychologiques de l'imitation, de la simplicité,
- Obscurité, complexité du droit idéal,
- Le droit peut-il satisfaire l'esprit,
- Difficulté de mesurer la valeur respective des divers intérêts,
- La technique, ample matière au progrès,
- Nature des principes d'action,
- L'évolution et les principes du droit,
- Contradiction de l'action et de la science sociale,
- La réalisation pratique de l'idéal social,
CHAPITRE II
La sécurité
Importance de l'idée de sécurité,
- Ses conséquences judiques au point de vue de la rédaction des lois,
- De la fixité de la jurisprudence,
- De l'esprit juridique,
- Du droit public,
- Du droit privé,
- Double conception de la sécurité, sécurité statique et sécurité dynamique,
- Leurs origines sociales et philosophiques,
- Leur opposition et les moyens de les concilier,
- L'assurance,
- La publicité,
- Impossibilité de les concilier dans certains cas,
- La sécurité envisagée au point de vue objectif et au point de vue subjectif,
- Portée sociale du choix entre la sécurité statique et dynamique,
- Mesure où il convient de donner la sécurité,
- La sécurité statique: ses avantages et ses défauts,
CHAPITRE III
L'évolution et la sécurité
Phénomène de l'évolution; Nécessité constante de modifier l'ordre juridique,
- Essais pour concilier cette idée avec la sécurité,
- Symétrie de formes pour la création et l'extinction des droits,
- Critique de cette idée pour les contrats,
- Critique en ce qui touche les lois et les actes administratifs,
- La question de la non-rétroactivité des lois. Ses aspects nombreux. Insuffisance d'une formule unique,
- La rétroactivité des actes juridiques privés,
- Moyens pour protéger contre elle les tiers,
- Lois perpétuelles et temporaires. Actes privés perpétuels et temporaires,
- La coutume et la loi,
- L'indemnisation des personnes lésées par l'ordre juridique nouveau,
- Autres procédés de conciliation,
- Equilibre du changement de la stabilité,
CHAPITRE IV
Economie de temps et d'activité
La loi du moindre effort. Ses conséquences,
- Sur le formalisme,
- Sur les transactions,
- Ses inconvénients,
- Atténuation possible,
CHAPITRE V
La justice
Les idées qu'elle recouvre,
- Multiplicité de ses définitions,
- Conception de l'égalité matérielle,
- Ses conséquences en droit privé,
- Conception de l'égalité vue du côté psychologique,
- Conception de l'égalité au point de vue volonté,
- Ses conséquences en droit privé,
- La justice envisagée d'après les besoins de chacun,
- Règles de droit privé qui en dérivent,
- Parti que l'on peut tirer de l'idée de justice,
- Son caractère d'idée seconde,
- Valeur de l'idée de justice même ainsi comprise,
CHAPITRE VI
L'égalité
Fondements de l'idée égalitaire,
- Rapports de l'égalité avec la solidarité,
- Avec la sécurité,
- Avec la liberté,
- L'égalité et la différenciation,
CHAPITRE VII
La liberté
Raisons superficielles et profondes de son importance,
- La liberté déduite de la non-omnipotence légale,
- La liberté doctrine de désespoir,
- La liberté idéal social et levain d'activité,
- Ses conséquences en droit privé,

- L'autonomie de la volonté,
- Le respect de la sphère d'activité d'autrui,
- Importance et décadence de cette conception,
- La liberté en face de la sécurité et de l'évolution,
- La liberté et la durée des actes juridiques,
- Les lacunes laissées par l'idée de liberté,
CHAPITRE VIII
Le solidarisme et la répartition des pertes
Fondements divers de la solidarité,
- Conséquences en droit privé de l'idée de partage des portes,
- Valeur relative de la solidarité,
- Ses limites,
- La théorie du minimum d'existence,
- Application en droit privé,
CHAPITRE IX
La notion d'intérêt général
Etendue de l'intérêt général,
- Rareté des idées communes à tous,
- Conséquences,
- Les intérêts des groupes. Leur solidarité et leur opposition,
- Analyse de l'intérêt général,
- Peu de valeur des expressions: intérêt individuel et intérêt général,
- Rattachement à la théorie nominaliste,
CHAPITRE X
L'intérêt futur
Importance de l'intérêt futur,
- Deux conceptions possibles,
- L'intérêt futur assuré par une forme prédéterminée,
- Valeurs des actes juridiques à longue durée,
- Le conflit de l'intérêt futur et de l'intérêt présent,
CHAPITRE XI
L'intérêt moral
Lien entre l'intérêt matériel et l'intérêt moral,
- La question de la réparation du dommage moral,
- La recevabilité des actions exercées par des personnes non intéressées matériellement,
- Idées adverses. La peine privée, moyen pour les concilier,
CHAPITRE XII
Conclusion
La nature de l'esprit et la réalité extérieure,
- Impossibilité d'un classement définitif des intérêts,
- Atténuation des conflits. Conciliation et opposition. L'évolution,
- Importance de la technique juridique,
DEUXIEME PARTIE La technique.
I PRINCIPES.
CHAPITRE PREMIER
La notion de technique
Définition de la technique,
- Sa valeur,
- Exemple tiré du rôle de la prévention et de la répression,
CHAPITRE II
La technique législative
La question de la codification,
- Conciliation de la sécurité et du besoin de transformation par les lois temporaires ou à revision périodique,
- Nécessité de ne légiférer que sur des points connus,
- La technique de la coutume,
CHAPITRE III
La technique jurisprudentielle
La jurisprudence doit-elle être une source formelle de droit?
- La fixité et la souplesse de la jurisprudence,
- Utilité suivant les cas d'arrêts de principe ou de décisions de portée limitée,
- Rédaction des arrêts,
- Rôle des décisions d'appel et des jugements,
CHAPITRE IV
La technique doctrinale
Rôle de la doctrine d'après Ihering,
- L'analyse juridique,
- La concentration juridique,
- Les constructions juridiques,
- L'élaboration de théories générales,
- Leur influence,
- Conciliation d'éléments opposés,
- Technique des études doctrinales. Variété des plans,
- Application de l'économie des moyens. Ses dangers,
CHAPITRE V
Des fictions
Leur rôle en droit romain,
- Des cas où il y a une véritable fiction,
- Caractère transitoire des fictions, d'après Ihering,
- Critique de cette idée,
- Conséquence à tirer des fictions,
- Les fictions légales,
- Les fictions jurisprudentielles,
CHAPITRE VI
Mécanismes techniques
Que faut-il entendre par mécanismes techniques,
- La théorie de M. Duguit,
- Critique de cette théorie,
- Utilité à tirer de cette théorie. Dangers à éviter en formulant des principes,
- Exemples,
- Caractère relatif de la technique,
- Rapprochement avec la philosophie des sciences,
CHAPITRE VII
La technique du droit comparé
Utilité pédagogique du droit comparé,
- Théorie de M. Sateilles sur l'utilité du droit comparé,
- Utilité à établir le type le plus pur d'une institution,
- Théorie du droit commun législatif de M. Ed. Lambert,
- Le problème de l'internationalisme juridique,

- Nécessité de ne pas assouplir par trop la technique,
- Inconvénients de ce droit commun législatif,
- Utilité à tirer des législations étrangères,
II APPLICATIONS.
CHAPITRE PREMIER
La technique de la volonté juridique
La volonté au point de vue psychologique,
- L'enfant,
- La personne atteinte de troubles psychiques,
- Point de vue civil et pénal,
- La vieillesse,
- L'erreur,
- L'interprétation et l'adaptation de la volonté,
- Application aux lois et aux actes privés,
- Conflit d'un intérêt avec un devoir,
- Le contrat avec soi-même est-il possible?
- Cas où le contractant est simple co-intéressé,
- Contrat avec soi-même nécessaire,
- Autorisation donnée dans son intérêt,
- Conflit entre un intérêt et un devoir purement moral,
- Conflit de devoirs entre eux,
- Conflit entre intérêts,
- Conflit entre intérêts proches et éloignés,
- Solution du droit privé,
- Rapprochement avec le droit pénal,
- De l'avolonté,
- Remplacement de la personne absente,
- Décision prise par les autres intéressés,
CHAPITRE II
La notion de sujet de droit
Inutilité de cette notion d'après M. Duguit,
- Qui peut être sujet de droit?
- Le système actuel et la philosophie du XVIII^{e} siècle,
- I. Le but du droit. Intérêt et volonté,
- Prédominance de l'intérêt,
- Extension des sujets d'un droit donné au point de vue jouissance,
- Limitation des sujets de disposition possibles,
- II. Caractère technique du problème des sujets de droit,
- Difficulté à se maintenir sur le terrain technique. Variabilité de la notion suivant les époques,
- Quand est-il utile de reconnaître un sujet de droit?
- Théorie de Bernatzik,
- Critique,
- III. Applications,
- La personnalité des morts,
- Les mandats post mortem,
- Leurs avantages et leurs inconvénients. Conclusion,
- Personnalité des êtres futurs,
- La personnalité morale,
- Comment elle dépasse l'idée d'association ou de société,
- Rapport des théories de propriété collective et de droits sans sujet,
- Les animaux sujets de droit,
- Les biens sujets de droit,
- Les contres de droits,
- IV. Les sujets de droit indéterminés,
- Les droits subjectifs et les droits reflets,
- Quand y a-t-il droit subjectif?
- V. Les sujets de disposition,
- L'importance de leur rôle dans certains cas,
- Modes divers pour établir les sujets de disposition,
- VI. Droit pour les tribunaux de constituer pour un droit un sujet de gestion,
- VII. Nature du droit du sujet de gestion. La représentation,
- VIII. Nécessité de permettre de découvrir le sujet de gestion
- Pouvoirs des sujets de gestion,
CHAPITRE III
La notion de patrimoine
Situation de l'idée de patrimoine,
- Théorie d'Aubry et Rau,
- Son fondement et ses conséquences,
- Critique à ce point de vue de l'art. 2093 C. civ.,
- La question de la responsabilité des héritiers quant aux dettes,
- Responsabilité des actionnaires et commanditaires,
- Les critiques contre le système d'Aubry et Rau, leur valeur,
- Idée fondamentale de la théorie du patrimoine,
- La sécurité maxima à donner au créancier,
- Obligation actuelle des héritiers,
- La sécurité donnée de plein droit,
- Explication des solutions actuellement reçues,
- Le minimum de sécurité pour le créancier,
- La responsabilité limitée,
- Exclusion du gage des créanciers présents de certains biens actuels,
- Reconstruction sur ces données de la notion de patrimoine,
- Importance sociale du patrimoine. Théorie de M. Emmanuel Lévy,
- Critique,
- Caractère changeant de la notion de patrimoine,
- Appréciation de l'idée d'*universitas juris* appliquée au patrimoine,
CHAPITRE IV
Droits absolus et droits relatifs
Origine de cette distinction,
- Son développement au XVIII^{e} siècle,
- Difficultés pour appliquer cette division au XIX^{e} siècle,
- Opinion traditionnelle sur la nature des droits réels et personnels,
- Critique de cette théorie,
- Opinion plus récente sur la nature des droits absolus,
- Ses défenseurs,
- Objections soulevées,
- Réfutation et explication de l'erreur commise,
- Nature du droit relatif,
- Dans quelle mesure il est opposable à tous,

- Obligations des créanciers les uns par rapport aux autres,
- Rapprochement des droits absolus et relatifs,
- Valeur comparée de ces deux droits,
- Valeur de la distinction traditionnelle,
- Essai de construction unitaire,
- Variantes dans l'efficacité des droits,
- Leurs raisons d'être,
- Caractère actif ou passif des obligations,
- Sa raison d'être suivant les cas,
- Attributs variables des droits suivant les temps,
- Utilité pratique du système adopté,

CHAPITRE V

Du contenu des droits au point de vue de leur transformation en argent

Cas où la question de fongibilité des droits avec de l'argent se présente,
- Solution du droit romain à ce sujet,
- Dans quels cas le droit peut être commodément remplacé par de l'argent,
- Réparation du préjudice moral et peine privée,
- Imperfection du droit en cette matière,
- Etendue de l'indemnisation,
- Preuve à fournir,
- Principe de la réparation en nature,
- Moyens pour l'obtenir; astreinte, création d'un délit pénal,
- Principe de la liberté de la personne,
- Le droit de perquisition,
- L'apposition de scellés sur un immeuble,
- Forme de l'exécution en nature,
- Limites de l'exécution en nature tenant à l'intérêt général,
- Application à la responsabilité entre voisins,
- A des marchés de travaux,
- A l'accession,
- Limite à l'exécution en nature tenant à l'intérêt des tiers,
- Principes de solutions,
- Applications,

CHAPITRE VI

Indépendance et interdépendance des individus

Manière de voir des rédacteurs du Code sur ce point,
- Réaction des théories nouvelles,
- Appréciation de la théorie ancienne,
- Conception nouvelle,
- Application à la théorie de l'*in rem versum,*
- A celle des impenses,
- Réunion de ces deux théories,
- La théorie de la gestion d'affaires, ses conceptions diverses,
- La promesse pour autrui,
- La stipulation pour autrui,
- Résumé,
- Interdépendance des personnes placées dans une situation juridique identique,
- Théorie de la solidarité,
- L'action paulienne,
- L'action oblique,
- L'action en déclaration de simulation,
- Application aux procédures de saisie et de distribution,
- A la faillite,
- Garanties contre les abus possibles,
- Interdépendance des personnes ayant des intérêts de même ordre, mais d'inégale importance,
- Recours juridictionnels exercés par les syndicats ou associations,
- Demande tendant à une simple déclaration du caractère illicite d'un fait,
- Demande en dommages-intérêts,
- Essai de conciliation,

CHAPITRE VII

L'action en justice et le rôle du juge

Deux degrés dans le droit: obligation naturelle et obligation engendrant une action,
- Double fonction des tribunaux: constater et donner des ordres,
- importance primitive de l'ordre. Ses conséquences,
- Le caractère de constatation,
- Ses conséquences au point de vue des actions qui peuvent être intentées,
- Ses conséquences au point de vue de ceux qui peuvent intenter l'action, La règle: nul ne plaide par procureur,
- Ses conséquences au point de vue du rôle du juge,
- Conception plus moderne de la mission du juge, renaissance de l'idée d'ordre donné,

Conséquences au point de vue de la procédure,

CHAPITRE VIII

La preuve

Notion de la preuve,
- L'adage *aciori incumbit probatio:* Appréciation critique,
- L'adage *reus in exipiendo fit actor,* sa portée,
- Incertitude sur la charge de la preuve,
- Principes rationnels de la preuve,

Présomption générale en faveur du vraisemblable,
- Celui-là doit prouver qui peut la faire avec le moins de peine,
- Comment la pratique y tend inconsciemment,
- La solidarité dans la preuve,
- Conséquences pratiques,
- Contenu de la preuve. Preuve du droit. Rôle du juge dans le silence des textes,
- Individualisation du rapport juridique,
- Conséquences,

TROISIEME PARTIE Le droit privé et l'Etat.

CHAPITRE PREMIER

La loi privée

La loi: monopole de l'Etat,
- Les idées de la Révolution; la loi rationnelle, permanente, générale et souveraine,
- Le contrat,
- Atténuation des anciens caractères de la loi,
- Développement de la force des contrats,

Réaction des contrats à l'égard des tiers,
- Le contrat collectif de travail, loi professionnelle,
- Autres exemples,
- Les déclarations unilatérales,
- Le rôle respectif des lois d'Etat et des conventions privées,

- Les sanctions. Responsabilité des tiers. Nullité du contrat,
Valeur des déclarations unilatérales,
- Appréciation critique des règlements privés,
- Application aux coalitions,
- Comparaisons des lois d'Etat et des règlements privés,
- Généralisation des idées précédentes, Indication sur la notion de l'Etat et la situation respective du droit public et du droit privé,
- Application à l'étude de la coutume,

CHAPITRE II

L'autorité privée

Le mandat. Comment il peut créer un pouvoir pour le mandataire,
- Moyens que la loi a établis pour le contrebalancer.
- Quand le mandat aboutit-il à créer une véritable autorité?
- Autorité privée résultant d'une libéralité avec charge,
- D'une libéralité avec faculté d'élire,
- Libéralité avec charge secrète,
- Puissance paternelle,
- Contrats autres que le mandat créant une certaine autorité privée,
- Les autorités privées et les autorités d'Etat. Comparaison,
- Sanctions que les autorités privées ont à leur disposition,

CHAPITRE III

Le justice privée

Divers sens de cette expression,
- Pourquoi la justice privée se développe actuellement. Complexité de la justice d'Etat,
- Réaction de l'esprit spécialiste,
- La justice privée sous forme d'arbitrage,
- Place que lui fait la jurisprudence,
- Formes admises de la désignation de l'arbitre,
- De l'objet en litige,
- Clauses de contrats se rapprochant d'un arbitrage. Exemples de ces clauses. Leur gravité variable,
- Contrôle des tribunaux sur ces clauses et la manière dont elles sont exécutées,
- Appréciation critique,

CHAPITRE IV

L'exécution privée

Exécution publique et exécution privée,
- Valeur relative de l'exécution publique et de l'exécution privée,
- Actes d'un caractère défensif. Le droit de rétention,
- La légitime défense,
- La contrainte,
- Actes d'un caractère offensif. Droit de faire la police chez soi,
- Le pacte commissoire,
- La clause de vole parée,

Autres hypothèses,
- Vente de marchandises par les Compagnies de chemin de fer,
- Actes voisins de certains délits pénaux,
- Cas d'exécution privée en droit commercial,
- L'exécution en Bourse,
- Cas voisins d'une exécution privée,
- Eléments du problème de l'exécution privée,
- Conclusion,