DU MÊME AUTEUR

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, 1 vol. in-8, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899 ; 2e édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 2 vol. in-8, 1919.

La notion de droit positif à la veille du XXe siècle. Dijon, L. Venot, 1901 *(épuisé)*.

Les biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900. Paris, A. Rousseau, 1902.

La technique législative dans la codification civile moderne *(A propos du centenaire du Code civil)*. Paris, A. Rousseau, 1904.

Code civil allemand (traduction et notes), publié par le Comité de législation étrangère. Livre quatrième. Section première : art. 1297-1588. T. III. Imprimerie nationale, 1908, p. 1-425.

Les procédés d'élaboration du droit civil. Paris, Giard et Brière, 1910.

Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation. 2 vol. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911.

La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'Œuvre de Raymond Saleilles (extrait de *l'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63).

Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Paris, Sirey.

T. I. *Introduction. — Première partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, 1914.

T. II. *Seconde partie. Élaboration scientifique du droit positif* (L'irréductible « droit naturel »). Octobre 1915.

MÉTHODE D'INTERPRÉTATION

ET SOURCES

EN DROIT PRIVÉ POSITIF

ESSAI CRITIQUE

PAR

François GENY

Professeur de droit civil à l'Université de Nancy

Précédé d'une Préface de Raymond SALEILLES

« There are more things in heaven and earth...
« Than are dreamt of in your philosophy. »
(Shakespeare, *Hamlet*, Acte I, Sc. V).

SECONDE ÉDITION REVUE ET MISE AU COURANT

TOME PREMIER

PA

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE D

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C

F. PICHON ET DURAND

Librairie du Conseil d'État et de

20, RUE SOUF

1919

AVERTISSEMENT

POUR LA SECONDE ÉDITION

Sollicité, depuis longtemps, tant en France qu'à l'étranger, de rééditer le présent ouvrage, publié, pour la première fois, en 1899, et, bientôt après, complètement épuisé en librairie, j'ai dû retarder l'exécution de ce projet, non seulement par la force des circonstances, qui m'ont entravé matériellement, en ces dernières années, mais, plutôt encore et avant tout, parce qu'il me fallait, d'abord, pousser plus à fond l'étude des problèmes, que le premier effort avait soulevés, sans toujours complètement les résoudre (1). C'est ainsi, que — indépendamment de travaux moins notables, qui me permettaient d'envisager, de près, certaines réactions de ma critique primitive (2), — je me suis attaché à reconstruire, par la base, l'édifice, dont j'avais montré les fissures, et j'ai pensé trou-

(1) Comp. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, p. 1-2 (n° 1).

(2) Voy., notamment, Fr. Gény : *Une théorie française du transport de dettes*, dans *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1899, N. S. t. XXVIII, p. 450-464. — *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, Dijon, 1901. — *Contribution à l'étude de la question des « Biens réservés de la femme mariée », d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1901-1902. t. I, p. 155-182 et p. 304-336. — Compte rendu de L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901; N. S., t. XXX, p. 502-510. — *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 333-343. — *Risques et responsabilité*, *ibid.*, p. 812-849. — Note, sous Ch. réun. cass., 2 juillet 1903 (Ménard c. Roux), *Pand. franç.*, 1903-1, p. 497-504. — Préface à l'ouvrage de P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. V-XXVIII. — Préface à l'ouvrage de G. Goubeaux, *Étude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français*, Paris, 1910, p. I-VII. — Compte rendu de J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1910, t. XXXIV, p. 595-596. — Compte rendu de R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, dans *même revue*, 1911, t. XXXV, p. 110-125. — *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63.

ver, dans la distinction de *la science* et de *la technique*, le principe d'un rajeunissement, précieux, de la méthode juridique. — Ce point de vue, à peine pressenti (1), s'est bien vite précisé (2) et développé. Il m'a permis de réaliser, avec quelque sûreté, le désir, qu'on m'avait souvent exprimé, d'une application, suffisamment large et approfondie, des idées positives, capables de subvenir efficacement aux destructions antérieures (3). Ainsi, mises en contact étroit avec la vie réelle du droit, ces idées mêmes ont acquis plus de consistance et sont peu à peu arrivées à maturité. — Il s'agissait, dès lors, de les découvrir dans toute leur ampleur, et de montrer, par une étude minutieuse de leur contenu, tout le profit, qu'on en peut tirer. Tel était l'objet capital, d'un nouveau travail, dont la publication, entreprise en 1913, s'est trouvée singulièrement retardée par les événements, qui, depuis août 1914, ont paralysé ou ralenti les efforts de l'esprit (4). Malgré tout, pourtant, l'œuvre est maintenant assez avancée (5), pour m'assurer qu'elle aboutira, tôt ou tard, à des résultats utiles. — Et, dans ces conditions, j'ai pu, dégagé de tout scrupule, songer à répondre aux avances bienveillantes de mes éditeurs, MM. F. Pichon et Durand-Auzias, en procédant, sans attendre davantage, à cette révision de mon premier ouvrage, dont je dois, pour éviter quelque équivoque, fixer de suite les traits principaux.

Après mûre réflexion, et à la suite d'un nouvel « examen « de conscience », je n'ai pas pensé, qu'il y eût lieu de modifier les bases essentielles du livre. Les conclusions négatives,

(1) Voy. Fr. Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 989-1038.

(2) Voy. Fr. Geny, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, dans *Les Méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1910, p. 173-196.

(3) Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation. 2 vol., Paris, Sirey, 1911.

(4) Les deux premiers volumes ont paru : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*; t. I. Introduction. Première Partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution. Paris, Sirey, 1914 ; — t. II. Élaboration scientifique du droit positif (*L'irréductible droit naturel*). Paris, 1915.

(5) Le troisième volume, consacré à l'*Élaboration technique du droit positif*, est terminé en manuscrit. — Un quatrième devra suivre, pour régler les rapports de l'élaboration scientifique et de l'élaboration technique du droit.

qui formaient le but capital de l'œuvre poursuivie, demeurent, à mon avis, inébranlées. Sans doute, j'aurais, aujourd'hui, plus d'une réserve à faire, sur la plénitude et la valeur des conclusions positives, que j'avais dû établir, un peu rapidement, faute d'expérience suffisante, en 1899 (1). Mais, par fortune, elles ont été formulées, de façon assez large, pour admettre, sans se détruire, les précisions et compléments, que mes travaux postérieurs se sont efforcés de leur apporter. Je puis donc, en toute sincérité et confiance, maintenir intact le cadre de mon ouvrage. Et, j'en conserve même — sauf quelques retouches indispensables (2), — le texte, tel qu'il est sorti du premier jet, ne fût-ce que pour marquer, en quelque sorte, *historiquement*, la position que j'ai délibérément prise, il y a bientôt vingt ans (3).

Mon nouvel effort a consisté surtout, le plus souvent par le moyen de références ajoutées à celles des notes primitives (4), à tenir sommairement le livre au courant des principaux phénomènes juridiques, survenus depuis lors et de moi connus, qui dussent s'insérer parmi ses développements. Encore n'ai-je pu, — faute de temps et par les circonstances défavorables où s'est exécutée cette nouvelle édition, que j'ai dû terminer avec des instruments de travail extrêmement restreints, — compter que sur des souvenirs fugitifs et fragmentaires, pour réaliser une mise au point, qui eût demandé de vastes et minutieuses recherches. On voudra bien excuser, ici,

(1) Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 10-11 (n° 3).

(2) Trois additions, plus importantes, ont été faites, pour mettre en relief quelques points notables, restés, trop effacés et comme fondus, dans le texte primitif : *a*) le n° 81 *bis* exposera et appréciera la théorie de la « plénitude logiquement « nécessaire de la législation écrite », qui était à la base de la méthode d'interprétation antérieure ; *b*) le n° 81 *ter* examinera, à la suite, deux objections distinctes, qui aboutiraient aux mêmes conséquences que cette théorie ; *c*) le n° 176 *bis* rapprochera de la « libre recherche scientifique », si vivement contestée et combattue, le « pouvoir discrétionnaire du juge », que tout le monde reconnaît, peu ou prou.

(3) Les additions, faites au texte primitif, seront distinguées, de celui-ci, dans la présente édition, par des crochets [ ].

(4) C'eût été un labeur, tout à fait disproportionné aux résultats à en attendre, que de rafraîchir toute la documentation de l'œuvre primitive, en signalant les nouvelles éditions des nombreux ouvrages portés en références. Pareille indication n'a donc été fournie, que dans les cas, assez rares, où elle présentait un intérêt majeur, en raison des modifications notables, opérées dans les éditions récentes, relativement au sujet traité.

une imperfection et une inégalité de travail, que je sens mieux que personne, et considérer qu'il m'importait d'aboutir, avant tout, à sauvegarder le relief de l'œuvre primitive, au milieu d'un flot constamment accru de détails nouveaux, qui, s'ils fussent tous entrés en compte, risquaient fort de la submerger.

A vrai dire, le complément, le plus nécessaire, du livre, consisterait, à mes yeux, dans un exposé, plutôt descriptif que critique, du mouvement d'idées, suscité, depuis une vingtaine d'années, dans la plupart des milieux juridiques, par le réveil des problèmes généraux, touchant l'interprétation et l'application du droit positif. — Parti d'Autriche, de France et d'Allemagne, ce mouvement, largement soutenu en ces pays, dans le dernier surtout, s'est peu à peu étendu à toutes les contrées de civilisation moderne (1), sauf, je crois, aux pays anglo-américains (2), qui, sans doute, trouvaient, dans leurs traditions, les éléments toujours actifs d'un rajeunissement incessant du droit, et au Japon, encore trop récemment sorti d'une réorganisation sociale, qui a presque devancé ses besoins (3), du moins au point de vue juridique. — Vu l'impossibilité, où je me sens, de présenter ici, dans son ensemble, un mouvement, d'envergure aussi vaste, et qui devra trouver quelque jour son historien, et n'entrevoyant, par ailleurs, aucun moyen d'en insérer le résumé général dans l'ouvrage même, sans risquer d'altérer sa physionomie propre, je me bornerai à en esquisser, dans une partie entièrement nouvelle, nettement séparée du corps primitif du livre, quelques phases détachées, mais particulièrement notables, et dont il y ait

(1) Voy. l'aperçu, très sommaire, que j'en ai présenté, avec quelques références à l'appui, dans *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, n° 9, p. 28-36. *Adde* p. 25-28 (n° 8). — Je dois ajouter, qu'en Espagne, l'intérêt, pour les questions de méthodologie juridique, s'est manifesté par la publication d'une collection, où se trouvent traduits différents ouvrages étrangers, touchant les problèmes les plus généraux du droit, entre autres le présent livre, et, qu'en République Argentine, les beaux travaux de Colmo rivalisent, dans leur forte originalité, avec les études, poursuivies en Europe sur des thèmes du même ordre.

(2) Cons. J. Kohler, *Die Freirechtsbewegung in den Vereinigten Staaten* (Sprechsaal), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 918-919. — Et comp. C. H. P. Inhulsen, *Die freie Rechtsfindung in Deutschland und England*, dans *Rheinische Zeitschrift für Zivil = und Prozessrecht*, III Jahrgung, 1911, p. 348-353.

(3) Cons. Goraï, *Influence du Code civil français sur le Japon*, dans *Le Code civil* (1804-1904). *Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. II, p. 781-790.

profit sérieux à tirer, pour le progrès des doctrines amorcées par le présent travail. Ainsi s'ajoutera, au fonds primitif de l'ouvrage, et dans plusieurs chapitres constituant comme son épilogue, une série d'études consacrées : I° à un aperçu du combat doctrinal pour la Méthode, poursuivi en France et en Belgique, d'où se puissent dégager les tendances dominantes dans ces pays, à l'heure actuelle, en vue du progrès du droit vivant ; II° à un bref rappel du, trop fameux, « phénomène « Magnaud », qui, sans doute bien oublié aujourd'hui, n'a pas laissé, en son temps, que de produire quelques résultats instructifs ; III° à la mise en relief de l'appui, catégorique et précieux, fourni par un législateur moderne, aussi hardi que prudent, à la doctrine d'une interprétation largement ouverte, dans certaines des dispositions générales (notamment articles 1 et 4), du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 ; IV° au mouvement tumultueux et tourmenté du « *freies Recht* », des pays austro-allemands, dont l'impuissance et l'incohérence mêmes peuvent nous suggérer plus d'un enseignement utile (1).

(1) Si je ne consacre pas, malgré le désir que j'en aurais, une étude spéciale aux mouvements d'idées, qui se sont manifestés en d'autres pays, sur le problème de la méthode de l'interprétation juridique et des sources du droit positif, c'est surtout, parce qu'ils m'ont paru ne pas offrir d'originalité véritable, étant, le plus souvent, poursuivis en dépendance des idées françaises ou des idées germaniques.

J'ajouterai seulement, ici, en suivant l'ordre chronologique, quelques indications bibliographiques, sur la *littérature* italienne de notre sujet, qui offre quelques particularités intéressantes :

1898. — V. Scialoja, *Sulla teoria della interpretazione delle legge*. Nota. Torino, Bocca.

1902. — Fadda e Bensa, *Diritto delle Pandette di B. Windscheid*, t. 1, Torino, 1902 ; — sur le § 23 : p. 124-135 (science du droit et analogie) ; — sur le § 28 : p. 136-139 (équité).

1903. — G. Vadalà Papale, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*. V. Congresso nazionale giuridico-forense. Palermo, 1903 (Relazione).

1904. — G. Grisostomi, *Di alcune recenti teorie sulle fonti e sull' interpretazione nel diritto privato*. Proluzione letta il 19 gennaio 1904 nella R. Universita di Roma, Frascati.

1906. — A. Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, dans *Archivio giuridico*, 1906, t. 77, p. 87-150.

1907. — A. Scialoja, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*. Appunti per un trattato generale, Perugia.

1907. — R. Majetti, traduction annotée de : H. U. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*. Editione italiana della tedesca, riveduta dall' autore, Remo, Sandron éd., 1908 (Voy. surtout : Prefazione del Traduttore ; notamment, p. 15-21, p. 26-39).

1908. — L. Coviello, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*. Prolu-

Au total, cette seconde édition ne vise qu'à maintenir et pousser, plus avant, le double but, déjà poursuivi par la première : — rassembler et synthétiser les renseignements et documents, aptes à présenter une idée, précise et à peu près complète, du problème de la méthode juridique et de son état actuel ; — offrir, pour la solution de ce problème, un système d'ensemble, cohérent, plein, raisonnable, aussi approprié, que possible, aux exigences et aux moyens de l'heure présente.

Convenait-il, en plus, d'entrer dans la polémique, et de discuter les critiques nombreuses, dirigées contre les opinions défendues en cet ouvrage ?

Ces critiques sont de deux sortes.

sione al Corso ufficiale di diritto civile nella R. Università di Palermo, letta il 14 gennaio 1908, S. Maria C. V.

1908. — E. Caldara, *Interpretazione delle leggi*, Milano, Soc. edit. (extr. de *Enc. giur. ital.*).

1909. — Fr. Degni, *L'interpretazione della legge*, con prefazione del Prof. B. Brugi. 2ª edizione. Napoli.

1910. — D. Donati, *Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico*, Società editrice libraria.

1910. — G. Rotondi, *Recensioni* des ouvrages précités de Fr. Degni et D. Donati, dans *Rivista di diritto civile*, 1910, t. II, p. 890-898.

1911. — F. Ferrara, *Potere del legislatore e funzione del giudice*. Prolusione al corso di diritto civile nell' Università di Messina, dans *Rivista di diritto civile*, 1911, t. III, p. 490-516 [bon résumé critique de tout le mouvement).

1912. — G. Pacchioni, *I poteri creativi della giurisprudenza*, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1912 (nº 1), parte I.

1913. — G. Brunetti, *Sul valore del problema delle lacune*, dans *Il diritto commerciale*, 1913, fasc. IX, parte I.

1913. — Sforza, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero diritto*, dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. 53, fasc. 1/2.

1914. — Gentile Panfilo, *La formazione del diritto positivo e la coscienza giuridica popolare*, Bologna, Zanichelli.

1914. — P. Cogliolo, *La tendenza democratica nella scienza o nella practica del diritto civile*, dans *Il diritto commerciale*, 1914, fasc. 7, parte I.

1915. — M. Weigmann, *Sulla consuetudine come fonte di diritto*, Milano, Società editrice libraria.

1916. — B. Brugi, *L'analogia di diritto ed il cosidetto giudice legislatore*, dans *Il diritto commerciale*, 1916, fasc. 8, parte I.

1917. — Groppali, *I principii generali del diritto e l'interpretazione della legge*, dans *Rendiconti dell' istituto lombardo di scienze e lettere*, t. 51, fasc. I-II, série II.

1917. — G. Brunetti, *Il senso del problema delle lacune nell' ordinamento giuridico*, dans *Il diritto commerciale*, 1917, fasc. II, parte I.

1917. — G. Brunetti, *Ancora sul senso del problema delle lacune*, dans *Il diritto commerciale*, 1917, fasc. XI, parte I.

1918. — G. Brunetti, *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell' ordinamento giuridico*, dans *Il diritto commerciale*, 1918, fasc. 1-2.

Les unes, faciles à saisir et vraiment sérieuses, portent sur quelques points précis, tirés de l'ensemble de mon système : telles, entre autres, les objections, d'ailleurs divergentes, d'Ed. Lambert et de P. Vander Eycken, touchant ma conception de la coutume, le rôle secondaire que je laisse à la jurisprudence, ma notion de la nature des choses positive, ou la porte que j'ouvre à la libre recherche du jurisconsulte. — A ces objections, j'ai répondu, chemin faisant ; et, dans la mesure où les développements primitivement présentés paraissaient mal compris ou insuffisants, j'ai cherché à les éclairer ou compléter, dans ma seconde édition. — En réalité, d'ailleurs, les critiques de cette sorte ne portaient que sur des questions secondaires et n'entamaient pas ma thèse générale, que leurs visées essentielles tendaient plutôt, au contraire, à confirmer.

Mais, il est d'autres attaques, plus vagues, plus sourdes, plus dangereuses aussi, parce que, sans discuter nettement aucune des solutions particulières, proposées sur les divers éléments du sujet, elles impliquent la contradiction formelle de mon idée capitale, suivant laquelle une interprétation juridique, qui prétend se contenter de la seule loi écrite, ou bien se dupe manifestement elle-même, ou reste impuissante à satisfaire les besoins légitimes de la vie. — Par malheur, ceux qui conservent, impérieusement ou dédaigneusement, cette position, ont négligé de répondre aux objections, que les faits soulèvent chaque jour contre elle ; et, devant leurs affirmations, tranchantes, mais non établies, je n'ai pu que maintenir les résultats essentiels de mon argumentation, sauf à fortifier celle-ci au moyen d'exemples ou de développements nouveaux (1).

(1) *Adde*, sur cette polémique : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, nos 3-5 *bis*, p. 9-18 ; nos 11-12, p. 37-41.

Fr. Geny.

Nancy, mars 1919.

PRÉFACE

(MISE EN TÊTE DE LA PREMIÈRE ÉDITION)

Ce livre n'a pas besoin de préface. Il se suffit à lui-même. Il dit tout ce qu'il veut dire ; et il le dit avec une plénitude et une richesse d'expressions, une puissance de documentation et une précision telles que je ne vois pas ce que l'on pourrait y ajouter.

A supposer qu'il fût nécessaire de le mettre sous le patronage d'une autorité qui le présentât au public, c'est à d'autres qu'il eût fallu s'adresser. Non seulement je n'ai aucune prétention à jouer ce rôle, ce qui serait une présomption tout à fait injustifiée; mais je serais plutôt disposé à invoquer moi-même l'appui qui m'est offert, et toute cette abondance de lumière projetée sur une route encore incertaine, où nous étions quelques-uns, moi tout le premier, à procéder par voie de tâtonnements et à chercher en quelque sorte la direction à suivre. Au milieu de toutes ces hésitations, et dans cet ensemble d'aspirations qui se faisaient jour, un jalonnement net et précis nous est présenté. On peut y trouver sans doute quelques recoins encore obscurs, cela tient à la nature même des choses; ce qui importe avant tout, c'est qu'à suivre l'orientation nouvelle, on sent que l'on s'engage dans une voie qui va droit au but et qui va droit au progrès scientifique et social.

Si donc j'ai cédé au désir qui m'était exprimé, ce n'est pas seulement à titre d'ami, cela n'eût pas suffi à justifier mon intervention; c'est qu'il était nécessaire que quelqu'un se présentât au nom de cette collectivité anonyme qui attendait quelque chose, et qui avait à dire sa reconnaissance pour la première tentative, vraiment scientifique, faite en vue de lui donner satisfaction.

C'est qu'en effet le premier, et déjà le plus sûr, profit d'une œuvre de ce genre est de nous avoir délivrés d'une équivoque

qui entravait terriblement les progrès de la science, et qui peut-être pesait plus lourdement encore sur les consciences.

Ce livre est avant tout une œuvre de franchise. Voici près d'un siècle que nous vivons sur le malentendu d'une fiction qui a produit tous les avantages qu'elle était destinée à procurer, et dont, depuis quelque temps, nous ne sentons plus que les inconvénients. Il faut enfin revenir à la réalité.

La fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout — tout le monde sait qu'il n'est aucune loi codifiée qui puisse embrasser et prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques — mais que la jurisprudence, et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elles ne faisaient que tirer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent.

Qu'on ait eu cette prétention aux époques tout à fait voisines de la mise en œuvre du Code civil, alors que l'on était sous l'influence immédiate des conditions sociales qui l'avaient inspiré, et que l'on restait imbu de l'esprit même qui en avait dirigé la confection, rien n'était plus justifié. Mais, depuis, le milieu social a changé du tout au tout. D'autres idées se sont fait jour, non pas que les principes éternels de toute justice se soient modifiés ou altérés; mais les applications qui dussent en être faites se présentent dans des conditions désormais toutes différentes. Des créations d'ordre économique, que personne ne pouvait prévoir il y a un siècle, ont bouleversé les rapports juridiques entre le capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment; et des aspirations nouvelles sont issues de cet état de choses jadis insoupçonné. Des droits nouveaux se sont révélés; des besoins surtout d'une nature plus universelle, plus internationale, si je puis dire, se sont propagés. Les volontés ont réclamé un surcroît d'autonomie propre; mais, en même temps, et tout à l'inverse, la sécurité des relations, les nécessités du crédit, peut-être aussi certaines découvertes sociologiques, nous ont montré enfin que le libre jeu des volontés ne suffisait pas à tout, que le contrat allait perdre de sa suprématie

ou de son monopole et que, en dehors du libre contrat, il y avait place pour des créations juridiques, nées d'une éclosion coutumière et spontanée, inspirée, par un sentiment de justice et d'équité, par je ne sais quelle intelligence d'une solidarité plus étroite et plus complète, par où les individualités, si jalouses qu'elles soient de leur indépendance, dussent arriver à se soumettre à l'empire de certaines lois générales, dominant de haut le libre jeu de leurs relations juridiques avec les autres.

Et il fallait que le droit se pliât à ce monde nouveau, qu'il donnât satisfaction à cette justice nouvelle, dont le principe reste immuable, mais qui, pour rester la justice, doit se plier elle-même aux transformations économiques et sociales qui se produisent !

Notre jurisprudence n'a certes pas manqué à sa tâche; la doctrine, après s'être montrée plus traditionnelle et plus résistante, comme c'était son rôle, a fini par s'engager, elle aussi, dans ces voies nouvelles. Doctrine et jurisprudence ont fait, et font chaque jour plus encore, œuvre de justice, œuvre de science et œuvre de progrès social. Mais elles font tout cela sans se l'avouer, même en prétendant, pour le principe seulement, qu'elles ne le font pas. A les entendre, elles ne font qu'interpréter la volonté stricte du législateur de 1804, que consacrer les solutions qu'il aurait voulu faire prévaloir.

Il s'agit de relations juridiques dont il ne pouvait avoir conscience. Nul ne peut savoir ce qu'il aurait fait, s'il les avait pu prévoir; ou plutôt, on peut très légitimement se douter que, s'il les avait prévues, tout en restant en progrès sur son temps, il les aurait résolues dans un sens tout contraire au progrès moderne. Et cependant, c'est le plus souvent dans le sens des besoins de la pratique actuelle que la jurisprudence française, avec son sens si droit et si sûr, les a presque toujours tranchées; peu importe, on en impute le mérite initial au législateur du Code civil. Pour lui faire cet honneur, il faudrait, par une fiction nouvelle, supposer qu'il eût prévu, non seulement chacun des problèmes juridiques à résoudre, mais l'état nouveau qui devait les faire surgir. Et alors, ce législateur idéal, et fantastique, on le prend, non pas tel qu'il était en 1804, encore assez imbu des idées doctrinaires de Rous-

seau, et cependant suffisamment incliné à la conciliation des intérêts contraires et à l'équilibre des forces sociales opposées ; mais on se le figure tel qu'il serait aujourd'hui. On en fait une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente, qui viendrait rectifier en 1900 ses décisions de 1804, ou plutôt accommoder les principes qui l'inspiraient alors aux nécessités de fait qui le solliciteraient aujourd'hui. Autant dire que le législateur, dont on se réclame, est le législateur moderne, tel qu'on se le figure, ou tel qu'on désire qu'il soit, en dehors des organes constitutionnels qui lui servent d'expression.

En réalité, à prendre la loi dans son but immédiat, il faut reconnaître que la volonté qui l'inspire ne porte que sur un domaine de faits concrets, très étroit et très limité. Presque toujours, une loi n'a qu'un point isolé en vue ; toute l'histoire démontre qu'une loi n'intervient que lorsqu'un abus précis s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever l'émotion publique. Lorsque le législateur s'interpose, c'est pour mettre fin à tels ou tels faits, très nettement déterminés, qui ont provoqué sa décision. Et si, pour y parvenir, il croit devoir procéder par voie d'idées générales et de formules abstraites, les principes qu'il émet n'ont de valeur, dans sa pensée, que dans la mesure où ils s'appliquent aux abus qu'il s'agissait de détruire et aux faits similaires qui viendraient à se produire. Quant aux autres conséquences logiques à déduire de ces principes, le législateur ne les a pas soupçonnées ; pour quelques-unes, pour beaucoup peut-être, s'il les avait prévues, il les eût repoussées sans hésiter. En les consacrant, nul ne peut prétendre suivre sa volonté, ni se soumettre à ses intentions. On ne fait par là que développer un principe, désormais isolé et comme indépendant de la volonté qui l'a créé, et dont on fait une entité nouvelle qui, elle aussi, se développe par elle-même, et à laquelle on donne une vie factice, en dehors de la volonté du législateur, et le plus souvent contre lui.

Si cela est vrai des formules abstraites que le législateur a pu admettre — et il ne le fait que rarement — combien plus encore cette impression doit-elle viser les principes et les conceptions qu'il n'a pas formulées, et que l'on prétend déduire

des solutions de fait acceptées par lui ! Ces conceptions, il les a laissées dans l'ombre ; elles ressortent sans lui, indépendamment de lui et malgré lui, de certaines dispositions concrètes, qu'il avait édictées en vue seulement de quelques nécessités pratiques et de certaines conciliations de pure équité ; et on en fait le point de départ de conséquences logiques et rigoureuses, que l'on présente comme l'expression de la volonté légale. Il n'y a pas au monde de fiction plus évidente ; je ne dis pas que la fiction ne puisse se défendre. Mais ce que je dis, c'est qu'il faut la prendre pour ce qu'elle est, et reconnaître enfin que, loin de suivre la volonté du législateur, on décide et on tranche en dehors d'elle, par des raisons intrinsèques, tirées d'une technique spéciale, qui peut être en accord manifeste avec les nécessités de la science du droit, c'est possible, mais qui n'a rien à voir avec la volonté du législateur.

Telle est l'équivoque sur laquelle nous vivons ; il fallait enfin la percer à jour, l'analyser et l'avouer franchement, lui restituer sa qualité d'équivoque et de fiction. Et alors le problème qui se pose est désormais autrement net, et, quelque complexe qu'il soit, autrement précis. Voici comment il se formule.

Etant donné que la volonté du législateur n'a porté que sur les solutions littérales qu'il a prévues et leurs conséquences les plus immédiates, pour tout le reste, c'est-à-dire pour le domaine presque indéfini des questions qui s'y rattachent et au sujet desquelles il faut prendre parti, il y a lieu de choisir une méthode de direction désormais indépendante de toute recherche de volonté et d'adopter des procédés scientifiques et précis de solution.

Cette méthode qui n'est plus, et qui ne peut plus être, celle d'une interprétation de volonté, quelle sera-t-elle ? Ces procédés nouveaux, où les prendre et comment les définir ? Tel est le problème qui se pose.

A s'en tenir aux grandes lignes, on conçoit trois façons d'y répondre.

La première correspond à la méthode traditionnelle et classique.

Elle consiste à prendre un code comme un tout qui se suffit

à lui-même, et qui, sans vivre d'une vie organique, tant s'en faut, se contente de tirer de son propre fonds ses conséquences logiques, de façon à présenter, par voie de déductions serrées, une série de constructions abstraites, qui ne viennent que de lui, et qui n'empruntent rien du dehors. Toutes les dispositions concrètes qu'il contient se servent ainsi réciproquement de majeures et de mineures; et les conclusions s'en dégagent, les syllogismes s'échafaudent les uns sur les autres, pour aboutir à une Somme magistrale, isolée de toute influence extérieure, qui, bien qu'il s'agisse d'œuvre juridique, peut n'avoir rien de commun, ni avec la justice, ni avec l'équité, ni avec l'utilité sociale, mais qui sera un beau chef-d'œuvre de logique. Ne nous hâtons pas d'en rire. Cette méthode avait au moins deux qualités précieuses; elle offrait une très sûre sauvegarde contre l'arbitraire, ce qui est le premier avantage à demander à une méthode juridique; et elle avait une allure très scientifique, en tant que la science consiste avant tout à découvrir des lois générales et des vérités objectives, sur lesquelles les vues purement personnelles n'aient aucune prise.

Elle n'avait qu'un défaut, mais ce défaut est capital; c'était d'enfermer dans un réseau d'abstractions, n'existant que dans la pensée pure, une science qui est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence; c'est-à-dire qui doit s'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite, et donner satisfaction à toutes les exigences des nécessités pratiques et à tous les *desiderata* qui en ressortent, et qui se traduisent en conceptions juridiques.

Aussi, dans ces tout derniers temps, les maîtres les plus écoutés de l'enseignement du droit se sont-ils peu à peu écartés de ces procédés étroits et stricts, sous lesquels, vraiment, la science juridique étouffait et s'étiolait. On a vu se constituer une méthode plus souple et plus nuancée, plus rapprochée de la vie, et qui était, au sens propre du mot, par opposition à la méthode purement syllogistique, une méthode rationnelle, et non plus une méthode raisonnante; rationnelle, en ce sens qu'elle demandait à la raison, non pas de faire des syllogismes, mais de découvrir les solutions les plus en harmonie avec l'équité et les besoins de la pratique, sauf

à les encadrer dans la construction plus élargie et comme plus assouplie des textes. Un de nos jurisconsultes les plus éminents vient, à propos de quelques pages qu'il consacrait à la mémoire de M. Bufnoir, de nous en retracer les procédés essentiels et l'esprit dominant (1). Et certes, il est vrai de dire que nul, autant que le Maître d'élite, auquel se référaient ces aperçus si finement décrits, n'aura fait pour briser les servitudes de la logique pure, pour assouplir les textes et les mettre en contact direct avec la vie. Mais, si la méthode changeait, si les moules anciens étaient brisés, si quelque chose de nouveau apparaissait et vivait en quelque sorte devant les esprits avides d'une jeunesse que ces procédés enthousiasmaient, il fallait traduire tout ce renouveau en conceptions qui pussent en résumer la synthèse et le ramener à une théorie scientifique.

Aussi, à la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et tout irréelle, arrêtée dans son développement, et comme définitivement achevée dès que la construction d'ensemble fût complète, on a essayé de substituer une méthode de vie organique, ou d'évolution historique, méthode externe et non plus interne comme la première; dont le propre fût de vivifier les codes, au lieu de la substance qu'ils empruntaient à leur propre fonds, par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors. Loin de se replier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur, non pour se laisser envahir ou dominer par lui, mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline, et traduire en monnaie juridique, ayant la frappe qui leur est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie.

Dans cette méthode d'évolution historique, qui peut être considérée comme servant d'intermédiaire entre les deux autres, on continue encore à poser en principe que tout se ramène à la loi écrite, considérée, non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport

(1) Voir l'introduction de M. Guillouard en tête des leçons qui viennent d'être publiées de M. Bufnoir. *Propriété et Contrat* (Paris, Rousseau, 1900).

devant les tribunaux. Nul ne prétend plus que le droit soit une création du législateur; personne, même parmi les partisans les plus tenaces des conceptions anciennes, ne saurait nier aujourd'hui l'influence organique de la coutume et de la doctrine, au point de vue tant de la création que de la propagation des faits et des notions juridiques. Mais ces créations, toutes subjectives ou toutes spontanées, ne sauraient encore se faire reconnaître comme s'imposant légalement; sinon, ce serait l'arbitraire, l'incertitude des relations privées, et tout un procédé inorganique et par trop primitif d'adaptation juridique. Pour obtenir la valeur d'un droit objectif qui s'impose, il faut que ces créations puissent se rattacher à la loi, qu'elles rentrent dans son cadre, qu'elles se mettent en harmonie avec l'ensemble de la construction juridique prise dans son intégrité, qu'elles se vivifient à cette source supérieure, où elles puiseront le caractère d'un droit national, et constituant la suite d'une évolution logique et concordante, au lieu des fantaisies spontanées de ce qui est purement individuel.

Et en même temps que la loi ramène à elle les créations d'essence doctrinale ou coutumières, celles-ci influent sur le droit écrit, en modifiant peu à peu l'interprétation primitive des formules légales, en les fécondant d'une vie réflexe, qui crée entre elles une harmonie nouvelle. Entre la conception vivante qu'enserre le texte et les appoints qui lui viennent du dehors, de la vie économique et du milieu social, se fait un échange incessant d'actions et de réactions, par où se réalise le progrès juridique; sans secousse profonde, sans à coup et sans révolutions brusques, par la seule intervention de la jurisprudence, non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires, et en même temps de plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble, dont la logique crée la certitude pour les intérêts privés, en même temps qu'elle défie l'arbitraire, qui est la menace incessante de toute méthode subjective.

La construction d'ensemble reste donc encore à l'apparence

ce qu'elle est dans la conception dogmatique, un édifice bien charpenté, dans lequel tout se tient et où l'on puisse, par une logique qui soit à la portée de tous, encadrer les problèmes qui se posent. Mais, si l'apparence, à un moment donné de l'évolution juridique, est la même, les éléments qui constituent l'édifice sont puisés à des sources tout extérieures, et incessamment renouvelables. Ce n'est plus un palais fait sur un plan tracé d'avance, et auquel on ne puisse plus toucher ; c'est tout un épanouissement de constructions architecturales, qui se renouvellent sans cesse, tout en ayant soin de s'adapter les unes aux autres et de former un tout harmonieux.

Et cependant, à cette méthode d'essence historique, sans doute, mais qui veut encore plier les créations historiques aux cadres juridiques et à la frappe légale, on a reproché cette part de fiction qui subsiste, et qui consiste à faire rentrer dans la loi ce qui ne vient pas d'elle et à greffer sur elle des ramifications qui lui sont étrangères. Pourquoi ne pas laisser au domaine de la loi uniquement ce qui vient d'elle et reconnaître, à côté d'elle, d'autres sources parallèles, ayant, sinon la même valeur, tout au moins une valeur juridique positive? La coutume, la tradition doctrinale et scientifique, au lieu de n'offrir à l'interprète que des créations amorphes qu'il doit transformer en formules juridiques par leur rattachement à la loi, créent immédiatement, si j'ose ainsi parler, du droit positif, du droit déjà bon pour la circulation et pour la sanction judiciaire. C'est à cette démonstration qu'est consacrée tout entière l'œuvre dont je n'ai pas à faire l'analyse, et dont j'indique seulement les aboutissants.

Au fond, les résultats de cette méthode ne différeront guère de ceux qu'offrait la précédente. Il s'agit d'aboutir aux mêmes solutions, celles qu'exigent les nécessités de la vie pratique envisagées du point de vue juridique. Toutes deux partent de ce même point de départ, que le domaine impératif de la loi est très restreint, et que les solutions directes, voulues par le législateur, et qui s'imposent, tant qu'elles n'ont pas été modifiées par le procédé légal, constituent la part la plus infime du domaine juridique. Tout le reste est laissé au libre développement du droit, donc à l'éclosion des sources vivantes qui lui servent de création. Mais, tandis que l'une des mé-

thodes n'accepte ces créations inorganiques qu'à la condition de les replacer dans le cadre de la loi, l'autre, plus près de la réalité, rejette cette fiction d'un rattachement artificiel procuré par une logique encore toute subjective, et prend ces réalités juridiques pour ce qu'elles sont, des éléments du droit objectif déjà réellement constitués. Reste, il est vrai, à fixer, pour chacune de ces sources nouvelles, le criterium de formation définitive auquel on reconnaîtra la valeur juridique aux créations qui en proviennent; et l'on trouvera, dans l'œuvre magistrale que j'ai si sommairement résumée, des procédés d'une finesse d'analyse extrême, qui permettent de fixer, avec une précision et presque une certitude suffisantes, le point auquel les formations coutumières, jurisprudentielles et doctrinales, auront acquis une véritable valeur juridique.

Quels horizons plus séduisants pour ceux qui ont gardé du droit romain l'impression des lois inéluctables du développement historique ! Il y a eu peu de législations qui, du point de vue scientifique, soient arrivées à une perfection plus complète ; et cependant la part du droit écrit proprement dit, je veux dire de la loi, et sans y faire rentrer l'Édit du Préteur, s'est trouvée, dans cette civilisation, si forte et si souple à la fois, extrêmement restreinte, et en tous cas ramenée, comme c'est le cas de ces grandes interventions du pouvoir national, à des faits très concrets et très sommaires, pour répondre à un abus qui devenait cuisant, ou à un mouvement populaire qui se faisait impérieux. Mais la source normale, vraiment scientifique et gouvernementale tout à la fois, ce fut la jurisprudence, en entendant ce mot au sens très large, on le voit. Et il n'est pas besoin, en effet, d'une longue série d'observations sociologiques pour comprendre qu'elle constitue l'élément par excellence de la formation juridique. Non seulement elle est moins aveugle que la coutume, laquelle comprend, par suite de l'influence des lois de l'imitation, une trop grande part livrée au hasard, mais surtout elle présente cet avantage inestimable de procéder par voie d'essais et de tâtonnements successifs; et rien n'est plus précieux. Le Préteur mettait ainsi une nouveauté à l'essai ; et il le faisait grâce à l'annalité de son Édit, sauf à la faire passer dans la partie consolidée de l'Édit quand elle avait fait ses preuves. Et, aujourd'hui également, notre jurisprudence reste toujours à même, soit de revenir sur une interprétation douteuse ou un essai malencontreux, soit de la consolider définitivement ; car il en est, et il faut qu'il en soit, d'une jurisprudence une fois acquise, comme de la partie perpétuelle de l'Édit. Il faut que les intérêts privés puissent compter sur la stabilité. Ces procédés d'expérience préalable sont tellement indispensables à l'adaptation juridique, que nous voyons s'opérer quelque tentative d'y soumettre même l'instrument législatif. C'est une habitude acquise en Angleterre de voter les lois à révision, en se réservant de les corriger successivement, et presqu'immédiatement, par des additions législatives ultérieures. Même en France, nous en avons des exemples récents, pour la loi relative à la vaine pâture, celle également du 9 avril 1898 sur la responsabilité patronale. Les esprits formés à l'école d'autrefois s'en étonnent un peu; ils y voient la preuve d'une fabrication défectueuse. Ils devraient s'en réjouir ; car c'est la marque d'un assouplissement de l'appareil législatif, qui n'a plus la prétention d'opérer pour l'éternité, mais uniquement d'obvier à un besoin, peut-être uniquement temporaire et en tous cas très circonscrit, par des mesures qui ne puissent prouver leur valeur qu'à l'épreuve de la pratique. Enfin, nous avons dans les pays de jurisprudence anglaise cette ingénieuse invention des lois de *local option*, qui constituent l'application la plus complète et la plus intelligente des procédés que j'indique, puisqu'au mérite d'une expérience préalable, elles joignent celui d'une expérience localisée, destinée à se propager seulement par voie d'imitation raisonnée, lorsque le succès en aura été démontré.

Enfin, ces procédés de retour au système romain, qui sont les procédés de formation naturelle, au lieu des instruments artificiels que nous a légués l'école doctrinale du contrat social, ont cet autre avantage de chercher leurs éléments d'évolution, non plus en haut, dans les régions supérieures de l'idéologie abstraite, mais en bas, dans celles de la réalité des faits; et alors, le droit perd enfin son caractère de science verbale, pour redevenir ce qu'il est, et ce qu'il doit être, une science purement sociale, empruntant ses éléments aux lois

de la sociologie dominées par l'adaptation aux principes de justice.

Je n'ai pas, entre les deux dernières méthodes que je viens d'exposer, à prendre ici parti ; car je n'analyse pas, je ne discute pas; je cherche seulement à préparer les esprits à la pénétration plus intime et plus complète du livre magistral de M. Geny. Si je discutais, j'aurais peut-être à me demander s'il suffit, dans la période de civilisation où nous sommes, d'un élément de formation coutumière ou doctrinale, pour qu'un droit, de subjéctif qu'il était au début, nous apparaisse avec la forme objective qu'il doit prendre pour entrer dans le cadre de notre construction juridique. En se plaçant au point de vue même des lois sociologiques, peut-être découvrirait-on, comme élément nécessaire à la caractéristique du droit, cette part de rattachement à un système de codification qui lui donne, quand elle ne viendrait encore que de l'interprète, doctrine ou jurisprudence, la frappe dont le public a besoin pour sa propre sécurité. En dehors même de l'appoint que pourrait fournir à cet égard l'observation des lois sociales, il est possible que, pour ce qui est de moi, je me défasse difficilement de certaines impressions premières qui me viennent de l'École dont j'ai recueilli l'esprit. Le Maître, dont j'avais été amené à parler, et dont il m'est difficile de ne pas parler, a tellement imprégné ceux qui lui doivent leur formation juridique de ces lois d'assouplissement des faits de la vie aux textes, en même temps que de l'adaptation des textes à l'évolution de la vie et du milieu social, qu'il leur devient difficile de séparer l'un de l'autre ces deux éléments de l'élaboration juridique. Il leur a semblé que, de cette compénétration de l'élément logique, dans ce qu'il a d'essentiel, et de l'élément historique, dans la part prépondérante qui lui revient, devait ressortir comme un idéal de formation scientifique du droit, qui ne pût guère être dépassé.

Mais, quelles que puissent être les opinions divergentes à cet égard, le point principal, celui que met en relief une œuvre aussi capitale, et qui désormais devra tout dominer, dans l'orientation de nos disciplines juridiques, c'est que le droit n'est plus une science isolée, qui se suffise à elle-même, et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules ; le

droit est une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses, puisque c'est le mot consacré, ses éléments premiers de formation et d'interprétation. L'école d'autrefois concédait volontiers que la formation première du droit venait de l'évolution scientifique et coutumière, mais que la législation seule avait à en tenir compte, et non la jurisprudence. Nous disons aujourd'hui que cet élément n'entre pas seulement dans la formation, mais dans l'interprétation, du droit.

Le temps n'est plus où nos disciplines d'enseignement et de préparation doctrinale devaient se restreindre à la formation de ce que l'on appelait l'esprit juridique, en entendant cela de la pénétration des textes. Il suffit d'une lecture sommaire de l'œuvre dont j'ai à parler pour se rendre compte de tout ce que peuvent, et doivent, fournir à la constatation des éléments de cristallisation du droit les directions scientifiques les plus diverses : sociologie, économie politique, droit naturel au sens rajeuni du mot, philosophie, théologie même, toutes les observations de l'expérience, toutes les découvertes en matière sociale, trouvent dans le droit leur aboutissant et finissent par s'y condenser en formules d'utilisation pratique.

Aussi je ne saurais mieux finir que par cette forte devise, inspirée d'un mot analogue d'Jhering, et autour de laquelle converge, qu'enveloppe ou que développe, comme l'on préfère, tout le livre de M. Geny : *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil !*

Je serais de ceux peut-être qui en eussent volontiers retourné les termes : *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil* ! Je reconnais que ce serait manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction. Aussi je n'insiste pas, trop heureux de me laisser convaincre, pourvu que cela puisse convaincre : ce à quoi nous tenons le plus c'est à « l'*Au-delà* ».

Il sera difficile désormais que cet « *Au-delà* » ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes.

R. Saleilles.

Paris, juin 1899.

INTRODUCTION

SOMMAIRE : 1. Idées courantes sur les études juridiques. — 2. Défaveur actuelle de ces études. — 3. Nécessité d'une critique de la méthode d'interprétation. — 4. Mouvement récent d'idées en ce sens. — 5-6. But de la présente étude.

1. — C'était, il n'y a pas longtemps encore (1), une idée fort répandue, dans ce que l'on est convenu d'appeler le *grand public*, que les études de droit seraient vouées, par leur nature même, à une routine désolante, enserrées dans les lisières d'une scolastique étroite, qui constituerait leur méthode unique et nécessaire ; d'où ne pourrait surgir qu'une casuistique froide et stérile, échafaudée sur des formules impénétrables au commun des hommes, casuistique, indispensable peut-être à la vie pratique de l'humanité, mais, à coup sûr, indigne du nom de science (2).

On a beaucoup cherché, et non sans succès, depuis quelque dix ans (1), à combattre ces préjugés de l'opinion courante. Dans ce but, on s'est principalement attaché à montrer que le champ d'investigations, ouvert aux recherches de ceux, qui veulent mériter pleinement le nom de jurisconsultes, était autrement vaste que ne le supposait la critique vulgaire. On a fait observer, qu'à côté du droit positif, étroitement compris, il y avait l'histoire, la philosophie du droit, l'économie politi-

(1) [Il y a lieu de rappeler ici que ces lignes furent écrites en 1899].

(2) Comp. H. TAINE, *Les Origines de la France contemporaine. Le Régime moderne*, t. II, Paris, 1894, p. 207-208. — Voy. aussi, sur l'infériorité actuelle du droit, par rapport aux autres sciences : É. I. BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule.* Akademische Rede am 22 November 1886, Heidelberg, p. 20-22.

que, le droit public, le droit international, la législation au sens large du mot, bref tout le groupe des sciences politiques, économiques et sociales (1).

Dans cet ordre d'idées, cherchant à définir notre domaine, en même temps qu'à le diviser, avec une touche très fine, et en une forme aussi précise qu'élégante, l'un de nos collègues écrivait naguère : « Toute connaissance humaine a deux « faces : les principes et les applications. Les principes relè- « vent de la science, les applications relèvent de l'art. Cette « distinction élémentaire domine toutes les études juridi- « ques... ; il existe deux sortes de droit, le droit pur et le « droit appliqué. Le premier est un droit idéal, fondé sur les « attributs constants de la nature humaine et les faits généraux « du monde social... ; il a pour objet la distinction suprême « du juste et de l'injuste sans acception d'époque ou de milieu : « c'est la science juridique. Le second s'applique à résoudre « le même problème dans l'intérêt spécial d'un siècle ou d'un « pays ; il est actuel, écrit, positif ; il interprète la loi ; il en « commente la lettre et en sonde l'esprit ; il fournit la solution « des questions innombrables et compliquées de la vie prati- « que : c'est l'art juridique » (2).

En d'autres termes, on distingue deux objets, nettement séparés, dans tout notre champ de travail : d'un côté, ce qui est matière de pure interprétation juridique, la loi positive, son explication et son application concrète ; d'un autre côté, ce qui, planant en dehors et au-dessus des textes légaux, ouvre un plein et libre essor aux investigations de l'esprit, l'étude des phénomènes sociaux, envisagés en eux-mêmes, et la recherche de leurs lois naturelles (3). Cette seconde partie,

(1) L. Duguit, *Le Droit constitutionnel et la Sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, 2e, t. XVIII, p. 484-505. — F. Despagnet, *La Fonction sociale des Facultés de droit*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 1e, t. XXI, p. 533-560 et 1891, 2e, t. XXII, p. 1-24. — R. Blondel, *Discours prononcé à la séance de rentrée des Facultés de Nancy*, le 12 novembre 1891. — Vallas, *Rapports a)* à la séance de rentrée de l'Université de Lille, le 3 novembre 1897, broch. officielle, p. 43-45 ; *b)* à la séance de rentrée, le 5 novembre 1898, broch. offic., p. 15-17.

(2) Ch. Turgeon (*L'Enseignement des Facultés de droit de 1789 à 1889*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 1e, t. XIX, p. 274. — Les mêmes idées se retrouvent dans un article plus récent du même auteur (sur l'*Utilité d'une agrégation ès-sciences économiques*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1895, 2e, t. XXX, p. 215-216, p. 221-225.

(3) On n'a pas fait disparaître cette séparation, quand on a distingué de la

qu'on a quelquefois appelée *Sociologie* par opposition au *Droit proprement dit* (1), serait seule, pleinement et véritablement, matière scientifique.

Partant de là, on a reconnu, que, pour couper court aux reproches, naguère essuyés, et, dans une certaine mesure, peut-être, mérités par l'enseignement du droit, le moyen tout indiqué était de développer, de la façon la plus riche, les branches comprises dans ce que l'on considérait comme le côté scientifique de nos études. D'où, la récente floraison, dans nos Facultés, de tout le groupe, si jeune, si vivace, si plein d'avenir, des sciences sociales, politiques et économiques (2).

2. — Nul assurément ne viendra contester aujourd'hui que ce nouvel afflux soit de nature à élargir les horizons de notre enseignement, ni mettre en doute qu'il y infuse déjà un élément de vie et de progrès des plus précieux. Mais il reste infiniment problématique, à qui veut y regarder d'un peu près, que la culture des nouvelles branches, si loin poussée qu'on la suppose, *et tant qu'on lui conservera son caractère exclusif, et en quelque sorte purement idéal*, puisse corriger, ou même atténuer directement, les reproches adressés à ce que l'on appelle, assez dédaigneusement, l'*art juridique*, limité à la pure et simple interprétation des textes de lois. Au contraire, semble-t-il, l'opposition va se montrer d'autant plus saisissante, entre le *droit positif* proprement dit et les diverses branches d'*études législatives*, si l'on n'arrive pas à réaliser autrement, et mieux que par un rapprochement artificiel, l'union et la pénétration réciproques, qu'on s'accorde à proclamer nécessaires.

Actuellement, il faut savoir le reconnaître et oser l'avouer,

science sociale proprement dite ce que l'on a appelé la *philosophie du droit positif*. Voy. préface de G. Henry à sa traduction d'un fragment de J. Austin : *La philosophie du droit positif*, Paris, 1894.

(1) L. Duguit (*Le Droit constitutionnel et la Sociologie*), dans *Rev. int. de l'enseignement*, t. XVIII, p. 492-501. — Comp. les observations de M. Saint-Marc : *Droit et Sociologie*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. sér., t, XVII, 1888, p. 50-64. — Et voy. une distinction plus complète entre la *Sociologie*, la *Politique juridique*, le *Droit* proprement dit, dans : E. Gaucfler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, p. 2-6.

(2) L. Liard (*La Réforme de la licence en droit*), dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1889, 2e, t. XVIII, p. 115-117. — Comp. L. Liard, *Universités et Facultés*, Paris, 1890, p. 80-85 ; — *L'Enseignement supérieur en France*, 1789-1893, t. II, Paris, 1894, p. 397-400.

le goût et l'estime pour les études de pur droit positif sont en baisse. Il est naturel, assurément, que la curiosité des jeunes esprits soit plus vivement sollicitée et attirée vers la nouveauté des problèmes politiques et sociaux. Mais cet engouement ne suffirait pas, en dehors d'une influence plus générale du milieu ambiant, à expliquer la décroissance de l'activité juridique proprement dite, se manifestant notamment, par la pénurie chaque jour plus sensible de travaux de longue haleine sur des sujets de droit, par l'amoindrissement ou la disparition des revues destinées jadis à la discussion des questions juridiques du moment, par la diminution constante aussi des thèses de doctorat consacrées à des matières de pur droit privé.

Je sais bien que l'activité des jurisconsultes, qui pensent et écrivent, s'est de plus en plus appliquée à la critique des décisions judiciaires, de ce que nous appelons, en un sens un peu technique, la *jurisprudence* (1). Je suis loin, quant à moi, de me plaindre de cette forme, bien moderne et surtout française, de la littérature juridique, où je veux voir le germe d'une rénovation prochaine et comme le levain de l'avenir. — Toutefois, s'il est pratiqué jusqu'à l'abus, et d'une façon décousue et fragmentaire, comme cela devient de plus en plus l'usage, ce travail offre le danger de faire trop dominer les éléments de fait sur le droit lui-même ; il conduit à perdre de vue l'unité des théories juridiques ; il retarde, s'il n'éloigne pas à jamais, leur synthèse complète et définitive, but suprême de la science. — D'autre part, la considération exclusive des autorités tend, nécessairement et presque fatalement, à la pure et simple classification des précédents. On arrive à négliger la critique élevée et désintéressée, pour laisser le pas à la conciliation et à l'agencement méthodique des solutions particulières. On incline vers le *Répertoire*, mine de renseignements fort précieuse assurément, mais non pas œuvre scientifique.

3. — En présence de cet état de stagnation, sinon de décadence, d'études si longtemps florissantes et progressives en

(1) [Cons. Ed. Meynial, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, dans : *Le Code civil* (1804-1904). *Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 173-204].

France, devant les impressions, favorables à cette situation, qui paraissent gagner, bien qu'ils s'en défendent, quelques-uns même de ceux, qui connaissent le mieux notre objectif et notre mission, un devoir s'impose à nous, juristes par vocation, qui restons convaincus de l'importance de l'un et de la dignité de l'autre. C'est d'envisager, ouvertement et sincèrement, les reproches qu'on nous adresse. Mieux encore, il nous faut formuler et préciser nous-mêmes ces critiques, un peu vagues et flottantes, dont nous sentons contre nous l'insinuation, plutôt que nous n'en percevons très nettement l'expression. — En un mot, il nous faut faire un sérieux *examen de conscience*, qui, comme tout acte de ce genre, doit tendre à une réforme décidée, si nous la reconnaissons nécessaire. Et, avant tout, cette enquête intime, franche, exempte de tout préjugé comme de tout parti pris, doit porter sur notre méthode, c'est-à-dire sur nos procédés d'investigation et d'interprétation du droit.

Quant à notre champ d'activité, en effet, il est, de lui-même, nettement défini et ne peut donner lieu à un débat sérieux. Toute la mission de la jurisprudence, dans l'ordre positif, consiste à dégager et à appliquer aux relations, qu'engendre l'état de société, sous la sanction coercitive qu'assure la force du pouvoir social, des règles, qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable (1), conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité (2).

Mais, comment découvrir ces règles et les mettre en œuvre ? Ici, commence le rôle de la méthode, dans le sens le plus large qu'il faut donner à ce mot. Nous ne sommes pas absolument libres dans la détermination des éléments de cette méthode. — Primitivement abandonnée à la spontanéité et à la mobilité de l'interprétation individuelle, simplement guidée par la Coutume (3), la jurisprudence s'est vu peu à peu

(1) Comp. H. Dernburg, *Pandekten*, § 19, t. I, 5e édit., 1896, p. 43-44. — *Adde* F. Endemann, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. I, 5e éd., 1899, p. 27.

(2) [*Adde* : Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, L. Tenin, t. I, 1914. nos **13-16**, p. 42-52.]

(3) Comp. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissens-*

imposer des freins et des lisières, dont elle fut la première, d'ailleurs, à sentir le besoin et à apprécier le bienfait. L'autorité sociale, conformément à son rôle directeur, et agissant en vertu de sa souveraineté, a porté *des Lois*, c'est-à-dire des règles juridiquement obligatoires, d'abord rares et timides, puis plus fréquentes, plus fermes, plus complètes (1). Ce phénomène, ancien et universel (quoique non socialement indispensable), de la *Législation*, a passé par des phases bien diverses, suivant les pays et les temps. — Il a atteint son point culminant, pour notre civilisation française moderne, dans une *Codification*, à peu près générale, vaste législation d'ensemble, édifiée presque d'un bloc, dans un temps propice, avec une promptitude et une sûreté merveilleuses, grâce au génie de la race et au travail des siècles. C'est à ce point que nous en sommes, et telle est la situation de fait à laquelle ont dû s'accommoder nos procédés d'investigation juridique.

Cela étant, notre science a-t-elle su découvrir et mettre en valeur les voies et moyens les plus aptes à la réalisation de son but? Avons-nous su interpréter, non seulement la loi, mais le droit immanent, dont la loi n'est, après tout, que la révélation imparfaite? Avons-nous compris, comme elle doit l'être, sans la rabaisser ni la surfaire, la portée de ce saillant phénomène social, la codification? N'avons-nous pas dénaturé, sous prétexte de l'approfondir, la pensée du législateur? N'avons-nous pas exagéré sa mission et sa puissance, soit en limitant arbitrairement nos sources d'investigation, soit en diminuant le rôle de l'interprète, savant ou juge? N'avons-nous pas, trop souvent aussi, cédé à la séduction d'une logique décevante, pour oublier les réalités de la vie et leurs exigences?

Il peut paraître osé de soulever ces questions, alors que notre système traditionnel d'interprétation s'est affermi sur des bases acceptées de tous ceux qui le pratiquent, magis-

chaft, § 2, 3e éd., 1840, p. 8-15. — Et voy. un tableau très personnel et très vivant de tout le *processus* du développement juridique dans : E. I. Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 45-61.

(1) Comp. Portalis, *Exposé général du système du Code civil au Corps législatif*, dans Locré, *Législation civ., comm. et crim. de la France*, t. I, p. 321 et 340. — Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, § 3, 3e édit., 1840, p. 16-17.

trats, praticiens, juristes désintéressés, et que, de cet accord comme des efforts communs qu'il a suscités, sont sorties tant de théories, qui semblent définitivement élaborées, tant de solutions, qui ont enrichi la pratique et influé sur la direction de la vie juridique, dans ses détails non moins que dans son ensemble.

Pourtant, si nous sommes convaincus que, comme toute autre fraction de la science, la jurisprudence est soumise à la loi du progrès, il nous faut bien, en dehors de la législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques, avoir constamment sous la main un autre instrument d'élaboration du droit. — Cet instrument, qui, à défaut d'un organe constitutionnel, spécialement adapté à ce but (tel qu'était l'édit du préteur romain), doit se trouver à la portée du magistrat comme du juriste de cabinet, également nécessaire pour la solution des questions pratiques, et pour une féconde systématisation de la jurisprudence, ne peut être, dans notre civilisation française moderne, qu'une *Méthode*, à la fois large et souple, dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois. — Assurément, la méthode, en elle-même, n'est pas à créer. Elle existe, elle agit, elle a fait ses preuves. Mais c'est notre droit et, dans une certaine mesure même, notre devoir, d'en approfondir les bases, d'en apprécier le fonctionnement actuel, de chercher à la perfectionner (1).

4. — Et, ce qui doit nous encourager dans la pensée qu'il y a quelque chose de très sérieux à réaliser dans cette direction, c'est qu'un sentiment fort vif de réaction, contre les excès des

(1) [P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, Préface, p. 1-15, indique bien, quoique un peu longuement, les termes du problème de l'interprétation et signale les éléments, qu'une conception positive du droit (basée sur le but social) apporte à sa solution. *Adde ibid.*, Introduction, nos 1-5, p. 17-19, qui complète la préface. — Suivant L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 43 (§ 4), la méthode de l'application du droit serait, au sens kantien, une idée en vue d'un but, tandis que la discussion réelle du droit en justice serait un fait, dont la description ressortirait de la *Richterpsychologie*. — A. Delaroue, *Esquisse de la méthode du droit*, thèse de doct. Droit, Paris, 1900-1901, présente, d'un point de vue fort général et dépourvu de profondeur, les principales idées philosophiques, qui consacrent, dans les divers domaines où elles s'exercent, l'activité du législateur et celle du juge].

procédés traditionnels d'interprétation juridique, s'est fait jour, en ces derniers temps, d'une façon assez générale, plus ou moins consciemment d'ailleurs, chez des juristes de diverses nationalités, et que ce mouvement d'idées a même donné lieu à des professions de foi retentissantes de la part de certains esprits d'élite.

En Allemagne, où, jusqu'ici, pourtant, l'investigation juridique n'était pas, pour ce qui est du moins du droit civil, resserrée par le moule rigide d'une codification générale, R. von JHERING s'est élevé, avec l'ardeur et l'énergie qu'on lui connaît, contre le procédé des constructions *a priori* et des déductions géométriques. On peut dire que ç'a été l'œuvre capitale de la seconde partie de sa vie scientifique (1). Il a lui-même avoué, avec la verve imagée et entraînante, dont il avait le don, qu'à ses débuts, il avait fidèlement et sincèrement suivi la piste ouverte par les vieux maîtres (2). Plus tard, il sentit vivement les côtés faibles de leur méthode (3). Et, arrivé, dans son *Esprit du droit romain*, à l'examen de l'élément intrinsèque et essentiel des droits privés, il semble qu'il ait vu surgir devant lui une clarté nouvelle. — Dès ce moment, il critique sans merci la dialectique d'école et dénonce l'exagération de la valeur attribuée jusqu'alors à l'élément logique en droit. En même temps, il faisait ressortir, non sans exclusivisme peut-être, la valeur des idées d'utilité et d'intérêt. Surtout il proclamait l'importance du but à atteindre (*Zweck im Recht*), comme devant être, au lieu et place de la logique, le régulateur suprême des institutions et des règles juridiques (4). Cette dernière conception, devenue l'idée maîtresse de son esprit, devait l'entraîner, sous couleur de philosophie du droit,

(1) Sur l'évolution des idées méthodologiques de von JHERING, voy. E. STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 389, note 76.

(2) *Geist des römischen Rechts*, 4e édit., dritter Theil, erste Abtheilung, Leipzig, 1888, § 59, notes 429 et 431 ; 3e édit. française, t. IV, § 69, notes 478 et 480. — *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 3e édit., Leipzig, 1885, p. 18, 338, 340, 342. — *Der Besitzwille*, Jena, 1889, Vorrede, p. IX-X, et p. 283, note 1 ; édition française, *Du Rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891, Préface, p. VI et p. 238, note 134.

(3) *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz, von einem Unbekannten* (1861-1866), reproduites dans *Scherz und Ernst*, p. 3-117.

(4) *Geist des römischen Rechts*, 4e édit., III Theil, 1 Abtheilung, 1888, §§ 59-61, auxquels correspondent dans la 3e édition française les §§ 69-71, t. IV.— La 1re édition de ce tome IV, contenant déjà l'essentiel de ces idées, date de 1865.

à abandonner son bel ouvrage historique pour une nouvelle œuvre grandiose, restée malheureusement inachevée comme la première (1). En dehors même de cette dernière œuvre capitale, il est revenu, en maintes occasions et à propos de sujets spéciaux, à une expression, plus positive et plus pratique, de sa théorie téléologique, dont il nous a livré ainsi, par fragments, la substance (2). — Cette théorie, d'où se dégage surtout un très vif sentiment de réaction, que je veux seul noter ici, contre l'abus d'une logique étroite et stérile (3), a suscité, chez nos voisins, tout un mouvement d'idées en faveur du rajeunissement des méthodes (4), et l'on peut espérer que, dans l'application du nouveau code civil (5), elle prémunira leur jurisprudence pratique contre certains dangers de la codification, jadis si clairement entrevus par SAVIGNY (6).

(1) *Der Zweck im Recht*. Voy. notamment t. I, 3e édit., 1893, Vorrede, p. VII. — Adde : *Scherz und Ernst*, p. 339-340.

(2) *Der Grund des Besitzesschutzes* (1867). — *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). — *Der Besitzwille* (1889).

(3) [Voy. encore *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde* (publié par les enfants de l'auteur), Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1913, p. 444, où, dans une lettre (d'ailleurs, assez plate de ton), du 15 septembre 1888, adressée par lui au Prince Bismarck, v. JHERING indique que, suivant la direction des grands maîtres de la « *Realpolitik* », il a visé à transformer la jurisprudence de « formalistique », qu'elle était, en « réalistique ».— *Adde : ibid.*, p. 457, dans *Erinnerungen von Hermann von Jhering* (fils du Maître)].

(4) Voy. notamment : E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886-1890. *Zur Reform des Besitzrechts*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XXX (1891), p. 335-362. *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, Festgabe an R. von Jhering zum Doctorjubiläum, 1892. — H. DERNBURG, *Pandekten*, 1re édit., 1884 ; 5e édit., 1896. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895. — R. STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, dans Festgabe zu Bernard Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum, Halle, 1889, et, pour l'application : *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896. — Ph. HECK, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXXVII (1890), p. 277-284. — E. STAMPE, *Die Lehre von der Abtretung der Vindication. Ein Beispiel für die praktischen Verstösse unserer Wissenschaft und ihre Gründe*, 1893, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, t. LXXX, p. 305-427. — J. KOHLER, dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1894, t. XXXVI, p. 515-517. — Comp. le même, dans : *Juristisches Litteraturblatt*, 1895, p. 198-200, plutôt, ici, au point de vue législatif. — *Adde*, sur les principales critiques adressées à l'École historique : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 10, note 4, a. t. I, 7e éd., Frankfurt a. M. 1891, p. 26. — Voy. aussi, pour la Suède : C. A. REUSTERKIÖLD, *Ueber Rechtsauslegung* (Sep. A. aus der Upsala Universitets Arsokrift), 1899.

(5) Ex. dans : R. STAMMLER : *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, 1897.

(6) *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, notamment p. 21-24 de la 3e édit., 1840. — *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 45 et 100.

En Italie, on rencontre, chez un grand nombre de jurisconsultes, des idées du même ordre, qui apparaissent ici sous un aspect plus large, mais aussi moins précis et moins technique. Touchés principalement du contraste, qu'ils relèvent entre le droit civil officiellement en vigueur et les besoins ou les tendances du monde moderne, ces interprètes d'avant-garde réclament une rénovation complète de la législation et de la jurisprudence privées, s'inspirant ensemble de méthodes nouvelles et plus souples, tant pour fixer le contenu du droit positif, que pour le développer et l'appliquer, en conformité du but idéal et scientifique, qui leur paraît assigné à la société moderne (1).

A la même direction d'idées, bien qu'avec des visées plus exclusivement *législatives*, me paraissent se rattacher aussi les tendances, les plus nettement accusées, de la nouvelle école autrichienne, si brillamment interprétée par A. Menger (2).

En France, où nous n'avons pas le même penchant pour les idées purement doctrinales et les généralisations abstraites, il semble que ce soit plutôt dans la pratique même de l'interprétation juridique, que l'on puisse découvrir les premières manifestations d'un *esprit nouveau*, permettant d'espérer une orientation prochaine vers une jurisprudence assouplie aux nécessités et aux aspirations de l'heure présente (3). — On comprend qu'il m'est difficile de mettre en avant des noms propres,

(1) Voy. notamment : E. Cimbali, *La nuova fase del Diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 2e édition, 1889. — G. d'Aguanno : *La Genesi e l'Evoluzione del Diritto civile secondo le risultante delle Scienze anthropologice e storico-sociali*, 1890. — Cpr. Ancona, dans *Archivio giuridico*, 1894, t. LII, p. 292-298. — A. Asturato, *La Scienza del Diritto e i suoi problemi metodologici*, dans *Rivista scientifica del diritto*, 1897, n° 1, p. 6-23. — [V. Scialoja, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, Torino, 1898]. — *Adde*, en ce qui touche l'Espagne : A. Posada, *Le Droit et la Question sociale*, dans *Revue internationale de Sociologie*, avril 1898, t. VI, p. 225-250.

(2) Voy. surtout : A. Menger : *Du rôle social de la science du droit*, dans *Revue d'économie politique*, 1896, p. 62-76. Cpr., pour l'application : *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1889. — Et, voyez déjà, à un point de vue plus techniquement juridique : J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Vorrede zur ersten Auflage (1856), reproduite dans la 4e édition, p. III-IV et p. VII.

(3) A peine est-il besoin d'observer, d'ailleurs, que notre *pratique législative* aurait fort à gagner, elle aussi, à un élargissement d'horizon analogue, qui, sur ce terrain, ce semble, ne saurait être refusé. Voy., comme conçus dans cet ordre d'idées, le livre d'E. Tarbouriech, *La Responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, 1896, et le compte-rendu de F. Sauvaire-Jourdain, dans *Revue du droit public*, mars-avril 1897, p. 347. — D'ailleurs le mouvement en ce sens se dessine très net dans un grand nombre de lois récentes. Je cite seulement ce court passage, du premier rapport supplémentaire au Sénat, de M. Denormandie, à propos de la loi du 16 juillet 1895 (art. 16, al. 4-5) sur les caisses d'épargne : « Nous ne faisons pas ici du droit, nous ne « faisons pas l'application rigoureuse des principes ; nous faisons du fait, nous « intervenons sous l'empire d'une préoccupation de bienfaisance et de secours « donnés à des mères de famille souvent bien éprouvées... » Voy., d'ailleurs, tout le développement, dans *Journal officiel*. Sénat. Session ordinaire de 1894. *Documents parlementaires*, p. 69, col. 2.

n'ayant ici ni autorité, ni qualité pour engager ou enrôler personne dans une doctrine et sous un drapeau scientifiques. Mais, je crois que je ne serai démenti par aucun de ceux, qui ont suivi attentivement le mouvement des idées juridiques, soit dans notre enseignement, soit dans les publications scientifiques, soit dans la jurisprudence concrète et dans les études critiques qu'elle a suscitées, particulièrement en matière civile et commerciale, et au cours des vingt dernières années (pour parler surtout de ce qui m'est plus familier), si j'affirme que, de cet ensemble, se dégagent fort nets, chez bon nombre de jurisconsultes français ou belges, le sentiment et comme le besoin d'un horizon plus ouvert, d'une élaboration plus personnelle et plus profonde, dans le champ de l'interprétation et de l'application du droit positif en vigueur (1).

Au premier rang de ceux qui ont inspiré et dirigé ce mouvement, il m'est permis, je crois, sans trop de témérité, de placer l'incomparable et toujours regretté maître, J.-E. Labbé, dont les innombrables et féconds travaux de jurisprudence critique sont tous imprégnés et comme animés d'une méthode toute personnelle, remarquablement sûre et féconde ; méthode faite à la fois de fidélité à la tradition et d'audace novatrice ; qui, sans souci des préjugés d'école ou de pratique, mais sans abandonner les principes vrais, savait ouvrir la loi aux progrès réclamés par la vie, et faire pénétrer l'équité dans les moules, réputés les plus étroits et les plus rigides, de nos formules juridiques (2).

(1) Parmi les travaux, ayant eu des visées principalement pratiques, et qui ont remué pourtant les plus gros problèmes de méthode, qu'il me suffise de rappeler ici les *Questions de droit maritime* de A. de Courcy, 4 vol. 1877-1888 et les importantes publications de Sainctelette.

(2) [Comp. F. Baudet, *Labbé arrêtiste*. Aperçu général de ses doctrines en droi civil, thèse de doct. Droit. *Lille*, 1907-1908. — G. Cohendy, *La méthode d'un arrêtiste*

A côté de Labbé, combien d'autres esprits éminents on pourrait citer ici ; de ceux surtout, qui, moins hardis à fixer dans une formule définitive et à livrer au grand jour de la publication leurs réflexions et leurs idées révisables, se réservaient plus volontiers pour l'intimité et la spontanéité de l'enseignement oral. — Mais déjà, les disciples se sont levés, moins hésitants que les maîtres, plus prompts à faire entendre à tous la voix, qui les avait charmés et convaincus. Beaucoup de ceux ainsi formés se sont trouvés pratiquer, comme en vertu d'une seconde nature, la méthode large et osée, qui leur avait été si discrètement enseignée. De là, le renouveau, auquel je faisais allusion tout à l'heure, et qui me paraît sensible dans plus d'une des productions récentes de notre jurisprudence scientifique ; d'où la propagation se fait d'elle-même (il serait facile de le montrer, et j'y reviendrai peut-être) jusqu'à notre pratique judiciaire (1).

5. — Je crains seulement que ce mouvement n'ait pas encore pénétré assez avant dans la masse des jurisconsultes, qu'il ne reste jusqu'ici, malgré tout, que le fait d'une très faible minorité. Et, je me demande si cette insuffisance d'expansion ne viendrait pas de ce que l'évolution désirable n'a pas été assez souvent exposée et analysée d'un point de vue spéculatif ; ou, plus simplement, de ce que la réforme à opérer, dans ce que j'appelle notre méthode traditionnelle d'interprétation juridique, n'a pas été décrite, en son entier, par plusieurs de ses partisans convaincus, et avec la pensée d'en fournir une justification aussi péremptoire que possible.

Les grandes lignes, pourtant, de cette réforme, et même, en plus, quelques traits très précis de son application, ont été, à plusieurs reprises déjà, mis en lumière ; principalement, par R. Saleilles, qui, soit d'une façon didactique, et sous forme

au XIX^e siècle Labbé. Son application aux questions de responsabilité (thèse de Lyon, 1909-1910). Paris, A. Rousseau, 1910].

(1) [Ces indications sommaires, sur le mouvement méthodologique, tel qu'il m'apparaissait en 1899, doivent être complétées aujourd'hui par les renseignements fournis, touchant le même sujet, dans l'Avertissement pour la présente édition et dans les chapitres qui y sont ajoutés sous forme d'Épilogue. — Voy. aussi Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, L. Tenin, 1914, n° 9, p. 28-36].

d'examen de questions d'enseignement (1), soit d'une manière plus pratique, et à l'occasion d'études spéciales (2), a su tracer, d'une main ferme et sûre, le cadre général, étendu et assoupli, où doit désormais se mouvoir l'interprétation juridique (3).

Je n'ai pas ici d'autre ambition que de m'associer, pour la plus grande part, aux idées ainsi lancées (4), en les reprenant sous un aspect très classique, et n'en retenant que ce qu'elles

(1) Voy. notamment : *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, dans *Rev. intern. de l'enseignement*, 1890, 1^er^, t. XIX, p. 482-503. — *Fondement et développement du droit*, même revue, 1891, 2^e^, t. XXII, p. 39-46. — *Le Droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V, 2, p. 217-227.

(2) Voy. surtout : *Du refus de paiement pour inexécution de contrat*, n^os^ 1-7, dans *Annales de droit commercial*, 1892, t. VI, 2, p. 287-296, et *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite. Conclusion*, n^os^ 67-70, dans *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 45-49. — Comp. : *De la cession de dette*, même revue, 1890, t. IV, 2, p. 38-47.

(3) *Adde*, pour les applications, les chroniques de jurisprudence de R. Saleilles, dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, année 1891, t. I, p. 635 et sq. ; — année 1893, t. III, p. 293 et sq ; p. 783 et sq. ; — Notes dans Sir., 94, 2, 185 et 95, 2, 185 ; dans D. P., 97, 1, 433. — *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, etc., etc. [— Et, pour une documentation plus complète, voy. : *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914]. — J'indiquerai aussi, comme conçue tout à fait dans le sens des idées que je compte développer, et relative à une question importante quoique spéciale, une note d'Edm. Meynial, sous Paris 20 février 1891, dans Sir., 93, 2, 161. — Et, sans prétendre être complet, mais pour fournir cependant un ensemble de témoignages, qu'on me permette de citer, en même temps, les *Examens doctrinaux de jurisprudence civile*, publiés dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, depuis 1890, par J. Charmont, qui me paraissent, quoique plus discrètement peut-être, inspirés du même esprit. — On lira encore, comme exposé d'idées nouvelles sur la codification, quelques pages décisives d'E. Bartin, dans la préface de ses *Études sur le régime dotal*, Lille, 1892, notamment, p. II-V. — Comp. H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, Paris, Pedone, 1898, p. 10, note 1 [Voy. surtout : 3^e^ édition, 1912, préface, p. VI ; p. 20-33 ; p. 45 ; p. 62-63 ; p. 64-71 ; p. 72-85]. — *Adde :* A. Bécraux, *Le Droit et les Faits économiques*, 1899, p. 27-31. — P. Isambert, *L'Évolution des Études juridiques vers l'observation sociale*, dans *La science sociale*, février 1897, t. XXIII, p. 93-116. [Geouffre de Lapradelle. Rapport sur les concours de la Faculté de droit de Grenoble en 1898-1899. Brochure officielle de la séance de rentrée, p. 121, p. 130-131]. — J'ajouterai que la pratique même d'une méthode élargie et souple se fait sentir dans un assez grand nombre de thèses de doctorat, datant de ces dernières années, entre lesquelles je citerai, à titre d'exemples, les suivantes, qui me sont mieux connues : Ed. Lambert, *Du Contrat en faveur de tiers*, Paris, 1893. — E. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Paris, 1896. — E. Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse de Dijon, 1898.

(4) Voy. encore quelques pages, déjà anciennes, mais très symptomatiques, de Brocher de la Fléchère, *Le Droit coutumier et la Philosophie du Droit*, dans *Revue de droit internat. et de législ. comp.*, 1877, t. IX, p. 578-583. — *Adde :* Edm. Picard, *Le Droit pur. Encyclopédie du Droit*, Syllabus du cours, 3^e^ éd. 1897, notamment p. 113-115 ; et *Le Droit pur. Permanences juridiques abstraites*, 1899.

contiennent de vraiment fondé en raison (1). J'entends donc chercher les bases d'une réforme, d'après le point de vue méthodologique, et faire valoir le mérite des innovations, qu'on peut proposer, par une opposition à la pure méthode traditionnelle, encore enracinée dans un grand nombre d'esprits. — Sans doute, je suis prêt à reconnaître que la nouvelle méthode ne se vérifiera qu'à sa mise en pratique, que l'expérience seule l'éprouvera sérieusement. Mais, j'estime que, sans attendre une plus longue poursuite de ses applications, et en vue même de développer celles-ci, le moment est venu, pour chacun de nous, de s'en faire une idée précise, de s'en représenter la physionomie et le fonctionnement, d'en peser les mérites et les défauts, de la soumettre, en un mot, à sa critique personnelle.

C'est une critique de cette sorte que j'avais voulu faire, d'abord, exclusivement pour moi-même. Arrivé au terme de ce travail personnel, il m'a paru que les résultats de mes propres réflexions pourraient être utiles à d'autres, et éclairer pour eux une route, que j'ai souvent trouvée obscure. Dans cette pensée, et sans plus de prétentions, je me suis décidé à publier ces pages.

6. — J'ai suffisamment, ce me semble, fait entendre, par ce qui précède, que je me plaçais ici sur le terrain de l'interprétation du *pur droit positif*; domaine du praticien, du magistrat, du jurisconsulte, de tous ceux qui ont à dégager les solutions juridiques, applicables, non pas *idéalement ou rationnellement*, mais *concrètement et en fait*, aux questions que soulèvent les conflits d'intérêts humains. Il s'agit d'approfondir la méthode d'investigation, qui s'offre à eux, c'est-à-dire de distinguer les procédés de recherche et d'étude, les mieux adaptés à cette mission de *mise en œuvre du droit positif*, qui est proprement la leur.

Et, pour rester placé à un point de vue vraiment pratique, je n'entends examiner cette question de méthode, qu'en m'en tenant très étroitement à la situation créée à notre jurisprudence par l'état actuel de la législation française. Dès maintenant, je déclare que, sous un régime différent de celui de la codification, telle qu'elle existe chez nous, les procédés d'interprétation *pourraient être*, même à certains égards essentiels, notablement différents.

(1) [*Adde*, ici encore, les références de la note 1 de la p. 12 ci-dessus] (n° 4).

D'autre part, et afin de nettement délimiter mon horizon, je n'envisagerai la méthode juridique, que dans son application au *droit privé*, et, plus spécialement, au droit civil. Bien qu'elle soulève des questions analogues, à propos des autres parties de la science, droit criminel, droit administratif, procédure civile ou commerciale, j'estime que, sous ce rapport encore (et, pour le droit criminel, par exemple, ce serait de la plus grande évidence), les solutions générales pourraient être influencées par la matière même à interpréter (1). Pour pouvoir rester plus précis, je préfère donc cantonner ma critique à la partie du droit la plus générale et la plus typique.

Ces limites posées, je me propose de chercher, d'abord, à résumer la méthode d'interprétation juridique, couramment enseignée, et, pour ainsi dire, officiellement pratiquée chez nous. — La simple description de cette méthode et son analyse me permettront d'en pénétrer les défauts et les insuffisances, pour ne pas dire les vices radicaux et irrémissibles. — Je me demanderai ensuite ce qu'on peut faire pour l'étendre et l'assouplir, soit en révisant ses bases rationnelles ou légales, soit en agrandissant son cadre à l'aide de disciplines voisines. — Dès lors, la conclusion s'imposera d'elle-même, et il ne me restera plus, qu'à indiquer très sommairement les voies et moyens pratiques, qui pourraient amener la propagation et développer la fécondité de la méthode ainsi rajeunie (2).

(1) [Comp. V. Scialoja, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, Torino, 1898, p. 5-6].

(2) Le caractère de ce travail ne me permettra pas d'y multiplier les exemples, dont le développement reste réservé à des études de détail. Je m'efforcerai pourtant d'en esquisser quelques-uns, chemin faisant, en vue de mettre en lumière le jeu même des méthodes critiquées. — [Voy. encore : Fr. Geny, *Risques et responsabilité*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 812-849. — Note, sous Ch. réunies, Cass., 2 juillet 1903 (Ménard c. Roux), Pand. franç. périod., 1903, I, p. 497-504. — *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation, 2 vol. Paris, L. Tenin, 1911].

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ ANALYTIQUE DE LA MÉTHODE TRADITIONNELLE D'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

SOMMAIRE: 7. Pauvreté des recherches philosophiques sur la méthode juridique.

7. — C'est un fait digne d'observation, que l'établissement de principes généraux, relatifs à la méthode juridique, ait fort peu préoccupé les philosophes de profession. Dans les ouvrages nombreux, dont quelques-uns fort développés, qu'ils ont consacrés à l'étude générale des méthodes pour les diverses sciences, c'est à peine si nous rencontrons une allusion fugitive et comme effacée à la jurisprudence (1). — Récemment encore, on a beaucoup insisté, tant au nom de la philosophie qu'en celui de la sociologie générale, sur la méthode des

(1) Parmi les exceptions, et à un rang d'ailleurs éminent, il faut citer, — outre l'opuscule bien connu de Fr. Bacon : *Exemplum tractatus de justitia universali, sive de fontibus juris*, inséré dans le livre VIII, cap. III de son traité : *De dignitate et augmentis scientiarum*, — les divers travaux de Leibnitz, relatifs à la jurisprudence, réunis dans : *Leibnitii Opera omnia*, éd. Dutens, 1768, t. IV, *Pars tertia ;* surtout : *Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*, p. 159-230. — Parmi les philosophes modernes, je dois citer aussi : A.-A. Cournot, *passim*, notamment dans son *Essai sur les fondements de nos connaissances*. Chap. XVII-XIX, t. II, 1851, p. 116-176. [— W. Wundt, *Logik*. II. Methodenlehre. IV Abschnitt. IV Kapitel, Die Logik der Gesellschaftswissenschaften. 3. Die Rechtswissenschaft ; *Ethik*, III Abschnitt. IV Kapitel, Die sittlichen Normen. 5. Die Rechtsnormen. — Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, L. Tenin, 1914, p. 4, note 1 (n° 2)].

sciences sociales (1). Mais il s'agissait, ce semble, de la politique, de l'économie sociale, de la science historique du droit, de la philosophie du droit, plus généralement de la *législation* au sens idéal et élevé du mot, bien plutôt que de la mise en œuvre du *droit positif proprement dit*.

Cette lacune tient, peut-être, à ce que les philosophes et ceux qui se qualifient volontiers de sociologues se refusent à mettre le droit positif, tel que je l'envisage ici, c'est-à-dire dans le jeu même de sa vie effective, au rang des *sciences* véritables, et n'y veulent voir que ce qu'ils appellent, non sans quelque affectation, un *art*. — Mais n'est-ce pas là user d'un subterfuge de mots, pour se dérober à une tâche importune?

Il faudrait, pourtant, s'entendre, une bonne fois, sur l'importance de ces dénominations de science ou d'art, que l'on départit, non sans arbitraire, aux différentes disciplines de l'esprit. Il est bien certain que, lorsqu'on qualifie *art* le droit positif, on détourne le mot art de son acception courante et normale (aujourd'hui du moins), qui, comme l'a remarqué fort justement Stuart Mill (2), « dénote la partie ou le côté poéti-« que des choses par opposition au côté scientifique », ou nous représente, suivant le langage pittoresque d'É. Zola (3), « un « coin de la nature vu à travers un tempérament ».

Aussi bien, on sait assez, aujourd'hui, que cette distinction, devenue presque banale, entre la science et l'art, s'applique à la science *lato sensu*, embrassant tout ensemble de connaissances rationnelles (4), et tend à en séparer deux aspects : d'une part, la science pure, recherche des lois naturelles, s'exprimant, comme le dit Stuart Mill, par le « mode indicatif » ; d'autre part, la pratique de la science, sa mise en œuvre dans

(1) Voy. notamment : R. Beudant, *L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales*, dans *Revue du droit public*, mai-juin 1896, t. V, p. 434-456. — R. Worms, *Sciences naturelles et sciences sociales*, même revue, juillet-août 1896, t. VI, p. 66-70. — R. Beudant, *la Méthode des sciences sociales*, même revue, novembre-décembre 1896, t. VI, p. 467-475.

(2) *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. Peisse, 1866, t. II, p. 549, note 1.

(3) Visant l'œuvre littéraire : É. Zola, *Documents littéraires*, 2e éd., 1881, p. 264.

(4) « J'appelle science », a dit Portalis (*Exposé des motifs de la loi du 3o ventôse an XII*), « une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps de doctrine et de système, sur « quelque une des branches principales de nos connaissances. » Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, *Précis historique*, p. xcvii.

la vie, s'exprimant, suivant la terminologie de Stuart Mill, par le « mode impératif » ; à celle-ci, on réserve la dénomination plus technique d'*art*. — D'après cela, en matière sociale, nous avons, à côté de la *Science sociale* proprement dite, ou *Sociologie pure*, subdivisée en diverses branches, suivant la nature de ses différents objets, l'*Art social*, ou ce qu'on pourrait appeler la *Sociologie appliquée*, comprenant les branches correspondantes à celles de la science pure, entre autres, la morale pratique, la politique, l'art de faire les lois, le droit positif avec ses multiples objets (1).

Ainsi entendue, la distinction est acceptable (2). Mais il n'en résulte assurément pas que la pratique de la science, sous le prétexte de cette qualification d'*art*, qu'on tient à lui attribuer, puisse se passer de méthode. La vérité, tout au contraire, c'est, d'abord, qu'elle présuppose la science proprement dite, puisqu'elle ne peut se baser que sur elle (3), — observation capitale, dont nous retrouverons plus loin le profit. Et, d'autre part, la pratique doit avoir sa méthode propre, qu'elle trouvera dans la combinaison des principes généraux,

(1) Comp. : Ch. Lyon-Caen, dans *Revue internat. de l'Enseignement*, 1888, 1e, t. XV, p. 268-269 ; — L. Duguit, même revue, 1889, 2e, t. XVIII, p. 501-502 ; — Fernand Faure, même revue, 1891, 2e, t. XXII, p. 275 ; — Ed. Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, p. 3-4 ; — R. Worms, *la Science et l'Art en économie politique*, 1896. [— L. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 3e éd., Paris, F. Alcan, 1905, p. 174-176. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, Dalloz, 1914, p. 6]. — On pourrait ajouter que l'art, ainsi entendu, qui, historiquement, précède la science, a, lui-même, pour antécédent une pratique tout empirique, qui en diffère par l'absence de règles de direction, basées sur les lois naturelles et tracées d'avance. Voy. Courcelle-Seneuil, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 2e édition, 1867, p. 4. [— *Adde*, sur la distinction à faire entre la *sociologie* et le *droit constitutionnel* : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6e éd., J. Barthélemy, Paris, L. Tenin, 1914, p. 31-32].

(2) [Sur la distinction, assez différente, que j'ai proposée entre la *science* et la *technique* du droit, voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, L. Tenin, 2 vol. parus 1914-1915, notamment t. I, 1914, p. 70 71 (n° 23). *Adde* : n° 34, p. 98-100. — Comp. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 18-19 et p. 21-23 (§ 2)].

(3) Stuart Mill, *Système de logique*, trad. L. Peisse, 1866, t. II, p. 555. — Sur l'importance du point de vue scientifique pour une rénovation de la jurisprudence, voy. : E. I. Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 14-17. Cpr. p. 17-76, *passim*. Et, particulièrement, sur la nécessité de la *science*, pour diriger l'*art* de l'interprète : p. 76-89. — Voy. aussi W. v. Blume, dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1897-1898, t. XL, p. 58.

dominant toute recherche scientifique, avec sa nature et son but spécifiques (1).

Cela est si vrai que les philosophes n'ont ménagé ni leurs préceptes, ni leurs conseils, aux moralistes pratiques, aux politiques, aux législateurs, dont la mission, nous le disions tout à l'heure, n'est pas plus idéalement scientifique que celle des juristes positifs.

Si, donc, ceux-ci, seuls, se sont vus privés, ou à peu près, de toutes règles directrices, suggérées par une science plus haute, réserve faite de la logique formelle, s'imposant, de même manière, à toute opération de l'esprit (2), c'est, ou bien, que la méthode de la jurisprudence pratique a paru aux philosophes tellement simple qu'elle devait *aller de soi*, ou, plutôt, qu'ils ont pensé, qu'ici la méthode tenait de trop près à la substance même de la discipline, et qu'il fallait laisser aux hommes du métier le soin de l'établir (3).

(1) Comp. Fernand Faure, dans *Nouveau Dictionnaire d'économie politique*, v° Science et art, t. II, p. 798, col. 2.
(2) L. Liard, *Logique*, 1892, p. 2-3.
(3) Comp. G. Tarde, *Les Transformations du droit*, 1893, p. 1.

CHAPITRE PREMIER

Évolution de la méthode juridique

SOMMAIRE : **8.** Coup d'œil sur les origines. — **9.** Influence de la codification moderne sur la méthode. — **10.** Conception contemporaine de cette méthode. — **11.** Esquisse de la méthode juridique traditionnelle.

8. — Les jurisconsultes ont dû, par conséquent, se tracer à eux-mêmes leur méthode.

Il serait curieux de rechercher, avec détails, et aux différentes phases de l'histoire juridique, la filiation des idées, qui se sont succédé, à cet égard, dans la jurisprudence. Nous ne pouvons nous y arrêter ici. Constatons seulement que la détermination des règles de la méthode ne paraît pas avoir jamais fait l'objet de débats bien considérables, encore qu'on ait voulu y trouver la base de schismes qui se sont opérés, à certaines époques, entre diverses écoles de jurisprudence, comme, par exemple, de la célèbre division des jurisconsultes romains en Proculiens et Sabiniens (1). Au fond, la question méthodologique joue un rôle fort effacé dans l'histoire des doctrines juridiques (2). Et, sous la réserve de quelques tendances individuelles, les discussion sont toujours porté, plutôt sur le fond des questions et la valeur des arguments, appréciés d'après la logique formelle, que sur le choix des procédés de solution.

On comprend sans peine qu'il en ait été ainsi à une époque, où le droit était, pour la plus grande partie, non écrit,

(1) É. Chénon, *Étude sur les controverses entre les Proculéiens et les Sabiniens*, Paris, 1881, n°s 44-46, p. 86-94. — Comp., sur les diverses écoles de jurisconsultes musulmans : R. Dareste, *Études d'histoire du droit*, Paris, 1889, p. 54.
(2) Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, §§ 37 et 59, 4e édition, zweiter Theil, 2 Abth., p. 310 ; dritter Theil, 1 Abth., p. 316 ; 3e édition française de Meulenaere, § 42, t. III, p. 4-5, et § 69, t. IV, p. 307.

issu du sentiment populaire, perçu par une sorte d'intuition, et constaté par une tradition, qui le transmettait de génération en génération, tel que les besoins de la vie l'avaient suggéré et formé peu à peu. Or, si nous laissons de côté, faute de renseignements suffisamment précis, les temps qui suivirent la codification justinienne, dans les pays où elle fut *promulguée et appliquée comme œuvre législative*, si, en dehors de ce moment, d'ailleurs considérable, de l'histoire du droit, nous envisageons l'ensemble de cette histoire, dans ce qu'elle a de plus connu, *jusqu'à l'époque moderne*, nous constatons que les lois ou actes de l'autorité, *réglementant le droit privé*, restèrent toujours relativement rares parmi les sources du droit d'un pays. Leur interprétation se faisait d'après quelques principes de bon sens ou de logique élémentaire assez simples, du genre de ceux que nous ont transmis les jurisconsultes romains (1), et d'où l'on a tiré un grand nombre d'adages, ou brocards, qui se répètent encore (2). Hors de là, c'est-à-dire pour la plus grande partie du droit privé, le juriste, astreint seulement à suivre la coutume, l'interprétant à la lumière de la raison, et contribuant lui-même à la former, ainsi qu'il convient à cette source essentiellement mobile et progressive, autorisé en outre à chercher ses précédents dans l'énorme dépôt des autorités antérieures, jouissait, par la nécessité des choses, d'une grande latitude de doctrine, comme c'est le cas aujourd'hui encore en Angleterre, et comme il en fut même aussi, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, dans une grande partie de l'Allemagne.

9. — Mais, en France, est survenue la codification du commencement de ce siècle, avec l'étendue et la portée que l'on sait, dans le vaste domaine du droit privé. En un petit nombre d'années, toutes les lois, toutes les coutumes, toutes les traditions antérieures, tous les précédents de notre jurisprudence civile et commerciale ont été, par une sorte de tour de force social, fondus et coulés dans un moule, d'où ils sont sortis rajeunis et transformés en formules législatives, tranchantes, précises, s'imposant avec la force et l'absolu de dogmes juridiques.

(1) Dig. *De Legibus Senatusqueconsultis et longa consuetudine*, 1, 3, *passim*.
(2) Voy. par ex. F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 10e édition, t. I, n° 88, p. 62-64.

Or, ce phénomène de la codification, qui, en soi, et en dehors de l'unification qu'il consommait dans la législation de la France, n'apparaît pas comme autre chose qu'une opération de pure forme, de simplification et de classement, me semble avoir eu une influence décisive sur notre méthode d'interprétation juridique.

Je suis loin de penser pourtant que cette importance excessive, attachée à la codification, ait été dans l'intention et dans les visées de ses auteurs ; je n'entends pas dire de Napoléon, dont la pensée, aveuglément autoritaire et dominatrice, se traduit tout entière dans la boutade orgueilleuse qu'on lui prête, au moment de l'apparition du premier commentaire du Code civil : « Mon code est perdu » ; mais bien de ses conseillers les plus avisés, de ceux même qui avaient réellement élaboré l'œuvre. Je montrerai plus loin (nos 47-49), qu'aux yeux de ceux-ci, la mise en vigueur des codes laissait intacte, dans ce qu'elle avait de vraiment essentiel, la liberté de l'interprétation juridique.

Et, le même sentiment persista, fort énergique, chez les premiers commentateurs du Code civil, qui, formés à l'étude de la jurisprudence sous un régime antérieur à la codification, ne pouvaient facilement concevoir que la promulgation d'une loi civile générale eût coupé les ailes au progrès doctrinal ou judiciaire du droit appliqué (1). Cette tendance s'observe, non seulement chez Merlin (2), qui nous donne, pour ainsi dire, le pont entre le nouveau droit et l'ancien, mais chez les premiers commentateurs, notamment Proudhon et Duranton, même encore chez Toullier, Duvergier, Taulier. Elle se

(1) Comp. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3e éd. 1840, p. 140, *in fine*. — *Adde* : F. Larnaude, dans : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, nouv. série, t. XIX, p. 373.
(2) Je n'ignore pas que l'opinion courante représente Merlin comme étroitement légiste. Voy. notamment : *Mémoires du chancelier Pasquier*, t. I, p. 267-268. « ... Je n'ai jamais connu un homme qui eût moins le sentiment du juste et de « l'injuste. Tout lui semblait bon et bien, pourvu que ce fût une conséquence « d'un texte de loi ». Mais la sincérité m'oblige à dire que la fréquentation des œuvres de ce jurisconsulte m'en laisse une impression toute différente. On y trouve la marque d'un juriste solide, mais non pas étroit. Et, s'il n'a pas toutes les audaces de Dumoulin, il sait pourtant, à son exemple, faire progresser le droit en dehors de l'action législative.

retrouve plus tard, avec une note plus accentuée d'indépendance dogmatique, dans les ouvrages de TROPLONG (1).

Mais, quand on arrive à une nouvelle génération de jurisconsultes, à ceux qui commencent à se faire connaître vers la seconde moitié du XIXe siècle, nourris par conséquent de l'esprit des codes, on voit surgir, et bientôt se dessiner à arêtes plus vives, une conception, nouvelle dans sa formule tranchante, du rôle de l'interprète du droit codifié (2).

10. — Cette conception, qui devait bientôt devenir à peu près générale, se trouve exprimée, dès 1841, de la façon la plus nette et jusqu'à l'excès du paradoxe, dans un mémoire lu, à l'Académie des sciences morales et politiques, par BLONDEAU, alors doyen de la Faculté de Droit de Paris, sur *l'Autorité de la loi*, avec ce sous-titre : « *De quelle source doivent*

(1) Comp. ce que SAVIGNY écrivait, en 1839, de la littérature juridique française, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 197. [— *Adde :* M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e édition, t. I, Paris, 1911, n° 128, p. 48. — L'interprétation, subjective et souvent fantaisiste de TROPLONG, a exercé une influence funeste. C'est elle, surtout, à mon avis, qui a déterminé la réaction violente et exacerbée de LAURENT].

(2) Ces lignes étaient écrites, depuis plusieurs mois, lorsque le hasard des lectures m'a fait tomber sous les yeux un article de J. UNGER, publié en 1855, qui décrit, pour tous les pays de moderne codification, un *processus* d'évolution fort analogue à celui que je signale ici dans la doctrine juridique française du XIXe siècle. J. UNGER, *Ueber den Entwickelungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, article publié dans les *Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft* de *Schletter*, t. I, 1855, p. 353 sq., et reproduit en appendice dans le *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4e édition, 1876, t. I, p. 635-638. UNGER en fait particulièrement l'application à la littérature juridique de l'Autriche, pour laquelle il se montre assurément plus sévère qu'on ne saurait l'être pour notre doctrine française, p. 640-641 et 645-646. — On pourra comparer aussi l'influence qu'il attribue au plan des études juridiques, de 1810, pour l'Autriche, *loc. cit.*, p. 641-644, avec les idées, récemment émises en France, sur notre loi du 22 ventôse an XII, idées assez nettement résumées dans : H. TAINE, *Les Origines de la France contemporaine. Le régime moderne*, t. II, Paris, 1894, p. 206-208. — *Adde*, pour le développement scientifique du droit prussien, à la suite de l'*Allgemeines Landrecht :* FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, t. I, 5e éd., 1887, p. 25-26. [— Et, sur les tendances restrictives de l'interprétation juridique allemande, à la suite du Code civil d'Empire, de 1896, voy. Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 94-95. — Comp., en ce qui concerne la doctrine française du XIXe siècle : M. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, 6e éd., 1911, n° 129, p. 48-49. — J. BONNECASE, *La Thémis* (1819-1831). *Son fondateur, Athanase Jourdan*, 2e éd. Paris, L. Tenin, 1914, *passim*. — J. CHARMONT et A. CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, t. I, p. 131-172].

« *découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques* » (1). — Pour BLONDEAU, l'unique source des décisions juridiques doit être actuellement la loi : il admet bien sans doute son interprétation, mais comme devant venir exclusivement d'elle-même, de son texte ou de l'esprit qui l'a inspirée, non d'aucune autre source étrangère (2). Il exclut ainsi ce qu'il appelle « les « fausses sources de décision, que l'on a si souvent substituées « à la volonté du législateur », parmi lesquelles, il cite : les précédents ou autorités, les usages non expressément consacrés par la loi, le sentiment de l'équité, l'idée de l'utilité générale, les adages juridiques ou les prétendus axiomes empruntés à des sciences voisines. A ses yeux, donc, la loi, toute seule, doit et peut, grâce à une interprétation, en quelque sorte interne, suffire à toutes les exigences de la vie juridique. Que si le juge, chargé de satisfaire ces exigences, se trouve en présence d'une loi ambiguë, absolument insuffisante, ou de lois contradictoires, et que la pensée du législateur, sur le point à trancher, lui échappe, BLONDEAU va jusqu'à dire qu' « *il aura « des motifs aussi puissants pour s'abstenir que pour agir, et « devra considérer ces lois comme n'existant pas, et* REJETER LA « DEMANDE ».

Sauf cette dernière exagération, qui fut loin d'être acceptée par tous, le fonds essentiel des idées de BLONDEAU devint la base de la méthode, enseignée, sinon toujours mise en pratique, par les auteurs les plus accrédités des traités généraux de droit civil, qui sont encore classiques aujourd'hui. Légèrement atténuée chez DEMANTE et chez MARCADÉ, cette méthode apparaît très reconnaissable chez DEMOLOMBE, AUBRY et RAU,

(1) Je ne sache pas que le texte intégral de ce travail ait été publié. Mais le résumé nous en est connu par les *Comptes-rendus de l'Académie des sciences morales et politiques*, publiés dans le *Moniteur universel*, par VERGÉ et LOISEAU, et réunis en volume en 1893. Voy. ce volume, p. 362-364 et p. 445-451.

(2) A cet égard, comme sur bien d'autres points, BLONDEAU se rattachait à l'école de BENTHAM, et professait les idées, que celui-ci avait exposées, comme *desideratum législatif*, dans son *Traité de la Codification*. Voy. le résumé de ces idées dans : BLONDEAU, *Essais sur quelques points de législation et de jurisprudence*, 1850, p. 341-344 ; et voy. encore, sur ce point, l'opinion conforme de BLONDEAU lui-même dans sa *Chrestomatie*, 1843, Introduction, p. XLV, note 1. « ... dans notre « opinion, un gouvernement bien organisé ne doit reconnaître pour éléments du « droit que les lois proprement dites... »

surtout chez F. Laurent (1). C'est elle encore, que professent G. Baudry-Lacantinerie et A. Vigié dans leurs ouvrages élémentaires, qui semblent le mieux représenter, en moyenne, la physionomie générale de l'enseignement actuel du droit civil dans les facultés de droit françaises. On la rencontre aussi, à peine modifiée, tant dans le récent *Commentaire du Code civil* de Th. Huc, que dans la partie parue du *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant (2).

11. — J'irai très vite en retraçant, dans les pages qui vont suivre, les lignes bien connues de cette méthode, dont le principe ne paraît plus discuté, et que je puis bien appeler, à l'heure présente, notre méthode traditionnelle (3).

En l'envisageant d'un coup d'œil large, comme méthode d'investigation des règles de droit positif, dans leur ensemble, on en peut distinguer deux aspects : l'un, relatif à la reconnaissance et à l'interprétation proprement dite des sources du droit applicables ; l'autre, tendant à une élaboration plus élevée de la matière juridique, cherchant, au-dessus des sources, les principes vivifiants et féconds, nécessaires au fonctionnement total de l'organisme du droit privé (4).

(1) On peut dire que le prestige incontestable, dont on a joui, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence françaises, au moment de son apparition, le grand ouvrage de F. Laurent (*Principes de droit civil français*), a marqué l'apogée de cette méthode, qui, depuis lors, semble plutôt perdre du terrain (cpr. *supra*, nos 4-5), sans cesser pourtant d'être encore prépondérante. [— Les idées directrices de l'interprétation juridique, pour F. Laurent, ont été surtout présentées, sous leur forme la plus nette et presque jusqu'à l'outrance, dans la préface de son *Cours élémentaire de droit civil*, en 4 volumes, t. I, Bruxelles et Paris, 1878, p. 5-126. — Pour apprécier exactement le système de Laurent, il faut se rendre compte, qu'à ses yeux, l'interprétation rigoureusement stricte, d'après les textes légaux, était nécessaire pour garantir la liberté du citoyen, en précisant la notion de l'ordre social. Voy. F. Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, Giard et Brière, 1908, p. 14-15. Comp. ci-après, n° 81 *ter*].

(2) [Je rappelle encore que ceci fut écrit en 1899. — Pour l'état de choses actuel, voy. ci-après l'Épilogue ajouté à la seconde édition, chapitre premier, nos 188-195].

(3) Les principes fondamentaux de la méthode juridique ont été développés dans des monographies déjà anciennes, dont il suffit de rappeler les principales : [Spruyt (substitut du P. G. à la Cour de Bruxelles), *Introduction à la dialectique légale*, 1814. — Thibaut, *Traité de l'interprétation logique*, trad. Rittinghausen et de Sandt, Bruxelles, 1837]. — Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, 1re éd. 1822, 2e éd. 1845. — G. Delisle, *De l'interprétation juridique*, 2 vol., 1849. — Ch. Brocher, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, et spécialement du Code civil français*, 1862.

(4) Cette distinction a été nettement dégagée par les civilistes allemands, notamment par R. von Jhering, dans *Unsere Aufgabe*, en tête de ses *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. I, 1857, p. 7-21. — *Adde* : B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., 1891, t. I, §§ 20-24. — H. Dernburg, *Pandekten*, t. I, §§ 34-38, 5e éd., 1896, p. 75-88.

(1) [Comp. G. Grisostomi, *Di alcune recenti teorie sulle fonti e sull' interpretazione nel diritto privato*, Frascati, 1904. Cet auteur reprend, à peu près, le système traditionnel, en y introduisant seulement l'idée d'évolution de la loi écrite et celle de la coordination du système par le moyen de la philosophie du droit].

De ces deux parties du système, la première seule est traitée didactiquement et, en quelque sorte, avouée par nos civilistes français. La seconde, quoique passée sous silence, n'en est pas moins courante dans la pratique de leur méthode juridique. Il sera donc nécessaire d'en rappeler l'essence et d'en marquer la place, à la suite de l'interprétation des sources *stricto sensu* (1).

CHAPITRE SECOND

Reconnaissance et interprétation des sources

SOMMAIRE : 12. Postulat de la méthode traditionnelle : la loi écrite doit suffire à tout. — 13. Première conséquence : développement de l'interprétation des *textes*. — 14-16. Principales règles de cette interprétation. — 17. Seconde conséquence : exclusion de la coutume et de l'équité. — 18. Idées dominantes sur la coutume. — 19. Idées dominantes sur l'équité.

12. — Dominés et comme éblouis par les résultats de la codification (1), les commentateurs français modernes ont accepté, au moins implicitement, à titre de postulat, cette idée, que la législation formelle, — j'entends dire l'ensemble des actes législatifs promulgués, et encore en vigueur en France, — doit suffire à nous révéler toutes les règles juridiques, nécessaires aux besoins de la vie sociale, en matière de droit privé : «... On a tant légiféré, surtout depuis 70 ans », écrivait VALETTE en 1872 (2), « qu'il serait bien étonnant de « trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions « législatives. » Et, plus récemment, Th. HUC nous répète : « Les cas, dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, « sont extrêmement rares, et presque toujours un argument « d'analogie fournira au juge un principe de solution » (3).

Aussi, la méthode va-t-elle traduire immédiatement sa direction fondamentale dans la dénomination même, que nos civilistes s'accordent à lui donner. Ils ne parleront pas, à l'exemple de certains jurisconsultes allemands, d'interprétation *du droit* (4), ou des *règles de droit* (5), mais seulement

(1) Comp. J.-G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, p. 301.
(2) *Cours de Code civil*, t. I, seul paru, Paris, 1872, p. 35.
(3) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, 1892, p. 165.
(4) *Auslegung des* RECHTS. Voy. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 20.
(5) *Interpretation und Fortbildung der* RECHTSNORMEN. Voy. DERNBURG, *op. cit.* Erstes Buch, Abschnitt I, cap. IV. Cpr. F. RÉGELSBERGER, *Pandekten*, § 35, II, t. I, 1893, p. 141.

d'interprétation *des lois* (1). Tout, pour eux, en effet, se ramène essentiellement à cet objet : donner sa pleine portée à la pensée du législateur, exprimée dans les textes émanés de lui. Pourvu qu'elle soit bien comprise et bien interprétée, la loi doit fournir toutes les solutions juridiques désirables.

Partant de là, notre doctrine, afin de suffire à sa mission, s'est trouvée poussée, avant tout, au développement outré de l'interprétation des formules légales, et à l'investigation, par tous moyens, de la volonté législative. — En même temps, la majorité des auteurs s'accordait à exclure la coutume du nombre des sources créatrices ou révélatrices d'un droit non écrit. — A plus forte raison, semble-t-il, devait-on écarter aussi l'équité, les principes immanents d'un droit supérieur et idéal (2).

Ces tendances, dès longtemps avouées par notre dogmatique juridique, se rencontrent, aujourd'hui encore, au frontispice des commentaires les plus autorisés. Et il me sera bien facile de justifier cette assertion, en résumant, sur les divers points que je viens de mentionner, les conclusions les plus généralement admises.

13. — Il n'est pas douteux que l'effort principal, sinon exclusif, de la doctrine juridique française, se soit appliqué à l'interprétation *stricto sensu* des textes légaux. C'est ce qui a fait si longtemps le succès de l'exégèse, qui, comme le dit DEMOLOMBE (3), « suivant le texte pas à pas, peut se flatter « de découvrir ainsi plus facilement la pensée du législateur ». — Même les auteurs, qui, par esprit de généralisation ou d'arrangement systématique, ont préféré suivre les procédés d'une exposition mieux coordonnée et plus synthétique (4), n'ont pas entendu renoncer à rester avant tout des commen-

(1) Voy. par ex. DEMOLOMBE, t. I, nos 114 et sq. — AUBRY et RAU, t. I, § 40. — LAURENT, t. I, 1869, nos 268-281, p. 339-360 ; — sans parler des autres.
(2) [Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2 A.) I. Methoden = und Quellenlehre, Leipzig, 1912, § 11, n° 2, p 129-135, signale le monisme dogmatique, de l'interprétation acceptée jusqu'ici, d'après le principe qu'il faut tout rapporter à la loi ; il montre les avantages que ce système a pu présenter et en signale les inconvénients actuels].
(3) *Cours de Code Napoléon*, préface, p. VI.
(4) [Cons. L. GUILLOUARD, Introduction à *Propriété et Contrat* de C. BUFNOIR, Paris, A. Rousseau, 1900, p. XXI-XXII].

tateurs.... « Au reste », continue DEMOLOMBE, « ma devise, ma « profession de foi est aussi : Les textes avant tout ! Je « publie un cours de code Napoléon ; j'ai donc pour but « d'interpréter, d'expliquer le code Napoléon lui-même, « considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obli- « gatoire ; et ma préférence pour la méthode dogmatique ne « m'empêchera pas de prendre toujours pour base les articles « mêmes de la loi. » — Plus net et plus tranchant encore est le mot attribué à BUGNET : « Je ne connais pas le *droit civil*, « je n'enseigne que le code Napoléon. »

Que l'on ne croie pas, d'ailleurs, que la mission de l'interprète, ainsi comprise (et dans une large mesure elle ne peut l'être autrement), se ramène à une mise en œuvre purement mécanique de quelques formules techniques. Il y faut, au contraire, beaucoup de finesse et de perspicacité. — De quoi s'agit-il, en effet ? Essentiellement, de transformer une règle, parfois abstraite et toujours sèche, en un cadre vivant et concret, où puissent trouver leur satisfaction les intérêts divers de la vie juridique. Combien paraît terne et décolorée la formule apodictique de la loi, au prix des circonstances et des événements, si variés, si complexes, si mouvants, auxquels elle se doit adapter ! Il faut animer cette formule, lui faire rendre tout ce qu'elle contient, en extraire, pour ainsi dire, pour les mettre en circulation dans la vie, toute l'équité, toute l'utilité pratique, dont elle est l'expression.

14. — Parfois, il est vrai, ce travail se fera très facilement. Il arrive que la formule légale soit claire, précise dans ses conditions, nette dans sa sanction, et, pour ainsi dire, bien frappée. Il suffira d'en analyser soigneusement le contenu, d'en peser tous les termes, d'y rapporter tous les faits qui s'y adaptent. Le mécanisme, heureusement réglé, jouera, en quelque sorte, de lui-même. Il serait dangereux, et contraire au but, de le vouloir pénétrer trop avant. Et l'un de ces adages, qui synthétisent la sagesse accumulée de générations de juristes, nous arrêterait en nous disant : « Quand une loi est « claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en « pénétrer l'esprit » (1).

(1) Cet adage était consacré dans l'art. 5 du titre V, du livre préliminaire du projet de Code civil de l'an VIII, qui a disparu de la rédaction définitive. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, p. 7. — *Adde*, sur l'idée indiquée au texte : F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, 1869, n° 273, p. 342-347.

En pareil cas, donc, le rôle de l'interprète se réduit à peu près à donner au texte toute la portée que comporte sa formule. Et, l'on dit que l'interprétation reste essentiellement *grammaticale* ou *littérale*, parce qu'en effet l'on ne suppose pas que le législateur, pour exprimer sa pensée, s'écarte des règles normales et usuelles de la langue. Il convient seulement, en cas d'équivoque, de prendre les expressions, qu'il emploie, dans l'acception technique, adéquate au but juridique de la disposition, plutôt que dans une acception vulgaire, qui trahirait ses intentions (1).

On n'oublie pas, d'ailleurs, que chaque disposition légale doit être envisagée, respectivement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet (2). Ainsi, pourra-t-il advenir que, de leur rapprochement, apparaisse, entre deux textes, une contradiction, au moins de surface. En y regardant de plus près, on s'apercevra peut-être que l'antinomie s'évanouit par la divergence réelle des deux hypothèses envisagées séparément par la loi ; ou bien, l'on verra, dans l'une d'elles, une exception, qui n'entame pas réellement la règle générale ; ou encore, elles pourront se compléter l'une l'autre. — Que si, malgré tout effort, et nonobstant les procédés d'interprétation, qui vont être indiqués, la contrariété reste irréductible, on devra, pour éviter d'imputer au législateur un reproche trop grave, qu'il ne paraît pas pouvoir encourir, trancher mathématiquement le conflit, en décidant, soit que la loi postérieure a abrogé la précédente en la contredisant (3), soit, si elles sont exactement contemporaines, qu'elles s'annihilent mutuellement par leur opposition, et que l'autorité du texte disparaît sur le point en question (4).

(1) Comp. AUBRY et RAU, § 40, texte et note 3, 5e édit., t. I, p. 194-195. — LAURENT, t. I, n° 273, p. 242. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, n° 259, *in fine*, t. I, 1896, p. 173-174.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n° 260. t. I. p. 174.

(3) DEMANTE, *Cours analytique de code civil*, Introduction, nos 26-27, 1re édition, t. I, p. 14. — Comp., sur la portée de l'abrogation tacite par une loi plus récente, contraire à la loi ancienne : AUBRY et RAU, § 29 *in fine*, 5e édition, t. I, p. 98. — Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, 1896, n° 104, p. 109.

(4) Comp. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 23, *in fine*, 7e édition, t. I, p. 58-59. — A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 28, t. I², p. 137. — E. I. BEK-

15. — Mais, souvent, la pensée du législateur, qui contient seule la règle impérative pour l'interprète, n'est pas exactement traduite par la formule employée. Celle-ci reste obscure ou incomplète, en tout cas, manifestement insuffisante, à elle seule, pour révéler la solution demandée. Alors, intervient, afin de suppléer à l'impuissance de l'interprétation *grammaticale*, l'interprétation improprement appelée *logique*, dont l'essence, comme l'a montré R. von JHERING (1), consiste, en passant au-dessus des mots, à chercher la pensée de la loi jusqu'en l'âme de son auteur. Il faut bien, puisque la formule reste muette et close, pénétrer, par d'autres voies, la volonté qui l'a inspirée, dégager l'*esprit* de la loi, pour contrôler, rectifier, compléter, restreindre ou étendre *sa lettre* (2). Ainsi, on va chercher, à tout prix, et à tous risques, l'intention du législateur, dans mille circonstances extrinsèques à la loi, dans celles surtout, qui ont accompagné sa naissance, et qui, habilement surprises, permettront de la féconder, même d'en multiplier les effets (3).

Ici, prennent place les procédés de l'investigation auxiliaire, qui constituent la monnaie courante de notre méthode traditionnelle. — D'abord, l'examen des travaux préparatoires de la loi, dont la valeur toute relative dépend surtout du mode constitutionnel suivi pour sa confection, mais qui ne sauraient, que bien rarement, apporter la certitude complète sur un texte obscur ou équivoque (4). — Puis, la tradition historique, la

KER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 88, *in fine*. — Voy. une réserve dans C. G. WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, t. II, 1842, p. 53. [— On peut constater, par exemple, les singuliers résultats, d'une interprétation, par combinaison de texte, dans la question des pouvoirs de l'héritier bénéficiaire, quant à l'aliénation des valeurs mobilières dépendant de la succession. Voy. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3e à 6e édition, nos 2131-2132].

(1) *Geist des römischen Rechts*, § 44, 4e édit., zweiter Theil, 2 Abth., p. 446-447 ; 3e édition française de MEULENAERE, § 49, t. III, p. 138-140. — Cpr. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XXXIII, trad. GUENOUX, t. I, p. 207-208.

(2) DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, Introduction, no 24, 1re édit., t. I, p. 13. — AUBRY et RAU, § 40, 5e édit., t. I, p. 195. — LAURENT, t. I, no 278, p. 353-354. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, no 262, t. I, p. 175.

(3) Comp., sur le rôle respectif des deux interprétations, littérale et logique : J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4e édit., 1876, t. I, § 13, p. 78-92.

(4) AUBRY et RAU, § 41, nos 2-3, 5e édit., t. I, p. 197-198. — LAURENT, t. I, no 275, p. 348-350. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, no 261, t. I, p. 174-175.

coutume *(hoc sensu)*, étudiée, moins pour elle-même ou dans un intérêt de curiosité philosophique, qu'à l'effet de replacer la loi, prise à sa naissance, dans son milieu d'origine, de façon à dégager la pensée, qui l'a fait éclore, ou à en développer les conséquences, suivant les précédents (1). — A défaut de ces deux premiers moyens, tendant à découvrir directement, avec plus ou moins de sûreté, l'idée maîtresse de la loi, on se rejettera sur des moyens indirects. On consultera l'équité, non pas en soi et comme source immédiate d'interprétation, mais en vue de reconnaître les considérations de justice et d'utilité, qui *ont dû* diriger les rédacteurs de la loi (2). Il ne s'agit que de présumer leur volonté, en leur prêtant les intentions les plus conformes à la satisfaction de tous les intérêts en jeu. — C'est du même point de vue, que l'on fait appel, en dehors de l'équité proprement dite, à ce que l'on appelle les principes généraux du droit. Ces principes généraux du droit, représentant un idéal de raison et de justice, conforme au fonds permanent de la nature humaine, on les présuppose à la base de la loi. On imagine qu'ils ont dû être constamment présents à la pensée du législateur. Et, l'on en conclut qu'ils peuvent servir à compléter l'expression de cette pensée. Ce n'est qu'à ce titre, que, sous cette forme très indirecte, que l'on peut, en quelque sorte, en faire état, dans un système d'interprétation, qui attribue une prépondérance, aussi exclusive, au contenu formel ou réel de la législation écrite (3).

16. — Encore arrivera-t-il, si profondément que l'on pénè-

(1) AUBRY et RAU, § 41, no 1, t. Ier, p. 197. — LAURENT, t. I, no 274, p. 347-348. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *loc. cit.* — *Adde* : LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles, 1882, t. I, sur l'art. 3o de l'avant-projet, nos 1-2, p. 181.

(2) Comp. Dissertation de J.-B. SIREY, sur l'*Interprétation des lois*, dans *Recueil général des lois et arrêts*, 1824, II, p. 19.

(3) DEMANTE, *Cours analytique*, Introduction, no 23, 1re édit., t. I, p. 12. — Cpr. AUBRY et RAU, § 40, t. Ier, p. 194, *in fine*. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, no 263, t. I, p. 175. [— F. LAURENT semble attribuer beaucoup d'importance aux principes. Il a même intitulé son œuvre capitale : *Principes de droit civil* (33 vol.). Mais, pour lui, les principes « ne sont autre chose que les dispositions du Code ou les règles qui en découlent ». *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, Bruxelles et Paris, 1881, p. 5. *Adde* : p. 12 (préface, § 1). Voy. aussi *ibid.*, préface § VII, no 1, p. 74-76. — Comp. A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904, p. 38, texte et note 1 ; p. 88].

tre dans la pensée intime et cachée de la loi, quelque effort que l'on fasse pour illustrer le texte et en extraire toute la substance, que des hypothèses se présentent, qui n'ont pu raisonnablement figurer dans l'horizon du législateur, toujours circonscrit par sa formule. Celle-ci peut, cependant encore, fournir la clef de solutions nouvelles, grâce à l'emploi de procédés que nous offre la logique formelle.

Parfois, l'anomalie même de la solution légale permettra, par voie d'opposition, de présumer une solution contraire pour les cas qui échappent au texte. C'est le résultat de l'argument *a contrario*, bien résumé dans l'adage classique : *Inclusione unius fit exclusio alterius*. Mais, comme tous nos maîtres le font judicieusement observer, l'emploi de pareil argument n'est justifié, que si l'on s'appuie, pour conclure ainsi, par exclusion négative, sur une disposition légale, évidemment divergente des principes généraux, ou, du moins, lorsque la formule du texte légal implique, pour le cas prévu par lui, une solution certainement restrictive (1). Cette réserve nécessaire rend l'argument *a contrario* fort dangereux à manier, et, en tout cas, limite notablement son champ d'application légitime.

Bien plus fécond et d'un emploi plus fréquent est le procédé inverse, mis en œuvre par les arguments *a pari*, *a majori ad minus* ou *a minori ad majus*, qui constituent, dans leur ensemble et leur combinaison, le système de l'extension par analogie. *Ubi eadem ratio, idem jus* : tel est le point de départ du système. Celui-ci ne consiste pas seulement à appliquer les règles établies par la loi, pour une matière déterminée ou une situation donnée, à des matières ou à des situations voisines (2). Même, comme l'a bien montré R. Sohm (3), le procédé cesserait d'être admissible, si l'on se basait sur une simple ressemblance d'hypothèses, afin d'en induire identité des solutions applicables. Il n'est légitime que dans la

(1) Aubry et Rau, § 40, t. I^er^, p. 196, 2°. — Laurent, t. I, n° 279, p. 354-356.
(2) Comp. Laurent, t. I, 1869, n° 276, p. 350-351.
(3) R. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts* (5e éd., 1894), § 8, p. 20. — *Adde* : J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4e édit., 1876, t. I, § 10, p. 64. — Cpr. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, § 39, 4e édit., zweiter Theil, 2 Abth., p. 342-343 ; 3e édit. française de Meulenaere, § 44, t. III, p. 35-36.

mesure, où, ayant découvert la raison intime et décisive de la disposition légale, on en transporte l'effet et la sanction aux cas non prévus, dans lesquels se rencontrent des éléments identiques à ceux qui conditionnent la décision même du texte. C'est donc, à vrai dire, l'identité de substance juridique, qui justifie l'extension. Et, les diverses formes de raisonnement, employées pour la réaliser, qu'elles se traduisent en une simple parité de motifs (argument *a pari* ou d'analogie proprement dite), ou en une raison majeure (argument *a minori ad majus*), ou, au contraire, en un diminutif de la solution légale (argument *a majori ad minus*), ne représentent que des applications différentes du même procédé scientifique, supposant toujours l'analyse intime des dispositions de la loi, en vue d'en dégager la raison fondamentale (*ratio juris*). Et, par l'intermédiaire de celle-ci, l'extension est possible, toutes les fois que la disposition légale ne se présente pas comme exceptionnelle, anormale (*Exceptio est strictissimæ interpretationis*), mais qu'elle apparaît comme l'application particulière d'un droit commun plus général (1).

On sent combien ce procédé permet de donner aux effets des textes légaux la largeur et l'élasticité, qui manqueraient à leur sèche formule. Mais, pour qu'il reste dans la mesure, qu'impose notre traditionnelle façon de comprendre l'interprétation juridique, il est essentiel qu'on puisse toujours le faire reposer sur la fiction d'une volonté, que le législateur a négligé d'exprimer. Si, donc, nous nous permettons d'étendre hors de la formule, et par raison d'analogie, une décision expresse de la loi, ce ne peut être, suivant l'opinion courante des interprètes modernes, que parce que nous supposons que le législateur aurait logiquement voulu cette solution, si sa pensée s'était portée vers l'hypothèse (2). Et l'induction nous semble légitime, grâce à l'analyse même de la loi, qui nous en révèle la vraie raison d'être.

Ainsi comprise, l'extension par analogie paraît bien constituer le point extrême de l'audace, permise à l'interprétation

(1) Aubry et Rau, § 40, t. I^er^, p. 196, 1° et 3°. — Laurent, t. I, n° 277, p. 351-353.
(2) B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., t. I, § 22, p. 54-56. Cpr. § 23, p. 58. — Comp. Affolter, *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1896-1897, t. XII, p. 24-32.

proprement dite, dans un système qui prétend ne s'inspirer que des textes législatifs.

17. — Mais n'aurions-nous pas, à titre subsidiaire, d'autres sources de connaissance du droit positif, qui pussent compléter la loi proprement dite ?

Ces sources, connues et pratiquées de tout temps, s'offraient d'elles-mêmes à nos interprètes. — C'était, d'abord, la coutume, droit non écrit, fondé sur l'assentiment universel, se dégageant, pour ainsi dire, de lui-même, de la conscience juridique collective des intéressés, se traduisant, pour chaque nation, dans les usages reconnus et acceptés, la tradition sous ses mille formes, les autorités et les précédents judiciaires (1). — C'était, ensuite, sous le nom d'équité, quelque chose de supérieur à toute formule écrite ou traditionnelle, un ensemble de principes immanents, constituant en quelque sorte la substance juridique de l'humanité, d'après sa nature et sa fin, principes immuables dans leur fond, mais dont la forme s'adapte à la variété des temps et des pays.

Quelle a été l'attitude de notre science, en face de ces deux sources complémentaires du droit écrit ? Ici, des divergences se produisent. Et deux tendances, nettement opposées, se dessinent parmi nos maîtres.

18. — En ce qui touche, d'abord, la coutume, la grande majorité des commentateurs français lui refusent, dans notre droit actuel, le caractère de source productive ou directement révélatrice de règles juridiques. On admet bien qu'elle peut aider à l'interprétation de la loi, en dévoilant, pour certains cas douteux, la pensée du législateur. D'autre part, on ne peut lui refuser effet, quand la loi elle-même la prend en considération. On décide même, qu'en certaines matières spéciales, dans les matières commerciales notamment (2), la loi

(1) Cpr. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3e édit., 1840, § 2, p. 8-15. — P. LOMBARD, *Discours sur le Code civil allemand*. Séance d'inauguration de l'Université de Nancy, le 19 novembre 1896, Nancy, 1897, p. 23-24.

(2) Voy. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 3e édition, t. I, 1898, nos 77-85, p. 78-85. — DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, 1861, nos 26-27, p. 54-61, émettent des idées plus larges.

a entendu maintenir à la coutume toute son autorité. Mais, sauf ces réserves, on est généralement d'accord, pour proclamer que, sous l'empire d'une constitution, qui remet le pouvoir législatif aux représentants désignés de la volonté générale, et qui ne permet à ces représentants d'exercer leur mission législative, qu'en une forme précise, et suivant une procédure minutieusement réglée, la coutume, exprimât-elle, de la façon la moins douteuse, l'assentiment de tous sur certains points déterminés, ne peut avoir cette vertu, ni de créer le droit, en suppléant à la loi, ni d'abroger celle-ci en tout ou en partie (1). Ainsi, en dehors des anciennes coutumes, que le droit nouveau aurait, en quelque sorte, consolidées, en leur maintenant force et vigueur, ou de celles auxquelles nos lois renvoient positivement, on dénie toute valeur juridique aux usages, aux traditions, à plus forte raison, aux autorités et aux précédents, dont on veut bien tenir compte, à titre consultatif et pour la direction pratique, mais non dans la dogmatique propre du droit (2). — Toutefois, ce dédain de la coutume a rencontré, dans un petit nombre de commentateurs, des adversaires autorisés (3). Et, récemment

(1) Dissertation insérée au SIR. 1809-2, p. 376-380. — DEMOLOMBE, t. I, nos 32-35 et 130. — AUBRY et RAU, §§ 23 et 29, t. Ier, p. 75-76 et 96-97. — F. LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, sur l'art. 28, n° 5, t. I du Commentaire, 1882, p. 171-172. *Adde*, p. 199, nos 1 et 4. — HUC, *Commentaire du code civil*, t. I, nos 49-51, p. 58-60. — MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2e édit., n° 295, p. 261. — DALLOZ, qui, dans son *Répertoire*, v° Lois, n° 113, avait admis le pouvoir de la Coutume, à l'effet de suppléer la loi, est revenu sur cette opinion, sous la pression du mouvement scientifique contraire, dans son *Supplément au Rép.*, v° Lois, n° 46. — Comp., sur la question de savoir si la loi perd son effet par la cessation de l'état de choses, qui l'a motivée : DEMOLOMBE, t. I, n° 129. — AUBRY et RAU, § 29, texte et note 3; § 40, texte et note 4, t. Ier, p. 97 et 195. — DALLOZ, *Rép.* v° Lois, nos 545-548. *Suppl. eod. v°*, n° 454. [— La doctrine italienne paraît moins exclusive. Voy. par exemple : A. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle legi*. Nota. Torino, 1898, p. 4].

(2) AUBRY et RAU, § 39 bis, *in fine*, texte et note 11, t. Ier, p. 192. — Cpr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, 1869, nos 280-281, p. 357-360. — *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I du Commentaire, p. 172. [— Comp., avec quelques tempéraments : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, Dalloz, 1914, p. 27-29. — Voy. aussi : P. PERRENET, *La Coutume et le Code civil*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, t. 55, nouv. série, t. XXXV, p. 366-376].

(3) Notamment DEMANTE, *Cours analytique*, Introduction, nos 20 et 30, t. I, p. 11 et 15. — A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, 1899, n° 518, t. II, p. 413-415. — Les premiers commentateurs s'étaient montrés plutôt favorables à la Coutume. Voy. notamment : MERLIN, *Rép.*, v° Usage. — TOULLIER, *Le droit civil français*, t. Ier, 1839, n° 158-165, p. 125-130. — MAILHER de CHASSAT, *Traité de l'interpré-*

encore, Ch. Beudant nous montrait, par des exemples pris sur le vif, la vanité d'une opinion, qui, méconnaissant la force créatrice de cette source primordiale du droit, se heurtait, en dépit des efforts de sa dialectique, à une pratique impérieuse et indispensable (1). Réserve faite de ces dissidences, l'opinion la plus répandue répugne décidément à admettre, dans notre état actuel de civilisation, l'autorité d'un droit non écrit basé sur les usages (2).

19. — Les tendances de notre dogmatique ne sont pas sensiblement différentes, relativement à la question de savoir si l'équité, issue de principes généraux préexistants et supérieurs à la loi, ne peut pas compléter celle-ci. A ce point, pourtant, la question devient pressante. Car, supposez que se présentent des cas non aperçus par le législateur, et qui ne puissent rentrer dans aucun des cadres qu'il a définis, si élastiques qu'on les imagine, si largement qu'on les veuille ouvrir. C'est là une hypothèse rare, sans doute, aux yeux des juristes modernes, mais que pourtant ils ont dû réserver comme *possible*. En semblable cas, que fera l'interprète du droit ? Et surtout, que fera le juge, qui ne peut se dérober à l'exigence d'une solution (art. 4 C. civ. franç.) ? Que feront-ils, s'ils ne peuvent, la loi étant muette, ni consulter la coutume (voy. *supra*, n° **18**) [à supposer qu'il y en ait une], ni s'adresser aux inspirations de l'équité ? — Les plus intrépides de nos logiciens n'ont pas hésité à répondre que, dans le cas prévu, le juge devrait débouter le demandeur, c'est-à-dire celle des parties qui élève une prétention contraire à la situation de fait établie, sans pouvoir appuyer cette prétention, ni directement,

tation des lois, 1822, §§ CXLI-CLV, p. 231-255. — Duranton, *Cours de droit français*, t. I[er], 1844, n[os] 100-102 et 107-108. — A. Trolley, *Cours de droit administ.*, t. I, 1844, n° 14. — Comp. Laurent, *Principes de dr. civil*, t. I, n[os] 256-257, p. 329-330.

(1) *Cours de droit civil français*, Introduction, 1896, n[os] 54-56, p. 51-65 et n° 105, p. 110-112. [— Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6[e] éd., t. I, Paris, 1911, n[os] 11, 13, 14, p. 4-6. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3[e] éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 23-27].

(2) Voy. encore, très nettement, en ce sens : Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, n[os] 17-27 et 123-124, t. I, 1896, p. 16-21 et 84-86.[— *Alias*, à partir de la 2[e] édition, t. I, 1902, p. 20-21 (n° 20), p. 97-98, (n° 123). — *Adde*, contre le pouvoir créateur de la Coutume juridique (*de lege ferenda*), à l'époque actuelle : A. Esmein, *La Coutume doit-elle être reconnue comme source de droit civil français* ? dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, t. IV, p. 533-544].

ni indirectement, sur la loi positive. Telle était, nous l'avons vu (n° **10**), la conclusion à laquelle arrivait Blondeau : elle a été acceptée par Demolombe (1) ; elle est encore enseignée par Huc (2). — Il faut convenir, pourtant, que cette solution extrême respecte mal la pensée vraie de l'art. 4 C. civ., défendant sévèrement aux juges de s'abstenir de juger. En tout cas, et pour ce qui est du droit privé, seul en question ici, il n'est pas douteux que les rédacteurs de cet article 4 aient compris tout autrement la mission du magistrat, placé en face des lacunes de la loi (3). — Aussi, le plus grand nombre des interprètes s'écartent-ils, sur ce point, de l'opinion proposée par Blondeau. Non seulement ceux, qui maintiennent à la coutume sa valeur législative propre, y ajoutent, comme un succédané nécessaire, l'équité (4) ; mais, parmi les adversaires mêmes du droit non écrit, les plus avisés admettent, du moins, cette équité supérieure, que l'interprète puise dans sa conscience, ou dégage de l'observation de la vie, comme devant subvenir aux lacunes inévitables du droit positif (5).

Toutefois, il faut bien dire, que cette concession n'est faite qu'à regret, comme inévitable, et que l'on cherche à en diminuer la portée, en se persuadant, plus ou moins sincèrement, que l'équité elle-même se rencontrera toujours, au moins en germe, et par voie d'induction, dans la loi elle-même (6).

Il en résulte que l'opposition, qui vient d'être relevée, entre deux directions de notre doctrine, s'exprime plutôt en une

(1) *Cours de code Napoléon*, t. I, n° 113. Cpr. n[os] 8-9. — Voy. aussi G. Delisle, *Traité de l'interprétation juridique*, § 46, t. I, 1849, p. 127-131.

(2) *Commentaire du Code civil*, t. I, n° 179. Cpr. n[os] 177-178.

(3) Voy. *Discours préliminaire sur le projet de Code civil de l'an VIII*, dans Fenet, t. I, p. 469-470. — *Discussion au Conseil d'État*, Fenet, t. VI, p. 20-24. — *Discours de Faure au Corps législatif*, Fenet, t. VI, p. 386-387.

(4) Demante, *Cours analytique*, t. I, n° 11 *bis* I, p. 52. Cpr. Introduction, n[os] 14 et 28. — Laurent, t. I, n° 256. Cpr. n° 257. — Beudant, *Cours*, Introduction, n° 112, p. 116. — Et, pour les matières commerciales : Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, t. I, 1861, n[os] 29-30, p. 66-71 et n° 277, p. 462-463.

(5) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n° 237, p. 162-163. — Cpr. Aubry et Rau, § 39 *bis*, texte et note 1, t. I[er], p. 187-188.

(6) C'est ce que paraissait exprimer déjà Proudhon, dans son *Cours de droit français* (2[e] édition, conforme à la première. Dijon, 1810), t. I, p. 60, à propos de l'art. 4 du Code civil : « Il est défendu aux juges de calomnier la loi en refu- « sant de juger, sous prétexte qu'elle est silencieuse, obscure ou insuffisante : *si « le texte paraît silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, les principes « qu'il établit sont éloquents pour celui qui a soin de les méditer* ».

théorie générale et abstraite, qu'elle ne se rencontre dans l'application du droit. Quand on arrive à celle-ci, lorsqu'on est en face de l'interprétation vivante et agissante, les divergences signalées s'atténuent, s'estompent, finissent même par disparaître. Tous sont contraints, en définitive, de recourir à cette équité, à ces principes généraux, dont quelques-uns faisaient si bon marché. Mais, tous aussi, multiplient leurs efforts, afin de découvrir cette raison et cette justice supérieures dans la loi même (1). Là donc est le terrain de conciliation pour des vues, en apparence, si opposées. Et, ainsi, par une sorte de fiction, à laquelle tout le monde conspire, on en reste toujours au point de départ irréductible du système : il faut que tout droit dérive de la loi écrite et positive. « Un des princi-« pes fondamentaux de notre état social », a écrit un savant magistrat, « c'est que rien ne doit être laissé à l'arbitraire du « juge, qui ne peut jamais statuer qu'*en vertu d'une dispo-« sition formelle de la loi* (2). »

(1) Voy. particulièrement, sur ce point, DEMOLOMBE, t. I, nos 8-10.

(2) CRÉPON, *Cassation en matière civile* (dans le *Répert. alphabét.* de FUZIER-HERMAN), n° 3120. — Ces idées se retrouvent, quoique notablement atténuées, chez les interprètes de notre droit public. On peut voir, à ce sujet, dans l'étude si distinguée de L. MICHOUD, sur la *Responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents*, un passage significatif : « Notre droit public, comme notre droit « privé, est un *jus scriptum*. Il n'appartient pas à l'interprète de tirer d'une « simple analyse philosophique des rapports sociaux le principe d'une condam-« nation à prononcer contre l'État. Sans doute, il faut se garder d'entendre dans « un sens trop strict la nécessité d'un texte comme base d'obligation juridique : « outre que le droit coutumier a encore un domaine restreint qui lui est réservé « par les lois elles-mêmes, il peut certainement résulter de l'ensemble des textes « un principe juridique qui n'y sera pas exprimé d'une manière formelle, qu'il « appartiendra à l'interprète de dégager, et qui aura la même valeur qu'une règle « textuellement écrite dans la loi. A ce point de vue, la tâche de l'interprète « comme celle de la jurisprudence est plus étendue en droit public qu'en droit « privé, à cause de l'absence de codification et surtout à cause du caractère « nettement pratique et concret de la plupart des lois administratives. Mais « encore faut-il que ce principe juridique soit contenu en germe dans les textes. « Il faut qu'il exprime non la manière dont l'interprète, dans la liberté d'une « recherche philosophique, conçoit les relations sociales, mais la manière dont « le législateur les a conçues ». *Revue du droit public*, 1895, 2e, t. IV, p. 273. — D'ailleurs, en droit public, comme en droit privé, ces idées perdent chaque jour du terrain. Je note, par exemple, cette affirmation de PILLET : « La loi ne con-« tient pas le droit tout entier. A côté des préceptes, qu'elle consacre expressé-« ment, figurent ceux qui résultent de la nature des rapports entre les hommes, « et, plus certainement encore, ceux qui dérivent de nécessités sociales recon-« nues. C'est à ce titre que la reconnaissance de la personnalité juridique de « l'Église catholique mérite de prendre place dans notre droit public ». Note sous Amiens 21 février 1893, dans SIR., 95, 2, 59, col. 2, *in medio*. — *Adde* : A. PILLET, *Le droit de la guerre*, t. I, 1892, p. 8-12.

CHAPITRE TROISIÈME

Élaboration de la matière juridique en dehors des sources

SOMMAIRE : 20-21. Caractère et portée de cette élaboration. — 22. Conceptions et constructions juridiques. — 23. Rôle de la logique. — 24. Applications du procédé des constructions juridiques. — 25. Essence de ce procédé. — Comment il se rattache au postulat indiqué.

20. — Mais notre doctrine juridique n'a pu pourtant limiter sa tâche à la pure interprétation des sources positives du droit, qu'elle consentait, seules, à reconnaître ouvertement. Bien qu'à l'apparence elle ait elle-même borné ainsi son horizon, elle s'est vue entraînée par le développement des forces internes, qui la dirigent suivant son but, au-delà d'une simple réceptivité passive et jusqu'à une certaine activité créatrice (1).

En pénétrant dans ce domaine, dont je dois tout au moins marquer la place, pour achever l'exposé impartial de notre méthode juridique traditionnelle, je me sens dépourvu de toute lumière et presque de tout appui, de la part des commentateurs modernes du droit français. S'étant cantonnés, d'eux-mêmes et *a priori*, dans le cercle restreint de l'interprétation *des lois*, il semble qu'ils se soient à peine doutés des efforts nécessaires, qu'ils faisaient pour le rompre, dans la pratique même de leur méthode, et de l'aspect nouveau que prenait celle-ci, quand elle se voyait mise en demeure de faire réponse, avec son chétif matériel, aux énigmes de la vie

(1) Voy. l'opposition, entre la jurisprudence *réceptive* et la jurisprudence *productive*, nettement marquée par R. von JHERING, *Unsere Aufgabe*, article programme de ses *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. I, 1857, p. 8-11 ; [trad. franç. d'O. de MEULENAERE : *Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*. IV. Mélanges, Paris, 1902, p. 5-9, p. 13-14 (Notre programme)].

juridique. Aussi, ne trouve-t-on, dans l'introduction de tous nos ouvrages classiques de droit français, aucun chapitre, qui annonce, même sommairement, ce côté, plus élevé et plus indépendant, de l'élaboration du droit positif. — Mais, si elle n'est pas officiellement avouée et décrite *ex professo* par les auteurs français, cette partie de la méthode a tellement pénétré notre dogmatique appliquée, que les principaux traits s'en dessinent, pour ainsi dire, d'eux-mêmes, à qui veut analyser, d'un peu près, les procédés constamment usités dans nos exposés d'école et dans nos discussions juridiques.

Aussi bien, n'est-il pas toujours facile de distinguer, dans ces procédés, ce qui appartient à la pure interprétation des textes, de ce qui la dépasse. Tout dépend de la largeur, que l'on veut donner à la notion même d'interprétation. Mais, lorsqu'on entend celle-ci, comme le prescrit l'étymologie du mot (1), d'un simple diagnostic d'une volonté (la volonté législative), exprimée en une formule (texte légal), on ne peut méconnaître, si loin qu'on étende le champ de ce diagnostic, que certaines pratiques de la méthode courante l'excèdent incontestablement, en faisant appel à des idées, absolument indépendantes des textes, et supérieures aux formules légales.

21. — A vrai dire, on constate déjà la présence nécessaire de semblables éléments dans ce que j'ai appelé l'interprétation proprement dite, dont j'essayais d'esquisser la physionomie au précédent paragraphe. Sans revenir sur l'équité, envisagée comme source subsidiaire du droit positif, que je signalais à l'instant (n° **19**), et en nous en tenant à la pure interprétation des textes législatifs, les lois mêmes, qu'elle s'est tracées, telles que je les résumais plus haut (n°s **14-16**), impliquent, pour sa mise en œuvre et son fonctionnement pratique, la suprématie de principes idéaux et autonomes, le plus souvent non écrits dans la loi, puisant, en tout cas, leur force dans une source étrangère et plus haute.

Car, lorsqu'on nous dit, par exemple, que, pour apprécier la portée d'une règle légale, pour savoir si elle doit céder

(1) [Voy. É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v° Interpréter. Etym., t. III, Paris, 1863, p. 136, col. 3].

devant la contradiction d'une autre loi, pour déterminer si elle peut être étendue par la voie de l'analogie, ou si, au contraire, la restriction du texte doit conduire à une exclusion de tout ce qui n'y est pas compris, il est nécessaire d'être fixé sur le caractère normal ou exceptionnel de cette règle, ne signifie-t-on pas que l'interprétation même de la volonté législative implique une incessante comparaison de la formule, qui l'exprime, à un idéal de justice et de raison, placé en dehors de la loi, et pour lequel par conséquent celle-ci ne peut constituer une source de connaissance? — Et, vainement essaie-t-on de s'illusionner, en présentant l'emploi, de ces principes supérieurs, de cette équité objective, comme simple procédé d'interprétation de la volonté du législateur. C'est vraiment se jouer soi-même avec des mots. Car, si l'on veut être sincère, on doit reconnaître que, non seulement il s'agit ici de circonstances extrinsèques à la loi, mais que, le plus souvent, elles n'ont, avec la confection de celle-ci, aucun rapport direct et démontrable. — Finalement donc, en les supposant présentes à la pensée du législateur, on avoue la valeur absolue et impérieuse de certaines lois supérieures, de ces « rapports nécessaires qui « dérivent de la nature des choses », suivant la parole de Montesquieu (1), et qui se révèlent au juriste en dehors de toute source positive.

22. — Mais, il y a plus. Et, nous allons voir ces principes supérieurs d'un droit immanent jouer un rôle décisif dans les procédés d'élaboration de la matière juridique positive, qui constituent la sphère propre de l'activité créatrice de notre jurisprudence. Ces procédés ont été étudiés avec une grande perspicacité, décrits et expliqués avec une finesse et une subtilité parfois excessives, par les jurisconsultes allemands (2), sous le nom de construction juridique *(juristiche Construc-*

(1) *Esprit des lois*, liv. I, chap. I, *initio*.

(2) Voy. notamment : H. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, §§ 56-57, p. 140-143. — R. von Jhering, *Unsere Aufgabe*, article programme de ses *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, 1857, p. 8-21 et *Geist des römischen Rechts*, 4e édit., § 41, zweiter Theil, 2te Abth., p. 357-389; 3e éd. de Meulenaere, § 46, t. III, p. 50-80. — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 24, sous ce titre : *Wissenschaftliche Behandlung des Rechts*, 7e édit., t. I, p. 59-60. — Fr. Eisele, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1885-1886, t. LXIX, p. 317. — R. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*,

tion) mettant en œuvre des conceptions (*Begriffen*) de jurisprudence. — Je n'entends pas entrer ici dans une exposition, détaillée ni critique, de cette question technologique, qui dépasserait mon but, sans l'atteindre (1). Je voudrais seulement rappeler, par une sommaire description, l'essentiel du procédé, non pas tel qu'il pourrait, ou devrait être conçu, mais tel que le pratiquent couramment la doctrine et la jurisprudence françaises (2).

Les règles de droit positif, qui résultent de la loi (et, semblablement, de toute autre source positive reconnue), ou qui s'en dégagent par la voie de l'interprétation pure, telle que nous l'avons présentée jusqu'ici, ne doivent pas demeurer stériles. Quelque nombreuses et générales qu'on les suppose, elles resteraient encore insuffisantes aux besoins de la vie, si elles n'étaient fécondées par une interprétation, d'ordre plus élevé, qui les mît à même de satisfaire, dans l'application, aux multiples exigences des faits et des situations juridiques.

Or, il semblerait très simple d'obtenir ce résultat, en déduisant logiquement toutes les conséquences des décisions légales. Tel est, de fait, le premier pas dans la voie du développement des textes. Toutefois, il est relativement rare que ce procédé de déduction directe suffise au but reconnu de notre science. Et, la raison en est, que la plupart des règles juridiques, consacrées positivement par la loi, ou obtenues par son interprétation, ne constituent que des dispositions concrètes, suggérées par la vie pratique, et, par suite, immédiatement applicables à ses exigences.

Sans doute, il arrive qu'elles aient une portée générale, qui leur fasse embrasser un nombre, plus ou moins grand, d'hypothèses. Mais, leur reconnaître tout le champ qu'elles compor-

§ 8, 5e édit., 1894, p. 20-22. — O. Fischer, *Rechtsforschung und Rechtsstudium in allgemeinen*, dans la collection de W. Lexis, *Die deutschen Universitäten*, t. I, 1893, p. 285. — Cpr. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4e édit., 1876, t. I, §§ 10-11, p. 59-73. qui rattache tout cela à l'*Analogie*.

(1) [La question sera reprise et étudiée de près par moi dans le tome III de *Science et technique en droit privé positif*, consacré spécialement à l'élaboration technique du droit positif. Voy. déjà le tome I de cet ouvrage (Paris, Tenin, 1914), chapitre quatrième. Du rôle des éléments intellectuels en toute élaboration de droit positif, nos 35-36, p. 101-164].

(2) Comp. R. Saleilles (*Du refus de paiement pour inexécution de contrat*, nos 2-3), dans *Annales de droit commercial*, 1892, 2e partie, p. 288-290.

tent, ce n'est pas en tirer des conséquences nouvelles. Les conséquences doivent se déduire, non d'une formule concrète, plus ou moins compréhensive, mais de ce que nous appelons un *principe*, qui traduit une idée générale, plutôt qu'un résultat, ou même une série de résultats. Or, c'est bien rarement, que nos lois françaises expriment de véritables principes. Généralement, elles ne contiennent elles-mêmes que des conséquences, engendrées par des principes, placés en dehors et au-dessus d'elles.

De sorte que, le plus souvent, le droit ne peut être fécondé par la logique, qu'au moyen d'une double opération en sens inverse. Il faut, d'abord, de la loi, ou des règles de droit qui s'en dégagent, remonter au principe supérieur, et de celui-ci ensuite déduire les conséquences. Parfois, la première de ces opérations se réalise si simplement, qu'elle semble l'effet d'une pure intuition, plutôt que le résultat d'une induction proprement dite. Au fond, elle se traduit toujours en une conception subjective, qui ne pourrait s'obtenir que par tâtonnements, si elle n'était, dans la plupart des cas, suggérée, pour ne pas dire imposée, par l'instinct juridique ou par la tradition. — On sent, d'ailleurs, que son adoption ou son choix requièrent infiniment de tact et de sens pratique; car c'est d'elle, avant tout, que dépendent les résultats du procédé. Si la conception est précise, cohérente dans toutes ses parties, adaptée à l'esprit de la loi et capable d'en expliquer toutes les solutions, mais à ces conditions seulement, la construction tout entière sera réussie et satisfera à ce qu'on en attend. Le principe, résidu formel de la conception, nous apparaît comme le tronc de l'arbre, qui sera d'autant plus vigoureux et productif, qu'il plongera dans le sol par des racines plus nombreuses et plus résistantes.

23. — Le principe une fois obtenu, il s'agit d'en tirer les conséquences. Ici, la déduction est nécessaire, et la logique y triomphe. On admet, en effet, comme une loi nécessaire de notre méthode traditionnelle, que tout principe juridique, reconnu et justifié, doit être poursuivi jusqu'au bout de ses effets, à l'aide de la conception qui l'a inspiré, et suivant les règles d'une logique rigide et serrée.

Toutefois, certains tempéraments s'imposent. — Et d'abord, il est clair que, si une conséquence, logiquement tirée du principe, vient se heurter à une décision contraire de la loi, celle-ci doit prévaloir, sauf à voir si cet échec au principe ne serait pas de nature à compromettre le bien fondé du principe lui-même (1). — D'autre part, il peut arriver que, de deux principes, qui paraissent tous deux solidement établis, se déduisent des conséquences contradictoires. Il faudra bien choisir et faire céder la logique de l'un devant celle de l'autre. Ceci encore n'ira pas sans ébranler quelque peu la solidité des deux principes, placés ainsi en conflit partiel, à moins que l'on n'explique la contradiction au moyen d'une exception rattachée à un troisième principe. — En dehors même de toute contrariété de ce genre, il advient que telle conséquence, fort logiquement extraite d'un principe, choque vivement le sentiment d'équité, que nous portons au dedans de nous, ou paraisse inconciliable avec les besoins pratiques, que fait apparaître le jeu des intérêts dans la vie juridique. Ici, le maniement de l'outil déductif devient très délicat et varie suivant le tempérament de l'interprète. L'homme de pratique, vivant en face de la réalité concrète, hésitera souvent à sacrifier l'équité ou l'exigence des choses à la logique du droit. Mais le juriste pur, qui voudra demeurer fidèle à sa méthode, et qui pourra planer au-dessus des faits, des nécessités contingentes, sera porté à faire prévaloir la déduction impérieuse du principe.

C'est, d'ailleurs, une suite nécessaire du postulat initial de tout le système : L'équité ou les besoins pratiques ne doivent entrer en compte, que si la loi les consacre. Une fois les principes nettement dégagés des règles que fournissent les décisions législatives, toutes les conséquences s'en imposent. Et, il n'appartient qu'au législateur lui-même de déterminer, entre ces conséquences, celles que l'équité ou des considérations de fait commanderaient d'écarter.

Telle est la rigueur de la méthode idéale. Heureusement, il faut bien le dire, le sentiment de justice et le sens commun

(1) Voy. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XIV, note c., trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 45.

protestent si énergiquement, même chez les juristes les plus fermes dans l'affirmation des principes, que bien peu y résistent, pour aller jusqu'à l'extrême des déductions strictement logiques. Ainsi, s'est établie dans nos usages et s'est introduite dans notre enseignement juridique cette méthode de *déduction tempérée*, que C. APPLETON, en même temps qu'il l'a si heureusement qualifiée, a su fort habilement décrire (1). — On doit reconnaître pourtant que ces atténuations de la logique, au moyen de considérations équitables ou pratiques, qui sont loin d'être assez certaines et irrécusables pour s'imposer au jugement de tous, nous rejetteraient facilement hors des voies sûres et droites de la méthode, si l'on n'avait soin de les rattacher encore au postulat essentiel de celle-ci, en déclarant que le législateur n'a pu vouloir méconnaître les « nécessités « pratiques de la vie » ou l' « évidente équité » (2).

24. — Est-il besoin, maintenant, avant d'aller plus loin, et de découvrir en deux mots le jeu intime du procédé, qui vient d'être décrit, d'en illustrer le résumé par des exemples de son emploi. Au vrai, ces exemples abondent, et chaque matière juridique nous en fournirait un vaste choix. Il suffira à notre objet de réveiller quelques souvenirs, empruntés aux théories générales.

Quand, en matière d'actes juridiques entre-vifs, on se demande la dose de volonté humaine, nécessaire pour créer un lien de droit entre deux personnes, soit que l'on recherche si la volonté d'une seule personne suffit à l'engager, ou s'il n'y faut pas de plus l'adhésion d'un autre intéressé (3), soit que l'on agite le problème de la stipulation pour autrui (4), soit que l'on discute sur le moment et le lieu de la formation des contrats entre absents (5), on pose des questions générales, comportant des applications fort variées, qui, seules,

(1) *Observations sur la méthode dans l'enseignement du Droit en général, du droit romain en particulier*, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1891, 1er, t. XXI, p. 241-244 et p. 256.
(2) Cpr. C. APPLETON, *loc. cit.*, p. 242.
(3) R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Paris, 1891.
(4) Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, Paris, 1893.
(5) A. GIRAULT, *Traité des contrats par correspondance*, Paris, 1890. — J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895.

apparaissent, souvent isolées, dans la vie pratique, et dont chacune requiert une solution nette. De ces applications, la loi a prévu un petit nombre, qui peuvent ainsi recevoir satisfaction par la pure interprétation du texte. — Or, on va se servir de ces solutions légales particulières, pour dégager, au moyen de conceptions générales, le principe, qui domine tout le problème et permette d'en éclairer tous les détails, d'en conclure, comme nous disons, tous les intérêts. Et l'on induira, par exemple, de telles ou telles décisions légales, tantôt isolées, tantôt combinées entre elles, que notre loi n'admet, en principe, d'actes juridiques entre-vifs, que par le concours de deux volontés, ce qui exclura comme vaine tentative toute déclaration unilatérale de vouloir s'obliger ; — ou que la stipulation pour autrui, sanctionnée par l'art. 1121 C. civ. franç., n'est valable qu'à titre d'offre adressée au tiers bénéficiaire, ce qui fait entrevoir une série de conséquences, relativement, par exemple, à sa réalisation définitive ; — ou enfin, que le contrat par correspondance n'est formé que par la pleine et respective conscience des volontés qui se lient, ce qui ne laisse pas d'entraîner, à divers points de vue, nombre d'effets importants. Il est bien entendu, d'ailleurs, que, sur toutes ces questions, une conception différente peut faire reconnaître un principe opposé (1) : mais aussi, les conséquences s'en trouveront ou pourront s'en trouver bouleversées.

De même, lorsqu'à propos des successions universelles à cause de mort, il s'est agi de savoir comment et avec quelle intensité les droits et les dettes du défunt se transportaient à ses successeurs, si ceux-ci étaient investis de plein droit ou moyennant une reconnaissance préalable de leur titre, s'ils héritaient non seulement des droits proprement dits mais de certaines situations caractérisées en fait, telle que la possession, s'ils recueillaient tous les droits quelconques du défunt, même ceux ayant un caractère strictement personnel (actions en désaveu de paternité, en contestation de reconnaissance d'enfant naturel, en répression de diffamation envers le défunt... etc., etc.), s'ils étaient tenus de ses dettes *intra vires*

(1) Voy., pour la critique philosophique des conceptions ci-dessus indiquées : G. Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 119-124 ; — et, dans *Revue de Paris*, du 1er août 1898, p. 629-630.

ou *ultra vires hereditatis*, indépendamment de tout bénéfice spécial, on fut loin de trouver dans la loi réponse suffisante à toutes ces questions. — Mais, se servant des éléments épars fournis par les textes, y ajoutant quelques idées équitables ou pratiques, que l'on crut pouvoir prêter au législateur, on élabora toute une conception, fondée sur la *représentation par les héritiers de la personne du défunt*, qui se manifestait, pour les uns, par la qualité d'héritier légitime, pour les autres, par la saisine héréditaire, pour d'autres encore, par la condition d'héritier du sang, pour quelques-uns même, par celle de successeur universel ou à titre universel. D'où, suivant le principe dégagé de la loi, la variété des conséquences dans l'application (1).

Veut-on, enfin, un exemple tiré de théories moins vastes et moins complexes ? Je l'emprunte à la récente jurisprudence. La question s'est posée de savoir, dans quelle mesure le propriétaire d'une chose inanimée était responsable du dommage causé par le fait de sa chose, responsabilité qui, pour certains cas du moins, paraît prévue par l'art. 1384, al. 1, *in fine*, C. civ. franç. L'interprétation proprement dite de ce texte, qui ne fait que poser une règle très générale, ne pouvait suffire à élucider les nombreux détails, que soulève son application, dans l'état actuel de l'industrie. Et notamment, il fallait savoir si le propriétaire était responsable, *comme tel*, et dans quelles conditions, si la circonstance, accessoire, d'un contrat, où fût intervenue la victime du dommage, ne modifiait pas cette responsabilité, si, du moins, une clause particulière ne pouvait pas l'exclure, enfin quelle preuve devait ou pouvait être faite, soit pour mettre en jeu la responsabilité, soit pour l'écarter. — Ayant à trancher ces diverses questions, il ne me semble pas que la jurisprudence de nos tribunaux se soit placée sous le joug d'une théorie préconçue. Non sans raison peut-être, les arrêts ont résolu les diverses faces du problème général, qui se proposaient à leur examen, en les envisageant distinctement, et sans les croire *a priori* dominées toutes par une con-

(1) Cons. Ed. Lambert, *De l'Exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895, §§ 164-214, p. 130-167. — Et, comp., sur le caractère artificiel de la conception, à laquelle je fais allusion ici : E. I. Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 70.

ception unique et homogène (1). Mais, en cela, il en faut convenir, notre jurisprudence pratique a fait faux bond à la méthode traditionnelle. — Aussi, tout autre a été le procédé de la doctrine. Par l'organe de ses divers représentants, elle a proposé un certain nombre d'idées générales, tendant toutes, sous la variété de leurs aspects, à ramener la responsabilité en question à un principe unique. Ce principe a été, pour ceux-ci, la faute délictuelle ou quasi-délictuelle, pour ceux-là, la faute contractuelle, susceptible elle-même de plusieurs aspects, pour quelques-uns, l'effet même et comme la rançon de la propriété, — tout cela fondu et combiné, à doses variables, avec des présomptions de faute plus ou moins intenses, — mais avec la préoccupation visible, chez chaque inventeur ou prôneur de système, de dégager, par voie de conception, et sous forme d'une construction, tantôt simple, tantôt complexe, toujours rigide, la clef de toutes les solutions particulières (2).

J'en ai dit assez, je pense, pour mettre à nu l'ossature et le mécanisme du procédé des constructions juridiques, qui forme peut-être la partie la plus caractéristique de tout notre système d'élaboration du droit positif. Par quelques-uns des exemples que j'en viens d'indiquer, par le dernier notamment, on se rend compte qu'il n'est pas seulement employé pour féconder la matière juridique, en dehors de la sphère propre des textes législatifs, mais qu'il intervient, même fréquemment, aussi, comme auxiliaire indispensable, dans ce que j'ai appelé l'interprétation proprement dite.— Et, si je ne craignais d'abuser de la patience de mes lecteurs, il me serait facile de montrer que le même procédé se trouve nécessairement mis en jeu dans l'*extension par analogie* (3), que j'ai classée parmi

(1) C'est en partant de cette idée, qu'il faudrait, je crois, chercher à expliquer l'arrêt de rejet de la Chambre Civile du 16 juin 1896 et celui de la Chambre des Requêtes du 30 mars 1897 (D. P., 97, 1, 433). — Sur ces deux arrêts, voy. J. Charmont, dans : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1898, p. 129-136.

(2) Voy. notamment la note d'A. Esmein dans Sir., 97, 1, 17 à 20, qui montre, prise sur le vif, la mise en œuvre du procédé de construction systématique, que j'ai cherché à exposer.— Comp., sur la question, indiquée au texte : R. Saleilles, *les Accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, A. Rousseau, 1897, et note dans D. P., 97, 1, 433. — L. Josserand : *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

(3) Sur ce point, je renvoie à R. von Jhering, *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1857, p. 16 ; [trad. de Meulenaere, *Mélanges*, Paris, 1902, p.

les modes de l'interprétation pure, en suivant les idées dominantes chez les interprètes français (1), dont je retrace aussi fidèlement que possible la tradition.

25. — Deux observations me suffiront pour achever de caractériser le procédé, ainsi décrit, dans sa substance même, et au point de vue de la méthode qu'il complète.

D'une part, on a pu se convaincre que tout le jeu, actif et fécond, de l'instrument, réside dans la sagacité et l'ingéniosité personnelles de ceux qui le manient. C'est donc, au fond, un procédé, essentiellement subjectif, que celui des constructions juridiques. Sans doute, dans sa mise en œuvre, nous sommes dominés, à notre insu, par l'autorité et la tradition (2), et, si je puis dire, par cette hérédité professionnelle, qui nous enveloppe et nous étreint, comme une sorte de tunique de Nessus. — Mais il n'en reste pas moins que le procédé lui-même est, pour ainsi parler, mu et dirigé par les conceptions, que chaque interprète crée ou s'assimile personnellement, en un travail exclusif de son esprit. Aussi, poussé à l'excès, a-t-il abouti, de la part de certains jurisconsultes allemands, par exemple, à cette jurisprudence, toute de conception *(Begriffsjurisprudenz)*, que R. von Jhering a si finement raillée et si vigoureusement combattue dans les derniers temps de sa vie (3).

D'autre part, pourtant, tel du moins qu'il est pratiqué en France, ce procédé est encore ramené par nos juristes à l'interprétation de la volonté du législateur. Car les principes qu'ils recherchent, à l'effet d'en développer les conséquences, les conceptions qu'ils imaginent, en vue d'expliquer et de

et à R. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, 1894, 5e édit., § 8, p. 19-21. — Cpr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., 1891, §§ 22-23, t. I, p. 54-58.

(1) On verra, par les citations de la note précédente, que les jurisconsultes allemands inclinent plutôt à voir dans l'*Analogie* un moyen indépendant de combler les lacunes de la législation. — *Adde :* Savigny, *Traité de droit romain*, § 46, trad. Guenoux, t. I, p. 283-289. — J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4e éd., 1876, t. I, §§ 10 et 13, p. 60 et p. 76-78. — Voy., d'ailleurs, ci-dessous : nos 107, 165-166.

(2) Comp., sur l'influence de l'autorité et de la tradition, dans toute notre vie intellectuelle et morale, les profondes observations de A.-J. Balfour, *Les Bases de la croyance*, 3e partie, chap. II, *L'Autorité et la raison*, notamment les p. 181-183 de la traduction française de G. Art.

(3) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884. — *Der Besitzwille*, 1889.

préciser les principes eux-mêmes, ils prétendent en découvrir la base et, pour ainsi dire, les racines, dans la loi ; sinon dans son texte, du moins dans son esprit, dégagé de son ensemble, du milieu social où elle est née, éclairé par les traditions historiques qui enveloppaient ses auteurs, révélé souvent par les travaux préparatoires qui nous rapportent les pensées et les vues de ceux-ci. — Qu'il y ait, dans tout cela, infiniment de fiction, que l'application du procédé conduise l'interprète non seulement à rectifier la pensée et la volonté mêmes du législateur, comme d'aucuns en ont hautement revendiqué le droit (1), mais, bien plus encore, à substituer véritablement ses idées aux idées de la loi, ou à créer celles-ci de toutes pièces, c'est ce dont on ne doutera guère que, pour ma part, je sois entièrement convaincu, d'après mon observation précédente. — Mais, ce que je tiens pourtant à relever ici, c'est que, en France tout au moins, la prétention de ceux, qui pratiquent ce système des constructions juridiques, est toute différente. Ils se posent très nettement comme les porte-parole des auteurs de la loi, et n'emploient le procédé constructif qu'avec la conviction de rester absolument fidèles au postulat capital de toute leur méthode, qui consiste, comme je l'ai dit, à faire tenir tout le droit positif dans la loi écrite.

Cet état d'esprit nous explique merveilleusement que les constructions théoriques tendent toujours à la découverte d'un principe aussi simple, aussi homogène que possible, et que, le principe trouvé, les conséquences en soient déduites avec la plus impitoyable logique, sous les seuls tempéraments indiqués plus haut. C'est que, s'agissant de compléter l'expression d'une volonté humaine (la volonté législative), on ne peut procéder avec quelque sûreté, si l'on veut échapper à l'arbitraire des appréciations individuelles, qu'en l'expliquant suivant les règles normales, qui déterminent les opérations de notre moi interne, intelligence et vouloir tout ensemble. Et, de même que, lorsqu'il s'agit d'éclairer le contenu d'un acte juridique, puisant toute sa force en des

(1) Voy. notamment B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., 1891, § 22, t. I, p. 54-57. — *Contra* : DERNBURG, *Pandekten*, § 35, *in fine*, texte et note 11, t. I[1], 1896, p. 79. — Comp. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § L, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 314-317.

volontés particulières, un contrat ou un testament par exemple, l'unité de conception et la logique s'imposent, sauf les écarts formels manifestés par les déclarations des auteurs de l'acte, les mêmes règles ne sont pas moins nécessaires pour garantir une exacte déduction des pensées et volontés législatives. Car, à moins de faire banqueroute à leur postulat, comment nos interprètes admettraient-ils que le législateur eût négligé d'écarter, au moyen d'une formule nette, les conséquences logiques de la conception qu'on lui prête et qui traduit tout le but de sa disposition ? — Si l'on s'adressait directement à la vie, pour en interpréter librement les manifestations, on serait en droit de se demander, avant tout, si la vie est nécessairement simple et rigoureusement logique : peut-être la réponse à cette question ne serait-elle pas, absolument et sans réserves, affirmative. Mais, du moment que l'on ne veut plus voir la vie qu'à travers le prisme légal, synthétisée, mais en même temps figée dans une formule, simple expression de volonté humaine (la loi), on se trouve nécessairement amené, pour satisfaire les exigences pratiques, à développer cette formule, où la pensée réfléchie et voulue qu'elle révèle, par les règles de la plus stricte logique.

CHAPITRE QUATRIÈME

Synthèse de la méthode traditionnelle

SOMMAIRE : 26. Les philosophes la ramènent à la déduction pure. — 27. Les juristes ne pensent pas autrement. — 28-29. Influence attribuée à la codification sur la méthode. — 30. Critique à faire.

26. — De là vient, qu'on a comparé notre méthode à celle des géomètres et qu'on lui a assigné, comme procédé principal, souvent même comme procédé exclusif, la déduction à outrance. Telle est bien l'idée, que se font couramment les philosophes de tout système d'interprétation du droit positif.

« Sous l'empire d'un code écrit », a dit STUART MILL (1), « le « juge » (ce qui est vrai du juge doit l'être de tout interprète de la loi) « n'a pas à décider quel serait intrinsèquement le « meilleur parti à prendre, dans le cas particulier qu'il doit « juger, mais seulement quel est l'article de loi sous l'appli- « cation duquel il tombe, ce que le législateur a prescrit dans « les cas de ce genre et l'intention qu'on doit, par suite, lui « supposer relativement au cas particulier. La méthode à « suivre est ici entièrement et exclusivement une méthode de « raisonnement, de syllogisme, et le procédé est évidemment « ce qui (comme nous l'avons montré dans notre analyse du « syllogisme) constitue tout raisonnement, l'interprétation « d'une formule ».

Plus récemment, L. LIARD écrivait : « Le droit, c'est la loi « écrite. Partant, leur tâche [des Facultés de droit] est d'ap- « prendre à interpréter la loi. Il en résulte que leur méthode « est déductive. Les articles du code sont autant de théorèmes « dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les consé-

(1) *Système de logique*, trad. PEISSE, 1866, t. II, p. 550.

« quences. Le juriste pur est un géomètre : l'éducation pure- « ment juridique est purement dialectique. La grande affaire « du magistrat ou de l'avocat est de débrouiller le lacis des « affaires et d'en rattacher les éléments à telles ou telles des « règles posées par les lois. C'est la résolution d'un pro- « blème » (1). Et, ailleurs encore (2), signalant les lacunes d'une pareille méthode pour une bonne formation des esprits, le même auteur avait écrit : « Limité au droit privé, l'ensei- « gnement des Facultés de droit court le risque d'être trop « exclusivement interprétatif et déductif. En cette matière, « les principes sont fixés et codifiés; il s'agit avant tout d'en « montrer l'esprit, l'enchaînement et les conséquences; aussi « la méthode du juriste n'est-elle pas sans analogie avec celle « des géomètres; mais, par suite, au point de vue de l'éduca- « tion des esprits, elle a des inconvénients analogues à ceux « d'une éducation exclusivement mathématique. Elle habitue « l'entendement à procéder *a priori*, déductivement, et à faire « rentrer toute chose dans des catégories ».

27. — Il faut bien avouer que cette conception de la jurisprudence, comme d'une science essentiellement dialectique et consistant à constater des principes *a priori*, déposés dans des textes impératifs, pour en déduire logiquement les conséquences, les philosophes n'ont pas eu à la créer ; ils l'ont trouvée toute formée dans les œuvres des juristes modernes. C'est ce qui, pour la France du moins, ressort suffisamment,

(1) L. LIARD, *L'Enseignement supérieur en France de 1789 à 1893*, t. II, 1894, p. 397. — Il n'est pas sans intérêt de rapprocher de ce passage les idées exprimées par un savant magistrat, dans la discussion de la loi du 30 juillet 1828, relative à l'interprétation (officielle) des lois : « Un jugement », disait VOYSIN de GARTEMPE, « n'est autre chose qu'un véritable syllogisme, dont la loi, les actes « ou les faits sont les prémisses (majeure ou mineure), et la sentence en est « la conséquence; si l'on peut nier l'une ou l'autre des prémisses, si la majeure « ou la mineure ne sont pas reconnues et incontestées, c'est-à-dire si la loi invo- « quée, ou les faits auxquels on l'applique, sont autres que ceux sur lesquels « elle dispose, le jugement est faux et nul en soi, il doit être annulé... » (Séance de la Chambre des députés, du 22 mai 1828, *Archives parlementaires*, 2e série, t. LIV, p. 208, col. 1). — Telle était aussi, en substance, la conception de l'abbé GALIANI, touchant la méthode juridique. Voy. le curieux passage cité par Eug. GAUDEMET, *L'abbé Galiani et la Question du commerce des blés*, 1899, p. 45, note 2. — Comp. encore : Ed. POSTE : *Gaii Instit... with a translation and commentary*, Oxford, 1890. *Preliminary definitions*, p. 10.

(2) *La Réforme de la licence en droit*, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, 2e, t. XVIII, p. 117. — Comp. *Universités et Facultés*, 1890, p. 81-84.

ce me semble, de l'exposé présenté ci-dessus, avec références à l'appui, de nos procédés classiques d'interprétation. — Au surplus, n'est-ce pas devenu vérité courante et presque banale, dans nos milieux, que les esprits, les mieux doués pour les labeurs juridiques, les plus aptes à saisir l'enchaînement des conceptions ou à résoudre le nœud des problèmes du droit positif, sont ceux qui, par tempérament ou par formation, sont pourvus des plus fermes facultés déductives, rompus aux exercices de raisonnement, habiles à l'argumentation serrée, répugnant aux inconséquences, soucieux, avant tout, des principes et de l'harmonie logique de leurs conclusions (1)? N'est-ce pas encore l'idéal d'un grand nombre d'entre nous de tremper les cerveaux de leurs disciples à ce bain fortifiant, quoique un peu rude et monotone, de la pure dialectique? N'est-ce pas aussi, sur cette sorte d'axiome pédagogique, que plusieurs ont bâti l'opposition des sciences juridiques pures aux sciences politiques ou économiques, réservant à celles-ci la flexibilité des conceptions, la souplesse des méthodes, que l'on refusait aux premières (2)?

28. — On sent bien, d'ailleurs, que, pour tous, ces idées, nécessairement et universellement vraies en tout pays de législation écrite, auraient été affermies, chez nous, et, en quelque sorte, consolidées, par l'œuvre de la codification, qui, en matière de droit privé notamment, aurait enlevé à l'interprétation le peu d'aisance, qui lui restait encore sous un régime de législation moins globale, et rendu presque pure-

(1) On lira, à ce sujet, avec intérêt, et peut-être non sans plaisir, les exagérations symboliques et humoristiques de R. von JHERING, dans : *Im juristichen Begriffshimmel. — Scherz und Ernst*, 1885, notamment p. 261-264, p. 272-277, p. 285-290.

(2) Voy. notamment G. ALIX, *Les Facultés de droit et l'enseignement des sciences politiques*, étude résumée par extraits dans *Revue intern. de l'Enseignement*, 1889, 2°, t. XVIII, p. 91 et 92. — C. TURGEON, *L'Enseignement des Facultés de droit de 1789 à 1889*, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1890, 1°, t. XIX, p. 275-284. — F. DESPAGNET, *La Fonction sociale des Facultés de droit*, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1891, 1°, t. XXI, p. 549-550. — Comp. R. BEUDANT (*La Méthode des sciences sociales*), dans *Revue du droit public*, 1896, 2°, t. VI, p. 472 : « La méthode « de l'interprète est l'analyse raisonnée des textes, la recherche de la pensée du « législateur dans les travaux préparatoires, la déduction qui tire des textes des « corollaires servant à trancher des controverses doctrinales... » — En sens contraire, on trouvera des idées plus larges, exposées par C. APPLETON, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1891, 1°, t. XXI, p. 241-246.

ment mécanique la mission du juriste. — C'est la conviction, qu'a développée naguère E. BOUTMY, en un passage singulièrement expressif de l'état d'esprit que je veux noter ici. Parlant des *études juridiques*, et cherchant à les opposer, sous le rapport de la méthode, aux *études politiques*, BOUTMY considérait les premières comme éminemment représentées par les différentes branches du droit privé (droit civil, droit commercial, procédure civile) et les caractérisait ainsi : « Elles « présentent toutes ce caractère distinctif qu'elles ont été « codifiées. Codifiées, le mot est de grande conséquence. Il « implique, en effet, une sorte de *mise en disponibilité* de l'his« toire et des historiens. La codification est un acte tranchant « du législateur, qui coupe en quelque sorte le droit de ses « origines, le fonde en entier sur la raison, la justice, l'inté« rêt public, l'accord et la dépendance mutuelle des diffé« rents articles, et le dispense de chercher des précédents ou « des titres en dehors d'un instrument authentique, au delà « du jour de la promulgation. A qui voudrait remonter plus « haut, la loi elle-même semble répondre : A quoi bon ! Il y « a eu liquidation de tout le passé et comme un nouveau « départ..... La codification, c'est la philosophie de la voli« tion créatrice et du plan réfléchi se substituant à la philo« sophie de l'évolution par modifications partielles et succes« sives. C'est l'œuvre d'art datée et signée, attirant, sur « l'ajustement parfait de ses éléments, l'attention et l'inté« rêt qui s'attachaient naguère aux lentes et obscures élabo« rations, d'où sort tout être réel et vivant. — Si le droit « codifié a sa philosophie, il a aussi sa logique. L'autorité « suprême d'un texte, qui dérobe ses causes en donnant ses « raisons, — et qui n'en donne guère que de métaphysiques « ou de pratiques, — incline le juriste à faire de l'analyse « son procédé habituel. Chercher dans ce texte et en dégager « des principes généraux, des définitions précises, propres à « fournir la majeure de syllogismes serrés, tout ramener à ce « petit nombre de données simples, et tout conduire ensuite « jusqu'à des solutions nettes, à des formules impératives, « ayant l'allure et le ton qui convient à la loi, voilà l'ambi« tion réfléchie la plus haute, l'effort le plus souvent répété, « et, à la fin, la méthode inconsciente de l'entendement. Pro-

« positions abstraites, subtiles interprétations verbales, « déductions fortement enchaînées, simplifications parfois « excessives, conclusions toujours catégoriques, voilà dans « quelle fréquentation de tous les instants l'intelligence « apprend et aime à se mouvoir. « L'esprit de géométrie », « au sens où l'entendait PASCAL, devient sa règle. Elle perd « « l'esprit de finesse », tout en dépensant beaucoup de « finesse d'esprit. Elle acquiert, exerce et développe jusqu'à « une maîtrise incontestée la faculté dialectique. Mais toute « supériorité se paie, et celle-ci est trop souvent achetée aux « dépens du sens historique (1) ».

29. — J'ai tenu à rappeler, presque en entier, cette page étincelante, écrite par un homme bien placé pour nous faire connaître les idées dominantes chez ceux, qui veulent élargir le champ des sciences sociales, en limitant, en même temps, et cantonnant, pour ainsi dire, par une ligne de démarcation rigide, le domaine proprement juridique.

Mais, pour être sincère, je dois ajouter que, malgré leur aimable ironie, bien tempérée, d'ailleurs, par la franche sympathie qui s'en dégage, les idées de BOUTMY ne me paraîtraient pas pouvoir être sérieusement désavouées par nos juristes les plus convaincus. — Et notamment, quand il laisse très finement entendre que la codification moderne a notablement restreint la mission du jurisconsulte, BOUTMY se rencontre absolument avec F. LAURENT, qui signale, non sans insistance, la transformation ainsi opérée, et en accepte, d'un cœur léger, toutes les conséquences. «... La mission des interprètes, sous nos « codes », conclut à ce sujet LAURENT, « est donc plus modeste « qu'elle ne l'était jadis. Ils ne se rendent pas toujours « compte de cette profonde révolution. Quand ils voient les « jurisconsultes romains manier librement les principes, sans « autre guide, sans autre lien, que la raison ou la conscience

(1) E. BOUTMY, *Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques* dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1889, 1°, t. XVII, p. 222-223. [— Il semble bien que R. SALEILLES ait entendu répondre à ces assertions de BOUTMY, en publiant, dans la même *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 1°, t. XIX, p. 482-503 son article, si plein d'idées révélatrices : *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit ;* sur lequel, voy. ce que j'ai écrit dans : *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 13-15 (n° 4)].

« générale, ils sont tentés d'imiter leur exemple. Ils sont « encore tentés de faire ce que faisait POTHIER. C'est un écueil « contre lequel nous devons nous tenir en garde. Nous « n'avons pas le droit d'innover ; il ne nous est pas permis « de corriger, de perfectionner nos codes. Est-ce à dire que « notre position soit amoindrie ? est-ce à dire que le droit « codifié soit condamné à l'immobilité ? Non, l'interprète peut « et doit signaler les lacunes, les imperfections, les défauts « de la législation qu'il est appelé à expliquer. Et ces tra- « vaux préparent le progrès que le législateur a pour mission « de réaliser » (1).

Dans une étude récente (2), E. ROGUIN semble aller plus loin. Il estime que le rôle actuel du juriste n'est pas encore assez réduit, et il aspire vers un idéal de codification, qui rendrait à peu près inutile même la simple interprétation de la loi. Dès à présent, et sous l'empire de nos codes, sa pensée bien nette est que la mission du jurisconsulte doit se borner à rechercher, par tous moyens, l'intention des auteurs de la loi, en se gardant d'y rien ajouter de son propre fonds. Et le sentiment total de cet auteur, exprimant à l'excès la tendance, que je constate ici, se trouve nettement résumé dans cette formule, que je lui emprunte : « Qui dit *codification* dit adop- « tion du *principe fondamental*, que LE DROIT DE FAIRE LA LOI « APPARTIENT EXCLUSIVEMENT AU LÉGISLATEUR, c'est-à-dire que, « *devant les volontés exprimées* dans son œuvre, soit la *juris-* « *prudence* des tribunaux, soit la *science* des auteurs perdent « absolument leur indépendance, *au point de vue de la signifi-* « *cation du droit positif*, bien que conservant une liberté « absolue, illimitée, sous le rapport *critique*, c'est-à-dire de « l'*appréciation* du même droit » (3).

(1) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Introduction, n° 20, t. I, 1869, p. 42-43. — Voy. au surplus tout ce n° 20. — *Adde*, sur le pouvoir plus large des anciens jurisconsultes : LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. II, 1892, p. 15 et p. 92 93.

(2) *Observations sur la codification des lois civiles*, dans le *Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, 1896, p. 73-134. — Voy. surtout, sous le rapport actuel, les p. 75-100, et, plus spécialement encore, les p. 75-80.

(3) E. ROGUIN, *loc. cit.*, p. 75. — Les passages, soulignés au texte, l'ont été, d'après l'auteur lui-même.

30. — Or, c'est précisément l'absolu de semblables idées, ce sont surtout les exagérations, auxquelles elles ont conduit notre dogmatique, que je voudrais combattre.

Aussi, après avoir analysé les procédés de la méthode juridique traditionnelle, après avoir cherché à dégager ses caractères essentiels, me sera-t-il permis, je pense, d'envisager cette méthode d'un œil critique, et, sans en méconnaître les mérites, sans nier ce qu'elle contient de nécessaire ou de précieux à conserver, de rechercher pourtant les redressements et les compléments qu'elle demande.

SECONDE PARTIE

CRITIQUE NÉGATIVE DE LA MÉTHODE TRADITIONNELLE

PROLÉGOMÈNES

SOMMAIRE : **31.** Précision de mon point de vue. — **32.** Avantages de la méthode traditionnelle. — **33.** Ses infirmités et ses vices irrémédiables. — **34.** Division de ma critique négative.

I

31. — Avant tout, je tiens à nettement fixer le point de vue, duquel procèdera ma critique.

Je n'entends revenir ici, ni de près ni de loin, à la fameuse thèse jadis débattue entre THIBAUT et SAVIGNY (1). Quoi qu'on pense au sujet, soit de la valeur absolue, soit de la simple opportunité, de la *Codification*, ce phénomène social s'impose à nous aujourd'hui, sur le terrain du *fait accompli*.

Non seulement, j'accepte la codification, comme indiscuta-

(1) Cons. : E.-I. BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule. Akademische Rede* am 22 november 1886, Heidelberg. — Les idées définitives, tendant à la conciliation des deux points de vue, plus divergents en apparence qu'en réalité, me paraissent exprimées nettement par H. DERNBURG, *Pandekten*, § 17, *in fine*, t. I^{e}, 1896, p. 38. — *Adde* : P. LOMBARD, *Discours sur le Code civil allemand*. Séance d'inauguration de l'Université de Nancy, le 19 novembre 1896, Nancy, 1897, p. 23-25. — A. MORELLI, *La Funzione legislativa*, 1893, § 16, p. 146-153. — Voy. aussi, sur le règne général de la loi, dans l'Europe moderne P. van BEMMELEN, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 51-61.

ble en elle-même ; mais je prétends m'abstraire, en principe et pour le fond même de mon sujet, de toute discussion sur les conditions, tant intrinsèques qu'extrinsèques, d'une codification idéale, ou simplement désirable (1). Je ne veux donc rechercher, ni si la *législation* civile doit procéder par formules générales et abstraites, plutôt que par solutions concrètes et individuelles, faire dominer les principes théoriques de préférence aux visées pratiques, conserver un caractère national ou tendre à l'universalité du droit (2) ; ni si la *codification* moderne (3) a mission de prévoir toutes les difficultés, de trancher toutes les questions, suivant un idéal un peu chimérique et fort contestable (4) ; ni même, à un point de vue plus formel, si le succès des tentatives de confection, de révision ou de refonte des Codes ne requiert pas, sur le terrain parlementaire, une procédure spéciale, sacrifiant quelque peu les exigences constitutionnelles à la nécessité d'un résultat, et faisant plus

(1) Voy. par ex., PFAFF et HOFMANN, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, t. I, 1877, p. 45-53. — [*Adde* : *Le Code civil* (1804-1904). *Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, *passim*, notamment : Fr. GENY, *La technique législative dans la codification civile moderne*, t. II, p. 989-1038].

(2) On sait que ces questions ont été des plus agitées, à propos de l'élaboration du nouveau Code civil allemand, et surtout après la publication du premier projet. — Voy. notamment : F. ZRODLOWSKI : *Codificationsfragen und Kritik des Entwurfes eines B. G. für das deutsche Reich*, 1888, p. 29-40. Cpr. p. 2-21. — O. GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, 2e édition, 1889. — Et cons. : R. SALEILLES, *Notice sur le Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, de 1897, t. XXVI, p. 142-160, [*Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, *passim*, notamment p. 10-13 (§ II), et § XI, p. 104-122]. — Voy. encore : P. ŒRTMANN, *Le nouveau Code civil allemand*, dans : *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1897-1898, t. III, p. 641-657. — *Adde*, sur la part à faire respectivement à la *législation* et à la *coutume* : P. ŒRTMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 37-40.

(3) Voy., pour la comparaison de la codification justinienne aux codifications modernes : H. DERNBURG, *Pandekten*, § 6. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 19.

(4) THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1re édition, Heidelberg, 1814, p. 12 : « Man kann und muss an jede Gesetzgebung zwei Forderungen machen : dass sie formell und materiell *vollkommen* sei ». *Adde* : p. 25, p. 34. — C'était aussi l'idéal de BENTHAM (Voy. dans les *Traités de législation civile et pénale*, extraits de ses œuvres par Et. DUMONT, 3e édit., 1840 : *Vue générale d'un corps complet de législation*, t. III, p. 199 et sq.; notamment le chap. 31. *De l'intégralité du corps de droit*, p. 415-420), qu'E. ROGUIN a repris et développé avec complaisance, dans son opuscule précité : *Observations sur la Codification des lois civiles*, p. 82-100 et p. 104-120. — Cpr., quant à l'*Allgemeines Landrecht für die preuszischen Staaten* : FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuszischen Privatrechts*, 5e édit., t. I, 1887, § 6, p. 20-21.

grande place, dans l'élaboration législative, aux éléments techniques, par la diminution des éléments politiques (1). De propos délibéré, je laisse à l'écart toutes ces questions (2).

Fidèle à mon objectif strictement positif, et désireux de faire, avant tout, œuvre pratique, je prends simplement la législation et la codification françaises, telles qu'elles existent en fait et se présentent à nous, juristes positifs ; — avec leurs origines constitutionnelles bien connues : issues généralement de la collaboration de plusieurs organes ; — avec leurs tendances un peu complexes : exemptes de tout parti pris, échappant aux influences dogmatiques, soucieuses surtout de fournir quelques fermes points d'appui à la jurisprudence ; — avec leur forme simple et claire : procédant le plus souvent, sinon toujours, par solutions précises et concrètes (relativement, du moins) ; — enfin, avec leur esprit essentiellement pratique, et pénétré du but immédiatement entrevu, esprit bien reconnaissable, je le crois, dans l'ensemble de notre codification privée, mais plus accentué encore, j'ose le dire, dans nos lois les plus récentes. — En face de ce matériel législatif, *tel quel*, je voudrais principalement me demander si l'on ne conçoit pas, de la part du jurisconsulte, interprète du droit, une activité souple et féconde, qui, se gardant de jamais atteindre l'autorité des solutions légales, sache s'y appuyer sans s'y livrer totalement, et satisfaire à sa mission, sans abdiquer l'indépendance de jugement, ni la liberté de recherche, qui sont, pour la science juridique

(1) Cons. : BERTRAND, *Discours de rentrée à la Cour de cassation*, le 16 octobre 1888, § III, dans *Le Droit*, du 17 octobre 1888, p. 982. — E. GLASSON, *La Codification en Europe au XIXe siècle*, notamment la conclusion, dans : *Revue politique et parlementaire*, 1894-2e, t. II, p. 220-221 ; 1895-1e, t. III, p. 224-228. — *Adde* : Observations de Ch. LYON-CAEN à l'Académie des sciences morales et politiques, dans le compte rendu des *Séances et Travaux*, t. CXLV, p. 162, à propos de la présentation de : *Rede über die Civilprocessordnung*, von J. UNGER. — E. GARSONNET, Notice sur les lois autrichiennes de procédure civile du 1er août 1895, *Annuaire de législation étrangère* de 1896, t. XXV, p. 300.

(2) Sur la technique du nouveau Code civil allemand, voy. G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Einleitung, IV, 1, t. I, 1897, p. 20-21. — Cpr. Raoul de la GRASSERIE, *Projet de Code civil allemand*, 1893, Introduction, p. IX-XV et *Code civil allemand*, 1897, Introduction, p. XXV-XXIX. — [*Adde* : R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 110-117 (§ XI)].

positive, comme pour toutes autres disciplines de l'esprit, les conditions essentielles de la fécondité et du progrès.

Mais, avant même d'aborder ce côté positif de ma thèse, et pour en préparer le terrain, je dois m'attaquer directement à la méthode traditionnelle, et en tenter une critique, en quelque façon, négative, c'est-à-dire rechercher les points faibles de ce système d'interprétation, faire voir les vices essentiels qui s'attachent à ses excès, montrer, par là même, et, pour ainsi dire, *a priori*, qu'il doit nécessairement être contenu à certaines limites, où il apparaîtra comme insuffisant et incomplet. Ce qui pourra, j'espère, justifier l'essai, que je me propose ensuite (*a posteriori*), d'y introduire, avec les corrections nécessaires, quelques éléments nouveaux.

II

32. — Je ne ferai aucune difficulté de reconnaître que, par certains côtés, la méthode traditionnelle présente des avantages sérieux, qui doivent nous faire réfléchir, avant d'en entamer les bases. Non seulement, elle satisfait merveilleusement les exigences de cet *esprit classique* (1), dont on peut médire assurément, mais qu'il faut bien pourtant mettre en valeur comme un ressort actif et une force vive de notre tempérament national. Surtout, à un point de vue plus précis et plus pratique, ce système d'axiomes et de conséquents logiques, s'enchaînant les uns aux autres autour de l'appui solide de textes légaux, *peut paraître* donner à l'ensemble de notre droit positif une fermeté et une fixité de doctrine, qui assurent aux relations juridiques la sécurité indispensable. A quoi l'on peut ajouter encore, que l'interprète se sent particulièrement garanti, dans ses investigations, par l'inflexible direction, que *semblent* lui offrir des règles aussi catégoriquement tracées.

33. — Par contre, et au regard de ces mérites indéniables, quoique plus apparents peut-être que profonds, n'est-il pas bien facile de découvrir, dans cette forte synthèse, des infir-

(1) Voy. H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, t. I, L'Ancien Régime, liv. III, chap. II, notamment le § III, 7e édition, 1879, p. 262-265.

mités, qui condamnent de prime abord l'outrance de ses principes ?

On a, maintes fois, signalé le rôle effacé, et presque humilié, que cette méthode laisse à notre science, en l'asservissant au joug des textes, que corrigent mal les conceptions étroites et rigides, au moyen desquelles on les explique et les développe. Bien que cela n'aille pas sans de sérieux dommages scientifiques (1), il vaut mieux, peut-être, ne pas insister sur un pareil reproche, qu'on pourrait être tenté d'imputer à l'amour-propre professionnel, et qui, d'ailleurs, fût-il pleinement justifié, ne conduirait pas nécessairement à une réforme des procédés, usités pour la mise en œuvre de notre droit positif.

Mais, en pénétrant dans le domaine pratique, on aperçoit bien vite le vice capital du système, qui est de stagnifier le droit et d'arrêter d'emblée tout essor d'idées nouvelles. A s'en tenir aux conclusions de la méthode traditionnelle, toute question juridique doit être décidée par le moyen des solutions, consacrées positivement par le législateur ; desquelles, si besoin est, l'on déduit, à l'aide des constructions juridiques, les principes, qui, une fois découverts et fixés, ne doivent pas rester moins immuables que les textes eux-mêmes. Ainsi, on reste forcément, et *pour le tout*, rivé au *moment même de la naissance de la loi*. Et, quelle que soit l'évolution postérieure des situations ou des idées, on n'est pas autorisé à dépasser l'horizon entrevu par le législateur, à l'époque où il a porté sa règle (2). — Vienne même à surgir une question nouvelle, étrangère à cet horizon, et révélée postérieurement par la vie, on cherchera pourtant à la faire rentrer dans un cadre abstrait et général, fourni par la loi

(1) Voy. à ce sujet : C. Turgeon, dans *Revue internat. de l'enseignement*, 1890, 1e, t. XIX, p. 277-278 et p. 297-298. — Cpr. F. Despagnet, même revue, 1891, 1e, t. XXI, p. 540. — *Adde* : E. I. Bekker, *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule*, 1886, p. 20-22 ; — *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, *passim*.

(2) Cette antinomie, entre le régime de la codification et le développement nécessaire du droit (J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I, Anhang, 4e édition, p. 649), est, je le crois, dans une certaine mesure, irréductible. Mais je reproche à la méthode traditionnelle de l'avoir aggravée, loin de chercher à l'atténuer.

elle-même ou formé de ses solutions (1). Peut-être, le cadre conviendra-t-il mal à la situation qu'on y enferme. Il n'importe. Je sais bien, qu'avec une certaine dose de liberté dans l'interprétation, on prétend suffire à toutes les exigences (2). Mais cela ne va pas sans apporter quelque échec au principe même du système, et mettre sur la voie de l'empirisme, que l'on redoute par-dessus tout. — Et puis, quoi qu'on fasse, « un « moment arrive, tôt ou tard, où ce procédé est impuissant, « parce que le texte résiste, qu'il est impossible de le plier, « même de le tourner, et qu'il faut l'appliquer ou le « briser » (3). A ce point, où l'interprétation a prononcé son dernier mot, on se trouve contraint d'en appeler au législateur. Mais, sans parler des difficultés et des inconvénients, que présentent les réformes législatives de détail (4), n'est-ce pas la défaite même de la méthode juridique, que l'aveu de son impuissance à satisfaire, par elle-même, aux besoins de la vie?

Ce vice, essentiel, suivant moi, du système d'interprétation, purement légal et déductif, ce manque de plasticité, qu'il inflige au droit positif, s'aggrave d'une autre faiblesse, qui va nous conduire à des critiques plus précises. Tout en semblant s'attacher fidèlement à la loi et à la pensée qui l'a inspirée, la méthode traditionnelle laisse place, en réalité, au subjectivisme le plus désordonné. C'est la conséquence forcée, et comme la rançon, de la précision restrictive des procédés, qu'elle tient pour seuls légitimes. Quand il faut découvrir au législateur une pensée, qu'il n'a pas fait connaître, que peut-être il n'a point conçue, que souvent même il n'a pu avoir, l'interprète se trouve amené, par la force des choses, à substituer son idée propre à celle dont la représentation lui manque. On en revient à l'interprétation *tendancieuse* des anciens juristes de Rome (1), sans la justifier par l'unité des vues et le but d'une constante adaptation du droit aux besoins sociaux (2). De telle sorte que, sous le prétexte de mieux respecter la loi, on en pervertit l'essence. Et, c'est ainsi que, chez les jurisconsultes, qui affichent la plus scrupuleuse vénération pour le texte légal, on rencontre parfois des idées absolument personnelles, attribuées audacieusement au législateur (3). — Cette dénaturation de la loi ne serait que demi-mal, à mon gré, si elle était avouée et ouvertement pratiquée. Mais, ce qui en fait le principal danger, c'est l'hypocrisie qui la couvre. La conviction, que toute solution donnée doit être abritée derrière un texte, limite forcément la liberté d'allures de l'interprète. Surtout, elle la limite d'une façon stérile et pernicieuse, puisque, pour découvrir une pensée, réellement défaillante chez le législateur, on est amené pourtant à tenir compte de ce qu'il nous a livré (4). Ne serait-il pas, non seulement plus sincère, mais mieux adapté aussi au but supérieur de l'élaboration du droit positif, de reconnaître aux conceptions subjectives leur vrai caractère, et de leur laisser, dans le domaine de l'interprétation, le champ d'application qui leur est dû?

34. — Les considérations, qui précèdent, et qu'il serait facile de compléter encore (5), ne paraîtraient pas, à elles

(1) C'est ce qui est arrivé, par exemple, pour les assurances sur la vie au profit de tiers, que notre jurisprudence et la majorité des auteurs rattachent à l'art. 1121 C. civ. franç. — Je ne prétends pas, d'ailleurs, que ce rattachement soit illégitime; voy. ci-dessous, n° **101**, *in fine*.

(2) Comp. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, t. I, 1896, n° 80, p. 62-63.

(3) Batbie, *Révision du Code Napoléon*, Paris, 1866, p. 1.

(4) Voy., au surplus, sur l'infirmité et l'insuffisance de la législation, pour assurer le progrès du droit : Ed. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I (1re éd.). L'Ancien Droit, 1891, p. 728 [passage non reproduit dans la 2e édition de 1904].

(1) Sur l'interprétation tendancieuse des jurisconsultes romains, voy. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 4e édit. zweiter Theil, 2 Abth., § 44, p. 461-466; 3e éd. de Meulenaere, § 49, t. III, p. 153-158, qui nous montre, moyennant quelles conditions, entièrement étrangères à notre temps, ces procédés ont pu faire progresser la jurisprudence. — *Adde* : Ed. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, t. I (1re édition). L'Ancien Droit, 1891, p. 467-468, p. 733. [Comp. 2e édit., 1904, p. 25, p. 167-168].

(2) Sur ces efforts de l'interprétation à outrance de la loi, qu'elle émane de la doctrine, de la jurisprudence ou de la pratique, voy. un passage intéressant du *Rapport sur les concours* de la Faculté de droit de Paris, en 1897, par P.-F. Girard, p. 18 de la brochure officielle.

(3) [Le fait a été souvent relevé dans les solutions, de questions controversées du droit civil, défendues par F. Laurent].

(4) Savigny paraît avoir eu un sentiment très fin de cet écueil de la codification. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3e édit., 1840, p. 23.

(5) [Ed. Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Paris, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1900 (extrait de la *Revue internationale de l'Enseignement*), p. 1-8, a critiqué vigoureusement l' « *École des interprètes du Code*

seules, décisives, pour battre en brèche la constitution même du système d'interprétation, que je critique. Très aisément, on répliquerait que chaque méthode a ses défauts, qui ne se peuvent apprécier qu'au prix de ses avantages. On ajouterait, surtout, que les inconvénients d'une théorie de ce genre ne sont pas une preuve de son mal fondé. Il faut voir, avant tout, si la méthode appliquée n'est pas imposée par la nature même de la discipline, et si les principes essentiels de tout notre système de droit positif n'impliquent pas la mise en œuvre des seules règles d'interprétation précédemment résumées.

Aussi bien, ne me suis-je proposé, en mettant en avant quelques reproches, graves à mon sens, contre les procédés classiques de la dogmatique courante, que de préparer l'attaque nécessaire des bases mêmes de la théorie. C'est cette attaque que je veux maintenant entreprendre.

Les développements, présentés plus haut (première partie), sur les procédés d'élaboration du droit positif, constituant ce que j'ai appelé la méthode traditionnelle d'interprétation juridique, nous permettent de découvrir, comme fondements rationnels de cette méthode, deux idées capitales, qui peuvent, je crois, s'énoncer ainsi :

I° Sous l'empire d'une législation (civile) codifiée, telle qu'est la nôtre, toute solution juridique doit être rattachée, directement ou indirectement, à la loi écrite.

II° La mise en œuvre des éléments de décision, fournis par les textes, et leur fécondation ne peuvent être poursuivies qu'au moyen d'une logique serrée, principalement déductive, et supposant, à la base même de la loi, un nombre limité

civil » et, p. 8-9, montré la vanité des efforts déjà faits pour en secouer le joug. — Le même auteur, reprenant le même thème dans *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 16-22, a mis en relief les défauts, qu'il impute à la méthode d'interprétation, développée en France depuis 1804 : séparer la doctrine de la jurisprudence et constituer deux systèmes rivaux de droit positif ; tromper le public sur le droit réel ; arrêter le progrès juridique, sans assurer efficacement la sécurité des relations d'affaires. *Adde* encore *ibid.*, p. 22-29. — D'un autre côté, Th. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2 A). I Methoden=, und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 130-135 (§ 11. n° 2), expose les inconvénients du monisme dogmatique de la méthode traditionnelle, en présence du mouvement social actuel].

de conceptions abstraites, considérées comme s'imposant, *a priori*, à l'interprète, non moins qu'au législateur lui-même (1).

Si l'on tient pour vrais ces prétendus axiomes, placés au seuil de notre système juridique positif, on acceptera sans peine tous les développements de celui-ci. Au cas contraire, on sera sérieusement fondé à mettre en question la valeur totale de la méthode.

Je dois donc envisager de plus près chacune des idées que je viens de dégager, et les prendre, pour ainsi dire, corps à corps, afin d'en approfondir la substance rationnelle. Placé par la nature même de mon travail à un point de vue critique, je m'appliquerai surtout à dévoiler les excès de ces deux tendances, dont la juste mesure se trouvera ainsi plus facile à établir par la suite.

(1) Qu'on me permette de citer un passage du remarquable *Discours sur le Code civil allemand*, de mon très regretté maître, Paul Lombard, où je trouve signalées, en termes élégants et incisifs, les erreurs que je veux combattre ici : « ..... Avec notre esprit pratique et porté aux solutions simples, parfois superficielles, nous croyons volontiers que le droit peut sortir tout constitué de la volonté du législateur. — Que d'intelligences, même élevées, se figurent le droit comme une collection de règles, convenues ou imposées, susceptibles par elles-mêmes de pourvoir à tous les rapports d'intérêt ou de justice ! — Conception étroite et dangereuse ! — Elle tend à réduire la science juridique à un catalogue de données arbitraires et à un pur mécanisme de déductions scolastiques. — Elle conduit à demander au législateur ce qu'il ne peut procurer : des règles assez détaillées et compréhensives pour régir toutes les complications de la vie. Elle conduit enfin — chose plus funeste ! — à une foi superstitieuse dans la toute-puissance de l'État, maître de la loi. — Sans doute, les jurisconsultes savent bien que telle n'est pas la notion vraie du droit : mais, courbés sur les textes, il leur arrive parfois involontairement de raisonner comme s'ils partageaient l'opinion vulgaire ». — *Séance d'inauguration de l'Université de Nancy*, le 19 novembre 1896, p. 22.

CHAPITRE PREMIER

Exagération de l'élément légal dans la méthode juridique traditionnelle

SOMMAIRE : 35-36. Position de la question et analyse de ses éléments.

35. — Et d'abord, j'entends m'attaquer à ce *fétichisme de la loi écrite et codifiée*, qui forme le premier trait distinctif, en même temps que le plus saillant, de la méthode traditionnelle (1).

Assurément, — et je tiens à m'en expliquer de suite pour éviter une grossière méprise sur la portée de ma critique, — je n'ai pas ici le dessein de contester, à quelque degré que ce soit, l'autorité, reconnue à la loi écrite, dans le vaste domaine de la *compétence législative*, particulièrement en matière de droit privé. — On a pu s'élever, au nom de la conscience et du droit immanent, contre les lois positives, qui méconnaîtraient les principes de l'éternelle justice ou qui outrageraient l'évidente équité (2). Il a bien fallu reconnaître, pourtant, sur le

(1) Comp., sur cette tendance générale, des jurisconsultes modernes, à voir, dans la *législation*, la seule base vraie et légitime du droit : Savigny, *Traité de droit romain*, § 28, *initio*, trad. Guenoux, t. I, 1840, p. 163.

(2) Voy. surtout les belles pages de Benjamin Constant sur les droits individuels. *Cours de politique constitutionnelle*, 2e édit., 1872, t. I, p. 351-356. Cpr. p. 7-17, p. 256-264, p. 275-287, p. 347-350. — Voy. aussi : A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, 1881, liv. I, chap. II, § 4, p. 225-239. — La question demande surtout à être bien posée : Il n'est pas douteux qu'il existe des droits supérieurs à la volonté législative. Celle-ci ne s'exerce légitimement que pour *révéler* le droit, qu'elle ne *crée* pas. Mais, pour des raisons d'ordre général et de sécurité sociale, la loi doit être *présumée*, pour tous, révéler le droit supérieur à elle, tel qu'il existe. Cela étant, doit-on admettre que cette présomption soit ébranlée par la prétention de droits individuels méconnus, et à quelles conditions pourrait-elle l'être sans danger considérable ? En ces points gît la vraie difficulté. — Comp., pour une autre vue : Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, n° 105, p. 166-167. — Aux États-Unis, la jurisprudence a souvent considéré comme un excès de pouvoir, contraire à l'esprit de la Constitution, et, comme tel, nul de droit, tout décret législatif, qui contredisait l'équité naturelle, par exemple, en autorisant une injustice flagrante, ou en supprimant les garanties

terrain du droit positif, que de pareilles lois ne s'en imposaient pas moins, *provisoirement*, à l'obéissance, et que, permettre à chacun, de s'ériger en juge des dispositions légales, qui heurtent ses sentiments propres ou atteignent ses intérêts, n'irait pas moins qu'à légitimer l'anarchie dans la pratique même du droit (1). — En tout cas, et si large qu'on veuille faire la part de l'indépendance individuelle au regard de l'autocratie de la volonté générale, il n'est pas douteux, pour ce qui est de l'interprète, que la première règle de son activité consiste en une soumission entière à la loi, qui se dresse devant lui comme la barrière suprême, écartant *à priori*, sur les points qu'elle a fixés, tout jugement personnel, toute appréciation tendant à faire échec, dans son application positive, à la solution consacrée d'en haut et pour tous (2). Aussi, ne songé-je aucunement à mettre en question ici, soit l'importance de la loi écrite, comme source de droit positif, soit la nécessité même de sa suprématie (3).

Mais, en reconnaissant l'autorité légitime de la loi positive, il faut se garder d'en excéder le domaine. Et, c'est en ce point, à propos de cette question de *compétence*, que la méthode traditionnelle me paraît avoir fait fausse route. Consacrant et appliquant ce postulat, que toute solution juridique positive doit être dégagée de la loi écrite, elle tient pour supérieures au doute, et, en quelque façon, nécessaires,

de la liberté personnelle et de la propriété privée, dont le maintien est le premier devoir des Gouvernements. Voy. Duc de Noailles, *Cent ans de république aux États-Unis*, t. I, 1886, p. 226-227. — *Adde*, sur le droit et le devoir, pour le juge américain, de tenir pour non avenues les lois, qui méconnaissent la Constitution : de Noailles, *op. cit.*, t. II, 1889, chap. XVIII-XX, p. 142-211. [— Voy. encore G. Picot, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, janvier 1900, t. XXXI, p. 74-76]. — *Rappr.* la théorie française, exposée par A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2e éd., 1899, p. 19, p. 344-368, p. 390-401.

(1) Voy. C. G. Wächter, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, t. II, 1842, p. 22-23. — Cpr. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, 1869, nos 30-33, p. 66-73.

(2) Je tiens donc pour incontestable la pensée, qu'exprimait l'art. 1er du tit. IV du livre préliminaire, placé en tête du projet primitif du Code civil, et définitivement supprimé : « Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle ». Fenet, *Recueil complet des trav. préparat. du Code civil*, t. II, p. 6.

(3) [Je ferais aujourd'hui quelques réserves sur ces points. Voy. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV (à paraître ultérieurement) sur les rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif [chapitre consacré au conflit du droit naturel et de la loi positive écrite].

un certain nombre de déductions, dont les principales s'analysent comme suit : 1° le législateur a pu fournir réponse à tous les problèmes de la vie juridique; 2° en fait, il l'a voulu et réalisé, tout au moins dans la sphère de la législation codifiée, par conséquent, chez nous, pour toutes les matières du droit privé touchées par nos Codes ; 3° interprètes de la loi, nous devons y rechercher, à tout prix, les solutions qu'elle doit contenir, en suppléant, au besoin, le travail de pensée ou de prévision, qui semblerait avoir manqué de la part du législateur, et en prenant pour guide l'intention, qui se dégage de l'œuvre légale, envisagée dans son ensemble.

Or, non seulement, plusieurs de ces déductions me paraissent excessivement contestables en elles-mêmes; mais, surtout, j'estime qu'elles se rattachent toutes à une conception, absolument erronée dans son essence, tant de la *législation*, que de la *codification*, modernes.

36. — On attribue à la *Codification* le caractère d'une rénovation, totale et profonde, du système juridique lui-même, d'une sorte d'immobilisation de tous ses éléments, qui non seulement aurait agi sur les matières mêmes, refondues par le législateur, mais qui devrait réagir aussi sur les procédés d'élaboration scientifique du droit dans son ensemble. Et, cette idée a ses racines dans un préjugé plus profond, suivant lequel la *Législation* suffirait à donner à l'interprétation, par ses formules abstraites, toutes les directions nécessaires à la solution des problèmes du droit.

Ainsi, le régime de la codification moderne, aurait pour ainsi dire, renversé les positions dans l'œuvre de l'élaboration juridique. Faisant de la loi la seule base vraie et légitime du droit, il tendrait à réduire la science à un rôle purement mécanique. Toute règle juridique aurait aujourd'hui sa source, nécessaire et exclusive, dans la volonté souveraine du législateur, synthétisée par les Codes. L'interprète, magistrat, praticien ou savant, devrait se borner à constater ou à déduire la solution légale, pour l'appliquer, en quelque façon mathématiquement, aux hypothèses concrètes (1).

(1) Comp. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3e édition, 1840, p. 5 et p. 6, *in fine*. — *Adde* p. 87-88.

De pareilles idées demandent à être appréciées, pour elles-mêmes, en scrutant, par une analyse rationnelle, la nature propre des notions de *codification* et de *législation*, qu'elles prétendent représenter.

Mais, avant d'en venir à cette recherche, d'ordre plus spécialement philosophique, il ne sera, je crois, ni sans intérêt, ni sans profit, pour le but que je me propose, de me placer, d'abord, dans le domaine tout concret de l'histoire juridique, en vue de reconnaître, d'un peu plus près, quelles causes ont pu amener ces conceptions abusives sur le rôle attribué à la législation codifiée, et d'examiner la valeur des raisons qu'on peut trouver, à leur appui, dans l'état actuel de notre civilisation et de nos lois.

SECTION I

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION DE CODIFICATION DANS LE DROIT FRANÇAIS MODERNE

SOMMAIRE : I. *Notion originaire de la codification.* — 37. Exposé general. — 38-39. Influence des origines révolutionnaires de la codification moderne. — 40. La séparation des pouvoirs et le référé au législateur. — 41. Conception originaire du Tribunal de cassation. — 42. Synthèse du système.
II. *Sort du système bâti sur cette notion originaire.* — 43. Étude purement historique de ses résultats. — 44. Disparition progressive du référé au législateur. — 45. Évolution dans le rôle du Tribunal (puis de la Cour) de cassation.
III. *Notion définitive de la codification chez le législateur français.* — 46. Évanouissement rapide des illusions primitives. — 47-49. Comment les rédacteurs du Code civil ont compris la codification. — 50. Résumé sur ce point. — Évolution postérieure.

I

Notion originaire de la codification

37. — Évidemment, c'est aux origines mêmes de la législation codifiée, qu'il se faut adresser, pour en saisir la conception primitive, qui a dominé tout le développement ultérieur. Et, en ce qui concerne particulièrement notre codification française, il ne me paraît aucunement douteux, que la notion

singulière, que beaucoup s'en font encore aujourd'hui, suivant nos constatations antérieures (voy. ci-dessus n^os^ 26-29), ait ses racines les plus profondes dans certaines illusions révolutionnaires, qui, bien que désavouées par la suite, n'ont pas laissé de fortement agir sur l'esprit contemporain. Plus précisément, je crois apercevoir deux considérations principales, qui ont dû déterminer ce résultat : l'une, d'un caractère un peu vague, mais d'une portée très profonde pourtant, tient aux circonstances historiques et politiques, au milieu desquelles s'est réalisée, chez nous, la codification ; l'autre, de nature technique, partant moins large dans son effet, en revanche plus décisive aux yeux des juristes, se rattache à diverses dispositions de notre législation positive, qui tendaient à préparer la mise en vigueur de nos lois codifiées.

38. — Tout d'abord, le moment historique, auquel s'est produite en France la codification, a été de grande conséquence, pour favoriser une conception excessive, de son rôle, dans l'opinion publique. Au lieu d'intervenir dans un de ces temps, moyens et calmes, que SAVIGNY (1) considérait comme seuls favorables à son éclosion, elle est apparue au milieu d'une époque extrêmement troublée, et à l'aurore d'une situation politique, assise sur des bases absolument nouvelles. Bref, le Code civil surtout s'est présenté, dès sa naissance, comme une des œuvres capitales de la Révolution. — De fait, il est bien difficile de mettre en doute, que le grand mouvement, politique et social, de la fin du XVIII^e^ siècle, ne fût-ce que par l'unification et l'harmonie, qu'il nécessitait dans les institutions privées (2), ait singulièrement contribué à réaliser, avec une rapidité inattendue, la condensation, et, pour partie, la rénovation de notre législation civile. Et, l'on sait aussi que chacune des Assemblées révolutionnaires avait apporté sa contribution à cette œuvre, menée à terme par le Consulat et l'Empire (3).

(1) *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3^e^ éd., 1840, p. 26.

(2) Sur le raccordement nécessaire du droit privé avec de nouvelles institutions politiques, voy. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3^e^ édit., 1840; p. 16. — *Adde :* P. LOMBARD, *Discours sur le Code civil allemand*. Séance d'inauguration de l'Université de Nancy, le 19 novembre 1896, Nancy, 1897, p. 24-25.

(3) Voy. PORTALIS, *Exposé des motifs au Corps législatif*, le 28 ventôse an XII, de la loi du 30 ventôse an XII. FENET. *Recueil complet des trav. préparat. du Code civil*, t. I, Précis historique, p. XCVIII-XCIX. — *Adde :* Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française*, 1898, p. 47-55, p. 381-395.

(1) Comp. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 16.

(2) Ou plutôt de cette phase sociale, que les Allemands appellent volontiers : *Aufklärungszeit*. — Voy. ici Ch. ADAM, *La Philosophie en France*, 1894, p. 55 : « Mais le XVIII^e^ siècle ne voulait pas borner sa vue au présent, et ne subvenir « qu'à des besoins d'un jour; rien ne lui était plus étranger que cette conception des sociétés humaines, qui sont dans un perpétuel changement, comme il « devait bientôt en faire l'expérience à ses dépens ; mais, en attendant, il rêve la « fixité : la perfectibilité même ne lui suffit pas, il veut la perfection ». — Cpr. *ibid.*, p. 49.

(3) Voy., en ce sens, ce passage significatif de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3^e^ éd., 1840, p. 4-5 : [« Sinn und Gefühl für die Grösze und Eigenthümlichkeit anderer Zeiten, so wie für die naturgemäsze Entwicklung der Völker « und Verfassungen, also alles, was die Geschichte heilsam und fruchtbar « machen musz, war verloren : an die Stelle getreten war eine gränzenlose « Erwartung von der gegenwärtigen Zeit, die man keinesweges zu etwas geringerem berufen glaubte, als zur wirklichen Darstellung einer absoluten Voll- « kommenheit »]. — Comp. H. TAINE, *L'ancien Régime*, liv. III, l'Esprit et la Doctrine. *Origines de la France contemporaine*, 7^e^ éd., 1879, t. I, p. 221-328. — *Adde :* P. ŒRTMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 10. — Le même esprit, sous une forme un peu différente, a dominé la rédaction de l'*Allgemeines Landrecht für die preuzischen Staaten*, de 1794. Voy. E. I. BEKKER. *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 6-8.

(4) Cpr. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XXVI, *in fine*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 157-158. — A. MORELLI, *La funzione legislativa*, 1893, § 40, p. 293-294.

Or, toutes ces circonstances ne font-elles pas bien sentir, en même temps, quel caractère, exagérément novateur et définitif, se trouvait, par là même, attaché à ces codes, qui semblaient inaugurer une ère nouvelle ? Ils achevaient de rompre le pont qui aurait pu relier l'ordre nouveau au passé. Et, comme, de parti pris, on prétendait renoncer à tout appui antérieur, il fallait bien, ce semble, attacher, à celui qu'on se donnait, sous la forme de ces lois d'ensemble, réputées complètes et parfaites, une fermeté d'assise, qui ne pouvait résulter que de l'empire, souverain et exclusif, de leurs dispositions (1). En cela, on restait fidèle à l'esprit du dix-huitième siècle (2), trop confiant dans la nature et la raison, pour douter de la possibilité d'un semblable tour de force (3). Peut-être aussi cédait-on à un entraînement d'enthousiasme, qui fait croire, à certaines époques, qu'on est arrivé au *culmen* du progrès et que l'on domine, d'une vue sûre, tout l'avenir (4).

39. — Déjà, dans le pressentiment d'un gouvernement libre, MONTESQUIEU avait marqué, en termes énergiques, la suprématie de la loi, au regard des jugements qui l'appliquent :

(1) Comp. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 16.

(2) Ou plutôt de cette phase sociale, que les Allemands appellent volontiers : *Aufklärungszeit*. — Voy. ici Ch. ADAM, *La Philosophie en France*, 1894, p. 55 : « Mais le XVIII^e^ siècle ne voulait pas borner sa vue au présent, et ne subvenir « qu'à des besoins d'un jour; rien ne lui était plus étranger que cette conception des sociétés humaines, qui sont dans un perpétuel changement, comme il « devait bientôt en faire l'expérience à ses dépens ; mais, en attendant, il rêve la « fixité : la perfectibilité même ne lui suffit pas, il veut la perfection ». — Cpr. *ibid.*, p. 49.

(3) Voy., en ce sens, ce passage significatif de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3^e^ éd., 1840, p. 4-5 : [« Sinn und Gefühl für die Grösze und Eigenthümlichkeit anderer Zeiten, so wie für die naturgemäsze Entwicklung der Völker « und Verfassungen, also alles, was die Geschichte heilsam und fruchtbar « machen musz, war verloren : an die Stelle getreten war eine gränzenlose « Erwartung von der gegenwärtigen Zeit, die man keinesweges zu etwas geringerem berufen glaubte, als zur wirklichen Darstellung einer absoluten Voll- « kommenheit »]. — Comp. H. TAINE, *L'ancien Régime*, liv. III, l'Esprit et la Doctrine. *Origines de la France contemporaine*, 7^e^ éd., 1879, t. I, p. 221-328. — *Adde :* P. ŒRTMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 10. — Le même esprit, sous une forme un peu différente, a dominé la rédaction de l'*Allgemeines Landrecht für die preuzischen Staaten*, de 1794. Voy. E. I. BEKKER. *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 6-8.

(4) Cpr. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XXVI, *in fine*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 157-158. — A. MORELLI, *La funzione legislativa*, 1893, § 40, p. 293-294.

« Plus le gouvernement approche de la république, plus la « manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement « républicain, il est de la nature de la constitution que les « juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen « contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de « ses biens, de son honneur ou de sa vie [... Le juge pro- « nonce la peine que la loi inflige pour ce fait; et, pour cela, « il ne lui faut que des yeux »] (1). Et encore : « Si les tribu- « naux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être « à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de « la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on « vivrait dans la société sans savoir précisément les engage- « ments que l'on y contracte [... Les juges de la nation ne « sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des « êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la « rigueur »] (2).

L'Assemblée constituante s'empare de ces idées et les pousse à l'extrême, en les généralisant. Désireuse de hâter toutes les réformes, elle escompte, en quelque sorte, la codification prochaine, et a constamment en vue le règne absolu de la loi dans la sphère juridique. Déjà, dans le fameux décret des 4-11 août 1789, elle a annoncé (art. 10) la volonté de confondre tous les privilèges particuliers des provinces dans le *droit commun de tous les Français* (3). S'attaquant, pour sa part, à l'œuvre d'une constitution nouvelle, elle la construit

(1) *Esprit des lois*, liv. VI, chap. III, éd. Garnier, p. 73.

(2) *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI, éd. Garnier, p. 144. — Comp. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, liv. II, Chap. VI-VII. [— Et voy. G. Dumesnil (*Jean-Jacques Rousseau*) dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1901, t. XIII, p. 126-128, p. 137; d'après cet auteur, Rousseau voulait donner aux lois de l'ordre politique la force et l'efficacité, qui appartient aux lois de l'ordre naturel. — Cette dernière idée est nettement exposée par Cambacérès à la Convention (Rapport sur le premier projet du Code civil) : « Que ce soit en un mot par le petit nombre des tex- « tes que nous arrivions à cette unité harmonique qui fait la force du corps social, « qui en dirige tous les mouvements dans un accord merveilleux, à peu près « comme les lois simples de la création président à la marche et à l'harmonie de « l'Univers (Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, « p. 3)].

(3) Comp. la déclaration du Tiers-État (Communes), à la séance du 17 juin 1789 : « ... il est encore indispensable de conclure qu'il lui appartient et qu'il « n'appartient qu'à elle (l'Assemblée) d'interpréter et de présenter la volonté « générale; il ne peut exister, entre le trône et cette Assemblée, aucun *veto*, « aucun pouvoir négatif ». *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 126, col. 1, *in fine*.

en prévision de cette législation, complète, souveraine, suffisante à tout, qu'elle tient pour assurée à un proche avenir (1). — Et, cette idée fixe des constituants, appuyée d'ailleurs sur une conception tranchante de la séparation des pouvoirs, se traduit, d'une façon très technique et très précise, en certaines dispositions législatives, comprises dans les décrets d'organisation judiciaire, et qu'il importe d'examiner d'autant plus près, qu'elles peuvent être considérées comme ayant fourni une base, juridique et positive, à la notion exaspérée de la codification, que je cherche à percer à jour (2).

40. — C'est, d'abord, le décret organique des 16-24 août 1790, qui, consacrant le principe de la séparation des pouvoirs, et soucieux surtout de faire obstacle aux empiètements du pouvoir judiciaire sur le législatif (tit. II, art. 10), réserve jalousement à l'Assemblée législative, non seulement le droit de prendre toutes dispositions générales, mais celui même d'interpréter la loi (tit. II, art. 12). — Et, — qu'on veuille bien le remarquer, — ce n'était pas là simple application de la maxime ancienne et toujours vraie : *Ejus est interpretari legem cujus est condere*. Car, tandis que, dans son sens incontestablement exact, cet adage ne vise qu'une interprétation officielle et générale de la loi, douée elle-même de valeur législative (*interprétation légale* ou *authentique*), la disposition précitée du décret de 1790, exagérant et peut-être dénaturant une règle formulée précédemment, quant à l'interprétation des ordonnances royales (*ordonnance d'avril* 1667, tit. I, art. 7), était conçue dans un esprit essentiellement restrictif, et tendait à limiter

(1) [Comp. encore : H. Taine, *Les Origines de la France contemporaine*, t. V. Le Régime moderne, vol. II, Paris, 1891, p. 413 (Livre IV, chap. II, § IV) : « Selon « l'usage révolutionnaire et français, le législateur était tenu d'instituer l'uni- « formité et de faire des symétries : ayant mis le suffrage universel dans la « société politique, il a dû le mettre aussi dans la société locale. On lui avait « commandé d'appliquer un principe abstrait, c'est-à-dire de légiférer, d'après « une notion sommaire, superficielle et verbale, qui, écourtée de parti pris et « simplifiée à outrance, ne correspondait pas à son objet. Il a obéi, rien de plus : « il n'a pas entrepris au-delà de sa consigne »].

(2) Rappr., au point de vue pénal, la tendance à l'automatisme du juge, dans le Code pénal de 1791. R. Saleilles, *L'Individualisation de la peine*, Paris, Alcan, 1898, p. 52.

la liberté même de l'interprétation judiciaire (interprétation doctrinale *in concreto*) (1).

En tout cas, on en fit sortir l'institution du *référé législatif*, non seulement, pour autoriser les juges (*référé facultatif*) à s'en remettre au législateur touchant sur la solution d'un point de droit, laissé douteux par le texte légal (2), mais pour, en certains cas même, les y obliger (*référé obligatoire*), quand, à la suite de contradictions judiciaires, révélant un conflit flagrant d'autorités sur une même question de droit, apparaissait une lacune évidente dans le système de la loi (art. 21, al. 2 du décret des 27 novembre-1er décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et constitution des 3-14 septembre 1791, tit. III, chapitre V, article 21). N'était-ce pas manifester très clairement la pensée que, désormais, tous les éléments des solutions juridiques devaient être fournis par la

(1) C'est ce qui me paraît ressortir nettement de l'examen des divers projets et de la discussion législative du décret des 16-24 août 1790. — Voy. 1er projet, présenté par BERGASSE, le 17 août 1789, au nom du Comité de constitution, tit. I, art. 9, *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 446; — 2e projet, présenté par THOURET, le 22 décembre 1789, au nom du même Comité, tit. I, art. 8, *Arch. parlem.*, 1re série, t. X, p. 725, et nouveau projet, tit. I, art. 12, *ibid.*, p. 735; — projet de CHABROUD, présenté le 30 mars 1790, tit. I, art. 8, *Arch. parlem.*, 1re série, t. XII, p. 451-452; — discussion de l'art. 12, tit. I, du projet du Comité de Constitution, le 5 juillet 1790, *Arch. parlem.*, 1re série, t. XVI, p. 703-704. — En somme, l'idée de la Constituante paraît bien avoir été que les tribunaux devaient se borner à *appliquer* la loi, dans ses dispositions claires et précises, sans pouvoir l'*interpréter*, au cas de difficulté réelle et sérieuse sur sa portée. Entre ces deux termes, *application* et *interprétation*, la distinction assurément ne laissait pas d'être délicate. Mais on sait qu'une distinction du même genre s'impose aujourd'hui encore, relativement à l'appréciation des actes administratifs, soumis incidemment aux tribunaux judiciaires. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e édit., 1896, t. I, p. 498-499. Et, comp. le même auteur, t. II, p. 46-52, sur le rôle des tribunaux, quant aux traités internationaux concernant le droit privé. — Voy. aussi, quant à ce dernier point : Crim. cass. 27 juillet 1877, D. P. 78-1-137. — *Adde*, sous la Convention, le décret des 14-16 frimaire an II, section II, art. 11, qui interdit à toute autorité l'interprétation des lois, réservée à la Convention seule. — Mais, voy., en sens contraire, MERLIN, *Répertoire*, v° Interprétation, n° III, 5e édition, 1827, t. VIII, p. 562. — En notre sens : O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 18, note 50, t. I, 1895, p. 140. — Cpr. MAILHER de CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, 1822, §§ CLVIII, p. 258-260 et § CLVII, p. 256-258.

(2) Cette faculté dangereuse, déduite de l'art. 12, tit. II, D. 16-24 août 1790, fut, d'ailleurs, sagement limitée par la jurisprudence de la Cour suprême. Voy. MERLIN, *Répertoire*, v° Référé au législateur; — FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, sur l'art. 4, nos 1-9. — En l'an IV, le ministre de la justice avait pris aussi diverses mesures, tendant à restreindre la faculté d'en référer au pouvoir législatif. Voy. observations sur la loi du 16 septembre 1807, dans SIREY, *Recueil général des lois et arrêts*, t. VIII, 2, p. 39.

loi ? Et, cette pensée ne se liait-elle pas à la promesse d'une codification générale, formellement contenue au décret des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 19-21), renouvelant, en partie, un décret du 5 juillet 1790; promesse répétée encore par la constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. I, *in fine*), et, plus tard, par celle du 24 juin 1793 (art. 85)?

41. — La même idée se retrouve, plus profondément peut-être, quoique plus subtilement, infuse, dans une autre institution du même temps, qui se lie intimement aux précédentes, et que nous pouvons d'autant moins négliger, que, constituée sur une base solide en 1790, elle a conservé jusqu'à nous sa portée et son influence essentielles. Je veux parler de la Cour de cassation, et du rôle propre qui lui est assigné, en qualité de régulatrice suprême, dans l'interprétation du droit, et son application aux litiges soulevés par les conflits d'intérêts privés.

On sait que, poursuivant sa pensée d'unification dans la sphère juridique, et afin d'assurer, au moyen d'un contrôle supérieur, le respect de la *Loi*, l'Assemblée constituante compléta la réforme judiciaire, résultant, pour la plus grande part, du décret des 16-24 août 1790, par l'organisation du Tribunal de cassation, due à la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, et que, depuis la mise en vigueur de cette dernière loi, le Tribunal de cassation supplanta complètement l'ancien Conseil des parties, auquel il empruntait seulement quelques règles de procédure et de fonctionnement intérieur (art. 28 Décret 27 novembre-1er décembre 1790). — Au fond, l'analogie des deux institutions, si elle résidait dans leur raison d'être et leur fondement essentiel, devait bientôt faire place à une divergence totale de rôle et de tendances, divergence qui n'a fait que s'accentuer avec le temps (1). Tandis que l'ancien

(1) Il suffit, pour s'en convaincre, — pour se rendre compte de la distance qui sépare la Cour de cassation, telle qu'elle fonctionne sous nos yeux, de l'ancien Conseil des parties, — de comparer le maigre bilan des affaires soumises à ce Conseil et des procès tranchés par lui, tel qu'il fut présenté, par GOSSIN, à l'Assemblée constituante, le 12 août 1790 (*Archives parlementaires*, 1re série, t. XVII, p. 739, col. 1), avec le résultat des dernières statistiques annuelles sur l'*Administration de la justice civile et commerciale*, qui mettent en plein relief le rôle prépondérant acquis, dans notre pratique judiciaire, par la Cour de cassation. — Sur les causes de moindre influence de l'ancien Conseil des parties, voy. E. GLASSON dans : *Grande Encyclopédie*, v° Cassation, t. IX, p. 680, col. 2, *in fine* et p. 681, col. 1, *initio*.

recours au Conseil privé du Roi avait vraiment, en fait comme en droit, le caractère d'une voie exceptionnelle et exorbitante, exclusivement destinée à venger les ordonnances (1), mais, au surplus, mal définie dans ses conditions, partant rarement employée, toujours quelque peu arbitraire dans son exercice et dans son succès, notre pourvoi en cassation moderne, tout en restant, en droit, voie de recours extraordinaire, est devenu d'un usage fréquent, très précis dans son application et dans tout son jeu, aussi sûr pour le plaideur que précieux pour l'interprète ; réalisant efficacement le but de contrôle supérieur et de redressement juridique universel, qui nous paraît aujourd'hui la mission nécessaire de notre juridiction suprême (2).

Or, si nous recherchons la pensée fondamentale, qui a présidé à l'établissement du Tribunal de cassation, nous ne pouvons douter que l'Assemblée constituante ait très formellement entendu limiter son rôle à une surveillance, stricte et rigide, du mécanisme judiciaire, dans l'application des lois, dont on prétendait doter complètement la France à bref délai. — C'est ce qui nous apparaît de tout l'ensemble de la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, éclairé par la discussion législative. L'article 1er porte : « Il y aura un Tribunal de cas-« sation établi auprès du Corps législatif. » (Comp. Constitution des 3-14 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 19). Et, le sens de cette disposition, que nous révèlent maints orateurs (3), c'est que le Tribunal de cassation ne fait pas, à vrai dire, partie du pouvoir judiciaire, qu'il siège à part, au-dessus de ce pouvoir, plutôt comme une émanation du pouvoir législatif, qui le délègue, en quelque sorte, à l'effet de

(1) Tolozan, *Règlement du conseil*, Paris, 1786, in-4, p. 260. — Mémoires, à Louis XV, de Joly de Fleury, et de Gilbert des Voisins, reproduits par Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, chap. XXXI, sect. 10, dans ses *Œuvres judiciaires*, éd. de 1844, p. 635, col. 2, et p. 636, col. 1. — Arrêt du Conseil du 18 décembre 1775, Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XXIII, p. 290. — *Adde :* Henrion de Pansey lui-même, *op. cit.*, p. 638. — Cpr. É. Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, n° 21, p. 60-64.

(2) [Comp. ci-après, n° 178].

(3) Discours à la Constituante, le 25 mai 1790, de Goupil de Préfeln, Garat l'aîné, Chabroud, *Archives parlementaires*, 1re série, t. XV, p. 668, col. 1, p. 679, col. 1 et col. 2. — Discours de Robespierre, le 9 novembre 1790, de Goupil, le 10 nov. 1790, *Arch. parlem.*, 1re série, t. XX, p. 336, col. 2, et p. 350, col. 2.

contrôler, de surveiller, on a même dit, *d'inspecter* l'application de la loi. — Écoutons, par exemple, le rapporteur du décret, Le Chapelier, nous exprimer le sentiment du Comité de constitution, au nom duquel il présentait le projet : « ..... Le « Comité a pensé que la cassation des jugements, en contra-« vention à la loi, n'était pas un droit du pouvoir exécutif, « auquel appartenait seulement celui de réprimande envers « les juges, mais devait être attribué à un Tribunal de cassa-« tion, qui, placé entre les tribunaux particuliers et la loi, « serait chargé d'en surveiller complètement l'exécution. Ce « droit de surveillance doit être conféré par le Corps législa-« tif, parce qu'après le pouvoir de faire la loi venait naturel-« lement celui d'en surveiller l'observation, de telle manière « que, si cela était possible, il serait dans les véritables prin-« cipes, que les jugements, contraires à la loi, fussent cassés « par des décrets... » (1).

Il est vrai que la conséquence logique de ces idées, qui était de faire élire directement les membres du tribunal suprême par le Corps législatif, ne fut pas admise, et que, afin, ce semble, d'échapper à un partage difficile entre le Roi et l'Assemblée (2), on leur appliqua, comme à tous les juges, le système de l'élection populaire (3). Mais, on n'en persistait pas moins à les considérer comme étrangers à l'ordre judiciaire, et placés dans une dépendance étroite du Corps législatif (voy. notamment les art. 24 et 29 du Décret des 27 novembre-1er décembre 1790. — Cpr. Constitution des 3-14 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 22 ; — Constitution du 5 fructidor an III, art. 257) (4).

Aussi bien, quelle était, en dehors de ses attributions secondaires, manifestant déjà sa suprématie sur le pouvoir judi-

(1) Séance du 25 octobre 1790, *Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 22, col. 2.

(2) Séance du 11 novembre 1790, *Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 370, col. 2.

(3) Complément de la loi des 27 nov.-1er déc. 1790 : forme de l'élection du Tribunal de cassation.

(4) Comp., à ce sujet : É. Alglave, *Action du Ministère public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e édit., 1874, t. I, p. 564, et p. 636-640. Appendice, note II, sous ce titre : Les attributions de la Cour de cassation rentrent-elles dans le pouvoir législatif ou dans le pouvoir judiciaire ? — Historique. — *Adde* L. Duguit, dans : *Revue d'Économie politique*, 1893, t. VII, p. 592-594.

ciaire (art. 2), en dehors aussi de son contrôle sur la procédure, quelle était la mission propre du Tribunal de cassation? C'était, comme l'exprimait l'article 3, d'annuler « tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte « de la loi. » La limitation de pouvoirs, incluse dans cette disposition, était capitale, dans la pensée de la loi organique. Non seulement, on interdisait formellement au Tribunal de cassation, de « connaître du fond des affaires » (art. 3, al. 3); mais, il ne devait casser qu'en présence d'une atteinte flagrante à la loi (*adde* : art. 17 et 24). Au surplus, tous les orateurs étaient d'accord sur ce point (1). D'autre part, cette pensée se liait à l'espoir d'une codification prochaine, comme le laissait clairement entendre l'article 3, al. 2 : « Et, jusqu'à la formation d'un Code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure, prescrites sous peine de « nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire, donneront ouverture à cassation ».

Ne trouvons-nous pas, dans l'ensemble de ces dispositions, la manifestation implicite, mais très nette, de l'idée, que nous cherchons à pénétrer, savoir que, dans une législation entièrement codifiée, comme celle que l'on attendait, tout droit reconnu doit se dégager de la loi; puisque, devant faire du Tribunal de cassation l'arbitre suprême des difficultés juridiques, on bornait pourtant sa mission à venger le texte légal?

42. — Et, l'on sent, en même temps, que ces dispositions se rattachaient fort logiquement à l'institution, mentionnée plus haut, du *référé législatif obligatoire*, qu'avait organisée le même décret (art. 21 al. 2), et qui procédait de la même conception.

Pris dans son tout, le système pouvait être ainsi présenté : La loi s'imposant aux tribunaux, et devant leur suffire pour dégager le droit, si les juges du fond la méconnaissent ouvertement, le Tribunal de cassation est là pour annuler leur

(1) Séance du 12 août 1790, THOURET, rapporteur, et GOSSIN, *Archives parlement.*, 1re série, t. XVII, p. 737, col. 1 et col. 2. — Séance du 9 novembre 1790, PRUGNON et CHABROUD, *Arch. parlem.*, 1re série, t. XX, p. 333, col. 2, et p. 337, col. 2. — Séance du 10 novembre 1790, PRIEUR, *Arch. parlem.*, t. XX, p. 351, col. 2.

décision. Que si, malgré cette censure, la résistance des tribunaux ordinaires persiste jusqu'à exiger une seconde cassation, il y aura présomption que la loi est obscure ou insuffisante sur le point litigieux. Et, le Tribunal de cassation devra provoquer une interprétation, officielle et obligatoire, de la part du pouvoir législatif, seul compétent pour résoudre tous les problèmes juridiques.

Pareil système impliquait évidemment que la loi devait suffire à tout dans le domaine juridique; qu'en tout cas, l'interprète n'était pas fondé à rechercher hors d'elle les principes, destinés à trancher les conflits d'intérêts, qui s'agitaient devant lui (1).

Au surplus cette conception législative de la Constituante n'est pas, en soi, un phénomène unique. Elle s'était produite déjà, avec des conséquences analogues, à l'occasion de codifications célèbres. — On connaît les fameuses constitutions de JUSTINIEN, proclamant son œuvre législative parfaite, en interdisant tout commentaire privé, réduisant les juges à une fonction presque mécanique, et réservant à l'Empereur seul l'interprétation des doutes qui viendraient à surgir sur le sens des lois (c. 1, § 2; c. 2, § 21; c. 3, § 21, C. *De veteri jure enucleando*, I, 17 et c. 12, § 1, C. *De legibus*, I, 14) (2). — A une époque bien plus récente et toute voisine de notre Révolution, en 1786, une disposition du même genre avait été édictée par JOSEPH II, pour l'Autriche (3). — En Prusse, des ordonnances, analogues à celles de JUSTINIEN, émanées de FRÉDÉRIC II (4), avaient précédé la mise en vigueur de l'*Allgemeines Land-*

(1) Rappr. encore l'art. 208, *in fine*, de la Constitution du 5 fructidor an III, exigeant l'énonciation, dans tous les jugements, des « termes de la loi appliquée ». — Et, sur l'induction, qu'on peut tirer de ce texte, voy. G. DELISLE, *Traité de l'interprétation juridique*, § 46, t. I, 1849, p. 127.

(2) Sur ces constitutions de Justinien, voy. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, §§ 26, 47, 48, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 155-156 et p. 294-304. — Rappr. les dispositions, édictées par PIE IV après le Concile de Trente, notamment dans la Bulle de confirmation « Benedictus Deus ». HÜBLER, *Kirchliche Rechtsquellen*, 1888, p. 41.

(3) *Josephinisches Gesetzbuch*, du 1er novembre 1786, I, § 24. — Mais voy., en sens contraire, l'art. 7 du Code autrichien de 1811, reproduit du *Westgalizisches Gesetzbuch* de 1797, I, § 18.

(4) SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e édit., 1840, p. 87-88.

recht et fait passer dans ce code quelques dispositions nettement restrictives des pouvoirs du juge (1-2).

Ce qui peut étonner, chez nous, c'est que de semblables dispositions aient été portées, par anticipation, et en l'absence d'un plan de codification d'ores et déjà arrêté. Peut-être cette circonstance explique-t-elle aussi l'aveuglement naïf, qui emportait toute la législation révolutionnaire vers un idéal chimérique, que des esprits plus rassis et plus clairvoyants ne devaient pas tarder à désavouer.

II

Sort du système bâti sur cette notion originaire

43. — Nous voici, en effet, maintenant, amenés à nous demander, quelle a été la fortune définitive du mouvement législatif, qui vient d'être esquissé. Et, sans examiner encore la question d'un point de vue rationnel, sans rechercher, dès à présent, si, même en présence de textes formels, nous devrions nous tenir pour liés par une conception aussi manifestement utopique que celle de la Constituante, en nous cantonnant, pour l'instant, au pur terrain historique, il reste à savoir, pourtant, si ces idées ou ces actes de la période intermédiaire conservent, à l'heure actuelle, quelque valeur impérative, ou, à tout le moins, quelque autorité sérieuse, qui puisse influer

(1) *Allgemeines Landrecht*, Publikationspatent, art. XVIII, et Einleitung, §§ 47-48, 50 et 52. — Ces dispositions furent, d'ailleurs, bien vite (Kab.-Ordre 8 mars 1798) atténuées. *Erster Anhang zum Landrecht*, Berlin, 1803, § 2, *ad* § 48 de l'*Einleitung*. — Leurs derniers vestiges n'ont été définitivement effacés que par un rescrit du 18 avril 1840, qui reconnut, aux tribunaux prussiens, pleine indépendance pour l'interprétation des lois. — Sur tout cela, voy. Savigny, *Vom Beruf*, 3 édition, 1840, p. 88-89; *Traité de droit romain*, § LI, trad. Guenoux, t. I, p. 321. — Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, t. I[e], 1887, p. 26 et p. 70.

(2) [N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 475-476, signale, pour la Russie, un système d'interprétation d'autorité, après avis du Conseil d'État, dans les cas de grand doute ou d'obscurité grave sur le sens de la loi. Mais la réforme judiciaire de 1864 a, nous dit-il, supprimé la défense, faite aux tribunaux, d'interpréter la loi. — O. Bülow, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, 1901, dritter Brief, p. 35-55, a formulé, avec un humour un peu gros et sans doute ironique, la proposition d'une autorité centrale, issue de la Commission qui avait élaboré le Code civil allemand de 1896, en vue d'interpréter ce code d'une façon obligatoire pour les tribunaux].

anjourd'hui encore sur notre méthode d'interprétation juridique.

Sous ce rapport, notre attention doit s'arrêter, principalement et avant tout, aux institutions positives, organisées par les dispositions légales, que je résumais tout à l'heure. On a vu que ces institutions se ramènent essentiellement à deux : d'une part, le référé législatif, tantôt facultatif, tantôt obligatoire, limitant le domaine de l'interprétation judiciaire, et semblant ainsi réserver au seul législateur toute décision proprement juridique ; d'autre part, le rôle régulateur du Tribunal de cassation, combiné avec la règle qui n'admet sa censure que pour méconnaissance formelle de la loi.

44. — En ce qui concerne le référé au législateur, je ne crois pas que l'on puisse sérieusement songer à lui reconnaître aujourd'hui, pour la mise en œuvre de notre droit, la moindre influence positive. Car, depuis longtemps et à la suite d'expériences décisives, il a complètement disparu de nos lois.

Tout d'abord, le référé, admis à titre de faculté pour les tribunaux, et leur permettant de surseoir à statuer, sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi (arg[t] Décret des 16-24 août 1790, tit. II, art. 12), après avoir été notablement restreint, dans son application, par la jurisprudence suprême (1), fut purement supprimé par l'art. 4 du Code civil (2).

Quant au référé obligatoire, — pour le cas de conflit manifesté par deux décisions, successivement soumises, dans la même affaire, à la censure du Tribunal de cassation (Décret 27 novembre-1[er] décembre 1790, art. 21 al. 2), — aggravé, dans son exercice, par la constitution du 5 fructidor an III (art. 256), puis suspendu peut-être par la loi du 27 ventôse an VIII (art. 78) (3), en tout cas, consacré à nouveau, et (sauf le chan-

(1) Merlin, *Répertoire*, v° Référé au législateur. — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sur l'art. 4, n[os] 1-9. — *Adde* : *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*. Fenet, *Recueil complet des trav. prépar. du Code civil*, t. I, p. 474.

(2) Voy. *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 474-476. — Berlier, *Discours au Corps législatif, le 24 frimaire an X*, Fenet, t. VI, p. 335-336. — Faure, *Discours au Corps législatif, le 14 ventôse an XI*, Fenet, t. VI, p. 386-388. — Ces divers passages, le premier surtout, condamnent même, et par des raisons décisives, le référé obligatoire.

(3) Cons. Merlin, *Répertoire*, v° Interprétation, n° 3, 5° édition, t. VIII, 1827,

gement de compétence dont il va être parlé), ramené, à peu près, à son organisation première, par la loi du 16 septembre 1807, il subsista plus longtemps. — Il est vrai que, depuis la constitution du 22 frimaire an VIII (art. 52), ou, du moins, le décret du 5 nivôse an VIII (art. 11), la mission d'interpréter les lois était passée des Chambres législatives au Conseil d'État. Mais, ce simple déplacement de pouvoirs, qui fut maintenu, même après la charte de 1814 (1), — pour le cas, spécialement réglé par la loi du 16 septembre 1807, d'un conflit de décisions judiciaires, nécessitant dans le litige une interprétation d'autorité (Avis du Conseil d'État des 23 novembre-17 décembre 1823), — n'altérait en rien le principe, qui semblait interdire aux tribunaux, en présence d'une « insuffisance et obscurité « invincible dans la législation existante », de consacrer une règle juridique autonome, manquant de l'appui légal nécessaire (2). — Quoi qu'il en soit, déjà fortement atteint, dans sa portée pratique, par la loi du 30 juillet 1828, ce principe a été définitivement abrogé par celle du 1er avril 1837 (art. 4) (3).

Cette réforme se trouva imposée par une expérience assez longue, pour être pleinement décisive. En fait, le référé n'avait pu que très rarement être suivi d'effet, surtout au temps, où le pouvoir d'interprétation appartenait aux Chambres législatives (non au Conseil d'État), ces Chambres ayant,

p. 563-564. — Cpr. le système, établi dans le Royaume des Deux-Siciles, d'après A. Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, p. 361-362.

(1) Cependant, une résolution avait été votée par les deux Chambres, en 1814, le 21 septembre par la Chambre des députés, le 11 octobre par la Chambre des pairs, pour supplier le roi de présenter un projet, abrogeant la loi du 16 septembre 1807, et revenant à peu près au système de la loi de 1790. Les débats, relatifs à cette résolution, dans les deux Chambres (*Archives parlementaires*, 2e série, t. XII, p. 234-236, p. 643-647, p. 653-660, p. 679; t. XIII, p. 122-133) montrent la persistance des idées de la Constituante, sur l'interprétation des lois absolument refusée au pouvoir judiciaire et réservée au pouvoir législatif. Voy. notamment : Discours de MM. Dumolard et Faget de Baure, à la Chambre des députés, *Arch. parlement.*, 2e série, t. XII, p. 234 et p. 653-654.

(2) Voy. *Exposé des motifs* de la loi du 30 juillet 1828, présenté à la Chambre des députés, le 25 mars 1828, *Archives parlement.*, 2e série, t. LIII, p. 153, col. 1. — Et, au sujet de l'avis du Conseil d'État de 1823 : *Rapport* sur la loi précitée, de M. Calemard de Lafayette, à la Chambre des députés, le 10 mai 1828, *Archives parlement.*, 2e série, t. LIII, p. 743, col. 2 ; Discours de M. le comte Molé, rapporteur de la même loi, à la Chambre des pairs, le 24 juillet 1828, *Archives parlement.*, 2e série, t. LVI, p. 388, col. 2.

(3) [Comp., sur l'interprétation de la loi par voie de référé et ses avatars : A. P. Tarbé, *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*. Paris, 1840, § IX, p. 81-89. Cet auteur approuve surtout le système de la loi du 16 septembre 1807 : p. 84-86].

en général, des occupations plus urgentes, et répugnant aussi, le plus souvent, à s'occuper de ces propositions, nées du conflit d'intérêts particuliers (1). — En tout cas, le plus clair résultat du référé n'était autre qu'un arrêt forcé, et très préjudiciable aux plaideurs, dans l'administration de la justice. C'est ce qui fut, formellement et à maintes reprises, constaté dans la préparation des lois du 30 juillet 1828 et du 1er avril 1837 (2). — On n'avait pas, d'ailleurs, attendu jusque-là, pour reconnaître aussi, au point de vue des principes, que cette institution du référé législatif, établie sous le prétexte de maintenir la séparation entre les pouvoirs législatif et judiciaire, manquait totalement son but, et, en réalité, sacrifiait le second de ces pouvoirs au premier, en confiant à un corps légiférant la mission de statuer sur un litige particulier, que sa nature réservait à l'autorité judiciaire (3).

(1) Voy. Chénon. *Origines, conditions et effets de la cassation*. Paris, 1882, p. 72 : « Le Corps législatif avait de trop importantes occupations, pour s'arrêter « à trancher des conflits, dont l'intérêt était rarement général. Les renvois de « ce genre s'accumulèrent dans ses cartons, et, par le fait, ce furent les tribu« naux ordinaires, qui eurent toujours le dernier mot. » — Le système de l'*Allgemeines Landrecht* (Einleitung, §§ 47-48), consistant à soumettre les doutes invincibles à la commission des lois (*Gesetzcommission*), ne paraît pas avoir donné de meilleurs résultats, puisque, établi en 1794, il fut écarté et notablement modifié par un *Kabinetsordre* du 8 mars 1798 (*Anhang I zum Landrecht* § 2, *ad* § 48 de l'*Einleitung*). Voy. P. von Roth, *System des deutschen Privatrechts*, 1880, § 49, note 2, t. I, p. 272. — Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, § 12, 5e édit., t. I, 1887, p. 70. — Ed. Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. I, 1897, § 5, note 6, p. 36. — [Un système analogue à ce dernier a pourtant été proposé, humoristiquement (et ironiquement sans doute), pour l'interprétation du Code civil allemand de 1896, par O. Bülow, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft* (2 A.), Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1901, dritter Brief, p. 37-55].

(2) Voy., pour la période antérieure à 1828 : *Exposé des motifs* de la loi du 30 juillet 1828, présenté à la Chambre des députés le 25 mars 1828, *Arch. parlement.*, 2e série, t. LIII, p. 154, col. 2. — *Rapport* de M. Calemard de Lafayette, à la même Chambre, le 10 mai 1828, *Arch. parlement.*, t. LIII, p. 744, col. 1, *in fine* et col. 2. — *Exposé des motifs*, la Chambre des pairs, le 5 juillet 1828, *Archives pariem.*, t. LV, p. 553, col. 2. — Et, pour la période de 1828 à 1837 : *Exposé des motifs* de la loi du 1er avril 1837, présenté, à la Chambre des pairs, le 25 janvier 1837, *Moniteur* du 26 janvier, p. 172, col. 3, *in medio*. — Discours de M. le Garde des sceaux Persil, à la même Chambre, le 21 février 1837, *Moniteur* du 22 février, p. 353, col. 2, *in fine* et col. 3, *initio*. — *Rapport* de M. Parant, à la Chambre des députés, le 14 mars 1837, *Moniteur* du 15 mars, p. 575, col. 3, *in fine*. — Discours de M. le Garde des sceaux, à la même Chambre, le 30 mars 1837, *Moniteur* du 31 mars, p. 743. — Observations de M. le Procureur général Dupin, à la Cour de cassation, rapportées dans : Sirey, sous la loi du 1er avril 1837, *Lois annotées*, 2e série, 1831-1848, p. 349, note, col. 1, *in fine*.

(3) Ceci, du moins, jusqu'à la loi du 30 juillet 1828. Voy. : *Exposé des motifs* de cette loi, à la Chambre des députés, *Archives parlem.*, 2e série, t. LIII, p. 153,

Finalement donc, aujourd'hui, à la distance déjà grande, où nous sommes, de la dernière réforme opérée définitivement en cette matière, que reste-t-il de cet incident, éphémère et presque oublié, de notre histoire constitutionnelle ? Pas plus que le souvenir d'une erreur législative, condamnée *a priori* par la science (1), démontrée par l'expérience des faits, enfin totalement rayée de nos lois (2). — Ce serait pur anachronisme que vouloir s'autoriser de ces vestiges effacés, en vue de justifier notre méthode actuelle, de rester fidèle, par ses procédés, à la conception ambitieuse d'une législation assez complète, pour fournir, par une sorte de jeu automatique, la solution de tous les problèmes juridiques.

45. — Assurément, je ne ferai pas aussi bon marché de l'argumentation, que l'on peut, à l'appui de la même idée, fonder sur l'institution de la Cour de cassation et sa mission propre en matière civile. Il semble, au contraire, que le temps n'ait fait que lui donner plus de force. — De plus en plus, en effet, la Cour suprême a vu son rôle s'affermir et s'amplifier. Presque sans conteste, aujourd'hui, elle est considérée, par tous, comme souveraine interprète, pour l'ensemble du domaine juridique privé. — D'autre part, pourtant, la règle de son action reste toujours absolument déterminée par la loi de son institution, qui, nous le savons, ne l'autorise à annuler une décision judiciaire que pour « contravention expresse au texte de « la loi » (art. 3 Décret des 27 novembre-1er décembre 1790) (3). Et, cette règle impérative se traduit encore pratiquement aujourd'hui : 1° dans la nécessité, pour tout moyen de cassation, formulé par un pourvoi, de s'appuyer expressément sur un texte de loi, dont il dénonce la violation ou la fausse application (1) ; 2° dans l'usage, constant, à la Chambre civile, de ne casser une décision, qu'en visant un texte de loi précis (2). — Si l'on rapproche de la portée effective de sa mission le jeu étroit de son fonctionnement, ne peut-on pas dire que la Cour de cassation démontre, à elle seule, le règne exclusif de la loi, comme source des décisions juridiques ?

L'objection est spécieuse, et pourrait sembler décisive, si sa force apparente ne tenait essentiellement à une confusion historique, qu'il importe de dissiper.

Quand on dit que la Cour de cassation exerce une complète souveraineté d'interprétation dans toute la sphère juridique (réserve faite toutefois du domaine administratif), on exprime peut-être assez bien l'état de choses actuellement existant. Mais, si l'on prétend rattacher cet état de choses à l'origine même de l'institution du Tribunal suprême, si l'on soutient, pour employer la formule courante, qu'en établissant ce Tribunal, l'Assemblée constituante a voulu assurer *l'unité de jurisprudence*, pour compléter l'unité de législation (3), j'estime qu'on se méprend absolument sur la conception, primitivement admise, de notre juridiction suprême, et sur la portée de son contrôle, dans la pensée de ses fondateurs.

Aux yeux de ceux-ci, le Tribunal de cassation, placé, comme intermédiaire, pour contrôler la mise en œuvre de la loi, entre le pouvoir judiciaire et le Corps législatif (voy. ci-dessus n° **41**), n'exerçait sa censure, sur les jugements à lui sou-

col. 2 et p. 154, col. 2. — *Rapport*, à la même Chambre, *Archives parlem.*, t. LIII, p. 744, col. 2 et p. 745, col. 1. — Discussion, à la même Chambre, le 23 mai 1828, M. Jacquinot-Pampelune et M. Portalis, Garde des sceaux, *Archives parlem.*, t. LIV, p. 226, col. 1 et p. 231, col. 1. — Discussion, à la Chambre des pairs, le 23 juillet 1828, M. le Marquis de Malleville, *Archives parlem.*, t. LVI, p. 354, col. 2. — *Adde* : F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, 1869, n° **284**, p. 363-364.

(1) Comp. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXIX, chap. XVII.

(2) Sur la portée de la loi du 1er avril 1837, au point de vue de l'interprétation juridique, voy. Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, n° **114**, *in fine*, p. 121. — [M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e édition, t. I, Paris, 1911, n° 205, p. 83-84.] — Cpr. E. Garsonnet, *Traité de procédure*, §§ **93-94**, t. I, 2e éd., 1898, p. 169-172. — *Adde*, sur la législation belge, relative au même sujet : F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, 1869, nos **283-285**, p. 363-366.

(3) Il y a lieu de remarquer que les lois, postérieures au décret organique de 1790, sont devenues un peu moins catégoriques et ont prévu la cassation pour « contravention expresse à la loi » (sans exiger contravention au *texte*). Constitution des 3-14 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 20. — Constitution du 24 juin 1793, art. 99. — Constitution du 5 fructidor an III, art. 255. — Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 66. — Loi du 20 avril 1810, art. 7. — Il ne semble pas, d'ailleurs, qu'à ce mince changement de rédaction ait correspondu une altération sérieuse de la pensée fondamentale et primitive.

(1) Voy. É. Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, p. 155. — Crépon, *Cassation en matière civile*, nos 2909-2943 et n° 3120, dans le *Répertoire alphabétique du droit Français*, de Fuzier-Herman.

(2) Cet usage se fonde sur l'art. 17 du décret 27 nov.-1er déc. 1790. Voy. Crépon, *Cassation en matière civile*, n° 4832. — *Adde* encore l'art. 24, *in fine* du décret des 27 nov. 1er déc. 1790.

(3) Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, p. 67-68. Cpr. p. 83 et p. 160. — Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, n° **112**, p. 115, *in fine*.

mis, qu'en présence d'une *contravention expresse au texte de la loi* (art. 3, al. 1 Décret 27 novembre-1er décembre 1790) ; auquel cas, il devait, purement et simplement, annuler la décision, sans trancher positivement la question, même juridique, engagée au procès. C'est en ce sens, qu'on lui défendait de connaître du fond des affaires (art. 3, al. 2) ; prohibition que l'on entend mal, ou du moins incomplètement, quand on la rapporte seulement aux faits du litige (1). — En d'autres termes, il suffisait au Tribunal suprême, pour exercer sa mission, de se faire de la loi une conception négative, de façon à en réprimer les violations flagrantes ; il n'avait pas charge d'y ajouter une conception positive, puisqu'il ne tranchait pas définitivement les procès, même en droit. Et, nous savons (voy. ci-dessus, nos **40** et **42**), que, lorsque la résistance des juridictions de renvoi, à l'encontre d'une nouvelle cassation, manifestait, par une sorte de conflit d'autorités, une lacune ou une insuffisance de la législation, on ne sortait d'affaire que par l'intervention du Corps législatif, provoquée au moyen d'un référé. De sorte que, à vrai dire, la souveraineté de l'interprétation juridique, confondue et absorbée dans le pouvoir de créer le droit, n'appartenait, d'après pareil système, qu'à l'Assemblée légiférante (2).

Aussi, bien loin de souhaiter l'*unité de jurisprudence*, comme résultat de la collaboration des juridictions du fond et du Tribunal suprême, l'Assemblée constituante en réprouvait-elle l'idée. C'est ce que traduisent nettement certaines déclarations tranchantes, émises au milieu des applaudissements de l'Assemblée, dans la discussion du décret des 27 novembre-1er décembre 1790. — A la séance du 18 novembre 1790, notamment, et à propos du renouvellement par moitié du Tribunal de cassation, le rapporteur, Le Chapelier, futur membre de ce Tribunal, s'exprimait ainsi : « Le Tribunal de « cassation, pas plus que les Tribunaux de districts, ne doit « avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des « tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, « existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la « détruire. L'unique but des dispositions, sur lesquelles vous « allez délibérer, est d'empêcher qu'elle ne s'introduise (*on* « *applaudit*). Ce n'est pas l'apposition d'une nouvelle moitié « du Tribunal à l'ancienne, qui sera le régulateur de la Cour « de cassation ; ce régulateur sera le Corps législatif, seul et « véritable interprète de la loi... » (1). — Et précédemment, dans la même séance, Robespierre avait dit, plus énergiquement encore : «.... Ce mot de jurisprudence des tribunaux, « dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie « plus rien dans le nouveau ; il doit être effacé de notre « langue. Dans un État, qui a une constitution, une législa« tion, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que « la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence... » (2).

Sans doute, on pouvait dire que le Tribunal de cassation contribuait à défendre l'unité et la souveraineté de la législation, en exerçant sa censure contre les violations de la loi. Mais son rôle restait purement négatif (3). Et, le système n'était complet que moyennant l'intervention, presque permanente, du Corps législatif, pour combler les lacunes démontrées par le jeu même de la législation.

Ces idées, déposées en germe dans les décrets d'organisation judiciaire de la Constituante, furent mises en œuvre par la Convention nationale (4), qui les poussa jusqu'à l'excès,

(1) C'est ce qui fut clairement démontré à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 1er avril 1837, et dans la séance du 30 mars, par M. Pataille, *Moniteur* du 31 mars 1837, p. 742, col. 2. — Voy. des idées, un peu différentes, et, à mon sens, moins nettes, dans É. Alglave, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e édit., 1874, t. I. Appendice, note III, p. 641-644 : Du principe que la Cour de cassation ne juge pas le fond et des exceptions à ce principe.

(2) Comp. É. Alglave, *Action du ministère public*, 2e édit., 1874, t. I. Appendice, note II, p. 638. — Le lien entre le référé obligatoire et le rôle propre du Tribunal suprême est nettement mis en lumière dans un passage des conclusions prises par Merlin, devant les sections réunies, au sujet de l'arrêt de rejet du 2 février 1808 (Merlin, *Répertoire*, v° Société, sect. II, § 3, art. 2, n° 2 ; 5e édit., t. XVI, 1828, p. 306-307). Il est vrai que Merlin a en vue le référé au gouvernement, établi par la loi du 16 septembre 1807. Mais il semble que son raisonnement dût s'appliquer tout aussi bien au référé législatif, tel que l'avait organisé la loi des 27 nov.-1er déc. 1790, art. 21, al. 2.

(1) *Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 517, col. 1.
(2) *Archives parlem.*, 1re série, t. XX, p. 516, col. 1.
(3) Cpr. A.-A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances et les caractères de la critique philosophique*, 1851, t. II, p. 169-170.
(4) [Notez, par exemple, ces paroles prononcées par Cambacérès à la Convention : « A l'avenir, les procès ne présenteront presque jamais que des points de fait à « éclaircir : et la plupart d'entre eux seront terminés par un rapport d'experts « ou par une preuve testimoniale » (Séance du 17 juin 1793, *Gazette nationale*,

non seulement en surveillant de très près le Tribunal de cassation (1), mais en allant jusqu'à annuler des jugements de ce Tribunal, contrairement à la Constitution (2).

De pareils abus, qu'expliquaient seules la situation politique et la conception que la Convention s'était faite de sa souveraineté, devaient achever de discréditer toutes les ingérences du pouvoir législatif dans la sphère judiciaire (3), y compris même l'institution du *référé législatif*, que des causes plus profondes, d'ailleurs, condamnaient à la stérilité, en son application aux affaires civiles (voy. ci-dessus n° 44). Et, nous avons vu précédemment, qu'avant de tomber peu à peu sous les coups successifs d'une législation nouvelle, cette intervention officielle du législateur, dans l'interprétation, avait perdu toute vitalité et toute efficacité pratique.

De ce moment, commence à se produire une évolution remarquable dans le rôle de la Cour de cassation. Devenue, par le fait, avant de l'être légalement, indépendante du pouvoir législatif, son institution va changer de caractère. Elle devra désormais satisfaire à son rôle par une activité autonome. Elle va prendre, en conséquence, une importance de plus en plus grande, dépassant manifestement la sphère, qui lui était primitivement assignée.

ou *le Moniteur universel*, du mercredi 19 juin 1793, p. 734, col. 2) ; — et encore : « Aujourd'hui, il n'y aura que des questions de fait, faciles à saisir, plus faciles « encore à terminer » (Séance du 19 juin 1793, *Gazette nationale* ou le *Moniteur universel* du samedi 22 juin 1793, p. 746, col. 1)].

(1) Voy. É. Alglave, *Action du ministère public*, 2e édit., 1874, t. I. Appendice, note 1 : Rapports du Tribunal de cassation avec la Convention nationale, p. 629-632. Comp. p. 639.

(2) Voy. notamment : Décret du 1er brumaire an II, concernant le mode de jugement des affaires relatives aux crimes de fausse monnaie. Duvergier, *Collection des lois*, 2e édit., 1834, t. VI, p. 245. — Décret du 1er brumaire an II, qui annule un jugement du Tribunal de cassation, relatif à Charles-François Flahaut, et qui ordonne l'exécution de celui rendu par le tribunal criminel du Pas-de-Calais. Duvergier, *op. cit.*, t. VI. p. 247. — Décret du 7 frimaire an II, qui annule un jugement du Tribunal de cassation, lequel casse un jugement du tribunal criminel du Puy-de-Dôme. Duvergier, *op. cit.*, t. VI, p. 305. — Décret du 19 pluviôse an II, cassant un jugement du Tribunal de cassation, qui a jugé sujets à l'appel trois jugements d'un juge de paix, rendus en matière d'injures verbales, et dont le prononcé ne s'élevait pas au-dessus de cinquante livres. Duvergier, *op. cit.*, t. VII, p. 33. — Décret du 28 germinal an II, relatif aux jugements sur délits emportant peine afflictive ou infamante, par lesquels il aurait été déclaré n'y avoir lieu à accusation. Duvergier, *op. cit.*, t. VII, p. 144.

(3) Voy., contre ces ingérences, Constitution du 5 fructidor an III, art, 46, 202, 264.

Ceci se réalise, d'abord, dans la pratique même du Tribunal suprême. Tandis que la loi de sa fondation limitait sa censure (pour vice de fond) au cas d'une « contravention expresse au « texte de la loi » (art. 3, al. 1 Décret des 27 nov.-1er déc. 1790), semblant viser ainsi la *violation formelle de la loi*, et, tout au plus, aussi, sa *fausse application* (1), on voit, de bonne heure, la cassation intervenir également pour *fausse interprétation de la loi* (2). Par là, s'ouvrait la porte à un large développement de la cassation, qui se manifeste dès avant l'apparition des Codes et s'accentue à leur suite (3). — On va si loin dans la notion, très élastique en elle-même, de la *fausse interprétation*, qu'en 1824, un jurisconsulte, fort au courant de la pratique de la Cour suprême, après avoir retracé, en un vivant tableau, les principales étapes de sa jurisprudence, croyait pouvoir la résumer ainsi : « En un mot, il y a cassation, « toutes les fois que, sur l'effet, l'étendue et la sanction de la « loi, il y a contravention aux *règles usuelles d'application*,

(1) C'est ce qui fut consacré par le législateur lui-même, pour les matières criminelles : Loi des 16-29 septembre 1791, *De la justice criminelle et de l'institution des jurés*, titre VIII, art. 23. — *Code des délits et des peines*, du 3 brumaire an IV, art. 456-1°. — Cpr. *Code d'inst. crim.*, art. 410, 411, 429 *in fine*, 434 *initio*.

(2) Ecrivant, en 1810, son traité de l'*Autorité judiciaire*, le savant Henrion de Pansey s'élevait, au nom d'une saine doctrine juridique, contre cette extension des pouvoirs de la Cour suprême, qu'il jugeait abusive. En même temps, d'ailleurs, il reconnaissait, en fait, que la pratique, contraire à son sentiment, était déjà fermement établie (*De l'autorité judiciaire*, chap. XXXI, sect. 10). — Dans ses observations sur le projet de Code civil (sur l'art. 2, titre V du Livre préliminaire), le Tribunal d'appel de Bordeaux demandait instamment, et en vue de maintenir toute son utilité à l'interprétation doctrinale, la suppression du recours en cassation, *pour fausse interprétation des lois* (Fenet, *Recueil complet des trav. préparat. du Code civil*, t. III, p. 178).

(3) D'ailleurs, on n'abandonnait pas l'idée que la Cour de cassation ne pouvait intervenir que pour sauvegarder *la loi*. La preuve s'en rencontre, sous une forme intéressante, dans la discussion de la loi du 30 ventôse an XII. Fenet, *Recueil complet des trav. préparat. du Code civil*, t. I. Précis historique, p. LXXXII-LXXXVII. — *Adde* : Observations des tribunaux d'appel de Montpellier (Fenet, t. IV, p. 534), d'Orléans (Fenet, t. V, p. 28-29) ; cpr. celles du tribunal d'appel de Paris (Fenet, t. V, p. 92). — Cons. encore, sur le rôle primitivement reconnu au Tribunal de cassation, deux passages de conclusions, de Merlin : *Répertoire*, v° Substitution fidéicommissaire, section VIII, n° 7, 5e édit., t. XVI, 1830, p. 563, col. 2 ; — et v° Vaine pâture, § 4, t. XVIII, 1830, p. 423, col. 1. — Au surplus, la plupart des conclusions, prises par Merlin, en qualité de procureur général, témoignent que, conformément à la loi primitive, à la confection de laquelle il avait participé, il a toujours entendu, d'une façon très étroite, le rôle de la Cour de cassation. Voy. encore, par exemple : *Répertoire*, v° Adoption, § III, 5e édition, t. I, 1830, p. 183, col. 1. — *Questions de droit*, v° Testament, § XV, 4e édition, t. VIII, 1830, p. 343, col. 2 et p. 344.

« aux *traditions de la magistrature*, à la *philosophie de la* « *jurisprudence* » (1).

Dans cet état des choses, il restait toujours que la Cour de cassation ne pouvait imposer aux tribunaux, soumis à sa censure, une solution juridique positive (2). En ce sens, on demeurait fidèle au principe, qui défendait aux juges suprêmes de connaître du fond des affaires. Ce principe, d'ailleurs, ne pouvait être entamé que par le législateur lui-même. Soigneusement respecté encore par la loi du 30 juillet 1828 (3), il n'a pas laissé que de subir une atteinte considérable par le fait de celle du 1er avril 1837. — En décidant, dans son article 2, qu'après une seconde cassation, fondée sur les mêmes motifs que la première, la troisième juridiction saisie doit se conformer à la décision de la Cour suprême, sur le point de droit jugé par elle, cette dernière loi, quoi qu'on en ait pu dire (4), sacrifie bien, pour cette hypothèse extrême, la règle si impérativement posée par la Constituante (5). Elle

(1) J.-B. Sirey, avocat à la Cour de cassation, Dissertation sur l'ordonnance en Conseil d'État des 27 nov.-17 déc. 1823, relative à l'interprétation royale, dans son *Recueil général des lois et arrêts*, t. XXIV, p. 22, col. 1. Il est vrai de dire que Sirey demande excuse pour la largeur, un peu fantaisiste, de sa formule. Mais voy. ses indications de fait, p. 21, col. 2, et p. 22, col. 1. — *Adde* : E. Garsonnet, *Traité de procédure*, nos 1104 et 1106, t. V, 1894, p. 570, p. 576. — Voy. une explication philosophique de cette extension du rôle de la Cour de cassation, dans : A.-A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, 1851, n° 298, t. II, p. 169-170.

(2) Comp. V. Marcadé, *Éléments du droit civil français*, t. I, 1842, sur l'art. 5, n° V, p. 43-44.

(3) Voy. : *Exposé des motifs par M. le comte* Portalis, *garde des sceaux, à la Chambre des députés*, le 25 mars 1828, *Archiv. parlement.*, 2e série, t. LIII, p. 155, col. 1. — *Rapport de* M. Calemard *de* Lafayette, *à la Chambre des députés*, le 10 mai 1828, *Archiv. parlement.*, t. LIII, p. 745, col. 2. — *Rapport à la Chambre des pairs de M. le Comte* Molé, le 19 juillet 1828, *Arch. parlem.*, t. LVI, p. 225, col. 2. — Cpr., en sens contraire : Discours de M. le marquis de Malleville, à la Chambre des pairs, le 23 juillet 1828, et amendement déposé par lui (sans succès, d'ailleurs), le 24 juillet 1828, *Arch. parlem.*, t. LVI, p. 356, col. 2 et p. 390, col. 2.

(4) Voy. les explications données en ce sens par M. le comte Roy, dans son *Rapport à la Chambre des pairs*, le 18 février 1837, *Moniteur* du 19, p. 331, col. 2, et par M. le Garde des sceaux Persil, à la même Chambre, le 21 février 1837, *Moniteur* du 22, p. 352, col. 2. Ces explications reposent sur un pur sophisme. Il eût bien mieux valu avouer franchement que l'on rompait, sur ce point, avec le principe de la Constituante.

(5) C'est ce qui fut mis en pleine lumière, dans la discussion qui eut lieu le 30 mars 1837, à la Chambre des députés, par MM. Gaillard de Kerbertin et Delespaul, puis, de la façon la plus décisive, par M. Pataille, rappelant très nettement les idées essentielles, qui avaient dirigé l'Assemblée constituante, et réfutant les paradoxes proposés par les orateurs, que je citais à la note précédente, *Moniteur* du 31 mars 1837, p. 739-743.

transforme le contrôle, purement négatif jusqu'alors, de la Cour de cassation, en une influence, positive et immédiate, sur la direction de l'interprétation juridique, et elle semble ratifier, en les complétant, tous les progrès déjà réalisés par sa pratique.

Je suis bien loin de penser que cet abandon des idées, primitivement conçues, relativement au rôle du tribunal suprême, ne fût pas pleinement justifié. Bien plus, sans me prononcer encore sur les justes limites de son intervention régulatrice (voy. ci-dessous, 3e partie, chap. III), je n'hésite pas à reconnaître que l'extension, précédemment donnée à son action du fait de la seule jurisprudence, était inspirée par un profond sentiment des nécessités pratiques, non moins que par le besoin absolu, en présence de l'insuffisance avérée de l'interprétation législative, de trouver, dans la juridiction supérieure, une direction, aussi complète que possible, pour tout l'ensemble du domaine juridique privé (1). — Et, il me sera bien permis de remarquer, en passant, que tous ces développements, en opposition de règles légales, mal venues ou reconnues impraticables, fournissent, en la dépassant même, à l'appui de ma thèse principale, un excellent exemple de la méthode indépendante et large, que je veux défendre dans cette étude. — Mais, pour l'instant, et en vue de répondre directement à l'objection rencontrée, il me suffit de constater que le résultat de l'évolution historique, qui vient d'être parcourue, se montre dans la plus franche contradiction avec son point de départ juridique.

(1) Certaines législations sont allées plus directement au but, en confiant à la Cour suprême un pouvoir d'interprétation générale (*in abstracto*), qui fait d'elle un véritable organe législatif au petit pied. Telle était, pour l'Autriche, la loi (*Patent*) du 7 août 1850, aujourd'hui abrogée et remplacée par les dispositions fort atténuées de l'ordonnance du 7 août 1872, sur lesquelles voy. Pfaff et Hofmann, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, t. I, 1877, p. 213-214. — *Adde*, sur la loi (*Patent*) du 7 août 1850 : J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, § 6, *in fine*, texte et note 13, t. I, 4e édition, 1876, p. 44-45, et, sur les dispositions analogues d'autres législations germaniques : O. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 24, texte et notes 6-17, 2e édition, t. I, 1882, p. 165-168. — Cpr. encore, pour l'Allemagne et la Prusse : Ed. Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1897, § 4, note 7, p. 24. — Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, § 17, 5e édit., t. I, 1887, p. 81. — Proposée plusieurs fois en France, l'idée d'attribuer à la Cour de cassation une participation *directe* à l'interprétation législative a toujours échoué, et, avec raison, ce semble, contre le principe de la séparation des pouvoirs.

Dira-t-on pourtant, que, d'où qu'il vienne, ce résultat n'en est pas moins acquis aujourd'hui, et que, malgré tout l'élargissement de son rôle, la Cour de cassation a pu néanmoins rester fidèle aux règles de forme, qui n'admettent un pourvoi que sur le fondement d'un texte précis, dénoncé pour sa violation ou sa fausse application, et ne justifient la cassation que par le visa d'une loi déterminée. — Sur ces affirmations, je voudrais d'abord faire quelques réserves. Car, d'une part, il n'est pas bien sûr que la Cour suprême limite sa mission à la sauvegarde des textes proprement dits (1). Et, d'autre part, ce n'est pas sans exagération, qu'on proclamerait sa souveraineté de fait sur tout l'ensemble du domaine juridique privé (2).

(1) Des auteurs considérables admettent, en effet, qu'un pourvoi peut être fondé, avec succès, non seulement sur un usage ayant force de loi, mais sur des principes, qui, sans résulter d'aucun texte, sont universellement reconnus par le droit des gens ou par le droit français, comme le Secret des lettres confidentielles, ou la maxime « Nul ne plaide par procureur ». E. Garsonnet, *Traité de procédure*, § 1105, t. V[1], p. 573, notes 16-20 avec les références et les autorités citées dans celles-ci. Cpr. § 1132, note 23, t. V[1], p. 650. — *Adde* : Tarbé, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, 1840, p. 55; et note de Labbé sous Civ. rej., 12 août 1885, dans Sir., 1, 193 et 194, qui résume très finement la doctrine la plus suivie. [— Note Ch. Lyon-Caen, sous Req. rej., 30 octobre 1907, Sirey, 1908-1, p. 114, col. 3. — Comp., pour ce qui est du Conseil d'État, note M. Hauriou, sous Conseil d'État 19 décembre 1913, Sirey, 1915-3-1]. — Voy. encore, pour plus de détails : Dalloz, *Rép. alphab.*, v° *Cassation*, n[os] 1373-1427 et *Suppl. au Rép., eod.* v°, n[os] 285-300. — En sens contraire : É. Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, p. 155. — Crépon, *Cassation en matière civile*, n[os] 2909-2943 et n° 3120 (dans *Rép. alphab.* de Fuzier-Herman). Ces derniers auteurs entendent très strictement l'exigence d'un texte légal. — Au fond, tout peut dépendre du sens qu'on attribue au mot loi, employé par les dispositions fondamentales sur la Cour suprême. Le *Code de procédure civile allemand*, du 30 janvier 1877, a écarté ces difficultés par la large définition contenue au § 12 de sa loi d'introduction (non modifié en 1898) : « *Gesetz im Sinne der Civilprocessordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm* ». Cpr. *Civilprocessordnung*, §§ 512-516-1° (devenus les §§ 550 et 554-1° dans le nouveau Code de procédure du 17 mai 1898) sur le pourvoi en révision ; ordonnance du 28 septembre 1879, art. 13. *Annuaire de législ. étrang.*, 1881, t. X, p. 58. — Et rappr. encore : *Einführungsgesetz zur Konkursordnung*, vom 10 februar 1877, § 2 (non modifié par la loi du 17 mai 1898, § 2). — *Einführungs-Gesetz zur Strafprocesszordnung*, vom 1 februar 1877, § 7 et *Strafprocesszordnung*, § 376. — *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, vom 18 aug. 1896, § 2.

(2) On sait, par exemple, que la Cour de cassation ne réprime les violations d'une loi étrangère, par les tribunaux français, qu'autant qu'elle y découvre la source d'une contravention expresse à la loi française. E. Garsonnet, *op. cit.*, § 1105, t. V[1], p. 573-574. C'est là un vestige, bien net, de l'étroitesse du rôle primitivement assigné au Tribunal de cassation, comme l'ont senti les auteurs qui critiquent cette jurisprudence. Voy. notamment : A. Colin, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, dans *Journal de droit international privé*, de Clunet, 1890, t. XVII, p. 797-799. — Notes d'A. Pillet dans Sir., 93, 4, 10 ; Sir. 95-1-451 et Sir. 99-1-178. — *Adde*, parmi les nombreux auteurs favorables à cette

— Mais, en acceptant même provisoirement les bases de l'argumentation proposée, si l'on en veut conclure, conformément au sentiment que je combats ici, que la loi peut et doit suffire à tous les problèmes juridiques, je demanderai qu'on veuille bien examiner de plus près cette jurisprudence de la Cour suprême, sur laquelle on bâtit tout le raisonnement. On y verra, moyennant quelle large conception de la loi et de son interprétation, comment aussi, grâce à certains textes, excessivement généraux, tels que l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, invoqué supplémentairement, d'une façon courante, à l'appui de tout pourvoi (1), notre Cour de cassation a su concilier une saine et féconde entente de son rôle avec le respect de règles de procédure, qu'elle ne pouvait méconnaître sans manquer à son premier devoir et heurter de front sa charte constitutive. Et, il apparaîtra, je crois, comme impossible d'en inférer, que notre juridiction suprême ait justifié, par son exemple, cette idée prétentieuse, qui, sous le règne de la codification moderne, voudrait faire trouver, dans les seules dispositions de la loi, toutes les solutions juridiques.

III

Notion définitive de la codification chez le législateur français

46. — Et, pour en revenir maintenant à cette idée, envisagée en elle-même, telle qu'elle s'est dégagée du milieu social et politique, qui enveloppait, à sa naissance, notre nouvelle législation (ci-dessus, n° **38**), si, restant fidèles encore à notre point de vue historique (ci-dessus, n° **43**, *initio*), nous voulons achever d'en suivre l'évolution, nous constatons que son règne

jurisprudence : Asser-Rivier, *Éléments de droit international privé*, 1884, p. 38. Cpr. p. 37, note 1. — En revanche, d'ailleurs, il est d'autres matières, les matières fiscales notamment, où la Cour suprême empiète manifestement sur le domaine, réservé, en principe, aux juges du fond, de l'interprétation des faits. Voy. A. Wahl, *Étude sur le rôle de la Cour de cassation dans les instances fiscales*, 1897, et compte rendu de cette brochure dans Sirey, *Bull. bibliogr.*, 1898, p. 6. — *Adde*, au surplus, relativement à l'idée énoncée au texte : ci-dessous, n[os] **178** et **181**. — [Et comp., en ce qui touche le rôle de la Cour de cassation, pour l'interprétation de législations indigènes en vigueur dans les colonies françaises : Req. rej., 5 juillet 1899, Sirey, 1900-1-281 et note G. Appert].

(1) Voyez en un exemple, entre mille, dans : Req. rej. 16 mars 1898, Sir. 98-1-392.

fut court, et qu'elle ne survécut pas à la Révolution qui l'avait vu surgir.

Déjà, sous la Constituante, il semble bien que, proposée surtout par les théoriciens de l'Assemblée, elle n'ait été accueillie, qu'avec le plus grand scepticisme, par les esprits pratiques de jurisconsultes avisés, tels que THOURET et MERLIN (1). — Plus tard, CAMBACÉRÈS, présentant ses premier et troisième projets de Code civil, l'un à la Convention nationale, l'autre au Conseil des Cinq-Cents, reconnaît, pour le législateur, l'impossibilité de « tout dire », et borne sa mission à « poser des principes féconds, qui puissent d'avance résou- « dre beaucoup de doutes, et saisir des développements qui « laissent subsister peu de questions » (2).

47. — Mais, surtout, lorsqu'on arrive à la réalisation effective de la codification civile, on s'aperçoit du changement radical et profond, qui s'est alors opéré, dans les esprits, sur ce point capital. Les rédacteurs du Code civil rejettent formellement loin d'eux la pensée ambitieuse de suffire, par la législation qu'ils proposent, à tous les besoins de la justice privée.

Entre tous, PORTALIS, le plus autorisé peut-être, et, à mon sens, le plus éminent, des artisans de l'œuvre nouvelle, sentant l'influence, que la prétention révolutionnaire pouvait conserver encore chez beaucoup, l'attaque directement, dans le célèbre *discours préliminaire*, présenté sur le projet au nom de la Commission du Gouvernement, et la prenant, pour ainsi dire, corps à corps, démontre, de la façon la plus limpide, la vanité du sophisme, sur lequel elle reposait. — Après avoir posé ce principe : « Tout prévoir est un but qu'il est impos- « sible d'atteindre » (3), il l'explique et en développe les conséquences : « Quoi que l'on fasse » dit-il, « les lois positives « ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la

(1) Voy. surtout les judicieuses observations de THOURET, sur la question du jury civil, à la séance du 6 avril 1790, *Archives parlementaires*, 1re série, t. XII, p. 551. — *Adde* : Discours de MERLIN, le 24 mai 1790, en faveur d'un Tribunal de cassation sédentaire, *Arch. parlem.*, 1re série, t. XV, p 665-668. — Cpr. le *Répert. de jurisprudence* de MERLIN, v° Interprétation, n° III, 5e édition, t. VIII, 1827, p. 562.

(2) FENET, *Recueil complet des travaux préparat. du Code civil*, t. I, p. 2 3 et p. 140-141. — Comp. encore p. 175.

(3) FENET, *op. cit.*, t. I, p. 467.

« raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de « la société sont si variés, la communication des hommes est « si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports « si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir « à tout. — Dans les matières mêmes, qui fixent particulière- « ment son attention, il est une foule de détails qui lui échap- « pent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour « pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. — D'ailleurs, « comment enchaîner l'action du temps? comment s'opposer au « cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? « comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience « seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais « s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? — « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas « plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent « s'offrir au magistrat... — Une foule de choses sont donc « nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la « discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. — « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les « maximes générales du Droit, d'établir des principes féconds « en conséquences, et non de descendre dans le détail des « questions qui peuvent naître sur chaque matière. — C'est « au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit géné- « ral des lois, à en diriger l'application. — De là, chez toutes « les nations policées, on voit toujours se former, à côté du « sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, « un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, qui « s'épure journellement par la pratique et par le choc des « débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les « connaissances acquises, et qui a constamment été regardé « comme le vrai supplément de la législation.... — Il serait, « sans doute, désirable que toutes les matières pussent être « réglées par des lois. — Mais, à défaut de texte précis sur « chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, « une suite non interrompue de décisions semblables, une « opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand « on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand « il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux « principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des légis-

« lateurs est limitée, la nature est infinie, elle s'applique à « tout ce qui peut intéresser les hommes... » — Partant de ces idées générales, suffisamment claires par elles-mêmes, PORTALIS en déduit la nécessité d'une doctrine et d'une jurisprudence, autonomes et créatrices, dont la mission soit non seulement d'interpréter la loi, mais de suppléer à ses lacunes dans toutes les matières civiles, tandis qu' « en matière cri- « minelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant, qui « puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et « point de jurisprudence». — En passant, il a rencontré une des plus chères illusions de certains révolutionnaires, et l'a écartée d'un mot : « Ce serait donc une erreur de penser qu'il « pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à « tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du « moindre citoyen. » — Et, après avoir exécuté d'une façon décisive l'idée d'un recours au législateur pour satisfaire aux exigences de la justice quotidienne, après avoir délimité d'une main sûre la sphère judiciaire et la sphère législative, il termine ainsi tout son développement : « Il faut que le législateur « veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et « il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait « une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent « les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand « nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, « que la combinaison de plusieurs textes, qui conduisent à la « décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas « plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la « jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraor- « dinaires, qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législa- « lation raisonnable, les détails trop variables et trop conten- « tieux, qui ne doivent point occuper le législateur, et tous « les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou « qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans dan- « ger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides « que nous laissons. Les codes des peuples *se font avec le temps ;* « mais, à proprement parler, *on ne les fait pas* » (1).

(1) FENET, *op. cit.*, t. I, p. 469-476. Au surplus, il faut lire tout ce passage, dont je n'ai pu donner qu'un pâle résumé, en en détachant les extraits les plus saillants.

48. — Ces déclarations, si nettes, destinées à justifier, tant la conception générale du Code civil, que la disposition particulière de son article 4, deviennent d'autant plus décisives, qu'elles ne triomphèrent pas sans contradiction.

Non seulement, en effet, nous les trouvons énergiquement critiquées dans les observations sur le projet, présentées par certains tribunaux d'appel, notamment celui de Lyon (1) et celui de Rouen (2). Non seulement encore, elles durent, pour vaincre quelques hésitations nouvelles, être expliquées au Conseil d'État par PORTALIS lui-même, par TRONCHET, par BIGOT-PRÉAMENEU (3).

Mais, de plus, elles furent le sujet d'une des objections principales, dirigées contre la première loi du projet (correspondant au titre préliminaire du Code civil), par le Tribunat, dans la résistance obstinée, qu'opposa cette assemblée aux débuts de la codification, résistance, qui, comme on sait, retarda et faillit même faire échouer l'adoption du Code civil. — C'est ainsi que, dans leurs opinions motivées, certains tribuns, adversaires du projet, reprennent, pour combattre celui-ci, la thèse des assemblées révolutionnaires. Qu'on lise surtout la véhémente diatribe du tribun MAILLIA-GARAT contre l'article 6 du projet (correspondant à l'art. 4, définitif, du Code civil). On y retrouve, poursuivi avec une logique passionnée, et en même temps appuyé de l'autorité de MONTESQUIEU et de l'exemple de l'Angleterre, le sophisme de la Constituante, que l'interprétation judiciaire doit être bannie d'un Gouvernement libre, où le juge n'est que l'organe, en quelque façon, machinal, de la loi. L'institution du référé (facultatif) au législateur y est mentionnée comme le complément nécessaire d'un système, où la loi doit suffire à tout. Et, ce système même est

(1) FENET, *op. cit.*, t. IV, p. 27 et p. 34-36. — Le tribunal d'appel de Lyon était persuadé qu'à peine cent nouveaux articles pouvaient suffire à rendre le Code civil absolument complet (!) FENET, *op. cit.*, t. IV, p. 28.

(2) FENET, *op. cit.*, t. V, p. 456. [Comme correctif à l'incertitude et au flottement de la jurisprudence, le Tribunal d'appel de Rouen demandait, qu'en présence de tout jugement, ayant pour base un principe, d'équité ou de doctrine, *interprétatif* ou *supplétif* de la loi, le commissaire du gouvernement dût provoquer, par l'intermédiaire du Ministre de la justice et par voie de référé, une loi *interprétative* ou *supplétive*]. — Cpr. encore observations du tribunal d'appel de Montpellier, FENET, t. IV, p. 534.

(3) Séance du 14 thermidor an IX, FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 21-24.

présenté aussi comme seul compatible avec l'institution du Tribunal de cassation (1). On le voit, c'est toute la gamme des illusions révolutionnaires, qui résonne encore une fois. — Toutefois, cette dernière campagne, au profit d'une conception déjà démodée et discréditée par une récente expérience, échoua comme la résistance même du Tribunat. Et, lorsque, après l'épuration de cette assemblée et l'organisation de la communication officieuse (2), le projet du titre préliminaire, d'abord rejeté, revint devant le Corps législatif, tout le monde fut d'accord pour condamner sans rémission l'utopie révolutionnaire, avouer l'existence de lacunes et d'obscurités dans la législation, reconnaître à l'interprète le pouvoir d'y suppléer à la lumière de l'équité, en faire même pour le juge un devoir et une obligation stricte, suivant la disposition de l'article 4 du Code civil, définitivement consacré et visiblement inspiré par toutes ces idées (3).

49. — Est-il besoin d'ajouter, que la loi du 30 ventôse an XII, en consacrant officiellement le caractère de notre codification civile, n'altéra en rien les principes sur lesquels on s'était entendu. Car, si, pour exprimer l'*effet novatoire* du Code, l'article 7 de cette loi abroge expressément les sources du droit ancien, relatives aux matières réglées par la nouvelle législation, il est visible que cette disposition, destinée simplement à assurer *l'unification législative en France* (4), n'impliquait

(1) FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 150-170. — *Adde*, dans le même sens : Opinion du tribun CHAZAL contre le projet, FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 75-78. — Opinion du tribun COSTÉ contre le projet, FENET, t. VI, p. 188-189. — En sens contraire, et pour soutenir le projet, d'autres tribuns firent valoir, comme décisive, l'expérience tentée sous la Révolution. Voy. opinions des tribuns DÉMEUNIER, LUDOT, HUGUET, en faveur du projet. FENET, t. VI, p. 86, p. 107-109, p. 138-139. — Voy. encore les discours, au Corps législatif, des conseillers d'État PORTALIS, BOULAY, BERLIER, répondant aux objections du Tribunat, dans les séances des 23 et 24 frimaire an X, FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 268-270, p. 307-308, p. 335-336.

(2) Voy. FENET, *Recueil complet des trav. prépar. du Code civil*, t. I, précis historique sur la confection du Code civil, p. LXXVIII-LXXIX.

(3) *Exposé des motifs de* PORTALIS *au Corps législatif*, le 4 ventôse an XI, FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 358-360. — *Rapport de* GRENIER *au tribunat*, le 9 ventôse an XI, FENET, t. VI, p. 375-376. — *Discours du tribun* FAURE *au Corps législatif*, le 14 ventôse an XI, FENET, t. VI, p. 386-388.

(4) Ce but très précis suffit à expliquer que, malgré la proposition contraire, formulée dans leurs observations (sur la disposition générale, placée à la fin du projet de Code civil), par le Tribunal de cassation (FENET, *op. cit.*, t. II, p. 754-755), et par les tribunaux d'appel d'Aix (FENET, t. III, p. 63), de Bourges (FENET, t. III, p. 255), de Lyon (FENET, t. IV, p. 349), de Toulouse (FENET, t. V, p. 629), l'on n'ait pas compris, dans l'abrogation expresse de cet article 7, les lois de la période intermédiaire, qui, de par leur origine, s'appliquaient dans toute l'étendue de la France. La plupart des auteurs en concluent, avec raison, ce semble, que ces actes législatifs n'ont été atteints par le Code, que suivant les principes de l'abrogation tacite. — LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, Introduction, n° 27. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, n° 72. — Voy. encore, sur l'idée d'*unification législative*, comme objet propre du Code civil : PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet*, FENET, t. I, p. 463-464. — *Exposé des motifs* du premier projet de loi (titre préliminaire), le 3 frimaire an X, FENET, t. VI, p. 41. — *Nouvel exposé* sur le même projet, le 4 ventôse an XI, FENET, t. VI, p. 344-345. — *Exposé des motifs* de la loi du 30 ventôse an XII, FENET, t. I, précis historique. p. XCII-CII. — *Discours du tribun* JAUBERT *au Corps législatif*, sur la même loi, FENET, t. I, précis histor., p. CIV-CX.

(1) Voy. les discussions au Conseil d'État : 1° du 17 ventôse an XII, MALLEVILLE et CAMBACÉRÈS (FENET, t. I, *Précis historique*, p. LXXXI-LXXXII) ; 2° du 19 ventôse an XII, CAMBACÉRÈS et BIGOT-PRÉAMENEU (FENET, *ibid.*, p. LXXXVI-LXXXVIII). — Comp. les observations (sur la disposition générale du projet du Code civil) des Tribunaux d'appel, de Bordeaux (FENET, t. III, p. 204-205) ; de Montpellier (FENET, t. IV, p. 536) ; d'Orléans (FENET, t. V, p. 28-29). — *Adde* : TREILHARD, *Exposé des motifs* du projet de loi sur les successions, présenté le 19 germinal an XI, *in fine*, FENET, t. XII, p. 159-160.

(2) Voy. notamment : SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § LI, *initio*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 319-320 et : *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e édit., 1840, p. 73-81. — E.-I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 8. — Sur l'évolution de la même idée dans différentes législations, voy. quelques indications historiques chez J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, § 13, Anmerkung 2, 4e édit., t. I, p. 95-96 ; et O. STOBBE, *Handbuch des deutschen*

aucunement un retour aux idées de la Révolution, résumées plus haut. Au contraire, la seule objection, qu'elle souleva, fut tirée de l'insuffisance, *à priori* certaine, de la nouvelle législation civile. Et, pour la défendre contre cette attaque, ses auteurs purent se borner à rappeler que les larges pouvoirs, réservés à l'interprète par l'article 4 du Code, lui permettraient encore de chercher l'équité qui devrait l'inspirer, à défaut du texte, dans le droit ancien, particulièrement même dans le droit romain, envisagé non plus comme législation en vigueur, mais seulement comme *raison écrite* (1).

50. — Ainsi, dès sa naissance, notre codification civile savait, fort sagement, limiter elle-même sa portée. Et, en présence des détails de cette genèse, nous ne devons pas, je crois, nous étonner que les jurisconsultes étrangers aient volontiers considéré la législation française moderne comme étant l'une de celles, qui, sous le contrôle de la Cour de cassation, laisse la plus grande latitude à l'appréciation juridique de l'interprète (2).

On m'accordera facilement, sans doute, que toute l'évolution législative, postérieure aux Codes (notamment la suppression complète de l'autorité législative du Conseil d'État), n'ait fait qu'affermir et mieux justifier cette idée. Il est vrai que la question même de la codification et du rôle respectif, qu'elle attribue tant au législateur qu'à l'interprète, n'a plus été reprise, que d'une façon très incidente, dans les débats ayant précédé les lois du 30 juillet 1828 et du 1er avril 1837, auxquelles j'ai fait suffisamment allusion (ci-dessus nos 44 et 45), et qui ont fortement contribué à restituer tout son prestige à l'interprétation judiciaire. Mais, en outre, il est facile d'observer que, de plus en plus, en matière civile surtout (1), le législateur français s'attache à ne trancher que des

Privatrechts, § 26, texte et note 3, 2e édit., 1888, t. I, p. 172-173. — *Adde*, en ce qui concerne le Code civil autrichien de 1811, son art. 7, sur lequel voy. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e éd., 1840, p. 107-108 et J. UNGER, *op. cit.*, § 11, 4e édit., t. I, p. 67-73. — La question de l'influence de la codification sur la méthode juridique n'a pas manqué d'être fort agitée, dans l'élaboration du nouveau Code civil allemand, et à la suite de sa promulgation. Mais personne, en Allemagne, ne paraît avoir mis en doute que cette œuvre législative laissât place, comme par le passé, à une élaboration juridique indépendante, de la part de la doctrine et de la jurisprudence. Voy. notamment : *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*. Amtliche Ausgabe, 1888, t. I, p. 7-8 et p. 16-17. — *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, von ACHILLES, 1 Lieferung, 1897, p. 2. — F. ZRODLOWSKI, *Codificationsfragen und Kritik des Entwurfs eines B. G. für das deutsche Reich*. 1888, p. 43-44. — A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen*, 2e éd., 1890, p. 23-24. — C. GAREIS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2e éd., 1896, Einleitung, p. XXIV. — R. SALEILLES, *Notice sur le Code civil pour l'Empire d'Allemagne, in fine*, dans : 26e Annuaire de législation étrangère, 1897, p. 158-160; [et *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 85-88 (§ IX); § X, p. 88-104].

(1) On peut prendre, à titre d'exemples, la plupart de nos lois civiles ou commerciales des dix dernières années [écrit en 1899], ainsi : la loi du 13 février 1889, portant modification de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855; — loi du 19 février 1889, relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances ; — loi du 4 mars 1889, sur la liquidation judiciaire ; — loi du 24 juillet 1889, organisant la déchéance de la puissance paternelle ; — loi du 27 décembre 1890, complétant l'art. 1780 C. civ. ; — loi du 9 mars 1891, modifiant le droit de succession du conjoint survivant ; — loi du 11 juillet 1892, complétant l'art. 2280 C. civ. ; — loi du 6 février 1893, portant modification au régime de la séparation de corps ; — loi du 7 juin 1894, modifiant les art. 110, 112 et 632 C. com. relativement à la lettre de change ; — loi du 12 janvier 1895, relative à la saisie-arrêt des salaires et petits traitements ; — loi du 25 mars 1896, sur les droits de succession des enfants naturels ; — lois du 17 août et du 7 décembre 1897 ; — loi du 1er mars 1898, sur le nantissement des fonds de commerce ; — loi du 8 avril 1898, concernant le régime des eaux ; — loi du 9 avril 1898, sur la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et loi complémentaire du 30 juin 1899, concernant les accidents causés dans les exploitations agricoles par l'emploi de machines mues par des moteurs inanimés ; — etc., etc.

problèmes très limités, qui lui sont proposés par leurs côtés les plus concrets, d'après les suggestions de la vie des affaires, et qu'il se garde, avec excès parfois, d'envisager des théories générales, de poser des principes abstraits, préférant s'en remettre, pour les développements de ses solutions et le complément qu'elles requièrent, à la science et à l'équité des interprètes (1).

Je crois donc, au terme de cette digression historique, un peu aride, pouvoir conclure que rien, dans les règles en vigueur de notre droit actuel, ou dans les conceptions positives arrivées jusqu'à nous sous le couvert d'une tradition autorisée, ne légitime un point de vue, d'après lequel la codification de nos lois aurait eu pour résultat de consacrer, dans l'ordre du droit privé, la *souveraineté exclusive* de ces lois mêmes, et d'écarter, par là, comme inutile et parasite, tout développement indépendant d'interprétation, tendant à suppléer aux défaillances inévitables, à la lenteur, au manque de souplesse et de plasticité de l'action purement législative.

SECTION II

LIMITES RATIONNELLES DE L'EMPIRE DE LA LOI SOUS LE RÉGIME DE LA CODIFICATION

SOMMAIRE : I. **51**. *Position de la question sur ce nouveau terrain.*
II. **52-53**. *Notion rationnelle de la codification et conséquences.*
III. *Rôle propre de la législation dans l'élaboration juridique.* — **54**. Question. — **55**. Limites naturelles de la compétence législative. — **56**. Notion de la loi écrite. — **57**. Conséquences de son origine. — **58**. Conséquences du mode dont s'exerce l'action législative. — **59**. Conclusions contre la méthode traditionnelle.

I

Position de la question sur ce nouveau terrain

51. — Au surplus, si j'ai dû, — pour combattre, directement et sur son propre terrain, un préjugé, que je crois très pro-

(1) Voy. encore, sur la conception française de la codification et de la loi : BERTRAND, *Discours de rentrée à la Cour de cassation*, le 16 octobre 1888, § I, dans *Le Droit*, du 17 octobre 1888, p. 981. — Comp. K. COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, § 6, 2, c, t. I2, 1899, p. 19. — [*Adde* : ci-après, nos **52-53**, et les références].

fondément infiltré dans l'esprit des juristes français, — discuter, par les développements qui précèdent, la portée positive de notre codification civile, d'après ses origines immédiates et sa formation même, en examinant assez minutieusement les quelques textes légaux, qui en peuvent déterminer le caractère, et, surtout, en scrutant un peu profondément le mouvement d'idées législatives, au milieu duquel elle a pris naissance et fait ses premières preuves, — je tiens à déclarer maintenant, qu'à mon sentiment, la question est mal posée sur ce terrain, et qu'elle ne saurait être résolue d'après les données du pur droit positif. Elle ressortit à un domaine plus élevé.

De quoi s'agit-il, en effet? Essentiellement, de savoir quel partage d'attributions est à faire, pour la découverte et la mise à effet des notions juridiques, entre la *législation* et la *science*, entre la fonction qui détermine *in abstracto* les règles de droit, et celle qui les met en œuvre ou les applique *in concreto*. Avant tout, il faut fixer les limites nécessaires de l'intervention du législateur, la mesure forcée de sa compétence, d'après la nature de sa mission et le mode de son action. — Or, quoi qu'on en puisse penser, je n'hésiterai pas à affirmer, quant à moi, qu'un pareil objet de recherche ne saurait dépendre de la volonté du législateur lui-même. Il ne peut lui appartenir de déterminer, à son gré, sa propre compétence (1). Celle-ci s'établit d'après des règles supérieures à tout arbitraire, indépendantes, dans leur essence, d'une réglementation positive (purement législative ou constitutionnelle, il n'importe), que, seules, la nature des choses et la raison imposent, en les révélant. Aussi bien, d'ailleurs, en est-il de même, de tous les principes qui constituent, dans son sens le plus large, la méthode juridique. Ces principes appartiennent à une sphère indépendante et qui domine de haut les lois positives (2).

(1) C'est bien le cas de répéter, après l'Évangile (MATH., VI, 27 ; — LUC, XII, 25), que nul ne peut ajouter un pouce à sa taille.

(2) Comp. L. LIARD : *Exposé des motifs* des projets de décrets, relatifs à l'organisation des Universités, présentés au Conseil supérieur de l'Instruction publique : « ... par essence, la recherche scientifique est libre ; elle ne peut être « féconde que par la liberté. Elle ne reconnaît d'autres lois que les règles des « méthodes, et ces règles, la puissance publique est inhabile à les tracer ». *Règlement des Universités*, Imprimerie nationale, 1897, p. 34.

Et, c'est par un sentiment, aussi fin qu'exact, de cette vérité, que les auteurs du Code civil, après avoir compris, dans leur projet primitif, tout un livre préliminaire, consacré à la notion philosophique du Droit et des Lois, ainsi qu'aux règles de leur mise en œuvre (1), s'arrêtèrent à ne retenir de cet ensemble que les dispositions, susceptibles de fournir aux juges une direction précise, et supprimèrent tout le surplus. — Ce n'était pas à dire, seulement, que les textes, définitivement effacés, fussent tenus pour superflus, pour simplement inutiles. Les motifs de la suppression, tels que les exprime le savant et judicieux PORTALIS (2), conduisent plutôt à croire que, dans la pensée du Conseil d'État, les définitions des notions juridiques premières et les préceptes de leur application générale, ressortissant, par leur nature même, non pas à la législation, mais à la science, ne pouvaient rien gagner ni rien perdre à être traduits en articles de loi, et que, par conséquent, la loi, qui, sur ce point, se fût mise en contradiction avec les nécessités objectives, n'aurait pu prétendre à aucun caractère obligatoire.

Tel est, en effet, le seul point de vue acceptable.

(1) Voy. ce *livre préliminaire*, du projet de la commission du Gouvernement, dans FENET, *Recueil des trav. prép.*, t. II, p. 3-8.

(2) *Exposé des motifs du Titre préliminaire*, présenté au Corps législatif, le 3 frimaire an X : « ... il nous a paru sage de faire la part de la Science et la « part de la Législation — Les lois sont des volontés. — Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est « commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois. S'il est « des définitions dont le législateur doive se rendre l'arbitre, ce sont celles qui « appartiennent à cette partie muable et purement positive du Droit, qui est « tout entière sous la dépendance du législateur même : mais il en est autre- « ment des définitions qui tiennent à la morale, et *à des choses qui ont une exis- « tence indépendante des volontés arbitraires de l'homme.* FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 43. — De même, l'on a supprimé, lors de la seconde lecture du Code civil allemand, les deux textes, relatifs aux règles de droit, qui figuraient dans le premier projet. Voy. les §§ 1-2 de l'*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Erste Lesung, 1888, avec les *Motive zu dem Entwurfe*. Amtliche Ausgabe, 1888, t. I, p. 1-9 et p. 14-17 ; puis, pour la suppression : *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, 1897, Lieferung 1. p. 2. — *Adde* : C. GARETS, *Bürgerliches Gesetzbuch*. 2e édit., 1896, Einleitung, p. XXII. — Cpr., en ce qui concerne le *Titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge* : A. LAINÉ, dans : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889-1890, t. XIX, p. 317. — Voy., d'ailleurs, ci-après : nos 88-90. — On trouvera un essai intéressant, tendant à séparer le domaine de la science et celui de la législation, dans Fr. EISELE : *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, article de l'*Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, t. LXIX, p. 275-330. Voy. notamment p. 276. — [*Adde* : K. G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, M. Perles, 1904, p. 13-14].

De sorte que, pour en revenir à l'objet qui nous intéresse, ce n'est pas à la loi positive, que nous puissions, ni que nous devions nous adresser, pour connaître sa propre compétence, pour savoir si et à quelles conditions cette loi positive suffit à résoudre tous les problèmes juridiques. Quelles qu'aient pu être, sur ce point, les prétentions effectives du législateur, ses injonctions ne s'imposeront à nous, que si nous les trouvons conformes à cet ordre immanent, à cette raison des choses, qui dominent de haut tous les textes. C'est donc, seulement, dans ces sources supérieures, qu'il faut directement chercher réponse à la question posée.

Or, cette question présente un double aspect. D'une part, et principalement, il s'agit de savoir quelle peut être rationnellement la portée de la loi *écrite* dans tout système de droit positif. D'autre part, on peut se demander, si le fait de la *codification* n'ajouterait pas quelque chose à l'efficacité de la législation proprement dite, quant au règlement pratique des conflits d'intérêt juridique.

II

Notion rationnelle de la codification et conséquences

32. — Examinons, d'abord, ce dernier point, qui peut, je crois, se résoudre facilement à l'aide de données élémentaires.

Tout ici, en effet, se ramène à reconnaître sa juste valeur à un phénomène social, fort simple de sa nature, la confection des codes de lois. Or, si nous nous demandons, sans parti pris, et en l'absence de toute idée préconçue, ce qu'est un code, au sens le plus technique de cette expression, nous serons, j'imagine, fort peu embarrassés, pour répondre qu'il faut entendre par là une collection de dispositions légales, portant sur une matière de législation positive, déterminée dans ses contours par une idée générale, qu'exprime ordinairement le titre donné au code lui-même. « On donne le nom

de Code », dit Ch. Beudant (1), « à quelques lois qui renferment un système de législation sur une matière déterminée. Un Code est une loi qui ne diffère des autres que par une étendue et une importance plus grandes ». Et, cherchant à caractériser nettement la codification, E. Glasson nous en présente une notion fort analogue : « La codification est le fait de réunir, en un recueil appelé Code, un ensemble de lois, se rapportant à une branche importante de la législation, ou même, parfois, embrassant l'ensemble du droit. La codification a pour objet de donner aux lois une forme précise, et de les grouper d'une manière à en rendre la recherche plus facile (2).

Ces derniers mots nous font entendre que le but des codifications modernes (3) n'est plus simplement la conversion, souvent opérée d'avance, d'un droit non écrit en droit écrit, mais plutôt l'arrangement systématique, tendant à ordonner ce droit écrit, suivant un plan d'ensemble, en vue « de le débarrasser des obscurités, des incertitudes et des inconsistances, — de le purger des détails oiseux et des répétitions inutiles, — d'en réduire les dimensions, d'en populariser l'étude, et d'en faciliter l'application » (4). Telle est, si je puis dire, la substance, fondamentale et matérielle, de la codification. — Et, si l'on y a souvent associé aussi l'idée d'unification législative, ce n'a pu être que par suite des circonstances accidentelles, qui ont accompagné l'éclosion de la plupart des codes modernes, et qui ont donné à leur confection ce but accessoire, de nature purement politique, incapa-

(1) *Cours de droit civil français.* Introduction, 1896, n° 32, p. 37.

(2) Art. *Codification*, dans *Grande Encyclopédie*, t. XI, p. 812, col. 1.

(3) Sur la différence de caractère, entre la codification justinienne et les codifications modernes, voy. H. Dernburg, *Pandekten*, § 6, t. I[5], 1896, p. 12-13.

(4) H. Sumner Maine, *Le droit romain et l'éducation juridique*, dans *Études sur l'histoire du droit*, Paris, Thorin, 1889, p. 408. — Voy., d'ailleurs, tout le passage relatif à la notion de codification, p. 404-409. — *Junge :* Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, p. 107-108 et p. 137. — Cpr. P. van Bemmelen, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 60-61. — Belime, *Philosophie du droit*, 4e édit., 1881, t. I, p. 509-510. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, n° 80, t. I, Paris, 1896, p. 63-64, [2e édition, t. I, 1902, p. 69-72. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. I, Paris, 1911, n° 6, p. 7 et n° 17, p. 7-8. — N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, qui distingue la *codification* de l'*incorporation*. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*. Notions générales, 3e éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 64-65].

ble, d'ailleurs, d'influer, en quoi que ce soit, sur leur portée juridique (1).

En tout cas, et au point de vue formel, nos codes se sont présentés comme des lois normales, embrassant un grand nombre de matières, et opérant, en quelque sorte, *novation* du droit antérieur, par la vertu attachée aux formules législatives. Ainsi, par exemple, notre Code civil n'est pas autre chose que l'ensemble des lois, comprenant la plus grande partie des matières, relatives au droit privé ordinaire (abstraction faite de la procédure), qui, après avoir été successivement délibérées, adoptées et promulguées, suivant un plan général, ont été groupées, en un seul faisceau, par la loi du 30 ventôse an XII, intitulée : « Loi contenant la réunion des lois civiles « en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des « Français ».

53. — Cela étant, on aperçoit, sans doute, que, par son caractère général et collectif, la codification peut fournir à la mise en œuvre du droit positif certains éléments d'élaboration et de progrès, tirés de la cohésion même et de la dépendance, matérielle autant que chronologique, des lois qu'elle a réunies. D'autre part, il est normal, sinon essentiel, que les lois codifiées abrogent expressément les sources antérieures, relatives aux matières qu'elles régissent, et s'attribuent, par là même, vertu exclusive quant à ces matières, manifestant ainsi la refonte formelle de législation, qui est leur objet propre (2). C'est ce qui se rencontre pour toutes les branches de

(1) Il est clair que la codification se conçoit parfaitement, quoique avec une importance moindre, dans un pays dont la législation serait unifiée. Ex. : la codification Justinienne. — D'autre part, dans les pays à législations multiples, la codification n'a pas toujours établi l'unité. C'est ainsi que l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (*Publikations-Patent*, vom 5 Februar 1794, art. I-VII ; *Einleitung*, §§ 1, 3, 4. Cpr. §§ 21et 53) laissait leur autorité aux droits locaux antérieurs et ne s'imposait que subsidiairement à eux, comme droit commun. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e édit., 1840, p. 83, *in fine*. — Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 5e éd., t. I, § 4, p. 14-15. — De même, le Code civil espagnol, du 24 juillet 1889, art. 12-13, réserve le droit local des *fueros*. — Sur la portée nationale du nouveau Code civil allemand, voy. Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I5, 1899, § 1, notamment, p. 1-6.

(2) Comp. là-dessus : Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3e édit., 1840, p. 17, *in fine*. — Dernburg, *Pandekten*, § 6, note 2, t. I5, 1896, p. 12-13. — Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 5e édit., t. I, 1887, p. 38, *in medio*. — Ed. Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1897, § 5, note 5, p. 35. — A cet égard, le Code civil autrichien de 1811 suivit les errements de la codification française (*Kundmachungspatent*, vom 12 juin 1811, § 4 ; — et, là-dessus : Pfaff et Hofmann, *Commentar zum österr. allgem. B. G.*, t. I, 1877, p. 84-89. — J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Einleitung, II, texte et note 14, t. I5, 1876, p. 12-13), tandis que l'*Allgemeines Landrecht* prussien s'était présenté comme droit subsidiaire, laissant leur autorité aux droits locaux antérieurs (Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit.*, 3e édit., 1840, p. 83, *in fine*. — Comp. Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, p. 137 et p. 142, note 2). — Le nouveau Code civil allemand abroge, d'une façon générale, les dispositions antérieures du droit local, *relatives aux matières privées*. En ce qui concerne les lois d'Empire, on s'en tient à l'abrogation normale, expresse ou tacite. Pour plus de précision, voy. *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, §§ 3, 4, 32, 55, 56, 218. — Là-dessus : Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, §§ 15-16, t. I5, 1899, p. 56-63. — Et, pour certaines applications délicates, cons. P. Oertmann : *Ueber den Satz, lex posterior generalis non derogat priori speciali, und seine Bedeutung für das Bürgerliche Gesetzbuch*, dans *Arch. für öffentliches Recht*, 1897-1898, t. XIII, p. 1-19. — Voy. aussi Code civil espagnol du 24 juillet 1889, art. 1976.

(1) « A compter du jour, où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les « ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, « cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont « l'objet desdites lois composant le présent code. » Comp., pour la procédure civile : art. 1041 C. proc. civ. franç., et, pour les matières commerciales : loi du 15 septembre 1807, art. 2.

(2) Sur l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, comp. Ch. Brocher, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, p. 73-78.

(3) Le § 2 du premier projet, du nouveau Code civil allemand, écartait, en principe, le droit coutumier, tant général que local, pour des raisons auxquelles n'était pas étranger le but de la codification. Voy. *Motive zu dem Entwurfe*. Amtliche Ausgabe, 1888, t. I, p. 3-9. — La suppression de ce §, lors de la seconde lecture, annonce l'intention de revenir sur l'exclusion absolue de la cou-

notre codification française privée, et, particulièrement, pour la codification civile proprement dite, dans l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII (1). Et, il n'est pas à méconnaître que, par ce moyen, la codification, dans la mesure où elle opère, ravisse aux précédents historiques, sans aucune contestation possible, toute leur autorité *impérative* (Voyez ci-dessous, 3e partie, chap. I, nos **90, 91, 94, 124, 141, 142**) (2).

Mais il ne semble pas qu'ait dû sortir de là toute une révolution dans les procédés de l'interprétation juridique, ni que la forme globale, employée par le législateur, doive attribuer une portée excessive à l'autorité de ses dispositions, en restreignant au delà de toute mesure le rôle du jurisconsulte. En fait, assurément, puisque la législation codifiée embrasse toute l'étendue d'un domaine juridique, elle limitera, dans ce domaine, si même elle ne l'anéantit tout à fait, l'essor de la coutume. C'est ce que sentait et redoutait Savigny (3).

Par contre, la codification fournit un sérieux point d'appui à l'analogie, considérée comme mode de développement du droit positif (1). — Tout cela ne peut faire, pourtant, que, dans la sphère qui lui reste nécessairement, la nature de l'interprétation, proprement dite, doive subir une altération notable, ni que sa liberté essentielle se trouve entravée par l'œuvre de la codification, prise en soi.

En tout cas, — et cette constatation nous suffira pour l'instant, — on n'aperçoit pas que la codification puisse augmenter l'efficacité de la législation, dont elle n'est qu'une forme particulière et accidentelle. Car les dispositions, qui la constituent, celles même qui tendraient à en augmenter la portée, par exemple, en réduisant d'autorité le rôle normal de l'interprétation judiciaire (ci-dessus, nos **40-42**), ne vaudraient jamais que comme dispositions législatives.

De sorte que, ce fantôme de la *codification* se trouvant écarté, tout le problème rationnel, qui s'est posé sur notre route, apparaît concentré maintenant sur le rôle propre de la *législation*, comme organe de l'élaboration juridique (2).

III

Rôle propre de la législation dans l'élaboration juridique

54. — Ainsi envisagé, le problème en question se ramène aux termes suivants : La législation, codifiée ou non, en entendant par là, d'une façon large, tous les actes de l'autorité,

tume, en tant du moins qu'il s'agirait d'une coutume commune à tout l'Empire Voy. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, von Achilles, Lieferung 1, 1897, p. 3. — C. Gareis, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2e édit., 1896. Einleitung, p. xxiii (*Adde* ci-dessous nos **135-137**).

(1) Le projet primitif du nouveau Code civil allemand tenait compte de cette observation de fait dans son § 1. Voy. *Motive zu dem Entwurfe*, t. I, p. 17. — La suppression de ce texte, lors de la seconde lecture, paraît avoir été inspirée surtout par la considération de son inutilité. Voy. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, Lieferung 1, 1897, p. 2 (*Adde* ci-dessous, n° **166**).

(2) [Comp., sur l'importance et l'influence de la codification : H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 65-71 (première partie, chapitre IV). — A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1904, *passim*, notamment première partie. La codification française. Ses bases. Son principe. Son action, p. 3-72 ; quatrième partie. L'avenir de la codification, p. 193-232. — *Le Code civil. Livre du centenaire*, 2 vol. Paris, A. Rousseau, 1904].

ayant mission d'édicter des règles juridiques générales, sous forme d'injonctions obligatoires, lois proprement dites, décrets ou arrêtés réglementaires légalement pris (1), le *jus scriptum*, en un mot, peut-il, dans notre état social et constitutionnel, suffire à une révélation du droit, en permettant la mise en œuvre complète, qui reste la mission pratique inéluctable de toute jurisprudence positive ? Ne découvrirons-nous pas, au contraire, dans la nature et le mode d'action de la *loi écrite*, des lacunes ou des bornes essentielles, qui ouvriraient une place nécessaire, soit à d'autres sources du droit, telles que la coutume, soit, du moins, à l'intervention de la libre recherche scientifique, en vue d'une élaboration du système juridique, capable de satisfaire à tous les besoins de la vie sociale ?

Le terrain d'investigations, qui s'offre ainsi à notre examen, semble avoir été peu exploré. Et cela tient, si je ne me trompe, à ce que l'on s'est trop facilement contenté ici avec le principe de l'omnipotence législative. On a pensé, sans doute, que ce dogme constitutionnel excluait, *a priori*, toute mesure de l'action du pouvoir, en matière de révélation du droit, et l'on a considéré, en outre, que, dans notre état politique et social, le législateur entendait manifestement se réserver, à lui seul, le monopole de toute innovation juridique (2).

(1) Voy., pour plus de détails sur toutes les sources du droit écrit moderne, en vigueur en France : Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, nos **31-53**, p. 35-61. Il convient d'ajouter à cette liste les traités et actes internationaux (par ex. : déclarations de guerre, de neutralité, etc.), régulièrement publiés, et en tant qu'il en résulte des règles de droit s'imposant aux citoyens. Sur tout cela, cons. A. Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, liv. I, cap. V, p. 155-173. *Adde* : ci-dessous : n° **94** [— N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 462-472 (§ **54**). — Particulièrement, sur le caractère législatif des règlements d'administration publique, arrêtés de classement, circulaires administratives et règlements intérieurs des Assemblées légiférantes, cons. M. Hauriou, notes sous Conseil d'État 11 janvier et 6 décembre 1907 ; 22 mars 1912 : Sirey, 1907-3-145 ; 1908-3-1 ; 1913-3-105 ; — et, pour la distinction de plusieurs catégories de lois, au point de vue de leur valeur et de leur efficacité pratique : M. Hauriou, note (à propos de l'état de siège) sous 2 Conseil d'État 6 août 1915, Sirey, 1916-3-9].

(2) N'est-ce pas là, au fond, le seul prétexte de l'influence attribuée à la codification ? Voy. E. Roguin, *Observations sur la Codification des lois civiles* : « ... Qui « dit *codification* dit adoption du *principe fondamental*, que le droit de faire la « loi appartient exclusivement au législateur. » *Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, 1896, p. 75.

Cette dernière affirmation, — on voudra bien le remarquer, — supposerait établi un point de droit historique, dont je me suis attaché à dévoiler la mensongère apparence dans la section précédente (nos **37-50**).

Sans revenir sur ces développements, et tout en en retenant, pour ma cause, que, si leur conclusion est exacte, elle fait tomber une pièce essentielle de l'argumentation que je veux combattre, je dois m'attaquer maintenant à la première partie de cette argumentation, pour mettre à nu son insuffisance et son inanité mêmes. Assurément, il paraît très simple de dire que, rien ne limitant le pouvoir législatif, ce pouvoir peut, sans conteste, absorber en lui-même toutes les sources du droit positif. En est-on pourtant bien sûr, et cette déduction ne repose-t-elle pas sur un sophisme essentiel ?

55. — Si pleine soit la toute-puissance divine, les théologiens reconnaissent, pourtant, qu'elle est conditionnée, dans son exercice, par la nature objective des choses. Et, c'est ainsi que Dieu ne se peut contredire dans les termes de sa propre activité (1). — A plus forte raison, j'imagine, devrons-nous consentir que l'omnipotence législative a, elle aussi, ses bornes logiques et nécessaires. Les Anglais, qui s'en sont fait une idée si haute, et qui la concentrent dans leur Parlement, déclarent pourtant que celui-ci ne peut pas *faire d'un homme une femme ou d'une femme un homme*. Ce parfait truisme recèle, à mon sens, une vérité profonde. Il implique que la nature même de l'autorité législative, qui détermine le mode de son activité, assigne à celle-ci des limites infranchissables; d'où résulte, nonobstant toute volonté contraire du législateur, une série de restrictions, nécessaires, à la portée de ses dispositions, dans le domaine de l'application du droit (2).

(1) Saint Thomas d'Aquin, *Summa theologica*, pars prima, quæst. 25, art. 3 et 4. Cpr. quæst. 7, art. 2, *ad* 1; quæst. 21, art. 4 et quæst. 105, art 6. — *Adde* : Montesquieu : *Esprit des lois*, liv. I, chap. 1 : « ..... tous les êtres ont leurs lois : « *la divinité a ses lois*..... » — Ceci serait quelque peu contredit par la théorie, attribuée à Descartes, de la création des vérités éternelles par la volonté libre de Dieu. Mais voyez, sur l'importance et le sens de cette théorie dans le système cartésien : P. Janet, dans *Journal des Savants*, avril 1898, p. 221-223.

(2) Sur tout ce qui suit, comp. Eisele, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1885-1886, t. LXIX, p. 275 et sq., notamment p. 278-281.

Au surplus, notre interprétation traditionnelle reconnaît elle-même quelques restrictions de cette sorte. Ainsi, nous l'avons vu (ci-dessus, n° **14**, *in fine*), on est bien contraint d'admettre que deux dispositions de loi, contemporaines, qui présentent une contradiction irréductible, se détruisent réciproquement et laissent une lacune dans la solution légale de la question qu'elles visent: Peu importerait, assurément, une déclaration contraire du législateur, proclamant, comme Justinien par exemple (c. 2 § 15, C., *De veteri jure enucleando*, I, 17), l'absence totale d'antinomies dans son œuvre. Pareille déclaration reste forcément inopérante, en présence des faits et de la logique qui s'en dégage (1).

Mais, ce n'est là qu'une solution de détail (2). Et, notre étude requiert la déduction d'idées, plus générales et plus complètes, pouvant fournir, relativement à l'influence de la loi, les points de direction nécessaires à la méthode juridique.

56. — Point n'est besoin, dans cette vue, d'approfondir ici la notion philosophique de la loi (3). Pour demeurer toujours dans un domaine pratique, je m'en tiens à l'idée, tout à fait dominante en France, qui caractérise la loi, d'un point de vue formel, comme l'œuvre du pouvoir compétent pour porter les dispositions générales d'intérêt commun, devant s'imposer à tous, sous la sanction sociale (4). — Il est clair que la loi, ainsi comprise, n'intéressera l'interprète du droit, qu'autant qu'elle contient, au moins en germe, l'expression d'une règle juri-

(1) Sur la vanité de la déclaration précitée de Justinien, voy. Savigny : *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. I, 1840, p. 281.

(2) [Sur les forces, naturelles et sociales, qui dominent, malgré qu'elle en ait, la législation écrite, on lira, avec intérêt et profit, J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908].

(3) Voy., à ce sujet : Merlin, *Répertoire*, v° Loi, § 2, 5e édit., t. X, 1830, p. 191-192. — P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, §§ **54** et **56**, 2e édit., t. I, p. 512-515 et p. 566-569. — E. Bouvier et G. Jèze, *La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances*, dans : *Revue critique de législation*, 1897, p. 384-393 et p. 428-441. — [*Adde* : G. Jèze, *Le budget au point de vue juridique*, dans : *Revue de science et de législation financière*, 1907, t. V, p. 329-348]. — Cpr., dans un sens nettement opposé : A. Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, § **3**, p. 71-76.

(4) Comp. Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, nos **31** et **33**. — M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3e éd., 1897, p. 37. — Mais je rappelle que je prends ici le mot loi, dans une acception plus large, comme embrassant tous les actes de l'autorité, qui formulent un règlement juridique général.

dique (1). Mais, cette simple observation de fait reste indifférente à notre point de vue, puisque toute disposition, consacrée en forme de loi, et émanant du pouvoir compétent, peut, quel que soit son objet principal, contenir de semblables règles.

En partant de cette notion, tout à fait élémentaire, de la loi, le simple bon sens va suffire, je crois, à nous indiquer les bornes de son autorité. Nous constatons, d'une part, que la loi émane de l'intelligence et de la volonté (2) humaines, puisque le pouvoir, qui la porte, sous quelque forme qu'on le suppose constitué, réside toujours dans un homme ou dans une réunion d'hommes (3); d'autre part, que cette intelligence et cette volonté, le plus souvent collectives, s'expriment en une formule, conçue dans le langage de ceux que la loi doit régir, afin de faire passer dans leur esprit la substance même des règles qu'elle édicte (4).

D'après cela, deux limitations générales à la portée de la loi, envisagée comme source juridique, se présentent inévitables (5).

(1) C'est la loi, au sens *matériel*, par opposition à la loi *formelle*, suivant la terminologie allemande. Voy. Laband, *op. et loc. citt.* — O. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I², 1882, p. 124.

(2) F. Suarez, S. J., *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, lib. I, cap. IV, §§ 6-7, et cap. V.

(3) Comp. Paul Leroy-Beaulieu, *l'État moderne et ses fonctions*, 1890, p. 29.

(4) [On trouvera une étude, plus complète, de la notion de loi et des limites que comporte, d'après sa nature, et d'après nos conditions sociales, la puissance législative, dans : M. Leroy, *La loi*. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie, Paris, Giard et Brière, 1908].

(5) Le principe de ces limitations, tenant à la *nature même des choses*, me paraît, très nettement, quoique d'un mot seulement, indiqué dans un passage d'Aristote : ΗΘΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΧΕΙΩΝ, liv. V, cap. X (XIV), § 4. « La cause de cette différence (entre le juste légal et l'honnête) c'est que toujours la loi est générale « nécessairement, et qu'il est certains objets, sur lesquels on ne saurait convenablement statuer par voie de dispositions générales. Aussi, dans toutes les « questions, où il est absolument inévitable de prononcer d'une manière purement générale, et où il n'est pas possible de le bien faire, la loi ne saisit que « les cas les plus ordinaires, sans se dissimuler, d'ailleurs, ses propres lacunes. « La loi pour cela n'est pas moins bonne; la faute n'est point ici à elle; la faute « n'est pas davantage dans le législateur qui porte la loi; *elle est tout entière « dans la nature même de la chose*; car c'est là précisément la condition de tous « les actes de pratique ». *Adde* : §§ 5-7; trad. Barthélemy Saint-Hilaire, *Morale d'Aristote*, 1856, t. II, p. 184-185. — Cpr. Platon : ΠΟΛΙΤΙΚΟΣ, 294 *a-b*, cap. XXXIII. — *Adde* encore : Aristote, *La République Athénienne*, trad. Th. Reinach, 1891, § 9, p. 18 : « Quelques-uns prétendent même que Solon rédigea à dessein « ses lois avec obscurité, afin de laisser au peuple-juge le droit de les interpré-

57. — Et, d'abord, comme toute œuvre humaine, la loi sera forcément incomplète (1). Si affiné qu'on le suppose, l'esprit de l'homme n'est pas capable d'embrasser, dans son entier, la synthèse du monde où il se meut. Et, cette infirmité irrémédiable est particulièrement sensible dans l'ordre juridique, qui, pour être saisi en totalité, supposerait connus, à l'avance, tous les rapports, pouvant susciter, entre les hommes, des conflits d'aspirations ou d'intérêts. Imaginât-on, par impossible, un législateur assez perspicace pour pénétrer, d'un large et profond coup d'œil, l'ensemble de l'ordre juridique de son époque, encore faudrait-il reconnaître qu'il ne saurait prévoir, pour les régler à l'avance, tous les rapports *futurs* (2). A cet égard, les idées, jadis émises par Portalis (3), restent éternellement vraies. Et, il faut bien reconnaître qu'une législation positive, procédât-elle exclusivement par catégories générales et par formules abstraites, n'englobera jamais tous les cas possibles (4). — Que peut, à l'encontre de cette insuffisance inéluctable, issue de la nature même des choses, la volonté la plus formelle du législateur ? Supposons que, par excès de confiance en ses moyens, il déclare son œuvre complète, et interdise de chercher hors d'elle la base de toute solution juridique. Pareille affirmation et pareille injonction ne seront-elles pas, *a priori*, vouées à l'impuissance ?

A la vérité, cependant, le législateur pourrait, reconnaissant lui-même son infirmité, tenter d'y obvier, sans rien sacrifier

« ter; mais cela est peu probable et cette obscurité s'explique plus simplement « par l'impossibilité où il se trouva d'atteindre en tout la perfection. »

(1) L'idée contraire n'a pu être acceptée que chez les peuples, où la loi, étant réputée d'origine directement divine, se trouvait, par là même, tenue pour parfaite et immuable. Voy. A. Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, p. 85 et p. 95.

(2) Comp. O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, p. 31.

(3) Notamment, dans : *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Fenet, *Recueil complet des trav. prép.*, t. I, p. 469-476; et *Exposé des motifs du titre préliminaire*, présenté le 4 ventôse an VI, Fenet, *op. cit.*, t. VI, p. 358-360. (Voy. ci-dessus, n° 47). — Comp. : *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*. Amtliche Ausgabe, 1888, p. 7, *in medio*; p. 16, *in medio*.

(4) Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e éd., 1840, p. 21-24. — O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, p. 30, *in fine* — En sens contraire : J. Bentham, (*Vue générale d'un corps complet de législation*, dans : *Traités de législ. civ. et pén.*, éd. Dumont, 1830, t. III, p. 417), dont l'affirmation me paraît péremptoirement démentie par une expérience universelle.

de ses prérogatives. — D'abord, il peut défendre au juge d'accueillir une demande, qui ne serait pas fondée sur un texte précis de loi (1). Mais, une pareille injonction, parfaitement justifiée, nécessaire même, pour les matières pénales (art. 4 C. pén. franç.), aboutirait, en matière civile, à un flagrant déni de justice, si elle n'était complétée par un perfectionnement de l'appareil législatif (2), qui ne va pas sans contrarier profondément sa nature. Il faudrait, à tout le moins, constituer une procédure d'interprétation législative permanente, destinée à suppléer à l'insuffisance de la loi. C'est ce qu'avait fait JUSTINIEN (3). C'est ce que tenta aussi, sous une forme un peu différente, l'*Allgemeines Landrecht* prussien (4). C'est encore ce qui fut, quelque temps, établi chez nous, par le moyen indirect du *référé législatif* (ci-dessus, n° 40). Mais, toutes ces institutions, d'ailleurs fort critiquables en elles-mêmes, se sont montrées impuissantes, en présence des besoins de la vie. — En tout cas, pour ce qui concerne la France, nous savons (voy. ci-dessus, n° 44) que le référé législatif a, depuis longtemps, disparu de nos lois, et que, d'ailleurs, en édictant l'art. 4 du Code civil, les auteurs de notre codification ont avoué eux-mêmes la nécessité d'une autorité indépendante, pour combler les lacunes de leur œuvre.

Il demeure acquis, par conséquent, sur ce premier point, que, par son origine même, la législation, codifiée ou non, reste impuissante à fournir, à elle seule, toutes les solutions, que requiert l'ordre juridique.

(1) J'ai indiqué précédemment (nos 10 et 19) que telle était, suivant certains auteurs (BLONDEAU, DEMOLOMBE et HUC, entre autres), la conséquence, logiquement nécessaire de l'art. 4 C. civ. franç.

(2) Comp. PORTALIS, *Discours préliminaire*, dans FENET, t. I, p. 472-474 et *Discussion au Conseil d'État*, FENET, t. VI, p. 21. — FAURE, *Discours au Corps législatif*, FENET, t. VI, p. 387-388.

(3) C. 2, § 21, C., *de Veteri jure enucleando*, I, 17 et c. 12, § 1 C., *De Legibus*, I, 14. — Voy., sur ces lois : SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 295-304. Cpr. p. 307-310.

(4) *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*. Einleitung, §§ 46-49, et, là-dessus : SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e éd., 1840, p. 88-89; *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 321. — O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 26, I, 2, t. I, 2e édit., 1882, p. 172-173. — FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, t. I3, 1887, p. 26. — [Comp., en ce qui touche l'interprétation du Code civil allemand de 1896, la proposition, quelque peu ironique, d'O. BÜLOW, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, 2 A. Leipzig, 1901, dritter Brief, p. 35-55].

58. — Une autre limitation générale à la portée de l'action législative dérive du mode dont elle s'exerce. Le législateur exprime sa volonté (1), dont il fait la loi, en une formule. Consacrée, suivant les détails de la procédure parlementaire, cette formule apparaît, seule, comme la traduction de la pensée législative. Seule, elle livre, à ceux qui subissent comme à ceux qui appliquent le droit, le contenu de la prescription souveraine. Il faut donc que le législateur vise un double objectif : d'une part, qu'il se représente exactement la portée de la règle, qu'il entend ériger en loi ; d'autre part, qu'il sache faire entrer tout son vouloir législatif dans la formule qu'il adopte. Et, il ne peut prétendre faire respecter et appliquer comme loi, ni une règle étrangère à son horizon effectif, ni celle, que le texte, libellé par lui, ne traduirait pas d'une façon suffisamment claire (2). — Assurément, ceci se doit entendre avec la plus grande largeur, de façon à donner toute la portée possible à la volonté législative. Il n'est aucunement nécessaire, par exemple, que le législateur ait procédé par pensées et par prescriptions essentiellement concrètes, n'envisageant que des cas individuellement déterminés. Très souvent, et en vue d'embrasser un plus grand nombre d'hypothèses, il considère des catégories générales, qu'il rattache à des dispositions d'ensemble, libellées dans une formule élastique ou abstraite (3). Encore faudra-t-il, malgré tout, pour que l'interprète puisse, à telle situation donnée, appliquer une décision légale, que, par ses éléments essentiels, cette situation corresponde exactement au cadre fixé par le texte. A défaut de quoi, la loi refuse elle-même son secours.

(1) « Les lois sont des volontés », a dit PORTALIS dans l'*Exposé des motifs du Titre préliminaire du Code civil*, présenté le 3 frimaire an X, FENET, *Recueil des trav. prép.*, t. VI, p. 43.

(2) Il est inadmissible que le législateur prétende lier l'interprète par des dispositions énigmatiques, dont l'obscurité tient le plus souvent à ce que les auteurs de la loi n'ont pas su exactement ce qu'ils voulaient établir. En pareil cas, l'interprétation recouvre sa liberté. Et, si le législateur n'est plus suivi, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. *Legem potuit apertius dicere.*

(3) SAVIGNY (*Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e éd., 1840, p. 22) a expliqué fort ingénieusement le procédé. — Cpr. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, § 3, Erster Theil, 5e éd., 1891, p. 40-41 ; trad. de MEULENAERE, 3e édit., t. I, p. 41-42. — EISELE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1885-1886, t. LXIX, p. 322. — Et, sur la mise en œuvre de cette idée dans le nouveau Code civil allemand : G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. I, 1897, Einleitung, p. 20-21. — R. de la GRASSERIE, *Code civil allemand*, Introduction, p. XXVI.

Et, tout ceci encore reste indépendant d'une volonté contraire, manifestée par l'auteur de la loi, en ce sens que, si, par certaines définitions ou par d'autres éléments techniques, il peut assigner à son langage un caractère conventionnel, du moins, et quoi qu'il en ait, se voit-il toujours imposées les limites rationnelles, que comporte toute volonté intelligente, traduite en une formule. — Il en est, à cet égard, de la volonté collective, qui s'exprime dans la loi, comme de la volonté particulière, qui se révèle dans un acte juridique solennel, dans un testament, par exemple. Le testateur ne peut rendre efficaces ses volontés dernières, qu'en les concevant et les manifestant assez clairement, pour les faire passer toutes dans la formule consacrée par la solennité de l'acte testamentaire. Étrangères à cet acte, ou ne pouvant se dégager de sa formule, si ce n'est par l'effort d'une individualité distincte, qui devrait, en réalité, se substituer à celle de l'auteur de l'acte, ces volontés resteraient inopérantes et ne pourraient légitimement prétendre à être reconnues (1).—De même, la velléité législative, qui n'a pas su prendre conscience d'elle-même, se fixer en une volonté précise, puis se traduire dans le texte authentique de la loi, demeure non avenue pour l'interprète, et ne peut entrer en ligne dans l'application du droit positif (2). Si c'est là une restriction à la puissance législative, on voit, du moins, qu'elle est imposée par le mode nécessaire de son exercice, et qu'elle ne peut, dans la mesure indiquée, être écartée par aucune décision, même la plus formelle, du législateur.

59. — Truismes que tout cela, dira-t-on ! — J'en conviens.

(1) La jurisprudence est, sur ce point, constante et ferme. Voy. notamment : Civ. cass., 18 novembre 1884, Sir., 85-1-125. — Civ. cass., 7 janvier 1889, Sir., 91-1-461. — Req. rej., 5 juin 1896, Sir., 96-1-308. — Voy. seulement, dans un cas d'erreur certaine de la formule du testament : Civ. rej., 6 avril 1891, Sir., 92-1-515.

(2) Cons. ici deux études d'E. Danz : 1° *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Rechts und Thatfrage*, Jena, 1897 ; 2° *Gesetzes-Auslegung und das Leben*, article paru dans : *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1897, t. XXIV, p. 611-620. — *Adde* : A. Stölzel, *Schulung für die civilistische Praxis*, t. I, 3e édit , 1898, p. 249-250. — Et, voy. des idées, un peu différentes, dans J. Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques* ; thèse de doct. Droit, Paris, 1898, p. 195-202. — [Comp. encore : G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés* ; thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905*].

Mais, si naïves que paraissent ces vérités, elles étaient peut-être, néanmoins, bonnes à dire. Car, il en résulte, si je ne me trompe, la condamnation définitive de certains principes, dégagés plus haut (n° **35**), qui dominent toute notre méthode juridique traditionnelle.

Ainsi, tout d'abord, — étant reconnu que la législation ne saurait être complète, qu'elle ne peut, à elle seule, embrasser, en son entier, le domaine du droit positif, — nous sommes conduits à écarter ce que j'ai appelé le postulat essentiel de la méthode courante : l'idée que toute solution positive doit avoir sa base, au moins virtuelle, dans la loi écrite (voy. ci-dessus, première partie, n° **12**).

D'autre part, les observations, qui viennent d'être présentées, sur la limite nécessaire, que le mode de son exercice apporte à l'action législative, aboutissent à réprouver tous les procédés d'interprétation forcée, qui poursuivent à outrance la volonté du législateur (voy. ci-dessus, première partie, n^os^ **15-16** et **25**), alors même que le défaut ou le silence du texte la rend manifestement insaisissable (1), et que la conception subjective des interprètes s'exprime seule, sous prétexte de traduire la loi (2).

Peut-être s'aviserait-on, pourtant, de défendre encore les deux idées que je condamne, en soutenant que, si elles paraissent critiquables en raison pure, il est nécessaire de s'y tenir pratiquement, pour donner à la source législative toute

(1) Comme, par exemple, lorsqu'on veut rechercher, en dehors des décisions précises de l'art. 3, C. civ. franç., quelles solutions *imposerait* ce texte pour tous les problèmes généraux du droit international privé. Voy. notamment : Barde : *Théorie traditionnelle des statuts ou principes du statut réel et du statut personnel d'après le droit civil français*, 1880. — Laurent, *Droit civil international*, t. II, n^os^ **39-42**. — Cpr. Lamé, dans *Bull. de la Soc. de législ. comparée*, 1889-1890, t. XIX, p. 320, 321, 334-337, 394. 395, 458, 459, 530. — Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 2e édit., 1895, n° **24**, p. 34-35. — Audinet, *Principes élémentaires de droit internat. privé*, 1894. n^os^ **301-304**, p. 215-217. — Ne vaut-il pas mieux, toute sa portée réservée au texte, conclure de ses lacunes en faveur de la liberté de l'interprète ? Voy., en ce sens, Despagnet, *La théorie des statuts dans le Code civil*, dans *Revue crit. de législ.*, 1884, p 487-507. — Weiss, *Traité théorique et pratique de D. I. P.*, t. III, 1898, p. 136-138. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, n° **191**, t. I, 2e éd., Paris, 1902, p. 152-154. — C'est bien ce dernier point de vue, qui a ouvert un plein essor à notre science positive du conflit des lois.

(2) Comp., sur les difficultés et les incertitudes de la méthode, qui ne vise que la recherche de l'intention du législateur : J.-G. Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du Droit*, 1887, p. 303-305.

l'influence qu'elle doit avoir, en vue d'une mise en œuvre utile, féconde et progressive, du droit positif. Il faudrait donc les accepter comme les expédients d'une élaboration juridique plus parfaite (1), plutôt que d'y chercher des principes, appuyés sur une conception rationnelle. — Mais, on sent que, si la question est ainsi présentée, il incombe à ceux, qui professent ce culte excessif et aveugle des formules légales, de démontrer que des procédés, qui méconnaissent ouvertement les limites naturelles de l'action législative, et qui aboutissent à asservir l'interprète à une volonté abstruse et muette, constituent effectivement des instruments de progrès (2). Je ne sache pas que pareille preuve ait jamais été tentée, et je suis tout prêt à l'attendre. A la supposer faite, il resterait toujours inadmissible, d'attribuer à la législation elle-même ce qu'elle ne peut contenir, de lui rapporter ce qui ne serait, en tout cas, qu'un procédé très raffiné de la science pure (3).

Enfin, insistera-t-on davantage, et, poussant à l'extrême le principe, que j'ai attaqué, prétendra-t-on le faire passer sous cette formule tranchante : Les relations humaines ne prennent le caractère de rapports, juridiquement sanctionnés, qu'en vertu d'une décision formelle, qui ne peut être donnée que par la loi. Hors de là, ces relations demeurent à l'état de purs faits, que l'organisation juridique doit nécessairement ignorer (4). — A pareille prétention, je me bornerai à répondre qu'elle est manifestement contredite par toute l'histoire juri-

(1) A l'image de certaines fictions, sur lesquelles repose toute l'administration de la justice en Angleterre. Voy. H. S. Maine, *Études sur l'histoire du droit*, trad. française, 1889, p. 406-407. — Mais, il y a lieu d'observer, qu'en Angleterre, ces fictions aboutissent, tout au contraire, à reconnaître au juge un véritable pouvoir législatif, destiné à compléter la loi écrite. Voy. W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. Chompré, t. I, 1822, p. 104-110. — *Adde* : A. Morelli, *La funzione legislativa*, 1893, p. 177-178.

(2) [Sur les fictions, envisagées comme procédés de la technique juridique, voy. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Élaboration technique du droit positif (sous presse)].

(3) [Ou, plutôt, peut-être, de la technique juridique, suivant les idées exposées par : Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914 ; t. III et IV (à paraître)].

(4) Voy. le développement de ces idées dans : E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. I, 1877, p. 100-104. — K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, p. 371-388. — Cpr. *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de 1794, Einleitung, §§ 82, 85 et 86, sur lesquels cons. Förster-Eccius, *Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts*, t. I, 1887, p. 33.

dique de l'humanité (1); que, pour en soutenir la vérité actuelle, il faudrait, du moins, que la législation et la codification modernes fussent à la hauteur du rôle qu'on revendique pour elles; que cette hypothèse est démentie par les observations mêmes qui viennent d'être présentées; et qu'il serait criamment injuste de faire supporter par les intérêts privés les conséquences des omissions législatives.

Assurément, on ne saurait placer trop haut le rôle et la dignité de la loi écrite, ce « verbe parfait du Droit », comme Bluntschli l'a si heureusement qualifiée (2). Aussi bien, suis-je d'accord, pour lui reconnaître toute la portée légitime, et donner à la volonté, dont elle est l'expression, tout l'effet que comporte la souveraineté de ses décisions. — Encore, faut-il savoir, pourtant, la maintenir dans les limites naturelles assignées à toute volonté humaine. Et, tout en attribuant pleine ampleur à sa formule, quel qu'en soit le mode, sans nier davantage la permanence de sa disposition et les conséquences qui s'y attachent (voy. ci-dessous, 3e partie, chap. I, sect. I, nos **95-105**), il faut avouer, pourtant, les lacunes du système qu'elle établit et ne pas chercher, sous prétexte d'en multiplier les effets, à dégager de son texte autre chose que ce qu'il contient.

En opposant ces premières conclusions, modestes, mais fondées sur la nature des choses, aux déductions *a priori*, qui m'ont paru constituer les bases du système traditionnel (ci-dessus, n° **35**, *in fine*), je crois avoir justifié la première branche de ma critique négative, qui visait l'excès de l'influence attribuée à l'élément légal dans l'œuvre de l'interprétation juridique (3).

— *Badisches Landrecht* de 1809, art. 6a, art. 6b. — Il semble bien que cette idée soit celle de Blondeau, Demolombe et Htc, dont j'ai rapporté plus haut (nos **10** et **19**) la doctrine. Elle a été nettement affirmée par G. Delisle, *Traité de l'interprétation juridique*, § **46**, t. I, 1849, p. 127-131. Elle se rencontre encore chez Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 34. « Da ein Verhältnisz nur « dadurch ein Rechtsverhältnisz wird, dasz die Rechtsordnung es als solches « anerkennt, so kann ein Verhältnisz als Rechtsverhältnisz nur dann begründet « werden, wenn es in dem B. G. B., bez. in anderen Reichsgesetzen oder den « vorbehaltenen Landesgesetzen als solches anerkannt ist ».

(1) Comp. Fr. Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p 7-9.

(2) *Le droit public général*, trad. de Riedmatten, 1881, p. 6.

(3) [L'ensemble des idées, que j'ai développées sur ce point, paraît accepté par Ed. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Giard et Brière, 1903, p. 16-17, p. 30-31. Voy., plus nettement : le même, *Une réforme nécessaire des études de droit civil* (extrait de la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2, t. 40), p. 10. — Voy. aussi P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, p. 37-40 (n° **18**)].

CHAPITRE SECOND

Abus des abstractions logiques dans la méthode juridique traditionnelle.

SOMMAIRE. — 60. Importance de cet élément. — 61. Caractère de l'abus que je signale. — 62. Comment le combattre?

I. *Critique rationnelle de l'importance attachée aux conceptions.* — 63. Confusion à dissiper. — 64. Vanité de la logique purement abstraite. — 65. Application à la conception du sujet juridique. — 66. Application à la conception de l'objet des droits privés. — 67. Application à la conception du patrimoine. — 68. Vices d'une pareille technique.

II. *Critique des constructions juridiques d'après leurs résultats.* — 69. Restriction des résultats, tant législatifs que juridiques. — 70. Application à la construction juridique de la masse sociale. — 71. Application à la construction juridique de l'inaliénabilité dotale. — 72. Stérilité du procédé. — Application à la règle : En fait de meubles, la possession vaut titre. — 73. Application en matière d'actes juridiques. — Assurances sur la vie. — 74. Erreurs résultant du procédé. — Application à la solidarité passive. — 75. Autres exemples. — Résumé de la critique sur ce point.

III. *Des conceptions et constructions en droit romain.* — 76. Résumé sur ce point. — 77. Importance des *catégories* en droit romain. — 78. Relativité des conceptions juridiques romaines. — 79. Excès du droit romain dans cette tendance. — 80. Progrès à poursuivre en droit moderne.

IV. 81. *Conclusions sur le rôle des abstractions logiques dans l'élaboration du droit positif.*

81 *bis*. Théorie rationnelle, susceptible d'expliquer les erreurs de la méthode classique : « la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite ». Exposé et appréciation. — 81 *ter*. Examen de deux autres arguments, qui conduiraient aux mêmes conséquences.

82. Résultats de ma critique négative.

60. — A côté de cette première déformation, tenant à une vue, partiellement faussée, du rôle de la loi écrite, pour la mise en œuvre du système juridique positif, j'ai discerné, dans la méthode traditionnelle, une autre tendance, également caractéristique, qui, poussée à l'extrême, contribue, pour sa bonne part, à pervertir les résultats de l'interprétation du droit : c'est l'emploi des *conceptions pures*, développées par une *logique tout abstraite*, et considérées comme instruments nécessaires, de fécondation des textes légaux, ou d'élaboration d'idées juridiques indépendantes.

Ce second élément fondamental de notre méthode, dont j'ai cherché plus haut à esquisser les traits principaux (voyez ci-dessus, première partie, § III, nos **22-25**), a joué un rôle prépondérant dans les pays à législation fragmentaire et non codifiée, où le droit commun, imparfaitement précisé par la coutume, paraissait exiger, pour son intégration et son développement, toute une série de *constructions* théoriques, qu'à défaut de formules légales, suffisamment générales ou complètes, on n'a cru pouvoir étayer solidement que sur la base d'une logique serrée, partant de conceptions *a priori*, procédant par raisonnements abstraits, ramenant tout à des catégories, négligeant les faits, parfois même les dénaturant, au profit des idées pures. — C'est en Allemagne, surtout, grâce à la nature favorable du terrain juridique, non moins qu'aux aspirations innées de l'esprit germanique, que ces procédés ont été le plus activement développés (1). C'est là aussi, que la réaction contre ces tendances s'est manifestée le plus énergiquement, dans les œuvres polémiques de R. von Jhering, de Bekker et de leurs disciples (2).

Chez nous, l'influence des mêmes entraînements logiques s'est, en bonne partie, fondue et comme absorbée dans le vice,

(1) Voy., dans l'ouvrage de W. Lexis, *Die deutschen Universitäten, für die Universitätsaufstellung in Chicago*, 1893 : *Juristiche Facultät. I. Rechtsforschung und Rechtsstudium im Allgemeinen*, von O. Fischer, t. I, 1893, p. 285-286, où se trouvent annoncées aussi les nouvelles tendances. — [*Adde* : R. Leonhard, *Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft*, Berlin, J. Guttentag, 1900, § 21, p. 55-58 : Die Darstellungsformen der Rechtswissenschaft, qui analyse finement les divers procédés intellectuels contribuant à l'élaboration du droit. *Junge* : § 27, Die Darstellungsformen der neuen Wissenschaft des bürgerlichen Rechts, p. 67-69. — G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik, Berlin, J. Guttentag, 1904, p. 7-67. — G. A. Meumann, *Observations sur le système de droit privé*, Genève, 1902, §§ 10-15, p. 62-109. Comp. *Prolegomena zu einem System des Vermögenrechts*, Breslau, 1903, §§ 1-6, p. 1-71. — V. aussi : N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, 1903, § 64, p. 532-542].

(2) Voy. ci-dessus, p. 8-9, texte et notes (n° 4). — En ce qui concerne les idées d'E. I. Bekker, *adde* encore : *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule*. Academische Rede, am 22 november 1886, Heidelberg, p. 18-23 ; et, voy. particulièrement, dans son *System des heutigen Pandektenrechts*, les passages suivants : t. I, 1886, § 16, Beilage I, p. 39-40 ; t. II, 1890, Vorwort, p. VIII-X, et § 81, Beilage, I, p. 4-6.

primordial et dominant, de toute notre interprétation : *la considération exclusive de la loi*. Celle-ci l'a tellement emporté que, comme je l'ai montré déjà (*supra*, n° **25**), on a dû, tout au moins par fiction, attribuer au législateur lui-même les conceptions idéales, que semblait réclamer la dialectique juridique. De sorte que, dans notre doctrine française, les excès de cette tendance se présentent, plutôt, comme une cause simplement aggravante de la première, qui s'est fortement combinée avec elle, pour achever de dévoyer la science.

Pourtant, il importe de comprendre que, tout en se liant étroitement au culte superstitieux de la volonté législative, l'outrance des procédés logiques, telle que je la veux envisager maintenant, se présente bien comme un élément distinct de la méthode, méritant une considération et une appréciation spéciales. — On ne se contente pas, en effet, de relever, dans les textes, les conceptions exprimées par le législateur lui-même, pour en déduire, suivant sa pensée probable, les conséquences positives ; ce qui, contenu à une mesure raisonnable, peut passer pour parfaitement légitime (voy. *infra*, n° **101**). On cherche encore à dégager, des solutions concrètes, fournies par la loi, l'idée générale, qui les *peut seule* expliquer, afin d'en conclure de nouveaux effets. Bien plus, en dehors de tout indice résultant du texte légal, on accepte, pour encadrer telles solutions positives, une *construction théorique*, édifiée, de toutes pièces, par l'interprète, et n'ayant d'autre base qu'une vague tradition ou la fantaisie personnelle de son auteur. — Or, il est clair que, sous un faux air d'interprétation pure, tout cela implique, si l'on veut rationnellement en rendre compte, une sorte de logique supérieure, inhérente aux institutions juridiques, dominant le législateur lui-même, imposant à tous ses conceptions et ses catégories, bref constituant, à côté de la règle légale, impérative de par sa source, une sorte de règle idéale, fondée toute en raison, et que sa nature même rendrait inéluctable.

Et, si l'autorité positive de cette logique, maintenue à la mesure légitime, n'est pas, en soi, plus contestable que celle de la loi même, j'ose dire que la façon malheureuse, à mon sens, dont on l'a comprise et appliquée, n'a pas moins contribué à égarer notre méthode juridique que l'excès de la

part faite à la législation écrite dans la constitution du droit positif (1).

61. — Toutefois, ce second vice de la méthode traditionnelle est beaucoup moins facile à découvrir et à combattre que le précédent.

D'une part, son caractère est loin d'être aussi tranché et d'apparaître aussi net. — Quand j'ai signalé, comme un premier écueil de notre système d'interprétation, l'exagération de l'élément légal, j'ai pu préciser le reproche, en m'attaquant à l'idée, devenue presque banale, suivant laquelle *toute* solution juridique devrait être puisée dans la loi écrite. Ici, une formule analogue me manque, pour démasquer l'excès que j'ai en vue. Car, si je dis que la méthode classique a le tort d'introduire la logique abstraite dans *toutes* les parties du système juridique qu'elle édifie, il est clair que je ne fais pas suffisamment entendre le point exact, où commence l'abus que je relève contre elle. Il est nécessaire d'envisager, de plus près, tout le jeu des idées générales et des constructions théoriques, dans l'élaboration scientifique du droit positif, pour distinguer la part légitime, qui leur revient et doit leur rester, de celle, excessive, qu'ils ont usurpée et que je condamne.

Assurément, il ne saurait être question de bannir les raisonnements et les procédés logiques de la science du droit positif (2), non seulement dans l'adaptation qui lui incombe

(1) [Tout en conservant sa forme primitive à l'exposé qui suit, — par les motifs indiqués dans l'Avertissement pour cette seconde édition —, je tiens à confesser, après un nouvel examen du problème, que la critique, ici présentée, a trop souvent mélangé, sinon confondu, divers points de vue, qu'il importe de séparer, pour les apprécier analytiquement, avant d'en faire la synthèse, ainsi : la science et la technique du droit, son mode de connaissance et son agencement logique, les conceptions et les principes juridiques, les idées et les mots, les abstractions et les constructions proprement dites, etc... etc... — Il y a lieu de compléter et de rectifier, au besoin, les développements de cette partie du présent livre, d'après les études poursuivies ultérieurement, sur les mêmes questions, notamment dans : *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, chapitre IV et V (voy. surtout p. 106-107) et t. III (à paraître). Élaboration technique du droit positif, *passim*].

(2) C'est bien à tort que l'on a parfois attribué cette idée à R. von JHERING, sur la foi de certains passages de ses œuvres, notamment : *Geist des römischen Rechts*, § 59, *in fine*, 4e éd., 1888, *Dritter Theil. Erste Abtheilung*, p. 318-325 ; 3e édition française de MEULENAERE, § 69, *in fine*, t. IV, 1888, p. 308-315. — Adde : *Scherz*

des règles de droit aux faits de la vie (1), mais encore dans l'œuvre d'interprétation, qui est proprement la sienne, par rapport aux diverses sources des solutions juridiques. Même l'emploi de principes généraux, induits d'éléments particuliers, et suivis rigoureusement dans la déduction de leurs conséquences, est pleinement justifié, quand il tend à développer, suivant la direction d'une intention bien reconnue, une volonté qui s'impose, que ce soit la volonté souveraine, exprimée dans la formule de la loi ou dégagée de son esprit, ou bien qu'il s'agisse de volontés particulières, inspirant les actes juridiques, dans les nombreuses parties du droit privé, abandonnées à l'autonomie individuelle (2).

En dehors de la fécondation des volontés intelligentes (du législateur ou des parties), s'analysant en croyances et en désirs, harmonisés par le syllogisme téléologique (3), la logique déductive aura encore sa place nécessaire, quand, un principe d'équité étant reconnu comme s'imposant dans l'ordre positif (par ex. : Nul ne doit sans cause légitime s'enrichir au détriment d'autrui. — Chacun est responsable de sa faute. — Chacun court le risque des choses qui lui appartiennent. — ... etc.), il y a lieu d'en déterminer la portée, en épuisant son contenu, pour l'appliquer à toutes les hypothèses qu'il doit régir (4).

und Ernst in der Jurispradenz, 1885, *passim*. — *Der Besitzwille*, 1889, Vorrede, p. IX-X et *passim*. — Il est clair que ces passages, destinés à montrer l'opposition des deux méthodes, dialectique et téléologique, outrent, de parti pris, les méfaits de la méthode réprouvée. — D'ailleurs, von JHERING lui-même s'est expliqué sur ce point, notamment dans *Scherz und Ernst*, 3e éd., 1885, p. 9, note 1. — *Adde* : E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889, Vorwort, p. VIII-X.

(1) Voy. C. APPLETON, dans : *Revue internationale de l'enseignement*, 1891-1er, t. XXI, p. 241. [— *Adde* : C. SIGWART, *Logik* (3e éd., postume), 1904, § **104**, n° 12, t. II, p. 750-752, lequel indique que la déduction juridique consiste essentiellement en une « subsomption des cas concrets sous les règles établies », mais montre aussi que la méthode juridique doit nécessairement dépasser les bornes de la stricte logique].

(2) Comp. R. SALEILLES, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat*, nos **4** et **6**, dans *Annales de droit commercial*, 1892, t. VI-2, p. 291, p. 294-295. — Encore, faut-il éviter un excès dans la déduction des conceptions abstraites. Voy., à ce sujet, ce que j'ai dit dans *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1897, t. VII, p. 213.

(3) G. TARDE, *La Logique sociale*, 1895, chap. I, notamment p. 53-61. — Cpr., du même auteur, *Les Transformations du droit*, 1893, p. 128-131.

(4) Comp. R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique*, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1890, 1er, t. XIX, p. 496-497.

J'irai plus loin, et j'admettrai volontiers que les principes, soit trouvés dans la loi, soit dégagés des volontés particulières, soit suggérés par l'équité, gagnent souvent une plus grande sûreté d'effets et une plus puissante fécondité d'action, à revêtir, par abstraction et généralisation (1), la forme technique de conceptions proprement juridiques, qui les sépare des contingences de la vie pratique (2), pour les constituer à l'état de forces créatrices autonomes (3).

En quoi consiste donc seulement l'abus, que je signale ici, dans les procédés logiques de la méthode traditionnelle ? *Cet abus consiste*, si je ne me trompe, *à envisager*, COMME DOUÉES D'UNE RÉALITÉ OBJECTIVE PERMANENTE, *des conceptions idéales*, PROVISOIRES ET PUREMENT SUBJECTIVES *de leur nature* (4). Et, cette fausse manière de voir, qui, à mon sentiment, nous représente comme un vestige de l'*absolu* réalisme du moyen âge (5), aboutit à *faire tenir*, A PRIORI, *tout le système du droit positif, en un nombre limité de* CATÉGORIES LOGIQUES, *qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie* (6). — Ainsi, d'un côté, *objectivation absolue et immuable des conceptions ;* de l'autre, et par une conséquence nécessaire, *limitation aprioristique des catégories juridiques ;* tels sont les véritables excès

(1) [Le rôle des abstractions et leur légitimité dans la construction scientifique ont été bien exposés par H. TAINE, *Histoire de la littérature anglaise*, Paris, Hachette, 3e édition, t. V, 1874, p. 394-416, à propos de la logique de STUART MILL, basée exclusivement sur les faits : Le complément nécessaire de ces sèches constatations est précisément l'abstraction, qui, dans les faits complexes, sait trouver les éléments simples et, au-dessus des hasards de la nature, en découvre les lois permanentes].

(2) Je fais, d'ailleurs, pour l'instant, toutes réserves, tant sur l'*opportunité*, que sur la *mesure* de cette indépendance, octroyée aux conceptions, à l'égard des faits [Voy. ci-après, notamment nos **68, 75, 80, 81, 158**].

(3) Qu'il me suffise de citer, comme exemple, la théorie du domicile, en observant que notre doctrine la plus récente sent elle-même ici la nécessité de reculer devant certaines conséquences de ses abstractions. Voy. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, n° **162**, t. I, 1896, p. 248-251.

(4) Comp. J. St. MILL, *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. PEISSE, t. II, 1866, p. 320-321.

(5) [Comp. Ed. CLUNET, *Les associations* au point de vue historique et juridique, t. I, Paris, Marchal et Billard, 1909, nos **448-457**, p. 343-355 et nos **460-467**, p. 383-390].

(6) Comp. ST. MILL, *op. cit.*, t. II, p. 207.

de la méthode courante, excès que je devais caractériser, avant de les combattre.

62. — Cela fait, une autre circonstance vient, encore, rendre ici la critique fort malaisée. C'est, qu'en définitive, ce *compartiment* du système juridique, qui consiste en construction de catégories logiques et en déduction d'idées pures, se présente, dans notre science, sans l'appui d'aucune démonstration rationnelle, qui en rende possible la discussion proprement dite. Lorsqu'on prétend, aujourd'hui, faire converger toutes les règles de droit positif autour de la loi écrite, et puiser exclusivement dans celle-ci les solutions nécessaires à la vie, nous sentons assez le prétexte de ce sophisme, et que la souveraineté absolue de la législation, organe de la volonté générale, a pu paraître l'imposer, comme source exclusive du droit, dans un régime social, tout entier basé sur la prédominance de cette volonté. Mais, si l'on nous présente les notions juridiques, sous la forme d'entités métaphysiques, classées en catégories, pourvues de formes et douées d'effets nécessaires, reliées les unes aux autres par une sorte d'harmonie logique, c'est que l'on suppose, *a priori*, une certaine structure intime de l'ordre juridique, posée, à titre d'axiome, au seuil même de notre science. — Or, pareil axiome reste, comme tel, insaisissable à toute dialectique. Et, il ne peut être question, ni d'en requérir la justification, ni de le contester dans les règles. — Il nous faudra voir seulement, si sa vérité prétendue s'impose par la force de l'évidence, ou si la faveur, dont il jouit, ne reposerait pas, pour beaucoup, sur une pure illusion. Et, la meilleure façon de l'éprouver sera, peut-être, de passer au crible d'une critique attentive et réfléchie quelques-unes de ses applications, soit au point de vue de leur valeur intrinsèque, soit à celui de leur portée pratique, dans le sens du développement progressif du droit positif. Enfin, il conviendra, sans doute, de répondre à une objection spécieuse, que l'on voudrait tirer, contre notre critique, du rôle joué par les abstractions logiques dans la formation historique du droit positif, et qui tendrait à les faire tenir pour nécessaires, en tant que *moyens techniques*, usités, de temps immémorial, dans toutes les jurisprudences perfectionnées.

I

Critique rationnelle de l'importance attachée aux conceptions

63. — Serait-il donc si évident, que tout le système du droit positif se dût ramener à quelques conceptions-types, dégagées, dans toute leur pureté, par des opérations rationnelles d'abstraction ou de généralisation, et qui fourniraient des cadres inflexibles et immuables à tous les faits de la vie juridique?

Cette idée, qui, consciente ou non, se trouve à la base de toute la partie de notre méthode, que j'envisage en ce moment, me paraît provenir d'une confusion, qu'il importe de dissiper.

Il est bien vrai que les institutions positives, telles que nous les présente le droit pratique et vivant, se décomposent par l'analyse en éléments abstraits (rapports de droit — règles de droit — avec tout leur contenu) réductibles, entre eux, à des notions communes, et dont les combinaisons variées constituent des groupes distincts, soumis à des règles générales, qui planent au-dessus des prescriptions concrètes de la loi. Sans doute aussi, il appartient à la science de dégager ces éléments, d'en extraire la substance proprement juridique, d'en ramener les agencements à un petit nombre de types, qui en simplifient le jeu et en facilitent l'adaptation à la vie. En ce sens, on a justement vanté la construction juridique (1).

Mais, que cette construction, dont le travail est tout subjectif, doive produire des formes prédéterminées, dominées par une conception tenue pour objectivement vraie, et développant leurs conséquences suivant un ordre logiquement nécessaire (2), c'est ce qui ne se justifierait, que si le droit se présentait à nous comme une science exacte, à la façon des

(1) Comp. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Erster Theil, 5e éd. 1891, § 3, p. 39-41; Zweiter Theil. Zweite Abtheilung, 4e éd., 1883, §§ **39-41**, p. 334-389; 3e éd. française de MEULENAERE, t. I, § 3, p. 39-42. t. III, §§ **44-46**, p. 27-80; — et surtout : *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1857, t. I, p. 9-21. — R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, 5e éd., 1894, § 8, *in fine*, p. 21-22.

(2) Sur ce point, je le reconnais, R. von JHERING, dans sa première manière [voy. ci-dessus, p. 8 (n° 4)], semble bien prêter le flanc à ma critique: *Geist des römischen Rechts*, Erster Theil, 5e éd., 1891, p. 42; trad. franç. de MEULENAERE, 3e éd., t. I, p. 43.

mathématiques, dont tous les éléments, animés d'une force logique inhérente à leur essence, vivraient d'une vie purement idéale, et isolés des choses contingentes qu'ils régissent (1).

Or, telle n'est pas la nature de la science du droit positif; et il suffit, pour s'en convaincre, de vouloir, un instant seulement, fixer une attention, dégagée de tout préjugé, et sur l'objet même de notre science, et sur les formes nécessaires de son évolution. Destinées à régir les rapports incessamment variables de la vie sociale, c'est des conditions mêmes de la Société, et, pour ainsi dire, de son fonds toujours mouvant et complexe, que surgissent les institutions juridiques. C'est par une pénétration plus profonde et plus intime de cette substance vivante qu'elles peuvent se développer et progresser. Comment veut-on, dès lors, qu'elles s'abstraient de ce milieu, qui constitue leur atmosphère vitale et nécessaire, pour se transformer en idées pures, sans perdre, par là même, toute la vertu qui fonde leur efficacité pratique, et leur permet de satisfaire les intérêts dont elles ont charge (2).

Vainement, d'ailleurs, essaierait-on de coordonner les conceptions juridiques, comme les autres facteurs de la vie sociale, dans l'hypothèse d'un organisme, dont le jeu serait déterminé par un ensemble de lois naturelles inéluctables (3). Quelle que soit la valeur de pareille hypothèse, elle ne permet assurément pas de conclure qu'il y ait entre les éléments, organiques ou fonctionnels, du corps social, une harmonie logique, qui n'apparaît pas dans la nature physique elle-même (4). Et, les conceptions *a priori*, fécondées par la déduc-

(1) Cons. L. Liard, *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, Paris, 1873, p. 90, p. 122 et sq. — *Logique*, Paris, 1892, p. 68-82. — Et comp. Cl. Bernard, *Introduction à la Médecine expérimentale*, Paris, 1865, p. 72, p. 81.

(2) [On trouvera dans L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 36-42 (§ 3), quelques indications intéressantes sur le système des concepts juridiques, avec une critique de la *réalisation* des concepts, et des objections contre l'identification de la causalité et du fondement de connaissance telle que l'a présentée E. Zitelmann].

(3) Voy. R. Worms, *Organisme et Société*, Paris, 1895; et, notamment, sur la loi de solidarité sociale appliquée au domaine juridique, p. 378-380. — *Adde* : Ed. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*. L'Ancien droit, 1891, p. 730 et p. 732. — C. Appleton, dans *Revue internat. de l'enseignement*, 1891, 1er, t. XXI, p. 237 et p. 258.

(4) Cpr. Schuppe, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre*, I Jahrgang, 1895, p. 246-251.

tion à outrance, ne deviennent pas plus légitimes, comme procédé *objectif* de découverte, dans la sphère du droit, qu'elles ne le seraient dans les sciences biologiques, par exemple (1).

64. — En fait, si nous considérons les quelques essais de science juridique pure (2), qu'on a tenté d'édifier sur le postulat d'une logique impérieuse et nécessaire, pénétrant tout l'ordre juridique, quels résultats nous donnent-ils, qui s'imposent véritablement à la raison? — Nous y trouvons, je le veux bien, l'analyse, parfois très fine, des conditions nécessaires pour constituer une situation juridique déterminée, existant en fait, ou simplement possible. Nous constatons aussi, à la suite de déductions souvent irréprochables, les conséquences de cette situation, dérivées de son essence ou de ses modalités imaginables. — Mais, ces éléments étant acquis, dans l'ordre idéal, de façon à poser, pour ainsi dire, le problème, si l'on prétend découvrir, par la seule logique, la solution qui s'en dégagerait, en vue d'une adaptation positive à la vie, on est manifestement dupe d'une grossière illusion (3). Au vrai, on se crée une logique d'affirmations pures, de concepts sans fondement objectif, de sentiments plutôt que de raisons, tranchons le mot, de préjugés basés sur la tradition ou l'éducation inconsciente de l'esprit. Victime de sa formation même, le juriste n'aperçoit pas toujours l'irréalité de ses constructions et la vanité pratique de leurs résultats. Cependant, si, abdi-

(1) Cl. Bernard, *Introduction à la médecine expérimentale*, 1865, p. 49-56. — *Adde* : C. N. Starcke : *Quelques questions sur la méthode de la Sociologie*, dans *Revue internationale de Sociologie*, janvier 1898, t. VI, p. 23-24.

(2) Thon, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, 1878. — E. Roguin, *La Règle de droit* (Étude de science juridique pure). Lausanne, 1889. — E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2 vol., 1877-1883; et, *Juristische Principienlehre*, 2 vol. Freiburg i. B. und Leipzig, 1894-1898; [t. III et IV, Tübingen, 1905-1911]. — Cpr. P. van Bemmelen, *Les Notions fondamentales du Droit civil*, Amsterdam, 1892; notamment le tableau des p. 135-136. — J. Austin, *La Philosophie du droit positif*, trad. G. Henry, 1894, p. 6-10. — Edm. Picard, *Le Droit pur*. Permanences juridiques abstraites, 1899, *passim*, notamment §§ III, XXXIII-LXVI, XCIX-CVI; p. 7-9, 73-136, 200-225. Mais voy. aussi § CLII, p. 339-342.

(3) Je n'entends pas dire, d'ailleurs, que les protagonistes de la *science juridique pure* soient tous tombés dans cette erreur. Au contraire, E. Roguin, par exemple, laisse très clairement entendre, qu'à ses yeux, la science pure ne doit que préparer les voies à la jurisprudence positive. Voy. : *La Règle de Droit*, Avant-propos, p. XI; Introduction, p. 28.

quant tout parti pris technique, il voulait considérer simplement la nature objective des choses qui s'offrent à son jugement, il se convaincrait bien vite que rien d'impérieusement logique n'anime les rapports à lui soumis, et que, dans l'application qu'il leur fait de ses conceptions, l'enchaînement de celles-ci peut être fort différent de ce qu'il suppose, sans choquer la raison et tout en satisfaisant mieux le sens pratique (1). — Ce qui revient à dire que tout l'échafaudage des conceptions et constructions, dressé *a priori*, reste sans valeur *absolue et permanente*, au point de vue de la mise en œuvre du droit, seul objet de l'activité propre du juriste positif. Et, c'est ce que notre science traditionnelle a trop souvent oublié (2).

Pour éclairer ces observations critiques, et leur donner un appui positif, sans dépasser la visée toute générale du présent travail, il me suffira de signaler l'application, qu'on en pourrait faire, à quelques-unes de nos théories fondamentales : les personnes, envisagées comme sujets exclusifs des droits, — la distinction des droits réels et des droits de créance, — la notion juridique du patrimoine (3).

(1) J'ai eu, pour ma part, un sentiment très vif de cette vérité, en lisant les quelques pages, si fines, si judicieuses, bien que dominées encore par l'esprit ancien, qu'E. Colmet de Santerre a publiées sous ce titre : *Observations sur la révocabilité des testaments et l'irrévocabilité des donations entre-vifs*, dans : *Séances et Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1892, 2e, t. CXXXVIII, p. 137-150. — Il convient, d'ailleurs, d'observer que, dans cette petite étude, l'éminent jurisconsulte s'est placé au point de vue législatif.

(2) [P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, Titre III, chapitre II, section 2 (Examen critique des arguments logiques), nos **147-191**, p. 266-322, a montré que les prétendus arguments logiques reposaient sur une simplification, quelque peu arbitraire, du but social, auquel il en faut revenir, si l'on veut raisonner juste].

(3) Pour ne pas m'écarter du terrain d'investigations, que je me suis fixé (voy. ci-dessus, n° 6), je m'en tiens très strictement, dans le choix de mes exemples, à quelques théories de *droit privé*. — Cela ne veut pas dire, d'ailleurs, que les tendances, critiquées ici, soient restées étrangères aux doctrinaires du droit public. Sous ce rapport, je me borne à signaler, en passant, la singulière adaptation, de la conception juridique du quasi-contrat, aux arrangements sociaux et à l'organisation politique, proposée par M. Léon Bourgeois, *Solidarité*, 1896, p. 131-156. (L'idée paraît déjà *indiquée* par Austin : *La Philosophie du Droit positif*, trad. G. Henry, 1894, p. 48-49. — Comp. la théorie de la société esquissée par R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, t. Ier, 1893, p. 87-92). — Ainsi qu'on pouvait le prévoir, les théoriciens du socialisme n'ont pas tardé à abuser de cette simple *vue de l'esprit*. C. Andler : *Le quasi-contrat social de M. Léon Bourgeois*, dans *Revue de Métaphysique et de Morale*, juillet 1897, p. 520-530. — Mais voy. une critique pleine de bon sens de cette *construction sociale* par A. Darlu, dans *Revue de Métaphysique et de Morale*, janvier 1898, p. 113-122. [— Voy. aussi, sur l'application du système des formules et catégories doctrinales à un problème du droit international public : L. Michoud et A. de Lapradelle, *La question finlandaise*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1901, *passim*].

65. — Tous les droits privés, si varié qu'en soit le contenu, se ramènent à des avantages, qui, définitivement, profitent aux personnes, je veux dire aux êtres humains, envisagés dans leur fonction sociale. C'est là une idée, que la plus simple analyse fait découvrir, que le droit romain s'était borné à constater en passant (1), qui s'impose indépendamment de toute abstraction, sans laquelle l'ordre juridique tout entier devient incompréhensible (2).

Partant de là, 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 (3). — 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 suggérée, 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. Et, de là, mue par une logique impérieuse, elle conclut, entre autres déductions : 1° qu'un droit ne peut être reconnu au profit d'une personne physique, qui ne soit, au moins, conçue au moment où ce droit prend naissance ; 2° qu'à défaut d'un

(1) « *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...* » Hermogénien, fr. 2, D. *De Statu hominum*, I, 5 ; — « ... *nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa statutum est, ignorentur* ». § 12, Inst., *De jure naturali*, I, 2 (éd. P. Krueger).

(2) Voy. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, § **60** (4e éd. 1888), Dritter Theil. Erste Abtheilung, p. 340 ; 3e éd. franç. de Meulenaere, § **70**, t. IV, p. 328, *in fine* : « Tout droit privé existe pour assurer à l'homme un avantage quelcon- « que, pour venir en aide à ses besoins, pour sauvegarder ses intérêts, et con- « courir à l'accomplissement des buts de sa vie. Le *destinataire* de tout droit, « c'est l'*homme* ».

(3) Voy. par exemple : H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil. Notions générales*, Paris, A. Pedone, 1898, chapitre III, p. 51-165 ; [3e éd., 1912, troisième partie, p. 101-214].

être humain pour les soutenir, les droits privés ne se conçoivent qu'en faveur d'entités abstraites, fictivement assimilées à des personnes, érigées, comme nous disons, en personnes civiles, au moyen d'un procédé tout artificiel de la législation positive.

Or, si rigoureuses qu'elles puissent paraître en logique pure, étant donné le principe accepté, est-on bien sûr que ces deux solutions s'imposent absolument dans le domaine positif?

En règle générale, sans doute, un droit, prétendu en faveur d'une personne, n'est admis, par la jurisprudence positive, que si cette personne existe, si, du moins, elle est conçue, à l'instant où surgit l'avantage juridique, que l'on réclame pour elle. C'est que, normalement, en effet, l'intérêt particulier du destinataire n'en requiert, ou l'utilité générale n'en permet, pas davantage. Ainsi s'expliquent très simplement les dispositions des art. 725, 1° et 906 C. civ. franç., qu'on présente généralement comme basées sur les exigences d'une logique inéluctable, alors qu'elles sont le fruit de considérations purement utilitaires (1). — Mais, qu'il se présente une situation, où apparaisse, pour une personne future, un intérêt sérieux à rencontrer tout prêt un droit créé pour elle avant sa conception, sans qu'une raison d'ordre général vienne contrarier ici l'utilité particulière, ce n'est pas certes la logique d'une prétendue construction juridique, qui devra empêcher d'y donner satisfaction. La loi elle-même l'a reconnu, en admettant, dans les substitutions (art. 1048-1050 et 1053 C. civ. franç.) (2) et dans les donations en faveur de mariage (art. 1082 C. civ. franç.), des libéralités adressées à des enfants à naître; de même, qu'au cas de déchéance de la puissance paternelle, elle a permis au

(1) Voy., sur l'origine historique de ces dispositions : Ed. Lambert, *Du Contrat en faveur de tiers*, 1893, nos 151-184, p. 166-208. Notez surtout les nos 172 et 183.

(2) Je sais bien que, pour ce qui est de la substitution, on pourrait m'objecter que l'appelé non conçu recueillera les biens substitués des mains du grevé, canal nécessaire entre lui et le disposant. Il n'en reste pas moins que, suivant la vraie théorie de la substitution, l'appelé tient ses droits du disposant seul. Thévenot d'Essaule, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, éd. de 1778, chap. xxxviii, n° 631, p. 207 : *Capit a gravante non a gravato.* — Ricard, *Traité des substitutions directes et fideicommissaires*, partie I, n° 100. — Aussi, a-t-on pu soutenir, du point de vue des idées courantes sur la capacité du sujet juridique, que la clause de substitution, au profit d'enfants à naître, devait passer pour une condition *juridiquement impossible*. Et. Bartin, *Théorie des conditions impossibles*, 1887, p. 18-19 ; p. 22, note 1.

juge de pourvoir à la protection d'enfants non encore nés ni même conçus (art. 9, al. 3, loi du 24 juillet 1889) (1). Pures exceptions au principe, dira-t-on ! Mais, si le principe comportait l'armature logique qu'on lui prête, le législateur, organe parfait du droit positif, y pourrait-il porter atteinte? — Il y a plus. En l'absence de tout texte, rien ne devrait empêcher notre interprétation, reprenant, ainsi qu'on l'a fort bien démontré (2), le chemin des traditions anciennes, d'admettre la création d'avantages juridiques, au profit de personnes futures, par le moyen des contrats en faveur de tiers; ce qui permettrait, par exemple, de valider sans conteste l'assurance sur la vie au profit d'enfants à naître (3).

Quant à la théorie des personnes morales, imaginée pour répondre à la même exigence logique, son caractère tout artificiel n'est-il pas, à lui seul, la meilleure preuve qu'elle n'était imposée par aucune nécessité objective, surtout si l'on considère que les situations, auxquelles elle est venue procurer une forme nouvelle, étaient reconnues, comme situations juridiques, dès avant l'invention de la personnification civile (4)? En présence des difficultés de toutes sortes qu'elle soulève, sans presque en résoudre aucune, il devient bien douteux aujourd'hui que cette institution ait apporté un sérieux élément de progrès à la jurisprudence positive (5). — On

(1) Voyez, dans le Code civil allemand de 1896, le § 2162, al. 2.

(2) Ed. Lambert, *Du Contrat en faveur de tiers*, 1893, nos 149 et sq., p. 162 et sq. Notez surtout les nos 187-192, p. 209-214.

(3) Rappr. la question de la validité des libéralités adressées à une personne morale, non encore légalement reconnue ; sur laquelle, voy. surtout : Th. Tissier, dans *Répertoire du droit administratif* de Béquet et Laferrière, v° Dons et legs, nos 85-86, t. XII du Rép., 1895, p. 91-94. — Comp., sur la jurisprudence civile, dans la même question : Ed. Lambert, *Du Contrat en faveur de tiers*, 1893, nos 333-346, p. 370-385. — *Adde*, pour un cas particulier : art. 111, al. 3, loi du 5 avril 1884. — Voy. enfin l'art. 18 du projet de loi (dû à l'initiative gouvernementale), sur la représentation des pauvres et l'administration des établissements de bienfaisance, portant que « les institutions d'assistance, qui n'ont pas d'existence « légale, pourront recevoir des legs, si elles sont constituées comme établisse « ments publics dans le délai d'une année à partir du décès du testateur ».

(4) M. Vauthier : *Étude sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français*, 1887.

(5) Est-il même certain que notre législateur ait consacré, de façon à l'imposer, cette conception de la personnalité civile ? On a pu fort sérieusement le mettre en doute : de Vareilles-Sommières, *La Synthèse du droit international privé*, 1897, n° 711, t. II, p. 42-43. — Toutefois, il faut reconnaître que quelques lois récentes ont employé l'expression caractéristique (loi du 5 avril 1884, art. 111, al. 3, et

sait, d'ailleurs, que certains jurisconsultes allemands, BRINZ, à leur tête (1), ont proposé de s'en passer, en admettant, à la place, l'idée d'un patrimoine appartenant à sa propre destination (*Zweckvermögen*), sans l'intermédiaire d'aucune personne, ni réelle, ni fictive. Nouvelle conception purement subjective, je le veux bien, mais qui suffit à prouver qu'aucun postulat logique ne requiert impérieusement l'existence personnelle du sujet juridique, au sens où l'entend notre dogmatique (2); de telle sorte, que ce prétendu principe fondamental de la science n'aurait pu que gagner à conserver son caractère de conception purement idéale et provisoire, sans affecter une réalité intransigeante et absolue, que les faits contredisent sans cesse, et qui ne peut qu'entraver l'évolution ultérieure de la science (voy. ci-dessous, n° 70) (3).

66. — Tournons maintenant nos regards du côté de l'ob-

art. 170, al. 1, ajouté par la loi du 22 mars 1890 ; — loi du 14 avril 1893, art. 8, al. 1 ; — loi du 28 avril 1893, art. 71, al. 1 ; — loi du 16 avril 1895, art. 52 ; — loi du 21 avril 1898, art. 2, al. 1 ; [— loi du 19 décembre 1900, art. 1 ; — loi du 29 décembre 1905, art. 2, al. 1]. Et, l'on ne peut guère douter, que, dans l'application qu'elles en ont faite, elles n'aient consacré officiellement la théorie traditionnelle. — Voy., pourtant, dans la discussion de la loi sur les Sociétés de secours mutuels, les observations présentées par M. Marc SAUZET, à la Chambre des députés, le 21 mai 1897, *J. Off.* de 1897. *Chambre des députés. Débats parlement.*, t. I, p. 1234.

(1) A. BRINZ : *Lehrbuch der Pandekten*, t. I², 1884, §§ 59-63, p. 222-238 ; t. III², 1888, §§ 432-454, p. 453-586.— Cpr. É. BEAUSSIRE, *Les Principes du Droit*, Paris, 1888, p. 286, p. 289 ; et note de M. PLANIOL, sous Paris, 2 juin 1893, dans D. P., 93, 2, 513, col. 1, *in medio*.

(2) Voy., d'ailleurs, sur les théories proposées en faveur de la conception du droit sans sujet : WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 49, texte et notes 2-3, 7e édit., t. I, 1891, p. 118-119. — E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, § 59, t. I, 1886, p. 196-207. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, §§ 75-76, t. I, 1893, p. 289-302. Cpr. § 15, p. 77-79. — Et, sur la question envisagée ici, comp. E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 69. — F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 21, note 1, t. I², 1899, p. 85.

(3) Sur le caractère artificiel de la construction juridique de la personnalité, même individuelle (c'est-à-dire personnalité physique), voyez : M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, n° 11, dans *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, 1898, p. 18 20.— Cpr., en faveur de la réalité des personnes morales : L. MICHOUD, *La notion de personnalité morale*, dans *Revue du droit public*, 1899, 1, t. XI, p. 5-32, p. 193-228. — [*Adde* ce qui sera dit dans le tome III de *Science et technique en droit privé positif* (Élaboration technique du droit positif) sur la construction du droit subjectif (sujet de droit : — personnalité juridique), envisagée à propos des procédés intellectuels de la technique du droit. On y trouvera la documentation complémentaire de celle qui n'avait pu qu'être sommairement résumée à cette place, en 1899].

jet des droits privés, et, pour plus de précision, bornons-nous à considérer les droits patrimoniaux, par lesquels l'homme se voit assurer le profit des choses du monde extérieur. — En recherchant comment ce résultat peut être acquis, au point de vue juridique, nous observons que, tantôt le bénéficiaire se met lui-même en contact avec les choses, pour en retirer, sans intermédiaire, les avantages que le droit lui reconnaît, tantôt, au contraire, il a besoin de l'intervention, ou, du moins, du canal d'une autre personne, pour obtenir la valeur prétendue. D'où, la distinction des droits réels et des droits de créance, distinction, qui, en tant que fondée sur l'analyse des éléments essentiels aux divers droits patrimoniaux, apparaît difficilement contestable, — susceptible, en même temps, je le reconnais, d'ouvrir la porte à une systématisation précieuse (1).

Toutefois, n'a-t-on pas singulièrement exagéré, et, par là même, compromis la valeur de cette systématisation, quand, sur le diagnostic élémentaire, que j'énonçais tout à l'heure, on a greffé une conception prédéterminée de chacun des genres ; d'où l'on a prétendu, en posant la distinction comme exclusive d'un troisième terme, déduire, à titre de conséquences nécessaires, toutes les divergences d'effets, que l'on a coutume de relever entre le droit réel et le droit de créance ? — Non pas que je veuille nier ici l'existence de ces différences, ni même en contester la grande portée pratique. Mais, je prétends que c'est faire fausse route que vouloir les conclure *a priori* de la notion abstraite des deux sortes de droits ; qu'en réalité, elles ne s'imposeraient pas sur un terrain strictement rationnel ; que la logique pure ne saurait, sans l'intervention prépondérante du point de vue téléologique, ni les suggérer ni les justifier ; que, par suite, elles n'ont, en elles-mêmes, qu'une valeur toute subjective, comme les conclusions d'une pure hypothèse scientifique, devant rester prêtes à céder sur une plus profonde intuition des besoins de la vie juridique (2).

On nous affirme, par exemple, que le droit réel emporte, au

(1) Voy. H. DERNBURG, *Pandekten*, § 22, note 5, t. I², 1896, p. 49-50. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 13, I, 2, t. I, 1893, p. 72.

(2) Rappr. E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse de doct., Paris, 1896, p. 122-130.

profit du titulaire, droit de préférence et droit de suite, quant à la chose qui en est grevée, tandis que, de lui-même, le droit de créance laisse celui, qui en est investi, venir au même rang que les autres créanciers, et ne lui permet pas d'atteindre la chose aux mains d'un acquéreur. — J'y consens. Mais, je demanderai comment ces résultats opposés peuvent logiquement tenir à la nature distincte des deux sortes de droits. — C'est que, dira-t-on sans doute, le droit réel s'applique directement et absolument à la chose qui en est l'objet, tandis que le droit de créance, n'existant directement que contre la personne du débiteur, atteint seulement par contre-coup son patrimoine, ensemble d'éléments fongibles, qui subit toutes les fluctuations de la situation juridique de son titulaire. — Or, ce raisonnement *dynamique* nous découvre presque naïvement la conception tout artificielle, qui est à sa base, constituée avec les éléments simples, que nous donnait tout à l'heure l'analyse de nos rapports juridiques. C'est par un procédé exclusivement subjectif, que l'on fait entrer le droit de créance, à titre d'élément passif, de nature fongible, dans le patrimoine du débiteur, en se représentant ce patrimoine comme une émanation de la personnalité de celui-ci, et greffant ainsi conception sur conception (voy. ci-après, n° 67). Comment veut-on, dès lors, que le résultat de pareil travail puisse prétendre légitimement à la réalité objective, que notre science lui attribue ?

Aussi bien, est-il vrai que la jurisprudence positive ait pu maintenir cette différence absolue d'efficacité, qui séparerait, prétend-on, le droit de créance du droit réel ? Envisageons, un instant seulement, le droit du preneur, dans le bail d'immeubles, qui, malgré le dissentiment, aujourd'hui bien oublié, de Troplong, est tenu unanimement pour un droit de créance. Ne sait-on pas qu'il a été pourvu, par la loi elle-même (art. 1743 C. civ. fr.), d'un véritable droit de suite, le rendant, moyennant des conditions assez simples, opposable à l'acquéreur particulier ? Et, d'autre part, malgré le silence des textes, il paraît bien difficile de ne pas lui reconnaître aussi la prérogative du droit de préférence, en ce sens, du moins, que le locataire n'est pas réduit à venir à contribution avec la masse (arg[t] art. 684 C. pr. civ. fr.), et qu'entre plusieurs

preneurs successifs du même immeuble, la jouissance du bien doit être exclusivement réservée au plus ancien en date (1). — Voudra-t-on voir, dans ces solutions, des anomalies, justifiées par des raisons particulières, et laissant intact le principe. Vain faux-fuyant, qui ne peut que confirmer ma critique ! Quels que soient les motifs de ces dérogations, leur existence suffit à établir qu'aucune exigence logique ne commande le prétendu principe. La logique ne transige pas ! Y porter la moindre atteinte, c'est saper, par la base même, tout son édifice (2).

67. — Sans multiplier la série des applications, que m'offrirait en nombre chacune de nos théories générales, qu'il me suffise de signaler encore la construction juridique du patrimoine, envisagé comme entité indépendante et *sui generis*.

On sait avec quelle puissante synthèse Aubry et Rau ont édifié toute cette théorie, en une doctrine, qui a paru devoir s'imposer du premier coup (3). Partant de cette idée, *a priori*, et purement conceptuelle, que le patrimoine est « une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance « juridique dont une personne se trouve investie comme

(1) Je n'ignore pas que, sur ce dernier point, une opinion différente est professée par les auteurs, qui prétendent tirer ici une déduction logique de la nature personnelle du droit du preneur. Voy. par ex. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. VII, n° 198 bis, XIX-XX. — Guillouard, *Traité du Contrat de Louage*, n° 23, t. I, 1884, p. 23-24. — Mais la solution, proposée par ces auteurs, paraîtra difficilement acceptable à un praticien. Rouen, 15 mars 1869, D.P. 70,2,78. — Douai, 3 août 1870, D. P. 70,2,115. — Cpr. Douai, 15 juin 1898, Sir. 98,2,228 et Douai, 1[er] février 1898, Sir. 99,2,14. [— Voy. aussi Crim. cass., 22 décembre 1899, Sirey, 1903-1-369 et la note G. Appert.] — Aussi, a-t-on cherché à l'écarter, même au point de vue de l'opinion courante. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° Bail, § VI, n° 9, 5[e] éd., t. I, 1827, p 691-692. — Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, sur l'art. 1743, n° III. — Mourlon, dans *Revue pratique de droit français*, 1870, 1[re]. t. XXIX, p. 388-389. — Aubry et Rau, § 365, texte et note 11, t. IV[4]. p. 472 (5[e] éd., t. V, p. 288-289). — Cpr. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXV, n[os] 128-129. — Baudry-Lacantinerie et A. Wahl *Du Contrat de louage*, n[os] 106-108, t. I, 1898, p. 58-62.

(2) Cpr. R. von Jhering, *Der Besitzwille*, 1889, p. 336-337 ; trad. franç. de Meulenaere, *Du rôle de la volonté dans la possession*, 1891, p. 285-286. [— La critique de la distinction des droits réels et des droits de créance sera reprise, du point de vue de l'élaboration technique du droit positif, dans le t. III de *Science et technique en droit privé positif*, à propos des procédés intellectuels de la technique du droit. — On y trouvera une documentation complémentaire].

(3) *Cours de Droit civil français*, §§ 573-583, 4[e] éd., t. VI, p 229-260 [5[e] édit.; t. IX, p. 333-382. Nous maintenons les renvois à la 4[e] édition refondue par les auteurs eux-mêmes.] — Cpr. § 162, t. II, 4[e] édition p. 1-3 ; 5[e] édition, p. 1-4.

« telle » (1), ces auteurs en concluent, à titre de suites logiquement nécessaires : 1°) que le patrimoine est un et indivisible, excluant, de sa nature, tout fractionnement en universalités juridiques distinctes (2) ; 2°) qu'il est, comme inséparable de la personne, inaliénable par tous actes entre-vifs, même devant avoir effet seulement après décès du titulaire (3) ; 3°) qu'il ne se peut transmettre, à proprement parler, que grâce à une représentation parfaite du défunt, et au profit des seuls héritiers, qui continuent véritablement sa personne juridique (4). Par là même, AUBRY et RAU se trouvent amenés à envisager, comme de pures anomalies, en contradiction manifeste avec les suggestions impérieuses de la logique, les diverses atteintes à leurs prétendus principes, qu'ils ne peuvent s'empêcher de reconnaître dans la loi (5). En même temps, et au point de vue de son contenu, ils présentent le patrimoine comme un composé de choses fongibles, se ramenant toutes à une valeur pécuniaire ; par quoi, ils expliquent et l'action *de in rem verso* (6), et la fiction de subrogation réelle, admise comme règle générale dans les *judicia universalia* (7).

Sur ce dernier point, la théorie des éminents civilistes a, récemment surtout, rencontré quelques contradictions (8). Mais son ensemble est resté intact ; et, sauf discussion touchant quelques détails de ses conséquences, elle demeure encore, dans nos écoles, comme l'expression de la plus pure vérité juridique (9).

Pourtant, je ne puis m'empêcher de penser que le *substratum* de cet édifice, si laborieusement et si ingénieusement bâti, n'est autre chose qu'une pure conception de l'esprit, empruntant à la réalité un élément tout à fait simple, que le

(1) *Op. cit.*, t. VI, p. 231 ; cf. p. 229.
(2) *Op. cit.*, t. VI, p. 231, 232, 244, 248, 249, 256, 258.
(3) *Op. cit.*, t. VI, p. 240, note 2, p. 242, p. 248.
(4) *Op. cit.*, t. VI, p. 253, 255, 256-260.
(5) Voy. *op. cit.*, t. VI : en ce qui concerne 1°) p. 232-234, p. 256-257 ; 2°) p. 240-243 ; et 3°) p. 258-259.
(6) *Op. cit.*, t. VI, p. 235 et p. 246-247.
(7) *Op. cit.*, t. VI, p. 235-239.
(8) Voy. notamment : note de R. SALEILLES, sous Dijon, 30 juin 1893, dans SIR., 94.2.185 à 189. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 1898, p. 187-193.
(9) Cons. par ex. : H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 185-204 [mais, voyez ci-après, p. 144, note 1].

travail subjectif des interprètes a déformé et dénaturé, comme à plaisir.— Assurément, il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et obligations d'une personne, comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique. Voilà la notion élémentaire du patrimoine, qui permet d'expliquer, du point de vue de la technique juridique, et le droit général, en vertu duquel les créanciers peuvent saisir un bien quelconque de leur débiteur (art. 2092-2093 C. civ. franç.), et la transmission universelle après décès, comprenant, avec les biens du défunt, toutes les charges de sa fortune. — Mais, quand la conception subjective, essayant de s'élever plus haut, recherche, dans l'essence de la personnalité même, les attributs du patrimoine, quand elle en tire les déductions, que nous présentaient tout à l'heure AUBRY et RAU, ne voit-on pas que son œuvre est devenue inutile et dangereuse. Inutile, puisque, incapable de justifier toutes les solutions légales, elle est contrainte d'en stigmatiser bon nombre, comme de flagrantes atteintes à la logique, oubliant que la technique juridique, loin de dominer la loi, n'a de raison d'être que si elle l'explique tout entière. Dangereuse, en même temps ; car elle empêche maints développements que, sans ces idées préconçues, la jurisprudence progressive pourrait et devrait réaliser d'elle-même : la reconnaissance de patrimoines d'affectation, constitués au moyen de fondations, et par l'intermédiaire des personnes morales publiques (1) ; l'interprétation restrictive des dispositions légales qui empêchent les pactes sur succession future (2) ; la séparation absolue des effets de la transmission héréditaire, particulièrement au point de vue passif, d'avec l'idée, quelque peu surannée, de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers. Toutes solutions, dont la construction usuelle du patrimoine, du moment qu'on la tient pour objectivement nécessaire, arrête indéfiniment le

(1) Cons. note précitée de R. SALEILLES, § 3, dans SIR., 94, 2, 187 à 189.
(2) Art. 791, 1130, 1600, C. civ. franç.— Pareille interprétation est, au contraire, impossible pour les partisans des idées d'AUBRY et RAU, qui déclarent ces dispositions logiquement fondées sur l'inaliénabilité du patrimoine. AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 577, texte et note 5, t. VI⁴, p. 242.

succès, et qui (chose étrange !) ne se peuvent réaliser, au point de vue des idées dominantes, que par une nouvelle atteinte aux principes de la part du législateur (1).

68. — Bref, ces quelques analyses de notions juridiques générales, et bien d'autres, que j'y pourrais joindre encore (2), nous révèlent, dans les procédés de la technique traditionnelle de notre science, un même jeu de mise en œuvre, entaché d'un vice capital. Non contente de décomposer les rapports de droit en leurs éléments simples, en vue d'en pénétrer la substance intime et profonde, elle isole ces éléments de la réalité et les jette dans le moule de la construction juridique, pour en tirer des entités, indépendantes des faits, et se mouvant dans l'abstraction pure (3). — Or, remarquons-le bien. La logique prétendue, qui féconde ces entités, n'est autre chose que le développement autonome d'une conception *a priori*, qui a servi à les former. Et, tandis que les constructions, ainsi constituées, devraient rester toutes subjectives, on nous les présente comme douées d'une réalité objective et nécessaire. Ce qui fausse absolument les résultats du procédé.

J'ose dire qu'il y a là un complet renversement de ce que le bons sens et la plus élémentaire réflexion nous enseignent.

En réalité, comme l'a invinciblement montré R. von Jhering (4), les règles juridiques et les solutions, qu'elles

(1) [*Adde :* H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse de doct. Droit, Dijon, *1910-1911*. — H. Capitant, qui, dans la première édition de son *Introduction à l'étude du droit civil* (Paris, A. Pedone, 1898) avait présenté (chap. IV, § 4, p. 183-204) une théorie du patrimoine, largement inspirée de celle d'Aubry et Rau, a abandonné cette théorie depuis sa deuxième édition, publiée en 1903 (voy. la préface de cette 2e édition, en tête de la troisième, parue en 1912, p. VI, texte et notes 1-2. — *Adde*, dans la 3e édition, quatrième partie : chapitre unique, § 5, p. 237-240].

(2) Par exemple, si j'abordais la théorie de la possession, il me serait, je crois, facile de montrer que les attaques, multipliées et vigoureuses, auxquelles a été en butte, depuis quelques années surtout, la doctrine classique, s'expliquent le mieux du monde, par son caractère tout conceptuel, et, pour ainsi dire, irréel, prétendant pourtant à la vérité objective. Cons., à ce sujet : R. Saleilles, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, 1894. — Voy. d'autres exemples, empruntés aux théories du droit commun allemand, dans E. I. Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 132-144.

(3) R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885, *passim*.

(4) *Geist des römischen Rechts*, 4e éd., Dritter Theil. Erste Abtheilung, 1888, § 59, notamment, p. 325 ; 3e éd. française de Meulenaere, 1888, t. IV, § 69, notamment p. 315. — *Der Zweck im Recht*, t. I, 3e éd., 1893, Vorrede, p. VIII, et p. 433-512. — *Der Besitzwille*. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, 1889, Vorrede, p. IX-X, et *passim* ; éd. française de Meulenaere, *Du rôle de la volonté dans la possession*, préface, p. VII-VIII, et *passim*.

consacrent, sont essentiellement déterminées par le but pratique et la fin sociale des institutions. Voilà leur source, et, si l'on veut, voilà en même temps leur logique ; logique, vraiment sûre et féconde, parce qu'elle est faite tout entière de motifs moraux, psychologiques, économiques, et qu'elle tend à réaliser l'équité objective, par la combinaison de l'idée de justice avec celle de la plus grande utilité sociale. Mais, dans tout cela, nous ne voyons pas figurer encore cette dialectique abstraite, isolée des faits, consistant toute en conceptions et constructions purement idéales.

Comment advient-il, pourtant, que ces éléments formels, purement parasites, ce semble, s'introduisent, comme d'eux-mêmes, dans la sphère juridique, et y occupent une place nécessaire ? C'est qu'il faut à la science une forte systématisation, qui en relie les diverses parties, rattache les effets aux causes, et fonde le tout en une unité harmonique (1).

Ici, précisément, intervient la technique juridique, avec ses procédés de logique abstraite, ses conceptions *a priori*, sa dialectique serrée, ses constructions idéales. Faut-il se borner à lui reconnaître une utilité purement didactique et théorique ? On a paru le penser dans le camp de ceux, qui ont cherché récemment à réagir contre les déviations de cette technique (2). — Tel ne serait pas cependant mon sentiment.

(1) G. Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 154. « Avant tout, l'élaboration juridique, soit chez le juge et le commentateur, soit chez le législateur « même, est une systématisation ; ou, si l'on veut, c'est de la *téléologie présentée « sous couleur logique* ». — Comp. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 1898, p. 30-31, et surtout p. 144-149, relativement au rôle des conceptions idéales dans la conscience populaire, et pour sa formation juridique.

(2) Voy. déjà, dans ce sens : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 4e éd., 1888, Dritter Theil. Erste Abtheilung, § 59, p. 322 ; 3e éd. française de Meulenaere, t. IV, § 69, p. 312. — *Der Besitzville*, 1889, p. 279 ; trad. française de Meulenaere, *Du rôle de la volonté dans la possession*, 1891, p. 234. — *Adde*, surtout, Ph. Heck, dans *Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht*, de Goldschmidt, 1890, t. XXXVII, p. 277-278, qui distingue la construction *déterminative* ou épuisante de la construction *typique*. — Et, pour l'application : *ibid.*, p. 280-282. — E. Stampe, *Die Lehre von der Abtretung der Vindication*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 417-419 et p. 423-426, où l'on trouvera nettement précisés les caractères, que doit avoir la construction juridique, dans cet emploi.

Indépendamment de leur rôle dans l'édification théorique de la science, j'estime que les abstractions logiques peuvent et doivent faire progresser la pratique et conduire à la découverte de solutions nouvelles (1), en fécondant les raisons, toutes concrètes, des institutions, au moyen de conceptions, qui, jouant à leur égard le rôle d'idées-forces (2), permettent d'en tirer des effets inaperçus ou d'y rattacher de plus équitables conséquences (3). En ce sens, les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif (4). Mais, une condition s'impose, et s'impose absolument, pour les maintenir dans les limites, qui, seules, en justifieront et en légitimeront l'emploi. C'est que notre science ne perde jamais de vue le caractère, essentiellement idéal et subjectif, de ces procédés, qu'elle se résigne, par conséquent, à n'en tirer que de simples *hypothèses*, toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie, au besoin, même, à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait (5).

(1) Cpr. R. von Jhering, *Unsere Aufgabe*, dans : *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, 1857, p. 11, p. 18-20, notamment p. 19.

(2) A. Fouillée, *L'Évolutionnisme des idées-forces*, 1890 ; *La Psychologie des idées-forces*, 1893.

(3) Je cite seulement, comme un exemple bien connu et déjà ancien, le livre célèbre d'Einert : *Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert*, 1839, dont l'influence a été décisive sur l'institution de la lettre de change dans tous les pays germaniques. Il importe de remarquer, d'ailleurs, que la réforme, demandée par Einert, avait, à sa base, et comme point de départ, des considérations pratiques et utilitaires. — Je le dirais encore bien plus de la théorie du risque professionnel, dont on connaît l'énorme fortune législative. Voy., à ce sujet, Cheysson, dans *la Réforme sociale* du 16 avril 1898, t. XXXV, p. 654-655 ; et Hubert-Valleroux, *même revue*, n° du 1er mai 1898, p. 738.

(4) E. I. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889, Vorrede, p. VIII-XI. — Cpr. J. Percerou, dans : *Annales de droit commercial*, 1898, p. 61-62.

(5) Cons. ici : R. von Jhering, *Der Besitzwille*, 1889, p. 33, note 2, et p. 272-273 ; éd. française, *Du rôle de la volonté dans la possession*, 1891, p. 28-29, note 14, et p. 229. — E. I. Bekker, 1° dans : *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, R. A., 1885, t. VI, p. 86 ; 2° dans : *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, *passim*, notamment p. 67-76, p. 108, p. 123-129, p. 186-187. — Danz, *Gesetzes-Auslegung und das Leben*, dans : *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1897, t. XXIV, p. 612-615 et p. 618-620. — E. Picard, *Le Droit pur*, Permanences juridiques abstraites, 1899, p. 340. — *Adde*, à titre d'application : van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, 2e éd., 1884, p. 37, *in fine* ; et dans un sens un peu différent : E. Bartin, *Revue de droit international*, 1897, p. 658. — Cpr., pour

L'écueil, contre lequel n'a pas su se garer notre dogmatique, consiste à objectiver ces éléments idéaux (1), à les envisager comme des nécessités logiques, issues de la nature des choses, s'imposant, en cette qualité, à l'interprétation juridique, malgré la contradiction pratique, qu'y peuvent opposer les besoins les plus pressants de l'existence sociale (2).

Tout le mal, en définitive, est venu de ce que l'on a confondu deux choses, fort distinctes : d'une part, les principes de justice ou d'utilité universelles, immuables dans leur essence, mobiles seulement dans les détails de leur application, et suivant les conditions sociologiques (3) ; d'autre part, les procédés techniques, n'ayant de raison d'être que la mise en œuvre de ces principes, conceptuels par leur origine et subjectifs par leur nature, se ramenant en définitive à de simples hypothèses scientifiques, par suite, n'ayant de valeur sérieuse que dans la mesure de leur adaptation, plus ou moins parfaite, à la réalisation du but fixé par l'équité suprême, et destinés à progresser sans cesse dans le sens d'un plus complet développement de leur mission technique.

II

Critique des constructions juridiques d'après leurs résultats

69. — Et, par malheur, cette inversion de la véritable pro-

les sciences biologiques : Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, p. 49, p. 57, p. 65-66. — Et, d'une façon plus générale, sur le rôle des théories abstraites, des généralisations, des hypothèses, dans toute discipline scientifique : Aug. Comte, *Cours de philosophie positive*, t. VI, 1869, p. 602-603, p. 622-623, p. 641, p. 726. — E. Naville, *La logique de l'hypothèse*, 1880. — E. I. Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 29-37. — F. Brunetière, dans *Revue des Deux-mondes*, n° du 1er mai 1895, t. CXXIX, p. 161 ; n° du 15 octobre 1896, t. CXXXVII, p. 893 ; n° du 15 février 1898, t. CXLV, p. 880-881. — Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, 1897, p. 219-220, p. 227-228, p. 249-252. — Lévy-Bruhl, *Le Centenaire d'Auguste Comte*, dans *Revue des Deux-Mondes*, n° du 15 janvier 1898, t. CXLV, p. 417-422. — R. P. Étourneau, 4e Conférence à Notre-Dame, Carême de 1899, p. 10.

(1) Voy., sur l'abus de l'idéologie et l'oubli des réalités, dans le domaine religieux : R. P. Étourneau, 1re Conférence à Notre-Dame, Carême de 1898, p. 13-22. — Comp. H. Taine, *Les Origines de la France contemporaine. Le Régime moderne*, t. I, édit. in-8, p. 28-29. — Pobédonostzeff, *Questions religieuses, sociales et politiques, pensées d'un homme d'état*, 1897, *passim*.

(2) Comp. R. Saleilles, *L'Individualisation de la peine*, 1898, p. 108-109.

(3) Comp. Mancini, dans : *Journal de droit international privé*, de Clunet, t. I, 1874, p. 224-225.

cédure scientifique n'est pas restée sans réaction sur les effets de la méthode. Il en est résulté, dans toute notre science, une limitation et une rigidité de vues, directement contraires à tout progrès. L'abus de la logique a conduit à la stagnation du droit, parce que l'esprit juridique résistait, comme d'instinct, à multiplier ou à assouplir des notions, qu'il tenait pour déterminées *a priori*, par une sorte de nécessité supérieure et objective, inhérente à leur nature.

De là, une timidité, dans la pensée et dans l'action, qui a paralysé l'essor de la *législation* même. Malgré son omnipotence, pourtant reconnue sans conteste par les juristes, le législateur a parfois hésité à consacrer des principes nouveaux, qui auraient contrarié les conceptions jusque-là régnantes (1). Il lui semblait, sans doute, que c'eût été mettre dans son œuvre une sorte de ferment irrationnel, risquant de la ruiner par la base.

Mais, c'est surtout dans le domaine, seul en question ici, de l'interprétation positive, que l'on observe les effets funestes de cette tendance à l'immobilité, issue d'un idéal

(1) On en rencontre un exemple frappant dans la discussion, au Sénat, de la loi sur le régime des eaux, du 8 avril 1898. Voy. Rapport Cuvinot, *J. Off.*, Sénat. *Docum. parlem.* de 1883, p. 102-122, *passim*, notamment p. 103, col. 1 ; p. 107, col. 3 ; p. 111-112. Voy. surtout la discussion des nouveaux art. 642 et 643 C. civ. franç, aux séances des 15 et 16 février 1883, *J. Off.* Sénat. *Débats parlementaires*, 1883, p. 145-157 et p. 161-170. Notez le judicieux discours de M. le Commissaire du gouvernement Philippe, le 15 février 1883, p. 153-155. — Je citerai aussi les débats soulevés, dans les milieux parlementaires, à propos de la théorie du risque professionnel. Voy. Tarbouriech, *La Responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, 1896, préface, p. XIII, et nos **127-130**, p. 93-97 ; n° **164**, p. 120-122. *Adde* : Hubert-Valleroux, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, février 1899, t. XXX, p. 125-126. — On pourra consulter encore, relativement à la loi sur les warrants agricoles, du 18 juillet 1898, le rapport Chastenet à la Chambre des députés, §§ II *in fine* et VIII, *J. Off.*, Chambre. *Documents parlement.* de 1897. Session extraordinaire, p. 247, col. 2 ; p. 249 col. 1, et la discussion à la Chambre, le 31 mars 1898, MM. Jean Codet et Chastenet, rapporteur, *J. Off.* Chambre. *Débats parlem.* 1898, Sess. ord., p. 1499-1501. — Cpr., sur l'influence que doit avoir la logique par rapport à la législation : R. von Jhering, *Der Besitzwille*, 1889, § X, *initio*, p. 197-201 ; éd. française de Meulenaere, *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891, p. 171-174. — P. Œrtmann, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 38-39. — Et, pour l'application au premier projet du Code civil allemand : O. Gierke, *Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht*, 2e éd. 1889, p. 63-66. — D'ailleurs, je dois reconnaître, qu'en fait, le législateur se laisse, bien plus rarement que le jurisconsulte, arrêter par les conceptions *a priori*, qui contrarieraient son but. Avec grande raison, il s'attache aux réalités plutôt qu'aux idées. Et, c'est bien souvent ce qui peut expliquer les malentendus, qui s'élèvent entre notre doctrine et la pratique législative.

trop étroit et d'une fausse conception de la logique juridique (1). En substituant aux éléments, vraiment substantiels de la vie du droit, aux motifs moraux, psychologiques, économiques, politiques et sociaux, qui animent le monde juridique, des notions techniques, abstraites, froides et vides de réalité féconde (2), notre interprétation s'est fait un système, tout entier en formules et en catégories pures ; et, combiné avec l'excès d'influence attribué à la codification moderne, ce système a rendu la jurisprudence scientifique, non pas seulement stérile, mais, souvent même, irrémédiablement rebelle au progrès. — C'est ce qu'il me reste maintenant à montrer.

J'en ai déjà laissé entrevoir plus d'un indice, quand j'analysais, tout à l'heure, à la lumière des idées courantes, quelques notions juridiques fondamentales (voy. ci-dessus, nos **65-67**). Sans revenir sur ces développements, sans même reprendre, d'un point de vue critique, d'autres applications de constructions juridiques, signalées antérieurement (première partie, ci-dessus, n° **24**), je veux, pour multiplier les témoignages et les preuves, choisir encore, parmi les théories les plus connues de notre droit privé positif, quelques nouveaux exemples, qui fassent voir combien les errements de la méthode traditionnelle, en arrêtant, d'une façon rigide et étroite, par un système de catégories hiératiques, les cadres de nos institutions juridiques, ont paralysé le développement légitime de ces institutions, et fait obstacle aux réels progrès du droit.

70. — La condition d'une masse universelle (biens et dettes), sur laquelle plusieurs personnes ont des droits coexistants, en vertu d'une situation contractuelle qui unifie partiellement leurs intérêts, — telles, la communauté entre époux, les diverses sortes de sociétés ou d'associations, — soulève des problèmes juridiques nombreux, qui engagent des intérêts parfois considérables. On se demande, notam-

(1) Voy. pour l'Allemagne : P. Œrtmann, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 39-40.

(2) Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Dritter Theil. Erste Abtheilung, 1888, § **59**, p. 324 ; 3e éd. franç. de Meulenaere, § **69**, t. IV, p. 314, qui rapproche cette méthode dialectique de celle de Hegel en philosophie.

ment, si le fonds commun ou social jouit d'une individualité, lui assurant une représentation homogène et un siège légal analogue au domicile de la personne ; ce qui ne manque pas d'importance pour la forme de sa vie juridique, relativement, par exemple, aux procès où il serait intéressé. Il y a lieu de savoir, encore, si le droit des divers participants à cette masse universelle prend un caractère *sui generis*, qui lui attribue une nature uniforme et en fasse, dans son ensemble, un droit purement mobilier, soumis au régime juridique assez simple de cette sorte de biens, au lieu de conserver la nature, mixte et complexe, d'un droit, partie mobilier, partie immobilier, suivant la diversité des choses composant la masse active. Surtout, pour les tiers qui traiteront, soit avec les associés pris comme individus, soit avec les représentants de la masse, et en contemplation de celle-ci, il est essentiel de connaître les droits respectifs, que leur assurera l'une ou l'autre manière de faire. Quand il s'agira, par exemple, de régler, sur tels ou tels biens, le concours simultané de créanciers sociaux et de créanciers personnels, devra-t-on limiter les actions d'après l'origine des créances, accueillir ou arrêter les compensations, admettre ou refuser une préférence? — Toutes ces questions, qui se présentent fort effacées dans le cas de la communauté entre époux, à raison de la réglementation concrète et détaillée, que cette association a reçue de notre Code civil (art. 1399-1527), qui, d'autre part, ont pu paraître résolues, par la force des choses s'imposant d'elle-même au législateur (art. 529 C. civ. franç.), en ce qui touche les sociétés commerciales, publiées et manifestées comme telles, se sont montrées, au contraire, en plein relief pratique, quand on s'est trouvé en présence de sociétés civiles, ou en participation, dont nos lois ont traité, d'une façon relativement sèche, et sans résoudre formellement les plus grosses difficultés, que soulève leur fonctionnement; à plus forte raison encore, s'il s'agit de ces associations sans but lucratif, que notre législation privée passait à peu près sous silence, [avant la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association,] mais qui n'en exerçaient pas moins, de fait, une activité juridique, qu'il était nécessaire de régler.

En présence de ces difficultés, qu'a fait, pendant longtemps du moins, notre doctrine? Recherchant sous quelles conceptions se pouvait envisager la situation proposée, et de quelle forme idéale on la pouvait revêtir, elle n'a aperçu que deux points de vue possibles (1). Ou bien, on rattache la masse sociale à une personne civile, ayant son domicile et sa représentation juridique propres, distincte des personnes individuelles des participants, et qu'une création artificielle (je ne dis pas une fiction) permet seule de reconnaître ; en conséquence de quoi, cette masse sera régie et traitée, à l'égard de tous intéressés, comme un patrimoine à part, sur lequel les droits des associés s'analysent en créances (2) mobilières, mais qui, du moins, reste séparé des patrimoines individuels, réservé aux créanciers sociaux, comme les autres le seront aux créanciers personnels. Ou bien, à défaut de cette personnalité civile, qui paraît bien exiger une décision nette de la loi, ce serait le régime de la pure indivision, représentant, pour chaque associé, sur chacun des objets de la masse, un droit de même nature, fractionné en quotes idéales, élément de chaque patrimoine individuel, au même rang que tous autres biens compris en celui-ci, affecté, comme eux, aux créanciers personnels (parmi lesquels figurent, pour leur part, les créanciers sociaux), pour la quote-part de l'associé débiteur, sans qu'il fût question d'une séparation établie suivant l'affectation des divers biens, pas plus que d'un siège légal ou d'une représentation juridique distincts. — Telles étaient les deux conceptions, dont il fallait choisir l'une, et, suivant le choix fait entre elles, par chaque interprète, d'après les indications légales ou les suggestions de la raison juridique, pour telle ou telle

(1) Je néglige, en ce qui touche la communauté entre époux, la conception originale, que Toullier avait essayé d'accréditer (*Le Droit civil français*, 5e éd., t. XII, 1839, nos 74-82, p. 119-138). Quoiqu'elle fût peut-être plus près de la vérité que toutes les autres, cette conception, qui déroutait une logique trop simpliste, n'a obtenu aucun succès sérieux. Voy. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, § 505, note 4, 4e édition, t. V, p. 278-279; [5e éd., t. VIII, 1916, p. 5-6].

(2) A moins que l'on n'y voie, avec Ch. Beudant (*Revue crit. de législation et de jurisprudence*, 1869, t. XXXIV, p. 154), un droit *sui generis*, ni réel, ni personnel. Mais, à vrai dire, ce point importe peu à notre sujet. — Contre l'opinion de Ch. Beudant, voy. note de Ch. Lyon-Caen, Sir., 82, 2, 25, et note d'A. Tissier, Sir. 97-2-241.

sorte d'association, les solutions se présentaient d'elles-mêmes, aussi faciles à découvrir que logiquement nécessaires. — Chose étrange ! Aucune des deux constructions proposées n'apparaissait bien nette dans les textes relatifs aux sociétés civiles. Bien plus, certaines décisions positives de la loi (notamment art. 1848-1849, 1859-1860, 1862-1863 C. civ. franç.) étaient fort difficiles à expliquer, ou, du moins, à concilier entre elles, de l'un comme de l'autre point de vue. Mieux encore. Si, synthétisant les dispositions très complètes, édictées par notre Code civil, à l'endroit de la communauté entre époux, on essayait de ramener cette institution à une idée d'ensemble, on apercevait clairement l'impossibilité d'en encadrer, d'une façon satisfaisante, toutes les règles, soit dans la catégorie de la personnalité civile, soit dans celle de l'indivision normale. — Rien n'y faisait, tant semblait impérieux le dilemme suggéré par la pure logique. On devait opter entre les deux conceptions. Et, pour la communauté conjugale, comme pour les autres associations quelconques, c'était toute l'une ou toute l'autre, sans moyen terme en dehors des dérogations légales aux déductions rationnelles, qu'on expliquait comme on pouvait.

Tel a été, jusqu'à ces derniers temps, le terrain de discussion, adopté par tous, pour l'examen de cette question capitale ; et, je ne suis pas bien sûr qu'il soit, dès maintenant, délaissé par la majorité des interprètes (1). Toutefois, on observe, dans un certain nombre d'études récentes, une tendance bien nette, sinon à abandonner tout à fait cette manière de voir, du moins à l'élargir. — Je ne parle pas ici de ceux qui requièrent, en ce sujet, l'intervention législative (2). Ceux-là, en général, du moins, ne contestent pas la

(1) Voy. notamment : H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 1898, p. 165. Cpr. p. 191, note 1. [On trouvera des idées plus larges dans la 3e édition de cet ouvrage, 1912, troisième partie, chapitre II, *passim*, notamment p. 173-184 ; p. 209-214.]

(2) [Surtout, avant la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association —] Voy., par ex., note de Ch. Beudant, sous Montpellier, 17 avril 1893, D. P., 94, 2, 329. — *Adde* : note d'Edm. Meynial, sous Req. rej., 23 février 1891, Sir., 92, 1, 73 à 75. — M. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 3e éd., 1897, p. 124-128. — Notes de Ch. Lyon-Caen, sous Civ. cass., 25 mai 1887, Sir., 88, 1, 162, et sous Req. rej., 29 octobre 1894, Sir., 95, 1, 66. — J. Charmont, dans *Revue critique de législation et de jurispr.*, 1895, p. 205-206.

légitimité du point de vue encore dominant. Ils la reconnaissent, au contraire, et, acceptant la stricte dualité des conceptions, ils demandent seulement qu'on élargisse le champ de celle qui semble la plus libérale et la mieux apte à satisfaire les intérêts légitimes.

Mais, sans sortir du domaine de la pure interprétation positive, et simplement en assouplissant les procédés de la discussion juridique, d'autres jurisconsultes ont porté des coups fort sérieux, à mon sens, à l'idée, suivant laquelle la condition juridique d'une masse sociale se rangerait nécessairement, sous le concept de la personnalité civile, ou sous celui d'une indivision, par quotes idéales, au sens du droit romain. — Reprenant quelques idées que J. van den Heuvel avait mises en avant, sous forme d'arguments purement rationnels (1), et les développant, au point de vue de notre droit positif, dans son *Étude sur la situation juridique des Sociétés dénuées de personnalité* (2), M. Mongin, sans paraître vouloir changer encore les termes courants du débat, a montré, avec une grande force d'argumentation, que les plus importants effets, rattachés ordinairement à la personnalité civile, pouvaient s'en séparer, pour être reconnus au profit de toute masse sociale quelconque. C'était déjà, comme on l'a finement remarqué (3), ébranler, à la base, en la rendant presque inutile, la conception, si fortement charpentée, de la personnification civile des sociétés. — Entré dans la même voie avec moins de hardiesse apparente et sous le seul appui du droit commun, le comte de Vareilles-Sommières (4) a fait sortir du contrat d'association une entité patrimoniale, qui, sans avoir besoin d'une personnalité

(1) J. van den Heuvel, *De la Situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2e éd., 1884, p. 41-51, et p. 63.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 697-725. — Voy. déjà : M. Sauzet, *Nature de la personnalité civile des syndicats professionnels*, nos 27 et 42, *Rev. crit.*, 1888, p. 319, note 1 et p. 337-338.

(3) Compte rendu de l'Étude de M. Mongin, dans *Annales de Droit commercial*, 1891, t. V, p. 47-48. — *Adde* : de Vareilles-Sommières, *La Synthèse du Droit international privé*, 1897, n° 711, t. II, p. 42-43.

(4) *Du contrat d'association*. 1893. — *Le droit de posséder des associations non reconnues*, dans : *Revue crit. de législ.*, 1895, p. 232-252. — Dans le même sens : E. Didier-Rousse, *De la capacité juridique des associations en droit civil français*, thèse de doctorat. Droit. Paris. 1896-1897, liv. I, notamment p. 124-157. — Voy. déjà : van den Heuvel, *op. cit.*, p. 175-203.

distincte et séparée, trouvait, dans celles des associés eux-mêmes, les éléments d'une vie juridique autonome, et presque complètement suffisante à la fin poursuivie par le groupement des personnes (1).

En même temps, et sur le terrain historique, on commençait à nous montrer que, contrairement aux tendances de la jurisprudence moderne (2), notre ancien droit n'avait jamais étendu aux sociétés civiles la personnalité fictive, considérée comme privilège de droit public; que, même, il ne l'avait pas reconnue au profit du plus grand nombre des sociétés commerciales (3). — Comment, pourtant, avait-il pu attribuer à ces sociétés la plupart des effets, que notre doctrine ne croyait pouvoir rattacher qu'à la personnification? Au moyen d'une conception particulière de la propriété commune, fort différente de l'indivision, par quotes idéales, du droit romain; conception, dont R. Saleilles a dégagé les traits principaux, dans son application aux sociétés en commandite, et qu'il résume ainsi : « un patri-« moine, constitué à l'état de patrimoine distinct, séparé, « affecté à une entreprise spéciale, et qui soit le gage « exclusif des créanciers, avec lesquels on a contracté en vue « de l'entreprise commerciale, à laquelle le patrimoine est « affecté ; et, de plus, un patrimoine indisponible pour tous

(1) Comp. l'idée, émise antérieurement par J.-E. Labbé (Note dans Sir., 81, 2, 250), « que la personnification des sociétés n'est qu'une forte concentration de droits « individuels ». — Voy. aussi : R. von Jhering, *Geist*, III Theil. 1 Abth., 4e édition, § 55, p. 224; trad. de Meulenaere, t. IV, § 65, p. 217. — Je néglige, comme une étape très secondaire à mon sens, les décisions de jurisprudence, qui ont reconnu une demi-personnalité, une « vitalité relative » leur conférant une individualité suffisante pour soutenir les procès concernant leur entreprise, à certaines associations formées dans un but d'intérêt général et approuvées par autorité administrative (Associations d'arrosage. — Sociétés de courses) : Req. rej., 20 février 1844, Sir., 44, 1, 302. — Civ. cass., 21 mai 1851, Sir., 51, 1, 695. — Civ. cass., 30 août 1859, Sir., 60, 1, 359. — Req. rej., 6 juillet 1864, Sir., 64, 1, 327. — Civ. cass., 25 mai 1887, Sir., 88, 1, 161, avec note critique de Ch. Lyon-Caen. — Req. rej., 2 janvier 1894, Sir., 94, 1, 129, et la note de Ch. Lyon-Caen. Voy. le même arrêt, avec le rapport de M. le Conseiller Cotelle, dans D. P., 94, 1, 81. — Cpr. Dijon, 20 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 2. 735 et observations critiques de L. Mouchet, dans *Revue Bourguignonne*, 1891, t. I, p. 240-254. — Limoges, 23 décembre 1895, Sirey, 99-2-246. — *Adde* encore : Dijon, 30 octobre 1889, Sir., 90, 2, 16 : et, pour une société de pêcheurs à la ligne : Dijon, 15 mars 1899, *Gaz. du Palais*, n° du 15 avril 1899. — *Adde* : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1re édition, t. I, Paris, 1900, nos 738-745, p. 287-290.

(2) *Adde* aux arrêts anciens : Req. rej., 22 février 1898, *La Loi* du 30 juin 1898.

(3) Edm. Meynial, Note sous Req. rej., 2 mars 1892, Sir., 92, 1, p. 497-499.

« ceux qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entre-« prise ; n'étant par conséquent, au point de vue de la vali-« dité des actes qui s'y réfèrent, qu'à la disposition du « gérant qui fait le commerce pour tous » (1). Conception qui, sans doute, vient bien un peu dérouter aujourd'hui nos esprits, parce qu'elle trouble nos idées toutes faites ; mais qui, pourtant, loin d'être restreinte aux sociétés de commerce, n'était jadis, comme l'a démontré aussi R. Saleilles (2), que l'application d'une théorie plus générale, issue de l'idée toute rationnelle, et nullement fictive, de l'autonomie de la volonté, modifiant, suivant les besoins pratiques, les formes traditionnelles de la propriété. — C'est à cette large et féconde idée, que R. Saleilles propose d'en revenir, fallût-il briser ouvertement les cadres trop étroits de nos catégories juridiques modernes (3). Et, en ce qui concerne la construction juridique de toute masse affectée à un but poursuivi en commun, il laisse ainsi entrevoir la possibilité d'une conception nouvelle, mieux adaptée que les précédentes à la réalité des faits et aux exigences de la vie sociale (4).

Et maintenant, il faut que je me le demande, pourquoi ces efforts récemment dirigés, de tant de côtés, contre un point de vue naguère incontesté (5), si ce n'est parce que chacun sent inconsciemment que ce point de vue paralyse irrémédiablement l'essor de la théorie du fonds social, sous le rapport des effets pratiques, que requièrent les exigences de la vie.

Or, la stérilité nécessaire de ce point de vue tient, avant tout, à la façon essentiellement défectueuse, dont notre doctrine a entendu le système des conceptions et constructions juridiques, qu'elle adapte ici à un problème tout concret.

(1) Saleilles, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, n° 63, *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 41. Voy., d'ailleurs, l'ensemble des développements sur ce point : nos 37-63, *Annales de dr. comm.*, 1895, t. IX, 2e partie, p. 64-79, et 1897, t. XI, p. 29-42.

(2) *Op. cit.*, nos 64-66, *Annales de dr. comm.*, 1897, t. XI, p. 42-45.

(3) Saleilles, *op. cit.*, nos 67-68, *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 45-47.

(4) Comp., sur la nature de l'indivision héréditaire, à propos d'une application du rapport des dettes, ma note sous Req. rej., 7 juillet 1892, Pand. franç. périod., 1893, 1, 433 à 436, et spécialement p. 435.

(5) [*Adde* encore : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. I, Paris, 1911, nos 3005-3006, p. 946-947; nos 3016-3019, p. 950-953].

Car, supprimez seulement son point de départ, l'idée qu'une masse commune doit être ou le patrimoine d'une personne fictive, ou l'objet d'une indivision par quotes idéales entre individus, *et ne peut être que cela*, — idée admise *a priori*, sans être recommandée ni par la vraie tradition historique, ni par la loi, ni par l'intention des parties, ni assurément par la préoccupation de fournir un point d'appui efficace à la pratique. — Vous dégagez, par cela seul, l'énigme autrement insoluble. Et il ne reste plus qu'à chercher, en pleine liberté, une mise en œuvre juridique de la notion élémentaire de patrimoine, qui concilie la volonté légitime des membres de la société avec les intérêts des tiers, sous le point de vue supérieur de l'intérêt général. Quant à la conception qui puisse expliquer tout cela, vous ne pouvez la découvrir que par tâtonnements ; et vous ne devez y voir autre chose qu'une *approximation hypothétique*, essentiellement susceptible de changements, puisqu'elle manque de toute réalité objective.

71. — J'ai appuyé à dessein sur cet exemple, parce qu'il nous laisse entrevoir, relativement à une théorie importante, et suffisamment étudiée déjà pour que j'aie pu me borner à de simples références, l'interprétation moderne s'accusant elle-même en quelque sorte, et poussée, par la force des besoins juridiques, à rompre en visière à sa propre méthode. J'en veux rapprocher, maintenant, avec moins de développements, une autre question, d'un caractère bien plus spécial, où la même étroitesse de vues s'est rencontrée, de la part des meilleurs interprètes, et engendrera bientôt, j'y compte, des résultats analogues.

On sait que l'inaliénabilité de la dot, sous le régime dotal, admise par le Code Napoléon, tout au moins pour les immeubles dotaux, est réglée dans notre loi d'une façon fort sommaire (art. 1554-1561 C. civ. franç.). A s'en tenir aux textes, bien des questions restent incertaines, relativement surtout aux effets de ce statut exorbitant, et à la sanction de ses violations, particulièrement pour le cas d'une aliénation, à laquelle la femme ait coopéré. — Or, on a pensé que, pour faciliter la solution de ces difficultés de détail, il serait

précieux, qu'il était même nécessaire, avant tout, d'être fixé sur le caractère juridique du vice tenant à l'inaliénabilité dotale. On a donc recherché à quelle idée fondamentale se pouvait rattacher cette institution originale. Et l'on n'a trouvé que deux conceptions admissibles. Pour les uns, l'inaliénabilité dotale apparaîtrait comme une incapacité exceptionnelle, atteignant la personne même de la femme (1). Pour les autres, ce serait une indisponibilité réelle, frappant les biens plutôt que la personne (2). Bien que l'on ne fût pas absolument d'accord sur les conséquences à tirer de chacun de ces points de vue, l'un ou l'autre a paru devoir être adopté, avant toute discussion, par les auteurs qui ont approfondi cette matière. — Il résulte manifestement de cette manière de faire, que l'interprète, qui a pris parti sur cette question générale, voit son indépendance d'opinion singulièrement compromise, lorsqu'il arrive aux détails du sujet. Il en résulte, aussi, que l'interprétation, dans son ensemble, manque forcément de souplesse, puisque, d'avance, elle se voit rivée aux déductions logiques des deux conceptions, déclarées, *a priori*, seules possibles.

Mais, comment ne s'avise-t-on pas, avant tout, de se demander, non seulement s'il ne serait pas une autre construction admissible, mais, plutôt encore, s'il y a vraiment nécessité, ou même utilité sérieuse, à rattacher l'inaliénabilité dotale à l'une de nos conceptions courantes. On oublie trop, ce semble, que cette institution, absolument exorbitante du droit commun, a été introduite dans le droit romain par la loi

(1) J. E. Labbé, *Régime dotal, Obligations de la femme, Exécution*, dans : *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1856-1°, t. IX, p. 1-18. — P. Gide, *Condition privée de la femme*, liv. 4, chap. III, § 4 ; 2e éd., Paris, Larose, 1885, p. 447-456. — Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. VI, n° 232 *bis* I. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 6e éd., t. III, 1898, n° 384. — P. Deloynes, dans : *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1882, p. 541-577. — Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, nos 1836-1841, 2e éd., t. IV, p. 162-168. — Cpr. Valette, dans : *Mélanges de Droit*, 1880, p. 520-521, et Ch. Lyon-Caen, note dans Sir., 76, 2, 65.

(2) C. Demolombe, *Constitution de dot, Biens à venir*, dans : *Revue de législation et de jurisprudence* (Wolowski), 1835, t. II, p. 282-296. — Troplong, *Contrat de mariage*, nos 3269, 3312, 3317, t. IV, 1850, p. 356, 357, 406, 414. — M. Mongin, *Du caractère de l'inaliénabilité dotale*, dans : *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1886, p. 92-112, et p. 170-190. — Cpr. Aubry et Rau, § 538, note 31, t. V, 4e éd., p. 614.

Julia sous une couleur ostensiblement arbitraire (1), et que, si, depuis cette antique origine, elle a notablement évolué jusqu'à changer totalement de raison d'être, elle n'en reste pas moins, et plus que jamais, dans notre civilisation moderne, une anomalie indiscutable. Il faudrait donc, à tout le moins, si l'on veut absolument la « *catégoriser* », en faire l'objet d'une construction à part.

A vrai dire, même, est-il ici besoin d'une construction quelconque ? Et ne peut-on se contenter d'interpréter, aujourd'hui comme jadis, l'inaliénabilité dotale, suivant son but, en bornant le rôle de la logique à élucider, par le menu, toutes les conséquences de la *finalité*, qu'il convient de lui reconnaître dans notre état social. — Telle est, en ce sujet, je le crois bien, la tendance de notre jurisprudence. Et je ne sache pas, quoi qu'on en ait pu dire (2), qu'un seul arrêt, faisant autorité, se soit prononcé, d'une façon un peu nette, soit pour l'idée d'incapacité personnelle, soit pour celle d'indisponibilité réelle. Les solutions n'en sont assurément ni moins logiques ni moins heureuses, en s'inspirant presque exclusivement des intérêts auxquels la loi a entendu subvenir. J'ajoute que, pour être moins simpliste et plus nuancé, le système, qui s'en dégage, apparaît tout aussi solide et cohérent que ceux proposés par les auteurs (3). Seulement, ce système de la jurisprudence, placé au-dessus de tout parti pris d'école, a, de plus, le grand mérite de pouvoir s'assouplir encore, sans être arrêté par la rigueur, souvent bien artificielle, de ces déductions, basées sur une conception *a priori*, qui ont tant d'attrait pour notre doctrine (4).

72. — Le moindre reproche, que puissent encourir les conceptions de ce genre, lorsqu'on les veut ériger à l'état de

(1) Pomponius, fr. 1, D., *Soluto matrimonio*, 24, 3.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 6e éd., t. III, 1898, n° 384, p. 250. — L'arrêt de Civ. cass., 13 février 1884 (Sir., 86, 1, 25), cité par cet auteur, comme consacrant la thèse de l'incapacité, n'y fait aucune allusion.

(3) Voy. une esquisse, malheureusement non encore développée, de ce système, de la jurisprudence, sur l'inaliénabilité dotale, dans : E. Bartin, *Études sur le régime dotal*, 1892, Préface, p. IX-XIII.

(4) [Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, Paris, Dalloz, 1916, p. 307-308].

vérités absolues, c'est d'être inutiles et d'entraver sans profit le développement des considérations rationnelles, qui animent seules vraiment toute institution juridique.

Quelle grande importance y a-t-il, par exemple, quand il s'agit de connaître la portée de la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre*, à déterminer exactement une conception précise, à laquelle se rattacherait l'art. 2279 C. civ. franç., ou, suivant la terminologie usuelle, à se prononcer sur le *fondement juridique* de ce texte (1). Et, en vérité, qu'entend-on signifier, au juste, quand on fait reposer la règle, qu'il exprime, soit sur l'idée d'une prescription (prescription instantanée), soit sur celle d'une acquisition *lege*, soit encore sur celle d'une présomption légale, plus ou moins intense (2) ? Comme si l'intervention d'une théorie préconçue était indispensable pour justifier une règle toute pratique ! Et comme si cette règle ne pouvait avoir sa raison d'être propre et indépendante !

Serait-ce que le choix de la conception, à mettre à sa base, influerait sur la solution des problèmes de détail, que soulève sa mise en œuvre ? Mais alors, il faudrait pouvoir donner, à cette conception même, un caractère objectif, auquel répugne son origine. Au surplus, je n'aperçois pas que, lorsqu'il serait possible de faire dépendre les solutions, qu'ils recherchent, du fondement juridique adopté en principe, les auteurs se croient liés par les déductions de ce fondement même (3), ni qu'ils reviennent bien fidèlement à celui-ci, si ce n'est le plus souvent pour le déclarer indifférent (4). — Au

(1) Voy. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la Prescription*, 2e édition, 1899, n° 830, p. 553.

(2) Voy. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n°s 830-834, p. 553-558. — *Adde* l'indication d'une quatrième conception juridique dans : R. Poincaré, *De la revendication des Meubles*, thèse de doctorat, Paris, 1883, p. 214, β. — Pourquoi n'en ajouterait-on pas d'autres encore ?

(3) Voy. par ex., R. Poincaré, *op. cit.*, p. 217, *in fine*, qui admet l'application de l'art. 2223, après avoir exclu, comme fondement de la règle, l'idée de prescription (p. 212-213).

(4) Voy. par ex., Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n° 852, p. 569 ; n° 853, p. 569 ; n° 856, p. 571 ; n° 869, p. 579 ; n° 875, p. 583. — *Contra*, cependant, pour l'application, plus ou moins stricte, de l'art. 2229 C. civ. franç. : n°s 850-851, p. 568-569. — Au surplus, ces auteurs se font peu d'illusions sur l'importance pratique de la controverse, relative au fondement juridique de l'art. 2279, al. 1 : « D'une façon générale », disent-ils, à son sujet, « la contro-

ment, si le fonds commun ou social jouit d'une individualité, lui assurant une représentation homogène et un siège légal analogue au domicile de la personne ; ce qui ne manque pas d'importance pour la forme de sa vie juridique, relativement, par exemple, aux procès où il serait intéressé. Il y a lieu de savoir, encore, si le droit des divers participants à cette masse universelle prend un caractère *sui generis*, qui lui attribue une nature uniforme et en fasse, dans son ensemble, un droit purement mobilier, soumis au régime juridique assez simple de cette sorte de biens, au lieu de conserver la nature, mixte et complexe, d'un droit, partie mobilier, partie immobilier, suivant la diversité des choses composant la masse active. Surtout, pour les tiers qui traiteront, soit avec les associés pris comme individus, soit avec les représentants de la masse, et en contemplation de celle-ci, il est essentiel de connaître les droits respectifs, que leur assurera l'une ou l'autre manière de faire. Quand il s'agira, par exemple, de régler, sur tels ou tels biens, le concours simultané de créanciers sociaux et de créanciers personnels, devra-t-on limiter les actions d'après l'origine des créances, accueillir ou arrêter les compensations, admettre ou refuser une préférence? — Toutes ces questions, qui se présentent fort effacées dans le cas de la communauté entre époux, à raison de la réglementation concrète et détaillée, que cette association a reçue de notre Code civil (art. 1399-1527), qui, d'autre part, ont pu paraître résolues, par la force des choses s'imposant d'elle-même au législateur (art. 529 C. civ. franç.), en ce qui touche les sociétés commerciales, publiées et manifestées comme telles, se sont montrées, au contraire, en plein relief pratique, quand on s'est trouvé en présence de sociétés civiles, ou en participation, dont nos lois ont traité, d'une façon relativement sèche, et sans résoudre formellement les plus grosses difficultés, que soulève leur fonctionnement; à plus forte raison encore, s'il s'agit de ces associations sans but lucratif, que notre législation privée passait à peu près sous silence, [avant la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association,] mais qui n'en exerçaient pas moins, de fait, une activité juridique, qu'il était nécessaire de régler.

En présence de ces difficultés, qu'a fait, pendant longtemps du moins, notre doctrine? Recherchant sous quelles conceptions se pouvait envisager la situation proposée, et de quelle forme idéale on la pouvait revêtir, elle n'a aperçu que deux points de vue possibles (1). Ou bien, on rattache la masse sociale à une personne civile, ayant son domicile et sa représentation juridique propres, distincte des personnes individuelles des participants, et qu'une création artificielle (je ne dis pas une fiction) permet seule de reconnaître ; en conséquence de quoi, cette masse sera régie et traitée, à l'égard de tous intéressés, comme un patrimoine à part, sur lequel les droits des associés s'analysent en créances (2) mobilières, mais qui, du moins, reste séparé des patrimoines individuels, réservé aux créanciers sociaux, comme les autres le seront aux créanciers personnels. Ou bien, à défaut de cette personnalité civile, qui paraît bien exiger une décision nette de la loi, ce serait le régime de la pure indivision, représentant, pour chaque associé, sur chacun des objets de la masse, un droit de même nature, fractionné en quotes idéales, élément de chaque patrimoine individuel, au même rang que tous autres biens compris en celui-ci, affecté, comme eux, aux créanciers personnels (parmi lesquels figurent, pour leur part, les créanciers sociaux), pour la quote-part de l'associé débiteur, sans qu'il fût question d'une séparation établie suivant l'affectation des divers biens, pas plus que d'un siège légal ou d'une représentation juridique distincts. — Telles étaient les deux conceptions, dont il fallait choisir l'une, et, suivant le choix fait entre elles, par chaque interprète, d'après les indications légales ou les suggestions de la raison juridique, pour telle ou telle

(1) Je néglige, en ce qui touche la communauté entre époux, la conception originale, que TOULLIER avait essayé d'accréditer (*Le Droit civil français*, 5e éd., t. XII, 1839, nos 74-82, p. 119-138). Quoiqu'elle fût peut-être plus près de la vérité que toutes les autres, cette conception, qui déroutait une logique trop simpliste, n'a obtenu aucun succès sérieux. Voy. AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, § 505, note 4, 4e édition, t. V, p. 278-279; [5e éd., t. VIII, 1916, p. 5-6].

(2) A moins que l'on n'y voie, avec Ch. BEUDANT (*Revue crit. de législation et de jurisprudence*, 1869, t. XXXIV, p. 154), un droit *sui generis*, ni réel, ni personnel. Mais, à vrai dire, ce point importe peu à notre sujet. — Contre l'opinion de Ch. BEUDANT, voy. note de Ch. LYON-CAEN, SIR., 82, 2, 25, et note d'A. TISSIER, SIR. 97-2-241.

sorte d'association, les solutions se présentaient d'elles-mêmes, aussi faciles à découvrir que logiquement nécessaires. — Chose étrange ! Aucune des deux constructions proposées n'apparaissait bien nette dans les textes relatifs aux sociétés civiles. Bien plus, certaines décisions positives de la loi (notamment art. 1848-1849, 1859-1860, 1862-1863 C. civ. franç.) étaient fort difficiles à expliquer, ou, du moins, à concilier entre elles, de l'un comme de l'autre point de vue. Mieux encore. Si, synthétisant les dispositions très complètes, édictées par notre Code civil, à l'endroit de la communauté entre époux, on essayait de ramener cette institution à une idée d'ensemble, on apercevait clairement l'impossibilité d'en encadrer, d'une façon satisfaisante, toutes les règles, soit dans la catégorie de la personnalité civile, soit dans celle de l'indivision normale. — Rien n'y faisait, tant semblait impérieux le dilemme suggéré par la pure logique. On devait opter entre les deux conceptions. Et, pour la communauté conjugale, comme pour les autres associations quelconques, c'était toute l'une ou toute l'autre, sans moyen terme en dehors des dérogations légales aux déductions rationnelles, qu'on expliquait comme on pouvait.

Tel a été, jusqu'à ces derniers temps, le terrain de discussion, adopté par tous, pour l'examen de cette question capitale ; et, je ne suis pas bien sûr qu'il soit, dès maintenant, délaissé par la majorité des interprètes (1). Toutefois, on observe, dans un certain nombre d'études récentes, une tendance bien nette, sinon à abandonner tout à fait cette manière de voir, du moins à l'élargir. — Je ne parle pas ici de ceux qui requièrent, en ce sujet, l'intervention législative (2). Ceux-là, en général, du moins, ne contestent pas la

(1) Voy. notamment : H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 1898, p. 165. Cpr. p. 191, note 1. [On trouvera des idées plus larges dans la 3e édition de cet ouvrage, 1912, troisième partie, chapitre II, *passim*, notamment p. 173-184 ; p. 209-214.]

(2) [Surtout, avant la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association —]. Voy., par ex., note de Ch. Beudant, sous Montpellier, 17 avril 1893, D. P., 94, 2, 329. — *Adde* : note d'Edm. Meynial, sous Req. rej., 23 février 1891, Sir., 92, 1, 73 à 75. — M. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 3e éd., 1897, p. 124-128. — Notes de Ch. Lyon-Caen, sous Civ. cass., 25 mai 1887, Sir., 88, 1, 162, et sous Req. rej., 29 octobre 1894, Sir., 95, 1, 66. — J. Charmont, dans *Revue critique de législation et de jurispr.*, 1895, p. 205-206.

légitimité du point de vue encore dominant. Ils la reconnaissent, au contraire, et, acceptant la stricte dualité des conceptions, ils demandent seulement qu'on élargisse le champ de celle qui semble la plus libérale et la mieux apte à satisfaire les intérêts légitimes.

Mais, sans sortir du domaine de la pure interprétation positive, et simplement en assouplissant les procédés de la discussion juridique, d'autres jurisconsultes ont porté des coups fort sérieux, à mon sens, à l'idée, suivant laquelle la condition juridique d'une masse sociale se rangerait nécessairement, sous le concept de la personnalité civile, ou sous celui d'une indivision, par quotes idéales, au sens du droit romain. — Reprenant quelques idées que J. van den Heuvel avait mises en avant, sous forme d'arguments purement rationnels (1), et les développant, au point de vue de notre droit positif, dans son *Étude sur la situation juridique des Sociétés dénuées de personnalité* (2), M. Mongin, sans paraître vouloir changer encore les termes courants du débat, a montré, avec une grande force d'argumentation, que les plus importants effets, rattachés ordinairement à la personnalité civile, pouvaient s'en séparer, pour être reconnus au profit de toute masse sociale quelconque. C'était déjà, comme on l'a finement remarqué (3), ébranler, à la base, en la rendant presque inutile, la conception, si fortement charpentée, de la personnification civile des sociétés. — Entré dans la même voie avec moins de hardiesse apparente et sous le seul appui du droit commun, le comte de Vareilles-Sommières (4) a fait sortir du contrat d'association une entité patrimoniale, qui, sans avoir besoin d'une personnalité

(1) J. van den Heuvel, *De la Situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2e éd., 1884, p. 41-51, et p. 63.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 697-725. — Voy. déjà : M. Sauzet, *Nature de la personnalité civile des syndicats professionnels*, nos 27 et 42, *Rev. crit.*, 1888, p. 319, note 1 et p. 337-338.

(3) Compte rendu de l'Étude de M. Mongin, dans *Annales de Droit commercial*, 1891, t. V, p. 47-48. — *Adde* : de Vareilles-Sommières, *La Synthèse du Droit international privé*, 1897, n° 711, t. II, p. 42-43.

(4) *Du contrat d'association*, 1893. — *Le droit de posséder des associations non reconnues*, dans : *Revue crit. de législ.*, 1895, p. 232-252. — Dans le même sens : E. Didier-Rousse, *De la capacité juridique des associations en droit civil français*, thèse de doctorat. Droit. Paris, 1896-1897, liv. I, notamment p. 124-157. — Voy. déjà : van den Heuvel, *op. cit.*, p. 175-203.

distincte et séparée, trouvait, dans celles des associés eux-mêmes, les éléments d'une vie juridique autonome, et presque complètement suffisante à la fin poursuivie par le groupement des personnes (1).

En même temps, et sur le terrain historique, on commençait à nous montrer que, contrairement aux tendances de la jurisprudence moderne (2), notre ancien droit n'avait jamais étendu aux sociétés civiles la personnalité fictive, considérée comme privilège de droit public; que, même, il ne l'avait pas reconnue au profit du plus grand nombre des sociétés commerciales (3). — Comment, pourtant, avait-il pu attribuer à ces sociétés la plupart des effets, que notre doctrine ne croyait pouvoir rattacher qu'à la personnification? Au moyen d'une conception particulière de la propriété commune, fort différente de l'indivision, par quotes idéales, du droit romain; conception, dont R. Saleilles a dégagé les traits principaux, dans son application aux sociétés en commandite, et qu'il résume ainsi : « un patri-« moine, constitué à l'état de patrimoine distinct, séparé, « affecté à une entreprise spéciale, et qui soit le gage « exclusif des créanciers, avec lesquels on a contracté en vue « de l'entreprise commerciale, à laquelle le patrimoine est « affecté ; et, de plus, un patrimoine indisponible pour tous

(1) Comp. l'idée, émise antérieurement par J.-E. Labbé (Note dans Sir., 81, 2, 250), « que la personnification des sociétés n'est qu'une forte concentration de droits « individuels ». — Voy. aussi : R. von Jhering, *Geist*, III Theil. 1 Abth., 4e édition, § 55, p. 224; trad. de Meulenaere, t. IV, § 65, p. 217. — Je néglige, comme une étape très secondaire à mon sens, les décisions de jurisprudence, qui ont reconnu une demi-personnalité, une « vitalité relative » leur conférant une individualité suffisante pour soutenir les procès concernant leur entreprise, à certaines associations formées dans un but d'intérêt général et approuvées par autorité administrative (Associations d'arrosage. — Sociétés de courses) : Req. rej., 20 février 1844, Sir., 44, 1, 302. — Civ. cass., 21 mai 1851, Sir., 51, 1, 695. — Civ. cass., 30 août 1859, Sir., 60, 1, 359. — Req. rej., 6 juillet 1864, Sir., 64, 1, 327. — Civ. cass., 25 mai 1887, Sir., 88, 1, 161, avec note critique de Ch. Lyon-Caen. — Req. rej., 2 janvier 1894, Sir., 94, 1, 129, et la note de Ch. Lyon-Caen. Voy. le même arrêt, avec le rapport de M. le Conseiller Cotelle, dans D. P., 94, 1, 81. — Cpr. Dijon, 20 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 2. 735 et observations critiques de L. Mouchet, dans *Revue Bourguignonne*, 1891, t. I, p. 240-254. — Limoges, 23 décembre 1895, Sirey, 99-2-246. — *Adde* encore : Dijon, 30 octobre 1889, Sir., 90, 2, 16 : et, pour une société de pêcheurs à la ligne : Dijon, 15 mars 1899, *Gaz. du Palais*, n° du 15 avril 1899. — *Adde* : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1re édition, t. I, Paris, 1905, nos **738-745**, p. 287-290.

(2) *Adde* aux arrêts anciens : Req. rej., 22 février 1898, *La Loi* du 30 juin 1898.

(3) Edm. Meynial, Note sous Req. rej., 2 mars 1892, Sir., 92, 1, p. 497-499.

« ceux qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entre-« prise ; n'étant par conséquent, au point de vue de la vali-« dité des actes qui s'y réfèrent, qu'à la disposition du « gérant qui fait le commerce pour tous » (1). Conception qui, sans doute, vient bien un peu dérouter aujourd'hui nos esprits, parce qu'elle trouble nos idées toutes faites ; mais qui, pourtant, loin d'être restreinte aux sociétés de commerce, n'était jadis, comme l'a démontré aussi R. Saleilles (2), que l'application d'une théorie plus générale, issue de l'idée toute rationnelle, et nullement fictive, de l'autonomie de la volonté, modifiant, suivant les besoins pratiques, les formes traditionnelles de la propriété. — C'est à cette large et féconde idée, que R. Saleilles propose d'en revenir, fallût-il briser ouvertement les cadres trop étroits de nos catégories juridiques modernes (3). Et, en ce qui concerne la construction juridique de toute masse affectée à un but poursuivi en commun, il laisse ainsi entrevoir la possibilité d'une conception nouvelle, mieux adaptée que les précédentes à la réalité des faits et aux exigences de la vie sociale (4).

Et maintenant, il faut que je me le demande, pourquoi ces efforts récemment dirigés, de tant de côtés, contre un point de vue naguère incontesté (5), si ce n'est parce que chacun sent inconsciemment que ce point de vue paralyse irrémédiablement l'essor de la théorie du fonds social, sous le rapport des effets pratiques, que requièrent les exigences de la vie.

Or, la stérilité nécessaire de ce point de vue tient, avant tout, à la façon essentiellement défectueuse, dont notre doctrine a entendu le système des conceptions et constructions juridiques, qu'elle adapte ici à un problème tout concret.

(1) Saleilles, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, n° 63, *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 41. Voy., d'ailleurs, l'ensemble des développements sur ce point : nos **37-63**, *Annales de dr. comm.*, 1895, t. IX, 2e partie, p. 64-79, et 1897, t. XI, p. 29-42.

(2) *Op. cit.*, nos **64-66**, *Annales de dr. comm.*, 1897, t. XI, p. 42-45.

(3) Saleilles, *op. cit.*, nos **67-68**, *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 45-47.

(4) Comp., sur la nature de l'indivision héréditaire, à propos d'une application du rapport des dettes, ma note sous Req. rej., 7 juillet 1892, Pand. franç. périod., 1893, 1, 433 à 436, et spécialement p. 435.

(5) [*Adde* encore : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. I, Paris, 1911, nos **3005-3006**, p. 946-947; nos **3016-3019**, p. 950-953].

Car, supprimez seulement son point de départ, l'idée qu'une masse commune doit être ou le patrimoine d'une personne fictive, ou l'objet d'une indivision par quotes idéales entre individus, *et ne peut être que cela*, — idée admise *a priori*, sans être recommandée ni par la vraie tradition historique, ni par la loi, ni par l'intention des parties, ni assurément par la préoccupation de fournir un point d'appui efficace à la pratique. — Vous dégagez, par cela seul, l'énigme autrement insoluble. Et il ne reste plus qu'à chercher, en pleine liberté, une mise en œuvre juridique de la notion élémentaire de patrimoine, qui concilie la volonté légitime des membres de la société avec les intérêts des tiers, sous le point de vue supérieur de l'intérêt général. Quant à la conception qui puisse expliquer tout cela, vous ne pouvez la découvrir que par tâtonnements ; et vous ne devez y voir autre chose qu'une *approximation hypothétique*, essentiellement susceptible de changements, puisqu'elle manque de toute réalité objective.

71. — J'ai appuyé à dessein sur cet exemple, parce qu'il nous laisse entrevoir, relativement à une théorie importante, et suffisamment étudiée déjà pour que j'aie pu me borner à de simples références, l'interprétation moderne s'accusant elle-même en quelque sorte, et poussée, par la force des besoins juridiques, à rompre en visière à sa propre méthode. J'en veux rapprocher, maintenant, avec moins de développements, une autre question, d'un caractère bien plus spécial, où la même étroitesse de vues s'est rencontrée, de la part des meilleurs interprètes, et engendrera bientôt, j'y compte, des résultats analogues.

On sait que l'inaliénabilité de la dot, sous le régime dotal, admise par le Code Napoléon, tout au moins pour les immeubles dotaux, est réglée dans notre loi d'une façon fort sommaire (art. 1554-1561 C. civ. franç.). A s'en tenir aux textes, bien des questions restent incertaines, relativement surtout aux effets de ce statut exorbitant, et à la sanction de ses violations, particulièrement pour le cas d'une aliénation, à laquelle la femme ait coopéré. — Or, on a pensé que, pour faciliter la solution de ces difficultés de détail, il serait

précieux, qu'il était même nécessaire, avant tout, d'être fixé sur le caractère juridique du vice tenant à l'inaliénabilité dotale. On a donc recherché à quelle idée fondamentale se pouvait rattacher cette institution originale. Et l'on n'a trouvé que deux conceptions admissibles. Pour les uns, l'inaliénabilité dotale apparaîtrait comme une incapacité exceptionnelle, atteignant la personne même de la femme (1). Pour les autres, ce serait une indisponibilité réelle, frappant les biens plutôt que la personne (2). Bien que l'on ne fût pas absolument d'accord sur les conséquences à tirer de chacun de ces points de vue, l'un ou l'autre a paru devoir être adopté, avant toute discussion, par les auteurs qui ont approfondi cette matière. — Il résulte manifestement de cette manière de faire, que l'interprète, qui a pris parti sur cette question générale, voit son indépendance d'opinion singulièrement compromise, lorsqu'il arrive aux détails du sujet. Il en résulte, aussi, que l'interprétation, dans son ensemble, manque forcément de souplesse, puisque, d'avance, elle se voit rivée aux déductions logiques des deux conceptions, déclarées, *a priori*, seules possibles.

Mais, comment ne s'avise-t-on pas, avant tout, de se demander, non seulement s'il ne serait pas une autre construction admissible, mais, plutôt encore, s'il y a vraiment nécessité, ou même utilité sérieuse, à rattacher l'inaliénabilité dotale à l'une de nos conceptions courantes. On oublie trop, ce semble, que cette institution, absolument exorbitante du droit commun, a été introduite dans le droit romain par la loi

(1) J. E. Labbé, *Régime dotal, Obligations de la femme, Exécution*, dans : *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1856-1°, t. IX, p. 1-18. — P. Gide, *Condition privée de la femme*, liv. 4, chap. III, § 4 ; 2e éd., Paris, Larose, 1885, p. 447-456. — Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. VI, n° 232 *bis* I. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 6e éd., t. III, 1898, n° 384. — P. Deloynes, dans : *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1882, p. 541-577. — Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, nos 1836-1841, 2e éd., t. IV, p. 162-168. — Cpr. Valette, dans : *Mélanges de Droit*, 1880, p. 520-521, et Ch. Lyon-Caen, note dans Sir., 76, 2, 65.

(2) C. Demolombe, *Constitution de dot, Biens à venir*, dans : *Revue de législation et de jurisprudence* (Wolowski), 1835, t. II, p. 282-296. — Troplong, *Contrat de mariage*, nos 3269, 3312, 3317, t. IV, 1850, p. 356, 357, 406, 414. — M. Mongin, *Du caractère de l'inaliénabilité dotale*, dans : *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1886, p. 92-112, et p. 170-190. — Cpr. Aubry et Rau, § 538, note 31, t. V, 4e éd., p. 614.

ment de ménager, contre les abus de la prévoyance de l'assuré, les droits intangibles de tiers, héritiers réservataires et créanciers surtout, exposés à en subir, à leur dam, le contrecoup. — Mais, à condition de faire la part de ces exigences inéluctables, serait-il rien de plus simple et de plus satisfaisant à la fois, que de consacrer, *de plano*, les solutions déduites de l'intention très morale et très légitime de l'assuré, en poussant à fond l'analyse de cette intention et ne se laissant guider que par le principe de l'autonomie de la volonté (1), limité seulement par le respect des droits supérieurs au vouloir de l'individu (2)?

Par malheur, au seuil de cette route, si largement ouverte, si unie, si séduisante, apparaît notre idée d'école que toute opération juridique doit rentrer dans une *catégorie*, à caractère net, à conditions fixes, à effets prédéterminés. Faute de textes précis, servant de guide obligé à l'interprétation, celle-ci a pu, en notre matière, rechercher très librement le cadre le mieux adapté à la construction en vue. Et M. Deslandres nous expose très largement (3) les trois principales conceptions proposées, pour expliquer juridiquement l'assurance sur la vie au profit de tiers : 1° la plus répandue, acceptée par la jurisprudence, qui y voit une stipulation pour autrui, régie par l'art. 1121 C. civ. franç., et soumise aux exigences dont on revêt l'application de ce texte; 2° la théorie de la gestion d'affaires, transformation à peine déguisée de la précédente, mais de laquelle pourtant Labbé, qui l'a développée avec le plus d'ampleur, a su tirer des déductions fort heureuses; 3° enfin, une conception, présentée postérieurement par Thaller (D. P. 1888, 2, 1 à 4), qui, grâce à une application plus subtile de l'art. 1121, décompose l'opération en deux actes et envisage le contrat d'assurance, au profit de tiers, comme

(1) J'admets qu'il serait sans utilité (*non obstat* art. 1119 C. civ. franç.; car, voy. art. 1121 et 1165) de reconnaître que la volonté de l'assuré peut enrichir directement le bénéficiaire, en réservant l'acceptation de celui-ci.

(2) Telles me paraissent être, au fond, les dernières tendances de la jurisprudence. Voy. notamment : Douai, 10 décembre 1895, Sir. 98, 2, 243 ; Paris, 10 mars 1896, Sir. 98, 2, 245 ; Civ. rej., 29 juin 1896, Sir. 96-1-361. — *Adde* : P. Sumien, Compte rendu du traité des assurances sur la vie de J. Lefort, dans *Annales de dr. commercial*, 1899, t. XIII, p. 94 et 95.

(3) *Op. cit.*, nos 54-80, p. 79-128.

obligeant seulement la Compagnie, envers l'assuré, à offrir, après le décès de celui-ci, l'indemnité d'assurance aux bénéficiaires.

Ces différentes manières de voir aboutissent, toutes trois, suivant les expressions mêmes de M. Deslandres (1), à la construction d'un système rigoureusement juridique. Mais elles n'y parviennent, qu'en couchant l'opération, qu'il s'agit d'apprécier, sur un lit de Procuste, qui en déforme ou en restreint, toujours par quelques côtés, les développements naturels. Et, si chacune d'elles satisfait à certains *desiderata* pratiques, chacune également en méconnaît d'autres (2). Aussi M. Deslandres, dominé par le souci du but positif à atteindre, paraît-il n'en préférer absolument aucune. Il n'en sacrifie pas davantage l'une ou l'autre, et conclut, en définitive, à les appliquer toutes trois parallèlement, de façon à satisfaire, le plus largement possible, les exigences de la vie, qu'il relève d'un sens si sûr, et qui lui tiennent si justement à cœur (3). Il y a là, assurément, une façon de faire fort ingénieuse, qui peut sembler concilier heureusement les traditions de notre dogmatique avec la nécessité prépondérante de suivre, avant tout, les suggestions pratiques, issues de la fin intime des institutions.

Toutefois, il n'est pas bien sûr, qu'au moyen de cet expédient habile, on échappe à l'inconvénient majeur des constructions systématiques. Car il arrivera bien souvent que l'adaptation de constructions multiples, si nombreuses et si variées qu'on les suppose, à une même situation juridique, reste impuissante à engendrer toutes les solutions désirables (4). —

(1) *Op. cit.*, p. 4, p. 74.

(2) Voy., surtout, à cet égard, les développements de M. Deslandres, dans la section III du chapitre I de la deuxième partie de son travail : Droits des bénéficiaires suivant ces théories diverses, *op. cit.*, nos 84-93, p. 131-147. — *Adde* : chap. II, Assurance avec attribution du bénéfice au profit de tiers indéterminés, nos 95-102, p. 151-173. Mais, sur ce dernier point, M. Deslandres a cru pouvoir modifier les conclusions du système, basé sur la stipulation pour autrui : *Du contrat d'assurance sur la vie au profit de bénéficiaires indéterminés*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1891, nouv. sér. t. XX, p. 174-196.

(3) *Op. cit.*, *passim*, notamment no 148, p. 262.

(4) Voy. par exemple, comment M. Deslandres reste impuissant à faire échapper à l'art. 559 C. com. franç. l'indemnité d'assurance sur la vie, stipulée par un commerçant failli au profit de sa femme, au moyen de la *seule* construction juridique, et comme il n'y parvient, en définitive, qu'en s'appuyant sur la volonté du preneur d'assurance : *op. cit.*, nos 125-126, p. 221-222.