

# Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique

Gény, François (1861-1959). Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique. 1919.

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

- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

[CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE](#)

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

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

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

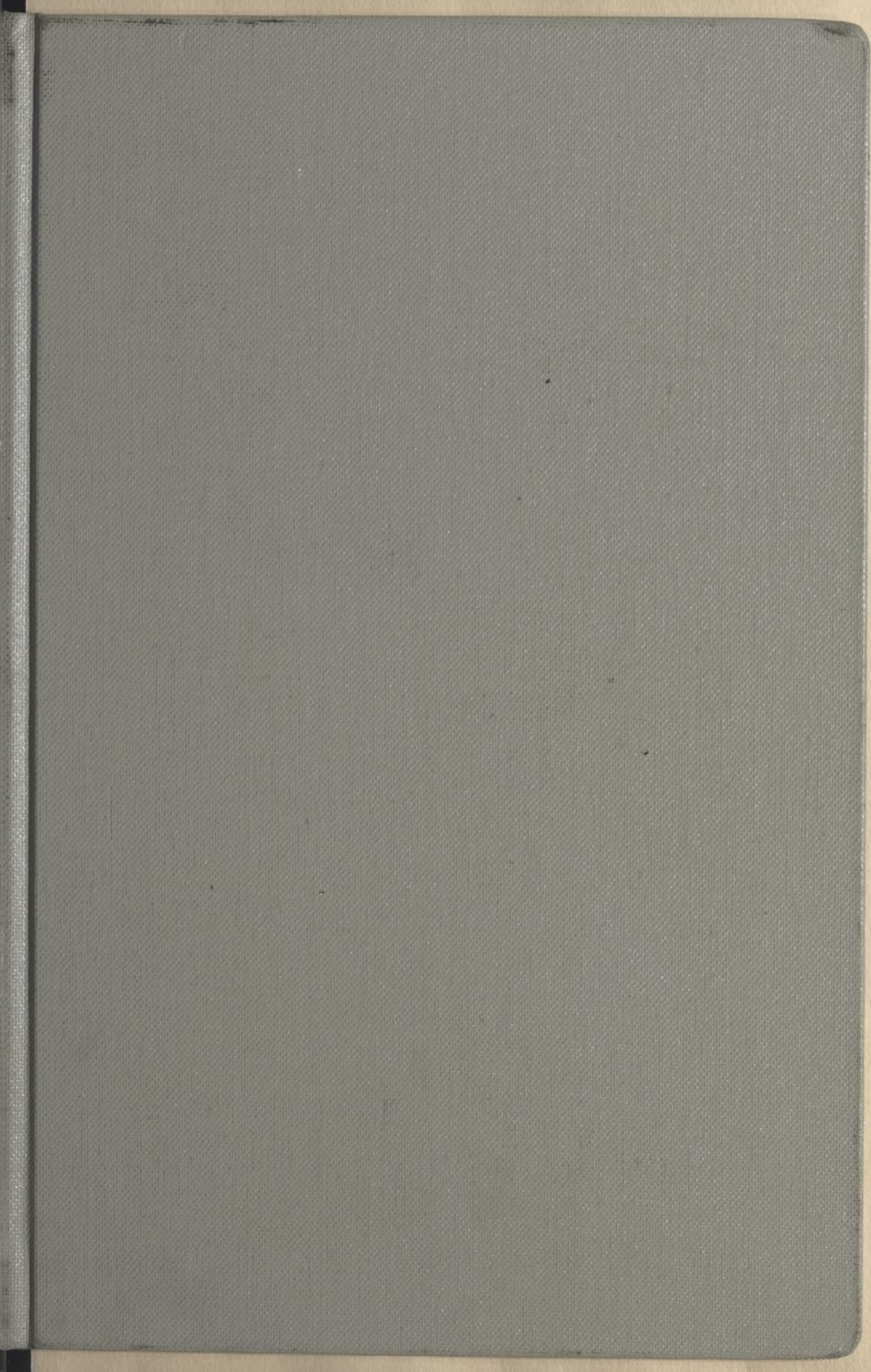
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

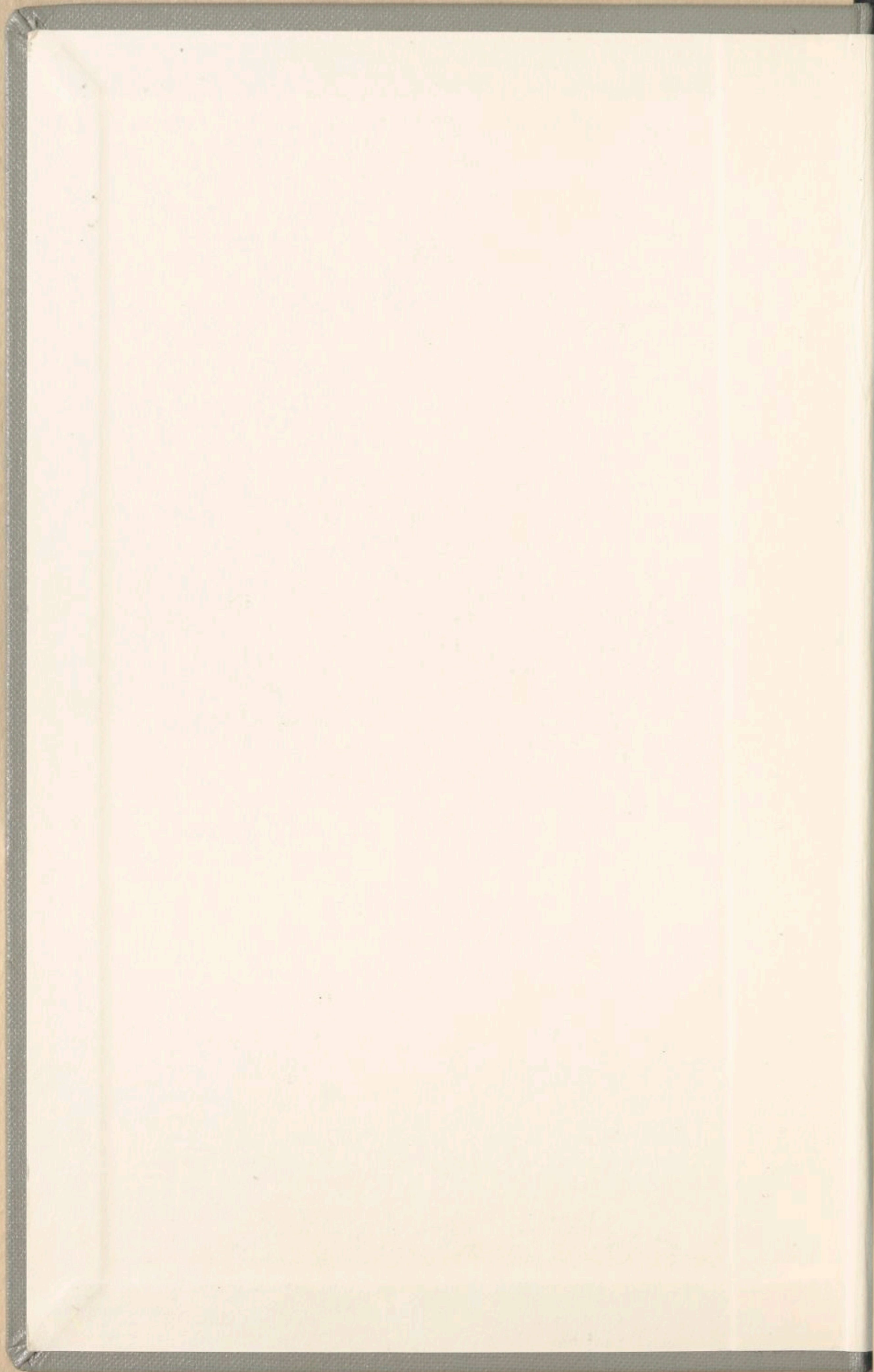
**4/** Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

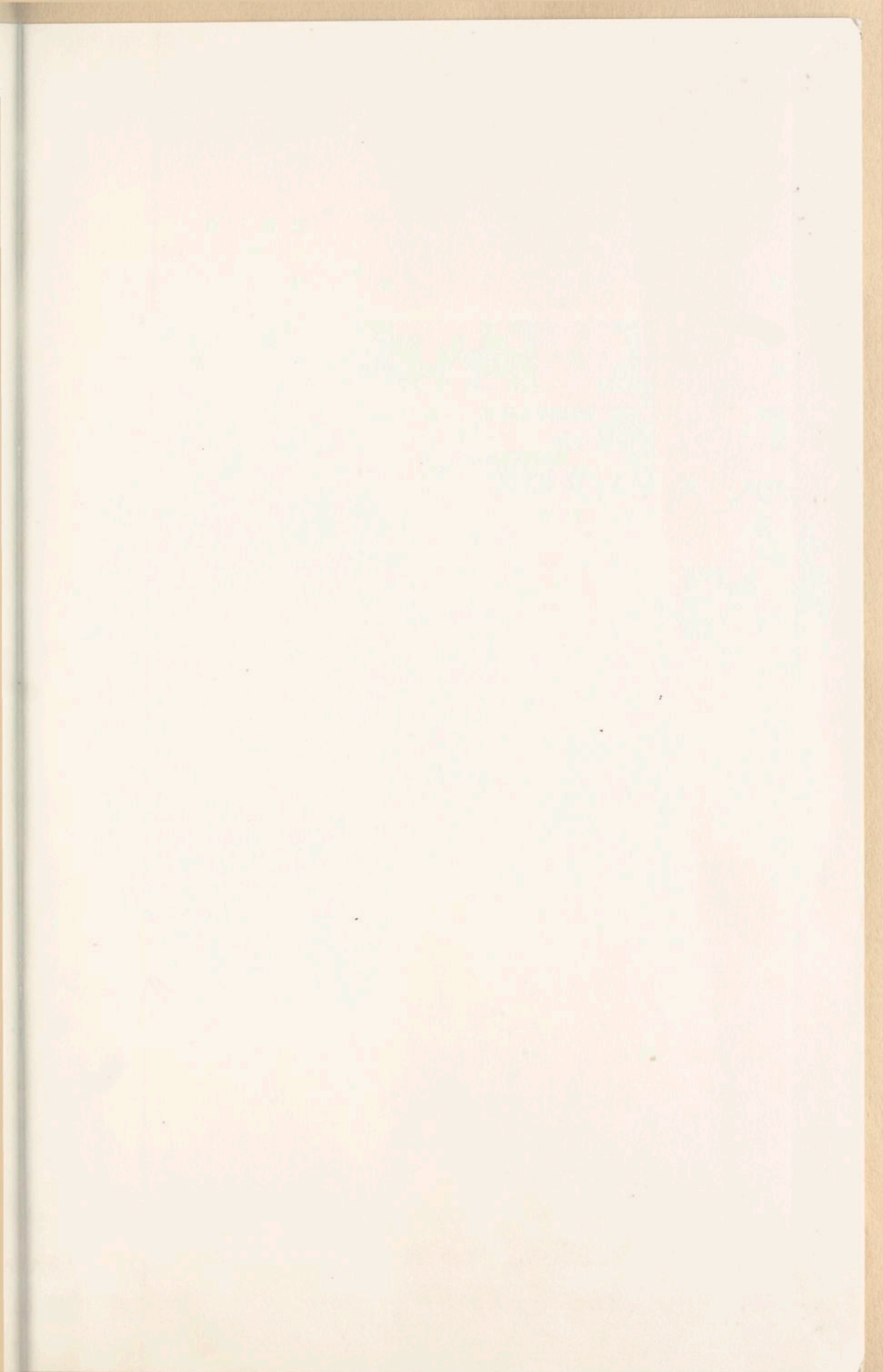
**5/** Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

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

**7/** Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter [reutilisationcommerciale@bnf.fr](mailto:reutilisationcommerciale@bnf.fr).







RENOV'LIVRES S.A.S.

2006

FRANÇOIS GENY

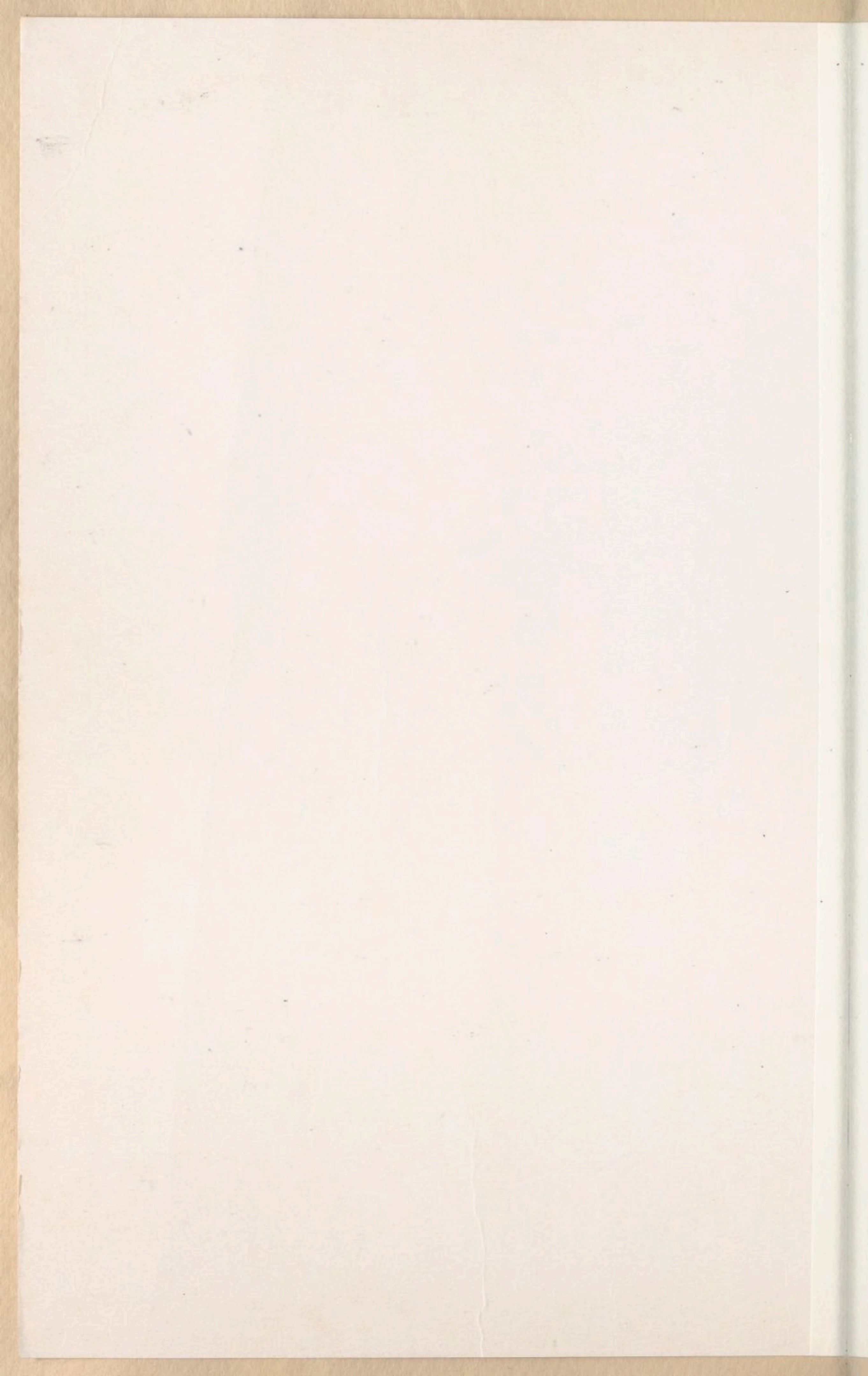
MÉTHODE  
D'INTERPRÉTATION  
ET SOURCES  
EN DROIT PRIVÉ  
POSITIF

Tome second

REPRINT

L.G.D.J

1 9 1 9





02233 Y50X

VOL #2

LYO-95 1 - 002493

METHODE D'INTERPRETATION

DE SOURCES

EN DROIT PRIVE POSITIF

II

D2. 10N

2062

007500 - 1 30-0Y1

02233850X  
VOL #2

# MÉTHODE D'INTERPRÉTATION

## ET SOURCES

### EN DROIT PRIVÉ POSITIF

#### II

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

F. PICHON et GERARD LÉGARÉ, directeurs

8  
D2 MON  
2062

## DU MÊME AUTEUR

---

- Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.** Paris, 1 vol. in-8, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899 ; 2<sup>e</sup> édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 2 vol. in-8, 1919.
- La notion de droit positif à la veille du XX<sup>e</sup> 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 SECOND

PARIS

**LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE**

*Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup> et ancienne Librairie F. Pichon réunies*

**F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS**

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (3<sup>e</sup> ARR<sup>t</sup>)

1919





## TROISIÈME PARTIE

---

### ESQUISSE D'UN PLAN DE RECONSTITUTION DE LA MÉTHODE ET D'UNE THÉORIE DES SOURCES

(Suite)

---

#### CHAPITRE PREMIER

Les sources formelles du droit privé positif et leur interprétation

#### SECTION III

##### AUTORITÉ ET TRADITION ?

- SOMMAIRE : I. *Problème à résoudre.* — 138. Comment l'autorité et la tradition peuvent être comptées parmi les sources. — 139. Position de la question. — 140. Distinctions à faire.
- II. *Valeur actuelle des traditions anciennes.* — 141. Force obligatoire de la tradition dans l'ancien droit. — 142. Résultat de la codification quant à ce point. — 143. Importance de l'élément historique dans l'interprétation. — 144. Conclusion. — Application au droit international privé.
- III. *Valeur des autorités modernes.* — 145. Historique de la question jusqu'à l'époque actuelle. — 146. Pour et contre le *pouvoir prétorien* de la jurisprudence. — 147-148. Tendances nouvelles, en faveur d'une autorité créatrice, reconnue à la jurisprudence. — 149. Conclusion sur ce point : Jurisprudence initiatrice de coutume. — 150. Même question à l'endroit des autorités doctrinales.
- IV. *La question du Juristenrecht et du Gerichtsgebrauch en Allemagne.* — 151. Position, importance et historique de la question. — 152. La doctrine de l'École historique. — 153. Évolution postérieure dans la doctrine et dans la législation. — 154. Doctrines récentes. — Résultat de l'élaboration du *Bürgerliches Gesetzbuch*. — Conclusion.

#### I

##### *Problème à résoudre*

**138.** — A côté de la coutume proprement dite, — essentiellement constituée par un long usage de fait, qu'accompagne chez les intéressés la conviction d'une sanction juridique

(*opinio juris*) (voy. ci-dessus, n° 119), — se placent des forces sociales, moins actives et moins énergiques, qui, ramenées à leurs éléments irréductibles, consistent, tout entières, en opinions individuelles, sur l'existence ou le contenu de règles de droit. En tant qu'elles émanent de personnes, ou de corps, auxquels le jugement public reconnaît la compétence nécessaire, et que, tant par leur nombre que par leur cohérence, elles représentent un faisceau imposant de témoignages en faveur de solutions juridiques, ces opinions, ou plutôt les forces sociales qui les traduisent, et que nous qualifions, suivant leur origine, tantôt *Doctrine*, tantôt *Jurisprudence*, peuvent être groupées sous la dénomination générique d'*Autorité*. Et, quand cette *Autorité* est revêtue d'un cachet d'antiquité, qui lui donne, à la fois, le prestige et la caducité d'un grand âge, elle devient une *Tradition*. Entre *Tradition* et *Autorité* proprement dite (moderne), il n'existe pas, sauf circonstances particulières, une différence de nature, plutôt seulement une différence d'époque et de durée. Mais toutes deux, à mon sens, quand on les envisage dans leur essence simple, se séparent nettement de la vraie *Coutume juridique*, en ce que leur substance et le fond même de leur puissance résident en des jugements détachés, exprimant le sentiment d'individualités plus ou moins marquantes, mais ne constituant, *en soi*, aucun usage de fait, et, *par eux-mêmes*, ne révélant, en rien, une conviction juridique, commune à l'ensemble des intéressés.

Or, de suite, l'idée d'ériger ces forces imprécises, — témoignages sujets à erreurs et à variations, — en indices révélateurs du droit positif, au point d'y découvrir une troisième source formelle, à la suite de la loi et de la coutume, — pourrait sembler étrange, et presque paradoxale, si je ne me hâtais de l'expliquer, et, en quelque mesure même, de la rectifier, par quelques observations indispensables.

Tout d'abord, en plaçant l'autorité ou la tradition, parmi les sources productives du droit privé positif, il ne s'agit aucunement, de les mettre au même rang que la loi et la coutume. A côté de ces deux guides, bridant énergiquement la liberté de l'investigation juridique, ayant force obligatoire absolue, c'est-à-dire s'imposant à l'interprète sans discussion



possible, dans la mesure de leurs injonctions précises, pourquoi ne ferait-on pas place à une direction moins impérieuse, mais tout de même utile, voire indispensable à une complète mise en œuvre du droit privé positif ? C'est ainsi que, dans la France coutumière d'autrefois, tandis que les ordonnances et les coutumes avaient seules *force de loi*, le droit romain n'était reconnu, en général, du moins, que comme ayant *force de raison écrite* (1). Si elle n'avait pas l'énergie de la première, celle-ci n'était pas moins un sérieux appui pour l'interprète, qui ne pouvait impunément s'y soustraire (2). Or, je n'aperçois pas pourquoi nous serions, *a priori*, empêchés d'attribuer une influence analogue à l'autorité ou à la tradition, dans notre droit moderne.

Mais, au surplus, et pour dissiper à l'avance tous les scrupules, il me suffit, je pense, d'observer, qu'en consacrant, dans ce chapitre, une section spéciale à l'autorité et à la tradition, je ne fais encore que poser la question de savoir, si on peut compter ces forces sociales, indéniables comme telles, parmi les sources formelles du droit privé positif. En d'autres termes, je ne les ai admises ici, que sous la réserve d'une recherche plus approfondie, et avec un point d'interrogation essentiel ; sans prétendre annoncer d'avance une troisième source *sui generis*, entièrement indépendante des précédentes, que certains jurisconsultes allemands ont paru vouloir reconnaître.

En définitive, il suffit, pour justifier ma recherche actuelle, que rien, dans la nature de ces révélations du droit positif, qu'on appelle autorité ou tradition, doctrine ou jurisprudence, ne les exclue, *a priori*, de la catégorie des sources formelles. Je viens de faire entendre, qu'à coup sûr, elles ne répugnent pas, de prime abord, à la notion de *sources*, si l'on veut seulement entendre l'expression, ainsi qu'elle doit l'être en dehors de tout préjugé, un peu largement, comme désignant des directions de jugement pour l'interprète. J'ajoute que, non

(1) MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, v<sup>o</sup> Raison écrite. 5<sup>e</sup> éd., t. XIV, 1830, p. 70. -- Cons., là-dessus, A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., 1898, p. 718.

(2) Rép. de MERLIN, *loc. cit.* : « Raison écrite. — On entend par ces termes la « disposition d'une loi, qui n'a point d'autorité coactive dans le pays où on « l'invoque, et qui n'y doit, par conséquent, être suivie qu'autant qu'elle est « conforme aux principes généraux et à la saine raison ».

moins que la loi et la coutume, ces directions peuvent être qualifiées sources *formelles*, puisque, pour le jurisconsulte, auquel elles se proposent, elles apparaissent comme des éléments, nettement extérieurs à lui, sous forme d'injonctions (plus ou moins impérieuses) de puissances, dominant toute appréciation subjective et manifestant une vérité plus ferme, — bien différentes, par conséquent, de ces circonstances, multiples et flottantes, qui, ne valant que par l'action du sentiment intime et personnel de l'interprète, peuvent seulement inspirer la décision de celui-ci, quand, faute de sources proprement dites, il en est réduit à la libre recherche (voy. ci-dessous, troisième partie, chap. II, et notamment, n° 168, *in fine*).

**139.** — Cela dit, je ne veux pas, pourtant, éluder la question, que cette section même a pour objet de résoudre. Et, dès maintenant, je la puis poser très nettement, en même temps qu'en faire pressentir la portée : Autorité et tradition, telles que je les définissais tout à l'heure, constituent-elles une direction, qui *s'impose*, en quelque mesure, à l'interprète ? — A cette question, notre doctrine classique répond, sans hésiter, négativement. Elle ne peut se résoudre à voir, en des opinions individuelles, si dense et si compact en soit le faisceau, autre chose qu'une réunion de jugements personnels, sujets à l'erreur, et incapables de suggérer au juriste une interprétation sûre, d'ouvrir à sa décision une voie infailible (1). En cela, d'ailleurs, la jurisprudence positive semble

(1) Voy. notamment :  $\alpha$ , en ce qui concerne l'autorité de la jurisprudence : DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 118. — AUBRY et RAU, § 39 *bis*, *in fine*, t. I<sup>er</sup>, 1897, p. 192. — LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, nos 280-281. — *Avant-projet de révision du Code civil*, sur l'art. 28 de l'avant-projet, no 5, t. I du Commentaire, 1882, p. 172, col. 2. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, 1896, n° 245, p. 168 ; [nouveaux développements, à partir de la 2<sup>e</sup> édition, t. I, 1902, nos 245-245 bis, p. 191-194.] — Cpr. DALLOZ, *Rép. alphab.*, v<sup>o</sup> Lois, n° 47, sur la jurisprudence ancienne ; —  $\beta$ , et quant à l'autorité de la doctrine : DEMOLOMBE, t. I, n° 117, *in fine*. — DALLOZ, *Rép. alphab.*, v<sup>o</sup> Lois, n° 519 — LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 280. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, n° 252, p. 171 ; [2<sup>e</sup> éd., t. I, 1902, n° 252, p. 197-198.] — Voy. pourtant, en faveur d'une autorité plus considérable reconnue aux précédents, surtout judiciaires : ESCHBACH, *Introduction générale à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> édit., 1856, p. 38 ; cf. p. 36-37. — LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 257. — BEUDANT, *Cours de droit civil français* Introduction, 1896, n° 112, p. 116 et n° 114, *in fine*, p. 121. — P. LOMBARD, *Discours sur le Code civil allemand*. Séance d'inauguration de l'Université de Nancy, 1897, p. 24.

nettement rattachée à tout le mouvement de la science moderne, qui, depuis BACON et DESCARTES, se fait gloire de rompre en visière aux précédents, et de s'en tenir indéfectiblement à la maxime rationaliste et pédantesque : *Nullius addictus jurare in verba magistri*.

Voilà, du moins, ce que l'on professe. Le pratique-t-on aussi strictement qu'on le dit, et y a-t-il, dans ces affirmations hautaines et sonores, autre chose, que la vaine manifestation d'un individualisme, impuissant contre les faits ?

En ce qui touche les sciences, en général, je ne puis entreprendre ici un débat, qui sort trop évidemment de ma compétence, et excède absolument mes lumières. Qu'il me suffise de me référer aux observations, si vivantes et si profondes, d'un psychologue avisé, autant que manieur d'hommes émérite, A. J. BALFOUR, et de dire, en reproduisant simplement ses conclusions : « Nous n'oublierons pas que c'est à l'autorité  
« plutôt qu'à la raison que nous devons non seulement la  
« religion, mais la morale et la politique ; que c'est l'autorité  
« qui nous a fourni les éléments essentiels des prémisses de  
« la science ; que c'est l'autorité plus que la raison qui a  
« solidement jeté les bases de la vie sociale ; que c'est l'auto-  
« rité plus que la raison qui a cimenté l'édifice. Et, quoique  
« ceci puisse avoir une saveur paradoxale, il n'est pas exa-  
« géré pourtant d'affirmer, que, si nous voulons trouver la  
« qualité qui nous élève surtout au-dessus de la brute, il nous  
« faudra la chercher, non pas tant dans notre faculté de con-  
« vaincre et d'être convaincus par le raisonnement, que dans  
« notre capacité d'influencer et d'être influencés par l'auto-  
« rité » (1).

Comme le fait entendre ce passage, c'est surtout dans l'ordre des sciences morales, que les autorités traditionnelles consolident les résultats acquis. Car, si l'on peut toujours, à la rigueur, reprendre les calculs par lesquels se constituent les sciences exactes, réitérer les expériences qui forment les scièn-

(1) A.-J. BALFOUR, *Les bases de la croyance*, trad. G. ART, p. 183. — Voy. d'ailleurs, tout le chap. II de la 3<sup>e</sup> partie, p. 153-183 ; et la préface de BRUNETIÈRE, § IV, *initio*, p. XXVII-XXVIII. — Comp. encore : R. P. THIBAUT, S. J., *Le système de croyance de M. Balfour*, dans *Revue des questions scientifiques*, 20 avril et 20 juillet 1897, 2<sup>e</sup> série, t. XI, p. 443-445 ; t. XII, p. 137-138, p. 144-149.

ces de la nature, — dans les recherches, qui ont l'homme pour objet, et où sa volonté joue un rôle essentiel, le sentiment de la vérité ne se fait jour que par l'exercice même de cette volonté, et ne s'affirme que par une accumulation d'exemples et de précédents, où chaque époque entre pour sa part. — Ajoutez, en ce qui touche plus spécialement la jurisprudence, que la continuité de son développement, par une chaîne ininterrompue de décisions semblables, apparaît comme une condition essentielle, pour qu'elle réponde à son but pratique, et satisfasse, au mieux, les intérêts dont elle a charge (1).

Aussi bien, et si nous descendons sur le terrain des faits, que signifie, en notre science, le dédain des autorités, dont on se targue, quand, à chaque pas, on lui donne un démenti formel? — Ouvrons les plus considérés de nos ouvrages doctrinaux. Sur chaque question étudiée, à propos de toute controverse sérieuse, nous trouverons les auteurs et les arrêts, tant anciens que modernes, rapportés avec conscience et scrupule, cités pour ou contre l'opinion adoptée par l'auteur. — Et, si nous consultons un livre de pratique, dictionnaire, répertoire, formulaire, ... etc..., mieux encore, si nous franchissons le seuil de la justice, pour pénétrer dans l'audience, où se débat le droit vivant, nous savons bien que la lutte juridique se poursuit principalement avec les armes de l'autorité, les précédents judiciaires, d'abord, à leur défaut, ou, pour les compléter, les citations de juristes accrédités. — Dira-t-on que tout cet appareil, cet étalage de documents et de témoignages, n'est que pour éclairer le jugement, sans pouvoir le déterminer? Incontestablement fausse, quand on considère la pratique, cette assertion ne répond pas à l'objection, alors même qu'on la restreint à la doctrine. Car, il s'agit encore de savoir, si, en informant le jurisconsulte, les autorités ne tendent pas, par elles-mêmes, et quoiqu'on en ait, à influencer sa décision. — Précisera-t-on, en ajoutant que, si ce résultat est possible *en fait*, il ne saurait être tenu pour

(1) Sur la loi de continuité, dans la jurisprudence, voy. notamment : SAVIGNY, *Traité de droit rom in*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 35, texte et note (b). et p. 93. — En droit, l'important est, plus souvent, l'existence même d'une règle, que son mérite intrinsèque.

légitime ? Ce serait pure pétition de principe, ou, du moins, affirmation sans preuve. Car, tout justement, nous recherchons si l'autorité ou la tradition n'ont pas titre et qualité pour tracer sa voie à l'interprète. Or, en constatant, qu'en fait, la jurisprudence positive n'a jamais pu s'en dépendre ni s'en passer, en relevant leur *puissance effective* dans l'interprétation pratique du droit, nous suscitons un préjugé sérieux en faveur de la légitimité de ces procédés. Que par là ne se trouve pas démontrée leur valeur absolue, d'accord. Mais, du moins, sommes-nous conduits à nous rendre compte de la raison d'être de leur influence, et à pénétrer le secret de leur force indestructible (1).

Voici donc, désormais, comment le problème se propose à notre examen. Ayons le courage de confesser notre fidélité à la tradition, notre attachement à l'autorité. Et, sans contester un fait trop évident, essayons de nous demander, quel degré de direction, quelle intensité de clarté objective fournissent à nos jugements ces décisions, extérieures à nous, qui, sans être douées de la force impérative de la loi écrite ou de la coutume, semblent indispensables, pourtant, pour assurer notre recherche et fortifier les déductions, qu'une libre investigation scientifique nous suggérerait.

Au surplus, il ne faut pas nous dissimuler la grande difficulté de notre tâche. Cette difficulté tient, tout entière, dans l'opposition, je dirais presque la contradiction, de deux idées qui se rencontrent ici. Car, si, d'un côté, nous sentons bien la puissance de la tradition historique, et que nous ne pouvons pas tenir pour rien les opinions déjà formulées ou appliquées avant nous, de l'autre, et par un sentiment également juste, nous éprouvons la crainte de la routine, et nous avons conscience, que le progrès, en notre science comme dans toutes autres, suppose une critique incessante des matériaux

(1) Au point de vue sociologique, on peut, à l'exemple de G. TARDE (*Les transformations du droit*, 1893, p. 187-189), rattacher à l'imitation l'influence reconnue de la doctrine et de la jurisprudence. Il est trop clair que, si intéressante qu'elle soit, cette observation ne résout rien, en ce qui touche le mérite juridique de ces autorités, envisagées comme sources. — Voy. aussi, sur le rôle de l'imitation, en droit, d'une façon plus générale : E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 48-49. — E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § CXLVII, p. 319-321.

que nous a légués le passé (1). Tout ceci revient à dire, que la perfection de la connaissance humaine exige le concours de toutes les générations, de celles de l'avenir comme de celles d'autrefois, et que, pas plus que nous ne pouvons faire fi des précédents, pas plus nous ne devons les suivre servilement, et abdiquer toute indépendance à leur égard. Or, tenir l'équilibre entre ces deux impressions contraires, c'est tout le problème à résoudre. Et, dès à présent, on peut prévoir qu'il ne saurait comporter une solution mathématique et rigide. Mais, c'est assez que nous puissions espérer de son étude une indication générale, dont profite la méthode d'interprétation juridique, pour qu'il nous soit interdit de nous en désintéresser.

Pour préciser davantage encore la question, en la dégageant de tout alliage, je dirai qu'il ne s'agit pas ici, comme on pourrait être tenté de le croire, d'apprécier l'importance générale de l'élément historique pour l'élaboration du droit positif. Dans l'ensemble de cette élaboration, il est vrai, l'histoire a de multiples applications. Nous l'avons rencontrée notamment, à propos de l'interprétation proprement dite de la loi, et nous avons vu là comment elle peut et doit contribuer à faire ressortir la volonté du législateur (ci-dessus, n° 103). Plus direct encore est son rôle dans la formation de la coutume juridique (voy. ci-dessus, n° 119). Et, nous la retrouverons (*infra*, n° 168) non moins utile pour éclairer la libre recherche, en découvrant, dans l'expérience du passé, les motifs de décider les nouvelles questions, que la vie fait surgir. — Or, sans doute, tous ces emplois de l'histoire, dans l'interprétation juridique, ont de multiples points de contact avec le problème ici posé (2). Aussi, vont-ils s'offrir à nous, plus d'une fois, dans la poursuite même de ce problème et pour en préciser les solutions. Mais, si nous le voulons prendre isolé, et dans toute sa pureté, celui-ci consiste seulement

(1) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, préface, *initio*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. XI-XVII. — Cpr., à un point de vue plus général, R. von JHRING, *Geist des römischen Rechts*, II, 1, note 429, 4<sup>e</sup> éd., 1880, p. 275 ; *L'esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., de MEULENAERE, t. II, note 446, p. 272.

(2) [CONS. J. ACHER. *Le droit civil et l'histoire du droit*, Paris, A. Fontemoing, 1907 (extrait de la *Revue générale du droit*, années 1906 et 1907). — *Adde*, sur l'histoire, envisagée comme moyen principal de l'interprétation du droit positif, ci-après : Épilogue ajouté à la seconde édition du présent ouvrage, chapitre premier, n° 191, d.]

à savoir quelle influence, *directe et propre*, doit appartenir, de par soi et pour la découverte de solutions juridiques positives, non pas à l'élément historique avec toute sa complexité, mais en tant qu'il s'incorpore et se personnifie, pour ainsi dire, dans les autorités de divers ordres, qui collaborent à l'œuvre du droit privé.

**140.** — Envisagées dans leur mode d'action, ces autorités sont de deux ordres, théorique ou pratique : d'un côté, les auteurs, examinant les problèmes du droit, d'une façon désintéressée, en dehors de toute visée d'application immédiate ; de l'autre, la vie des affaires, dans ses manifestations diverses, apportant les solutions réclâmées par les espèces concrètes (1). Plus exactement encore, ce semble, on séparerait : d'une part, l'autorité doctrinale, qui s'attache aux opinions émises, sans aucun caractère officiel, soit, par un auteur, écrivant dans un but purement scientifique, soit, à propos de questions posées en fait, dans une consultation par exemple ; d'autre part, l'autorité de la jurisprudence pratique, solutionnant, effectivement et sous la sanction sociale, les difficultés de la vie juridique, tantôt en dehors de toute contestation (pratique notariale — juridiction gracieuse) (2), tantôt en cas de litige et par voie contentieuse (jurisprudence des arrêts).

Ces distinctions ne sont assurément pas dénuées d'intérêt. Et, l'on peut observer, par exemple, que, si l'activité théorique des jurisconsultes se présente, avec une plus pleine garantie d'impartialité, à l'abri de toutes considérations de circonstances et d'espèce, par contre, leur activité pratique,

(1) Sur cette distinction, comp. C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, § 27, t. I<sup>r</sup>, 1797, p. 199-202. — SAVIGNY, *Traité de droit romain*, préface et §§ XIX-XX ; trad. GUENOUX, t. I, 1840. Préface, p. XX-XXV et, plus loin, p. 85-86, p. 88-89. — La même distinction est présentée, avec un sens un peu différent, par J. UNGER, *Österreich. Privatr.*, § 6, *initio*, t. I<sup>r</sup>, 1876, p. 41.

(2) On néglige trop souvent la pratique extrajudiciaire, à raison de son action, plus intime, et, en apparence, moins énergique. Il ne faut pas oublier pourtant que, comme l'a dit BROCHER de la FLÉCHÈRE, « ... la pratique judiciaire est, à « la pratique extrajudiciaire, ce que la maladie, qui réclame des secours artificiels, est à la santé qui ne fait pas parler d'elle, mais n'en est pas moins « bonne à connaître ». *Le droit coutumier et la philosophie du droit*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, t. IX, p. 582. — Comp. H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, 1896-1897, thèse de doct. Droit, Caen, chap. IX, p. 189-200. — Adde E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § XXVI, p. 54-58 ; cf. p. 246, p. 483.

toujours tenue plus près des faits, a chance de mieux saisir les nuances des questions et de peser plus exactement tous les motifs de solution. On peut même affirmer que, seule, elle amène le droit à complète réalisation dans la vie, et que, sans elle, les règles, le plus nettement tracées, celles même consacrées par un texte formel, restent imparfaites et comme inachevées (1). — Surtout, si, simplifiant un peu la dernière des classifications présentées, on s'en tient à la distinction classique de la *doctrine* et de la *jurisprudence*, il est aisé de constater, que l'autorité de celle-ci obtient, dans la vie juridique, une énergie particulière, tenant non seulement au juste crédit de ceux dont elle émane, mais plus encore à la puissance de fait attachée à leurs décisions, et, par-dessus tout, à l'influence effective de la hiérarchie judiciaire ; d'où il résulte, par une raison facile à comprendre, que la jurisprudence des Tribunaux supérieurs domine les décisions des juges, exposés à leur contrôle ; ce qui, poussé jusqu'au bout par l'institution d'un Tribunal suprême et unique, confère aux arrêts de ce Tribunal une autorité de fait, avec laquelle nulle autre ne saurait rivaliser (2).

Sans méconnaître la portée de ces considérations, j'estime, qu'au point de vue où nous devons nous placer, elles n'offrent aucun élément précis, de nature à faciliter la solution du problème. Dans l'état actuel de notre organisation constitu-

(1) Sur le rôle de la pratique, dans la formation du droit, voy. quelques observations intéressantes, en un rapport de P. F. GIRARD, sur les concours de la Faculté de droit de Paris, 1897, p. 18-19 de la brochure officielle. — Adde : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 107, p. 132. — Ed. HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1897, p. 29.

(2) Adde, encore, cette considération, présentée par BLUNTSCHLI, *Le droit public général*, trad. de RIEDMATTEN, 1881, p. 10 : « L'objet direct du jugement, c'est « d'exprimer et de protéger le Droit dans les espèces. Mais, par ce travail même, « le Droit progresse, se précise, se développe et la jurisprudence acquiert ainsi « une véritable autorité ». — Et, sur la science, comme source de droit, comp. le même, *op cit.*, p. 13, *in fine*. — Voy. aussi : FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heut gem. preussischen Privatrechts*, t. I<sup>o</sup>, 1887, p. 80. — E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, p. 195-199. [— M. VAUTHIER, *Le débat judiciaire*, Étude de philosophie juridique, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1906, deuxième série, t. VIII, p. 247-273. — G. CORNIL (*Les Codes modernes et le droit romain*), dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1912, deuxième série, t. XIV, p. 475 : « Ainsi les magistrats judiciaires qui, par « l'exercice de leurs fonctions, surprennent directement dans les faits de la vie « journalière les moindres mouvements du droit, sont toujours à même d'introduire dans leur administration les innovations que les circonstances commandent ».]



tionnelle, en présence de la séparation de la fonction législative et de la fonction judiciaire, qui s'impose à nous comme principe absolu, je ne puis attribuer une influence décisive à cette circonstance, que les autorités à apprécier dépendent ou non de l'ordre judiciaire. De sorte que, tout en tenant compte, chemin faisant, des particularités saillantes, que présente chacune des branches de l'autorité ainsi subdivisée, suivant son mode d'action, en doctrine et en jurisprudence, il ne me paraît pas rationnel d'établir, sur cette distinction, une base sérieuse de recherches, dans la question proposée.

J'attribue moins d'importance encore à une division, tirée d'un tout autre point de vue, et sur laquelle les jurisconsultes allemands (1) ont souvent insisté, en opposant à l'activité purement réceptive de la science une activité proprement productive, la première ne consistant guère qu'à mettre en œuvre les sources formelles reconnues, la loi écrite et la coutume, tandis que la seconde créerait de toutes pièces des règles nouvelles. — Sans nier précisément qu'il y ait là, pour les autorités juridiques, deux champs d'application différents, j'estime que, dans la pratique, leurs courants se confondent presque nécessairement. En tout cas, et du point de vue où nous devons nous placer ici, l'œuvre des autorités doctrinales ou jurisprudentielles ne mérite d'être envisagée à part, qu'en tant qu'elle crée véritablement du nouveau, ou qu'elle transforme les résultats, fournis par d'autres sources, au point de leur imprimer le caractère de solutions juridiques, douées d'une vertu spéciale.

Mais, une autre distinction se présente, bien plus superficielle, en apparence, qui, pourtant, sous le régime établi par nos lois codifiées, me semble pouvoir servir de fondement à une utile analyse. Je l'ai annoncée d'avance, quand j'ai mis en regard la tradition et l'autorité proprement dite. Comme je

(1) Cette distinction a été particulièrement mise en relief par PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. II, 1837, p. 15-17. Adde, t. I, 1828, p. 161-162 et *Pandekten*, § 16, 12<sup>e</sup> éd. Th. SCHIRMER, p. 28-30. — Elle se retrouve, sous une terminologie un peu différente, chez SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XIV, trad. GUENOUX, t. I, 1840, notamment p. 44 — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 16, note 8, t. I, 1891, p. 45, l'atténue déjà. — Enfin, elle disparaît à peu près chez les jurisconsultes les plus récents. Voy., par ex. : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 17, II, B, 3 et § 25, t. I, 1893, p. 87-88, p. 107-109. — Cpr. E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, p. 198.

l'ai dit, ces deux forces se distinguent, non par leur nature, mais seulement par leur âge, la tradition n'étant, à mes yeux, autre chose qu'une autorité confirmée par son antiquité même. Pour préciser, je comprendrai, sous le nom de tradition, l'ensemble des autorités antérieures à nos codifications. Et, cette précision fait pressentir l'intérêt, que j'attache à la distinction, puisque, les codifications ayant fait disparaître la force législative de toutes les sources antérieures, relativement aux matières qu'elles embrassaient (voy. ci-dessus; nos 53, 90 *initio*, 91 *in fine*), la tradition ne peut plus avoir, pour nous, que le caractère d'un pur élément historique, tirant tout son effet de ce caractère, sans y joindre aucune valeur propre et indépendante; tandis que la situation se présente très notablement différente, pour les autorités, proprement dites, qui se sont formées et élaborées depuis nos Codes.

Et maintenant, qu'on veuille bien observer l'attitude, presque diamétralement opposée, que gardent, au regard de ces deux forces différentes, d'une part, notre science dogmatique, d'autre part notre pratique. — Pour les auteurs, en général, pour ceux surtout qui restent fidèles aux errements de l'École, il semble que, dans la décision d'une question discutée, le poids des traditions anciennes soit incomparablement plus fort que celui des autorités récentes. On cite celles-ci, sans doute, mais presque exclusivement pour l'érudition et en vue de définir l'état scientifique d'une question, tandis que, fréquemment, on fait appel aux autorités traditionnelles, on invoque la doctrine ou la jurisprudence de l'ancien droit, à titre d'arguments véritables. — Dans la pratique, au contraire, et particulièrement dans les discussions judiciaires, on néglige, de plus en plus, de recourir aux traditions anciennes; par contre, on table sans répit sur les autorités modernes; et, plus l'autorité est fraîche de date, plus elle semble précieuse aux plaideurs. Et, il n'est pas besoin d'avoir beaucoup fréquenté le Palais, pour connaître l'importance qu'on y attache à l'*arrêt récent*, pour savoir le prix que l'on met à pouvoir invoquer à l'appui d'une thèse, le *dernier jugement rendu*, ou, à son défaut, la dernière doctrine proposée sur la question.

Or, cette opposition, dont je crois qu'une observation psychologique, un peu pénétrante, pourrait suffisamment rendre compte, me paraît révéler, en sens inverse, un double excès, que je tiens pour également condamnable. Mais, en même temps, chacune de ces tendances renferme un élément de vérité, qu'il s'agit de dégager nettement de l'erreur, qui l'enveloppe et l'obscurcit. C'est ce que je me propose de tenter, en m'efforçant de remettre les choses au point, et de reconnaître l'influence, légitimement due, d'une part, à la tradition historique, d'autre part, aux autorités modernes.

## II

### *Valeur actuelle des traditions anciennes*

141. — Sous le régime de notre droit ancien, — plus précisément avant les codifications modernes, — les autorités traditionnelles avaient, dans l'œuvre de l'interprétation juridique, et pour toute l'élaboration générale du droit positif, une force indéterminée, mais considérable (1). On ne saurait s'en étonner. Dans un état social, où la loi écrite, en matière de droit privé, du moins, se trouvait réduite à un champ d'application si restreint, où la coutume proprement dite était loin d'être fixée sur tous les points négligés par la législation, il fallait bien trouver, dans les précédents de toute sorte, un succédané de direction pour l'interprète. — Toutefois, il ne résultait pas de ces solutions, aux origines si diverses, — documents de législations antiques, mortes ou oubliées, opinions doctrinales de tous âges, décisions de pratique ou de jurisprudence, infiniment variées, — une injonction impérieuse répondant à l'expression catégorique : *force de loi*. C'était, plutôt, une indication discrète, qui, sans briser la volonté, se proposait au jugement, et qui, bien qu'elle ne l'asservît pas à une formule,

(1) Comme exemple absolument remarquable, bien qu'étranger à notre civilisation, d'une organisation juridique constituée tout entière par les autorités traditionnelles (principalement doctrinales), il faut citer le droit musulman. Voy., par ex. : van BEMMELLEN, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 42-45. [— Adde Ed LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 279-389.]

ou à une règle rigide, se recommandait au juge, de telle façon, qu'il y eût, de sa part, grande témérité à la négliger. C'était cette *force de raison écrite* (1), difficilement définissable, mais parfaitement saisissable pour des esprits un peu souples, que l'on reconnaissait très décidément au droit romain, dans les pays où il ne valait pas loi formelle (pays de coutumes), mais que l'on attribuait partout, sous des formes et avec des réserves variables, à l'ensemble des autorités, ressortant des travaux des auteurs et de toute l'œuvre exclusive de la pratique, principalement de la jurisprudence des arrêts (2). — Munis de cette puissance, que sa flexibilité même soustrayait à toutes limites précises dans le temps comme dans l'espace (3), les précédents s'accumulaient sans cesse, issus de toutes les époques, venant de tous les points de l'horizon, sans que l'un détruisît l'autre, chacun ayant sa valeur individuelle suivant sa source précise, mais de telle sorte, pourtant, que leur force effective dépendît de leur masse, et qu'une règle juridique, consacrée par de semblables témoignages, n'eût de valeur sérieuse, que lorsqu'elle résultait d'un bloc imposant d'autorités, telles qu'une *communis opinio doctorum* ou une jurisprudence assise sur de nombreux arrêts.

Cette force de la tradition, — qui se rencontre encore dans tous les pays sans législation codifiée, et que, notamment (pour ne pas parler ici de l'Angleterre ou de ses filiales juridiques), on retrouvait, avec des traits semblables à ceux de notre ancien droit, sauf l'effet d'une réception plus complète des droits romain et canonique, dans les pays du droit commun allemand, jusqu'à l'entrée en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch* (voy. ci-dessous n° 151), — doit-elle, peut-elle même, être, depuis nos Codes, reconnue, en France, au profit de l'œuvre doctrinale ou jurisprudentielle *antérieure* ?

**142.** — Je n'hésite pas à penser, quant à moi, qu'une

(1) MERLIN, *Rép. de jurisprudence*, v° Raison écrite.

(2) Voy. notamment : BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XIII, nos 48-50; cpr. nos 39-47. — DUNOD, *Traité des prescriptions*, Dijon, 1730, p. 105, et, surtout, p. 106. — MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, v° Autorités; cpr. v° Arrêt, n° VII.

(3) Comp. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 6, alin. 2.

modification profonde, quoiqu'imparfaitement précisée peut-être, et, en tous cas, rentrant mal dans une formule catégorique, s'est imposée, à ce sujet, depuis la codification, et dans la mesure où celle-ci a été opérée chez nous.

Il ne faut pas oublier, en effet, qu'en dehors de son but d'unification politique, envisagée sous le rapport de la pure technique du droit positif, la codification a été déterminée par la difficulté pratique, devenue très sérieuse, de mettre en œuvre la masse énorme des autorités accumulées, et qu'elle s'est proposé pour objet, sur les matières qui lui ont paru propres à une refonte et qu'elle a effectivement embrassées, d'offrir à l'interprétation une nouvelle base, simple et claire, nette de tous préjugés, dégagée de l'influence souvent contradictoire des précédents, fournissant, à la culture juridique, un sol, sinon vierge, du moins défoncé à nouveau, et purgé de tout le fouillis inextricable de ronces et d'épines, dont les siècles l'avaient couvert.

Qu'une pareille prétention, impliquée, d'une façon plus ou moins large, en toute codification, soit légitime, en elle-même, je l'ai admis par avance, sous une réserve que je n'ai pas à rappeler. En même temps, j'en ai donné les raisons (voy. ci-dessus, nos 53 et 90, *initio*). Et, ces raisons, que nous avons tenues pour décisives, quant à l'abrogation des lois (ci-dessus, t. I, p. 251 [n° 94]), comme pour l'abolition des coutumes (t. I, p. 388-389 [n° 124]) antérieures, ne le sont pas moins, en ce qui touche la suppression des autorités traditionnelles, du moment que cette suppression a pour but, et doit avoir effectivement pour résultat, d'assurer l'unité et l'homogénéité du nouveau système de législation.

Reste à savoir seulement, si, en fait, nos lois françaises de codification privée (art. 7 loi du 30 ventôse an XII; art. 1041 Proc. civ. franç.; loi du 15 sept. 1807, art. 2) ont eu cette portée. Or, je ne veux pas disconvenir que leur texte, étroitement envisagé, laisse planer quelque doute sur la question. Car les plus larges de ces dispositions législatives (art. 7 loi du 30 ventôse an XII; art. 1041 Proc. civ.) ne contiennent, dans l'énumération des sources, qu'elles abolissent, aucune expression, qui s'adapte, d'une façon bien précise, aux autorités

traditionnelles (1). — Mais, ce silence ou cette obscurité s'expliquent aisément, par la simple considération, que les textes, dont il s'agit, ne voulaient prévoir, dans leur énumération abrogative, que les sources anciennes, ayant *force de loi* proprement dite et incontestable. Quant à celles, auxquelles on reconnaissait seulement *force de raison écrite*, le caractère, vague et multiforme, de cette autorité, d'une part, rendait presque impossible de mentionner toutes les sources, qui en étaient plus ou moins douées, et, d'autre part, faisait paraître peu utile leur abrogation expresse ; d'autant, qu'on ne voulait pas les écarter tout à fait (2).

En tout cas, dans le défaut ou l'ambiguïté du texte, je considère, comme certain, que l'esprit de nos lois de codification conduit à la solution que je propose, puisque, sans elle, l'œuvre restait incomplète, ou, du moins, son effet essentiel de simplification était gravement compromis. — Vainement, on tenterait de m'opposer certains passages des travaux préparatoires, l'un notamment, tiré de la discussion de la loi du 30 ventôse an XII, où l'on voit CAMBACÉRÈS s'accorder avec MALEVILLE et BIGOT-PRÉAMENEU, pour reconnaître que, sur les points non prévus par le Code civil, bien que rentrant dans son domaine, le droit romain, positivement abrogé pourtant (art. 7 loi du 30 ventôse an XII), conserverait force de raison écrite (3) ; d'où, l'on pourrait induire, sans peine, que la même valeur reste, dans la même mesure, à toutes les autorités, qui jadis n'en avaient pas d'autre. — Cette argumentation ne saurait être décisive. La discussion, sur laquelle on s'appuie, et qui avait pour objectif pratique la conciliation, avec le système nouveau, du rôle reconnu au Tribunal de cassation, est restée, sur le point en question, passablement obscure. Les paroles de MALEVILLE et de BIGOT-PRÉAMENEU, approuvées par CAMBACÉRÈS, doivent plus simplement s'expliquer, soit en ce

(1) Les « règlements », visés par ces textes, peuvent, il est vrai, comprendre des arrêts réglementaires. Mais, les arrêts de règlement, ayant véritable force législative (MERLIN, *Répert. de jurisprudence*, v<sup>o</sup> Arrêt, n<sup>o</sup> VIII et *Questions de droit*, v<sup>o</sup> Arrêt de règlement, § 1), ne constituaient pas ces simples autorités (telles que les arrêts ou jugements ordinaires), que, seules, j'envisage ici.

(2) Comp. MERLIN, *Rép. de jurispr.*, v<sup>o</sup> Raison écrite.

(3) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, *Précis historique*, p. LXXXI-LXXXII et p. LXXXV-LXXXVIII.

sens qu'elles prévoyaient des matières non organisées par le Code (donc en dehors de l'*effet novatoire* de la codification), soit, plus exactement peut-être, par cette idée que, tout en privant les précédents de l'autorité qu'ils avaient eue jusqu'alors, on ne prétendait pas les supprimer, en vue d'éclaircir le droit nouveau, ou, d'une façon plus générale, d'éclairer la conscience du juge (1). Pour subtile que puisse paraître cette distinction, je crois que tout esprit, un peu large et souple, s'en rendra compte; et le résultat de la discussion, qu'on allègue, devient, par elle, d'une clarté suffisante (2).

Par-dessus tout, — et en me plaçant même en dehors des lois, qui ont consacré l'effet des Codes, — m'abstrayant de toute recherche d'une intention subjective du législateur, trop obscure pour s'imposer à nous, — quittant la sphère de l'interprétation du texte pour entrer dans celle de la libre investigation scientifique (voy. ci-dessous, troisième partie, chap. II), — je dis que, pris en soi, comme œuvre de liquidation juridique dans un intérêt social élevé, le fait de la codification ne pouvait laisser intacte l'autorité des précédents, sur les matières qu'elle embrassait. Et, cela me paraît s'imposer, surtout, pour une codification, telle que la nôtre, qui, à la différence de celle de l'*Allgemeines Landrecht* (3), par exemple, ne laissait aucune place aux diversités locales et aux autres causes de complication juridique.

Ces considérations, qu'il me paraît inutile de développer davantage, me conduisent à la conclusion suivante :

(1) D'ailleurs, la discussion ne visait que les sources proprement législatives. — Comp. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 77-78. — *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 196-197.

(2) La preuve, que la portée destructive de la codification a été comprise comme je l'indique, me paraît résulter encore, de certains passages des Observations, sur le Projet de l'an VIII, présentées, en sens divers, par les Tribunaux d'appel de Bordeaux (FENET, t. III, p. 204-205), Lyon (FENET, t. IV, p. 27-28), Montpellier (FENET, t. IV, p. 532-538). — Voy. pourtant Observations du Tribunal d'appel de Nîmes (FENET, t. V, p. 28-29). — Enfin, je ne puis attacher une importance, bien précise, à un passage de l'Exposé des motifs, du titre des Successions, présenté par TREILHARD, au Corps législatif, le 19 Germinal an XI (*in fine*, FENET, t. XII, p. 159-160). De ce passage, il ne peut résulter qu'une chose : l'indication de l'utilité du droit ancien pour l'interprétation même de la loi moderne. J'ai reconnu, plus haut (n° 103. t. I, p. 289-290), cette utilité.

(3) *Patent wegen Publikation des neuen allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten*, vom 5 Februar 1794, §§ I-VII, et XVIII. *Einleitung zum allgem. Landr.* §§ 1, 3, 4, 21 et 53. — Et, là-dessus : FÖRSTER ECCIUS, *Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatr.*, § 4, t. I<sup>o</sup>, 1887, p. 14-16.

Dans le domaine, embrassé par nos codifications, c'est-à-dire, si nous nous en tenons toujours au droit privé, pour les matières civiles, faisant l'objet des titres du Code, réunis par la loi du 30 ventôse an XII, pour toute la procédure civile (art. 1041 C. proc. civ. franç.), pour toutes les matières commerciales (loi du 15 septembre 1807), ou pour toutes autres matières juridiques, codifiées par des lois plus récentes (ex. : art. 218 Code forestier, etc., etc...), les traditions, antérieures à chacune de ces codifications, ne conservent pas aujourd'hui la force créatrice, qu'elles avaient autrefois. Et, si l'interprète peut et doit s'en servir, pour éclairer ses recherches, et diriger son jugement, il ne doit, ni ne peut, les considérer comme des autorités, qui, par elles-mêmes et à elles seules, justifieraient suffisamment sa décision. Non seulement, ces autorités restent discutables, comme telles, mais elles ne puisent leur efficacité juridique, que dans le bien fondé des vues, sur lesquelles elles reposent. Et, dans toute la force du terme, on peut dire d'elles, en employant les expressions du procureur général DUPIN (1), qu'elles ne valent que *rationis imperio*, non pas *ratione imperii*. — C'est ainsi, par exemple, que les doctrines, autrefois suivies, en matière de legs d'universalité, soit pour la fixation de leur caractère, soit pour la détermination de leurs effets, ne me paraîtraient pas pouvoir être employées, à l'effet de compléter les textes du Code civil sur la matière (2). Et, même s'il s'agit d'une maxime reçue, telle que la règle : *Nul ne plaide par procureur*, j'estimerais, qu'à défaut de pouvoir l'appuyer sur un texte récent (3), on ne saurait la tenir pour obligatoire, en vertu des traditions anciennes (4), sauf à rechercher seulement, si elle ne se serait pas maintenue dans le droit moderne, comme coutume nouvelle, obligatoire à ce titre. J'en dirais autant de la maxime :

(1) Réquisitoire, à la Cour de cassation, le 8 avril 1837, en note sous la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837, dans SIREY, *Lois annotées*, 2<sup>e</sup> série, p. 349, col. 2.

(2) *Contra* : M. MONGIN, *De la situation du légataire universel dans le droit moderne et dans l'ancien droit à l'égard des dettes de la succession*, dans *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1888, nouv. série, t. XVII, p. 222-241.

(3) Voy., sur ce point : GARSJONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, § 305 t. 1<sup>er</sup>, 1898, p. 511-512.

(4) Comp. E. NAQUET, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. série, t. IV, 1875, p. 649-653. — F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *même revue*, t. V, 1876, p. 353. — Voy. encore Rennes, 26 mars 1849, D. P. 51-2-154.



*Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, qu'un auteur contemporain (1) a voulu, à l'encontre de la plus récente jurisprudence, ranimer encore, sur le fondement de la tradition historique.

Mais, toutes ces solutions ne sont exactes que sur le terrain de la codification, telle qu'elle a été réalisée chez nous. Hors de là, je n'hésiterais pas à penser, que les autorités anciennes doivent conserver la force, qu'elles avaient autrefois, atténuée seulement par l'effet du temps et par la réaction inévitable de tout le mouvement codificateur sur l'ensemble du droit privé. Il en résulte que, dans les rares et maigres matières, qui ont échappé à la codification formelle (il ne suffit pas, bien entendu, d'un point non prévu par le législateur, s'il rentre dans les matières codifiées), on peut, aujourd'hui, encore, faire valoir les traditions anciennes, les maximes accréditées par les auteurs (2), la jurisprudence jadis établie (3), à titre d'autorité proprement dite, indépendamment de la valeur intrinsèque des raisons qui l'appuient, *ratione imperii* (4). Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre ; ce n'est pas la force de loi proprement dite, réservée à la loi écrite ou aux coutumes supplétives de celle-ci. C'est une puissance moins forte, sujette à discussion, et pouvant succomber sous des idées, rationnelles ou sociales, aujourd'hui prépondérantes. Ce n'en est pas moins une force, qui s'ajoute, légitimement et d'une façon indépendante, au poids des raisons

(1) Ed. LAMBERT, note sous Trib. civ. Seine, 14 août 1895, dans *Pand. périod.*, 1897-2-33. Voy. surtout l'argumentation des p. 34-35.

(2) [A. LONIEWSKI, *Essai sur le rôle actuel de la Maxime Error communis facit jus* ; thèse de doct. Droit, Aix Marseille, 1904-1905, propose d'admettre, assez largement, la valeur juridique actuelle des maximes ou adages anciens. Voy., pour le principe : p. 7-12 ; — et pour l'application à la maxime envisagée : p. 26-41.]

(3) [L. CABANTOUS (*Introduction à un cours de jurisprudence*), dans *Revue de législation et de jurisprudence* (WOLOWSKI), 1843 1<sup>o</sup>, t. XVII, p. 457, semble avoir reconnu force de loi, même depuis les Codes, à la jurisprudence antérieure à 1790, en raison de l'autorité souveraine des Parlements : il ne signale pas l'art. 7 de la loi du 30 ventose an XII.]

(4) C'est dans cette mesure, seulement, que j'accepterais l'idée exprimée dans ce passage du *Discours préliminaire*, sur le projet de l'an VIII : « A 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. » FENET, *Recueil complet des trav. prépar. du Code civil*, t. I, p. 471. — SAVIGNY paraît lui donner une portée plus grande. *Vom Beruf ansrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840 p. 74-80. — *Traité de dr. rom.*, trad. GÜENON, t. I, 1840. p. 196-1897. — Dans le même sens, et plus entier : Ed. LAMBERT, note dans *Pand. per.*, 1897-2, p. 34-35.

justifiant la décision même : c'est cette force de *raison écrite*, qu'on ne peut méconnaître sans témérité et faire tomber que par des arguments décisifs. — Pour le dire en passant, ces idées ont peut-être été trop oubliées, de ceux qui, pour permettre aux femmes la prestation du serment d'avocat, ont cru pouvoir victorieusement invoquer le silence, du décret du 14 décembre 1810 et de l'ordonnance du 20 novembre 1822, combiné avec le principe de la liberté des professions (1). La raison eût pu être décisive, si le décret de 1810 se fût présenté à la façon d'une loi codifiée, faisant table rase du passé. Mais, à défaut d'une abrogation de ce genre (voy. au contraire l'art. 45 de l'ordonnance du 20 novembre 1822), j'estime que la Cour de Paris avait pu, fort légitimement, s'appuyer sur la tradition historique, pour consacrer, au point de vue strictement juridique, une solution contraire à la liberté (2). Il eût suffi, pour achever de justifier sa thèse, que cette solution traditionnelle ne fût pas trop nettement contredite par les exigences de notre idéal social d'aujourd'hui (3).

**143.** — En présence du vaste domaine, embrassé par nos codifications privées, on trouvera, sans doute, que ces idées, contrairement à l'objectif principal du présent travail, tendent à détruire, d'une façon très fâcheuse, la part de l'élément historique, dans l'élaboration d'ensemble de notre droit positif. Peut-être, sera-t-on tenté d'y voir une réaction malheureuse, et plus qu'inopportune, contre l'influence de l'École historique, telle qu'elle a réussi à s'implanter en France, grâce aux efforts des fondateurs de la *Thémis* (4), et de tous

(1) L'argument a été nettement déduit par E. GLASSON, dans D. P., 89-2-34, à la note, col. 1. — *Adde* note dans D. P., 98-2, p. 187-188, et p. 190, col. 2.

(2) Paris, 30 novembre 1897, Dlle Chauvin c. Procureur général, D. P. 98-2, 185. — *Adde* Bruxelles, 12 décembre 1888. Cass. belge rej., 11 novembre 1889; SIR., 90-4-25, et la note de J. E. LABBÉ.

(3) Cons., sur la question : Exposé des motifs, de la proposition de loi, de MM. LÉON BOURGEOIS, LÉVEILLÉ, DESCHANEL, POINCARÉ, ayant pour objet de permettre aux femmes, munies des diplômes de licencié ou de docteur en droit, de prêter le serment d'avocat et d'exercer la profession d'avocat, déposée, à la Chambre des députés, le 22 mars 1898. *Ann. n° 3145. J. off., Sess. ordin., 1898. Chambre des députés. Doc. parlem.*, p. 924-925. — Rapport de M. VIVIANI, sur cette proposition, reproduit dans *Lois nouvelles*, 1899, 2<sup>e</sup> partie, p. 47-52.

(4) [Voy. J. BONNECASE, *La Thémis* (1819-1831). Son fondateur Athanase Jourdan (La science du droit privé en France au début du XIX<sup>e</sup> siècle). Paris, L. Tenin, 1914.]

ceux, qui ont poursuivi leur œuvre. — Sur tout cela, il s'agit de s'entendre, et de ne porter un jugement définitif, qu'après y avoir mûrement réfléchi.

Je ne veux aucunement dissimuler, que le résultat des développements, qui précèdent, condamne très décidément, à mes yeux, certains procédés, tout à fait courants dans notre doctrine française contemporaine (1). — Avec une évidente complaisance, ainsi que je l'indiquais plus haut (n° 140 *in fine*, t. II, p. 12), nos auteurs font intervenir, dans les discussions juridiques, auxquelles ils se livrent, des arguments tirés de notre ancien droit, c'est-à-dire, le plus souvent, consistant en autorités, soit de la doctrine, soit de la jurisprudence, d'autrefois. — Pour répondre à son but, le choix de ces autorités demande à être très consciencieusement fait, très soigneusement poursuivi. Il ne s'agit pas, suivant une pratique encore trop répandue, de puiser, dans tout le fonds ancien, des passages quelconques, ramassés un peu au hasard de la découverte, comme des armes d'occasion, à l'appui d'une thèse préférée. Il faut, par la plus grande largeur possible dans les recherches, se rendre compte de l'état d'ensemble de nos anciennes traditions sur le point douteux, et dégager, avec une science sincère et désintéressée, le courant, nettement dominant, soit chez les auteurs, soit dans la pratique. Tout cela suppose une érudition profonde, accompagnée d'un sens critique pénétrant et d'un tact juridique exercé, bref des qualités éminentes, d'historien et de jurisconsulte tout ensemble, qui, parfois même, — en face de l'amas énorme, à peine connu, aussi difficile à réunir qu'à interpréter, des travaux anciens, — ne suffiront pas à donner une clarté parfaite. — Quoi qu'il en soit, je reconnais, bien volontiers, que, depuis quelques années surtout, des progrès considérables ont été faits dans la voie d'une sérieuse méthode historique, en vue d'élucider les problèmes du droit privé ancien (2).

(1) Voy. F. LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, sur l'art. 27, n° 2. t. I du Commentaire, 1882, p. 169, col. 2.

(2) Qu'il me suffise de rappeler, à titre d'exemples : l'article bien connu d'A. ESMEIN, *De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux*, dans *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1877, nouv. série, t. VI, p. 83-107 ; — la monographie d'A. DESCHAMPS, sur le *Rapport des dettes*, 1889 ; — et, surtout, les beaux travaux d'Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, thèse de doctorat, Paris,

En tant que des études de droit historique, ainsi comprises, tendent à faire mieux connaître le milieu juridique, dans lequel a statué notre législateur moderne, ou l'état d'une question, telle qu'elle s'est présentée à lui, pour permettre de dégager plus sûrement sa volonté probable, on ne peut que tenir très grand compte de leurs conclusions. Toutefois, cela suppose que la question se peut résoudre par voie d'une pure interprétation de la loi, c'est-à-dire, comme je l'ai suffisamment expliqué plus haut, en cherchant à découvrir une volonté, subjective et effective, du législateur, qui s'impose par le canal du texte légal (voy. ci-dessus, nos 100 105).

Mais, quand on est chassé de ce cercle trop étroit, lorsqu'il est évident, que le législateur n'a pas envisagé la question, ou, du moins, qu'il a, de parti pris, négligé ou évité de la résoudre, les traditions anciennes, que l'on invoque, pour suppléer au silence du texte, ne peuvent plus valoir que par elles-mêmes. — Je sais bien, que l'on prétend les faire participer, malgré tout, à la force de la loi écrite, en considérant, *a priori*, que, sur les points non positivement résolus, le législateur s'est tacitement référé à l'état de droit, en vigueur, au moment de la codification. Mais, si cette manière de voir peut être soutenue, avec quelque apparence de raison, relativement à certaines théories, dont les principaux traits se trouvaient arrêtés par une tradition indiscutable, et qui forment le complément indispensable de dispositions du Code ; — telles, la théorie de l'action paulienne, celles, des pouvoirs du mari, chef de communauté, des effets de la dotalité sur les biens de la femme, etc., etc., — on ne pourrait l'admettre comme principe général d'interprétation de la loi, sans fausser absolument toute cette partie de la méthode (voy. ci-dessus, nos 98, 103, 105, 106). — En principe, au contraire, on doit dire, que, sur les points compris dans le domaine des codifications, et qu'il n'a pas positivement réglés, le législateur a nécessairement laissé plus grande liberté

1893. — *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895. [— Adde encore : A. ESMEIN (*L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 37-53 (§ 2, II IV). — Il faut principalement signaler aujourd'hui le savant *Traité élémentaire de droit civil* (3 vol. Paris, Pichon et Durand-Auzias) de M. PLANIOL, qui est profondément pénétré du meilleur esprit historique.]

d'appréciation à l'interprète. Si, donc, celui-ci a recours, pour éclairer son jugement, aux traditions anciennes, il ne les prend, qu'en elles-mêmes, à titre de simples autorités. Or, je n'aperçois vraiment pas, comment, ainsi envisagées, ces traditions pourraient avoir survécu à la table rase de la codification, avec la force qu'elles avaient autrefois, alors qu'elles étaient dans leur milieu d'éclosion, aujourd'hui complètement transformé, et qu'elles s'harmonisaient avec un système juridique, qui se trouve, à l'heure actuelle, gravement altéré par les Codes.

Est-ce à dire, que les autorités anciennes doivent rester sans valeur pour l'interprète moderne, quand elles n'illustrent pas directement la pensée du législateur ? Assurément, non. Si elles ont perdu, par la codification, la force d'une source formelle, consacrée, au-dessous de la loi et de la coutume, par l'ordre juridique général, elles n'en conservent pas moins, très justement, sur l'esprit du juriste, un ascendant moral, que rien (pas même une disposition formelle de la loi, — voy. ci-dessus, n° 90 *in medio*, t. II, p. 234, texte et note 1), ne saurait leur ravir. — Par-dessus tout, elles gardent toute la valeur pratique de l'histoire, je veux dire, qu'elles servent d'enseignement, permettant de juger, d'après l'expérience de la vie juridique, le mérite social et la valeur de fond des institutions. Avec une grande vérité, PORTALIS a défini l'histoire « la physique expérimentale de la législation » (1). Pour donner à cette pensée toute sa portée, nous pouvons élargir un peu la formule de PORTALIS et dire de l'histoire du droit, dans son ensemble, qu'elle est la physique expérimentale de la jurisprudence. Ce qui signifierait, suivant la terminologie du XVIII<sup>e</sup> siècle, que l'histoire juridique apparaît comme un vaste champ d'expériences (les seules expériences pratiquement concevables en matière sociale), et que nous devons la consulter, bien moins comme une révélation de la vérité en soi (qui peut fort bien avoir été méconnue dans les faits), que comme une pierre de touche, éprouvant le mérite des systèmes, dont elle nous retrace et l'origine et les destinées. D'où

(1) A deux reprises : 1° dans l'Exposé des motifs, du titre préliminaire, du 3 frimaire an X, FENET, t. VI, p. 39 : 2° dans l'Exposé des motifs, du 28 ventôse an XII, FENET, t. I, Précis historique, p. XCVII.

il suit, que, c'est à peine s'abandonner à une apparence de paradoxe, que d'affirmer que l'étude historique du droit nous apprendra aussi souvent les solutions à éviter, qu'elle nous indiquera les règles à suivre (1). — Ainsi comprise, l'histoire n'est plus, il est vrai, à aucun titre, source formelle de droit positif. Mais, elle fournit un secours précieux à la libre recherche scientifique de l'interprète (voy. *infra*, troisième partie, chap. II, nos 167-168), si souvent désorientée en face de la complexité de la vie, quand, pour faire choix d'une solution dans un cas déterminé, il lui faut apprécier, *a priori*, les considérations de justice et d'utilité, qui le dominant, et qu'aucun signe absolu et formel ne permet de reconnaître ou de mesurer.

N'est-ce pas là, tout le secret de la valeur de l'histoire, en droit, comme toutes dans les autres sciences morales? N'est-ce pas aussi la vérité, vraiment profonde et durable, que nous a révélé l'École historique? Car à quoi tend, je le demande, tout le mouvement, pressenti par MÖSER, annoncé par HUGO, si énergiquement suscité par SAVIGNY, PUCHTA et EICHHORN, si ce n'est à reconnaître, que les règles juridiques sont le produit de forces et de besoins immanents aux rapports de la vie, et que l'étude approfondie de l'histoire permet seule de découvrir ces forces, comme de peser ces besoins (2). L'histoire n'est donc pas un but en soi; elle n'est qu'un moyen et ne vaut que par la critique qui s'y joint (3). Par elle-même, elle

(1) Comp. : J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1876. Vorrede zur ersten Auflage, p. IV, *in medio*; — et, surtout, O. FISCHER, *Der Rechtsunterricht und das Bürgerliche Gesetzbuch*, 1896, p. 15.

(2) Voy. notamment : SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 115-118. — Sur cette caractéristique essentielle de l'École historique du XIX<sup>e</sup> siècle, cons. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1891, p. 22. — E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. I, 1886, p. 38. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 41.

(3) Il m'est précieux de pouvoir faire appel, ici, au témoignage, indirect, mais doublement autorisé, d'un civiliste éminent et profondément regretté : « A ses yeux [de Paul GIDE], le droit romain, si digne qu'il soit d'être étudié en lui-même, était, si je puis ainsi dire, un moyen plutôt qu'un but. Je ne crois pas exagérer ou dénaturer sa pensée, en disant qu'il aurait volontiers comparé l'étude de la législation romaine à un travail de dissection sur un cadavre, et, au lieu de ce rôle d'anatomiste, il aurait peut-être préféré porter son esprit d'investigation sur une matière vivante et agissante. Du moins, il n'ignorait pas que l'anatomie révèle à l'observateur les secrets de la vie même, et il se consola bien vite, si tant est qu'il eût besoin d'être consolé, en pensant qu'à répandre une lumière nouvelle sur les lois romaines, il contribuerait encore

serait stérile. Voilà, si je ne me trompe, l'idée définitivement acquise par les efforts de l'École historique. — Toutefois, la pente est glissante. A force d'éplucher et de retourner les documents, volontiers on incline à y chercher la source directe de décision, surtout quand on est en face de textes, tels que ceux des jurisconsultes romains, qui, par leur perfection de forme et la valeur intrinsèque de leur contenu, semblent donner le dernier mot de la vérité juridique. SAVIGNY, lui même, n'a pas complètement échappé à ce danger. Les excès, auxquels il a pu être entraîné en ce sens, et dans lesquels aussi sont tombés plus décidément quelques-uns de ses disciples, ont récemment suscité d'amers griefs, qui dussent réduire à néant tous les efforts de l'École (1). — Étrange réaction, qui, sous le prétexte de quelques abus, méconnaît le mérite essentiel et la pensée éminemment sociale de l'œuvre ! Pourtant, sentant sans doute qu'il avait péché de ce côté, dans son *Traité de la possession* (2), SAVIGNY avait, plus tard, signalé très nettement l'écueil dans la préface de son *Traité de droit romain* (3). Et, tout ce traité même, nonobstant une prédilection, encore très marquée, pour les sources romaines, exprimait le plus sérieux effort, en vue de s'en tenir à la substance de la doctrine (4). — Mais, aussi bien, qu'importent ici les erreurs individuelles, voire les défaillances les plus certaines des maîtres (5) ? Ce qu'il nous fallait constater, c'est que le

« au progrès de la science du droit actuel. » C. BUFNOIR, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1881, 1<sup>o</sup>, t. I, p. 179.

(1) Voy. notamment : A. MENGES, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 2<sup>e</sup> éd., 1890, p. 12-13. — Du rôle social de la science du Droit, dans *Revue d'économie politique*, 1896, t. X, p. 69-70. — On trouvera une critique, plus modérée, et plus juste, des excès de l'École historique, dans WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 1891, p. 23-24. et dans REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 43. [— Adde O. BÜLOW, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1901, Vierter Brief, *Ueber die historische Rechtswissenschaft*, p. 56-122, *passim*.]

(2) *Das Recht des Besitzes*, 1<sup>re</sup> éd., Giessen, 1803.

(3) T. I, 1840, trad. GUENOUX, p. XIV-XVII. Adde, *ibid.*, p. 90-91.

(4) C'est ce que reconçoit F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 43, et ce qu'avait déjà nettement indiqué R. VON JHERING, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, 1857, p. 39.

(5) Un excès analogue, dans les tendances historiques, a été relevé au sujet de la doctrine économique de notre siècle. Voy. Discussion, de la Société d'Économie politique de Paris, le 5 novembre 1897, sur l'emploi de la méthode historique en Économie politique. MM. LEVASSEUR, YVES GUYOT, CHEYSSON, RAFFALOVICH, *Économiste français*, du 20 novembre 1897, XXV<sup>e</sup> année, t. II, p. 665-667. Compte

fonds solide et substantiel de l'École historique réside tout entier dans le caractère expérimental des données historiques de tout ordre (parmi lesquelles figurent les autorités traditionnelles), et que sa valeur impérissable tient toute dans cette idée, qu'une étude pénétrante du passé fait seule bien saisir les problèmes de l'heure présente, en en disséquant la substance sociale, en même temps qu'elle prépare leur solution par l'enseignement que suggèrent les résultats acquis. Touchant ces derniers points, nous avons encore, résonnantes à la mémoire et vibrantes à la pensée, les paroles éloquentes, par lesquelles un maître éminent nous montrait naguère, avec toute la conviction de sa haute intelligence et la chaleur de son âme d'historien, comment, dans le domaine précisément de nos études, l'histoire, ainsi comprise, peut élargir et éclairer les horizons (1).

Cette vertu éducatrice de l'histoire, nous ne saurions la refuser aux autorités anciennes, constituant la tradition juridique la plus sûre. Mais, en même temps, il reste impossible, sous notre régime actuel de codification, de leur maintenir la force productive indépendante, dont elles ont pu jouir autrefois, et que rien ne justifierait plus aujourd'hui (2).

**144.** — Finalement donc, en ce qui touche la doctrine et la jurisprudence, antérieures à nos Codes, je m'en tiendrai à cette conclusion, qu'elles ne doivent pas, dans le domaine défriché par la codification, compter au nombre des sources formelles de notre droit positif moderne. Elles ne figureront, parmi les instruments légitimes de la méthode, qu'à titre

rendu de Georges MICHEL. — *Adde* : LEVASSEUR, *De la méthode dans les sciences économiques*, dans *Revue bleue*, nos des 5 et 12 mars 1898, IV<sup>e</sup> série, t. IX, p. 291-296; p. 338-343, notamment p. 340-341.

(1) A. SOREL, Discours à la Séance de rentrée, de l'Université de Lille, le 3 novembre 1897, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1897, 2<sup>o</sup>, t. XXXIV, p. 388-397. — Voy. aussi : C. TURGEON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900, 1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 285-286, et 1895, 2<sup>o</sup>, t. XXX, p. 217.

(2) [P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, nos 112 113, p. 182-186, classant la tradition (ancienne) parmi les éléments critiques de la recherche spontanée du but social (qui, pour lui, domine toute l'interprétation), y voit une manifestation de la nécessité sociale et lui attribue (comme élément critique) une place secondaire, même après la doctrine et la jurisprudence. Il en rapproche la nature de celle de l'usage (qui est, pour lui, la coutume).]



d'auxiliaires de la libre recherche scientifique, auxquels leur caractère, essentiellement objectif (1), attribue une valeur incontestable, dont nous aurons à tirer parti plus loin (voy. *infra*, chap. II, nos 167-168).

Et maintenant, s'il faut un exemple, qui montre tout à la fois la portée et les mérites de cette conclusion, il me suffira d'en indiquer l'application très générale que voici. On connaît les discussions, qui se sont élevées sur le point de savoir, quelle théorie d'ensemble était consacrée, par notre droit positif français, pour le règlement des conflits internationaux de lois concernant le droit privé. Les rédacteurs du Code civil, ayant considéré cette question comme rentrant dans l'objet du titre préliminaire, l'ont suffisamment prévue et réglée, pour que toute la matière soit entrée, chez nous, dans le domaine de la codification réalisée. Mais, d'autre part, nos textes légaux restent encore bien maigres sur ce point, et n'indiquent même pas nettement les grandes lignes d'un système général. Pour les compléter sous ce rapport, on a pensé, pendant longtemps, qu'on pouvait, et que l'on devait même, s'en référer à une tradition historique, longuement élaborée par la doctrine et la jurisprudence d'autrefois, touchant une matière toute voisine, sinon identique, le règlement du conflit des statuts (2). — A l'essai, cette manière de faire ne s'est pas montrée fort heureuse. Plus on approfondissait l'ancienne théorie des statuts, plus on observait, dans sa constitution la plus essentielle, de diversités, de complications, d'hétérogénéités irréductibles (3). D'autre part, on ne pouvait méconnaître, que tous ces systèmes, conçus et appliqués, surtout,

(1) Rapp. les idées, de F. BRUNETIÈRE, sur la valeur objective, que communique, au jugement critique, l'application de la doctrine évolutive à l'histoire de la littérature et de l'art, dans *Revue des Deux-Mondes*, n° du 15 février 1898, t. CXLV. p. 893-895.

(2) En ce sens : BARDE, *Théorie traditionnelle des Statuts d'après le droit civil français*, 1880. — LAURENT, *Droit civil international*, t. II, 1880, nos 39-40, p. 66-69. *Principes de droit civil*, t. I, nos 81-82. — Cpr. : FÉLIX, *Traité du droit internat. privé*, 3<sup>e</sup> éd., DEMANGEAT, 1856, t. I, nos 19-24, p. 36-49. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 31, texte et notes 4-8 et 17, t. F, p. 131, p. 133-134, p. 137.

(3) C'est ce qu'a démontré surtout le beau livre d'A. LAINÉ, *Introduction au Droit international privé*, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil, 2 vol. Paris, F. Pichon, 1888-1892.

sinon exclusivement, en vue de conflits entre législations locales, dépendant d'une même souveraineté politique, s'adaptaient mal, au point de vue des résultats pratiques, à régler la collision des lois modernes, qui presque toujours tient à la différence des souverainetés, ou, du moins, se complique de celle-ci (1). Sous prétexte de fidélité aux traditions, n'y avait-il pas anachronisme maladroit et dangereux, à reproduire, sans grand discernement, aujourd'hui, des solutions, en bonne partie, surannées? — C'est ce que paraissent comprendre les juristes, qui, plus récemment, ont étudié ces questions. Et, la tendance, actuellement bien nette, de notre doctrine française, en cette matière du conflit international des lois de droit privé, est, pour les cas non positivement réglés par le Code, de ne plus chercher dans la tradition qu'une lumière éclairant la route, d'y puiser surtout l'enseignement des faits et de l'expérience, sans se tenir pour lié par les précédents, et en conservant, pour la décision des cas douteux, la plus grande liberté d'appréciation (2). — On peut, assurément, hésiter sur la juste part, qui doit revenir à ces idées, et discuter sur leur mise en œuvre. Mais, si on les prend en elles-mêmes, et en tant qu'elles refusent toute autorité impérative à la tradition historique, pour n'y voir qu'un instrument de la libre recherche scientifique, qui reste ouverte au jurisconsulte à défaut de toute source formelle, j'estime qu'elles méritent toute notre approbation. Et, si je ne devais mesurer mes développements, il me serait certes facile de montrer que les mêmes idées doivent rencontrer application en bien d'autres matières du droit privé positif.

(1) Voy. déjà l'observation dans DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 68, *in fine*.

(2) En ce sens, pour le principe du moins : F. DESPAGNET, *La théorie des statuts dans le Code civil*, dans *Revue crit. de lég. et de jurispr.*, 1884, nouv. série, t. XIII, p. 487-507. *Précis de dr. internat. privé*, 2<sup>e</sup> éd., 1891, n° 139, p. 155-158. — L. DURAND, *Essai de droit internat. privé*, 1884, n° CXXIV, p. 249-251. — WEISS, *Traité théorique et pratique de droit intern. privé*, t. III, 1898, p. 136-139. — BAUDRY-LACANTINERIE et H. FOURCADE, *Des personnes*, t. I, 1896, n° 191, p. 134-137; [2<sup>e</sup> éd., 1902, p. 152-154] — A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris et Grenoble, 1903, n° 46, p. 120-122.] — Cpr. SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit intern. privé*, 2<sup>e</sup> éd., 1895, n° 24, p. 34-35. — LAINÉ, dans *Bull. de la Société de législ. comp.*, 1889-1890 t. XIX, p. 334-337. — HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, 1892, nos 104-106, p. 105-107. — E. AUDINET, *Principes élémentaires du Droit internat. privé*, 1894, nos 301-304, p. 215-217.

Au surplus, ma conclusion, telle qu'elle vient d'être formulée, se restreint à la sphère de notre droit, *comprise dans la codification*. Hors de là, et pour toutes les matières, que le législateur moderne aurait laissées sous l'empire du droit ancien (voy. ci-dessus, n° 142 *in fine*, t. II, p. 19-20), les autorités traditionnelles conserveraient leur force d'autrefois. Nous allons nous rendre mieux compte de celle-ci, en envisageant plus spécialement la doctrine et la jurisprudence modernes, qui ont hérité, depuis nos codes, de la position occupée jadis par leurs devancières.

### III

#### *Valeur des autorités modernes*

145. — A la tradition, datant du droit ancien, je veux dire antérieure à nos codes, j'ai opposé les autorités modernes, comprenant les opinions doctrinales ou les décisions de jurisprudence, qui se sont produites et accumulées sur la base ferme de la codification. Leur valeur positive ressemble fort, de prime abord, à celle, que l'on reconnaissait à la tradition ancienne, avant les codes, et qui, d'ailleurs, comme je viens de le rappeler, doit encore lui rester aujourd'hui, dans les matières demeurées en dehors de tout travail codificatif. Toutefois, les autorités modernes ont subi l'influence, et ressenti le contre-coup nécessaire, de la codification, à laquelle elles s'appuyaient. De plus, le fait, qu'elles se sont développées sous un régime juridique, aussi largement *législatif* que le nôtre, n'a pas été sans leur donner une cohésion et une homogénéité, qu'elles n'avaient pas connues autrefois. — C'est donc une question vraiment moderne, bien que l'essence en soit de tous les temps, que nous posons, quand nous nous demandons, aujourd'hui, quelle direction l'interprète peut légitimement chercher, dans la doctrine des auteurs, dans la jurisprudence des arrêts.

A cette question, toute de méthode, notre législation positive n'avait pas, ce semble, à répondre par un texte (voy.

ci-dessus, n° 90). De fait, elle ne nous fournit, à son sujet, aucun élément bien net de décision.

Pourtant, les législations, antérieures ou voisines, s'étaient souvent montrées moins discrètes. — A Rome, notamment, on sait, que les constitutions impériales édifièrent, pendant une série de siècles, toute une réglementation positive de l'autorité des jurisconsultes, sur la base du *jus publice respondendi*, créé par AUGUSTE (1), en passant par la décision d'HADRIEN (2); puis, après les constitutions de CONSTANTIN (3), s'épanouissant et s'éteignant tout ensemble dans la loi des citations (de 426) de THÉODOSE II et VALENTINIEN III (4); succombant enfin définitivement sous les prohibitions de JUSTINIEN, qui, après avoir largement usé de tout cet amas de documents pour sa codification, en condamna jusqu'au souvenir, et édicta des mesures sévères, pour empêcher désormais les pratiques, d'où ils étaient issus (5). — A d'autres époques, et en d'autres pays, par exemple dans quelques législations allemandes des temps modernes (voy. *infra*, n° 151, *in fine*), des dispositions législatives, inspirées d'un esprit semblable, se sont produites, en vue de mettre un peu d'ordre et de précision, dans l'autorité attachée aux précédents doctrinaux ou judiciaires.

Mais, ces dispositions législatives, qui s'expliquaient par les conditions spéciales du milieu historique, auquel elles s'adaptaient; et dont l'efficacité pratique, voire même la légitimité, ont pu être sérieusement mises en doute (6), n'auraient

(1) GAIUS, *Comm.* I, § 7. — POMPONIUS, *fr.* 2, § 47, D., *De Origine juris*, I, 2. — § 8. J., *de Jure naturali*, I, 2. — C'est par une sorte de délégation de l'autorité législative, résidant dans le Prince, que *responsa prudentium legis vicem obtinent*. Voy. J. UNGER, *Österreich. Privatrecht*, § 6, note 3, t. I<sup>er</sup>, 1876, p. 42. — HEILBRON, *Lehrbuch des bürg. R.*, t. I, 1897, p. 23.

(2) POMPONIUS, *fr.* 2 § 47, D., *De Origine juris*, I, 2. — Cpr. GAIUS, I, § 7.

(3) C. 1 et 2, C. Th., *De responsis prudentium*, I, 4.

(4) C. 3, C. Th., *De responsis prudentium*, I, 4, avec l'*interpretatio* de la *Lex romana Wisigothorum*; et, sur cette constitution: SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, § 3, trad. GUENOUX, t. I, 1839, p. 33-34.

(5) C. 1, §§ 4, 6 et 12; c. 2, § 21; c. 3, § 21, C., *De veteri jure enucleando*, I, 17. — Sur tout cela, voy. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XXVI, trad. GUENOUX, t. I 1840, p. 153-158. — Et, relativement à l'inapplicabilité des décisions de JUSTINIEN, en droit moderne, *ibid.*, p. 161-162. — Adde, quant aux précédents judiciaires: c. 13. C., *De Sententiis et interlocutionibus*, VII, 45 et fr. 38, D., *De Legibus*, I, 3. — Voy. aussi c. 2. C., *De Legibus*, I, 14.

(6) En ce qui concerne particulièrement les dispositions prohibitives de JUSTINIEN, voy. SAVIGNY, *Traité de dr. rom.*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 157, p. 161.

eu aucune raison d'être sérieuse, à la suite de nos codifications modernes ; en tout cas, elles n'ont trouvé aucun écho dans nos lois. Et, en dehors de quelques textes généraux, qui, d'une part, faisant très large le rôle des tribunaux (art. 4 C. civ. franç.), d'autre part, limitant ce rôle à la juridiction proprement dite et empêchant tout empiètement de ce côté sur la sphère législative (loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 10 et 12 ; art. 5 C. civ. franç.), posent nettement les données, que notre organisation politique assigne au problème indiqué, celui-ci reste, comme il doit l'être, abandonné à la recherche scientifique. Il semble donc, que nous ayons pleine liberté pour l'envisager et le résoudre (1).

En fait, jusqu'à ces derniers temps, du moins, notre science théorique s'est montrée très décidément résistante à reconnaître une influence positive aux autorités modernes, tant doctrinales que jurisprudentielles (2). Et, si nos auteurs les citent avec sincérité et considération, ce n'est qu'à titre de documents, tout au plus comme autorités morales, vis-à-vis desquelles ils réservent la liberté de leur jugement. — Tout au rebours, je l'ai remarqué déjà (ci-dessus, n° 140 *in fine*, t. II, p. 12), notre pratique et notre jurisprudence cèdent très visiblement à l'influence des autorités contemporaines. Il n'est pas rare de trouver dans les décisions judiciaires, pour justifier une solution admise, et à défaut de motifs tirés de la loi ou de la raison, ou bien à l'appui de ceux-ci, tantôt une citation d'auteurs, tantôt l'allégation d'une jurisprudence constante, la

(1) [Le Code civil suisse de 1907 porte dans son article 4, al. 3, texte français : « Il (le juge) s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Cette disposition, dont le sens se précise par le rapprochement des textes allemand (« Er folgt dabei bewährte Lehre und Ueberlieferung ») et italien (« Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza piu autorevoli »), se rapporte à l'ensemble de l'activité du juge, telle que l'envisage l'article 1<sup>er</sup> dans son entier. Elle n'attribue, d'ailleurs, à la doctrine et à la jurisprudence éprouvées, qu'un rôle d'inspiration qui n'oblige pas strictement le juge. Ces autorités ne constituent donc pas des sources formelles distinctes du droit positif suisse. Cons. là-dessus : M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, § 7, I. p. 117-120. — Adde, pour précision de la détermination et du rôle de ces directions : *ibid.*, § 7, II-III, p. 120-127 : l'auteur met en garde l'interprétation suisse contre une prépondérance de la doctrine allemande et cherche à préserver la liberté du juge contre la tyrannie des précédents judiciaires (*Präjudizienkultus*).]

(2) Voy. notamment : É. ALGLAVE, *Action du Ministère public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile*, t. 1<sup>er</sup>, 1874, p. 518-525.

référence à des arrêts de juridictions égales ou supérieures, qui figurent là comme autorités. Et, alors même que l'on n'en rencontre pas ce témoignage exprès et formel, on ne saurait se dissimuler, de quel poids effectif sont, dans l'administration de notre justice civile ou commerciale, les précédents de toute sorte.

Ceci est particulièrement vrai des précédents judiciaires. Et, on se l'explique, aussi bien qu'on le peut justifier, en fait, non seulement par l'ascendant très effectif et très juste, en soi, de la hiérarchie judiciaire (ci-dessus, n° 140, t. II, p. 10), mais aussi, d'un point de vue plus élevé, par la grande importance sociale d'une jurisprudence uniforme et bien liée, qui éclaire tout le mouvement des affaires, qui rassure, par le sentiment d'avoir en elle un guide infaillible, tous les intérêts engagés dans la vie juridique (1). — Toutefois, comme ces idées ont leur contre-partie, comme, à côté de la sécurité du commerce juridique, le progrès des institutions réclame, en sens inverse, une large indépendance vis-à-vis des antécédents (2), je ne crois pas, que la question puisse trouver une base de solution suffisante en des considérations purement utilitaires, qui, développées en un double sens, se feraient équilibre, sans déterminer une conviction inébranlable.

Aussi bien, depuis quelque temps, a-t-on commencé à se demander, chez nous, si, en considérant la vérité même des choses, et dans l'intérêt d'une investigation juridique sagement organisée, on ne devrait pas reconnaître à la jurispru-

(1) Comp. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1874-1875, p. 306-307. — Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 54-58. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 25, III, 2, t. I, 1893, p. 108-109. — Et, sur l'importance de la stabilité de la jurisprudence, pour la fixité du droit, voy. discours du premier président MERCIER, à l'installation du procureur général BARBIER; audience de la Cour de cassation, du 1<sup>er</sup> mai 1882. *Le Droit*, des 1-2 mai 1882, p. 433, col. 3. — Ainsi, s'explique aussi, que le législateur moderne tienne souvent la jurisprudence pour la représentation d'un droit positif acquis. Voy. Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893. Introduction, p. VIII.

(2) Comp. ce passage significatif d'une mercuriale de d'AGUESSEAU, cité par L. MAGUETTE, dans *Revue générale du droit*, 1897, t. XXI, p. 557-558: « La science « a parfois ses préventions et quelquefois plus que l'ignorance même. Moins « occupé de ce qui est que de ce qui a été, le magistrat savant s'accoutume à « décider par mémoire, plutôt que par jugement, et, plus attentif au droit qu'il « croit savoir qu'au fait qu'il devrait apprendre, il travaille bien moins à trouver « la décision naturelle qu'à justifier une application étrangère. » Adde: BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIII, n° 13-15; et, là-dessus, A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. II, 1892, p. 14-17.

dence moderne, une véritable force, créatrice de droit, faisant d'elle, par conséquent, une source *sui generis*, qui s'impose, par sa nature même, avec une puissance adaptée à cette nature. Ainsi, la question se trouve posée sur le terrain de la méthode. C'est, à mon sens, son véritable terrain, et par où elle rentre tout à fait dans l'horizon de cette étude.

Comme je viens de l'indiquer, ce problème de l'autorité, érigée en source juridique, a été soulevé surtout à l'endroit des décisions judiciaires (*præjudicia*). Il prend ainsi un caractère particulier, qui y introduit même des éléments de solution distincts. Et, pour mieux délimiter mon sujet, c'est sous cet aspect spécial, donc, dans son application à la jurisprudence, que je veux, d'abord, l'envisager.— Cela fait, quelques mots me suffiront, pour résoudre le même problème, en le posant au sujet des opinions doctrinales.

**146.** — Sous son premier aspect, la question, qui se présente ici, se peut traduire brièvement, dans une formule courante en France, en disant, qu'il s'agit de savoir, si nous pouvons, et si nous devons, aujourd'hui, reconnaître un *pouvoir prétorien* à la jurisprudence. Toutefois, cette expression commode n'est pas sans ambiguïté. Et, pour mieux faire saisir notre problème actuel, je dois, à nouveau, mettre en relief le danger d'une équivoque, antérieurement (n° 85, t. I, p. 210-211) déjà, signalée.

Sous le nom de *pouvoir prétorien* de la jurisprudence, on entend, suivant les cas, deux choses fort différentes (1).

Souvent, on signifie, par là, que les tribunaux, en tant qu'interprètes du droit, auraient, à propos des procès, qu'ils doivent juger, un large pouvoir de création juridique, dans le silence ou l'insuffisance de la loi (sinon même pour la corriger), et à défaut d'un droit coutumier constant. Mais, ce pouvoir serait exercé par eux, d'une façon toute concrète, et sans tirer, nécessairement du moins, à conséquence pour l'avenir.

(1) [Rappr., des développements, qui vont suivre : A. Rol, *Les causes et les effets du divorce* (étude de jurisprudence) ; thèse de doct. Droit, Aix-Marseille, 1904-1905 (ouvrage publié aussi, chez Rousseau, sous le titre : *L'évolution du divorce, jurisprudence et sociologie*) Introduction. Du rôle prétorien de la jurisprudence sous un régime de codification, p. 9-62.]

Le reconnaître ne serait pas autre chose, que proclamer la légitimité d'une libre recherche scientifique, dans le domaine du droit positif. — Ainsi compris, j'ai admis, très largement (n<sup>os</sup> 84-86), du moins à l'effet de suppléer ou de compléter la loi, le pouvoir prétorien de la jurisprudence. Et, à vrai dire, toute mon étude est consacrée à le justifier, en cherchant seulement ses limites nécessaires (1). C'est également, dans cette première acception du mot, que tel de nos maîtres, J.-E. LABBÉ, par exemple, a cru souvent devoir défendre le pouvoir prétorien de nos tribunaux modernes (2). Et, à vrai dire, tel est bien le sens, qu'on attribue, le plus normalement, à l'expression que j'ai employée ici.

Toutefois, ce n'est pas avec ce sens, que la question du pouvoir prétorien se présente à nous, à cette place. Et nous devons, pour la comprendre, employer les mêmes mots, dans une acception plus détournée et moins répandue. — Il s'agit, maintenant, de savoir, si la circonstance, qu'une certaine interprétation juridique a prévalu, dans un jugement, ou mieux encore dans une série de jugements, qu'une règle de droit, plus ou moins douteuse, a été consacrée juridictionnellement (si l'on veut bien me passer l'expression), un certain nombre de fois, confère à cette interprétation ou à cette règle, envisagées désormais sous une forme abstraite, et de

(1) [Comp. Premier président BALLOT-BEAUPRÉ, Discours d'installation à la Cour de cassation, le 16 octobre 1900, *Le Droit* du 17 octobre 1900, p. 925, col. 1-2. — Discours prononcé, pour le centenaire du Code civil, le 29 octobre 1904, à la Sorbonne, dans *Le Centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1904, p. 27-28. — Voy. une note, légèrement différente, dans le discours d'installation, du Procureur général BAUDOUIN, à la Cour de cassation, le 7 août 1901, *Le Droit* du jeudi 8 août 1901, p. 729, col. 4.]

(2) Voy., par exemple : LABBÉ, note, *initio*, sous Civ. rej., 14 décembre 1887, en *SIR.*, 89, 1, 193. — Voy. encore ce passage de P. GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2<sup>e</sup> éd., ESMEIN, 1885, p. 423 : «... et, puisque les principes juridiques sont incertains, et que la loi positive est muette, n'est-il pas permis à la jurisprudence de porter ses regards plus haut et de chercher une règle dans ce principe de justice et d'utilité sociale, qui ne permet pas qu'on interdise à un être humain aucune des occupations honnêtes dont il est capable ? Ce principe est, à mes yeux, plus respectable, que la tradition d'un formalisme suranné. La mission de la jurisprudence moderne est encore, dans des bornes plus étroites, celle de l'ancien préteur romain : esclave de la loi, dès que la loi a parlé, elle doit, dans le silence du texte légal, suivre et seconder le progrès incessant des idées et des mœurs ». [— Comp. Ch. MORIZOT-THIBAUT, *De l'autorité maritale*, Paris, A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, 1899, p. 142-143. — En sens contraire : notice sur l'ouvrage précité (ci-dessus, t. II, p. 33, note 1) d'A. ROL, au Bulletin bibliographique de SIREY, 1905, p. 31.]



par l'autorité dont elles émanent, la valeur de préceptes quasi-législatifs, qui, en tout cas, s'imposeraient désormais, en quelque mesure, à l'interprète (1).

Or, bien que j'aie déjà laissé percer mon sentiment sur ce point (ci-dessus, n° 85), je dois ici fixer définitivement les raisons décisives, qui m'empêchent de reconnaître le pouvoir prétorien sous cette forme abstraite, ou, en d'autres termes, de mettre la jurisprudence moderne, prise en soi et comme autorité, au rang des sources formelles de notre droit privé positif. Ces raisons sont essentiellement d'ordre constitutionnel. A ce titre, j'estime qu'elles s'imposent, sans discussion possible, malgré la liberté qui demeure ici à notre méthode (voy. n° 145, t. II, p. 30-31), parce que celle-ci même (voy. ci-après, nos 164 et 167) nous oblige à prendre ces données constitutionnelles, comme un fait social inéluctable, qui, en vertu d'une force des choses supérieure, vient radicalement couper court à notre difficulté (2).

En effet, d'après les principes incontestables de notre organisation politique, principes affirmés par de nombreux textes (Loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 10 et 12 ; Constit. des 3-14 sept. 1791, tit. III, chap. V, art. 3 ; Constit. du 5 fructidor an III, art. 203 ; C. civ. franç., art. 5 ; C. pén. franç., art. 127-1°), l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative. D'où résulte, ainsi que j'ai eu déjà l'occasion de l'annoncer (ci-dessus n° 85, t. I, p. 210-211), que les décisions des tribunaux, de quelqu'ordre que ce soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale, qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'es-

(1) [On pourrait encore subdiviser cette question, et distinguer, entre les décisions judiciaires, ayant un caractère réglementaire (arrêts de règlement), et celles qui, par des motifs plus ou moins généraux, ne contiennent que la solution d'un litige (jugements proprement dits). Mais, sous ses deux aspects, le problème demeure essentiellement le même, avec cette particularité seulement, que, dans notre régime constitutionnel (*adde* art. 5 C. civ. franç.), l'« arrêt de règlement » est dépourvu de toute valeur juridique.]

(2) [Ici, Ed. LAMBERT m'objecte (*La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 162-163), que le législateur ne peut rien, de son propre aveu, contre l'ordre naturel des choses. — Mais, aucune loi de nature n'impose absolument le mélange des pouvoirs, législatif et judiciaire. Et, l'on ne peut vraiment refuser à la législation positive, le droit de réglementer juridiquement leur séparation, sauf à voir son principe subir, comme tous autres, certaines déformations résultant des faits.]

pèce, pour laquelle elle serait légitimement formulée. — Les juges sont chargés d'appliquer la loi, ou, plus généralement, de mettre en œuvre le droit, soit exprès, soit latent. S'ils peuvent le créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité, pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir. Tel est, chez nous, le principe absolu. Et, ce n'est pas assurément une vague indication, tirée des travaux préparatoires de notre Code civil (1), qui puisse faire croire à un abandon quelconque de ces idées, de la part des rédacteurs de ce Code, alors que les conséquences, les plus certaines, du principe, ont été, d'ailleurs, formellement maintenues par eux (2).

C'est pour mieux assurer l'exécution de ce principe, que nos lois ont rigoureusement interdit la pratique, si utile pourtant, à bien des égards (3), des arrêts de règlement (Loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 12; Constitution du 5 fructidor an III, art. 203; art. 5, C. civ.). Et, si cette prohibition ne paraît pas empêcher absolument toute décision générale, par laquelle un tribunal ferait connaître *in abstracto* son sentiment sur tels ou tels problèmes juridiques, en indiquant par là la direction probable de sa jurisprudence (4), de sembla-

(1) Je fais allusion au passage, déjà cité, du *Discours préliminaire*, sur le Projet de l'an VIII : « A 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. » FENET, *Rec. complet des trav. prép. du Code civ.*, t. I, p. 471. Voy. aussi : *ibid.*, p. 470 et 472. — Voy. encore : Observations du Tribunal de cassation, sur l'art. 5 du tit. I, du livre préliminaire, du Projet de l'an VIII, dans FENET, t. II, p. 415. [— Pour l'explication du passage précité du *Discours préliminaire*, voy. BALLOT-BEAUPRÉ, *Discours* du 29 octobre 1904, *Le Centenaire du Code civil*, p. 27, qui, *in initio*, nous montre, par la divergence des solutions admises (comp. ci-dessus, t. II, p. 34, note 1), la distinction profonde qui sépare les deux aspects du « pouvoir prétorien » de la jurisprudence.]

(2) Art. 5, art. 1351 C. civ. franç. — Adde : *Discours* de BERLIER sur le projet du titre préliminaire, le 24 frimaire an X, FENET, t. VI, p. 335.

(3) LE BRET, *De la Souveraineté du Roi*, liv. I, ch. IX, *in fine*, dans : *Les Œuvres de Messire Le Bret*, éd. de 1635, p. 35. — MERLIN, *Rép.*, v° Arrêt, n° VIII, et *Questions de droit*, v° Arrêt de règlement, § I. — R. PETIET, *Du pouvoir législatif en France*, 1891, p. 223-226. Adde p. 272-279. — ESMEIN, *Cours élémentaire d'hist. du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., 1898, p. 528-531. [— En faveur du rétablissement d'une pratique, inspirée des « arrêts de règlement », CONS. : A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904, p. 205-207. — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 216-218.]

(4) C'est ainsi, que l'on peut justifier, [soit la *Note secrète*, relative à la compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police, délibérée par la Cour

bles dispositions ne peuvent assurément valoir, qu'à titre de *pure indication*, de simple renseignement pour les intéressés, et sous la condition formelle, que le tribunal, de qui elles émanent, ne soit pas *juridiquement* lié par elles, qu'il puisse, mieux éclairé, y passer outre (1).

Il est, par ailleurs, incontestable, que le principe de droit public, qui interdit à l'autorité judiciaire toute ingérence dans l'action législative (2), n'a subi aucun échec, du fait des dispositions légales, qui ont assuré le contrôle suprême de la Cour de cassation, et notamment de la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837, qui, en cas de seconde cassation, basée sur les mêmes motifs que la première, et prononcée toutes Chambres réunies, impose au tribunal, saisi par nouveau renvoi, de se conformer à la décision de la Cour régulatrice, sur le point de droit jugé par cette Cour (art. 2), puisqu'ici l'injonction, émanée de la seconde cassation, conserve un caractère strictement judiciaire, restant limitée à l'espèce, qui en est l'occasion. Sans doute, je me propose de le mieux montrer plus tard (voy. ci-dessous, troisième partie, chap. III, nos 178 et sq), par la mission même dont elle est investie, la Cour de cassation joue un rôle considérable, et qui pourrait devenir prépondérant, dans la mise en œuvre de la méthode juridique. Mais, sa fonction n'en reste pas moins, exclusivement et

de cassation, le 5 novembre 1813, et connue sous le nom de Note du Président BARRIS, dans DALLOZ, *Rép. alphab.*, v<sup>o</sup> Question préjudicielle, sursis, n<sup>o</sup> 7, t. XXXVIII, p. 610, note 1, soit] certaines pratiques des Conseils de prud'hommes, que révèle un intéressant échange de lettres ouvertes entre MM. NOUVION-JACQUET et P. BEAUREGARD, *Journal des Débats*, nos des 3 et 22 juillet 1898. — Adde NOUVION-JACQUET, *Le patron et l'ouvrier devant le Conseil de prud'hommes*, 2<sup>e</sup> éd., 1898. Préface de P. BEAUREGARD, p. XIV-20. — Voy. pourtant : DEMOLOMBE, t. I, n<sup>o</sup> 110. — F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n<sup>o</sup> 262.

(1) Voy. lettre précitée de M. BEAUREGARD à M. NOUVION JACQUET, dans *Journal des Débats*, du 22 juillet 1898. — Cpr., pour le droit wurtembergeois : WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 10, texte et notes 11-14, p. 45.

(2) [Voy., contre la portée, que j'attribue à ce principe et à la prohibition des arrêts de règlement : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 162-167, dont les développements, à cet égard, n'ont rien apporté, qui ne trouve réponse dans les explications fournies au texte. — On remarquera, notamment, que je ne confonds pas les « arrêts de règlement » avec le procédé de formation du droit par la voie de jugements ordinaires, comme semble l'indiquer Ed. LAMBERT, *op. cit.*, p. 166-167. Je me base seulement, sur la prohibition édictée par l'article 5 du Code Napoléon, pour en induire la portée du principe de la Séparation des pouvoirs, aux yeux des rédacteurs de ce Code.]

strictement, judiciaire. Et, pas plus que les tribunaux, dont elle contrôle les décisions, elle n'empiète, en aucun cas, ni à aucun degré, sur la fonction législative.

Cette conclusion me paraît donc inéluctable, dans notre organisation française moderne : que les décisions de jurisprudence ne sauraient contenir des règles générales, qui aient, pour l'interprète, force obligatoire dans l'avenir.

Par suite, je considère, comme tout à fait téméraire, de prétendre introduire chez nous les idées, qui ont cours en Grande-Bretagne ou dans la plus grande partie des États-Unis de l'Amérique du Nord. Là, il est vrai, les précédents judiciaires ont une autorité reconnue, à l'effet d'établir des règles de droit qui s'imposent au jurisconsulte (1). Et, certains auteurs anglais vont jusqu'à dire, que le droit positif ne se conçoit pas, comme tel, en dehors de la forme, que lui assignent, à défaut de lois (*Statute*), les actes de pratique et surtout les décisions judiciaires (2), celles-ci constituant, par elles-mêmes, une coutume génératrice de droit. — C'est que, bien qu'en ait pu penser MONTESQUIEU (3), la séparation des pouvoirs, législatif et judiciaire, est moins entière en Angleterre (4), surtout à l'encontre du second de ces pouvoirs, que l'ont voulu faire chez nous les lois révolutionnaires (5). Et, du moins quand la loi est muette ou insuffisante, le juge anglais, grâce à une fiction bien connue (6), se trouve, non pas sans doute comme le préteur romain, en vertu d'une sorte de délégation de pouvoirs officiellement reconnue (7), mais

(1) Voy. G. GAVET, *Sources de l'histoire des institutions et du droit français*, 1899, p. 443-445, et les références. — Voy. en une application, dans une décision de la Haute-Cour de justice d'Angleterre, du 27 novembre 1897, *SIR.* 99, 4, 9.

(2) Voy. notamment : HARRISON, dans *Journal de droit international privé*, de CLUNET, 1880, p. 433-434, p. 541-544, p. 547.

(3) *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.

(4) Comte de FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, 1893, t. I, p. 7-8.

(5) [Ceci répond aux considérations, développées par Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 164-166, en faveur d'un assouplissement du principe de la séparation des pouvoirs. Ces considérations ne valent que *de lege ferenda*; et, sous ce rapport, je crois leur avoir fait, ci-dessus t. I, p. 209 (n° 85), toutes les concessions nécessaires.]

(6) Rappelée par H. S. MAINE, *Études sur l'histoire du droit*, trad. franç., 1889, p. 406-407. — Adde : A. MORELLI, *La funzione legislativa*, 1893, p. 177-178. — BERTRAND, *Discours de rentrée à la Cour de cassation*, le 16 octobre 1888, § 1, *in fine*. *Le Droit*, du 17 octobre 1888, p. 981, col. 2-3; cf. § 2, *in medio*, col. 4.

(7) C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, n° 20, t. I<sup>4</sup>, 1886, p. 49-52. — Voy. une

après coup et d'une façon tout empirique, dans la mesure des besoins pratiques à satisfaire, investi régulièrement d'une autorité quasi-législative (1).

A défaut d'institutions et d'idées semblables, difficiles à acclimater dans nos mœurs et à accommoder à notre état social, ne pourrions-nous pas, cependant, nous inspirer du résultat obtenu par elles, et reconnaître, à notre jurisprudence, une valeur vraiment positive, qui dût influencer sur le jugement de l'interprète, et pût, en l'absence de solution légale, servir de base ferme à sa décision sur le point de droit ?

**147.** — C'est ici, que nous rencontrons certaines tendances nouvelles, qui, depuis quelques années surtout, ont paru plus fréquemment monter à la surface de notre doctrine, sans parvenir jamais à s'agglomérer ni à se fixer, d'une façon sensible, en un système compact, aux contours nettement arrêtés, prêtant le flanc à une critique sérieuse. On voudra donc bien m'excuser, si, pour apprécier ces tendances, du point de vue de mon travail, où elles ont leur place nécessaire, je suis amené à leur prêter une détermination, que peut-être elles n'ont pas toujours dans l'esprit de ceux qui s'y rattachent, mais sans laquelle elles n'apporteraient vraiment aucune contribution nouvelle à la science, et resteraient stériles pour la production juridique.

Au surplus, ce qui rend ces idées, si peu consistantes dans leur formule, et si incertaines dans leur portée, n'est pas autre chose que la confusion, déjà signalée (ci-dessus, t. I, p. 210-212, t. II, p. 33-35), des deux notions qui se rencontrent nécessairement ici. On sent très profondément que, pour assurer une mise

modification, assez notable, de cette idée, dans : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., 1898, p. 40.

(1) Voy., pour plus d'explications : W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. CHOMPRÉ, t. I, 1822, p. 104-112. — Et, pour les États-Unis : Duc de NOAILLES, *Cent ans de République aux États-Unis*, 1889, t. II, p. 155-157. — Adde encore : VAN BEMMELEN, *Les notions fondamentales, du droit civil*, 1892, p. 50. [— Comp., relativement au caractère de la législation anglaise, les observations intéressantes d'É. BOUTMY, *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1901, quatrième partie, chapitre IV. La loi et l'esprit public : p. 236-259. — Voy. aussi A. ESMEIN (*La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?*), dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, t. IV, p. 541-542 (§ VI).]

en œuvre du droit, répondant à tous les besoins et procurant une bonne administration de la justice, il est essentiel de reconnaître à l'interprète, et par conséquent au juge, un pouvoir de décision propre, dans le silence ou l'insuffisance de la loi. Et, réagissant contre les préjugés, si malheureusement accrédités chez nous depuis la codification (voy. ci-dessus, nos 35, 36, 59), on veut, à bon droit, élargir, en ce sens, le rôle des tribunaux. Mais, du moment qu'on permet à ceux-ci de créer le droit, dans les espèces concrètes qui leur sont soumises, on incline, bien à tort, suivant moi (voy. ci-dessus, n° 85), à voir là un empiétement sur le domaine du pouvoir législatif, et l'on en vient, par une pente naturelle, à tenir, pour conséquence nécessaire de la première solution, la reconnaissance, au profit des tribunaux, d'un pouvoir de création juridique, *in abstracto*, qui ne se peut expliquer, qu'en érigeant les précédents judiciaires, comme formant, par eux-mêmes et à eux seuls, une sorte de droit coutumier *sui generis*, en source formelle de droit positif. — Telle est, ce me semble, la genèse de la doctrine, que je veux apprécier ici. Et, par là, on se rend compte de l'obscurité, qui en enveloppe l'affirmation. La plupart de ceux, qui s'y sont rattachés, font porter l'effort de leurs raisonnements sur la nécessité de la libre appréciation juridique de l'interprète, qui n'est pas en question à cette place. Ce n'est guère qu'occasionnellement, et, pour ainsi dire, à titre épisodique, que quelques-uns ont laissé entendre la conclusion, plus extrême et très différente, qu'ils en tireraient, en faveur d'un pouvoir créateur général de la *jurisprudence* (1). Or, c'est de cette conclusion seule, formant

(1) La confusion, que je signale ici, apparaît particulièrement sensible dans l'estimable *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, de H. LANGLOIS (thèse de doctorat, Caen, 1897). Après avoir posé, assez nettement, la question de savoir, si la jurisprudence peut créer le droit, comme une sorte de coutume, donc, semble-t-il, en constituant des règles obligatoires *in abstracto* (Voy. Introduction, p. 9-11 et chapitre préliminaire, notamment p. 29), H. LANGLOIS se préoccupe surtout de montrer et de juger la jurisprudence, usant de large appréciation, pour compléter ou corriger la loi *in concreto*. Au fond, ce n'est que dans les applications concrètes, que se réalise, pour lui, l'interprétation prétorienne des tribunaux (voy. notamment sa Conclusion, p. 201-220). [— La distinction nécessaire se trouve, au contraire, nettement faite par : A. ROL, *Les causes et les effets du divorce* (alias : *L'évolution du divorce*) ; thèse de doct. Droit. Aix-Marseille, 1904-1905. Introduction. Du rôle prétorien de la jurisprudence, p. 9-62, qui conclut en faveur de larges pouvoirs d'interprétation, à reconnaître aux tribunaux, mais contre l'idée d'attribuer force obligatoire à la jurisprudence acquise.]

une idée, assez nouvelle chez nous, que nous avons, pour l'instant, à nous rendre compte.

Elle ne paraît guère avoir été vraiment dégagée, même sous la forme un peu embarrassée qui vient d'être décrite, que depuis un petit nombre d'années (1).

Dès 1892, je rencontre, sous la plume d'E. BARTIN, dans la préface de ses *Études sur le Régime dotal*, à la suite et en manière de conclusion de certains développements touchant la codification, que j'ai déjà signalés (ci-dessus, n° 5, t. I, p. 13, note 3), la formule, suffisamment nette, que je transcris ici : « Il est donc faux que la codification arrête l'évolution du droit..... L'évolution du droit est un phénomène universel, dont les conditions et le caractère varient seulement, suivant qu'elle se produit sous un régime de codification ou en dehors de la codification. Dans l'un et l'autre cas, on peut dire, et on a dit avec raison, que le juge ne borne pas son rôle à celui d'un pur interprète : il « participe » réellement à la confection de la loi civile. Dans ces conditions, il y a une histoire possible de la jurisprudence et des institutions qu'elle fait mouvoir » (2).

Un peu plus tard, Ed. LAMBERT, dans l'Introduction de sa thèse, si remarquable, sur le *Contrat en faveur de tiers*, nous présentait la jurisprudence moderne, comme organe direct et suffisant d'un *droit coutumier contemporain*, capable d'engendrer ou de ranimer, dans le silence ou l'obscurité de la loi écrite, de véritables institutions juridiques (3).

(1) [Il faut, en effet, laisser à part les études, d'ailleurs intéressantes, où se trouvent vantés les mérites de la jurisprudence, sans qu'on ait prétendu attribuer à celle-ci une valeur impérative quelconque : telles, les préfaces célèbres de LEDRU-ROLLIN à la 3<sup>e</sup> édition du *Journal du Palais* refondu depuis 1791 (t. I, 1791-an VIII, paru en 1837). Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence, p. IX-XIX ; et de DEVILLENEUVE à la collection nouvelle du *Recueil de Sirey* refondu de 1791 à 1830 (t. I, 1791-an XII, paru en 1840, p. VI). — Adde : DALLOZ, *Répertoire alphabétique*, t. II (1845). Idée générale de cette nouvelle édition, p. IX-XV. — On pourrait, plutôt, entrevoir, comme un pressentiment du mouvement actuel, dans L. CABANTOUS, *Introduction à un cours de jurisprudence*, dans *Revue de législation et de jurisprudence* (Wolowski) 1843-1<sup>o</sup>, t. XVII, p. 446-462. Mais, en réalité, cet auteur refuse nettement force de loi à la jurisprudence, sauf si elle est antérieure à 1790. Voy., notamment, p. 456-457, p. 459-460. — Adde encore : SACAZE, *Jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle*, dans *Revue critique de légis. et de jurispr.*, 1855, t. VI, p. 83-88 ; — et la réponse d'ANCELOT, *Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées*, *ibid.*, 1855, t. VII, p. 191-198.]

(2) E. BARTIN, *Études sur le régime dotal*, 1892. Préface, p. IV-V.

(3) Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893. Introduction, p. VII-X.

L'expression, douée d'un sens très clair, grâce surtout aux développements de l'auteur, paraît avoir fait fortune. Car, je la retrouve dans le compte rendu d'un livre récent [en 1899] publié par le journal *la Loi*(1), et dont je veux citer cette phrase significative : « Nous avons particulièrement remarqué l'im-  
 « portance qu'ils (les auteurs du livre dont on rend compte)  
 « attachent à la jurisprudence, cette clinique du droit, dont  
 « l'étude s'impose davantage, à mesure que nous nous éloii-  
 « gnons de l'époque de la rédaction du Code civil, et qu'en  
 « présence des questions nouvelles, soumises aujourd'hui aux  
 « tribunaux et ignorées du législateur de 1804, nous sommes  
 « amenés à rechercher, non comment il les a résolues, mais  
 « comment il aurait pu les résoudre, s'il les avait examinées.  
 « C'est ainsi que nous sommes conduits, par la force des  
 « choses et le mouvement de la vie, vers un *droit coutumier*  
 « *nouveau*, qui n'emprunte plus guère au Code civil qu'une  
 « direction générale, suffisante pour assurer son unité ». —  
 Et, quelques jours plus tard, le même journal *la Loi* publiait un rapport, sur le doctorat ès sciences économiques, rédigé, au nom de la Faculté de droit de l'Université de Lyon, par A. SOUCHON, dans lequel (2) je relevais, au milieu de développements sur la méthode historique, cette formule non moins saisissante «.... Il y a même là une union (de l'histoire avec  
 « le droit), qui est pour se faire plus indissoluble encore, à  
 « mesure que la science juridique continuera à évoluer vers  
 « la méthode historique. Or, n'est-ce pas un mouvement,  
 « destiné à se précipiter en un temps et un pays, où l'autorité  
 « de Codes anciens s'atténue chaque jour devant la rapidité  
 « des *modifications coutumières*, où, par conséquent, la tâche  
 « exégétique des juristes va constamment se réduire, pour  
 « faire place à l'histoire systématique d'une *jurisprudence*  
 « *dont les variations sont le droit* ».

Ce qui achève de montrer, qu'il y a bien dans le sens, que

(1) Compte rendu, signé L. B. du *Traité des obligations*, de HUDELLOT et METMAN : *La Loi*, du jeudi 20 mai 1897, p. 455. — Les mots, soulignés au texte comme décisifs, l'ont été par moi.

(2) *La Loi*, du 24 juin 1897, p. 566, col. 1. — On trouvera, plus aisément, ce rapport, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1898, 1<sup>o</sup>, t. XXXV, p. 415-416. — Même observation, qu'à la note précédente, pour les mots soulignés au texte.



j'indique ici, une tendance nouvelle, visant à introduire un élément distinct dans l'interprétation juridique, c'est qu'on a de suite senti la nécessité de la combattre. Et, vers le même temps, où se manifestaient les dernières allusions, que je viens de citer, le compte rendu bibliographique d'un *Traité de droit commercial*, justement célèbre, félicitant les auteurs de leur parfaite fidélité à la méthode juridique classique, pensait ne pouvoir mieux compléter leur éloge, qu'en ajoutant en une opposition assez claire : « ... A une époque où une « école novatrice pense que l'enseignement du droit et le « commentaire des lois doivent consister à suivre et à analyser « les modifications survenues dans la pratique, les évolutions « de la jurisprudence (comme si ces prétendues évolutions « n'étaient pas souvent des hésitations ou des contradictions « et comme si la doctrine ne pouvait pas rêver un rôle plus « digne que de suivre docilement la jurisprudence), il est « consolant de constater, que l'exemple du respect des prin- « cipes, des textes, de l'interprétation traditionnelle, est « donné par ceux qui sont le mieux qualifiés pour servir de « modèle » (1).

Enfin, pour terminer ici l'exposé de mes glanures, plus récemment encore, dans une discussion, provoquée à la Société d'économie sociale par un rapport de R. SALEILLES sur le *Risque professionnel dans le Code civil*, l'idée se faisait jour, d'un progrès juridique, qui se réaliserait par la jurisprudence, constituant, à côté de la loi, une source de second ordre, dont on ne méconnaissait pas les imperfections, mais que l'on pré-

(1) Compte rendu du *Traité de droit commercial* (t. VII), de Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, dans : SIREY, 1897, *Bull. bibliogr.*, p. 41, col. 2. — Voyez aussi : *ibid.*, ce passage, [qui ne vise manifestement que la liberté de l'interprétation en général,] : « ... rien ne les fait dévier (les auteurs) de l'interprétation vraiment « juridique, celle qui, sans s'interdire d'apprécier les solutions de la loi, au « point de vue de l'équité ou de l'opportunité, n'admet pas cependant que, sous « prétexte de progrès, de marche en avant, de mouvement des idées juridiques, « on écarte les solutions imposées par les textes, pour y substituer d'autres solu- « tions, volontairement contraires à ces textes, mais faites soi-disant pour cor- « répondre davantage à l'évolution des idées. » — Les opinions, ainsi émises en ce compte rendu, se retrouvent à la fin d'une note, plus récente, d'A. WAHL, sous Civ. rej., 16 mars 1898, dans *SIR.* 99, 1, 49 (§ VII de la note, p. 51, col. 3). [— *Adde*, sur l'ouvrage précité d'A. ROL : Bulletin bibliographique de SIREY, 1905, p. 31.]

sentait, du moins, comme ayant une force provisoire, pouvant utilement ouvrir les voies à une législation progressive (1).

Bref, au sein de théories de méthode assez confuses, sous une forme bien timide encore, et comme lancé en quelques ballons d'essai, un mouvement a paru se dessiner, en vue d'attribuer à la jurisprudence la valeur d'une source positive indépendante, constituant, à elle seule, comme un droit coutumier rajeuni et adapté aux exigences modernes.

De quelque séduction que s'entourne cette tendance nouvelle, j'estime, pour ma part, qu'elle manque de deux éléments essentiels, sans lesquels elle ne peut prétendre à un succès sérieux.

D'une part, elle ne me semble pas avoir suffisamment précisé la formule de ses revendications. Car ce n'est pas assez de faire entendre, que la jurisprudence doit jouir d'une valeur autonome dans la création du droit positif. Il faudrait indiquer, plus précisément, et ce qu'on lui accorde et ce qu'on lui refuse. — Mérite-t-elle une véritable force législative ? Si oui, il restera à en déterminer les conditions, à préciser la notion de la jurisprudence ayant force de loi. Si, comme c'est plus probable, on ne peut aller jusque-là, il s'agira d'indiquer, d'une façon saisissable pour l'esprit, et réalisable dans la pratique, la nature de son autorité, son degré d'intensité exact, la portée effective de son action, suivant les conditions qu'on exigera pour la constituer. — Je sais bien, qu'il est, dans toutes les choses morales, un domaine de réalités impondérables, et que, susceptible de degrés infinis, la force de l'autorité, en matière juridique, ne peut se ramener toujours à une évaluation mathématique. Mais, pourtant, si l'on veut faire des décisions judiciaires une source *sui generis*, il faut bien nous dire, dans quelle mesure et sous quelles conditions cette

(1) Discussion du 14 février 1898, dans *La Réforme sociale*, n° du 16 avril 1898, t. XXXV, p. 634-667. — Voy. notamment : Rapport de R. SALEILLES, p. 637-638, p. 643. — MM. des CILLEULS, TARBOURIECH, CHEYSSON, p. 649-653. — Lettre additionnelle de R. SALEILLES, p. 666. — Ajoutez encore aux références signalées au texte, quelques opinions plus timides : Ch. BEUDANT, note sous Civ. cass., 8 mai 1878, D. P. 78, 1, 241 ; *adde* : *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, p. 116. — E. GLASSON, dans *Revue polit. et parlem.*, de 1894, 2°, t. II, p. 214-215 ; et note, *in fine*, sous Civ. rej., 2 juillet et Req. rej., 16 juillet 1894, D. P. 94, 1, 500 ; encore dans *Rapport sur le concours général de licence en 1899 (in fine)*, *Journal officiel* du 10 octobre 1899, p. 6723.

source imposera une direction à l'interprète. — Or, je n'aperçois pas que les promoteurs ou les partisans des tendances nouvelles se soient jusqu'ici préoccupés de nous édifier sur ces points.

D'autre part, la doctrine, qu'ils préconisent, ne repose jusqu'ici que sur des affirmations. Et, si énergiques et décidées qu'elles puissent être, celles-ci ne vaudront jamais le minimum de démonstration indispensable, pour un système, qui prétend renverser toutes nos idées traditionnelles, en matière de création juridique, et qui contrarie ouvertement les principes, les plus incontestables, de toute notre organisation constitutionnelle.

Il ne suffit pas, en effet, pour répondre à ces objections, de faire de la jurisprudence une sorte de source coutumière. J'ai eu l'occasion, de montrer plus haut, qu'à elles seules les décisions judiciaires ne constituent pas une véritable coutume juridique, puisqu'elles ne renferment même pas cet usage des intéressés, qui forme le *substratum* essentiel de celle-ci (voy. ci-dessus, nos 119 et 123). Ce serait donc, sous le nom fallacieux de coutume *sui generis*, une source indépendante et bien distincte. Et, les exigences, que je signalais tout à l'heure, reparassent non satisfaites. Un mot, trop facile à trouver, ne peut remplacer les réalités nécessaires (1).

146. — Peut-être, sans s'arrêter aux difficultés théoriques qu'elle soulève, et sans s'embarasser des objections qu'on peut lui adresser, s'avisera-t-on de mettre carrément en pratique cette conception de la jurisprudence créatrice, en vue de démontrer « sans phrases et par les faits » son bien fondé et son mérite. C'est la manière fort habile, qu'a préférée E. BARTIN. Après avoir affirmé son idée dans la préface, dont j'ai cité, plus haut (t. II, p. 41), un passage, cet auteur en a fait une première application, dans ses *Études sur le régime dotal*, malheureusement inachevées. Depuis lors, son attention

(1) [Depuis 1899, le problème de la valeur de la jurisprudence, pour la création même du droit positif, a été poursuivi en un mouvement doctrinal, fortement accentué, dont les principaux protagonistes ont été, avec des vues à certains égards divergentes, M. PLANIOL et Ed. LAMBERT. Ce nouveau tournant du sujet sera spécialement envisagé, dans un des chapitres ajoutés à ceux de la première édition : ci-après, Épilogue, chapitre premier, n° 192.]

s'étant plus particulièrement portée sur les problèmes du droit international privé, il a produit, dans ce nouvel ordre d'études, trois articles, qui viennent d'être réunis en volume (1), et qui sont très visiblement inspirés par la méthode, annoncée en 1892, méthode qu'il a pu élargir ici, à raison du caractère plus universel du droit international, en faisant entrer dans ses recherches, à côté de la jurisprudence française, toute la jurisprudence étrangère, complétée même parfois de législation comparée, sagement comprise. Ainsi étendue, la méthode me paraît pouvoir être caractérisée comme une méthode largement positive, qui emploie, pour résoudre les problèmes du droit, tous les documents offerts par la vie juridique, en cherchant, dans les solutions *effectives*, qu'ils nous présentent, l'essence même de ces problèmes et comme le secret qui les anime.

Je suis loin de méconnaître l'importance des résultats, que l'on s'est promis de cette méthode. Et, pour le dire en passant, si l'on considère particulièrement ce champ, si broussailleux encore, par endroits même si inculte, au point de vue doctrinal, du droit international privé, combien ne serait-il pas désirable, de trouver, dans la jurisprudence comparée, les principes directeurs, que les législations nationales ne fournissent qu'incomplètement, quand elles ne les refusent pas tout à fait ? — Mais, il s'agit essentiellement de savoir, si pareils principes jouiront de la force législative, nécessaire pour *s'imposer* à l'interprétation. Dans l'état actuel des choses, cette prétention ne reste-t-elle pas un pur rêve ? A-t-on fait, en l'expérimentant, un pas décisif, pour en démontrer la vérité objective ? A mon grand regret, je ne puis répondre que négativement. Sans doute, il résulte bien des travaux précités d'E. BARTIN, comme de beaucoup d'autres, qu'il est possible d'édifier, avec les décisions de jurisprudence, — surtout, à mon sens, s'il s'agit d'une jurisprudence nationale, encadrée dans une forte hiérarchie qui la rende plus homogène, — des systèmes juridiques bien liés et parfaitement cohérents. Ce profit est possible, du moins, si l'on consent à négliger des dissonances secondaires et passagères, pour s'en

(1) E. BARTIN, *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Maresq et C<sup>ie</sup>, 1899.

tenir aux grands courants stables et définitifs, en ne considérant que les conséquences de l'évolution prise dans son ensemble. — Cela, nous l'avions pu pressentir depuis longtemps. J. E. LABBÉ, dans certaines études détachées, ou dans la série de ses notes du *Journal du Palais* et du *Sirey*, qu'il serait si facile et si profitable de rassembler, pour les grouper en un tout harmonique ; d'un autre côté encore, et en ce qui concerne le domaine administratif, E. LAFERRIÈRE, dans son livre magistral sur la *Juridiction administrative* (1), M. HAURIUO, tant dans ses notes insérées au *Recueil de Sirey*, que dans son *Précis de droit administratif* (dont il faut consulter les éditions successives, toujours profondément remaniées), nous avaient largement découvert de véritables courants de jurisprudence, qu'on peut remonter jusqu'à leur source. Les études d'E. BARTIN, comme celles d'Ed. LAMBERT (2), d'autres encore qu'on y pourrait joindre, ont accentué et amplifié la méthode, dont les résultats peuvent, dès maintenant, être jugés dans leur ensemble, sinon dans leurs détails. — Ces résultats sont exactement ceux de toute étude historique, reposant sur une base sérieuse ; et ceci n'est pas pour nous étonner, la jurisprudence, étudiée dans ses évolutions, n'étant autre chose que l'histoire contemporaine de notre droit positif. D'une part, donc, l'examen de ces évolutions jurisprudentielles nous fait pénétrer, par le menu des faits, dans le fond des questions, et découvrir, par l'analyse minutieuse des difficultés juridiques, les secrets de leur nature et les moyens de leur solution. D'autre part, si les données positives, qui se dégagent de ces évolutions, s'édifient en un système de constructions bien liées, ou si elles nous représentent comme l'enseignement pratique d'expériences accumulées, la constatation de ces résultats augmentera naturellement notre considération pour la direction juridique, que peut nous fournir la jurisprudence, parce qu'elle accroîtra, à nos yeux, l'autorité morale, qui s'attache à ses décisions. — Mais, le grand pas qu'il faudrait franchir, et par lequel nous transfor-

(1) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., 1896.

(2) Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893. — *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895.

merions cette autorité morale en une autorité législative ou quasi-législative, je ne vois nulle part la raison, qui le pourrait décider. Pas plus, je n'aperçois, dans ces études minutieuses de documents de pratique et de décisions judiciaires, de quoi fixer le criterium et déterminer la mesure de l'autorité positive, qu'on attribuerait à la jurisprudence. Or, en l'absence d'une sérieuse précision de sa portée, comme d'une exacte démonstration de sa vérité, le système, que nous avons rencontré ici, reste à l'état de vague *desideratum* et ne saurait forcer la conviction.

J'irai plus loin, et je tiens, que les applications, qu'on en a proposées, le montrent inacceptable par une double raison. — Du moment qu'il s'agirait d'ériger la jurisprudence en source formelle positive, je ne puis oublier, qu'elle reste sujette à variations et à contradictions, sans offrir, par sa constitution même, les garanties nécessaires à toute création juridique (1). — Et surtout, je n'arrive pas à comprendre, étant donné que le but poursuivi consiste à fournir une direction à l'interprète, c'est-à-dire au juge, que celui-ci soit renvoyé à ses propres créations, qu'on ne lui donne d'autre guide ni d'autre point d'appui que lui-même ; en supposant, par un optimisme béat, que la jurisprudence antérieure contient en soi les germes du développement à venir, et, qu'en s'attachant strictement aux précédents, le juge arrivera à satisfaire les besoins nouveaux (2). Écartons toutes les utopies, et parlons franc. Cela ne se pourrait admettre, que grâce à une fiction, comme celle qui domine le droit anglais (voy. *supra*, t. II, p. 38-39), et en attribuant aux tribunaux un véritable pouvoir législatif, que toute notre organisation politique leur refuse (3).

(1) [R. STAMMLER, *Die Lehre vom dem richtigen Recht*, Halle, 1902, p. 161-162, fait justement observer, qu'il est absurde d'assujettir les justiciables à ce qui sera jugé.]

(2) [On me répond que le juge s'éclairera de tous côtés. Voy. Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 168-169. — Mais, n'est-ce pas reconnaître la nécessité, de ce que j'appelle la libre recherche scientifique, au défaut des sources formelles (comp. G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique*, Marseille, 1918, n° 35, p. 45-46), et passer à côté du problème actuellement traité, où il s'agirait de savoir, sur quoi se fonde l'autorité législative, prétendue pour la jurisprudence, comme telle ?]

(3) [Au fond, ce qui me sépare, essentiellement, d'Ed. LAMBERT, en tout ce problème, c'est, qu'à ses yeux, il n'y a ici qu'une question de fait (voy. notamment :

**149.** — Je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir, en notre jurisprudence, une source formelle de droit privé positif, qui, à côté de la loi écrite et de la coutume, puisse jouir d'une force créatrice indépendante (1). Est-ce à dire, que je lui dénie toute autorité et toute valeur positive ? Ces conséquences seraient loin de ma pensée, et traduiraient mal les conclusions de mon examen. Je dois, ici, compléter ma solution principale, par deux observations, qui la limiteront et en préciseront la portée.

Tout d'abord, les précédents judiciaires, surtout quand ils forment, en un sens déterminé, une suite constante de décisions uniformes et faisant bloc (2), doivent avoir, dans l'esprit de l'interprète, une autorité considérable. — J'entends par là, que, non seulement ils exerceront sur lui l'ascendant moral et pratique, que commande leur origine, mais, de plus, ils imposeront à son jugement une force de conviction analogue à la *force de raison écrite*, que connaissait notre ancien droit. Pour préciser, je dirai, qu'en présence d'une solution, étayée d'une ferme jurisprudence, l'interprète peut se soustraire à la nécessité d'une investigation nouvelle, sur la foi de précédents avérés, qu'à tout le moins il est fondé à trancher ses hésitations personnelles, dans le sens que lui indique l'autorité, que même il ne doit s'écarter de celle-ci, que pour des raisons décisives, emportant sa conviction en sens contraire. — Assurément, ce n'est pas là une force législative proprement dite, comme celle attachée à la loi écrite ou à la coutume,

*La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 162), tandis que j'y vois une vraie question de droit. Et, quand LAMBERT m'objecte, qu'on ne peut empêcher les tribunaux de se dispenser de reprendre indéfiniment les mêmes questions (*La fonction du droit civil comparé*, p. 162, p. 169), je réponds que je demande seulement la faculté, pour chaque tribunal, de reprendre, quand il le juge bon, une question, même déjà solutionnée par d'autres, voire par lui-même, sans être irrésistiblement lié par la jurisprudence antérieure. Et, c'est ce que, même en fait, on refusera difficilement de m'accorder. — *Adde*, d'ailleurs, ci-dessus, p. 364, note 2 (n° 119).]

(1) Comp. AUBRY et RAU, § 39, *in fine*, texte et note 11, t I<sup>s</sup>, 1897, p. 192. [— J. MICHEL, *La prescription libératoire en droit international privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1910-1911, p. 4-7 (introduction), se prononce également contre l'idée d'une autorité quasi-législative, à reconnaître à la « jurisprudence productive ». Pour le surplus, ce livre montre bien, par l'ensemble de ses développements, combien la méthode juridique reste encore hésitante et, à vrai dire, peu faite.]

(2) *Rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*. CALLISTRATE, fr. 38, Dig., *De Legibus*, I, 3.

qui, dans leurs décisions formelles, coupent court à toute libre recherche. Ce n'en est pas moins une puissance sérieuse, qui *peut*, et, dans une certaine mesure, *doit*, tenir en échec les incertitudes ou les caprices de la raison subjective (1).

D'un autre côté, si la jurisprudence n'a pas, par elle-même, la valeur d'une source formelle de règles juridiques, elle contribue souvent à la formation de semblables sources, ou même, elle en constitue comme un élément essentiel et indispensable, dans la réalité des choses. — C'est un fait bien connu, que, fréquemment, les jugements ouvrent la voie à la loi écrite, qu'ils en préparent la disposition, en montrant la nécessité d'une règle nouvelle, et en suggérant son contenu. « N'est-ce pas ainsi, » comme on l'a écrit judicieusement (2) « par « une évolution lente des faits, des jugements et finalement « des textes, que le droit est appelé à progresser? » (3).

Surtout, — c'est un point que j'ai déjà indiqué (voy. ci-dessus, nos 111 *in fine* et 123), et que je dois rappeler ici, — la jurisprudence est, chez nous, à l'époque moderne, la seule occasion, vraiment féconde, en tout cas la plus fréquente, d'une coutume juridique, principalement d'une coutume générale. En effet, une fois établie, sur un point donné, la jurisprudence, à raison de son autorité incontestable, tout au moins en fait, grâce aussi à la continuité et à la cohésion de

(1) Comp. le discours du premier président MERCIER, pour l'installation du procureur général BARBIER, à la Cour de cassation, le 1<sup>er</sup> mai 1882. *Le Droit*, des 1-2 mai 1882, p. 433, col. 3.

(2) P. BEAUREGARD, Lettre à M. NOUVION-JACQUET, dans *Journal des Débats*, du vendredi 22 juillet 1898. — Adde R. SALEILLES, Lettre au secrétaire général de la Société d'économie sociale, dans *La Réforme sociale*, n° du 16 avril 1898, t. XXXV, p. 666.

(3) On peut ajouter que, souvent, la loi nouvelle ne fait pas disparaître toute l'utilité de la jurisprudence, qui en a été le point de départ. C'est ce qu'on a pu observer notamment : 1° au sujet de la loi du 30 mars 1887, pour la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique. SALEILLES, *La loi du 30 mars 1887*, n° 57, dans *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1891, t. I, p. 714-719 ; — 2° pour la loi du 24 juillet 1889, sur la déchéance de la puissance paternelle. BEUDANT, *Cours de droit civil français. L'État et la capacité des personnes*, nos 699-702, t. II, 1897, p. 346-352, et les références. — On devra l'admettre aussi, pour continuer à reconnaître l'insaisissabilité de certains gains du travail, en dehors de l'application de la loi du 12 janvier 1895 ; [— et pour les développements de la responsabilité (objective) du fait des choses, dans les hypothèses étrangères à la loi du 9 avril 1898 et à toute la législation inspirée du même esprit. CONS. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. II, 1912, nos 930-931, p. 308-311.]



nos traditions extra-judiciaires (pratique notariale surtout), détermine fréquemment des pratiques en harmonie avec ses tendances. Ainsi, la jurisprudence proclamant l'inaliénabilité de la dot mobilière, celle qui admet la validité des donations déguisées et les dispenses tacites de rapport, celle qui a reconnu les effets des clauses à ordre et au porteur insérées dans les créances civiles (1), celle encore qui a fixé les principaux traits de l'assurance sur la vie, toutes ces jurisprudences, et bien d'autres, que je ne puis citer ici, ont donné naissance à des usages, appuyés, dans la pensée des intéressés, sur la conviction du caractère obligatoire des solutions qu'elles consacraient. Dans ces conditions, et lorsque les pratiques, ainsi suggérées, se sont enracinées par un long usage, nous avons tous les éléments d'une vraie coutume juridique (voy. ci-dessus, n° 119), dont la jurisprudence se trouve être le point de départ et le déterminant essentiel. Et, dès lors, je ne vois pas, suivant les principes exposés plus haut (n° 123), comment nous pourrions refuser de reconnaître ici une règle de droit, vraiment obligatoire, comme issue de cette source formelle, la coutume. — Mais, il importe de le remarquer. Ce n'est pas, que la jurisprudence constitue ici une source de droit, indépendante, pas plus une coutume *sui generis*. Elle n'apparaît, dans ces hypothèses, que comme *propulseur* de la coutume, mais *propulseur* tellement indispensable, et aux effets à ce point inévitables, dans notre état social et politique, qu'il suffit d'une transposition d'idées, et presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création, dont elle constitue, en fait, l'instrument capital. Et, au surplus, alors même que la pratique ne s'est pas encore, pour ainsi dire, cristallisée en coutume autour de ce noyau, que lui offrent les décisions judiciaires, celles-ci, du moment que, sur un point donné, elles forment un ensemble compact et homogène, peuvent toujours être envisagées comme un germe de coutume, et étudiées à ce titre.

Voilà comment la jurisprudence, en tant qu'initiatrice de

(1) Sur la portée et les inconvénients de cette jurisprudence, voy. J. CHAMP-COMMUNAL, *De la généralisation de la clause à ordre et de la clause au porteur*, dans *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 156-159.

coutume, peut, à mon avis, et de nos jours encore, passer pour une force vraiment productive de droit (1).

Mais, puisqu'elle n'a cette force que comme organe de la coutume, ses effets ne sauraient dépasser ceux que nous avons reconnus à celle-ci. Et, comme nous n'avons pu admettre l'efficacité d'une coutume contraire à la loi écrite, nous ne pouvons pas plus attribuer force obligatoire à l'usage, reposant sur une jurisprudence, qui contredirait, formellement, et, pour ainsi dire, *violemment*, un texte légal (voy. ci-dessus, n° 129, *in fine*).

Ceci, il faut le dire, sera rare; tellement rare, qu'il n'est pas bien facile d'en citer des exemples décisifs (2). Le plus souvent, la jurisprudence, même la plus décidément contestable, passe à côté de la loi sans la choquer absolument, ou la complète sans l'offusquer. Il en résulte une *interprétation usuelle*, qui, une fois passée en coutume, a engendré une véritable règle de droit. — Comme direction pour l'interprète, pareille jurisprudence coutumière sera surtout précieuse, quand elle comblera de véritables lacunes, et, parfois même, des trous béants de notre législation; telles, la jurisprudence, qui a tracé les règles si incertaines, d'après l'art. 389 C. civ. franç., de l'administration légale du père (3), celle qui cherche à organiser régulièrement, à défaut de textes, la tutelle des enfants naturels (4), ou cette jurisprudence, toute préto-

(1) [Comp. M. MORNET, *Du rôle et des pouvoirs de la jurisprudence en matière civile*; thèse de doct. Droit. Paris, 1903-1904, nos 12-14, p. 36-44. — A. ROL, *Les causes et les effets du divorce* (alias : *L'évolution du divorce*); thèse de doct. Droit. Aix-Marseille, 1904-1905, p. 57-58 (Introduction).]

(2) Peut-être pourrait-on indiquer, comme telle, la jurisprudence constante du Conseil des prud'hommes de la Seine, qui, en cas de sous-entreprise, accorde à l'ouvrier du tâcheron, réclamant ses salaires, une condamnation solidaire contre le tâcheron et l'entrepreneur, nonobstant la disposition bien formelle, ce semble, de l'art. 1798 C. civ. franç.; *adde* art. 1202. — Voy. là-dessus : J. BRODU, *Du marchandage*, thèse de doctorat. Droit, Paris, 1897-1898, p. 48-49. [— A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Dalloz, t. II, 1915, p. 202. indiquent, comme fondée exclusivement sur la coutume, la jurisprudence, qui admet solidarité entre les coauteurs d'un même fait dommageable, pour la responsabilité qui en découle.]

(3) Voy. BEUDANT, *Cours de droit civil français. L'État et la capacité des personnes*, t. II, 1897, nos 735-737, p. 379-385. [— Voy. aujourd'hui la loi du 6 avril 1910, complétant l'art. 389 C. civ. franç.]

(4) Cons. note d'A. TISSIER, sous Civ. rej., 10 novembre 1896, SIR. 97, 1, 321. — *Adde*, sous le même arrêt, note de Léon MICHEL, D. P. 99, 1, 209. — Voy. encore : Req. rej., 10 novembre 1898, D. P. 99, 1, 218, SIR. 99, 1, 24. [— Voy., aujourd'hui]

rienne, qui a fixé les règles, suivant lesquelles se déterminent la propriété des tombeaux de famille et le droit d'assigner une sépulture aux défunts, qui n'ont pas manifesté leur volonté sur ce point (1).

Au surplus, il ne m'appartient pas, à cette place, de développer aucun de ces exemples, ni d'entrer dans les détails, si intéressants qu'ils puissent être, de cette formation coutumière. Il y a là, un champ d'investigations, tout à fait neuf à explorer, exigeant, d'ailleurs, un tact très délicat, pour discerner les divers degrés de la force créatrice, que méritent, suivant les circonstances qui les environnent, les décisions judiciaires. Parcourir ce champ de recherches, doit être réservé à des études de détail.

C'était assez pour mon dessein, plus général, ici, de montrer comment la jurisprudence, sans constituer en elle-même une source formelle de droit positif, doit, du moins, compter parmi les autorités, les plus puissantes aux yeux du juriste, et peut même, moyennant des conditions spéciales, contribuer à la formation d'éléments vraiment producteurs de règles nouvelles (2).

**150.** — Deux mots vont me suffire, maintenant, pour résoudre

d'hui, la loi du 2 juillet 1907, relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels.]

(1) Voy. Ed. LAMBERT, *De l'exhédération et des legs au profit d'héritiers présumptifs*, 1895, § 212, p. 165-166, et la note 1 pour les références. *Adde* Req. rej., 23 janvier 1899, *SIR.* 99, 1, 233. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I<sup>er</sup>, 1911, n° 3093, p. 979-980 et t. III<sup>er</sup>, 1905, n° 1705-8°, p. 315. — Rapprochez la jurisprudence, mal fixée encore, sur l'attribution des *meubles de famille*. Note de J. CHAMPCOMMUNAL, sous Paris, 3 mars 1896, *Pand. franç. pér.*, 97, 2, 81.

(2) Comp. C. CROME, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, 1892, p. 38. [— P. CERMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, Dresden, Zahn et Jaensch, 1898, p. 35-36 et p. 37. — Mais voy., contre toute autorité créatrice de droit reconnue à la jurisprudence : GLASSON (*Les sources du droit*), dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences mor. et polit.*, 1900-1<sup>er</sup>, t. CLIII, p. 504-505. — A. ESMEIN (*La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit français ?*), dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, t. IV, p. 540-544 (§ VI). — Je signalerai encore deux opinions originales : a) N. M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. TCHERNOFF, Paris, Giard et Brière, 1903, § 53, p. 457-462, reconnaît à la pratique judiciaire un pouvoir, incomplètement déterminé dans sa mise en œuvre, qui tend à ramener les institutions législatives à un tout logique, à écarter les contradictions qu'elles présentent et à compléter leurs lacunes. Il y voit une source de droit indépendante et distincte de la coutume. Les tribunaux complètent et coordonnent la loi, un peu comme fait, en son domaine, l'administration. — b) P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, nos 108-109, p. 174-179, place la

dre le même problème, se posant au sujet des travaux de doctrine. Sous ce nouvel aspect, la question ne change pas de nature. Et les solutions doivent rester les mêmes.

Il s'agit, en effet, de savoir, si les autorités doctrinales, du moins quand elles s'accordent pour faire masse sur un point de droit déterminé (*communis opinio doctorum*), ne peuvent pas constituer une puissance de direction, obligatoire pour l'interprète. — La solution négative fait encore moins doute, ici, qu'à l'endroit de la jurisprudence. Car, si l'on n'est pas arrêté par le principe de la séparation des pouvoirs (comp. ci-dessus, n° 146, t. II, p. 35-38), en revanche, on ne voit pas du tout, à quel titre, une puissance, refusée à l'organe officiel de la justice (jurisprudence), pourrait, en l'absence de toute institution de juristes patentés, être reconnue à des savants, dont l'opinion, exprimât-elle un sentiment collectif, ne traduit jamais que les efforts de raisons individuelles, sans aucun caractère, de publicité, et, pour ainsi dire, d'authenticité, qui l'impose à une raison, également indépendante (1). Et, nous pouvons répéter, après le savant SUAREZ : « *De hac igitur interpretatione certum est non habere vim legis, quia non procedit a potestate jurisdictionis, sed a scientia et judicio prudentum, et ideo dicimus per se non inducere obligationem* » (2). Aussi, et malgré les souvenirs du droit romain, s'expliquant par des raisons aujourd'hui disparues, ne paraît-on pas avoir jamais songé sérieusement, chez nous, à faire de la doctrine une source formelle de droit positif.

Inutile, par conséquent, d'insister ici, pour enfoncer une porte tout ouverte.

Mais, il convient, suivant moi, de corriger ce que la solution de principe, ainsi présentée, pourrait avoir d'excessif,

jurisprudence, parmi les éléments critiques de la recherche spontanée du droit (d'après le but social), à la suite de la loi, des travaux préparatoires et de l'usage, avant la doctrine et la tradition. D'ailleurs, la jurisprudence est autre chose pour lui qu'une coutume (voy. n° 98, p. 159-163).]

(1) [Voy., au contraire, en faveur d'une prétendue supériorité de la doctrine, vis-à-vis de la jurisprudence : ANCELOT (*Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, t. VII, p. 193-196. Adde, pour la supériorité des derniers jurisconsultes vis-à-vis des précédents : p. 197-198.]

(2) *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, lib. VI, cap. I, § 6.

en y apportant les mêmes tempéraments, que m'a paru mériter la même thèse, appliquée à la jurisprudence.

Tout d'abord, par conséquent, je dirai que, sans valoir source formelle, la doctrine des auteurs, quand elle apparaît comme un faisceau compact, mieux encore, quand elle est unanime, constitue une autorité très positive, qui, sans brider absolument le jugement de l'interprète, lui commande une grande prudence, pour rompre en visière à ce qu'elle lui propose (1).

D'autre part, à l'image de la jurisprudence, la doctrine peut, par la conviction, qu'elle engendrera chez les intéressés, déterminer, sur un point de droit, négligé, laissé douteux ou incomplètement réglé par la loi écrite, une coutume, qui, une fois formée, moyennant les conditions et dans la mesure que nous savons (voy. ci-dessus, nos 119 et 129), imposera son contenu à l'interprète. Pareille formation coutumière sera plus rare, fondée sur la doctrine, que sur la jurisprudence. Elle est possible, cependant, notamment à la suite d'une loi nouvelle (2). — Il adviendra même, qu'une opinion doctrinale s'affirme et se maintienne avec tant de force, qu'elle arrive à vaincre une jurisprudence rebelle. Nos controverses juridiques, les plus connues, en offrent des exemples fameux (3). — Et, en dehors d'une semblable opposition, combien d'élaborations doctrinales, qui, sans entrer nettement dans la jurisprudence, pénètrent peu à peu la pratique et déterminent des formations coutumières. Qu'il me suffise d'indiquer ici, sans y insister, la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité, avec ses plus notables conséquences. Je pourrais ajouter, comme un exemple plus précis, la doctrine, qui a étendu la

(1) SUAREZ, S. J., *loc. cit.* : « *Quia vero in omni arte iudicium jurisperitorum in illa magnam inducit probabilitatem, ideo etiam in hac legum humanarum interpretatione hæc doctrinalis interpretatio magnum habet auctoritatis gradum. In quo varii gradus esse possunt...* » Voy. la suite. *Adde.* § 5, *eod. cap.*

(2) Il peut arriver, aussi, qu'une règle coutumière s'appuie, à la fois, sur la doctrine et la jurisprudence. Ainsi, la règle du secret des lettres confidentielles, sur laquelle voy. note APPERT, dans *SIR.* 99, 4. 9. [— *Adde* Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Sirey, t. I, 1911, chapitre quatrième, nos 67-89, p. 178-233 et *passim*, d'après l'*Index alphabétique*, vis SECRET DES LETTRES EN GÉNÉRAL et SECRET PRIVÉ DES LETTRES.]

(3) Je citerai seulement la consultation PARDESSUS, de 1845, qui a fait admettre, par une jurisprudence encore hésitante, la validité de l'assurance des fautes. Voy. E. BOUTAUD, *Des clauses de non-responsabilité*, 1896, n° 58, p. 112-114.

pratique des saisies à des objets, rentrant mal dans les définitions du Code de procédure, ainsi les actions nominatives des sociétés; — doctrine, sur laquelle s'est basée une pratique, qui complète utilement la loi (1). Mais, au surplus, ici encore, je dois me borner à signaler le terrain de ces recherches, comme restant à défricher presque totalement (2).

#### IV

### *La question du « Juristenrecht » et du « Gerichtsgebrauch » en Allemagne*

**151.** — Les études, relatives à la valeur juridique de ces forces, que nous appelons tradition, autorité, ont été tellement négligées, ou, du moins, si superficiellement comprises, si peu profondément poussées, en France, que, cherchant moi-même un appui d'autorité pour les idées que je viens d'esquisser, je me vois contraint, ici encore, de m'adresser à la science allemande. Et, l'enseignement, que nous lui demanderons, pourra être, sinon absolument décisif pour nous, du moins, d'autant plus large et général, que nous en saisissons les résultats, au moment même, où, pour la plus grande partie, le droit allemand est en train de passer, d'un état de législation fragmentaire et de droit commun, très compréhensif (*gemeines Recht*), à celui d'une codification presque complète dans le domaine privé.

Il ne faut pas oublier, en effet, — à l'instant d'aborder cette petite enquête, sur les courants, qui ont entraîné les conceptions germaniques, touchant la valeur législative du

(1) Voy. la note d'A. TISSIER, sous Paris, 11 janvier 1895, SIR. 97, 2, 241.

(2) [Comp., plus nettement, contre toute valeur de source juridique (*lato sensu*) reconnue à la doctrine : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, 1911, p. 47-48 (n° 127). — GLASSON (*Les sources du droit*), dans *Séances et travaux de l'Académie des sc. mor. et polit.*, 1900-1°, t. CLIII, p. 505 cbn. p. 502-503. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3° éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 27-28. — Dans son désir de reconnaître l'influence des « experts en droit », de toute sorte, Ed. LAMBERT serait, je crois, plus large. Voy. *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 821-825. Comp. p. 42-43, p. 44. Mais voy. p. 159-160. — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n° 110-111. p. 179-182, étudie la doctrine, parmi les éléments critiques de la recherche spontanée, et lui assigne, comme rôle, de guider la jurisprudence.]

*Juristenrecht* et du *Gerichtsgebrauch*, — que, jusqu'à la récente entrée en vigueur du nouveau Code civil allemand (1<sup>er</sup> janvier 1900), la plupart des territoires, compris dans l'Empire d'Allemagne (je ne dis pas la plus grande partie de la population de l'Empire), ont été, pour l'ensemble de leur droit civil, sous le régime, peu précis et d'origine très compliquée, du droit commun allemand (1). Et, dans la mesure où ce droit, purement subsidiaire, cédait le pas au droit local, presque partout, celui-ci se trouvait représenté, soit par des législations fragmentaires, soit, le plus souvent, par des coutumes à peine fixées par écrit (2). Même, ces coutumes locales l'emportaient sur le droit codifié, dans le domaine, de la plus vaste, tant par son contenu que par son étendue d'application, des codifications allemandes, l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (3). — De telle sorte que, en attendant l'établissement effectif du règne exclusif de la codification nouvelle, la question, que nous envisageons ici, se présentait aux jurisconsultes allemands, sous un aspect assez

(1) Sur lequel, voy. notamment : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 1, note 1, t. I<sup>r</sup>, 1891, p. 1. — O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 10, t. I<sup>r</sup>, 1882, p. 50-53. — H. DERNBURG, *Pandekten*, § 1, t. I<sup>r</sup>, 1896, p. 1-3. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 6, I, 3 et II, t. I, 1895, p. 45-51. — Le régime du *gemeines Recht* se trouve écarté formellement dans les pays régis : 1<sup>o</sup> par l'*Allgemeines Landrecht* ; 2<sup>o</sup> par le Code civil français de 1804 (divers pays de la rive gauche du Rhin et Alsace-Lorraine) ; 3<sup>o</sup> par le Code civil Saxon de 1863 ; — sans parler des très petits domaines, régis par le Code civil autrichien de 1811 ou par le droit danois. — Dans le grand duché de Bade, le *Badisches Landrecht* de 1809 (adaptation allemande de notre Code civil) n'avait conservé force subsidiaire, qu'au droit romain, non aux autres sources du droit commun : art. 4 b, cbn. art. 6 a et b. I Einf. Edikt, § XVII, et II Einf. Edikt, § 3. — Quant au *Codex maximilianus Bavaricus* (*Bayrisches Landrecht*), de 1756, il avait laissé subsister tout le droit commun comme droit subsidiaire. — Sur tout cela, voy. : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 2, IV, t. I, 1893, p. 17-18. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 2, t. I, 1895, p. 63-79. — Et, principalement, pour un tableau général de la géographie du droit allemand avant le nouveau Code : *Denkschrift zum Entwurf eines B. G.*, 1896, Anlage I, p. 310-313. — PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 2-3. — SALEILLES, dans *Ann. de législ. étrang.*, 1897, t. XXVI, p. 144-145. — K. COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts*, t. I<sup>r</sup>, 1899, p. 22-23.

(2) WINDSCHEID, *op. cit.*, § 5, 3, t. I<sup>r</sup>, 1891, p. 14. — O. STOBBE, *op. cit.*, §§ 1-3 et 14 ; t. I<sup>r</sup>, 1882, p. 1-18 et p. 81-91. — DERNBURG, *Pandekten*, § 14, *initio*. — REGELSBERGER, *Pandekten*, § 5, II et § 6, 1 ; t. I, 1893, p. 27, p. 29-30. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, §§ 1 ; 3, I ; 9, I et III ; t. I, 1895, p. 3-8, p. 15-20, p. 63-72, p. 78-79.

(3) *Patent wegen Publikation des neuen allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten*, vom 5 Februar 1794, §§ I-VII et XVIII. — *Einleitung*, zum allgem. Landr., §§ 1, 3, 4, 21 et 53. — Et, là-dessus : FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatr.*, § 4, t. I<sup>r</sup>, 1887, p. 14-16. — Voy., d'ailleurs, pour plus d'explications sur ce point : ci-dessus, n<sup>o</sup> 134, *in medio*, t. I, p. 434-435.

sensiblement analogue (quoique non identique pourtant), à celui qu'elle avait pu revêtir dans la France d'avant 1804 (voy. ci-dessus, n° 141).

Cette question avait, d'ailleurs, pour l'Allemagne, une importance particulière, tenant spécialement à cette circonstance, que le phénomène juridique, absolument capital, de la *Réception du droit romain*, paraît avoir été l'œuvre propre de l'autorité des juristes (*Juristenrecht*), que les idées historiques les plus répandues représentaient même comme ayant, pour l'assurer, forcé la main et presque fait violence au droit coutumier populaire (*Volksrecht*) (1). D'où résultait, qu'en contestant la force créatrice de l'autorité scientifique ou judiciaire, on eût, théoriquement tout au moins, ébranlé la base principale du droit commun (2).

Les influences traditionnelles étaient tout opposées à un semblable mouvement. Et, de fait, les règles positives, nettement prohibitrices, édictées par le dernier droit romain contre l'autorité législative, soit des jurisconsultes, soit des décisions judiciaires (voy. ci-dessus, n° 145, t. II, p. 30, note 5), n'avaient jamais été reçues dans la pratique allemande (3). Au contraire, la tendance, à suivre fidèlement les précédents judiciaires, les plus considérés d'après leur origine, s'était maintenue depuis le moyen-âge, et accentuée même après la

(1) Voy., à ce sujet : O. STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, t. I, 1860, § 59, p. 609-655, *passim*, et t. II, 1864, p. 37-40 et p. 49-53. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 1891, p. 2. — STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1 Abth., 1880, p. 69. — O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1885, p. 27. Cpr. p. 25. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 9 *in fine*, p. 14. — Comp. une certaine atténuation du point de vue, indiqué au texte, dans STINTZING, *Geschichte der populären Literatur des röm-kan. Rechts in Deutschland*, 1867. Einleitung, p. XXVI. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 10. — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 152.

(2) Je dois dire, d'ailleurs, que, quelles qu'aient été leurs divergences sur la nature du *Juristenrecht*, les jurisconsultes allemands n'ont jamais hésité à accepter le *fait accompli* de la *Réception*. Voy. notamment : WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 1891, p. 2. — DERNBURG, *Pandekten*, t. I, 1896, § 3, et p. 66. — O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1885, p. 25-27. — Ed. HÖLDER, *Pandekten. Allg. Lehren*, 1891, p. 7. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 10, p. 108. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 2, t. I, 1895, p. 8-15. — Ed. HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1897, p. 23. — On pouvait différer sur l'explication du phénomène. Mais, on partait de cette idée *a priori*, que le phénomène *devait* s'imposer. Voy. notamment : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 1, texte et note 21, t. I, 1893, p. 10.

(3) SÉVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 161 ; cpr. p. 163-164.



réception du droit romain, moins par le simple esprit de paresse et de routine, qui fait accepter sans critique les suggestions d'une autorité, dont on se couvre, que par la sérieuse nécessité, d'avoir recours au mouvement continu et souple de la pratique, pour adapter à l'état social moderne les dispositions d'une législation, qui n'avait point été faite pour lui (1). — D'autre part, et quant à l'autorité des auteurs, on s'accordait assez généralement à reconnaître, comme s'imposant au juge, la règle consacrée par une *communis opinio doctorum*, sauf à discuter, au point de vue abstrait, sur ce qu'il fallait entendre par cette *communis opinio*, et, dans chaque espèce concrète, sur l'existence et la consistance des doctrines, proposées au juge, et pouvant former une *communior opinio* (2).

Abandonnées à elles-mêmes, ces tendances n'étaient pas sans danger (3). Et, le législateur moderne se préoccupa, parfois de les régler, plus souvent de les restreindre. Je ne veux citer ici que les deux plus importantes dispositions législatives, édictées en ce sens au dix-huitième siècle. — D'une part, le Code Maximilien, promulgué pour la Bavière, en 1756, réproouve formellement toute reconnaissance d'autorité impérative au profit des opinions doctrinales (*communis opinio* ou non), tandis que, sans donner force législative aux décisions du Tribunal supérieur du pays, il leur attribue la valeur d'une interprétation usuelle, devant, dans les cas semblables, être suivie par les juridictions inférieures (4). — D'autre part, et pour la Prusse, en 1794, l'*Allgemeines Landrecht* portait une prohibition plus radicale, qui évoquait le souvenir des procédés tranchants de Justinien : « On ne doit avoir aucun égard aux

(1) Voy. O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 164 ; cf. p. 163. — P. v. ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, § 45, texte et notes 1-6, t. I, 1880, p. 262-263. — Sur l'état de la doctrine du commencement de ce siècle, quant à la question, voy. : WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 10, texte et notes 6 et 9, p. 42-44.

(2) Voy. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 163-164. — O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 171. — Comp. WÄCHTER, *Württ. Privatr.*, t. II, 1842, § 10, note 25, p. 47-48.

(3) Comp. C. F. GLÜCK, *Erläuterung der Pandekten*, § 33, t. I<sup>er</sup>, 1797, p. 218-224.

(4) *Codex Maximilianus Bavaricus (Bayrisches Landrecht)*, I, 2, § 14. Sur ce texte et d'autres dispositions législatives analogues, en divers pays allemands, voy. O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 24, texte et note 12, § 25, texte et note 6 ; t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 166-167, p. 171. — Adde O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 21, note 14, t. I, 1895, p. 180-181.

« opinions des jurisconsultes, ni aux jugements antérieurs des « tribunaux pour les décisions à venir » (1) ; disposition, que sa brutalité même ne permettait guère de prendre à la lettre, mais qui, du moins, manifestait nettement, de la part du législateur prussien, un état d'esprit hostile aux autorités (2).

Tel était, en un raccourci très sommaire, tant au point de vue des idées scientifiques (3), qu'à celui de la législation (4), l'état de notre question, quand l'École historique fut appelée à l'envisager.

**152.** — Pour couper court, par avance, à toute illusion, je déclarerai, dès l'abord, que, relativement à cette question, la doctrine allemande, telle qu'elle s'est formée sous l'influence de PUCHTA et de SAVIGNY, telle qu'elle s'est développée sur les bases indiquées par ceux-ci, ne m'apparaît ni bien homogène ni très nette ; qu'à raison, sans doute, de l'imprécision inhérente au sujet, peut-être aussi d'une certaine inexactitude de son point de départ, elle est demeurée, presque jusqu'au bout, incertaine et comme inconsistante ; que, finalement, ses conclusions, toujours molles et embarrassées de réserves, sont à peine parvenues, avant la confection du nouveau Code civil, à se fixer en une formule, qui séduise fortement l'esprit et entraîne la conviction.

Pour PUCHTA et pour SAVIGNY, il s'agissait essentiellement de rattacher la création du droit, par les autorités scientifiques ou judiciaires, qu'ils ne distinguaient pas sous ce rapport (5), à la conscience juridique du peuple, source dernière, à leurs yeux, de tout droit positif. Ils y arrivaient, d'une façon fort

(1) *Einleitung*, § 6 : « Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche « der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Ansicht genommen « werden. » — Comp. le § 12 du Code autrichien de 1811, sur lequel voy. PFAFF et HOFMANN, *Commentar zum österr. allg. B. G.*, t. I, 1877-1882, p. 276 à 297.

(2) Comp. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 192, p. 195. — FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, t. I<sup>r</sup>, 1887, p. 80-81.

(3) Dans son *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts* (1<sup>re</sup> éd. 1832-1834), MAURENBRECHER soutenait encore, de la façon la plus extrême, la valeur impérative de la *communis opinio*. Voy. t. I<sup>r</sup>, 1840, p. 34 et sq., p. 72 et sq., p. 246.

(4) Adde P. von ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, § 45, texte et note 7, t. I, 1880, p. 263.

(5) Voy. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 166-167 ; t. II, 1837, p. 20. — SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 88.

simple. Considérant les juristes, — non pas dans leur activité réceptive ou constructive, comme interprètes purs de la loi ou metteurs en œuvre du système juridique (1), — mais dans leur activité proprement productive, et en tant qu'ils proposaient des règles nouvelles (2), — ils voyaient, en eux, les organes attitrés de la conscience commune, les représentants du peuple dans la sphère juridique, — investis de cette mission par la division des fonctions, que requérait une croissante complexité sociale (3). Dès lors, le droit des juristes (*Juristenrecht*) n'était qu'une sorte de succédané du droit populaire (*Volksrecht*). Ses résultats apparaissaient comme une variété nécessaire du droit coutumier, ayant, à ce titre, force obligatoire, sauf à préciser les conditions de détail requises pour les faire reconnaître (4). — Par là, non seulement on justifiait d'emblée la réception du droit romain (5), — non moins que celle du droit canonique par les juridictions séculières (6), — mais encore on conservait, dans le moderne *Droit des juristes*, une source, toujours vive et précieuse, de règles juridiques (7).

(1) Les règles, issues de cette activité purement scientifique des jurisconsultes, ne s'imposent que par leur vérité intrinsèque, et ne jouissent, à raison de leur origine, que d'une autorité morale, leur communiquant une simple présomption de vérité. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. II, 1837, p. 16, p. 20-21. *Pandekten*, 12<sup>e</sup> édit., 1877, p. 29.

(2) La distinction est nettement présentée par PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. II, p. 15-17, p. 20-21. — Adde : *Pandekten*, § 16, 12<sup>e</sup> éd. Th. SCHIRMER, 1877, p. 28-30. — Cpr. SAVIGNY, *Traité*, trad. GUENOUX, t. I, p. 44. — THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, § 55, *in fine*, p. 139. — Mais il faut bien convenir qu'elle est difficile à poursuivre dans l'application pratique. — Aussi WINDSCHEID y a-t-il apporté une atténuation très juste. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 16, note 8, t. I<sup>r</sup>, 1891, p. 45. — DERNBURG, *Pandekten*, § 29, note 4, t. I<sup>r</sup>, 1896, p. 65, l'écarte nettement, comme précaire et conduisant à de mauvais résultats pratiques.

(3) SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 12. — *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 42-44, p. 81, p. 145-146. — Cpr. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 165-166, t. II, 1837, p. 18-20.

(4) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 87, p. 90-94, p. 97. — Il résulte bien, de ces passages, que les règles dégagées, *par voie de pure interprétation*, ne jouissent que d'une autorité morale, qui céderait devant une conviction scientifique contraire. — Voy. encore : PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 165.

(5) PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 165 ; — et *Pandekten*, § 16, note d (de RUDORFF), 12<sup>e</sup> éd., 1877, p. 30.

(6) DERNBURG, *Pandekten*, § 13, t. I, 1884, p. 25-26. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 2, II, t. I, 1895, p. 14-15.

(7) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 77 ; p. 83-84 ; p. 88 ; p. 90 ; p. 194 ; p. 204, note c.

Contre cette manière de voir, et sans en contester le principe essentiel, BESELER, en 1843 (1), fit valoir des objections de fait, très sérieuses, que PUCHTA n'arriva pas à détruire complètement, dans la réfutation qu'il en tenta (2). S'appuyant principalement sur l'observation et sur l'histoire, BESELER soutenait, qu'il y avait pure fiction et erreur positive, à vouloir trouver, *a priori* et pour tous les cas, dans le sentiment juridique des juristes, l'expression vraie de la conscience populaire. Et, s'emparant précisément de l'exemple de la réception du droit romain, il montrait sans peine que, réalisé contre les plus énergiques résistances du peuple, ce phénomène juridique ne pouvait, sans un manifeste abus d'idées ou une évidente dénaturation des faits, passer pour une création coutumière, suivant le point de vue de PUCHTA et de SAVIGNY (3). — Le résultat de la critique de BESELER, envisagé d'un point de vue général, semblait donc être, que le *Juristenrecht* ne dût passer pour une source légitime de droit positif, que lorsqu'en fait, et d'après les circonstances, il répondait à la conviction populaire. Au surplus, cette adaptation pouvait se produire à la longue, et, après coup, transformer une autorité, inopérante à l'origine, parce que repoussée par la nation, en un droit coutumier, finalement accepté des intéressés (4).

Si pénétrante qu'elle fût, cette critique restait insuffisante pour ruiner, ici, la thèse des fondateurs de l'École historique. — Ce qu'il fallait nier, ce me semble, c'était l'idée même, que la caste des juristes fût jamais, à elle seule, capable de créer un droit coutumier. Car, en concédant à PUCHTA (5) et à SAVIGNY (6), que les jurisconsultes puissent le plus souvent traduire, ou, peut-être arrivent à entraîner, dans leur

(1) G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843.

(2) G. F. PUCHTA : *Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht*, 1844. — Voy. répl. de BESELER : *I Nachtrag (G. F. Puchta)*, 1844.

(3) BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*; *passim*, notamment, p. 36-40, p. 64, p. 68, p. 71-79, p. 85, p. 305-307, p. 342 et s.; — *I Nachtrag (G. F. Puchta)*, p. 14-15, p. 17-27. — Voy. aussi, en ce sens, avec certaines réserves : WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 10, note 4 et § 16, note 7; t. I<sup>r</sup>, 1891, p. 25-26, p. 45. — Adde encore : H. DERNBURG, *Pandekten*, § 29, note 4, t. I<sup>r</sup>, 1896, p. 65.

(4) Comp., à cet égard : O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 22, *in fine*, t. I<sup>r</sup>, 1882, p. 154. — Et, sur la terminologie bizarre de BESELER, *ibid.*, § 22, note 11, p. 153.

(5) *Kritik von Georg Beseler's*, 1844, p. 15-17, p. 23-24.

(6) *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 46.

sens, la conviction populaire, il n'en ressort pas, pourtant, que leurs opinions ou décisions, en tant qu'elles renferment des règles juridiques nouvelles, constituent, en elles-mêmes, les conditions essentielles pour fonder une coutume obligatoire. Celle-ci n'est établie que par l'usage des intéressés, que qualifie leur sentiment juridique (voy. ci-dessus, n° 119, p. 356-364). Et, si les autorités scientifiques ou judiciaires auront parfois suggéré ce sentiment ou déterminé cet usage, à coup sûr, elles ne représentent, de par soi, ni l'un ni l'autre. Le droit sort de la vie agissante, non de spéculations théoriques. Le juriste ne peut pas plus le créer, que le savant ne crée les éléments naturels, servant de matière à ses découvertes (1). Voilà où, pour ma part, je verrais le point faible de la thèse de PUCHTA et SAVIGNY, sur notre question. — Or, si cette idée fut pressentie par beaucoup (on la soupçonne déjà dans les objections de BESELER), il ne semble pas que, de longtemps, elle ait été nettement dégagée. D'où, les tâtonnements et les flottements, que l'on observe dans la littérature subséquente.

**153.** — Je n'ai pas à parler, ici, des doctrines, purement individuelles, n'ayant pas laissé trace dans la science, comme celle de THÖL, par exemple, qui, non content de reconnaître, à la suite de PUCHTA et de SAVIGNY, la force créatrice d'un *Juristenrecht* général, branche détachée du droit coutumier (2), prétendait attribuer, *en certains cas*, du moins, à la pratique judiciaire, la puissance de fonder un droit nouveau, même au moyen d'une décision unique (3).

Mais, pour m'en tenir aux courants, le plus directement dérivés de l'École historique, tels que m'a permis de m'en rendre compte une documentation malheureusement incomplète, je constate que la doctrine primitive, si étrangement compliquée déjà par la distinction, qu'elle tentait d'établir, entre l'élaboration purement scientifique des juristes et leur acti-

(1) Comp. O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 25, texte et note 3, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 170. — E. PICARD, *Le droit pur*. Permanences juridiques abstraites, 1899, p. 184.

(2) H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, p. 131. — Cpr. p. 139.

(3) H. THÖL, *Einleitung*, 1851, § 54, p. 136-138. *Das Handelsrecht*, § 14, t. I<sup>er</sup>, 1879, p. 55-57. — Voy. des idées, plus singulières encore, chez MAURENBRECHER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1840, §§ 30, 31, 114.

tivité vraiment productive, se retrouve, plus embarrassée encore, dans ses conclusions, chez des jurisconsultes, qui écrivaient vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. — WÄCHTER, par exemple, tout en inclinant à écarter l'idée d'une création juridique par la pratique judiciaire (*Gerichtsgebrauch*) (1), reconnaît qu'il en peut résulter, même directement et immédiatement, un vrai droit coutumier (2); tandis qu'il semble, malgré quelque équivoque de pensée et d'expression, méconnaître, plus formellement (sauf seulement l'autorité morale), toute production de droit par voie de doctrine (3). — Un peu plus tard, UNGER s'inspire visiblement des mêmes idées, en faisant entendre que, seule, la pratique judiciaire représente véritablement la conscience juridique commune (4), alors que les résultats de l'activité théorique des jurisconsultes ne puisent de valeur que dans leur vérité scientifique et participent seulement à l'autorité personnelle de ceux dont ils émanent (5). D'ailleurs, sur le terrain positif du droit autrichien, UNGER constatait, que les dispositions du Code de 1811 refusaient toute force obligatoire au *Juristenrecht*, comme variété du droit coutumier, qu'elles écartent (6); et, plus précisément encore, à l'usage judiciaire (*Gerichtsgebrauch*) (7). — Puis, c'est WINDSCHEID, qui, attachant moins d'importance à ces distinctions, et plus fidèle à la pensée première de l'École, reproduit la substance de la thèse de PUCHTA et de SAVIGNY; il l'atténue toutefois, suivant les observations de BESELER, en reconnaissant que le *Juristenrecht* peut exceptionnellement

(1) WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 10, 1, p. 41-43.

(2) WÄCHTER, *op. cit.*, t. II, § 10, 2, p. 44. — Et, plus nettement : *Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauch*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, t. XXIII, 1840, p. 432 et sq.

(3) WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 10, *in fine*, p. 47-48. — Cette distinction se rencontre déjà dans N. FALCK, *Encyclopédie juridique*, (1<sup>re</sup> éd. 1821), § 10, trad. PELLAT, 1841, p. 20-22.

(4) J. UNGER, *Österreichisches Privatrecht*, § 6, texte et notes 3-4, t. I<sup>er</sup>, 1876 (la 1<sup>re</sup> éd. est de 1856), p. 42.

(5) J. UNGER, *op. cit.*, § 6, texte et notes 5-8, t. I<sup>er</sup>, p. 43.

(6) Art. 10 du Code de 1811. — Voy. J. UNGER, *op. cit.*, t. I<sup>er</sup>, 1876, p. 42, *in fine*.

(7) Art. 12 du Code de 1811. — Voy. J. UNGER, *op. cit.*, § 6, texte et note 11, t. I<sup>er</sup>, p. 44. — PFAFF et HOFMANN, *Commentar zum österr. allgem. B. G.*, t. I, 1877-1882, p. 282 à 297. [— M. VON STUBENBAUCH, *Kommentar zum österr. allgem. bürg. Gesetzbuche*, 8 A. v. BONNOT et SCHREIBER, Wien, Manz, 1902, p. 46-49.] — Comp. SAVIGNY, *Traité*, trad. GUENOUX, t. I, p. 194, *initio*.

s'écarter de la conscience commune du peuple, et en essayant, pour cette hypothèse, de justifier, par des raisons secondaires, la vertu qu'il lui attribue, dans tous les cas, comme variété de la coutume (1).

Entre temps, diverses législations locales, reprenant une pensée déjà ancienne (2), avaient tenté, sous forme de règlements de procédure, de maintenir une certaine cohésion dans la jurisprudence des pays allemands, en consacrant légalement l'autorité, soit pour les juridictions supérieures, qui les avaient rendues, soit pour les tribunaux inférieurs, de certaines décisions, particulièrement solennelles (3). Toutefois, ces dispositions légales, — qui, pour l'Empire d'Allemagne, du moins, devaient finalement disparaître dans la loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877, dont l'art. 137 en contient le dernier vestige (4), — purement inspirées par le motif tout pratique de l'uniformité dans l'administration de la justice, en vue de la sécurité du droit, ne furent jamais considérées, par la science allemande, comme assignant aux précédents judiciaires le caractère de sources formelles, qui, comme telles, dussent fournir une direction positive à l'interprétation juridique, en général (5).

(1) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 16, in fine, t. I<sup>r</sup>, 1891 (la 1<sup>re</sup> éd. est de 1862), p. 43-45.

(2) Voy. notamment, sur le caractère, provisoirement obligatoire, des *gemeine Bescheide* du *Reichskammergericht* (de 1495) : WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 10, texte et note 10, p. 44. — Adde O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>r</sup>, 1882, p. 165-166.

(3) Voy., notamment, à ce sujet : O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 24, texte et notes 9-6, t. I<sup>r</sup>, 1882, p. 166-168. — L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, § 34, texte et note 8, t. I<sup>r</sup>, p. 306-307. — J. UNGER, *Österreich. Privatr.*, § 6, in fine, texte et note 13, t. I<sup>r</sup>, 1876, p. 45. — P. VON ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, § 45, t. I, 1880, p. 263-265. — Adde, en ce qui concerne spécialement la Prusse : FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des preuss. Privatr.*, t. I<sup>r</sup>, 1887, p. 81, texte et note 3. — Et, quant aux décisions du *Reichsoberhandelsgericht* : Loi confédérale (plus tard, loi d'Empire), du 12 juin 1869, art. 9.

(4) Adde : art. 528 *Civilprozessordnung*, du 30 janvier 1877. — L'art. 137 du Code d'organisation judiciaire, amendé par une loi du 17 mars 1886, se trouve notablement modifié et complété (sous le même numéro) dans la *Gerichtsverfassungsgesetz*, du 17 mai 1898. — L'art. 565 du Code de procédure, du 17 mai 1898, correspond, avec une petite adjonction, à l'art. 528 du Code de 1877. — Sur la portée de ces dispositions, cons. O. STOBBE, *Handbuch des deutsch. Privatr.*, t. I<sup>r</sup>, p. 168. — P. V. ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, t. I, 1880, p. 264-265. — C. CROME, *Allgemeiner Theil der modernen französ. Privatrechtswissenschaft*, 1892, p. 39. — REGELSBERGER, *Pandekten*, § 25, III, 3, t. I, 1893, p. 109.

(5) Voy. notamment : O. STOBBE, *op. cit.*, t. I, p. 165. — Et, sur tout cela : HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, § 4, texte et note 7, t. I, 1897, p. 23-25.

Mais, d'autre part, et pour en revenir à l'évolution de la doctrine, de plus en plus, on pressentait l'inadmissibilité des idées, émises par les fondateurs de l'École historique. Ce sentiment, qui se laisse déjà apercevoir très net dans certains passages de GOLDSCHMIDT (1), apparaît surtout, accompagné d'un effort bien visible, pour se dégager de la tradition classique, chez STOBBE. — Après avoir semblé, d'abord, admettre le *Juristenrecht*, comme variété de la coutume, en faisant entendre, toutefois, qu'il ne le reconnaît, à ce titre, qu'autant que la conviction populaire l'accepte (2), dès qu'il arrive à rechercher, de plus près, dans quelle mesure on peut ranger, parmi les sources du droit privé positif, soit la pratique judiciaire, soit la science juridique, STOBBE n'hésite pas, d'abord, à leur refuser ce caractère, et il explique amplement, que l'autorité, de fait et de pratique, qui s'attache à une jurisprudence fortement établie, pas plus que l'autorité morale, méritée par une opinion commune, ou même unanime, des docteurs, ne peuvent se transformer en autorité juridique, ayant, à aucun degré, force obligatoire pour l'interprète (3). En même temps, il laisse entrevoir, d'une façon un peu moins nette que je ne le voudrais, que la pratique et le droit scientifique, ainsi privés, en eux-mêmes, de toute vertu propre pour la création juridique, peuvent fournir le point de départ et constituer les premiers éléments, de la formation d'une coutume proprement dite (4).

**154.** — Il suffisait, ce semble, de préciser et de développer un peu ces idées, en bannissant tous les vestiges, qu'elles contenaient encore, du faux point de vue des fondateurs de l'École historique, pour tirer de là un système d'ensemble,

(1) L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1874 (la 1<sup>re</sup> éd. est de 1864), p. 306-307. — Cpr. p. 303, *in fine*, texte et note 2.

(2) O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 22, 5, t. I<sup>er</sup>, 1882 (la 1<sup>re</sup> éd. est de 1871), p. 153-154. — Cpr. BLUNTSCHLI, *Le droit public général*, trad. de RIEDMATTEN, 1881, p. 14.

(3) O. STOBBE, *op. cit.*, t. I<sup>er</sup>, p. 165 et p. 168 ; p. 170. — Cpr. Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, § 4, note 10, p. 50.

(4) O. STOBBE, *op. cit.*, § 24, *in fine*, § 25, *in fine*; t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 168, p. 172. — Voy. une interprétation différente, de ces passages de STOBBE, dans Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 152, note 1.]



aussi satisfaisant à la raison que suffisant à la pratique. — Ce dernier pas ne fut franchi, que dans les derniers travaux, qui accompagnèrent ou suivirent l'élaboration du nouveau Code civil. Encore, faut-il dire que ce ne fut pas sans hésitations et sans à-coups.

Balancé entre l'impossibilité reconnue, de maintenir la doctrine de l'École historique, même avec les amendements proposés, et la nécessité pratique, sentie d'instinct, de reconnaître une certaine autorité effective aux précédents, DERNBURG, dans la question présente, comme dans celle de la coutume (voy. ci-dessus, n° 115 *in fine*, p. 344), paraît s'être arrêté à une solution, purement *positiviste*, et qui se ramène presque à une simple constatation de fait (1). — Envisageant exclusivement la jurisprudence (*Gerichtsgebrauch*), qui, seule, du point de vue pratique, requiert impérieusement une reconnaissance positive, il la caractérise comme constituant, séparément de la coutume aussi bien que de la loi (plus rapprochée pourtant de la coutume que de la loi), une source *sui generis*, pouvant même faire échec à la loi écrite, et qui lui paraît justifiée par sa nécessité même (2). Hors de là, je ne vois pas qu'il apporte, de son opinion, une démonstration sérieuse. — Cette opinion perd même, en définitive, beaucoup de sa fermeté, en même temps que de son apparente hardiesse, si l'on considère que, tout en classant la jurisprudence parmi les sources du droit objectif, DERNBURG déclare formellement, qu'elle constitue une source fort inférieure, en énergie, à la loi, et même à la coutume, que les règles, qui s'en dégagent, n'ont pas force obligatoire absolue, qu'elles doivent céder à meilleur examen, etc., etc. (3). Tout cela revient, en somme, à n'attribuer, à l'usage judiciaire (*Gerichtsgebrauch*), guère plus qu'une simple autorité morale (4).

Pourtant, vers la même époque, une tentative sérieuse était faite, pour reconnaître une part, plus notable et plus précise, dans la création du droit positif, à la fonction judiciaire.

(1) H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I (1<sup>re</sup> éd., 1884 ; 5<sup>e</sup> éd., 1896), § 29.

(2) H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I<sup>s</sup>, 1896, p. 65 ; cpr. p. 52.

(3) H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I<sup>s</sup>, 1896, p. 66.

(4) [Voy. une appréciation différente des idées de DERNBURG, sur ce point, chez Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 152, note 1.]

— Reprenant et développant, en leur donnant plus de corps, certaines idées, déjà émises antérieurement (1), BÜLOW s'était efforcé de montrer, que le juge, chargé d'appliquer le droit, avait un rôle nécessaire de création juridique (2). La loi, disait BÜLOW, ne constitue qu'une préparation, un essai de réalisation, d'une certaine organisation juridique. Elle fournit une simple indication, que le juge doit compléter, dans l'interprétation concrète (3). La décision de celui-ci n'est pas, ne doit pas être, un simple jugement logique, procédant par « oui » ou par « non », dans une application mécanique de la loi. Elle doit contenir une détermination de droit, elle signifie nécessairement, en elle-même, un règlement juridique (4). L'histoire en mains, BÜLOW prétendait établir, que l'autorité judiciaire avait pris, de tout temps, une part considérable à l'élaboration des institutions juridiques (5). Il ajoutait que, dans le régime moderne, ce rôle n'était pas moins nécessaire (6). Il y voyait donc, un élément essentiel de la fonction judiciaire, non moins qu'une condition *sine qua non* du progrès juridique (7). — Poussée plus loin, cette théorie aurait pu conduire à justifier le pouvoir créateur de la jurisprudence et à légitimer son classement au nombre des sources formelles. Telle n'était pas, cependant, la pensée de son auteur. Au contraire, il se défendait vivement contre l'idée, qu'on dût attribuer au juge le pouvoir d'établir des règles de droit abstraites (8). Son intention, bien visible, était plutôt d'assurer la libre appréciation du juge, au regard des lois d'Empire, aux formules abstraites et compréhensives, de façon à assurer l'individualisation des décisions judiciaires (9). Aussi, ceux, qui combattirent la nouvelle doctrine, lui reprochèrent-ils surtout de tendre à l'émiettement de la jurisprudence pra-

(1) Notamment, par HUGO, dans *Civilistisches Magazin*, t. IV (1813), p. 123 et BÄHR, *Der Rechtsstaat*, 1864, p. 4 et sq. — Adde : FR. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 11-12.

(2) O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1885.

(3) *Op. cit.*, p. 45-47.

(4) *Op. cit.*, p. 6-9.

(5) *Op. cit.*, p. 16-27.

(6) *Op. cit.*, p. 28-41.

(7) *Op. cit.*, p. 12-16.

(8) *Op. cit.*, p. 42-44.

(9) *Voy. op. cit.*, Vorbemerkung, p. VIII-XII.

tique, par une concrétisation trop absolue de ses éléments (1). En définitive, et à parler exactement, les idées de BÜLOW tendaient à justifier et à développer la libre recherche scientifique du jurisconsulte (voy. ci-dessus, n° 85, p. 212-215) (2), non pas à fortifier l'érection de la jurisprudence en source formelle de droit abstrait (3).

Cette dernière visée est reprise par REGELSBERGER, qui se sert, pour l'appuyer, de l'idée essentielle, contenue dans les développements de BÜLOW (4). Au demeurant, REGELSBERGER n'arrive pas, sur ce point, à des conclusions plus complètes que celles de DERNBURG. Et, s'il range la jurisprudence, résultant de l'usage judiciaire (*Gerichtsgebrauch*), aussi bien que des travaux scientifiques (*Juristenrecht*), parmi les sources de règles juridiques, à la suite de la loi et de la coutume, il ne lui attribue qu'une autorité de second ordre, bien différente de la force coactive de la loi (5). En même temps, toutefois, il reconnaît que, sur la base de cette autorité, se développera facilement un droit coutumier proprement dit, jouissant, comme tel, d'une complète efficacité juridique (6).

(1) Voy. notamment : M. WLASSAK, *Römische Processgesetze*, t. I, 1888, p. 11-13. — W. SCHUPPE, *Das Gewohnheitsrecht*, 1890, p. 169-175. — Ed. HÖLDER, *Pandekten. Allgem. Lehren*, 1891, § 7, Anmerkung, p. 38-39. — Adde une critique, d'un point de vue différent, par W. KNITSCHKY, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1898, t. XIII, p. 239-245.

(2) Ainsi comprises, les idées de BÜLOW ne sont pas sans analogie avec celles, que GOLDSCHMIDT a présentées, sur le rôle de la science, en général, dans la création juridique : *Handbuch des Handelsrechts*, § 34, texte et notes 6-7, t. I<sup>er</sup>, 1874, p. 305.

(3) [S. SCHLOSSMANN, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem B. G. B. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzauslegung*, 1903, p. 34-43, développant les idées de BÜLOW, va jusqu'à admettre, que le juge, qui fait le droit, peut, au besoin, corriger la loi et constate que l'interprète cherche toujours à rattacher ses décisions, même audacieuses, à la loi. — Comp. encore : E. DANZ, *Einführung in die Rechtssprechung*, Jena, G. Fischer, 1912, p. 72 (§ 22) ; §§ 23-24, p. 75-79 ; § 29, p. 97-98. Adde § 13, p. 37-42. — Mais voy. des idées, plus classiques, chez K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, A. Deichert, t. I, 1903, p. 37-38 (§ 7) ; t. II, 1907, § 93, III-IV, p. 166-173.]

(4) F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 25, I, t. I, 1893, p. 107. — Cf. § 17, note 9, p. 87.

(5) REGELSBERGER, *op. cit.*, § 17, II, B, 3 et III, 1-2, § 25, II-III ; t. I, 1893, p. 87-89, p. 107-109. — Comp. les idées, moins précises, de W. KNITSCHKY, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1898, t. XIII, p. 245-252.

(6) *Op. cit.*, § 17, III, 3 et § 25, III ; p. 89 et p. 108. Cpr. § 20, III, p. 96-97. — Voy. encore, chez REGELSBERGER, l'influence, très reconnaissable, de la doctrine de l'École historique : § 20, I, 3, p. 95-96.

Cette double conclusion paraît définitivement acquise dans la doctrine allemande, antérieure à la promulgation du nouveau Code civil. Elle se rencontre, notamment, exprimée, de la façon la plus nette, dans les Pandectes de HÖLDER (1), et dans le Traité de droit privé allemand de GIERKE (2).

Un instant, on put craindre, qu'elle ne fût ébranlée (dans sa seconde branche du moins), par les principes du nouveau Code civil. Nous savons, que le premier Projet, dans son § 2, excluait, en principe, le droit coutumier, du nombre des sources positives du droit privé. Il est vrai que, suivant les *Motifs* (3), cette exclusion ne devait pas arrêter l'essor de la jurisprudence, dont la force vivante et la vertu toujours jeune étaient retenues comme nécessaires, pour dégager, dans leur ensemble, les principes déposés dans les textes. Mais, en paraissant limiter ses procédés à l'Analogie de la loi ou du droit (4), on entravait manifestement son indépendance. Et, au surplus, les *Motifs* ne laissaient pas ignorer, que la portée du § 2 du Projet allait jusqu'à refuser toute force obligatoire aux formes dérivées de la coutume, suivant les doctrines antérieures (*communis opinio, Juristenrecht, Gerichtsgebrauch*) (5). En tout cas, il n'est pas douteux, que sa conséquence nécessaire fût la condamnation de toutes dispositions coutumières, formées sur la base des autorités jurisprudentielles ou doctrinales (6).

Quoi qu'il en soit, la suppression, définitive et absolue, du § 2 du premier Projet (voy. ci-dessus, n° 136, p. 440-441), a entraîné la disparition de toutes les conséquences, qu'on aurait pu tirer de ce texte. Et, les commentateurs du nouveau Code ont pu reprendre et développer, sur la base du droit

(1) Ed. HÖLDER, *Pandekten. Allgem. Lehren*, 1891, § 7, p. 36-38; § 8, *in fine*, p. 49-50. Cpr. § 8, Anmerkung II, p. 51.

(2) O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 21, II-III, t. I, 1895, p. 177-181. [— Comp., pour une appréciation différente de la doctrine de GIERKE : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 152, note 1. Adde p. 157, note 1.] — Cpr. encore : C. CROME, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, 1892, p. 38.

(3) *Motive zu dem Entwurfe eines B. G.*, t. I, 1888, p. 7, *in fine*.

(4) *Motive*, t. I, p. 8, *initio*.

(5) *Motive*, t. I, p. 7, *in fine*.

(6) Voy. la critique de GIERKE : *Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht*, 1889, p. 128-130.

nouveau, les résultats de l'évolution antérieure. — Nous savons déjà (voy. ci-dessus, n° 137, p. 445), que les plus autorisés se représentent la coutume générale, incontestablement maintenue pour l'avenir, du moins à titre supplétif, comme ne pouvant plus guère se former, que grâce à la jurisprudence, grâce surtout aux décisions du *Reichsgericht* (1). Par là même, ils nous font apercevoir cette jurisprudence, suscitant des pratiques, qui pourront devenir coutumes, et, comme telles, engendrer des règles de droit, destinées à valoir dans la mesure de la force reconnue au droit coutumier (2). — En dehors de ce rôle éventuel, mais néanmoins important, de promoteurs de la coutume, ni les précédents judiciaires, si constamment et si fermement qu'ils se répètent, ni les décisions doctrinales, si haute en soit l'origine, n'auront plus qu'une autorité de raison, capable d'éclairer l'interprète, non d'enchaîner son jugement par la force d'une injonction impérieuse (3).

Ces conclusions ne sont pas autres, que celles, auxquelles nous a conduits l'examen de la même question, au point de vue spécial de notre droit français (4). Elles paraissent donc

(1) G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 35. — P. CERTMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 35-37.

(2) PLANCK et CERTMANN, *loc. cit.* — HAIDLEN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. IV, 1897, p. 418. — Cpr. R. SOHM, *Vortrag über den Entwurf eines B. G.*, 1895, p. 6 : « Das gerechte wahre Volksrecht zu finden vermag heute nur der gebildete Jurist. Das Juristenrecht stellt für uns nicht den Gegensatz, sondern die unentbehrliche Erscheinungsform des Volksrechts dar. » — Adde : ECK, *Sammlung von Vorträgen*, 1896, Heft I, p. 1-2. — K. COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 30. [— Ed. HÖLDER, *Kommentar zum allgem. Theil des bürg. Gesetzb.*, München, Beck, 1900, p. 54-57 (Einleitung, III, 4, III-V).]

(3) Ed. HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1897, p. 21-23, où l'on verra encore des vestiges très nets des idées de PUCHTA et de SAVIGNY. — F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 12, note 6, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 52 ; cpr. §§ 10-11, p. 41-49. — Voy. aussi BIERLING, *Juristische Principienlehre*, t. II, 1898, p. 339-340, se prononçant nettement contre les idées de l'École historique.

(4) [Comp. R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 85-88 (§ IX). — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, Guttentag, 1907, p. 70-71 (§ 4) et p. 181 (§ 10). — A. von THÜR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. 46-47 (Einleitung, VIII). — Ces auteurs ne visent guère, pour lui reconnaître effet, que l'usage judiciaire (*Gerichtsgebrauch*). — J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, § 24, IV, p. 81-82 et § 33, I-III, p. 110-113, fait nettement la distinction entre le *Juristenrecht*, qui n'est qu'un élément d'élaboration du droit préexistant, et le *Gerichtsgebrauch*, auquel il attribue la valeur d'une véritable coutume, s'il change la loi ou la complète, et à condition que l'intention du juge soit de statuer désormais dans le même sens. — E. R. BIERLING, *Juristische Principienlehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, t. IV, 1911, § 54, nos 7-8, p. 321-334, admet l'essentiel de mes idées, relativement à

s'imposer sous tout régime de codification moderne. Et, je puis résumer tous les développements de cette section dans les propositions suivantes (1) :

L'autorité et la tradition ne constituent pas, à côté de la loi et de la coutume, une source formelle, indépendante et *sui generis*, de droit privé positif.

Elles peuvent seulement préparer la loi écrite, en inspirant ses dispositions, et surtout contribuer à une création coutu-

la doctrine et à la jurisprudence, simples initiatrices de coutume et réfute longuement Ed. LAMBERT, à qui il reproche notamment d'épiloguer sur mes explications et d'avoir un concept insuffisant de la coutume et du droit. — Du point de vue de la nouvelle législation civile de la Suisse, M. GÜRER refuse, à peu près, toute valeur à l'usage judiciaire (*Gerichtsgebrauch*), qui, pour lui, se distingue de la jurisprudence. *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, § 5, IV, p. 96-97. Et comp., sur l'autorité de la doctrine et de la jurisprudence éprouvées (*bewährte Lehre und Ueberlieferung*), d'après l'article 1<sup>er</sup> al. 3 du Code civil suisse de 1907, le même, § 7, p. 117-127. — Voy. aussi : E. HUBER, *Bewährte Lehre. Eine Betrachtung über die Wissenschaft als Rechtsquelle*, Bern, K. J. Wyss, 1910.]

(1) Au surplus, je ne puis mieux *illustrer* ces conclusions, qu'en rapportant ici un passage de DUNOD, auquel j'ai fait plusieurs fois allusion, et qui, réserve faite de certaines particularités, tenant à l'organisation juridique d'autrefois, me paraît indiquer très nettement la ligne de conduite, recommandée à l'interprète par le plus sûr bon sens : « Quelque attention qu'on apporte à dresser les loix et les coutumes, il n'est pas possible qu'elles pourvoient à tous les cas ; ni qu'elles s'expliquent si clairement, qu'elles ne puissent être différemment interprétées, avec des raisons plausibles de part et d'autre. C'est un mal attaché à la faiblesse et à l'infirmité de l'esprit humain. Lors donc qu'il se présente des cas nouveaux ou douteux, comme le souverain, occupé à des affaires plus importantes, n'a pas toujours le tems de les décider par des Rescrits, et qu'il y aurait souvent de l'indiscrétion de lui en demander : les juges prononcent sur les affaires suivant leurs lumières, et qu'il leur paraît plus juste et plus conforme à la raison. Les cours supérieures y rendent quelquefois des arrêts de réglemens ; c'est quand la matière est de conséquence, qu'elle arrive souvent, et que leur autorité peut s'étendre jusqu'à les déterminer pour toujours, et ces arrêts ont force de loi. Ceux, qu'elles rendent à l'ordinaire, n'ont pas la même autorité. Cependant, quand il y en a plusieurs sur une même question, et qu'il n'y en a pas de contraires dans le même tribunal, ils forment une jurisprudence, dont on ne doit pas s'écarter sans de grandes raisons. *Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt* (fr. 23, D., *De Legibus*). Le bien public demande que l'on s'y tienne, parce qu'il vaut mieux avoir des règles, quoi qu'imparfaites, que n'en point avoir du tout. La variation des jugemens est un des plus grands deffauts de la jurisprudence, et un véritable mal dans la société : car elle fait que l'on ne sçait plus à quoi se fixer : elle donne la hardiesse de tout entreprendre et multiplie les procès à l'infini. L'on doit donc l'éviter autant qu'il est possible, et préférer la chose jugée uniformément plusieurs fois à son propre sentiment : à moins qu'elle n'emporte quelque absurdité, qu'elle ne blesse les grandes règles, ou qu'il ne soit arrivé quelque changement général et notable, qui fournisse un juste motif à changer de jurisprudence. » (*Traité des Prescriptions*, 1<sup>re</sup> partie, chap. XIII, *in medio*, Dijon, 1730, p. 105-106). — Comp. encore, sur l'autorité de la jurisprudence et de la doctrine : VAN BREMELÉN, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 29-30.

mière, en servant de base, chez les intéressés, à des usages appuyés d'un sentiment juridique.

En elles-mêmes, ce ne sont que des flambeaux, qui éclairent la marche de l'interprète, sans lui imposer une direction, et des précédents, qui aideront à sa raison, sans couper court à toute activité propre de celle-ci.

S'agit-il de traditions anciennes, dans la sphère de la codification réalisée, englobées par conséquent dans l'effet novatoire de la codification, elles n'auront qu'une valeur morale.

Quant aux autorités récentes, ou étrangères, par leur objet, au domaine des Codes, leur force sera plus positive, en ce qu'elles guideront l'interprétation, comme complément nécessaire du droit nouveau, et suffiront à dicter les solutions, à défaut de toute raison supérieure.

## CHAPITRE SECOND

### La libre recherche scientifique.

- SOMMAIRE : 155. Nécessité et nature de la libre recherche. — 156. Direction générale qu'on doit lui assigner. — 157. Éléments objectifs d'une investigation scientifique. — *Quid* de l'opinion publique ? — 158. Rôle de la systématisation logique et côté technique de notre science. — Conceptions et constructions abstraites. — 159. Nature des choses. — Idée du but.
- I. *Éléments de libre recherche puisés dans la raison et la conscience.* — 160. La doctrine du droit naturel et sa fortune à l'époque contemporaine. — 161. Part relative et nécessaire à faire à la notion du juste objectif. — 162. Application et précision de cette idée. — 163. Rôle de l'équité dans l'interprétation du droit positif.
- II. *Éléments positifs de la libre recherche.* — 164. Aperçu des éléments à tirer de l'organisation positive. — 165. L'analogie. — Son fondement. — Son rôle dans la libre recherche. — 166. Applications de l'analogie. — Sa portée comme moyen d'investigation. — 167. Les divers éléments de notre civilisation actuelle. — 168. Les directions tirées des sciences ou disciplines sociales.
- III. *Mise en œuvre pratique de la libre recherche.* — 169. Comment devra procéder la libre recherche. — 170. Esquisse d'une application large de ces procédés. — 171. Développement à donner à l'autonomie de la volonté. — 172 et bis. Portée du principe qui consacre la volonté autonome. — 173-174. Principe de l'équilibre des intérêts en présence. — 175. Principe de l'ordre public ou de l'intérêt supérieur. — 176. Autres applications de la libre recherche.
- [176 bis. *Le pouvoir discrétionnaire du juge et la libre recherche.*]

**155.** — Les sources formelles, du droit privé positif, dont j'ai cherché, dans le précédent chapitre, à préciser la juste portée et à déterminer l'usage légitime, procurent, assurément, dans la mesure permise à leur champ d'action, la plus ferme direction à l'interprète. Mais, nous ne pouvons nous dissimuler, que, si pénétrante et si subtile puisse être l'interprétation de ces manifestations positives du droit, elle ne saurait, sans méconnaître leur nature et sans excéder leur puissance propres, satisfaire, à elle seule, tous les *desiderata* de la vie juridique. Et notamment, — pour ne parler ici que de la plus parfaite et la plus féconde, à l'heure actuelle, des sources précitées, la loi écrite, — il est clair, qu'en l'envisageant, ainsi qu'on doit faire (voy. ci-dessus, nos 98, 101 et s.), comme un



acte de l'intelligence et de la volonté humaines, essentiellement borné dans ses visées, plus restreint encore dans sa portée effective, on est bien assuré, avec tant de profondeur qu'on la creuse, quelque ingéniosité que l'on mette à en solliciter la formule, de n'en pouvoir déduire la pleine totalité des solutions, que réclament impérieusement les infinies complexités des relations sociales.

Il arrive donc, nécessairement, un moment, où l'interprète, dépourvu de tout appui formel, doit se fier à lui-même, pour découvrir la décision qu'il ne peut refuser (art. 4 C. civ. franç.). — Bien plus : alors même qu'il scrute, par l'interprétation proprement dite, les injonctions, extérieures à son jugement, pour en dégager la direction qu'elles contiennent, le jurisconsulte ne joue pas un rôle purement récepteur ou mécanique. Ses facultés propres entrent en scène, pour découvrir et employer, à propos de la formule qu'il applique, les éléments objectifs de tout ordre (voy. notamment ci-dessus, nos **102-105, 119-122**), qui, seuls, la font valoir et la fécondent (1). — De sorte que, prenant dans son ensemble la mise en œuvre de l'organisation juridique positive, nous pouvons dire, que la position centrale et normale de l'interprète consiste en une activité personnelle, dont il importe de connaître les procédés (2).

Au temps des justices primitives, alors que les lois (de droit privé surtout) étaient rares, fragmentaires, très incomplètes, et que les coutumes elles-mêmes apparaissaient encore flottantes, mal fixées, incertaines, la libre décision du juge eut un champ d'application fort vaste, et une franchise d'allures presque absolue (3), soit qu'on y supposât une sorte de révélation divine (4), soit, dans une conception moins archaïque,

(1) Comp. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 42.

(2) [Il ne faut pas confondre cette activité personnelle du juge, statuant sur les cas non prévus par les sources formelles, avec l'appréciation discrétionnaire, que la loi écrite lui ouvre délibérément pour certaines hypothèses, comme agent du pouvoir chargé de mettre en œuvre le droit positif, et dont il sera parlé plus loin (n° 176 bis). — Sur cette dernière, voy. notamment : R. von LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910. — Et comp., sur tout cela, ci-après : n° 176 bis.]

(3) Voy. F. SUAREZ, S. J., *De legibus*, lib. VII, Ordo procedendi, in medio. — Cpr. A. PILLET, *Le Droit de la guerre*, t. I, 1892, p. 6.

(4) Comme dans les « Thémistes » des poèmes homériques ; au sujet desquels, voy. : H. SUMNER MAINE, *L'ancien droit*, trad. COURCELLE-SENEUIL, 1874, p. 4-6. Cpr.

qu'on voulût y découvrir comme une expression autorisée de la conscience populaire (1).

A mesure que les coutumes se sont établies ou affermies, à mesure, surtout, que les lois-écrites se sont multipliées et ont étendu leur champ d'action sur des domaines, de plus en plus larges, du droit privé, la part, faite à l'inspiration personnelle du juge, s'est, à la fois, restreinte et précisée (2). Elle n'a pu disparaître entièrement, par cela même que les sources formelles restaient, à elles seules, impuissantes à couvrir l'ensemble de l'organisation juridique. Toutefois, les injonctions, formulées par une autorité extérieure au juge, ont refoulé, dans une sphère plus étroite, l'activité libre de celui-ci. En même temps, cette activité a perdu peu à peu de son caractère subjectif et inconsistant. Et, tout en restant libre, suivant son essence, elle a joui d'une latitude variable : plus pleine, quand elle s'exerçait en dehors du domaine des sources formelles ; moins complète, quand son intervention s'appliquait à la mise en valeur des sources elles-mêmes (3).

p. 7-8. — Adde J. DECLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*, dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1889, t. XIII, p. 192-193, p. 196-197.

(1) Ainsi, notamment, chez les anciens échevins de l'Allemagne du moyen âge. Voy., à ce sujet : G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. II, 1837, p. 126-127. — SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 178-179. — THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, p. 6, p. 8, p. 48-49. — O. STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, t. I, 1860, § 27, notamment p. 277-278, et *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 46, p. 144, p. 149. — FR. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 7, p. 43-44. — H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I<sup>er</sup>, 1896, p. 6, *in fine*. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 6-7. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 159-160. — Contre la liberté de décision des échevins : E. R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. I, 1877, p. 103-104. — Adde, d'une façon plus générale, sur le rôle de l'appréciation judiciaire, dans la formation du droit : O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1885, p. 16-27. — Et, sur la distinction du droit immédiat, issu spontanément de la conviction populaire, d'avec la coutume : van BEMMELÉN, *Les Notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 25-27. Cpr. p. 28-29. — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 52.

(2) Comp. CICÉRON, *de Officiis*, lib. II. cap. 12 : « *Jus enim quæsitum est semper æquabile, neque enim aliter jus esset. Id si ab uno justo et bono viro consequantur, erant eo contenti ; quum id minus contingeret, leges sunt inventæ, quæ cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.* »

(3) [La légitimité, de la libre recherche de l'interprète, a été vivement combattue, comme donnant trop d'indépendance au juge et ouvrant la porte au subjectivisme. Voy. notamment : Ed. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil* (extrait de la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2<sup>o</sup>, t. XL), p. 20-22. — *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 35-39, p. 360-361. — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, *passim*, notamment p. 373-381 (n<sup>o</sup> 232). — Mais, on n'a

**156.** — Dans cette double application, la mission propre de l'interprète, en vue de contribuer à la création et au développement du droit, ne peut, même à l'heure actuelle, être niée ou méconnue. Bien plus, je l'ai établi précédemment (voy. nos 51, 55-59 et 90, p. 232-234), le législateur lui-même ne serait pas fondé à la restreindre arbitrairement. — D'autre part, ses limites se trouvent déterminées, pour nous, par le rôle, que les explications antérieures ont assigné, en tant que directions légitimes et impérieuses de l'interprétation, à la loi ou à la coutume. Car, c'est dans toute la sphère, laissée libre par l'action positive de ces sources, que s'exercera l'activité personnelle de l'interprète. Il s'agit donc, seulement, ici, de caractériser cette activité, au point de vue de son contenu même, de lui fixer une direction précise, et de lui trouver des points d'appui résistants.

*A priori*, la recherche, qui s'impose au juge, sur le terrain du droit à découvrir, nous apparaît fort analogue à celle incombant au législateur lui-même (1). Sauf cette circonstance, — assurément non négligeable, mais tout de même d'ordre secondaire ici, — qu'elle intervient à l'occasion d'une situation de fait concrète, et pour adapter le droit à cette situation, les considérations, qui la doivent guider, sont, d'après le but supérieur à atteindre, exactement de même nature, que celles qui dominant l'action législative elle-même, puisqu'il s'agit, de part et d'autre, de satisfaire, au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale. Aussi, n'hésiterai-je point, dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, à indiquer, comme ligne générale de direction pour le juge, celle-ci : qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées, qui seraient celles du législa-

jamais démontré, qu'on pût s'en passer, en donnant satisfaction à tous les besoins. Et, ceux même, qui la critiquent, y reviennent, en réalité, sous des dénominations différentes : ainsi Ed. LAMBERT, avec sa politique civile à bases économiques et sociologiques (*Une réforme nécessaire*, p. 23-25. — *La fonction du droit civil comparé*, p. 879-892), et avec son droit commun législatif, à peine plus précis (*Une réforme*, p. 25-28. — *La fonction*, p. 892-927) ; comme P. VANDER EYCKEN, avec sa conception et sa mise en œuvre du but social (*Méthode positive*, nos 23-51, p. 53-102 ; nos 59-64, p. 109-117 ; nos 115-124, p. 189-236).]

(1) Comp. A. PILLET, *Le droit de la guerre*, t. I, 1892, p. 11 : « En réalité, législateur et juge sont, l'un et l'autre, des interprètes ». Adde : E. PICARD, *Le droit pur*. Permanences juridiques abstraites, 1899, p. 184, p. 195, p. 198.

teur, s'il se proposait de régler la question (1). — Toutefois, une nuance importante distingue ici l'activité judiciaire de l'activité législative. Tandis que le législateur n'est entravé par aucunes lisières, dans l'appréciation d'une situation générale, qu'il règle de façon tout abstraite, le juge, qui statue en vue de cas particuliers, et au sujet de problèmes absolument concrets, doit, suivant l'esprit de notre organisation moderne, et pour échapper aux dangers de l'arbitraire, se dégager, autant qu'il est possible, de toute influence personnelle, ou venant de la situation particulière, qui s'offre à lui, et baser sa décision juridique sur des éléments de nature objective (2). Et, c'est pourquoi l'activité, qui lui incombe, m'a paru pouvoir être justement qualifiée : *libre recherche scientifique* ; *recherche libre*, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive ; *recherche scientifique*, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides, que dans les éléments objectifs, que la science peut seule lui révéler (3).

(1) Comp. ARISTOTE, *ΘΗΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ*, lib. V, cap. X (XIV), § 5 : « Lors « donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que, dans les cas par- « ticuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là, où le légis- « lateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, « de redresser et de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme il « prononcerait lui-même s'il était là ; c'est-à-dire, en faisant la loi comme il l'au- « rait faite, s'il avait pu connaître le cas particulier dont il s'agit » ; trad. BARTHÉ- LEMY SAINT-HILAIRE, *Morale d'Aristote*, 1856, t. II, p. 184. — Rapp. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, v° Equité, 5<sup>e</sup> éd., t. VI, 1827, p. 222, col. 1 : « Qu'est-ce « que la loi sans l'équité ? ... Quelque profond que soit un législateur, il lui est « impossible de prévoir tous les cas particuliers, relatifs à la loi qu'il publie ; il « faut que les juges, après en avoir bien pénétré l'esprit, trouvent, dans leur « équité, le supplément à cette loi et qu'ils décident de leur chef comme le légis- « lateur lui-même aurait décidé ». *Adde* : LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, 1869, n° 25 bis, p. 329. — Comp. E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wis- senschaft*, 1892, p. 150-151. — R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I<sup>3</sup>, 1893, p. 431. — *Contra* : Ch. BROCHER, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, p. 222. Mais voy. p. 223. [— L'article 1<sup>er</sup>, al. 2, du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912), consacre législativement cette idée, qu'à défaut de loi ou de coutume applicables, le juge prononce « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acie de législateur ». — Sur cette disposition et sur le système dont elle fait partie, voy. ce qui est dit ci-après : Épilogue, chapitre troisième : *Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse*. Cons. M. GÜRK, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, surtout § 6. *Die freie Rechtsfindung*, p. 100-116.]

(2) Sur le caractère objectif, quoique non positif à proprement parler, du droit découvert par la libre recherche scientifique, voy. particulièrement : L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>2</sup>, 1874-1875, p. 302-305.

(3) C'est en se plaçant à ce point de vue, que l'on a pu, un peu inexactement d'ailleurs, faire de la science, une source subsidiaire du droit objectif. Voy.

Or, ce que je viens de dire du juge, interprète effectif et officiel du droit positif, s'applique nécessairement aussi, non seulement au praticien, mais à l'interprète doctrinal ou critique (1). Le rôle de celui-ci, en effet, n'est que de préparer, de la façon la plus adéquate au but, la mise en œuvre, pratique ou judiciaire, du droit positif. La position du juge détermine forcément la sienne. Et, il importe peu, qu'il échappe lui-même davantage à l'influence, inquiétante ou suspecte, des questions concrètes, du moment que l'objectif de ses efforts reste essentiellement, de procurer l'adaptation des règles latentes du droit à tous les faits de la vie sociale.

De sorte que, dans la sphère de libre recherche, où nous l'envisageons maintenant, la méthode juridique doit avoir pour préoccupation dominante, de découvrir elle-même, à défaut du secours des sources formelles, les *éléments objectifs* (2), qui détermineront toutes solutions requises par le droit positif (3).

notamment : L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, § 34, *initio*, texte et notes 1-2, t. I<sup>er</sup>, 1874-1875, p. 301-305. — BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'État*, trad. de RIEDMATTEN, Paris, 1877, p. 13-14. — *Contra* : HÖLDER, *Pandekten*, 1891, § 16, Anmerkung II, p. 51. — VAN BEMMELEN, *Les not. fondam. du droit civil*, 1892, p. 32. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 21, texte et note 16, t. I, 1895, p. 181. — Tout dépend de la signification, qu'on attache au mot : Sources.

(1) Voy. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, § 34, note 6, t. I<sup>er</sup>, 1874-1875, p. 305. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 11, note 2, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 48.

(2) Comp. BROCHER de la FLÈCHÈRE, *Le Droit coutumier et la Philosophie du droit*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, t. IX, p. 578-580, p. 582-583. — C'est, d'après ces idées, que l'on peut dire, que la mission du juriconsulte ne tend jamais à une création proprement dite du droit, et se ramène toujours à une interprétation : tantôt, interprétation d'une volonté traduite dans la loi ou la coutume ; tantôt, interprétation du droit immanent à la nature des choses. Sous le premier rapport, le mot interprétation est pris dans son sens propre : explication d'un acte de volonté humaine (DEMOLOMBE, t. I, n° 115). Sous le second, il désigne une sorte de médiation entre le monde social et la sphère juridique. Voy. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>er</sup>, p. 302 et p. 305, notamment note 6, *in fine*. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 68, p. 107. — Cpr. : O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 170. — Paul LEROY-BEAULIEU, *L'État moderne*, 1890, p. 107-119. — L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 1896, p. 95. — Voy. encore G. GAVET, *Sources de l'histoire des institutions et du droit français*, 1899, p. 19. [— Contre la « jurisprudence de sentiment », et les formes variées, sous lesquelles elle s'est déguisée, cons. L. BAÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, § 6, *Die Gefühlsjurisprudenz und die ihr verwandten Richtungen*, p. 101-111.]

(3) [M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, p. 102-103 (§ 6, I) et p. 106-108 (§ 6, II, 2), considère que la formule, adoptée par l'article 1<sup>er</sup>, al. 2 du Code civil suisse : (« selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur »), fournit au juge, exerçant la libre recherche dans un domaine fort large (*ibid.*, § 6, III,

**157.** — Arrivé à ce point, mon sujet prend une telle extension, et me découvre des horizons si profonds, que je ne puis, dans cette étude sommaire, en embrasser tout le détail, et que je me vois obligé de me borner à en décrire ici quelques traits. — Si l'on voulait pénétrer d'une façon suffisante les réalités objectives, qui constituent le droit positif, il faudrait descendre jusqu'aux racines, de la constitution même de l'humanité, et découvrir les fondements ultimes de sa vocation, pour remonter ensuite aux phénomènes, qui forment la trame essentielle et alimentent le courant continu de la vie sociale.

Or, sans doute, je ne ferai aucune difficulté de le reconnaître, l'examen de tous ces grands problèmes, formant le domaine naturel d'une large philosophie du droit, est, pour le droit positif lui-même, d'une importance absolument capitale. Et, je prétends bien me défendre hautement, ici, du reproche, de vouloir céder aux tendances naturalistes ou agnostiques, fort à la mode, je ne l'ignore pas, mais que je tiens, quant à moi, pour aussi contraires au véritable esprit scientifiques, que funestes à l'efficacité de son action sur la pratique.

Mais, provisoirement du moins, et sauf à reprendre sous une forme plus vaste, dans une nouvelle étude, tout ce côté de mon sujet (1), il suffit à mon dessein actuel, acceptant les idées du bon sens et de la raison vulgaire sur l'essence de toute organisation sociale, de rechercher quel secours, peuvent fournir, à la mise en œuvre du droit privé, un examen attentif des conditions mêmes de la vie de l'humanité et un emploi judicieux des facultés morales de notre nature.

Comment donc l'interprétation du droit positif, lorsqu'elle reste abandonnée à elle-même, pourra-t-elle, et devra-t-elle,

p. 112-116), une base objective de décision. Il est clair, pourtant, qu'il n'y a, dans cette formule, qu'une direction générale d'appréciation, qui a, elle-même, besoin d'être précisée. D'ailleurs, M. GÉRARD, *op. cit.*, p. 108-109 (§ 6, II, 2, a-c), cherche à fournir quelques éléments à cette précision.]

(1) [Le travail, que j'entrevois ici, sous des traits encore bien indéterminés, en 1899, a été entrepris depuis lors, et se trouve en cours d'exécution, déjà fort avancé : FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey : t. I. Introduction. Première partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution (paru en 1914) ; — t. II. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel ») (paru en 1915) ; — t. III. Élaboration technique du droit positif (à paraître prochainement).]

procéder, sur *données objectives*, de façon à satisfaire les besoins de la vie, sans encourir le reproche d'arbitraire ?

Avant tout, j'écarterai une idée, particulièrement séduisante dans les conditions sociales et politiques de notre époque, idée qui se rencontre comme essentielle au fond de la théorie de l'École historique (1), reprise bien souvent, sous une forme plus ou moins nette, par des esprits éminents (2), à laquelle on échappe difficilement tout à fait, mais qui ne m'en paraît pas moins devoir être bannie des lignes directrices d'une bonne méthode : c'est l'idée, que l'*opinion publique*, représentant le sentiment général, et plus ou moins conscient, de l'ensemble des intéressés (3), pourrait légitimement suggérer à l'interprète les solutions juridiques, dont il est en peine. — Sans parler de la difficulté, presque insurmontable en fait, d'une constatation convaincante de l'état de l'opinion publique sur une question de droit donnée (4), j'estime, que le jugement commun, tant qu'il n'est pas traduit en coutume caractérisée (ci-dessus, n° 119), n'a aucun titre à imposer son appréciation, pour la solution des problèmes juridiques. Même, dans la sphère législative (5), il me paraît fort douteux, que ceux, qui ont mission de porter des règles juridiques générales, doivent puiser leur inspiration principale dans l'état d'une opinion, toujours bien précaire et peu sûre d'elle-

(1) Voy. notamment SAVIGNY, *Traité de droit romain*, §§ VII-VIII, trad. GUENOUX, t. I, p. 14-21. — Cpr. p. 33 *in fine*, p. 177.

(2) Modernisant l'ancienne maxime : *Vox populi, vox Dei*; ou se rattachant à ROUSSEAU, *Contrat social*, liv. II. — Voy. notamment : HEGEL, *Philosophie des Rechts*, Zusatz § 82 : « Recht im objectiven Sinne ist der allgemeine Wille. » — BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, t. I, § 40, *initio*, p. 197 : « Alles objectives Recht « ist erklärter Gemeinwille. » — B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 1891, p. 40. — E. I. BEKKER, *Ueber die römische und die moderne Æquitas*, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, I Jahrgang, 1895, p. 346-353. — Cpr. F. REGELBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 59, p. 83, p. 85. — Voy. encore : C.-A. REUTERSKIÖLD, *Ueber Rechtsauslegung*, 1899.

(3) Sur le développement historique de ce sentiment général des intéressés, voy. A. H. POST, *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz*, 1886, p. 21.

(4) Sur le *Public*, véritable sujet de l'opinion, voy. G. TARDE, *Le Public et la Foule*, dans *Revue de Paris*, nos du 15 juillet et du 1<sup>er</sup> août 1898, p. 287-306, p. 615-635.

(5) [Sur le rôle de l'opinion publique, dans la législation, d'après l'exemple de l'Angleterre, cōns. M. DESLANDRES (*Étude sur le fondement de la loi*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1908-1<sup>o</sup>, t. XXV, p. 29-37.]

même (1). Mais, en tout cas, et dès qu'il s'agit de l'application même du droit, réputé préexistant, je n'aperçois pas, sur quelle base sérieuse pourrait reposer l'influence, reconnue au sentiment général. — Non pas, sans doute, que l'opinion publique doive être non avenue pour l'interprète. En tant que fait social (2), devant entrer en compte dans son appréciation, elle s'impose à son attention d'une façon incontestable (3). Mais, ce que je veux affirmer ici, c'est que, si ferme et si assise qu'elle puisse paraître, cette opinion ne peut jouer le rôle d'une autorité pour l'interprète, ni lui servir de criterium, pour discerner le droit positif à suivre, par cela même qu'elle ne saurait prétendre à représenter la vérité des choses, qu'il s'agit seule de découvrir et d'appliquer (4).

Ainsi, livrée à elle-même, l'interprétation ne trouvera les appuis objectifs nécessaires, que dans la *nature des choses*, servant de matière à ses investigations, et dans une systématisation logique, fécondant et développant cette matière elle-même.

**158.** — Envisageons, d'abord, ce dernier élément.

Déjà, pour justifier ma critique des constructions juridiques, telles que les présente notre science actuelle, j'ai dû m'expliquer sur les limites, que comporte, en droit positif, l'usage des abstractions purement logiques (ci-dessus, nos 60-81). Il me suffira donc, maintenant, de résumer les conclusions acquises, en exprimant, sous quelques formules nettes,

(1) Pour parler net, je n'hésite pas à penser, que le législateur doit savoir résister à une opinion mal éclairée. Cpr. en ce sens : E. BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, 1888, p. 9. — C'est ce qu'on a trop souvent méconnu : dans la question du divorce, par exemple. Aujourd'hui, la constitution même de la famille paie les frais de cet abandon. [— Vainement prétend-on, encore, que le mouvement général des législations contemporaines témoigne irrésistiblement en faveur du divorce. Voy. notamment : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 905-907. Cet argument fataliste ne saurait prévaloir contre les suggestions de la raison et de la conscience, confirmées par l'expérience des résultats pratiques.]

(2) Voy. ici : A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition, 1899, p. 163-164.

(3) Cpr. Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 45-50 ; voy. aussi *ibid.*, p. 43-44. [— R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 108-109 (§ 9), a pu signaler aussi, parmi les bases objectives de l'interprétation, la « conscience juridique collective », dont il s'est servi, notamment, pour préciser la notion de « Bonnes mœurs ».]

(4) Cpr. Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, 1891, n° 105, p. 166-167.



le rôle, qui convient à une saine et féconde systématisation, dans l'ensemble de l'œuvre juridique positive (1).

Il est essentiel de séparer, ici, la logique proprement dite et la technique du droit.

La logique proprement dite, consistant en déductions rationnelles, a son application, légitime et nécessaire, dans l'interprétation juridique, toutes les fois qu'il s'agit de dégager le contenu d'une volonté qui s'impose, — volonté légale ou volonté particulière, consacrée par le droit positif ; — même encore, lorsqu'un principe général, issu de la nature des choses et des réalités objectives, étant reconnu, il incombe à l'interprète de le faire fructifier, suivant sa portée exacte, en en tirant toutes les conséquences pratiques qu'il recèle (voy. ci-dessus, n° 61, t. I, p. 128) (2).

Bien différente est la mission de la technique. — Placé en face des réalités, complexes et mouvantes, de la vie sociale, le jurisconsulte, en vue d'assurer l'ordre et l'équilibre des intérêts, dont il a charge, est amené à envisager ces réalités, sous un angle très spécial (3), et à les soumettre à des procédés artificiels, qui transforment, et parfois déforment, leur nature

(1) [Ces questions, — trop négligées, à mon avis, des jurisconsultes, et qui n'avaient pu qu'être effleurées dans le présent ouvrage —, se trouvent reprises et plus profondément étudiées par Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. I, 1914, chapitres quatrième et cinquième, nos 35-67, p. 101-211 ; et t. III (à paraître prochainement), chapitre consacré aux procédés intellectuels de la technique juridique.]

(2) Comp. : R. SALEILLES, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 495-497, et dans *Annales de droit commercial*, 1892, t. VI, 2, p. 293, p. 295-297. — C. APPLETON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891-1°, t. XXI, p. 244-246. — Encore, convient-il d'observer, que, lorsqu'on déduit les conséquences d'un principe, il ne saurait s'agir d'une logique brutale. Cpr. ici : BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, 1766, t. II, p. 78 : «... Mais un jurisconsulte doit-il toujours procéder logiquement ? Et, le bien général d'une nation « n'autorise-t-il pas à adopter certaines décisions de convenance, quand une « loi précise ne s'y oppose pas ? » — En somme, la logique juridique doit toujours être celle du but de l'institution à régir. Cpr. PICARD, *Le droit pur*, 1899, p. 340-341. [— W. WUNDT, *Logik*, 2 A., 1895, p. 559-560, signale l'abus du côté logique dans la jurisprudence antérieure et le mouvement contraire dessiné par la nouvelle jurisprudence. Adde p. 560-561. — J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, 1904, p. 23-28 (§ 8, IV-VII), indique bien la part nécessaire à faire à la logique proprement dite dans le droit, d'après l'idée que celui-ci est un tout organique. — Voy. aussi : Edm. MEYNIAL, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Rev. de métaphys.*, 1908, t. XVI, p. 164-189.

(3) Comp. G. GAVET, *Sources de l'histoire des institutions et du droit français*, 1899, p. 5, p. 12.

effective (1). C'est ainsi, que telles opérations économiques, variables et fuyantes de leur nature, prendront des contours arrêtés, et recevront comme une forme nouvelle, en passant par le creuset juridique ; et, par exemple, l'opération de change, réalisée d'une certaine façon par les intéressés (2), revêt une forme juridique, nettement accusée et presque rigide, dans la lettre de change, avec les conditions que le droit positif lui impose, avec les effets qu'il y attache (3). D'une façon plus générale, la technique du droit, en fixant les éléments caractéristiques des faits susceptibles de conséquences juridiques, en précisant ces conséquences elles-mêmes, se trouve ordonner, sinon toujours des catégories hiératiques, du moins, des schèmes généraux, où viennent prendre place, et en quelque sorte, se mouler, les faits réels de la vie sociale (4). — En tant que, par ces procédés, elle développe et facilite les relations humaines, en procurant, suivant la forte expression de R. von JHERING, la « réalisabilité formelle » du droit », la technique a son rôle très légitime (5). Et, si, dans les conditions actuelles de notre état social, le législateur seul (et exceptionnellement la coutume), peut efficace-

(1) Comp. E. I. BEKKER, *Ernst und Schers über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 62-76.

(2) Voy. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. IV, 1893, nos 17-18, p. 9-10.

(3) Voy., comme une autre illustration de cette idée, à propos de la séparation des patrimoines, les judicieuses et frappantes observations, présentées par LÉON MICHEL, le jeudi 8 décembre 1892, à la sous-commission juridique de la commission extraparlamentaire du cadastre. *Procès-verbaux*, fasc. n° 3, 1893, p. 163-167.

(4) Pour se rendre compte du rôle de la technique juridique, il suffit de prendre une institution, que la loi organise, sous des formes plus ou moins parfaites et précises, suivant les applications qu'elle en consacre. Soit, par exemple, l'action paulienne de notre droit français : Le principe en est posé, à l'état brut, pour ainsi dire, par l'art. 1167 C. civ. Quelques applications, plus délicates que les autres, en sont signalées dans les art. 243, 622, 788, 1464 C. civ. Les conditions générales de son succès se trouvent, tantôt renforcées (art. 882 C. civ.), tantôt, au contraire, atténuées (art. 1053, 2225 C. civ. ; art. 684 Proc. civ.). Le système prend un aspect particulier, dans son application aux jugements (art. 474 Pr. civ. ; art. 1447 C. civ. et 873 Proc. civ.). Enfin, il arrive au maximum, de praticabilité et de précision technique, dans les applications spéciales, qui en sont faites, en matière de faillite (art. 446-447 C. Com.). C'est toujours le même principe général, sous diverses formes techniques.

(5) R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, §§ 4 et 38, t. I<sup>o</sup>, p. 48-58, t. III<sup>o</sup>, p. 322-333 ; *Esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> édition de MEULENAERE, § 4, t. I, p. 45-58 et § 43, t. III, p. 16-26. — Cpr. E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889. Vorwort, p. IX-XI.

ment en développer les moyens, il appartient à l'interprète, d'en fortifier l'organisme par une ingénieuse systématisation de ses parties, et d'en assouplir le jeu, au moyen d'une application constamment adaptée au but (1).

Mais, en raison même de sa nature, par un effet nécessaire du caractère artificiel qui lui est inhérent, et de la nuance, à peine saisissable, qui sépare les généralisations réelles des abstractions idéales, la technique ne limite pas son effort à assurer, par des procédés de synthèse et de simplification (2), le but ultime de toute organisation juridique. Elle aborde une autre tâche, où la part de l'interprétation, proprement dite, excède notablement celle de la législation. Elle isole les notions des réalités, elle cherche à idéaliser les éléments juridiques, à les ériger en conceptions, sur la base desquelles se puissent édifier des constructions abstraites, auxquelles, fût-ce par force, se devront adapter les faits. De là, naissent tous les dangers que j'ai cherché à dévoiler plus haut (voy. nos 69-75). — La conscience de ces dangers ne m'a pas, toutefois, amené à conclure, dans le sens d'une exclusion complète des conceptions et constructions juridiques. Non seulement, je n'hésite pas à dire que l'interprète est tenu d'accueillir les conceptions, positivement consacrées par la loi (ci-dessus, nos 81 et 101), et d'en déduire, comme de toute autre volonté légale et suivant la portée de celle-ci, toutes les conséquences qu'elles renferment. De plus, je reconnais, à l'interprétation elle-même, le pouvoir absolu de créer, à sa guise, de semblables conceptions, dont l'utilité la plus sérieuse n'est pas, à mon sentiment, de fortifier la systématisation théorique du droit (3), qui auront surtout la mission de diriger fermement le juge dans l'application du droit aux faits (4) ;

(1) Voy. en une application générale, dans SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, n° 3, p. 3-4.

(2) Comp. E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 67-76.

(3) Voy. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, I (5<sup>e</sup> A., 1891), p. 39-40 ; II 2 (4<sup>e</sup> A., 1883), § 39, p. 334-352, et § 41, p. 370-386 ; III (4<sup>e</sup> A., 1888), p. 322 ; *Esprit du droit romain*, trad. franç. de MEULENABRE, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 40 ; t. III, § 44, p. 27-44 et § 46, p. 61-77 ; t. IV, p. 312. — C. APPLETON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 1<sup>o</sup>, t. XXI, p. 257-259. — STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 417-419. — Ph. HECK, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1890, t. 37, p. 278.

(4) Voy. R. VON JHERING, *Geist des röm. Rechts*, I (5<sup>e</sup> A., 1891), p. 40-41 ; *Esprit*

qui, en même temps, pourront aussi développer, par une adroite mise en œuvre, la fécondité des principes juridiques (1). — Mais, tout en proclamant la légitimité de ces procédés, j'affirme que deux considérations essentielles doivent constamment guider l'interprète dans leur emploi. D'une part, il serait absolument erroné de croire, que toute règle juridique dût converger autour d'une conception idéale, qui en inspirât l'action et en déterminât la portée (2). Tout au rebours, je considère, comme *a priori* incontestable, que les plus fermes et les plus sûrs préceptes du droit sont ceux qui se dégagent directement de la nature des choses, sans l'intermédiaire d'aucune conception idéale, déformant toujours, par quelques points, les réalités (3). D'autre part, si parfois il paraît utile d'avoir recours aux conceptions et constructions abstraites, l'interprète ne doit pas, en usant de ces procédés, oublier qu'ils le placent en dehors des réalités objectives, qui seules doivent diriger son action ; loin de se croire lié par ces conceptions (sauf le cas où la loi écrite les consacre), il

*du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd. franç. t. I, p. 41-42 ; et *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1857, t. I, p. 11. — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 123. — Cpr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 24, t. I, 1891, p. 59-60.

(1) R. VON JHERING, *Geist des röm. Rechts*, I (5<sup>e</sup> A., 1891), p. 39-40 ; II, 2 (4<sup>e</sup> A., 1883), p. 386-388 ; *Esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., de MEULENAERS, t. I, p. 40-41 ; t. III, p. 77-78 ; et *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrb. für die Dogm.*, t. I, p. 14-20.

(2) La nécessité d'une *idéologie*, pour contenir les réalités juridiques, paraît, au contraire, admise même par ceux qui sont disposés à reconnaître la plus grande liberté aux conceptions. Voy., par ex., R. SALEILLES, dans *Annales de droit commercial*, février 1899, t. XIII, p. 82-83, p. 92, p. 93-94 ; [et surtout Préface à L. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, Paris, 1903, p. VIII-XIX. — Là-dessus, voy. Fr. GENY (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, n<sup>os</sup> 9 et 15), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 32-35, p. 55-60.]

(3) Ainsi, la règle, qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi, reçoit toute sa portée juridique, sans l'intervention d'aucune conception. D'autre part, la règle, qui n'admet l'action en nullité qu'à condition d'un dol émanant du cocontractant (art. 1116, al. 1, C. civ. franç.), s'explique, très naturellement, par une appréciation équitable de la situation des deux parties (Cpr. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. 616-617 ; cf. p. 621-622), plutôt que par la conception juridique d'une action en dommages-intérêts, transformée en nullité à l'encontre du contractant, auteur du dol. Voy., dans ce dernier sens : DEMANTE et COLMET de SANTERKE, *Cours analyt. de Code civil*, t. V, n<sup>o</sup> 26. — J'en dirais de même de la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre », sur laquelle, voy. ci-dessus, n<sup>o</sup> 72. — Adde Fr. GENY, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, nouv. sér. t. XXVIII, p. 461-463. — Cpr., sur l'idée énoncée au texte, et prise en soi : E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, p. 20-58.

doit les tenir pour de pures hypothèses scientifiques (1), susceptibles sans doute de diriger utilement ses recherches, mais aucunement préétablies dans leur essence, et auxquelles, par conséquent, ne peuvent jamais être sacrifiées les exigences de la vie (ci-dessus, nos 68, 79-81) (2).

Ces considérations marquent assez la limite, qu'on doit garder dans la systématisation logique (3). Et, il en apparaît très clairement, qu'il faut chercher en dehors d'elle le secours le plus essentiel à l'interprétation juridique, pour réaliser pleinement sa mission. Au lieu et place de conceptions subjectives, que leur origine rend inconsistantes et incertaines, l'interprète a besoin de découvrir des principes fermes (4), que seul l'examen attentif de la *nature des choses* peut lui donner (5).

(1) Rapp. encore ce passage d'A. J. BALFOUR, *Les Bases de la croyance*, trad. G. ART, p. 252 : « ... Nous faisons habituellement emploi d'une phraséologie, « qui, strictement interprétée, semble impliquer qu'une « loi naturelle », comme « nous disons, est une sorte d'entité indépendante, à la charge de laquelle est « commis un département du monde des phénomènes, qu'elle gouverne d'une « façon absolue. C'est évidemment inexact. Dans le monde des phénomènes, la « réalité se borne à ce qui est et à ce qui arrive. En dehors de cela, il n'y a « rien. Les « lois » sont de pures abstractions, imaginées par nous pour servir « de fil conducteur à travers les complications du fait. Elles ne possèdent ni « pouvoir indépendant ni existence réelle.... ».

(2) Voy. notamment : E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 124-129. Adde E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § CLII, p. 339-342.

(3) [Comp. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 1912, p. 83-84. — L. HUGUENY, Rapport sur les concours, de l'année scolaire 1908-1909, à la Faculté de droit de Dijon, brochure officielle, Dijon, 1909, p. 30 et p. 32-33, exposant — à propos des thèses, de doctorat sciences juridiques, de MM. DESSERTAUX et JAPIOT, — les traits caractéristiques de la méthode, qu'on découvre à leur base, y voit une recherche scientifique, reposant sur l'observation purement objective et la classification systématique des intérêts pratiques à satisfaire ou des fins à réaliser, pour s'élever ensuite vers les règles de solution par une induction qui s'appuie aux faits, sans exclure les données de la loi.]

(4) Sur la nécessité des principes, dans l'élaboration juridique, voy. R. SALEILLES, en *Revue intern. de l'enseignement*, 1890, 1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 496-497. Le principe, à la différence du système, doit échapper à toute conception subjective, et se présenter comme simple synthèse de réalités. Cpr., sur cette opposition, HUBERT-VALLEROUX, dans *La Réforme sociale*, n<sup>o</sup> du 1<sup>er</sup> mai 1898, t. XXXV, p. 738 : « Il « est certain que le système dit du *risque professionnel*, — car, c'est un sys- « tème et non un principe, — jouit actuellement d'une faveur éclatante ».

(5) D'ailleurs, la conception peut, à la longue, et dans certains cas, devenir réalité, et alors, s'imposer au jurisconsulte. Ainsi, la conception moderne de l'obligation, envisagée comme valeur patrimoniale, par opposition à l'ancienne conception romaine, qui y voyait un lien purement personnel. Cpr. É. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, 1898, p. 27-32, p. 155-183, p. 191-194, p. 287-290. — Idéales, d'après leur nature, ces deux notions sont bien devenues, chacune en son temps, des réalités sociales.

**159.** — Ainsi, nous en arrivons à faire porter l'effort principal de la libre recherche, poursuivie par des procédés scientifiques, sur cette notion, à la fois imprécise et féconde, de la *nature des choses*, qui, signalée aux investigations des jurisconsultes, dès 1791, par le germaniste RUNDE (1), n'a guère manqué, depuis lors, d'être mentionnée, dans la science juridique allemande, comme un succédané des sources formelles positives (2), encore que l'on en ait, plus d'une fois, contesté le mérite intrinsèque (3), et que WINDSCHEID (4) ait pu la flétrir, comme une expression justement décriée.

Peut-être, aussi bien, le discrédit, dont paraît menacée cette notion, à mon avis, indispensable, dans tout système de droit positif, serait-il assez facilement évité, si, mieux qu'il n'a été fait jusqu'alors, on parvenait à en déterminer l'essence et à en montrer la productivité effective.

Telle que l'avait indiquée RUNDE et qu'elle a été comprise à sa suite, la nature des choses, envisagée comme source

(1) Dans ses *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*. — Je n'oublie pas la célèbre définition de MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. I, cap. I, *initio*. Mais elle n'était pas écrite en vue de l'interprétation du droit positif.

(2) Voy. notamment : H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, § 29, *in fine*, p. 81 et § 57, C, p. 144. — R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Theil II, Abth. 2, 4<sup>e</sup> éd., 1883, p. 388 ; 3<sup>e</sup> éd., de MEULENAERE, t. III, p. 78 ; et *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrbücher für die Dogm.*, t. I, p. 8, p. 17. — L. V. BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2<sup>e</sup> éd., 1889, t. I, § 32, notamment, p. 106 et 113. — O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 25, I, *in fine*, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 169. — L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1874-1875, p. 302, p. 305 ; voy. note 7. — F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 14, p. 22, p. 67 et sq. — H. DERNBURG, *Pandekten*, § 38, *in fine*, t. I<sup>er</sup>, 1896, p. 87-88. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, § 12, p. 68. Cpr. p. 84-85. — JACOBI, dans *Jherings Jahrbücher*, 1896, t. XXXV, p. 8. [— R. LEONHARD, *Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft*, Berlin, Guttentag, 1900, p. 40 (§ 15, II). — H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, 3 A, t. I, 1906, p. VII (Vorwort zur 3 Auflage), p. VIII-X (Vorwort zur 1 A.) et p. 85 (§ 30, II). — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 159-161 (§ 10). — A. VON TUHR, *Der allg. Theil des d. b. Rechts*, t. I, Leipzig, 1910, p. 44-45.] — Adde : *Motive zu dem Entw. eines B. G.*, t. I, 1888, p. 17. — Voy. encore : E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § CLXIV, p. 371-375.

(3) Voy., par ex., GERBER, *Das wissenschaftl. Princip des gem. deutschen Privatrechts*, 1846, p. 58 et sq., p. 311 et sq. — Cpr. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 21, *in fine*, p. 181-182. — Adde BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 102. [— E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, t. IV, 1911, p. 419 (§ 57, n° 8) et p. 422 (§ 57, n° 10).]

(4) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 23, note 1 a, t. I<sup>er</sup>, 1891, p. 58 : « einem « allerdings etwas verschrieenen, und nicht mit Unrecht verschrieenen Aus- « drück ». — Cpr. § 22, note 8, et § 28, note 4, t. I<sup>er</sup>, p. 57 et p. 67. [— Mais voy. l'addition, de Th. KIPP, à la note 8 du § 22, dans la 9<sup>e</sup> édition, 1906, p. 105-106.]

(*lato sensu*) du droit positif, repose sur ce postulat, que les rapports de la vie sociale, ou, plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir. Rien de plus simple, d'après cela, semble-t-il, que de considérer de près toutes les relations humaines, pour discerner celles d'entre elles, qui méritent reconnaissance juridique, et trouver leur loi, en l'absence de toute source formelle. — Seulement, quand on arrive à l'application, on s'aperçoit bien vite que le postulat, trop hâtivement affirmé, reste en défaut, en ce sens, du moins, que la plus minutieuse analyse des rapports de la vie, tout en rendant plus facilement pondérables les intérêts, qui y sont engagés, se montre, à elle seule, impuissante à en dénoncer la règle précise et nette (1). Il faut donc, pour faire valoir pratiquement le procédé, le renforcer par de plus sûrs criteriums. Il faut chercher, en dehors et au-dessus des faits, la loi de leur harmonie.

Revenons, en effet, à l'objectif nécessaire de notre recherche. Il s'agit de constituer, par un effort scientifique, une sorte de droit commun, général par sa nature, subsidiaire par son office, qui supplée aux lacunes des sources formelles, et dirige tout le mouvement de la vie juridique (2). — Représen-

(1) C'est ce, qu'entre autres, BEKKER a bien montré, dans *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 147-149. — Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 69-70. [— Dans cette mesure, je reconnaîtrais juste l'objection formulée contre moi par G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique* (Extrait des *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, nouvelle série, n° 1), Marseille, 1918, p. 7-9 (n° 5). Mais, la suite de mes développements (voy. notamment, ci-après, t. II, p. 91-93) montrera que l'objection ne porte pas contre notre doctrine, prise, comme elle doit l'être, dans son ensemble.]

(2) Pour le dire en passant, tel doit être, à mon sentiment, le but propre de la partie générale, qui paraît, dès maintenant, le préliminaire obligé de tout enseignement scientifique du droit civil. Voyez, sur ce point, R. SALEILLES, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1897, 2<sup>o</sup>. t. XXXIV, p. 523-529. Et, c'est par une semblable conception, que la science juridique française pourrait, sans suivre trop servilement les sentiers battus par les jurisconsultes allemands, se constituer elle-même, et pour elle-même, la partie générale, dont elle sent le besoin. Cpr. SALEILLES, *loc. cit.*, p. 528. Voy., aussi, X, *Monsieur Bufnoir* (notice nécrologique), dans *Archivio giuridico*, t. LX, 1898, p. 537-538 et p. 543. — Sur l'importance pratique d'un droit commun, pour combler les lacunes des sources formelles, voy. O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>o</sup>, 1882, p. 43-55. — Adde encore : R. SALEILLES, dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V-2, p. 221-223. — On a fait remarquer, avec raison, que notre Code civil, pris en lui-même, offre mal les bases d'une pareille généralisation. C. CROME, *Allgemei-*

tera-t-il un type immuable, ou variera-t-il, suivant les temps, du moins en quelques-unes de ses parties (1)? Sera-ce un droit universel, ou n'offrira-t-il pas certains caractères nationaux (2)? Questions assez secondaires, en somme, et dont la solution, en tout cas, ne peut être offerte *a priori*, dépendante qu'elle est, de la nature même des éléments, qui composeront ce droit commun nécessaire. — Mais, ce qu'il importe, avant tout, c'est de savoir comment constituer ce droit commun positif.

Dans cette vue, une idée séduisante a été proposée, l'idée de but (3). En prenant pour point de départ cette vérité, suggérée par l'expérience et le raisonnement vulgaires, que tout mouvement de volonté dépend d'un but, assigné à son action (4), et en observant que l'organisation juridique a pour matière essentielle des opérations de volonté humaine (5), on arrive facilement à la conséquence, que cette organisation doit être dominée tout entière par les buts pratiques (6). D'où, la maxime formulée par R. von JHERING : Le but crée le droit tout entier (7). Il suffirait, dès lors, de rechercher, dans chaque cas particulier, le but à atteindre, pour dégager de là même la règle de solution (8). — Toutefois, on sent assez, que

*ner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, 1892. Vorrede, p. VI : « Hierzu kommt, dasz die Eigenart des Code civil einer solchen Zusammenfassung, welche heutzutage von jedem denkenden Juristen gefordert wird, wie kaum ein anderes Gesetzbuch, widerstrebt, da mit seiner überaus trefflichen Behandlung des Besonderen und Konkreten eine seltsame Schwäche in der Erfassung des Principiellen und Allgemeinen Hand in Hand geht. »*

(1) [Contre l'idée d'une nature des choses, prédéterminée et immanente, et en faveur d'une conception, historique et évolutionniste, des éléments fondamentaux du droit, à considérer subjectivement, voy. O. LENEL, *Das bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts. Rede zum Antritt des Rectorats, Strassburg, 1896, p. 16.*]

(2) Là-dessus, voy. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, § 1, t. I<sup>er</sup>, 1891, p. 1-16 ; 3<sup>e</sup> éd. de MEULENAERE, t. I, p. 1-16.

(3) R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I<sup>er</sup>, 1893, t. II<sup>er</sup>, 1896.

(4) R. von JHERING, *op. cit.*, cap. I, t. I, p. 3-25.

(5) Sur ce point, voy. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 3-4, t. I, 1895, p. 114-116.

(6) Je suis obligé de tâcher à compléter la pensée d'JHERING, qui, arrêtée dans son développement par mille détails d'exposition, n'a pas trouvé, dans les parties parues du livre, son expression d'ensemble.

(7) R. von JHERING, *op. cit.*, t. I<sup>er</sup>, Vorrede, p. VIII et p. 442 ; t. II<sup>er</sup>, Vorrede, p. X-XI.

(8) Encore, peut-on observer que, le but étant supposé connu, plusieurs moyens s'offriront parfois, pour l'atteindre, entre lesquels un choix reste à faire. Voy. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 69, *in fine*. — A cela, on répondrait,



la mise en œuvre de pareille conception suppose préalablement connus les buts pratiques, auxquels doivent tendre les préceptes juridiques (1). Et, le succès de la thèse n'exige rien de moins, qu'une conscience très claire et très nette de la finalité qui nous domine (2). De sorte que, si elle nous met en mains un instrument de découverte très précieux, la formule du but ne fait encore que reculer les termes du problème (3).

Comment, donc, se révélera cette finalité elle-même, qui doit constituer le criterium essentiel de notre appréciation juridique? Sans pénétrer dans les régions transcendantes de notre nature morale, on tombera, je pense, facilement, d'accord, que l'organisation juridique doit tendre à réaliser, dans la vie de l'humanité, un idéal de justice d'une part, d'autre part un idéal d'utilité, en entendant par là ce que l'opinion commune fait envisager comme le bien du plus grand nombre. Justice et utilité générale, tels seront donc les deux objectifs directeurs. — Il est vrai, que ceci est loin encore de nous éclairer complètement, parce que les deux notions indiquées ne sont, en elles-mêmes, que des formes vides, qu'il faut savoir remplir, pour en pouvoir tirer tout ce qu'on leur demande.

Ici, précisément, intervient la *nature des choses*, telle, qu'à mon sens, il la faut entendre. Il ne s'agit pas, seulement, de considérer et d'analyser, par le menu, tous les éléments de fait de notre vie sociale, d'en observer les rapports, de discerner

sans doute, du point de vue d'JHERING, que ce moyen s'impose, qui atteint le plus directement et le plus parfaitement le but. — Sur la difficulté logique, de déduire les moyens du but, voy. C. SIGWART, *Logik*, t. I<sup>er</sup>, 1893, p. 738-739. [— L'idée du *but social*, devant diriger, à la fois, la création du droit et son interprétation, a été reprise et appliquée, d'une façon assez nouvelle, et sur la base d'un positivisme strict, par P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, *passim*, notamment : Titre II, chap. I et II, p. 53-101, avec applications dans chap. III et IV, p. 102-236. Adde Titre III, p. 237-359. — Sur ce système, voy. ci-après : Épilogue ajouté à cette seconde édition. Chapitre premier, n° 194. — Voy. aussi, sur le rôle du but dans l'interprétation des lois : F. HOLBACH, *L'interprétation de la loi sur les sociétés*, La méthode, Bruxelles, F. Larcier, 1906, p. 238-251. — L. COVIELLO, *De moderni metodi d'interpretazione della legge*, S. Maria, C. V, 1908, p. 29-34.]

(1) Comp. SALEILLES, dans *Annales de droit commercial*, 1892, t. VI-2, p. 292.

(2) Voy. les tentatives de R. VON JHERING, pour déterminer quelques éléments de cette finalité, dans *Der Zweck im Recht*, t. I<sup>er</sup>, 1893, p. 443 et s.

(3) Voy. une critique, à un point de vue différent et plus élevé, de cette théorie d'JHERING, dans O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 121.

les réactions réciproques qu'ils subissent (1). Il faut, pleins de confiance en notre conscience morale comme en notre raison, user de ces facultés, pour dégager les lois des phénomènes, et faire ainsi contribuer toutes nos ressources à une construction, vraiment scientifique, du droit commun que nous cherchons (2).

Ainsi envisagé, le champ des investigations se précise et se complète. D'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent. Telle est la double tâche à remplir : la seconde, ayant sa base ferme dans ce qu'on peut appeler la *nature des choses positive* (3), représentée par l'ensemble des conditions, qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure (4), la première reposant sur un fonds plus intime, qui échappe à l'observation et à l'expérience sensible, mais n'impose pas moins ses exigences à la réalisation pratique du droit. — Vainement, a-t-on essayé d'absorber, l'un dans l'autre, ces deux éléments distincts. Tous deux ont, malgré des préjugés encore vivaces, continué à s'imposer dans le règlement de la vie juridique. Bien convaincu de leur nécessité, je n'hésiterai pas, quant à moi, à reconnaître à chacun sa part (5). Et, sans entrer dans le détail de leur contenu théorique, je m'attacherai seulement à montrer, dans quelle

(1) Comp. PILLET, *Le droit de la guerre*, t. I, 1892, p. 8-12. [— G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg i. B., J. C. B., Mohr, 1887, p. 235, insiste sur la nécessité de connaître le contenu des rapports de vie, avant de passer à la construction juridique. — Adde, sur le rôle de l'essence et de la nature des choses dans l'interprétation des lois : F. HOLBACH, *L'interprétation de la loi sur les sociétés*. La méthode, Bruxelles, 1906, p. 231-238.]

(2) BLUNTSCHLI donne une idée intéressante, quoique trop étroite encore, à mon avis, de la Nature des choses, quand il dit : « La *nature des choses*, considérée comme source du droit, n'est que la force des rapports réels (physiques ou psychologiques), reconnue par le sentiment général, d'abord comme règle morale, puis comme juridiquement obligatoire. Elle opère dès le principe ; la Coutume naît ensuite, formée par la série constante des faits. » — Comp. P. LEROY-BEAULIEU, *L'État moderne et ses fonctions*, 1890, p. 107-119, *passim*.

(3) J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, § 10, *in fine*, t. I, 1876, p. 66-67.

(4) Cpr. WÄCHTER, *Württemberg. Privatrecht*, t. I, 2, 1842, p. 1111.

(5) C'est la combinaison des points de vue, séparés par E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, §§ CLXV-CLXVII, p. 375-380. [— Comp. R. LEONHARD, *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der*

mesure ils peuvent contribuer à notre but (1). Après les avoir envisagés séparément, je les réunirai, pour en étudier la mise en œuvre, et montrer, à titre d'exemple, en quelques questions particulières, l'application des résultats généraux qu'ils nous auront donnés.

D'ailleurs, je tiens à le déclarer sans ambages, nous ne saurions, dans aucun système d'interprétation juridique, nous flatter de supprimer toute appréciation personnelle de l'interprète. Il n'est pas, en fait de sciences morales, de méthode ni de procédé, qui puissent *entièrement* suppléer à la raison subjective. Il ne peut s'agir, que de lui tracer sa voie, en découvrant ses directions les plus fermes, dans la nature des choses, qui forme le terrain même de son action.

## I

### *Éléments de libre recherche puisés dans la raison et la conscience*

**160.** — En indiquant comme première et nécessaire direction dans la libre recherche du jurisconsulte, interprète du droit positif, les principes, révélés à la conscience et aperçus comme d'intuition par la raison humaine (2), je n'ignore pas, que je m'expose au reproche, d'en revenir à une doctrine, démodée, et presque tombée en oubli, la doctrine du droit naturel. — Il me sera bien permis, pourtant, de discuter ce reproche, et, sans m'arrêter à une condamnation trop som-

*Rechtswissenschaft*, Berlin, Guttentag, 1900, p. 40 (§ 15, II), qui distingue : a) une nature des choses immuable, s'imposant de soi ; b) une nature des choses changeante, provenant des besoins.]

(1) [Ed. LAMBERT a critiqué l'influence, que j'attribue à la *nature des choses positive*, où il voit un germe de subjectivisme inquiétant : *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Paris, 1900, p. 20-22. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 35-38 ; p. 360-361 ; p. 814, note 3. — La question est, avant tout, de savoir, si l'on peut se passer de tout subjectivisme dans l'interprétation du droit.]

(2) [Sur la distinction à faire, entre les principes de droit naturel, proprement dits, et les principes de la technique formelle du droit positif, comp. R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, t. I, p. 87-88 (§ 2), principalement, d'après E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, p. 4 et sq.]

maire, qui n'est devenue banale qu'à force d'être machinalement répétée, de rechercher, en quelques mots, si notre science peut, sans manquer à sa mission, faire fi de la notion de justice, telle qu'elle se traduit au fond de notre nature morale.

De tout temps, à vrai dire, la jurisprudence a présupposé, au moins à titre d'idéal, cette notion innée de justice, comme appui nécessaire de ses constructions positives (1). Mais, à la suite d'une élaboration scientifique, trop exclusivement poussée dans cette direction, une école puissante s'était constituée dès le xvii<sup>e</sup> siècle et définitivement affirmée au xviii<sup>e</sup> (2), dans le sens d'une domination complète et absolue des pures spéculations rationnelles sur toute la sphère du droit positif. Partant de l'idée de la puissance absolue de la raison humaine, pour découvrir, dans leurs principes comme dans leurs détails, les lois assignées à notre nature, l'École du Droit naturel prétendait constituer, par les seules forces de la pensée, un système complet de droit, absolu, immuable, immédiatement et universellement applicable, que le législateur n'eût qu'à mettre en formules, en un Code général, dont les lacunes, tenues *a priori* pour rares et peu probables (voy. ci-dessus, n<sup>o</sup> 38), fussent comblées par les juristes, suivant le même procédé (3).

Contre cette doctrine, qui présida à la rédaction de l'*Allgemeines Landrecht* (4), comme à celle du Code autrichien de 1811 (5), et qui n'est pas restée sans influence sur notre Code

(1) Voy. Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, n<sup>o</sup> 18 20, p. 29-32.

(2) Là-dessus, voy. H. S. MAINE, *L'Ancien Droit*, trad. COURCELLE-SENEUIL, 1874, chap. IV, p. 77 et sq. — Et, sur tout le développement de l'École du droit naturel : G. CARLE, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, 1890, Parte Seconda, libro I, p. 291-341 et libro II, cap. II, p. 346-358. — Adde : STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, § 31, p. 169-175. — E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, §§ LXXXII-LXXXIV, p. 161-167.

(3) Voy. un résumé, très net, de cette doctrine, avec documentation à l'appui, dans J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1876, p. 68-70. — Adde K. COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, § 6, 1, a, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 17-18. — Je l'ai principalement envisagée dans sa dernière forme, essentiellement *rationaliste*, qui a exercé l'influence la plus marquée sur la conception, en quelque sorte, *officielle*, du droit écrit moderne. Voy. notamment : G. CARLE, *La vita del diritto*, 1890, n<sup>o</sup> 198-203, p. 346-356.

(4) Voir surtout : STÖLZEL, *Suarez*, 1885, p. 223. — Adde FÖRSTER-ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1887, p. 6-7. Cpr. p. 4-5.

(5) Elle se traduit surtout dans l'art. 7 de ce Code, qui fait du droit naturel

civil français (1), l'École historique semblait appelée à réagir vigoureusement, puisqu'elle découvrait la source profonde du droit dans la vie sociale elle-même, se développant organiquement, et se révélant par les manifestations extérieures de la conviction populaire (2). Pourtant, si SAVIGNY mentionne, avec une réprobation certaine, les prétentions, inacceptables, de l'École du Droit naturel, en matière de législation (3), il ne paraît pas, qu'il ait combattu en face le principe fondamental qu'elle affirmait, et l'on a pu relever dans son œuvre mainte concession à l'idée d'un droit découvert par la pure raison (4). Malgré tout, le triomphe de la conception historique du droit positif a été considéré, par la science juridique allemande, comme une défaite absolue de la théorie du droit naturel (5). Et, le discrédit définitif de cette dernière s'est traduit, de la façon la plus nette, dans la préparation du nouveau Code civil allemand (6).

une source subsidiaire de droit positif. Voy. J. UNGER, *op. cit.*, t. I<sup>r</sup>, 1876, p. 67-68 et p. 70. — PFAFF et HOFMANN, *Commentar zum österr. allgem. B. G.*, t. I, 1877, p. 199-206. [— M. VON STUBENRAUCH, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, 8 A. v. BONNET, u. SCHREIBER, Wien, 1902, p. 40-41.]

(1) Voy. notamment : Projet de l'an VIII. Livre préliminaire. Titre I, art. 1 et 4 ; tit. V, art. 11. FENET, *Recueil complet des trav. prép. du Code civil*, t. II, p. 3-4, p. 7. — *Discours préliminaire sur le projet*. FENET, t. I, p. 476-477. — *Exposé des motifs* de PORTALIS au Corps législatif, le 4 Ventôse an XI. FENET, t. VI, p. 358-360. — Sur le rôle du droit naturel, dans l'interprétation du Code civil, voy. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit.*, 3<sup>e</sup> éd., de 1840, p. 74, 76, 78. — Le *Badisches Landrecht*, de 1809, conférait expressément valeur subsidiaire au droit naturel : art. 4 a. — Sur cette influence, de la doctrine du droit naturel, dans les codifications de ce siècle, voy. : O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 21, texte et notes 17-18, t. I, 1895, p. 181. — K. COSACK, *op. cit.*, § 6, 2, a, t. I<sup>r</sup>, 1899, p. 18-19.

(2) Comp. K. COSACK, *op. cit.*, § 6, 1, b, et 2, b, t. I<sup>r</sup>, 1899, p. 18-19.

(3) *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 5, 7, 18, 23, 45.

(4) Voy. notamment : E. I. BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*. Akademische Rede, am 22 November 1880, Heidelberg, p. 19-20. — Cpr. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. I, 1886, p. 39.

(5) Voy. notamment : K. COSACK, *op. et locc. supra cit.* — Au surplus, c'est ce qui résulte de l'horreur répulsive, que presque toute la doctrine allemande affiche pour la conception du droit naturel. Voy. notamment : C. G. WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, t. I, 1839-1842, p. 9-14, p. 1111 ; t. II, 1842, p. 61, p. 63. — J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I<sup>r</sup>, 1876, p. 4, p. 66-67, p. 70-71. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 23, note 1 a, t. I<sup>r</sup>, 1891, p. 58 ; cpr. § 22, note 8, et § 28, note 4, p. 57 et 67. — H. DERNBURG, *Pandekten*, § 38, *in fine*, t. I<sup>r</sup>, 1896, p. 87-88. — K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, 1892, p. 371-392. — JACOBI, dans *Jherings Jahrbücher*, t. XXXV, 1896, p. 8. — Voy. pourtant : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, § 12, p. 68-71.

(6) *Motive zu dem Entwurfe eines B. G.*, t. I, 1888, p. 16, *in fine*. — *Protokolle*

Il est vrai que cet anathème général, lancé contre la théorie du droit naturel, n'a pas empêché, dans la pratique, la plupart des jurisconsultes allemands, d'user sans cesse des procédés qu'ils réprouvaient (1). Et, c'est ce qui explique la nouvelle campagne, menée par BEKKER (2), contre un système, qu'on pouvait croire bien définitivement condamné et déjà presque oublié.

Suivant BEKKER, la persistance, très vivace encore, bien qu'inaperçue, de l'idée de droit naturel, dans toute la jurisprudence allemande de ce siècle, constituerait la cause profonde, qui prive cette jurisprudence du caractère vraiment scientifique, et l'empêche de jouir d'une considération sérieuse aux yeux du grand public (3). Il serait donc urgent, pour ramener le droit positif dans les voies d'une véritable science, de le débarrasser, entièrement et sans réserve, de cette manie des principes de droit naturel (*Naturrechtleri*), qui paralyse son essor (4). — Dans sa pensée, le droit doit être tenu pour une œuvre, essentiellement et exclusivement humaine, qui s'est formée par tâtonnements, sous la pression des faits (5), et qui

*der Kommission für die zweite Lesung*, 1897, p. 2. — Cpr. G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 34.

(1) Voy., à ce sujet : E. I. BEKKER, *Ueber den Streit*, p. 20-22 et note 54. — E. STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 423. — O. FISCHER, dans le Recueil de W. LEXIS, *Die deutschen Universitäten*, 1893, t. I, p. 283-284. — La tendance actuelle est dans le sens d'une combinaison du point de vue historique et d'un point de vue librement critique : K. COSACK, *op. cit.*, § 6, 1, c, et 2, c ; t. I<sup>er</sup>, p. 18-19.

(2) Notamment, dans : 1<sup>o</sup>) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Romanistische Abtheilung, 1885, t. VI, p. 84-89 ; — 2<sup>o</sup>) *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*. Akademische Rede, am 22 November 1886, Heidelberg, p. 18-23 ; — 3<sup>o</sup>) *System des heutigen Pandektenrechts*, t. I, 1886, § 16, Beil. I, p. 39-40 ; t. II, 1889. Vorwort, p. VIII-XI et § 81, Beil. I, p. 4-6 ; — 4<sup>o</sup>) *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892 ; — 5<sup>o</sup>) *Ueber die römische und die moderne Æquitas*, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1895, t. I, p. 350-355.

(3) *Ueber den Streit*, p. 18, p. 20. — *Ernst und Scherz*, p. 1-8. — *System des heutigen Pandektenrechts*, t. I, p. 40. — Cpr. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. VI, R. A., p. 87-88.

(4) D'après BEKKER, les théories du droit naturel, telles qu'il les réprouve, ne feraient qu'une seule et même chose, avec la jurisprudence, toute de conception (*Begriffsjurisprudenz*), critiquée par R. von JHERING. Voy. notamment : *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889. Vorwort, p. VIII-IX ; *Ernst und Scherz*, p. 115, p. 130. — Je ne sache pas, que cette assertion de BEKKER ait jamais été formellement acceptée par JHERING. Et je crois, pour ma part, qu'il existe une différence essentielle (que j'indiquerai plus loin, t. II, p. 106), entre les deux tendances, attaquées par les deux éminents romanistes.

(5) *Ernst und Scherz*, p. 44-69.

ne peut nous donner, même dans ceux de ses principes, nous paraissant les plus fermement assis et presque enracinés dans notre sol juridique, que des formules provisoires, toujours caduques, et sujettes à variations, sous l'influence de circonstances nouvelles (1). Pour BEKKER, par conséquent, la justice, absolue et existant en soi, ne peut être objet de science, mais seulement de croyance; comme telle, elle doit être abandonnée à la foi individuelle de chacun. Quant à lui, il n'y croit pas. Mais, en tout cas, il n'hésite pas à penser, qu'on doit refuser au droit naturel, quel qu'en soit le degré, toute entrée dans le champ scientifique (2).

Par ses conclusions, sinon par le *processus* plus doctrinal qui l'y amène, BEKKER se rapproche beaucoup de l'École positiviste évolutionniste, qui, tout en admettant le droit naturel, à titre d'idéal d'ailleurs variable, ne veut voir dans la notion de justice que le résultat d'une formation historique, et comme le sédiment d'une succession de phénomènes, qu'il serait vain de vouloir rattacher à un concept absolu (3).

**161.** — Dans ces théories, si énergiquement affirmées, si

(1) *Ernst und Scherz*, p. 69-76. Cpr. p. 29-34.

(2) *Ernst und Scherz*, *passim*, notamment p. 38-40. — Cpr. *Ueber den Streit*, note 52, p. 21. Adde les notes 51 et 53, *ibid.*; et, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung*, 1895, t. I, p. 353. [— Adde encore, du même auteur : *Recht muss Recht bleiben*, Heidelberg, Kœster, 1896.]

(3) Voy., par exemple, en ce sens : G. MAY, *Éléments de droit romain*, t. I, 1889, nos 1-2, p. 1-6. — L. DUGUIT, *Le droit constitutionnel et la Sociologie*, dans *Revue internat. de l'enseignement*, 1889, 2<sup>e</sup>, t. XVIII, p. 486-487. — A. DANTEN, *De la nature des choses*, 1886, p. 174-177. [— E. NEUKAMP, *Entwicklungsgeschichte des Rechts*, t. I., Einleitung, Berlin, C. Heymann, 1895, *passim*, notamment Kap. II; et, surtout encore, p. 29-30. — K. GAREIS, *Vom Begriff Gerechtigkeit*, Giessen, A. Töpelmann, 1907, §§ 3-4, p. 7-15. — N. M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. TCHERNOFF, Paris, Giard et Brière, 1903, livre I, chap. III, p. 129-152. — Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. I. Methoden-und Quellenlehre, 2 A., Leipzig, Göschen, 1912, p. 15-16 (§ 1, n° 3); p. 21-24 (§ 2, n° 1). — J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, p. 187-190.] — Cpr. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, p. 208-209, p. 405-406 et Préface à l'Ancien droit de S. MAINE, p. XV-XX. — STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, §§ 32-33, p. 176-188. — Rappr. encore : G. TARDE, *Les transformations du Droit*, 1893, p. 156-157. — Cpr. A. MORELLI, *La funzione legislativa*, 1893, § 2, p. 66-71. — Et, sur le sentiment de justice, conçu de la même façon, en matière pénale, voy. Ed. GAUCKLER, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, p. 19-31. — Adde, sur la conception évolutionniste de la morale : A. DARLU, *Classification des idées morales du temps présent*, dans *Revue bleue*, du 11 mars 1899, 4<sup>e</sup> série, t. XI, p. 290-291.



séduisantes, en même temps, par le côté de vérité, qu'elles illuminent, au point d'en obscurcir tout le reste, je ne puis trouver, pour ma part, qu'un excès de réaction, un peu aveugle, contre la doctrine du droit naturel, telle qu'elle s'était affirmée au XVIII<sup>e</sup> siècle. — Cette dernière doctrine — est-il besoin de le dire ? — ne se pouvait soutenir, dans la forme absolue qu'elle avait prise, et en tant qu'elle représentait un droit de la nature, pouvant suffire, par ses principes abstraits, aux exigences les plus minutieuses de la vie sociale, toujours et partout identique à lui-même, non seulement dans ses fondements essentiels, mais dans son adaptation même aux phénomènes variés et changeants, qui forment la trame de toute organisation juridique (1). D'ailleurs, les faits s'étaient chargés bien vite de réfuter une aussi manifeste utopie, qui faisait fi des enseignements les plus clairs de l'histoire, et que contredisait la position, incessamment changeante, des rapports entre les hommes. — Mais, passer à l'extrême opposé, et ne plus admettre de règles, que dépendantes de la variété même de ces rapports, n'est-ce pas, à l'inverse, sacrifier le fonds, permanent et immuable, de vérité et de justice, qui s'impose à nous ? N'est-ce pas sacrifier le droit lui-même, en le réduisant à la pure sujétion des faits ? A vrai dire, les plus fougueux champions des théories positivistes n'en arrivent jamais là dans l'application. Et, malgré leur nihilisme doctrinaire, ils reviennent, inconsciemment, à la reconnaissance effective d'un *juste objectif*, si réduite en puisse être la portée (2).

Je sais bien, que les plus avisés d'entre eux prétendront ici se défendre de toute contradiction, en proclamant la justice absolue, qu'ils maintiennent, objet de pure *croyance*, devant rester absolument exclu de l'horizon scientifique (3). — N'y a-t-il pas, là-dessous, une équivoque bien trompeuse, et n'a-t-on

(1) Voy., encore, une tentative, d'application positive de cette théorie, dans : C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, §§ 17-18, t. I<sup>er</sup>, 1797, p. 117-126. Cpr. p. 424-425.

(2) Voy., sur le passage précité (t. II, p. 97, note 3), des *Éléments de droit romain*, de G. MAY, les fines observations de G. GAVET, dans *Annales de l'Est*, 1889, t. III, p. 198 ; — et, sur les idées analogues de J. G. COURCELLE-SENEUIL : Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, 1891, p. 34-35. — Cpr. E. I. BEKKER, faisant lui-même sa confession, sous ce rapport, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., 1885, t. VI, p. 87-88.

(3) Cpr. E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz*, 1892, p. 40.





pas complètement dénaturé l'opposition de *science* et de *croyance*, à laquelle on a recours ? Qu'est-ce donc en définitive que la croyance, telle qu'on l'envisage (en dehors de la foi religieuse, qui a ses conditions spéciales d'existence) (1), sinon un mode particulier, et amoindri, peut-être (2), mais dans son intensité seulement, de la certitude ? Et, qu'est-ce, d'autre part, que la science proprement dite, sinon un mode plus parfait peut-être, de la même certitude ? (3) — En d'autres termes, et si nous négligeons les mots, pour mieux envisager les choses, ne devons-nous pas dire, que la vérité totale, objet nécessaire de nos recherches, s'obtient, — tantôt, par des procédés déterminant une conviction plus ferme, plus irrésistible, et c'est ce que nous appelons science (4), — tantôt, par une voie moins lumineuse, quoique non moins sûre peut-être dans ses résultats, et c'est, dans notre terminologie actuelle, la croyance. Qu'en cette dernière, notre intelligence trouve une satisfaction moins profonde, que, pour la mettre en œuvre, la raison pure doive avouer son impuissance (5), tout au moins s'aider du sentiment (6), ou, plus exactement, à mon gré, modifier le *processus* normal de ses opérations, en laissant la plus large part à cette forme de son activité, qu'on appelle la conscience morale, c'est ce qu'on peut reconnaître, sans pourtant autoriser une discipline, tout entière dirigée vers la pratique, telle qu'est la nôtre, à supprimer de son horizon

(1) Consultez, sur la foi, du point de vue catholique : R. P. LE BACHELET, S. J., *De l'apologétique traditionnelle et de l'apologétique moderne*, dans *Études publiées par des Pères de la Cité de Jésus*, Juillet-Août 1897, t. LXXII, p. 145-174, p. 369-385, p. 453-478.

(2) Je dis « peut-être », pour réserver la question de savoir, si la conviction, résultant de la *croyance*, ne dépasserait pas, au contraire, en énergie, celle que nous donne la *science*. CONS. F. BRUNETIÈRE, Préface à la traduction française du livre de BALFOUR, *Les bases de la croyance*, p. XXXVIII, et surtout : *Le besoin de croire*, dans *Revue des deux-mondes*, n° du 1<sup>er</sup> décembre 1898, t. CL, p. 708-715.

(3) Comp., avec un renversement des termes, J. PAYOT, *De la croyance*, 1895, p. 1-10.

(4) Encore, faut-il observer, que, suivant sa matière et ses procédés, la science elle-même fournit des degrés très différents de certitude. Comp. A. CROISSET, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1898, 2<sup>o</sup>, t. XXXVI, p. 391-392.

(5) Sur l'irrationnel, source de connaissance, voy. R. P. BRÉMOND, S. J., *M. Brunetière et la psychologie de la foi*, dans : *Études publiées par des P. P. de la Compagnie de Jésus*, n° du 20 mars 1897, t. LXX de la collection, p. 748-763.

(6) C'est, à peu près, la thèse, qui est au fond du beau poème de SULLY-PRUDHOMME : *La justice*.

les résultats de la croyance (1). En définitive, la raison pratique doit rester, pour nous, le complément de la raison pure.

Au vrai, le seul résultat positif, que l'on doive retenir de ces efforts multipliés, d'un scepticisme décevant, et non moins téméraire dans ses négations, que le pur rationalisme en ses affirmations tranchantes, c'est une plus scrupuleuse prudence, dans le diagnostic et dans la mesure des conclusions, que nous devons à la raison et à la conscience, relativement à la connaissance du *Droit en soi*. — Faut-il dire, que nous n'en puissions tirer qu'une certitude subjective et individuelle, n'ayant rien d'objectif, comme résultat d'une pure croyance (2) ? Ce serait là, je crois, nous illusionner par des mots, et rester fort en arrière de la réalité des choses. Pour moi, je n'hésite pas à penser, que la notion du juste, obtenue par nos facultés rationnelles et morales, est susceptible de degrés infinis, suivant la précision de ce que nous lui demandons, que, dans sa quintessence, elle se représente à nous avec une pleine certitude objective, et que son énergie va se dégradant, de plus en plus, à mesure que nous en voulons dégager des conséquences plus immédiates pour la pratique, de telle sorte que, dans son application définitive aux faits de la vie, il devienne absolument vrai de dire, qu'elle se trouve débordée de connaissance subjective (3).

Mais, ce qui reste acquis, au point de vue plus spécialement positif de cette étude, c'est que le juge, appelé à dire le droit, en suppléant le défaut ou les lacunes des sources formelles, et, par conséquent, tout interprète du droit positif, doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience, pour scruter le mystère du juste, avant de descendre à l'examen de cette *nature des choses positive*, qui précisera son diagnostic et mettra en œuvre les principes rationnels (4).

(1) Cpr. : M. BLONDEL, *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, 1893. Introduction, p. XIII. — BALFOUR, *Les Bases de la croyance*, trad. G. ART. p. 191-192. p. 198-199. — Et, sur la conception de la science et de la croyance, d'après L. OLLÉ-LAPRUNE, voy. M. BLONDEL, *Léon Ollé-Laprune*, Paris, Dumoulin, 1899, p. 31-35 ; comp. p. 38-44, p. 22. — Adde encore : A. BAZAILLAS, dans *Revue des deux-mondes*, n° du 1<sup>er</sup> novembre 1899, t. CLVI, p. 143-154.

(2) Cpr. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 1898, p. 163.

(3) Comp. Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, nos 23-24, p. 36-39. — Adde R. SALEILLES, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 2<sup>e</sup>, t. XXII, p. 44-45.

(4) [En faveur d'un retour aux préoccupations du droit naturel, voy. notam-

Tout cela revient à dire, qu'il y a des principes de justice, supérieurs à la contingence des faits (1), et que, si les faits précisent la réalisation des principes, ils n'en sauraient contenir l'essence (2).

Que ces idées soient en désaccord avec les tendances, développées par toute la philosophie allemande moderne, et accentuées encore dans le positivisme anglo-saxon, je ne veux pas m'en défendre. — Mais, j'estime qu'elles rencontrent une autorité, dont on ne contestera ni la clarté, ni la puissance, dans notre grand MONTESQUIEU. Nul, plus que lui, assurément, n'a fait leur place, aux circonstances sociales et à tous les éléments de la vie humaine, dans la constitution du droit positif. Mais, d'abord, il avait posé le principe d'une « raison primitive », d'où dérivent « des rapports d'équité antérieurs à la « loi positive qui les établit » (3). Et, avant de formuler sa doctrine personnelle, d'après laquelle les lois « doivent être « tellement propres au peuple, pour lequel elles sont faites, « que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles se rapportent à la « nature ou au principe du gouvernement... Elles doivent « être relatives au physique du pays, au climat,... à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de « vie des peuples... ; elles doivent se rapporter au degré de « liberté que la constitution peut souffrir ; à la religion des « habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur « nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières... » il avait proclamé ceci : « La loi, en général, est la « raison humaine, en tant qu'elle gouverne les peuples de la « terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne « doivent être que des cas particuliers où s'applique cette rai-

ment : L. VON SAVIGNY, *Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, de G. SCHMOLLER, 1901-4<sup>e</sup>, p. 25-55. — R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, J. Guttentag, 1902. — R. SALEILLES, *École historique et droit naturel*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 80-112. — J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910. — E. JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1912.]

(1) Comp. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 8, t. I, 1895, p. 120-121.

(2) [S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, p. 343-344, a signalé, comme une lacune de ma 1<sup>re</sup> édition, certaines références à Saint THOMAS D'AQUIN, que je suis heureux de m'approprier aujourd'hui.]

(3) *Esprit des lois*, Liv. I, chap. I ; éd. Garnier, p. 4.

« son humaine » (1). Et, par là, MONTESQUIEU indiquait bien que cette nature des choses, d'où il déclarait avoir tiré ses principes (2), ne contenait pas seulement des phénomènes, des faits, des contingences, qu'elle impliquait un fondement plus solide, consistant en œuvre de la raison et en représentation de l'absolue justice (3).

Or, voilà bien ce qui doit être absolument maintenu, pour assurer une base ferme à l'interprétation, s'exerçant dans la sphère de ce que j'ai appelé la libre recherche scientifique : en dehors et au-dessus de la nature des choses positive, formée d'éléments matériels et mouvants, une sorte de nature des choses supérieure, toute en principes rationnels et en entités morales immuables (4). Et, si cette justice absolue s'impose d'abord au législateur, elle ne saurait être indifférente au juge, quand les lacunes des sources positives l'amènent à créer lui-même le droit, que la loi lui refuse (5).

**162.** — Préciser le contenu de cette justice absolue, et spécifier son rôle dans tout le domaine du droit positif, excèderait manifestement la visée, purement méthodologique, de la pré-

(1) *Esprit des lois*, Liv. I, chap. III ; éd. Garnier, p. 8-9 et p. 8.

(2) *Esprit des lois*, Préface : « Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses » : éd. Garnier, p. I. Cpr. liv. I, chap. I, p. 3-6.

(3) Comp. Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, p. 32.

(4) Ces principes de justice supérieure, révélés par la raison et la conscience, sont reconnus comme indispensables, dans le domaine du droit international public ; et les Chancelleries n'hésitent pas à affirmer, sauf à l'oublier parfois, dans leur pratique, la suprématie nécessaire de l'idéal « de droit et d'équité ». Voy., par ex. : Note du 12/24 août 1898, *in fine*, remise par le Comte MOURAVIEW aux représentants des diverses puissances à St-Petersbourg, dans *Revue gén. de droit intern. public*, Sept. Oct. 1898, t. V, p. 688, note 2 de p. 687. — Préambule de la *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, conclue à la Haye le 29 juillet 1899. — Adde, sur l'influence de la conception du droit naturel, en droit des gens : K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, p. 352. Cpr. A. PILLÈT, *Le droit de la guerre*, t. I, 1892, p. 8-10. — On s'explique, sans peine, cette prépondérance de la justice absolue, par la rareté et l'insuffisance, à l'heure actuelle, des sources positives du droit des gens. Mais, il faut bien convenir, que, par là même qu'elle s'impose dans ce domaine, elle affirme son existence, qui ne doit pas être oubliée, hors de là, pour combler les lacunes des lois positives.

(5) [CONS. J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910 ; et, sur cet ouvrage : A. TISSIER, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1910, nouv. série, t. XXXIX, p. 184-189. — Adde : G. BRY, *De l'idée d'un droit naturel et de son rôle dans la législation positive*, dans *Bulletin du Comité des trav. hist. et scient. Section des sciences écon. et sociales* (Année 1900), Paris, 1901, p. 97-118. — G. VANDEN BOSSCHE, *Discours sur la notion et l'interprétation du droit civil positif*, Bruxelles, 1907, p. 6-14, p. 19-20.]

sente étude (1). Je laisse, à la discipline de la philosophie du droit, la mission délicate de déterminer les principes et leurs conséquences, dans la sphère des idées pures, en dehors de la contingence des situations matérielles et des faits (2). Quant à montrer, en présence des espèces mêmes, la part irréductible de justice rationnelle, que comporte toute appréciation juridique, je ne le pourrais faire, qu'en pénétrant dans le détail des applications, et en me livrant à une casuistique raffinée, qui me ferait dévier de ma route, déjà bien longue. Qu'il me suffise donc, ici, de signaler la tâche et d'en marquer les procédés. A cet effet, deux observations essentielles doivent compléter les explications précédentes.

En premier lieu, — il est presque banal, mais nécessaire pourtant, de le rappeler, — si la jurisprudence doit, à l'aide du *vrai*, découvrir le *bien*, il ne lui appartient pas, de réaliser le bien tout entier, mais seulement cette part de bien, qui forme proprement le *juste*, parce que la raison nous la montre susceptible d'une sanction sociale (3). Ici, la notion d'utilité vient compléter l'idéal du bien en soi, pour en dégager ce qui mérite et exige protection juridique (4), tout le surplus devant être abandonné aux usages de la vie (mœurs) ou à la morale

(1) [Voy., pour le complément de l'esquisse, présentée ici : FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. II. Élaboration scientifique du droit positif, 1915. — Adde : R. P. JANVIER, *La justice et le droit* (Conférences de N.-D. de Paris, Carême de 1918). — Voy. aussi : M. HAURIOS, *Le droit naturel et l'Allemagne*, dans *Le Correspondant*, n° du 25 septembre 1918, p. 913-939.]

(2) On lit encore, avec grand profit, à l'heure actuelle, les beaux travaux de J. OUDOT, si profondément pénétrés d'un sentiment juridique, absolument sûr : *Premiers essais de Philosophie du Droit*, 1846. — *Conscience et science du devoir*, 2 vol., 1855-1856. — Voy., comme œuvres plus modernes, avec une inspiration rationaliste, légèrement adoucie, surtout dans la seconde : AD. FRANCK, *La philosophie du droit civil*, 1886 ; — É. BEAUSSIRE, *Les principes du Droit*, 1888 ; et, sur ce dernier livre : AD. FRANCK, dans : *Journal des savants*, 1889, p. 5-21 et p. 397-411. — Enfin, la tradition des juristes philosophes a retrouvé un continuateur éminent, dans A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., Paris, A. Fontemoing, 1899.

(3) On peut concevoir un droit dépourvu, en fait, de sanction. Le droit des gens en est un exemple. Mais le caractère juridique implique, du moins, dans une règle, la *tendance* à être l'objet de sanction sociale. Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 10, III, t. I, 1893, p. 63. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 114. — Ed. HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, § 1, note 1, t. I, 1897, p. 1. [— FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 48 (n° 16).] — Voy., aussi : R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, § 23, p. 128-132. — E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, §§ XVI-XXIII, p. 38-50 ; cf. p. 105, p. 137-138.

(4) Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 13, I, 1, t. I, 1893, p. 71-72.

proprement dite (1). Et, c'est ainsi que les *devoirs de charité* conservent leur place nécessaire à côté des *devoirs de justice*. Distinction, que le juge ne peut pas plus méconnaître ni oublier que le législateur lui-même (2).

D'autre part, — et sur ce second point je ne saurais assez insister, — la justice absolue, si nécessaire qu'elle soit pour affermir l'interprétation juridique, ne lui donne jamais qu'une *direction*, que la considération, des faits et de la nature des choses positive, pourra, seule, préciser (3). L'interprète doit donc se garder de l'illusion, qu'il puisse trouver, dans les révélations de sa raison et de sa conscience, une solution toute prête, pour les problèmes que la vie lui présente. Et, le motif en est simple. Le juge, pas plus d'ailleurs que le législateur (4), n'applique, directement et immédiatement, le juste, pris en soi. Il n'en fait jamais qu'une adaptation, qui déforme nécessairement la notion pure. — En d'autres termes, le juste étant un *but* à atteindre, l'interprète n'a pour mission que de découvrir le *moyen* de le réaliser dans des conditions données. Or, le moyen se sépare toujours en quelque façon du but, bien qu'il doive, en tout cas, s'y rapporter (5). Il s'y rapportera d'autant plus, que la notion de justice, à mettre en œuvre, présentera un caractère, plus général, qui atténuera, jusqu'à pouvoir l'effacer complètement, l'antithèse du but et du moyen. — D'où il résulte, que les principes de pure justice s'imposeront, dans l'application du droit, avec une énergie, et promettront une sûreté de résultats, proportionnées à leur

(1) F. REGELSBERGER, *op. cit.*, § 10, I-II, p. 60-63. — O. GIERKE, *op. cit.*, t. I, p. 114-115. — Cpr., sur la distinction du droit et de la morale : Ch. LYON-CAEN, dans *Revue internat. de l'enseignement*, 1889-1<sup>o</sup>, t. XVII, p. 352-353. — R. STAMMER, *Wirtschaft und Recht*, p. 134.

(2) Voy. une conséquence ultérieure de la même distinction, dans KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, trad. J. BARNI, 1854, p. 25-29. — Adde Ch. GIDE, *Justice et charité*, dans *Morale sociale*, Paris, Alcan, 1892, p. 192-214.

(3) [Comp. : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> édition, t. I, Paris, 1911, nos 5-7, p. 2-3. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 8-12. Adde p. 12-16. — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, Dalloz, 1914, p. 3-6.]

(4) Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, p. 37-38. — Cpr. ARISTOTE, ΘΗΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ, lib. V, cap. X (XIV), § 4. — Voy. encore : C. SIGWART, *Logik*, t. II<sup>2</sup>, 1893, p. 737.

(5) Cons. SIGWART, *Logik*, t. II<sup>2</sup>, 1893, p. 738-739.

abstraction et à leur indépendance de nature, vis-à-vis des faits contingents.

Ainsi, tout d'abord, le principe de la *justice en soi*, impliquant un certain ordre des rapports humains, que doit sanctionner le pouvoir social, s'impose, sous l'intuition de la raison, avec une force absolue ; de telle sorte, que tout acte d'interprétation juridique en emporte, de lui-même, la reconnaissance et la proclamation directes.

Sous cette notion dominante, se rangeront des principes, moins absolus, que la raison nous révèle avec une généralité inférieure, et dont la mise en œuvre dépendra déjà, en quelque mesure, de considérations contingentes : tels, le principe qui reconnaît à tout être humain le droit absolu d'agir et de développer ses facultés, suivant sa nature et en vue de sa fin, sous la condition seulement de respecter le droit égal d'autrui (1) ; — ou le principe de la conservation sociale et de la prépondérance des intérêts communs sur les intérêts particuliers (2) ; — celui de l'égalité, au moins abstraite, qu'il faut maintenir entre les hommes dans la sphère juridique (3) ; — etc., etc.

A un degré, plus bas encore, la conscience nous suggèrera des règles ou maximes de conduite juridique, plus rapprochées des faits, et ne trouvant, que dans un étroit contact avec ceux-ci, leur pleine mise en valeur effective : ainsi, la règle de l'engagement en vertu d'une promesse librement faite et acceptée ; — la maxime, que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui ; — celle, suivant laquelle chacun doit réparer le dommage causé par sa faute ; — etc., etc. Autant de notions, issues de la pure justice, mais dont pourtant l'observation de la vie sociale peut seule préciser la portée et assurer l'efficacité pratique (4).

(1) L'idée essentielle, contenue dans ce principe, se retrouve au fond de la plupart des systèmes. Voy. notamment : KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, trad. J. BARNI, 1854, p. 43. — H. SPENCER, *Justice*, trad. CASTELOT, 1893, p. 51-54. — LÉON BOURGEOIS, *Solidarité*, 1896, p. 97-114. — A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, 1899, nos 41-49, t. I, p. 72-85. — CPT. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GENOUX, t. I, 1840, p. 326. — Voy. aussi *Déclaration des Droits de 1789*, art. 4 ; de 1793, art. 6 ; de l'an III, art. 2.

(2) Comp. R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I<sup>er</sup>, 1893, p. 443 et sq., p. 512 et sq.

(3) Comp. F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 6-7.

(4) Comp. A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. I, 1888, p. 20.

I Il faut donc le reconnaître, il existe des principes de justice, révélés par la raison ou par la conscience morale, auxquels les éléments variés et mouvants de la vie sociale donneront, seuls, leur empreinte positive, mais dont le siège est en dehors du monde des phénomènes ou des contingences (1). Et, il importe de remarquer, que ces principes de raison et de justice ne se confondent pas, bien qu'en ait dit BEKKER (2), avec les pures conceptions juridiques, que j'ai, maintes fois (notamment, nos 60-81, et 158), signalées, pour en combattre l'excès. La conception est toute entière œuvre de l'esprit individuel de l'interprète, tandis que le principe ne mérite ce nom que s'il est extrait de la réalité même des choses ; d'où il suit, que, tandis que la conception, exprimant une pure hypothèse scientifique, ne doit jouer que le rôle d'un instrument de la technique juridique, limité, dans ses effets, à la construction d'une théorie, et à la suggestion de résultats, le principe, au contraire, dont toute la valeur est due à la vérité qui l'inspire, peut légitimement prétendre à la fécondité logique et effective de son contenu.

Restent deux questions, fort secondaires, à mon avis, au point de vue de la pratique de l'interprétation, et que les développements antérieurs permettent de facilement résoudre.

Les principes de justice, tels que nous les avons reconnus, sont-ils immuables et universels ? Il a paru difficile de l'admettre, à considérer la variété infinie de règles juridiques, parfois tout opposées, consacrées suivant les temps et les pays (3). — Mais, n'y a-t-il pas, dans cette opinion, une confusion manifeste, entre les deux points de vue, que je me suis

(1) Comp., avec les idées ici exposées, celles de J. OUDOT : *Conscience et Science du devoir*, t. I, 1855, p. 329-337. — Rapp. encore : DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 8. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 2, note 2, t. I, p. 4. — N'est-ce pas déjà, pour le fond du moins, la conception, qui se dégage des *Instructions sur les études propres à former un magistrat*, adressées par d'AGUESSEAU à son fils. Voy. notamment, dans la I<sup>e</sup> et la II<sup>e</sup> Instructions, deux passages à combiner ensemble. *Œuvres de d'Aguesseau*, édition des libraires associés, t. I, 1759, p. 270-271 et 285-287. [— Voy., pour une critique des idées exposées au texte : R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 89-90 (§ 3) et p. 105-106 (§ 7).]

(2) *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, 1889. Vorwort, p. VIII-LX. — *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, *passim*, notamment p. 115-130.

(3) Voy. les boutades, bien connues, de MONTAIGNE, PASCAL, GÖTTE, rappelées par Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, p. 13-14. — Adde : A. DANTEN,



attaché à distinguer, celui des principes eux-mêmes et celui de leur application (1). Sans prétendre justifier, sous le rapport de la justice absolue, les institutions juridiques de toutes les époques et de tous les lieux, il suffit, pour écarter le scandale de leur diversité, d'observer que, presque toujours, le but a été moins différent que les moyens de le réaliser (2). Mais, si l'on admet, d'après la raison, l'expérience, et le sentiment intime, l'uniformité de la nature humaine, l'identité constante de sa destinée, et l'existence d'un ordre naturel permanent de rapports entre les éléments du monde, on en conclura nécessairement, que les principes de pure justice, qui ne sont qu'une des faces de cet ordre, conservent, au milieu des variétés et des contingences de leur mise en œuvre, un caractère universel et immuable (3).

On s'est demandé, encore, si ces principes pouvaient avoir une valeur objective. Et, trompée par les excès spéculatifs des juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle, la science allemande contemporaine allègue, comme un axiome d'évidence, la pure subjectivité des concepts de droit naturel, pour leur refuser toute autorité positive (4). — A vrai dire, je doute fort, qu'il y ait là, beau-

*De la Nature des choses*, 1886, p. 174-177. — L. DUGUIT, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, 2<sup>e</sup>, t. XVIII, p. 487. — Comp. : R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 1896, p. 178-179, p. 185. [— A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, Dalloz, 1914, p. 3-6.]

(1) Cpr. Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, p. 15-16, p. 37-38. — Adde : F. BRUNETIÈRE, dans *Revue des Deux-Mondes*, 1<sup>er</sup> décembre 1898, t. CL, p. 714. — E. PICARD, *Le droit pur*. Permanences juridiques abstraites, 1899, § CXXXVII, p. 293-295.

(2) On peut donc redire, ici, une fois de plus, qu'évoluer n'est pas changer. Voy. F. BRUNETIÈRE, dans *Revue des Deux-Mondes*, n<sup>o</sup> du 1<sup>er</sup> janvier 1895, t. 127, p. 105-106 : « L'épanouissement des frondaisons de l'arbre n'est pas une « variation » « du germe ; et ce n'est pas « changer », ce n'est pas devenir autre, que de développer le contenu de sa loi, puisqu'au contraire c'est achever de devenir soi-même » ; et dans *Discours de combat*, Paris, 1900, p. 131, note 1, p. 136, p. 146, note 2, p. 147, p. 201, note 1. — Cpr., en notre matière, A. MORELLI, *La funzione legislativa*, 1893, p. 291. — Voy., aussi, A. de COURCY, *Questions de droit maritime*, t. I, 1877, p. 5.

(3) Cpr. : Ch. BEUDANT, *op. cit.*, p. 116-117. — A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, 1899, n<sup>o</sup> 29, t. I, p. 45. — Voy., aussi, dans le sens des idées que je développe : ARISTOTE, *ΘΗΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ*, lib. V, cap. VII. — Et, rapp. la distinction des lois de causation et des lois d'évolution, d'après G. TARDE, *Les transformations du droit*, 1893, p. 126-128. — Pour l'immuabilité absolue du droit naturel, voy. F. SUAREZ, S. J., *De legibus*, lib. II, cap. XIII-XIV.

(4) Voy. notamment, C. G. WÄCHTER, *Württemberg. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 63. — J. UNGER, *Österreichisches Privatrecht*, t. I<sup>4</sup>, 1876, p. 67. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 23, note 1<sup>a</sup>, t. I<sup>7</sup>, p. 58. — H. DERNBURG, *Pandekten*,

coup plus qu'une simple question de mots, qu'il suffirait peut-être d'éclaircir, pour la résoudre. En vérité, nous l'avons constamment reconnu, les principes de justice, dont nous affirmons la nécessité, ne nous sont révélés que par la raison ou la conscience morale. Et, sous ce rapport, ils viennent bien de nous. Mais, ces concepts ne sont-ils pas la représentation d'une réalité supérieure, placée en dehors de nous-mêmes, c'est ce qu'on ne pourrait nier, que si les manifestations de la raison et de la conscience restaient purement individuelles, différentes en chacun de nous, et sujettes à varier pour nous-mêmes. Je consens, qu'en passant à travers l'âme de chacun, les notions, objectives par essence, s'imprègnent de subjectivité, et que, n'apparaissant, dans la pratique, qu'adaptées aux éléments variables de la nature des choses positive, elles perdent, à des yeux peu clairvoyants, leur aspect d'entités supérieures à l'homme et indépendantes de lui ; de telle façon que, dans leur application plus rapprochée des faits, elles se présentent sous le manteau de la connaissance subjective. Cette circonstance, pourtant, ne saurait altérer leur nature, qui se dégage d'autant plus nette, qu'on s'élève au-dessus des faits, pour considérer les principes en eux-mêmes. Et, si l'on remonte au principe suprême, le principe même de la justice, n'est-on pas obligé de lui reconnaître un caractère objectif, qui le soustrait à la variété des opinions ? — En définitive, donc, ici encore, le problème semble devoir se résoudre par une distinction : au fonds même de justice, que la raison nous découvre dans les rapports humains, nous ne pouvons refuser la valeur objective, sans laquelle il manquerait de l'absolu qui est de son essence (1) ; ce qui ne nous empêche pas de reconnaître, que la mise en œuvre des principes, qu'il contient en lui, implique, chez l'interprète, œuvre personnelle et individuelle, dont les résultats derniers se traduisent nécessairement en points de

§ 38, *in fine*. t. I<sup>er</sup>, 1896, p. 87-88. — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz*, 1892, *passim*. — JACOBI, *Versprechen und Vertrag*, dans : *Jherings Jahrbücher*, 1896, t. XXXV, p. 8. — *Motive zu dem Entwurfe eines B. G.*, t. I, 1888, p. 16, *in fine*. — Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 69, et O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 181, *in fine*.

(1) Comp. : L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1874-1875, p. 302. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 70, *in fine*.

vue subjectifs, puisant pourtant, par leurs plus profondes racines, dans ces entités objectives qui en font toute la puissance.

**163.** — La solution de cette question m'amène à une dernière considération, touchant le rôle, qu'il convient d'assigner, dans l'interprétation du droit positif, à ce qu'on peut appeler le sentiment de l'équité (1).

Le mot « équité » représente une notion, quelque peu incertaine et équivoque, que rien ne paraît distinguer, bien nettement, de la notion de justice. Sans insister ici sur un point de minutieuse terminologie (2), dont la discussion ne saurait nous donner les résultats positifs que nous cherchons, sans prétendre préciser le sens et la portée de l'*æquitas*, qui a exercé une influence si capitale sur l'évolution historique du droit romain (3), sans approfondir davantage la notion de l'équité, telle qu'elle apparaît en nos lois actuelles (ex. : art. 565, 1135, 1854, C. civ. franç.), j'indique simplement, que, telle que j'entends l'envisager, l'équité, branche détachée du grand arbre de la justice, représente, suivant les cas, deux notions distinctes : Ou bien, c'est une sorte d'instinct, qui, sans faire appel à la *raison raisonnante*, va, de lui-même et

(1) Les auteurs français ont généralement émis, à ce sujet, des idées excessivement vagues. Voy. entre autres : MERLIN, *Rép. de jurispr.*, v° Équité. — TOULLIER, *Le droit civil français*, t. I, n° 149. — DALLOZ, *Rép. alphab.*, v° Loi; n°s 512-513. — DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, 1861, n°s 29-30 et n° 273-277, p. 66-71, p. 457-463. — G. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., 1874, n°s 84 et 1442; t. I, p. 74-76, t. III, p. 12-25. — VAVASSEUR, dans *Revue des Sociétés*, 1899, p. 1-2. — Adde, sur le point, de savoir, si le droit naturel peut servir à combler les lacunes de la loi positive : MAILHER de CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, 1822, §§ XLV-LI, p. 65-71. — ESCHBACH, *Introduction générale à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 1856, n° 11, p. 19. — Ch. BROCHER, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, p. 222-243. — Voy. aussi les auteurs analysés et cités ci-dessus, n° 19, t. I, p. 38-40.

(2) Sur la notion d'équité, voy. : C. A. ALBRECHT, *Die Stellung der röm. Æquitas in d. Theorie des Civilrechts*, 1834. — C. G. WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 61-62. — Et, quant aux opinions des Glossateurs, relativement à l'équité, voy. Ed. MEYNIAL, dans *Nouvelle Revue historique de Droit*, 1897, t. XXI, p. 352-353. — Voy., aussi, PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, le 4 Ventôse an XI, FENET, t. VI, p. 359-360. — Et, sur l'équité ou *epiikia* des scolastiques : F. SUAREZ, *De legibus*, lib. VI, cap. VI, §§ 5-7, cap. VII et cap. VIII.

(3) E. I. BEKKER, *Ueber die römische und die moderne Æquitas*, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, t. I, 1895, p. 337-347. — Adde M. VOIGT, *Die Lehre vom Jus naturale, Æquum et bonum und Jus gentium der Römer*, 4 vol., 1856-1875.

tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique. Ou bien, c'est, en vue de l'adaptation aux faits de l'idée de justice, la considération des circonstances individuelles, prenant le pas sur les idées générales, ou les modelant à la mesure des éléments concrets. — Il s'agit de savoir, quelle autorité l'on peut reconnaître, sous chacune de ces deux formes, à l'équité, dans l'élaboration du droit positif, par voie de libre recherche scientifique.

En tant que sentiment, inconscient et non raisonné, des exigences du droit, l'équité ne diffère pas essentiellement, par sa nature, des révélations de la conscience morale proprement dite. Le nom, donné à cette dernière faculté, ne doit pas, en effet, nous illusionner sur le mode de son action. Celle-ci ne consiste guère, si vive en puisse être l'influence, qu'en impressions, mal déterminées dans leur essence, qu'une croyance invincible en la rectitude de notre esprit érige seule à l'état de vérités morales absolues. Le sentiment de l'équité, tel qu'on le désigne volontiers, n'est qu'un diminutif de ce diagnostic de la conscience ; ou, si l'on veut, c'est l'œuvre d'une sorte de subconscience morale. Je ne vois donc pas, qu'il soit possible, ni légitime, de lui refuser l'autorité, que nous avons reconnue à la conscience elle-même, en l'admettant, comme succédané de la raison, au nombre de nos modes de connaissance du droit positif. — Toutefois, le danger même, des inspirations de cette équité, plus évidemment subjective, doit limiter son effet à l'appréciation d'éléments juridiques purement abstraits. J'entends dire, par là, que le juge, placé en face d'une espèce, ne pourra pas, à moins d'en être positivement chargé par la loi (1), faire porter son sentiment d'équité, pour la solution de droit proprement dite, sur les circonstances, individuelles et spécialement concrètes, du cas qui lui est soumis (2). Sauf cette réserve, qui nous ramènerait à la seconde forme de l'équité, dont je parlerai tout à l'heure, j'estime que l'équité, purement instinctive,

(1) Sur la grande latitude, laissée au juge, d'une façon générale, par le nouveau Code civil allemand, voy. notamment : F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, § 11, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 46-49 [ ; — et ci-après, n° 176 bis.]

(2) Cpr. l'opinion des Glossateurs, d'après Ed. MEYNIAL, *Nouv. revue histor. de droit*, 1897, t. XXI, p. 352-353.

reste dans le domaine de l'interprétation scientifique, se mouvant hors des faits et cherchant à établir des *types* de décisions concrètes. — Dira-t-on que, privée, par notre réserve même, de son atmosphère vitale, l'équité, dont il s'agit, n'aura pas lieu de s'exercer, ou demeurera forcément stérile. Ce serait une erreur certaine. Je fais appel à l'expérience de tous ceux, qui ont réfléchi aux problèmes du droit positif, pour affirmer que, dans nombre de ces problèmes, la solution juste est acquise, par sentiment instinctif plus que par raisonnement (1); et cela, indépendamment de toutes circonstances d'espèce, dans la seule considération des éléments généraux d'une question. Bien plus, certains problèmes ne se peuvent élucider, que grâce à cette méthode. Et, entre tant d'exemples, que j'en pourrais fournir, je citerai toute la théorie du conflit des lois anciennes et des lois nouvelles, pour laquelle on a vainement tenté d'éclairer, au moyen d'un principe, rationnel, clair, enveloppant, la portée de la règle de la non-rétroactivité, édictée, d'une façon si sèche, par l'article 2 du Code civil français (2); où, malgré les efforts des formules, on a dû s'en tenir à une distinction, imprécise et fuyante (distinction des droits acquis et des expectatives), que la nature des choses n'a pas permis d'éclairer complètement, et dont, provisoirement au moins, les cadres ne peuvent être remplis, qu'à l'aide d'un instinct juridique, que l'étude et la réflexion développeront sans doute, mais qui n'en reste pas moins irréductible aux opérations de la raison proprement dite. Comment nier, dès lors, que le sentiment de l'équité, envisagé sous ce premier aspect, ne doive conserver une place essentielle, dans une méthode, complète et suffisante, d'interprétation juridique (3)?

(1) Je sais bien, qu'on a stigmatisé la tendance, que je défends, sous le nom d'*équité cérébrine*. Mais, des mots ne sont pas des raisons. — Voy., en faveur de mes idées, le témoignage autorisé, de R. von JHERING, parlant d'après son expérience personnelle, dans *Œuvres choisies*, trad. de MEULENAERE, t. I, 1893, p. 89-91.

(2) Voy. encore : de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Une théorie nouvelle sur la non-rétroactivité des lois*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, nouv. série, t. XVII, p. 444-458, p. 492-519.

(3) Voy. une application, de l'équité et d'un principe de pure justice, en droit positif, dans Bordeaux, 6 juillet 1896, *SIR.*, 1899-2-202. [— L. HUGUENEY, note, sous *Civ. rej.*, 1<sup>er</sup> août 1910, *SIR.*, 1913-1-361, montre bien, comme inspirée par des considérations d'utilité contingente, une décision, qui écarte la subrogation

Tout autre doit être, à mon avis, notre attitude, relativement à l'équité, que j'appellerai individuelle, celle qui détermine l'influence des circonstances particulières à une situation concrète et déterminée, — qualité des personnes, résultats de la décision, appréciation de l'opinion publique, etc., etc., — sur la solution juridique de l'espèce. Il est trop clair, que la considération de cette sorte d'équité, dont les éléments sont variables à l'infini, ne peut entrer en ligne dans l'interprétation juridique abstraite, spécialement pour adoucir un droit réputé *strict*, qu'autant qu'il ne s'agirait que de lui assigner un rôle éventuel, en vue de l'application même du droit. Notre organisation juridique française moderne ne connaît, ni n'admettrait, soit le système des Cours d'équité, qui naguère encore jouait un rôle si capital en Angleterre (1), soit l'expédient de procédure, jadis usité dans les actions de bonne foi du droit romain (2). A vrai dire, tout cela n'est pas nécessaire chez nous, puisque nos juges ont, de plein droit, en matière civile du moins, le pouvoir de tenir compte de considérations d'équité (3). — Toutefois, et s'il s'agit d'équité individuelle, les juges ne peuvent s'en servir, à l'encontre d'une règle de droit proprement dite (4), soit qu'elle émane d'une source formelle, à moins que celle-ci ne renvoie expressément à l'équité ainsi comprise (5), soit même qu'elle se dégage de la libre recherche scientifique, à moins que les éléments mêmes de celle-ci (justice, nature des choses,) ne commandent

réelle, dans un cas de révocation de la donation d'une somme d'argent affectée à la construction d'une chapelle.]

(1) Voy. E. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. V, 1883, p. 504-505 ; t. VI, 1883, p. 445, p. 521 et sq. — Si nous n'avons pas proprement de juridictions d'équité, certaines de nos juridictions sont, en vertu de l'esprit de leur institution, plus particulièrement guidées par l'équité : ainsi, les Conseils de prud'hommes.

(2) Clause « *ex fide bona* », insérée dans la formule. Voy. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., 1898, p. 989. Cpr. p. 428, p. 521.

(3) Comp. ci-dessus, n° 85, *in fine*, t. I, p. 212-215. — Je ne parle pas ici des *dispenses*, proprement dites, dont l'octroi est attribué à divers organes du pouvoir exécutif. Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*. § 36, 1<sup>o</sup>, t. I<sup>o</sup>, p. 177.

(4) En ce sens : Civ. cass., 25 juillet 1898, SIR. 99-1-74.

(5) Tel paraît être le cas, dans l'art. 1854 C. civ. franç., aussi bien que dans l'art. 1780, modifié par la loi du 27 décembre 1890 ; tandis que l'art. 1135, et, plus certainement, l'art. 565, paraissent viser l'équité générale. [— *Adde* ci-après, n° 176 bis.]

de lui laisser place. Et, c'est ce qu'on pouvait admettre, par exemple [avant la loi du 2 juillet 1907], pour l'organisation de la tutelle des enfants naturels, que le législateur avait négligé de régler, et dans la mesure, du moins, où l'analogie (voy. ci-dessus, n° 107, t. I, p. 307) n'imposait pas, pour elle, l'application des règles édictées, quant à la tutelle des enfants légitimes. — D'une façon plus générale, l'interprétation admettra l'équité individuelle au rang d'un criterium de solution, toutes les fois que ce moyen paraîtra nécessaire, pour satisfaire la justice (aucun droit supérieur ne s'y opposant), ou pour répondre aux exigences de la nature des choses positive (1). Je citerai, comme exemples, les cas, où le juge devrait, pour préciser les conditions mal déterminées d'un contrat, interpréter, en la fixant, la volonté insuffisamment exprimée par les parties, ainsi en tarifant un travail convenu sans fixation de prix, ou en imposant une limite de temps à une promesse de contrat consentie sans détermination de durée (2).

## II

### *Éléments positifs de la libre recherche*

**164.** — Si les principes de justice, immanents à notre nature morale, et révélés par la raison ou la conscience, constituent

(1) Voy. ARISTOTE, *ΘΗΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ*, lib. V, cap. X (XIV), §§ 5-6 ; et KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, trad. J. BARNI, 1854, p. 49-51. — Comp., en divers sens, sur cette question, qui semble difficile à résoudre par une formule générale : PUCHTA, *Pandekten*, § 21, 12<sup>e</sup> édition, 1877, p. 33-35. — WÄCHTER, *Württemb. Privatr.*, t. II, 1842, p. 62-64. — THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, § 40, p. 113-114 et § 38, p. 105-107. — J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, § 11, II, t. I<sup>4</sup>, 1876, p. 71-73. — PFAFF et HOFMANN, *Commentar zum österr. allgem. B. G.*, t. I, 1877, p. 206-211. — B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 28, t. I<sup>7</sup>, p. 65-67. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, § 11, notamment p. 66-67. — Cpr. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 106-107. — Adde, pour le droit romain : R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, § 29 ; éd. de MEULENAERE, § 33.

(2) [Comp., sur le rôle de l'équité dans l'interprétation juridique : Ch. JAUBERT, *L'article 1382 du Code civil et la justice d'équité*, dans *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1906, t. 55, nouv. série, t. XXXV, p. 562-576. — K. GAREIS, *Vom Begriff Gerechtigkeit*, Giessen, A. Töpelmann, 1907, § 10, p. 37-38 (notion de *Billigkeit*). Comp. § 11, p. 38-40. — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, Titre III, chap. III, sect. III, *L'équité ou l'élément de liberté du droit*, nos 204-213, p. 332-341.]

la première assise, indispensable et ferme, de toute recherche scientifique, dans la sphère du droit positif, ils n'en sont pas moins, nous l'avons vu, par eux-mêmes, et à eux seuls, insuffisants, pour suggérer à l'interprète les solutions immédiates, qu'il lui faut découvrir, afin de suppléer aux lacunes des sources formelles. Il a besoin, en vue des rapports, qui le sollicitent et demandent un règlement précis, d'une clarté, plus concrète et plus intense, que, seul, l'examen des faits eux-mêmes lui apportera. Parti de la région des principes absolus, c'est dans le domaine des contingences qu'il réalise son activité propre; ce n'est qu'à ce domaine, qu'il peut demander les éléments derniers de ses décisions. Et, il faut qu'il y rencontre une direction de détail, d'autant plus précise et sûre, que la généralité des idées supérieures, si elle assurait sa marche, semblait, en même temps, lui dérober le but. Ici, intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette *nature des choses positive*, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour proposer, à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes (1).

A ce point, l'embarras va être, bien plutôt, dans l'immensité et la variété mêmes des matériaux à mettre en œuvre. Comment tracer sa voie à une recherche, que nous sentons aux prises avec toute la richesse et toute la complexité de la vie? Je le dirai sans ambages. Je ne considère pas comme possible, dans l'état encore si imparfait des sciences sociologiques, de poser, dès maintenant, d'un œil sûr, les jalons de la route entière à parcourir. Et, c'est précisément cette infinité des horizons, limitant, à l'heure actuelle, la puissance méthodologique, qui me paraît ouvrir à notre recherche les perspectives, de longtemps inépuisables, d'une *terre promise*, à peine entrevue jusqu'alors. — Mais, le caractère, tout pratique, du droit positif, ne lui permet pas de s'en remettre, les yeux fermés, à

(1) [Les développements, qui vont suivre, doivent être, aujourd'hui, complétés, et, au besoin, rectifiés, au moyen des résultats obtenus par Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, notamment, t. III. *Élaboration technique du droit privé positif* (prêt à paraître).]



la conduite de disciplines connexes, à peine constituées d'ailleurs, et qu'il dût suivre en simple satellite. Il a besoin, avant tout, de points d'appui, assurés et solides. De sorte que, ce sera notre effort propre, de dégager, dans la masse, un peu chaotique, du monde social, les éléments, vraiment positifs, doués de la fermeté suffisante, pour fournir les solutions nécessaires.

Sous le contrôle des principes supérieurs, de pure raison et d'absolue justice, qui nous ont paru, avant tout, nécessaires, nous pouvons accepter ce postulat, que les rapports de la vie (nature des choses *hoc sensu*) contiennent, en eux-mêmes, les lois qui les doivent régir. Mais, pour dégager ces lois, il ne suffit pas d'analyser ces rapports, dans leurs infinies complications. Il faut trouver les points d'appui fixes, marquant leur équilibre, et dénotant, par des signes précis, les conditions, auxquelles sera le mieux satisfait l'intérêt social, issu lui-même d'une justice sainement comprise. — Or, les seuls indices certains, de cet équilibre, et de cet eudémonisme général, se rencontrent dans les bases mêmes de l'organisation positive, à condition d'y comprendre, jusqu'à des tendances encore embryonnaires et en voie de se réaliser. Par là, il est vrai, nous en revenons à un certain positivisme, mais qui paraît indispensable pour le règlement des questions de détail, et qui restera sans danger, du moment que le dominant les principes supérieurs, que nous avons indiqués à son sommet. Aussi bien, le besoin suprême de sécurité dans les droits ne postule-t-il pas invinciblement, que la mesure s'en rencontre dans l'organisme même, dont ils constituent une partie fondamentale. — Et, après tout, ce que nous avons appelé les sources formelles du droit positif, les lois, les coutumes, les autorités traditionnelles, qu'est-ce autre chose, que des pièces, plus saillantes et mieux marquées, de toute cette charpente vivante, que représente notre organisation sociale? A leur défaut, n'est-il pas nécessaire, de découvrir, par des procédés moins directs, les tissus complexes et cachés qui les entourent et les font vivre (1)? Cela, il est vrai, va soumettre à notre recherche une matière, quelque peu changeante, comme tout

(1) Rappr. G. TARDE, *Les transformations du droit*, 1893, p. 197-198. Adde p. 201-202, p. 205.

ce qui, ayant vie, n'est pas contenu dans la rigidité des formules ou l'immobilité des résultats acquis. Mais, ici, le changement même se trouve commandé par la nature des choses et se produira insensiblement à son image. — Que l'on ne croie pas, d'ailleurs, qu'en prenant comme matière de recherche l'organisation positive, nous nous en remettions à toutes les fluctuations de l'opinion. L'opinion est, parfois, une grande trompeuse : elle n'est jamais plus qu'une vague indicatrice. Et, il est essentiel, d'en percer les obscurités ou les mensonges, de surmonter ses mouvements, souvent de pure apparence, pour embrasser la réalité vivante, qui, seule, doit servir d'objet, en même temps que de guide, à nos investigations.

Au surplus, les éléments positifs, aptes à révéler des principes d'interprétation juridique, qui complètent les sources formelles, auront, eux-mêmes, une puissance et une autorité différentes, suivant le lien, qui, les rattachant plus ou moins à ces sources, augmentera ou diminuera la sûreté de l'équilibre social, réalisé par eux, et seul criterium de leur valeur pratique pour la jurisprudence positive. Ainsi, s'impose une classification, dont deux compartiments principaux se présentent assez nettement à l'esprit.

D'un côté, indépendamment des solutions directes, que nous donnent spontanément les sources formelles, principalement les lois écrites, interprétées suivant les règles que j'ai fixées plus haut (ci-dessus n<sup>os</sup> 95-106), nous apercevons, qu'on peut trouver, dans les solutions mêmes de ces sources, ou dans le système, dont elles dessinent quelques lignes plus précises, un *complexus* de principes, excédant la portée propre des *textes*, participant pourtant, bien qu'avec une énergie moindre, de leur valeur positive, à la condition, seulement, d'être déduits par la libre recherche scientifique, suivant le procédé, rigoureux et sûr, de l'*Analogie*.

D'autre part, à côté de ce domaine de l'analogie, si étroitement contigu à celui des sources formelles, les autres éléments de notre organisation sociale laissent entrevoir des points d'attache, moins fermes et surtout moins clairs, que pourtant nous ne pouvons laisser échapper, pourvu que nous les dégagions avec prudence, et ne les reconnaissons que dans la

mesure, où ils nous apparaissent, avec la positivité, qui reste le signe de leur valeur juridique.

**165.** — Parlons, d'abord, de l'Analogie.

Jadis (n° 107), nous l'avons vue proposée parmi les procédés de l'interprétation, proprement dite, de la loi. Je n'ai pu l'admettre à ce rang. Il m'a paru, que sa mise en œuvre excédait trop manifestement le pur diagnostic de volonté, qui caractérise tout développement légitime d'un texte légal. En même temps, toutefois, j'ai laissé entendre (voy. encore n° 108), que ce procédé de l'extension analogique, reposant sur la base solide du droit écrit (exceptionnellement, même, du droit coutumier), apportait à l'interprétation juridique, en tant qu'elle s'exerce avec la liberté et la portée d'une recherche scientifique, un secours de premier ordre, que nous ne saurions dédaigner. Il s'agit seulement, à cette place, d'en préciser le fondement, d'en déterminer le mode d'action légitime, de tenter d'en mesurer les résultats.

D'avance, j'ai écarté l'idée, que la puissance de l'analogie fût issue, directement et exclusivement, de la volonté du législateur, et dût, en conséquence, être rattachée à la loi écrite (1). J'attribue moins de vraisemblance encore à une opinion, incidemment émise, et suivant laquelle la force créatrice de l'analogie devrait être tenue pour consacrée, en dernière analyse, par la coutume (2). Sans parler de la difficulté, qu'il y aurait, à découvrir, en faveur de ce procédé d'interprétation, aux applications si multiples et si nuancées, toutes les conditions d'une coutume obligatoire (n° 119), j'estime, avant tout, que, si la coutume est capable d'engendrer des règles de droit positif, il ne saurait lui appartenir de consacrer un pur instrument méthodologique, dont l'origine doit être de même rang que la sienne (cpr. ci-dessus, nos 88-90). C'est dire, que nous devons chercher le fondement rationnel de l'analogie, comme nous l'avons fait pour la loi et la coutume (nos 93 et 113-116), dans l'essence même et dans les exigences intimes du droit positif, qu'elle aide à découvrir.

(1) Je ne puis que renvoyer aux développements du n° 107, ci-dessus.

(2) C'est, du moins, ce qu'on pourrait tirer d'une allégation de F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 38, note 5, *in fine*, t. I, 1893, p. 157.

De ce point de vue, une idée, fort séduisante, avait été présentée par les coryphées de l'École historique, et notamment mise en relief par SAVIGNY. En tête du paragraphe qu'il consacrait à l'analogie, dans son *Système du droit romain actuel*, SAVIGNY (1) avait délibérément écarté, comme base de cette théorie, la conception « d'un droit, universel et normal (le « droit naturel) complément subsidiaire de tout droit positif », et s'était prononcé pour la doctrine, suivant laquelle « le « droit positif se complète lui-même en vertu de sa force « organique ». C'était à dire, ainsi qu'il l'expliquait plus loin (2) : « La conséquence intérieure du droit est la base de « toute analogie ; mais ce n'est pas toujours un enchaîne- « ment de déductions purement logiques, c'est encore une « harmonie organique dont nous avons conscience, quand « nous saisissons l'ensemble vivant des rapports de droit et « des institutions qui les dominant ». — En même temps, dépassant ses prémisses, et désireux de donner un plein développement à sa théorie, SAVIGNY laissait entendre, que le droit positif, tel qu'il résultait de la loi et de la coutume, constituait un organisme complet, se suffisant à lui-même, et trouvant, en ces deux sources, grâce au secours de l'analogie, tous les éléments nécessaires à son plein et entier développement (3).

Cette dernière affirmation, manifestement inspirée par le désir d'enlever toute raison d'être au droit naturel, était assurément excessive. Et, bien qu'elle ait été particulièrement développée par les successeurs de SAVIGNY, il est clair, qu'elle ne découlait en rien de l'idée essentielle, sur laquelle il fondait l'analogie, savoir l'unité et l'homogénéité organiques du système de droit positif formel, constitué par la loi et la coutume. Quant à cette idée essentielle, prise en soi, je

(1) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, § XLVI, *initio*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 283.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 285. — Cpr. *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 74, *in fine*.

(3) *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 255, p. 283. — Voy. encore : PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, t. II, 1837, p. 15-16. — *Pandekten*, § 16, 12<sup>e</sup> éd. SCHIRMER, 1877, p. 29-30. — *Kritik von Beseler's Volksrecht*, 1844, p. 17. — WÄCHTER, *Wurttemb. Privatr.*, t. II, 1842, p. 61. — J. UNGER, *Österreichisches Privatrecht*, t. I<sup>o</sup>, 1876, p. 66 et 71. — Comp. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I<sup>o</sup>, 1891, p. 58.

ne fais aucune difficulté de penser qu'elle puisse, en effet, servir à expliquer, d'une façon d'ailleurs fort vague, le principe de l'analogie. Seulement, il faut avouer, que l'explication reste encore bien imparfaite, et ne repose guère que sur les mots. En tout cas, elle ne nous présente pas un fondement, vraiment et pleinement rationnel, du procédé, qui permette d'en dégager les conditions et d'en spécifier les effets. De sorte que, tout en la retenant comme une vue de l'esprit, utile pour nous ouvrir l'horizon, nous devons chercher encore, au delà, un point d'appui plus ferme et plus précis.

En réalité, la puissance de l'analogie me paraît reposer sur un instinct profond de notre nature, constituant, dans cette application, un véritable élément sociologique, et que complète, pour sa mise en œuvre, la nature logique des règles du droit formel.

Nous sentons, en effet, dans notre fond intime, comme un besoin d'égalité juridique, en vertu duquel, les mêmes situations de fait doivent comporter les mêmes sanctions juridiques (1). Ce sentiment ne tend pas, seulement, à faire appliquer à l'un la règle, appliquée dans les mêmes conditions à un autre (2); il requiert, qu'une injonction, édictée pour tel cas, doive, sauf motifs particuliers, être transportée aux cas analogues, c'est-à-dire présentant avec le premier une identité essentielle (3).

Reste à savoir, en quoi doit consister cette identité essentielle. Pour s'en rendre compte, il faut pénétrer la nature logique de la règle légale, et dégager, parmi les conditions

(1) Comp. CIC., *de Officiis*, lib. II, cap. 12 : « *Jas enim quæsitam est semper æquabile, neque enim aliter jus esset* ». — Adde : TERTULLIANUS, fr. 27, D., *De Legibus*. I, 3.

(2) Ce que les juristes allemands ont souvent exprimé dans l'adage : « *Was dem Einem recht ist, das ist dem Andern billig* ». H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, p. 137.

(3) Comp. F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 69. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 38, I, t. I, 1893, p. 156-157. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I, 1899, p. 6-7. — Voy. aussi K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, § 46, I, t. I, 1885, p. 214. [— Adde Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, p. 157-158 (n° 54). — Rappr., sur l'analogie, en général : É. BOIRAC, *Cours de philosophie*, 12<sup>e</sup> édition, p. 271-274. p. 292, p. 307 cbn. p. 229-230, p. 236-238; — sur l'analogie, dans la science : E. MACH, *Erkenntnis und Irrtum*, 1906, *passim*; — sur l'analogie, dans l'histoire : Ch. V. LANGLOIS et Ch. SEIGNOBOS, *Introduction aux études historiques*, Paris, 1898, p. 222.]

de l'injonction qu'elle formule, le principe, qui, formant le lien de la solution positivement connue à celle qu'il s'agit de découvrir, justifiera proprement l'analogie. — Or, tout d'abord, ce principe ne saurait être assimilé à l'occasion historique de la loi (*occasio legis*), qui, n'ayant avec le fond même de celle-ci qu'un rapport accidentel et d'une causalité équivoque (car cette occasion eût pu donner lieu à une décision différente), peut bien influencer, sur l'interprétation proprement dite du texte (ci-dessus, n° 103, t. I, p. 288), en aidant à dévoiler la pensée législative, mais non dépasser cette pensée, ce qui est l'effet propre de l'analogie (par opposition à l'interprétation extensive de la loi) (voy. ci-dessus, nos 105, 107, 108). — On serait, plutôt, tenté de rechercher le moyen terme, nécessaire à l'analogie, dans les considérations de politique législative, c'est-à-dire les motifs d'ordre moral, social, économique, visant à satisfaire la justice concrète ou l'utilité générale, qui ont inspiré la règle servant de type et de modèle (*ratio legis*). Et, sans doute, les considérations de ce genre, se retrouvant dans l'hypothèse à régler, inclineront facilement l'interprète à suivre ici la voie ouverte par le législateur. Toutefois, cette analogie, purement superficielle, sera bien rarement décisive, en présence de l'imprécision et de la mobilité extrême des considérations auxquelles elle s'appuierait; considérations, susceptibles de tant d'interprétations diverses, et capables d'être satisfaites d'un grand nombre de façons fort différentes. — Il faut, pour qu'on en puisse tenir compte, en vue d'une extension analogique, qu'on les découvre, non pas à l'origine de la loi et sous leur aspect d'indétermination et de fluidité primitives, mais bien, formant le cadre précis de la règle légale, consolidées et fixées en ce qu'on appelle proprement l'esprit de la loi, avec le caractère d'un véritable *principe de droit*, consacré par le législateur dans des applications particulières, mais ayant, en soi, une vertu plus féconde, que l'analogie soit fondée à mettre en œuvre (1). Tel est, sui-

(1) Sur tout cela, comp. : C. G. WÄCHTER, *Württemberg. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 55-57. — J. UNGER, *Österreichisches Privatrecht*, t. I<sup>a</sup>, 1876, p. 61-63. — Adde A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I<sup>3</sup>, 1884, p. 148-149. — Voy., encore, A. A. COERNOT, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, n° 22, t. I, 1851, p. 34-35.

vant moi, le principe juridique, que je ne confonds pas avec la conception, plus ou moins artificielle, au moyen de laquelle, on puisse, en abstraction pure, faire du texte la base d'une construction juridique (voy. ci-dessus, n° 158, t. II, p. 85-87). Le principe, tel que je l'entends, se sépare nettement de la conception, en ce qu'il est directement tiré, des réalités objectives, je veux dire, des considérations morales, politiques, sociales, économiques, qui sont la substance féconde de la vie du droit. Et toutefois, il est au-dessus de ces réalités mêmes, parce qu'il en constitue la synthèse et qu'il représente, par généralisation, la balance et le résultat de leur équilibre (1). C'est bien le principe, ainsi compris, qui nous apparaît comme la raison, permanente et foncière, de la loi (*ratio juris*), c'est lui seul, qui peut et doit décider de l'analogie (2).

Ces explications permettent de comprendre, comment le fonctionnement de l'analogie consiste, tout entier, dans le procédé logique, qui vise à induire, de solutions particulières, le principe intime, qui les explique, pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses, et le leur appliquer par voie de déduction (3). Mais, il importe de ne pas méconnaître, que ce procédé, purement logique, ne fait que traduire l'harmonie intime, reliant entre eux les rapports de droit (4), et qu'en définitive, il met en œuvre une idée, bien

(1) [L. MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, t. II, 1909, p. 270-271 (n° 292), signale une orientation générale du droit, dominant les textes, particulièrement en droit public.]

(2) Ἀνά λόγον = secundum rationem (juris). — Comp. R. von JHERING, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, 1857, p. 15-16 et *Geist des römischen Rechts*, II, 2, 4<sup>e</sup> éd., 1883, p. 341-343; 3<sup>e</sup> éd. de MEULENAERE, t. III, 1887, p. 34-36. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 38, II, t. I, 1893, p. 157-158. — E. STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 383-384.

(3) Voy. surtout ici : H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, p. 155-156. Cpr. p. 140-142. — L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, § 34, note 4, t. I<sup>er</sup>, 1874-1875, p. 304-305. — A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I<sup>er</sup>, 1884, p. 148. — K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, § 46, II, t. I, 1885, p. 215-216. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 45-46. — Et, sur l'analogie, envisagée comme procédé logique : C. SIGWART, *Logik*, t. II<sup>er</sup>, 1893, p. 296, 302, 579-583. — Ne pourrait-on pas dire, du droit, ce que l'on a dit du langage (M. BRÉAL, *Essai de Sémantique*, 1897, p. 253; cpr. p. 243-253) : « que sa « logique, c'est proprement l'analogie » ?

(4) Comp. BERTRAND, *Discours de rentrée*, à l'audience solennelle de la Cour de cassation, le 16 octobre 1888 : « En réalité, le juge participe à la loi civile. Il y « participe par l'emploi autorisé de l'analogie, non pas de l'analogie logique,

plus haute, l'idée d'égalité juridique, qui seule justifie foncièrement l'analogie (1).

**166.** — Et maintenant, s'il fallait montrer, par ses applications mêmes, toute la fécondité de l'analogie, ce serait, à vrai dire, le domaine entier de notre droit privé positif, que nous devrions parcourir. A chaque pas, l'analogie s'y rencontre, nécessaire pour développer les principes, contenus, en germe, dans les dispositions légales positives, et pour en multiplier les conséquences ; tantôt, travaillant sur des textes spéciaux et précis, en vue d'y découvrir le germe de solutions plus amples (*Gesetzesanalogie*, dans la terminologie allemande), tantôt, recherchant, d'un coup d'œil plus vaste, les règles latentes, qui animent tout l'ensemble d'un système légal (*Rechtsanalogie*) (2) ; sans qu'on doive voir là (ci-dessus, n° 107, t. I, p. 304-307) une distinction fondamentale de procédés, ni que l'on puisse même prétendre à une séparation tranchée entre les applications de l'analogie, qui se hiérarchiseraient plutôt en une infinité de degrés, depuis l'extension analogique d'une décision légale isolée et infime, jusqu'à la généralisation des principes, qui dominant toute notre organisation juridique moderne.

C'est, d'abord, l'analogie confinant presque à l'interprétation de la loi écrite, donnant seulement à sa décision, en vertu du principe qui l'inspire, une portée, que ne compor-

« mais de celle qui naît de la conscience de l'harmonie particulière, qui existe  
« entre les rapports de droit ». Journal *Le Droit*, n° du 17 octobre 1888, p. 981, col. 2.

(1) [L'essai, le plus vigoureux, qui ait été tenté pour justifier l'analogie, du point de vue de la stricte logique, me paraît être celui de M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, § 4, IV, 5, p. 65-69, cbn. § 4, IV, 1-4 et 6, p. 61-65 et 69-71. — Il me semble, pourtant, qu'à défaut d'une idée rationnelle et de fond, des arguments logiques ne sauraient avoir ici le point d'appui nécessaire à leur puissance. — Voy., d'ailleurs, sur le système de GÜR : ci-dessus, t. I, p. 258, note 1 (n° 98) ; p. 298, note 1, (n° 105) ; p. 313, note 1 (n° 107).]

(2) N'est-ce pas à celle-ci, que PORTALIS faisait allusion, quand il disait : « 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 déci-  
« sion bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de juris-  
« prudence que de lois. » *Discours préliminaire sur le Projet de Code civil*, dans  
FENET, *Recueil complet des trav. prép. du Code civil*, t. I, p. 476.



terait pas son texte : comme, par exemple, lorsqu'on fait profiter du privilège du vendeur, consacré par l'art. 2103-1<sup>o</sup> C. civ. franç., l'échangiste avec soulte (1) ; ou bien, lorsqu'on comprend, dans la suppression du titre, visée par l'art. 1377, al. 2, C. civ. franç., et privant de la *condictio indebiti* celui qui a payé par erreur la dette d'autrui, tous les cas, dans lesquels le créancier aurait perdu un moyen de recouvrement contre le débiteur, comme s'il a donné mainlevée d'une inscription hypothécaire, ou qu'il l'ait laissée périmer, ou s'il a abandonné un gage, déchargé une caution, bien plus, s'il a laissé la prescription s'accomplir contre son droit (2).

On va déjà plus loin dans la voie de la création juridique, sans dépasser encore l'analogie d'un texte spécial, quand on étend, à la remise d'un acte notarié, rédigé en brevet, la présomption absolue de libération, que l'art. 1282 C. civ. franç. attache à la remise du titre original sous signature privée (3) ; ou quand, par une généralisation plus téméraire, on applique la remise présumée de l'art. 1283, contre le notaire, qui a délivré les grosses ou expéditions à ses clients, sans réserve de ses déboursés et honoraires (4).

Le procédé s'élargit davantage, dès que l'on puise, dans la mention accidentelle de quelques dispositions légales, les éléments d'une règle générale : telles, la thèse, plus ou moins étendue, du serment de crédibilité, édifiée sur les décisions des art. 2275 C. civ., et 189 C. com. franç. (5) ; ou, la règle, d'après laquelle les nullités et résolutions ne portent pas atteinte aux actes d'administration intérimaire, règle que l'on peut, par voie d'analogie, fonder sur les art. 595 et 1673 *in fine*, C. civ. franç. ; ou encore, la généralisation du principe de l'art. 1071 C. civ. franç., en tout système de publicité légalement organisé.

(1) Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 263, texte et note 12, t. III<sup>4</sup>, p. 169 [ ; 5<sup>o</sup> éd. t. III, p. 284.]

(2) AUBRY et RAU, § 442, texte et note 21, IV<sup>4</sup>, p. 733. — DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 321-323.

(3) AUBRY et RAU, § 323, texte et note 37, t. IV<sup>4</sup>, p. 209 [ ; 5<sup>o</sup> éd. t. IV, p. 343. *Adde* note 28 bis, p. 339.] — DEMOLOMBE, t. XXVIII, n<sup>o</sup> 407.

(4) Civ. rej., 6 février 1860, SIR. 60, 1, 337. — *Contra* : AUBRY et RAU, § 323, texte et note 44, t. IV<sup>4</sup>, p. 210 [ ; 5<sup>o</sup> éd., t. IV, p. 345.] — DEMOLOMBE, t. XXVIII, n<sup>o</sup> 444.

(5) AUBRY et RAU, § 753, texte et notes 9-11, 22-23, t. VIII<sup>4</sup>, p. 186, 188-189. — DEMOLOMBE, t. XXX, nos 594-597 et 606-607.

Enfin, l'analogie peut s'élever, jusqu'à constituer, en réunissant des décisions éparses et fragmentaires, plutôt même en condensant un esprit général, qui planerait sur notre organisation juridique, des théories comblant de véritables lacunes légales : ainsi, la théorie du droit de rétention, celle du classement entre privilèges mobiliers spéciaux, celle encore du quasi-contrat d'enrichissement sans cause. — Sans parler de synthèses juridiques, plus insaisissables encore dans leurs origines, qu'on peut seulement considérer comme impliquées dans notre organisation positive, mais qui, à vrai dire, excèdent le domaine propre de l'analogie, pour pénétrer en un ordre d'interprétation différent, et que nous rencontrerons plus loin (voy. ci-dessous, n° 167) (1).

Ces simples indications peuvent suffire à faire entrevoir l'ampleur et la souplesse du procédé de l'analogie. Et, sans en faire la critique, impossible dans cette étude générale, on comprendra, je pense, d'après les explications précédentes, que la valeur de ses résultats dépend essentiellement de la sûreté de l'induction, à l'aide de laquelle on a dégagé le principe de la loi et de la généralité que comporte ce principe.

Cette dernière observation nous fait, en même temps, reconnaître, que l'extension analogique manque de son fondement légitime, en présence de dispositions légales, — je ne dirai pas portant un droit anormal (*jus singulare*) (2), car celui-ci peut être fondé sur un principe d'application générale (3), —

(1) [On peut ajouter, que certaines théories, constituées aujourd'hui comme indépendantes, sont visiblement issues de l'analogie. Ainsi, les théories des quasi-contrats, des quasi-délits. — R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 106-108 (§ 8), signale, parmi les bases objectives de l'interprétation, l'analogie, opérant par rattachement à une idée consacrée législativement, et il en fait application à la notion de risque d'après la loi du 9 avril 1898.]

(2) En ce sens, voy. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 286-287. Cpr. p. 288-289. — WÄCHTER, *Württemb. Privatr.*, t. II, 1842, p. 59-60. — J. UNGER, *Österreich. Privatrecht*, § 10, texte et note 23, t. I<sup>a</sup>, 1876, p. 63-64. — A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I<sup>a</sup>, 1884, p. 149. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I<sup>a</sup>, 1899, p. 46, initio. — Adde : *Bürgerliches Gesetzbuch de Saxe* (1863), § 26. — Même doctrine domine chez les auteurs français. Voy., entre autres : AUBRY et RAU, § 40, texte et notes 5-6, t. I<sup>a</sup>, 1897, p. 196. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, 1896, n° 264-1<sup>o</sup>, p. 176. — Sur les difficultés de la détermination du *jus singulare*, voy. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 31, I, t. I, 1893, p. 126-127. — Adde R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II, 2, 4<sup>e</sup> éd., p. 337; 3<sup>e</sup> éd. franç., t. III, p. 30.

(3) Comp. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 29, note 3, t. I<sup>a</sup>, 1891,

mais inspirées par des considérations tellement particulières, que la loi, qui les contient, en épuise toute la portée légitime. C'est ce qu'on peut appeler des lois d'espèce, lois toujours difficiles à discerner, et vraiment rares, dans toute la pureté du genre (1). Presque toujours, à vrai dire, au moins par quelque un de ses termes, la loi contiendra un élément général, susceptible d'extension analogique (2).

Ce qu'il importe de remarquer encore, c'est que, si l'analogie dépasse absolument la portée de l'interprétation proprement dite de la loi (ci-dessus, n° 107, t. II, p. 313-314), puisque, sans s'attacher à la volonté même du législateur, elle recherche et met en œuvre les principes, qui se sont, comme d'eux-mêmes, imposés à lui, elle fournirait pourtant à l'interprète une direction, vraiment *objective*, reposant sur le même fondement solide, qui est à la base de la loi (3). D'autre part, étant isolée de la source formelle, elle offre l'avantage de se plier, mieux qu'elle, aux influences, de temps et de milieu, susceptibles de préciser le principe, qu'elle fait valoir, et peut-être d'en modifier les contours (4). Par la même raison, encore, elle peut et doit tenir compte de circonstances, postérieures à la loi, incapables, comme telles, d'influer sur l'interprétation même de celle-ci (voy. ci-dessus, n° 99) (5). — En revanche, les règles, qui s'en déduisent, ne sauraient prétendre à la même force impérative, qui s'attache aux résultats de l'interprétation pure du texte légal (6). Car, si l'analogie s'appuie sur des éléments objectifs,

p. 68. — HÖLDER, *Pandekten. Allgem. Theil*, 1891, p. 69. — Ed. HEILFRON, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, § 5, texte et note 14, t. I, 1897, p. 42.

(1) Une habile mise en œuvre de ces idées permettrait, peut-être, de déterminer, quelle portée il convient de donner aux règles nouvelles, édictées par la loi du 19 février 1889 (art. 2-3), pour l'attribution de certaines indemnités d'assurances.

(2) Comp. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 38, V, t. I, 1893, p. 160-161. — Adde E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 88. — Sur l'analogie, en droit pénal, voy. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, § 47, t. I, 1885, p. 218-222.

(3) Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 38, IV, al. 2, t. I, 1893, p. 160.

(4) Voy., sur ce point, les judicieuses observations de Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 68-70.

(5) Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 158-159. — Voy. un exemple dans R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, § 3, note 6, t. I, p. 33; cpr. § 39, II, 2, 4<sup>e</sup> éd., 1883, p. 338-339; 3<sup>e</sup> éd. de MEULENAERE, § 3, note 11 et § 44, t. I, p. 33, t. III, p. 31-32.

(6) Cpr. W. KNITSCHKY, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1898, t. XIII, p. 241-243. — Pour l'application, voy. ci-dessous, n° 177 et s.

qu'elle découvre à l'aide de la loi, elle n'en tire de solutions positives, que grâce à un travail propre, vraiment indépendant de toute autorité formelle, qui reste la marque de son fonctionnement et la condition de sa fécondité (1). — Bref, elle forme comme un terme moyen, elle offre une transition précieuse, entre les résultats de la loi, envisagée comme source formelle, et ceux d'une recherche scientifique, s'élaborant à côté et en dehors des textes.

En effet, quelle que soit la fécondité de l'analogie, je ne saurais admettre, qu'elle suffise entièrement, à elle seule, à combler toutes les lacunes, que laissent les sources formelles, dans le système juridique positif. Sur ce point, toutefois, je me heurte à une thèse, qui, directement issue de l'École historique, a longtemps dominé tout le courant de la science juridique allemande, et qui, même à l'heure actuelle, ne paraît pas entièrement délaissée. — J'ai déjà fait entendre (ci-dessus, n° 165, t. II, p. 118-119), que, dans leur désir d'effacer jusqu'aux derniers vestiges de la théorie du droit naturel, SAVIGNY et PUCHTA (2) n'hésitaient pas à considérer le système juridique positif, résultant de la coutume (largement comprise, il est vrai) et de la loi, comme un organisme complet, et que, l'analogie, essentiellement basée sur l'unité et l'harmonie intimes de l'ensemble, mettait en pleine valeur, de façon à satisfaire tous les besoins de la vie juridique [voy. aussi ci-dessus, n° 81 bis].

Accentuées et développées par les jurisconsultes postérieurs, tous fidèles à la réprobation du droit naturel (3), traduites par WINDSCHEID, avec une précision quasi-mathématique (4), ces idées avaient été fidèlement recueillies par les rédacteurs du premier Projet du Code civil allemand (5). Le paragraphe 1

(1) Comp. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 18. *in fine*, t. I, 1895, p. 141-142. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 10, texte et note 8, et § 12, note 6; t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 46 et 52.

(2) Voy., *supra*, les citations de la note 3, de la p. 118, du t. II.

(3) Voy., entre autres : WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, 1842, t. I, 2, p. 1111, t. II, p. 61. — J. UNGER, *Österreich. Privatrecht*, t. I<sup>er</sup>, 1876, p. 66, p. 71. — R. VON JHERING, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1857, t. I, p. 15-16. — Cpr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 32, notamment, t. I<sup>er</sup>, 1884, p. 150 : « Lücken, « die namentlich die Analogie ausfüllen soll, existiren im Recht überhaupt « nicht. »

(4) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1891, p. 58.

(5) En consacrant législativement l'analogie, le Projet suivait les précédents

de ce premier Projet, consacrant l'analogie sous ses deux formes (*Gesetzesanalogie* — *Rechtsanalogie*), paraissait bien la présenter comme le procédé destiné à combler toutes les lacunes du nouveau Code (1). Et, la portée de cette décision s'éclairait, en même temps qu'elle s'aggravait, par le rapprochement du paragraphe 2, qui, comme nous l'avons vu déjà (ci-dessus, n° 135), déniait, en principe, toute autorité au droit coutumier. — Au surplus, les Motifs ne laissaient aucun doute sur la pensée fondamentale, qui avait inspiré le paragraphe 1. Ils représentaient le Code à créer, comme un tout organique, devant être complété par lui-même, au moyen du système de droit qu'il consacrait; ils excluaient catégoriquement le droit naturel, à raison de son caractère subjectif; de même, ils écartaient positivement l'idée d'un droit commun subsidiaire; enfin, ils spécifiaient, que la nature des choses, admise comme élément du système, ne devait pas être puisée hors du droit positif écrit, réputé capable de fournir la solution de tous les rapports, pourvu, seulement, qu'une profonde analyse sût dégager la nature de fait de ceux-ci, et découvrir la règle, susceptible de s'y adapter (2):

Contre cette disposition du Projet, des critiques, en sens divers, avaient été présentées. La plupart mettaient en doute, que le législateur pût atteindre, par elle, le but qu'il se proposait ouvertement: écarter toute appréciation subjective dans la solution des questions de droit. — GIERKE, entre autres, faisait observer, qu'à défaut de tout appui coutumier, l'esprit du système juridique (*der Geist der Rechtsordnung*) se confondrait facilement avec la raison subjective de l'interprète, que, sous prétexte de logique tirée des principes, on donnait au juge un blanc-seing, bien inférieur, dans ses résultats objec-

de l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*. Einleitung, § 40, et du B. G. de Saxe (1863), §§ 25-26. — Adde: Code civil autrichien de 1811, art. 7; — dispositions générales du Code civil italien de 1865, art. 3, al. 2.

(1) *I Entwurf*, 1888, § 1: « Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine « Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vor- « schriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind « die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze masz- « gebend. »

(2) *Motive zu dem Entwurfe eines B. G.*, t. I, 1888, p. 16-17. — Sur l'équivoque de ce passage, voy. E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, § 81, Beil. I, in fine, t. II, 1886, p. 5-6.

tifs, au droit naturel, et à la vraie nature des choses ; il concluait que, de tout cela, résulterait beaucoup d'arbitraire et d'insécurité dans le droit pratique (1). Au surplus, on sentait bien, que, pour lui, le véritable point faible était le rejet du droit coutumier : celui-ci admis, GIERKE aurait passé facilement sur l'idée d'unité organique, permettant à l'analogie de combler toutes les lacunes (2). — Dans un sens tout différent, A. MENGER, taxant de fiction absurde la pensée essentielle du Projet, aurait voulu bannir complètement l'analogie, pour réduire d'autant la portée du droit nouveau, qu'il condamnait, dans son ensemble, comme inspiré par l'intérêt égoïste des classes possédantes, et afin de laisser à l'interprétation indépendante une latitude, dont elle pût user, pour préparer une transformation du droit dans l'intérêt des classes déshéritées (3).

Il ne semble pas, que ce soit à ces critiques, que l'on doive la disparition, du paragraphe 1 du premier Projet, qui suivit les délibérations de la seconde commission. Le procès-verbal de celles-ci (4) nous montre seulement, que ce texte a été supprimé, comme inutile pour autoriser l'analogie, et prêtant à de grandes difficultés de rédaction, pour échapper à tout reproche. Mais, en ajoutant, que le droit naturel était aujourd'hui peu à craindre, et que, d'ailleurs, la rédaction du paragraphe 1 du Projet n'aurait pas suffi à l'exclure, ces procès-verbaux de la seconde commission nous font clairement entendre que, si ce texte ne figure plus dans la rédaction définitive, la pensée essentielle, qui l'inspirait, savoir celle de la plénitude du système juridique formel (loi et coutume ; — voy. ci-dessus, n° 136, t. II, p. 440-441) grâce à l'analogie, n'a pas été abandonnée (5). Et, de fait, nous la retrouvons, encore, exprimée,

(1) O. GIERKE, *Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht*, 1889, p. 119-122. — GPR. ZRODLOWSKI, *Codificationsfragen und Kritik des Entwurfs eines B. G.*, 1888, p. 41. — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 90-105.

(2) GIERKE, *op. cit.*, p. 118-119, p. 122, p. 125 ; et *Deutsches Privatrecht*, § 18, texte et note 59, t. I, 1895, p. 141-142.

(3) A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890, § IX ; notamment, p. 23-25.

(4) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G.*, t. I, 1897, p. 2.

(5) [Sur la théorie allemande de l'analogie, et son rôle dans l'élaboration du Code civil de 1896, comp. R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 89-97 (§ X. Le Code civil allemand et l'interprétation juridique).]

sous sa forme la plus extrême, par le plus autorisé, peut-être, des commentateurs du nouveau Code civil (1).

Pourtant, cette idée, suivant laquelle les procédés analogiques suffiraient à tous les besoins d'une interprétation, fermement appuyée à la loi et à la coutume, a perdu déjà bien du terrain en Allemagne. Aussi bien, n'était-il que de se dégager des préjugés, trop optimistes, de l'École historique, pour sentir l'insuffisance, *a priori*, du système juridique positif, et pour apercevoir, à côté et au-dessus de l'analogie, un fonds, plus vaste et presque infini, de solutions, dans cette immense *nature des choses*, qu'il faut scruter tout entière, pour pénétrer la vie intime du droit (2). — Le sentiment de cette vérité s'était fait jour, dès avant l'apparition du nouveau Code civil, en des ouvrages justement réputés (3). Et, il se manifeste, chez certains commentateurs de l'œuvre nouvelle, par le besoin, fortement senti, de laisser à l'interprète, en dehors même de toute direction venant du texte, une indépendance d'appréciation, qui lui permette de peser tous les éléments des questions, pour porter, sur celles-ci, un jugement raisonné (4).

Ainsi, on tend, peu à peu, à abandonner « l'absurde fiction », comme l'a nommée A. MENGER, « suivant laquelle le droit civil, actuellement en vigueur, serait sans lacunes et couvrirait exactement le contenu de la vie » (5). Rien, à mon sens, n'est plus juste que cette réaction. Car, sans y insister

(1) G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 33-34. — Voy., notamment, 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. »

(2) Cpr. Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 16-19, p. 68-69. — O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 25, texte et note 2, t. I<sup>er</sup>, p. 169 ; cpr. p. 170.

(3) H. DERNBURG, *Pandekten*, § 38, t. I<sup>er</sup>, 1896, p. 85-88. — F. REGELSBERGER, *Pandekten*, §§ 12 et 38, t. I, 1893, p. 68-71, p. 155-161 ; notamment, p. 156 : « Aber, wo sind die verborgenen Entscheidungsnormen zu finden ? Nicht die einzige, aber eine sehr wichtige Quelle ist Analogie. »

(4) Voy. notamment : ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 11, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 46-49 ; et § 12, note 6, p. 52.

(5) A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890, p. 23 : « ... nämlich dass das geltende Zivilrecht lückenlos sei und dass Recht und Lebensinhalt sich vollständig decken ».

davantage, que signifierait tout le progrès de la jurisprudence romaine, dû à de constantes aspirations vers une équité plus haute (1), ou, pour nous en tenir à notre civilisation actuelle, quel serait le sens du perfectionnement et du complément incessants de la législation civile, si, prise à un moment quelconque de sa durée, celle-ci devait être réputée contenir un système complet, et satisfaisant, à lui seul, toutes les exigences de la vie ? — Il faut le dire ouvertement. C'est par un simple abus de mots, étayé d'une pure conception de l'esprit, que l'on prétend trouver, dans le système du droit formel, un organisme assez fécond, pour contenir, en ses flancs, réponse à tous les problèmes juridiques. Et, bien que l'on se targue d'échapper ainsi à la domination abhorrée de la doctrine du droit naturel, on en revient, sous une forme plus *positiviste*, aux pires illusions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, sur la plénitude de puissance de la législation écrite (voy. ci-dessus, n<sup>o</sup> 38, t. I, p. 74-75). Je n'hésite donc pas, quant à moi, à accepter la nouvelle formule, proposée contre les excès *positivistes* de l'École historique. — Est-ce à dire, comme le voudrait A. MENGER (2), qu'elle dût nous conduire à rejeter complètement l'analogie ? Non certes, mais seulement à lui faire sa juste place. Or, j'ai montré ci-dessus (n<sup>o</sup> 165, t. II, p. 119-121), que ce procédé avait à sa base une raison d'être sociologique, qui lui assure une valeur essentielle, et ne permet pas de le confondre avec les autres éléments, moins précis et moins sûrs, qui composent l'ensemble, un peu chaotique et assez indéterminé, de la nature des choses positive. — Finalement donc, et pour conclure d'un mot, je dirai que, si l'analogie ne peut suffire à combler les lacunes des sources formelles, elle doit figurer, du moins, au premier rang des procédés de la libre recherche scientifique, parmi lesquels elle mérite d'être distinguée, tant à raison de son mode d'opérer, que par la sûreté des résultats qu'elle peut fournir (3).

(1) E. I. BEKKER, *Ueber die römische und die moderne Æquitas*, §§ I-II, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, I Jahrgang. 1895, p. 337-344.

(2) *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890, p. 24-26.

(3) [Sur l'analogie et sa contribution à l'interprétation juridique, voy. encore, outre les nombreuses références portées ci-dessus, n<sup>o</sup> 107 : J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, § 42, V, p. 137-138. —



**167.** — Au surplus, de l'analogie aux autres moyens d'une interprétation vraiment objective, qui s'offrent à la libre recherche scientifique, la transition est insensible. En effet, quand, sans se borner à mettre en œuvre les dispositions précises de la loi, pour en dégager des solutions voisines de celles des textes (*Gesetzesanalogie*), l'analogie cherche plutôt à extraire l'esprit des théories légales, en vue de régler, en harmonie avec celles-ci, les situations nouvelles et semblables (*Rechtsanalogie*), elle ne prend déjà qu'un point d'appui léger, dans le système du droit écrit positif, et réduit au minimum, en son procédé, la part de la source formelle. — Un pas de plus ; et l'ensemble du système légal n'apparaîtra, pour l'interprétation, que comme un élément de notre civilisation, s'imposant par son existence même, et capable seulement de suggérer des solutions juridiques, par la vertu de la manifestation d'équilibre, qui en ressort, au sein du mouvement social. A ce point, où l'on ne pourra plus parler exactement d'analogie (voy. ci-dessus, nos **107**, **165-166**), on aura pourtant, encore, dans l'organisation juridique positive, un terrain, vraiment ferme et fécond, pour le développement objectif de la science. — C'est, en se plaçant à ce point de vue, qu'on a pu signaler une philosophie du droit positif, dont la mission, telle que je la comprends, quant à moi, consisterait à édifier, au-dessus des textes, une vaste théorie d'ensemble, contenant, pour ainsi dire, la quintessence des solutions légales, et traduisant l'esprit du droit positif moderne en une synthèse susceptible des plus précieuses applications pratiques (1). Et, c'est dans le même sens qu'on a pu dire,

P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, nos 179-191, p. 302-322 ; p. 381-382 (no 232) ; nos 243-250, p. 406-412. — A. VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. 40-44 (Einleitung, VIII). — J. SPASSOËVITCH, *L'analogie et l'interprétation*. Contribution à l'étude des méthodes en droit privé ; thèse de doct. Droit, Paris, 1910-1911.]

(1) Comp. FALCK, *Introduction générale à l'étude du droit*, §§ 54-57, trad. PELLAT, 1841, p. 126-132 ; cf. §§ 52-53, p. 119-125. — J. AUSTIN, *La Philosophie du droit positif*, trad. G. HENRY, 1894. — Ch. BROCHER, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, p. 240-243. — J. KOHLER, dans *Jaristisches Literaturblatt*, 1895, t. VII, p. 199. — Voy. aussi X, *Monsieur C. Bufnoir* (notice nécrologique), dans *Archivio giuridico*, 1898, 1<sup>o</sup>, t. LX, p. 538, p. 542-543. — Adde : L. GUILLOUARD, *Introduction à C. BUFNOIR, Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. XVII. — C.-A. REUTERSKIÖLD, *Ueber Rechtsauslegung*, 1899.

sous une forme, un peu étroite peut-être : « La véritable  
« règle d'une bonne interprétation des lois doit être tirée  
« d'une étude approfondie des principes de la législation  
« moderne ; car, c'est dans le sens de ces principes que doi-  
« vent être résolues toutes les questions, dans lesquelles on  
« trouve le texte obscur ou insuffisant » (1). — En tout cas, ce  
qu'il importe de remarquer, c'est que notre organisation juri-  
dique positive constitue, dans sa masse imposante, un élé-  
ment objectif, méritant, au premier chef, de diriger la libre  
investigation du jurisconsulte, dans l'insuffisance des sources  
formelles et l'impuissance de l'analogie proprement dite.

A côté de ce ferme point d'appui, l'interprétation trouvera  
des directions, souvent moins claires et moins énergiques,  
mais non négligeables pourtant, en d'autres éléments de notre  
civilisation, contribuant, pour leur part, à composer l'équi-  
libre social, qui forme l'atmosphère nécessaire de toute la vie  
juridique dans un milieu donné (2).

C'est, d'abord, notre organisation morale et religieuse, dont  
l'importance, en vue du droit positif, a été nettement marquée  
par SAVIGNY : « Le but général du Droit sort de la loi morale de  
« l'homme sous le point de vue chrétien. Car le christianisme  
« ne se pose pas seulement comme règle de nos actions ; en  
« fait, il a modifié l'humanité, et il se retrouve au fond de  
« toutes nos idées, de celles même qui semblent lui être le  
« plus étrangères et le plus hostiles. Reconnaître ce but géné-  
« ral au Droit, n'est pas le transporter dans une sphère plus  
« vaste et le dépouiller de son indépendance : le Droit est un  
« élément spécial, qui concourt à la fin commune et règne  
« sans partage dans l'étendue de son domaine ; le rattacher  
« ainsi à l'universalité des choses, c'est seulement lui donner  
« une vérité plus haute » (3). — Ce qui implique que les idées,

(1) COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, p. 306. Voy. tout le passage : p. 305-307.

(2) [A peu près, à la même époque, où R. von JHERING commençait son *Esprit du droit romain*, W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben*, 1865, étudiait l'influence des conditions sociales et économiques sur le droit. — Voy. plus récemment : M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903. — Sur la nécessité de concevoir le droit, comme une science sociale, et la conception différente imposée par NAPOLÉON, on lira un passage intéressant de H. TAINÉ, *Les origines de la France contemporaine*, t. VI. Le Régime moderne, éd. in-8, vol. II, 1894, p. 204-205. Comp. p. 199, note, *in fine*.]

(3) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 51. *Adde*

formant le fonds de notre morale religieuse, du point de vue chrétien, par cela même qu'elles représentent un élément capital de notre civilisation (1), ne sauraient rester indifférentes à la mise en œuvre du droit, destiné à régir celle-ci. — Et, l'on sent assez combien, en certaines matières de notre droit privé, dans tout ce qui touche à la constitution et à l'organisation de la famille, par exemple (2), cette influence, ouvertement reconnue et largement mise à profit, serait de nature à apporter un complément utile aux dispositions insuffisantes de la loi (3).

Très importante aussi, et plus précise en même temps, doit être l'influence de notre organisation politique positive, consistant, non pas seulement dans notre droit public, écrit ou coutumier, mais plus encore dans nos mœurs politiques, et représentée par les aspirations moyennes de l'esprit public, touchant la situation de l'État au milieu de la communauté internationale, son rôle et celui de ses divers organes dans la vie moderne, les conditions nécessaires ou utiles à l'accomplissement de sa mission, le sens et la portée des libertés publiques, la participation des citoyens à la direction des affaires publiques, etc., etc. — De ce côté encore, se présente une force sociale, traduite objectivement dans les faits, et dont la réaction se fait sentir en maintes institutions du droit privé, en toutes celles, notamment, où la suprématie de l'intérêt général doit briser l'autonomie des vouloirs individuels, et où il s'agit, par conséquent, avant tout, de trouver la juste mesure de cet intérêt général. — A titre d'exemples, je signa-

p. 78-79. — Cpr. FALCK, *Introduction générale à l'étude du Droit*, § 59, trad. PELLAT, 1841, p. 135-136. — WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. I, 2, 1842, p. 1109. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 103, note 2, t. I<sup>s</sup>, 1899, p. 433-434.

(1) Voy. GUIZOT, *Histoire générale de la civilisation en Europe*, 4<sup>e</sup> éd., 1840, p. 18, p. 171-184.

(2) On trouvera, en ce qui touche particulièrement la formation historique de notre théorie du mariage, une illustration, aussi profondément fouillée que légèrement exposée, de cette idée, dans la précieuse plaquette, publiée par Ch. LEFEBVRE, sous ce titre modeste : *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, 1899, *passim*, notamment, p. 6, p. 14-15, p. 17; et surtout, p. 23-43 comp. aux p. 101-131. [— Adde la suite des travaux de Ch. LEFEBVRE sur le même sujet : *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, 1906-1908.]

(3) Comp., sur la nécessité des considérations morales pour contrebalancer les visées purement juridiques : R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, 4<sup>e</sup> éd., 1888, p. 266; 3<sup>e</sup> éd. de MEULENAERE, t. IV, 1888, p. 257.

lerai ici, non seulement la théorie de la nationalité, qui ne touche au droit privé que par ses plus petits côtés ; mais, plus généralement, tout ce qui intéresse l'état civil des personnes, tout ce qui assure les garanties de leur liberté et de leur égalité : se traduisant notamment dans la prohibition des charges féodales et des substitutions, dans celles des règles successorales, qui dominent ou limitent les dispositions autonomes, dans l'organisation restrictive et le contrôle sévère des patrimoines perpétuels, indépendants de toute personnalité viagère (théorie dite des personnes morales [des associations et des fondations]), etc., etc.

Pour compléter l'organisation politique, largement comprise, et souvent pour en accentuer et prolonger les directions, intervient aussi l'organisation économique, envisagée d'un point de vue tout positif, non pas suivant l'idéal de la science, mais telle qu'elle anime, en fait, toute notre civilisation contemporaine. — Cette organisation économique a son influence la mieux marquée sur notre droit du patrimoine. Et, l'envisageant sous ce rapport, un auteur, porté d'ailleurs à la critiquer dans le sens d'un idéal socialiste, A. MENGER (1), a pu en résumer l'essence dans ces trois principes fondamentaux : principe de la propriété privée, en vertu duquel, sauf exception formelle de la loi, toutes choses peuvent se trouver appropriées par des individus ; — principe de la liberté des contrats, permettant à chacun de s'engager, par accord avec autrui, à certaines prestations, actions ou inactions, sous la sanction, même par contrainte, de semblable promesse tenue pour obligatoire ; — principe de la succession après décès, d'où résulte attribution, à titre d'héritage, des biens de toute personne défunte, à ceux, qu'elle-même désigne, ou, à son défaut, la loi. — Or, quoiqu'on puisse penser de la valeur intrinsèque de ces principes, il faut bien reconnaître, qu'en dehors même et au-dessus des textes de loi, qui les peuvent consacrer, ils s'imposent, avec bien d'autres encore, comme des entités effectives de notre organisation économique. A ce titre, le jurisconsulte ne peut s'en désintéresser. Bien plus,

(1) *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890, p. 3-4.

il les doit faire fructifier en vue de solutions juridiques nécessaires.

D'une façon plus générale, dirai-je encore, la jurisprudence positive a, pour devoir absolu, d'interroger, dans toutes ses manifestations (1), l'organisation sociale, dont elle n'est elle-même qu'un élément (2). J'entends par là, qu'elle doit, pour satisfaire à sa mission, et dans la liberté de ses recherches, envisager tous les éléments de la civilisation actuelle, en tant qu'ils révèlent un état d'équilibre, où surgissent, comme d'elles-mêmes, maintes nécessités juridiques de l'heure présente (3).

(1) Sur quelques-unes de ces manifestations, voy. notamment : [O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Vortrag, 1889.] — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 191-207. — A. MENGER, *Le rôle social de la Science du Droit*, dans *Revue d'économie politique*, 1896, t. X, notamment, p. 68, p. 70-74. — GOBLET D'ALVIELLA, *Da devoir social des générations nouvelles*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1897-1898, t. III, p. 81-102. — É. FAGUET, *Que sera le xx<sup>e</sup> siècle ?* dans : *Questions politiques*, 1899, p. 245-336. — A. FOUILLÉE, *Le progrès social en France*, dans : *Revue des deux-mondes*, n° du 15 juin 1899, t. CLIII, p. 815-843. [— Ch. ROBERT, *L'œuvre de la jurisprudence dans le domaine des questions sociales*. Discours de rentrée de la Conférence des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, 1899. — G. MORIN, *L'individualisme de la Révolution française et du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1917, t. XXIV, p. 517-568.]

(2) Cpr., ici, C. BOUGLÉ (*Qu'est-ce que la Sociologie ?*), dans *Revue de Paris*, août 1897, 4<sup>e</sup> année, t. IV, p. 552 : « Ce n'est pas la découverte de la vapeur, en soi, « qui a entraîné toutes les transformations sociales, qu'on dit être les consé- « quences du machinisme : cette découverte a été, de par le droit établi, exploi- « tée dans certaines conditions, par exemple au profit des possesseurs de capi- « taux : voilà ce qui a déterminé telles ou telles transformations des rapports « entre classes. Elles eussent été tout autres si le droit établi eût été différent. « Ainsi, bien loin de n'être que des conséquences, des dérivées, des catégories éco- « nomiques, les catégories juridiques leur préexistent, et leur mouvement n'obéit « pas toujours aux seuls intérêts matériels ; les idées sont capables de les diriger ». Et plus loin, p. 553 : « ... D'importants mouvements économiques ont pu cor- « respondre à l'émancipation des esclaves : il n'en est pas moins vrai qu'en cette « matière le dernier mot est resté et reste aujourd'hui à la conscience ». — Voy. aussi : E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 159. — Adde WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. § 29, note 1, t. I, 1891, p. 67 : « ... Und beruht nicht alles Recht darauf, wie gerade dieses Volk die Principien « der Sittlichkeit und die Bedürfnisse der öffentlichen und privaten Wohlfahrt « erfasst und rechtlich verwerthet? ». — Comp., encore, sur la mise en œuvre, juridique, des desiderata sociaux de l'heure actuelle, par le nouveau Code civil allemand : F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 1, II, 3 et III, t. I, 1899, p. 5-9. Adde p. 26. — Enfin, d'un point de vue plus général, sur la place du droit, parmi les éléments fonctionnels de la vie sociale, voy. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 9, t. I, 1895, p. 122.

(3) Si l'on contestait le caractère objectif de ces éléments de notre civilisation, je renverrais à l'étude, si pénétrante, dans laquelle E. BARTIN a dégagé une notion de l'ordre public international, basée sur l'idée de communauté internationale, soit d'après le degré général de civilisation, soit d'après l'esprit des lois civiles,

Pour pénétrer la portée de ces éléments, il sera nécessaire, d'en scruter les origines, et de suivre pas à pas toutes les phases de leur évolution. Ici, interviendra l'histoire, et, plus précisément, toute la tradition de notre droit privé, pour nous instruire par l'expérience du passé, et mettre au point le moment exact de civilisation, qui doit rester seul décisif (voy. ci-dessus, nos **143-144**) (1).

Et, sans doute, la révélation, souvent confuse par sa complexité même, toujours mouvante et imparfaite dans sa signification précise, qui résultera d'un semblable examen, n'aura jamais, ni la rigueur de détermination, ni la force de conviction, qui s'attachent aux sources formelles. Il n'en reste pas moins vrai, qu'elle nous présente, à l'image et un peu au-dessous de l'analogie proprement dite, un procédé de découverte juridique, tirant sa force d'une nature des choses vraiment positive, et procurant à l'interprète des éléments objectifs d'appréciation, capables d'assurer une sérieuse direction à son jugement (2).

**168.** — Mais, il faut aller plus loin encore ; et, pénétrant jusqu'au dernier fonds de la nature des choses, ouvrir à la jurisprudence, pour lui permettre de remplir complètement sa mission, un ordre de recherches, plus large et plus librement scientifique.

Les éléments positifs de l'organisation sociale, tels qu'ils existent en fait, et se manifestent pour ainsi dire à l'état statique, ne suffiront pas toujours à suggérer les règlements juridiques désirables. Il faudra, parfois, dépasser les résultats acquis, et, sans se contenter des apparences d'un équilibre

des divers pays. Voy. E. BARTIN, *Études de droit international privé*, 1899, p. 189-284 ; notamment, p. 217-235, p. 265. — L'application de cette théorie implique la possibilité de déterminer ces éléments.

(1) Voy. A. SORÉL, Discours de Lille, le 3 novembre 1897, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1897-2<sup>e</sup>, t. XXXIV, p. 388-397. [— Adde J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. Ein Ueberblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Oesterreich, Frankreich und der Schweiz. Erster Teil. Die Neuordnung des Verkehrsleben*.—Berlin, C. Heymann, 1910.]

(2) [Voy., à cet égard, quelques développements intéressants, dans A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des états juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1904, p. 111-149. Comp. p. 171-174 ; p. 187-188 ; p. 221-222.]

incertain ou trompeur, scruter, en elle-même, et dans son essence dynamique, la nature individuelle et sociale de l'humanité, pour lui arracher le secret des règles, qui la doivent diriger, sous la sanction sociale. Ce ne serait plus assez, de constater des tendances, mal assurées, équivoques, précaires, parfois même, mauvaises. Il s'agira, donc, de s'adresser aux sciences de la vie sociale (sciences morales et politiques), dans ce qu'elles ont à la fois de plus élevé et de plus pratique, pour en tirer les lignes essentielles, permettant à l'interprétation juridique, d'ordonner, jusque dans le détail, les rapports humains qui rentrent dans sa sphère (1).

Ici interviendrait, au premier rang, la sociologie. Et, si cette science réalisait jamais les espérances, qu'on a fondées sur elle, j'estime qu'elle suffirait, tout à fait, à nous donner les clartés nécessaires (2). Malheureusement, l'état d'indétermination, et presque d'« amorphisme », auquel la condamnent encore, non moins que sa jeunesse, la complexité un peu confuse de son objet, et dont elle ne pourra sortir que par une orientation ferme et par le choix d'une méthode précise (3), ne nous permet pas, à l'heure actuelle, d'attendre de cette science un secours efficace (4). Et, provisoirement, du moins, nous devons nous en tenir aux anciens cadres, pour demander aux disciplines compétentes, les enseignements utiles, que chacune peut apporter ici ; étant bien entendu, d'ailleurs, qu'il s'agit, pour nous, de trouver, en elles, de simples moyens d'investigation, en vue du but, essentielle-

(1) [Comp. P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, p. 112 (n° 61). Adde n° 254, p. 418-422.]

(2) Voy. Ed. GAUCKLER, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, p. 5-6 ; cpr. p. 1-4. — Adde G. RICHARD, *La philosophie du droit et la sociologie juridique*, dans *Revue philosophique*, décembre 1898, t. XLVI, p. 645-660. [— Voy. encore R. de la GRASSERIE, *Les principes sociologiques du droit civil*, Paris, Giard et Brière, 1906. — Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., t. I, Leipzig, Göschen, 1912, § 12, n° 2, p. 143-146. Comp. p. 188-189 (§ 14).]

(3) Comp. É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, qui me paraît vouloir beaucoup trop isoler la sociologie des sciences, qui la touchent et la complètent. [— Adde Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. II, 1915, chapitre troisième (VIII). L'École sociologique, nos 80 86, p. 52-86.]

(4) [Comp. E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, p. 366-372 (§ 56, n° 7).]

ment positif et pratique, qui reste l'objectif indépendant de nos efforts.

Or, sans prétendre être complet, et sans viser à mettre en ce sujet une précision qu'il ne saurait comporter, j'observe, qu'on peut distinguer, assez nettement, deux ordres de connaissances, susceptibles d'éclairer notre recherche : les unes, plus proprement scientifiques, se rattachant à l'ordre théorique, tendant à découvrir et à analyser, dans leur nature intime, les éléments d'activité humaine, qui forment la trame des problèmes juridiques; les autres, d'un caractère plutôt empirique, composant ce que j'appellerai l'ordre pratique, consistant en révélations de la vie vécue, et projetant une lumière indirecte, mais souvent plus saisissante, sur les questions que nous avons à résoudre.

Au premier point de vue, et comme sciences directement auxiliaires de nos recherches, il suffit de signaler notamment : la philosophie générale, nécessaire pour éclairer toute investigation scientifique, en précisant ses conditions, en déterminant ses moyens, et pour centraliser les données des autres branches, en les ramenant sans cesse au but poursuivi (1); — la psychologie, aidant à distinguer, du hasard de la nature, la part de la volonté libre dans les choses de la vie, et révélant les impulsions instinctives ou subconscientes de l'humanité (2), soit en considérant la personne isolée, comme psychologie individuelle (3), soit en envisageant les groupes humains, comme psychologie collective, sociale, ou des peuples (4); — l'éthique, tant individuelle que sociale, qui, en faisant connaî-

(1) Sur l'importance de la philosophie générale, voy. : A. FOUILLÉE, dans *Revue politique et parlementaire*, 1898-2°, t. XVI, p. 529-533, et 1898-3°, t. XVII, p. 13-15. — Et, sur le caractère hautement philosophique de la dogmatique du droit : R. VON JHERING, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, 1857, p. 19-20.

(2) [CONS. A. GROUBER, *Une théorie psychologique du droit* (théorie de PETRAZYCKI), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 531-579. — Et, sur la psychologie, envisagée comme élément régénérateur du droit positif contemporain, voy. ci-après : Épilogue ajouté à la seconde édition (du présent ouvrage), chapitre premier, n° 191, II, b.]

(3) Comp. É. BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, 1888, p. 30.

(4) Voy. : G. LE BON, *Les lois psychologiques de l'évolution des peuples*, 1894. — *Psychologie des foules*, 1895. — C. BOUGLÉ, *Les Sciences sociales en Allemagne*, 1896, p. 18-42 et p. 158. — R. WORMS, *Psychologie collective et Psychologie individuelle*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, février 1899, t. CLI, p. 195-221. — A. FOUILLÉE, *La Psychologie du peuple français*, 2° éd., 1898, notamment p. 72-74. [— W. WUNDT, *Völkerpsychologie*, Leipzig, Engelmann, puis A. Kröner, 9 vol., 1900-1917.]



tre les exigences d'un ordre supérieur aux intérêts matériels, assignera souvent un idéal précis aux solutions cherchées, en tout cas leur imposera des lignes infranchissables (1); — le droit public rationnel, seul capable de déterminer les sacrifices, que l'intérêt de tous, synthétisé dans les droits de l'État, peut demander aux droits de chacun, et de poser les bases générales de l'harmonie des libertés (2); — l'économie politique, scrutant les causes du développement général de la richesse, tant publique que privée, et posant les principes directeurs de l'utilité générale, qui demeure le pivot de parties capitales de notre science (3).

A côté de ces disciplines, vraiment scientifiques, qui pourront suggérer directement les principes nécessaires ou utiles à l'interprétation (4), celle-ci rencontrera un contrôle fort

(1) [Sur les aspirations, d'ailleurs fort vagues, de l'éthique contemporaine, voy. *Morale sociale*, Paris, Alcan, 1899, avec préface d'E. BOUTROUX, notamment p. II, p. VI-VII.]

(2) *Adde*, sur le rôle de l'État dans la réalisation du droit : O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 118.

(3) On a souvent signalé une opposition prétendue des idées juridiques et des idées économiques. Voy. notamment : COURNOT, *Traité de l'enchaînement des idées fondamentales*, 1861, nos 471-475, t. II, p. 241-249. — *Considérations sur la marche des idées*, 1872, t. II, p. 329-336. — *Matérialisme, Vitalisme, Rationalisme*, 1875, p. 217-219. — *Revue sommaire des doctrines économiques*, 1877, p. 47-49. — Mais, si cette opposition est exacte historiquement, elle ne saurait l'être rationnellement, et doit disparaître, comme semble d'ailleurs le reconnaître COURNOT, à la fin des trois derniers passages précités. — A un autre point de vue, on a, très puérilement à mon sens, prétendu subordonner le droit à l'économie politique. Voy., par exemple : A. MANGIN, *Discussion de la Société d'Économie politique*, le 5 juin 1876, d'après l'*Économiste français*, n° du 10 juin 1876, 4<sup>e</sup> année, t. I, p. 754-755, et : *Le Droit et l'Économie politique*, dans l'*Économiste français*, n° du 28 mars 1885, p. 390-392. — M. ZABLET, dans *Journal des Économistes*, n° du 15 novembre 1897, 5<sup>e</sup> série, t. XXXII, p. 288-291. — En réalité, les deux sciences, quoique indépendantes, ont également besoin l'une de l'autre. Voy. TURGEON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 293-301, et 1895-2<sup>o</sup>, t. XXX, p. 220-222. — [R. MAUNIER, *Droit et économie politique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1909-1910.] — Et, particulièrement, sur le profit que l'élaboration du droit positif peut et doit tirer de l'économie politique, voy. : W. ROSCHER, *Grundlagen der Nationalökonomie*, § 16, notes 5-6, 21<sup>e</sup> éd., Pöhlmann, 1897, p. 44. — L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>o</sup>, 1874-1875. Vorwort, p. VII, *in fine*; p. XI, *in medio*. Cpr. p. 29. — E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898. Préface, p. II et p. IV; et, dans *Annales de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 7. — À consulter : MINGHETTI, *Des rapports de l'économie politique avec la morale et le droit*, trad. Leduc, 1863. — A. JOURDAN, *Des Rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885; — et, surtout : A. BÉCHAUX, *Le Droit et les Faits économiques*, 1889. — *Adde*, sur le rôle de l'économie politique, dans l'élaboration du droit privé : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, 1911, n° 33, p. 12; [— et ci-après. Épilogue, chapitre premier, n° 191, II, c)].

(4) *Adde* encore, pour quelques applications : v. BLUME, dans *Kritische Viertel-*

précieux, parfois même une démonstration toute faite, dans les résultats de l'expérience humaine, vivifiant et fécondant souvent la réflexion. Ce sera le fruit d'un examen tout pratique, s'adressant aux manifestations mêmes de la vie juridique, pour en dégager la leçon. — Dans cet ordre d'idées, tout se ramène à l'histoire, la grande maîtresse d'expérience en matière sociale, mettant sous nos yeux les tentatives humaines et permettant seule d'en suivre l'évolution (1). Et, il s'agit de l'histoire, entendue de la façon la plus large : non seulement, l'histoire de nos traditions anciennes (voy. ci-dessus, nos 143-144) ; mais, aussi bien, celle des faits, des idées, des pratiques, des doctrines de l'heure actuelle (2), en tant qu'ils intéressent la jurisprudence et montrent le développement de sa vie, soit dans notre milieu de civilisation, soit dans les milieux homogènes. — Ainsi comprise et ramenée, comme on l'a dit souvent, à une méthode, je dirais, plus volontiers, à une tendance méthodologique, l'histoire sera, plus nettement, rapprochée de son but pratique, par des disciplines auxiliaires, qui en mettront mieux en valeur les résultats : — telle, la statistique, permettant seule de préciser l'observation et de la faire, pour ainsi dire, parler d'elle-même (3) ; — telles encore, la législation et la jurisprudence comparées, représentant, en

*jahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1897-1898, t. XL, p. 58-67, à propos de P. KRÜCKMANN, *Zur Reform des Kaufrechts*, 1896.

(1) Comp. FOUILLÉE, dans *Revue philosophique*, mai 1896, p. 479-480, notamment, p. 480 : «... Après Comte, les partisans de l'Évolution employèrent la vraie méthode dynamique, qui étudie les formes primitives des êtres, pour en montrer la « genèse et le développement ». [— Adde, sur l'histoire du droit, envisagée comme élément régénérateur du droit positif contemporain : ci-après Épilogue, chapitre premier, n° 191, II, d.]

(2) Sur l'observation de la vie sociale, à l'heure présente, voy. E. LAVISSE, Conférence du 14 janvier 1899, sur « *L'Étudiant* » de Michelet, dans : *Revue de Paris*, n° du 15 janvier 1899, p. 337-341. — Adde E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § XXVI, p. 54-58.

(3) Sur l'utilité de la statistique, au point de vue de l'interprétation juridique, voy. notamment : R. von JHERING, *Der Besitzwille*, 1889, p. 148-150, p. 159-160, p. 165-166, p. 170 ; trad. franç. de MEULENAERE, *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891, p. 128-130, p. 137-138, p. 143, p. 147. — E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 225-227. — E. STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 386-387. — Adde : ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 1856, n° 222, p. 449-450. — COURNOT, *Enchaînement des idées fondamentales*, 1861, t. I, p. 8 ; t. II, p. 189-190. — Fernand FAURE, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891-2<sup>e</sup>, t. XXII, p. 265-277. — SIGWART, *Logik*, t. II<sup>e</sup>, 1893, §§ 101-102, p. 659-694, et p. 719-720. — Comp. E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § CXCIV, p. 438-441.

quelque sorte, la géographie de notre science, et susceptibles, par les horizons élargis qu'elles nous ouvrent, de faire entrer notre droit national dans les cadres d'une sorte de « *jus gentium* européen, autrement large que celui des Romains » (1); — enfin, et par-dessus tout, j'ajouterai l'étude détaillée et minutieuse de notre droit contemporain, saisi dans les manifestations de sa vie la plus intense : soit, dans les mille involutions de la pratique extra-judiciaire, notariale ou privée, avec leurs nuances, leurs détours, parfois même leurs subtiles « roseries » (2), soit, plutôt encore, dans les décisions judiciaires, sous toutes leurs formes, tantôt œuvres de juridiction gracieuse, ou de justice alerte et simplificatrice (ordonnances sur requête et sur référé) (3), tantôt répondant à une tendance pacificatrice et toute d'équité (conciliation-arbitrage-conseils de prud'hommes), tantôt statuant en de véritables luttes judiciaires, dégageant des faits la substance juridique (4) et leur appliquant le droit établi (jugements ou arrêts en matière contentieuse), tantôt planant dans la sphère du droit pur et contrôlant seulement les appréciations ou sanctions juridiques (décisions de la Cour de cassation dans

(1) F. LARNAUDE, dans *Revue crit. de législ. et de jurisprud.*, 1890, nouv. série, t. XIX, p. 377. Voy., d'ailleurs, la suite des développements de cette p. 377. — Sur la jurisprudence comparée, en vue de l'interprétation du droit positif, voy. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, I<sup>er</sup>, 1891, p. 15; 3<sup>e</sup> éd., de MEULENAERE, t. I, p. 15; — et surtout : SALEILLES, *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V-2, p. 217-227; le même, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1897-2<sup>o</sup>, t. XXXIV, p. 527-528. [— J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, E. Flammarion, 1908, p. 305-318.] — Adde : C. BUFNOIR, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890-1891, t. XX, p. 65-70. — C. TURGEON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 303-304. — F. DESPAGNET, *même revue*, 1891-2<sup>o</sup>, t. XXII, p. 11-12. — Voy., encore, à un point de vue plus large : A. H. POST, *Einführung in das Stadium der ethnologischen Jurisprudenz*, 1886. [— Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., I, Leipzig, 1912, p. 111 (§ 8, *in fine*).] — Comp. E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § CXLVII, p. 319-321. [— Adde, sur le droit comparé, envisagé comme élément régénérateur du droit positif contemporain, ci-après : Épilogue ajouté à la seconde édition (du présent livre), chapitre premier, n<sup>o</sup> 193, II, f.]

(2) Sur la pratique et son rôle dans la formation du droit positif, voy. GIRARD, *Rapport sur les concours de la Faculté de Droit de Paris*, en 1897, p. 18-19 de la brochure officielle. [Adde ci-après : Épilogue, chapitre premier, n<sup>o</sup> 191, II, a, et les références.]

(3) Voy. G. BONJEAN, *Traité des ordonnances sur requête et sur référé*. 1<sup>re</sup> partie. Ordonnances sur requête, 1899.

(4) [Voy., pour l'appréciation des faits, dans l'application de la loi sur le repos hebdomadaire, divers arrêts du Conseil d'État, rapportés en SIREY, 1907-3, p. 17 à 26, avec les notes de M. HAURIOU.]

son rôle propre) (1) ; — sans parler encore des pratiques administratives, si souvent utiles correctrices d'un droit défectueux (2) ; — sans compter le rôle de la police (3), ou les réactions du droit répressif sur le droit privé (4)... etc., etc... — Tout cela devant être observé et fouillé, avec la préoccupation de trouver, dans la vie juridique prise sur le fait, les éléments de l'harmonie, que le droit positif a pour mission de réaliser (5).

Cette harmonie une fois reconnue ou pressentie, les lois s'en dégageront d'elles-mêmes. Et, il s'agira de les reconnaître, non pas sous la forme de conceptions ou d'idées, qui resteraient impuissantes à diriger la mise en œuvre du droit positif, mais en tirant des réalités objectives, soigneusement constatées et analysées, les véritables principes, exprimant les besoins éthiques, sociaux, politiques et économiques, qui doivent dominer toute organisation juridique, soucieuse de sa fin (voy. ci-dessus, nos 68, 75, 81, 158).

Au surplus, ces observations ne tendent pas à faire croire que toute part puisse être enlevée à l'appréciation subjective de l'interprète. Aussi bien, pareille prétention resterait chimérique, en quelque stade de l'interprétation qu'on la formulât ; à plus forte raison, quand celle-ci se meut dans la

(1) [*Adde*, sur la jurisprudence, envisagée comme élément régénérateur du droit, positif contemporain : ci-après, Épilogue ajouté à la seconde édition (du présent livre), chapitre premier, n° 192, II. e.]

(2) Rappelons, notamment, la pratique administrative du Conseil d'État, corrigeant l'effet des art. 641-642 primitifs du C. civ. franç., tel que l'entendait la jurisprudence de la Cour de cassation, en cas de dérivation des eaux de sources pour l'alimentation des villes. Voy. discussion de la loi du 8 avril 1898, au Sénat. *Journ. off. Débats parlementaires* de 1883, t. I, p. 52 et 154. — *Adde* LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, thèse de doct., Caen, 1897, p. 194-199. [— Cons. aussi J. CHARMONT, *Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile*, dans *Rev. trim. de dr. civil*, 1906, t. V, p. 813-846.]

(3) Sur l'importance des règlements de police, en droit civil, voy. note (§ II), de M. HAURIOU, sous Cons. d'État, 4 février et 18 mars 1898, dans *SIR.* 99, 3, 2.

(4) Cons. F. von LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, dans : *Beiträge zur Erläuterung und Beartheilung des Entw.*, de BEKKER et FISCHER, 5 Heft, 1889. — F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, §§ 84-89, 128-132, 200-202 ; t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 356-384, 556-600, 906-920.

(5) Sur l'emploi de la jurisprudence et sa casuistique, en vue de l'interprétation du droit positif, voy. E. STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 371-382 ; cpr. p. 420-421 : — et, pour son utilité pédagogique, voy. R. von JHERING, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, 5 A., 1888. Vorrede, p. IV-IX. — Rappr., au sujet de l'orientation nouvelle, donnée par M. RATAUD au droit commercial, dans le sens de l'observation de la vie : THALLER, dans *Annales de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 5-6.

sphère d'une recherche libre, indépendante des sources formelles (1). Non seulement dans l'adaptation du droit aux faits, mais dans l'élaboration même du droit positif, comment veut-on que le jurisconsulte, qui doit pousser jusqu'à leurs derniers détails les solutions concrètes, obtienne semblable résultat, sans y mettre quelque chose de lui-même (2)? Tout ce qu'on peut raisonnablement demander d'une méthode juridique, c'est qu'elle fournisse assez de points d'appui objectifs, pour empêcher l'arbitraire des décisions et réduire au minimum le rôle de la raison subjective (3). — Or, je dis, qu'à défaut des sources formelles, constituant assurément les plus précises et les plus fermes lisières pour l'interprète, celui-ci rencontre une direction, nécessaire et suffisamment sûre, dans les données purement scientifiques. J'ajoute, qu'il faut compter ici, bien moins sur la pure logique, entièrement stérile, par elle-même, et à défaut d'une substance à mettre en œuvre, mais plutôt sur les sciences ou les méthodes, qui tendent à découvrir cette substance active et féconde, en observant, analysant, expliquant toute la vie sociale de l'humanité (4).

On peut pressentir, par là, quelle ampleur, envisagé sous un pareil angle, le droit privé positif serait appelé à prendre, et comment il se trouverait faire appel à toutes les sciences morales, politiques et économiques (5). — Que la loi et la coutume soient muettes ou insuffisantes, l'activité de la jurisprudence devra changer de caractère. Et, d'interprétation pure d'une volonté humaine, qu'elle était à son origine, là voilà devenue interprétation de cette vaste nature des choses, qui conditionne tous les rapports humains (6). Désormais, ce n'est plus assez, pour le juriste, de savoir dégager, d'une for-

(1) Cpr. Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 6, p. 11, p. 67. — Voy. aussi E. I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 105-109.

(2) Ex. dans la jurisprudence récente : Bordeaux, 20 décembre 1897, *SIR.* 99-2-99. — Req. rej., 18 janvier 1899, *SIR.* 99-1-268.

(3) Fr. ADICKES, *op. cit.*, p. 13-14.

(4) Adde, sur les rapports du droit avec les autres éléments de la vie sociale : O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 9, t. I, 1895, p. 122.

(5) Cons. ici : O. FISCHER, *Rechtsforschung und Rechtsstudium in allgemeinen*, dans le recueil de W. LEXIS, *Die deutschen Universitäten*, t. I, 1893, p. 285-285.

(6) Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, p. 68, p. 70-71, p. 84-85.

mule obscure ou équivoque, la volonté impérative qu'elle contient. Si cette volonté se refuse, il doit savoir s'adresser plus haut, et puiser directement dans ce grand fonds social, où la loi elle-même trouve sa plus sûre inspiration. Or, ce fonds social commun ne peut se révéler objectivement à lui, que par le secours des sciences morales et politiques, dont chacune devient ainsi, à sa manière, science auxiliaire de l'interprétation juridique.

Il y a plus. Cette méthode, largement scientifique, nécessaire dans la libre recherche, ne peut manquer de réagir sur l'interprétation pure des sources formelles. Nous avons vu (ci-dessus, nos 95-107), combien le principe général de celle-ci (interprétation d'une volonté humaine) est loin de pouvoir, à lui seul, suffire à toutes les exigences de la vie. Pour féconder la volonté du législateur, sans en excéder les visées précises, l'interprète ne peut négliger les suggestions de la nature des choses, d'où la loi même est issue. Ici encore, il trouvera son principal secours dans les sciences, qui, à la fois, éclairent le but de la vie et suggèrent les moyens de l'atteindre.

### III

#### *Mise en œuvre pratique de la libre recherche*

**169.** — Peut-être, demandera-t-on à comprendre, d'une façon plus saisissante, comment procédera, tout en conservant son originalité et sa sûreté nécessaires, cette interprétation, par voie de recherche libre, appuyée sur des bases scientifiques si diverses, — et à voir, plus près des faits, les résultats, qu'on peut se promettre de sa mise en œuvre.

En ce qui touche, d'abord, le premier point, il importe, par-dessus tout, que le jurisconsulte se pénètre de plus en plus de sa mission propre (1). Quand il en aura la conscience profonde, il trouvera, dans le sentiment même de son rôle, et dans la claire vue de son objectif, la ligne de direction, qui

(1) Sur la fonction *spécifique* de la jurisprudence [*lato sensu*], dans la vie sociale, voy. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 8, t. I, 1895, p. 120-121.

maintiendra et assurera sa marche. Or, on ne saurait trop le répéter, la jurisprudence est essentiellement science de l'action, n'ayant de raison d'être que le règlement nécessaire, par la voie de sanctions sociales extérieures, de certains rapports humains (1). Elle prend appui sur des faits de la vie sociale, en vue d'ordonner et de diriger, vers le but désirable, les relations qui en résultent (2).

Par suite, et tout d'abord, elle doit chercher à pénétrer les faits humains dans leurs plus intimes éléments (3). Et, comme elle ne peut régir ces faits, qu'en les insérant dans certains cadres généraux (4), qu'en les ramenant à quelques types (5), son observation se complètera nécessairement de classification, inspirée déjà par une certaine conscience du but à satisfaire. Cette conscience devra se préciser encore et aboutir à un résultat décisif, quand il faudra établir la règle des rapports précédemment dégagés. Œuvre propre de la jurisprudence positive, cette règle, qui domine les faits, encore qu'elle soit, en partie, révélée par eux, trouve son fondement véritable, dans un ordre de choses supérieur, que l'effort de la pensée peut seul entièrement découvrir (6).

Voilà pourquoi, bien qu'on en ait pu dire (7), la pure

(1) [Adde FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, n° 16, p. 47-52. Comp. n°s 13-15, p. 42-47.]

(2) Comp. R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I, 1893, *passim*, notamment p. 437-443. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 1-4, t. I, 1895, p. 113-116.

(3) Sur l'importance du fait, en vue de l'établissement des règles juridiques, voy. H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, p. 91-96. Cpr. p. 144. — Et, sur la nature organique des rapports de droit et des institutions juridiques : SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 8-10. Cpr. p. 42. — Adde, au point de vue plus spécial de la méthode d'enseignement : DESLANDRES, M. Bafnoir, dans *Revue du droit public*, 1898-1°, t. IX, p. 556-557. — THALLER, F. Rataud, dans *Annales de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 3-9.

(4) Cpr. VAN BEMMELN, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 18. — GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 16, I, 1, *initio*, texte et note 1, t. I, 1895, p. 123.

(5) Sur la normalité, dans les faits sociaux, et la constitution de types sociaux, voy. É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, p. 59-109.

(6) Voy., notamment : O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 15, II, 5, t. I, 1895, p. 116-117.

(7) Voy. notamment : H. TAINÉ, *Les origines de la France contemporaine. Le Régime moderne*, t. II, 1894, p. 204-206. — Cpr. L. DUGUIT, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 486, 492, 498. — Adde : A. BÉCHAUX, *Le Droit et les Faits économiques*, 1889, p. 30. — J.-B. RIPERT, *La méthode de la science juridique*, Marseille, 1897, p. 28-63. — P. ISAMBERT, *L'évolution des idées juridiques vers l'observation sociale*, dans *La Science sociale*, février 1897, t. XXIII, p. 93-116.

observation sociale, dont je suis loin assurément de méconnaître l'importance capitale, que même je n'hésite pas à signaler, en première ligne, comme un élément indispensable de la méthode juridique, nécessaire à la fois pour bien poser les problèmes, voire pour en pressentir les solutions, ne peut cependant, et alors même qu'on y joindrait une classification rationnelle, mener au but dernier de la science, sans le raisonnement, qui, appuyé du sentiment intime, complète l'intuition première et permet seul d'édifier les principes, d'où une déduction, avisée et sans cesse contrôlée par le sens pratique, déduira des conséquences plus précises (1).

Ayant, avant tout, à découvrir une règle générale et abstraite, susceptible d'adaptation aux hypothèses particulières et concrètes de la vie, l'interprète du droit positif doit placer, à la base de son appréciation, la notion de normalité, comme dominant tout jugement d'ensemble (2). C'est-à-dire, qu'il doit se proposer, comme type, l'hypothèse la plus générale, donnant lieu à la question qui lui est soumise, et qu'il doit envisager, les conditions aussi bien que les effets, de la règle à établir, en dehors de toute rencontre extraordinaire et suivant les prévisions probables (3), sauf à tenir compte des particularités des espèces, pour les ajuster à la règle elle-même.

Au surplus, il reste bien entendu, que la recherche scientifique de l'interprète n'intervient, avec une pleine liberté, que pour suppléer les sources formelles (loi-coutume) défailan-

(1) Comp. SALEILLES, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 497-498 et p. 485-486. — C. APPLETON, *même revue*, 1891-1<sup>o</sup>, t. XXI, p. 241-246. — DESPAGNET, *même revue*, 1891-2<sup>o</sup>, t. XXII, p. 15-19. — TURGEON, *même revue*, 1895-2<sup>o</sup>, t. XXX, p. 223-225. — Voy. aussi : St. MILL, *Système de logique*, liv. VI, chap. VI-XI ; notamment, dans traduction L. PEISSE, 1864, t. II, p. 463-549. — C. SIGWART, *Logik*, §§ 103-104, *passim*, t. II<sup>e</sup>, 1893, p. 695-748. [— E. H. PERREAU (*Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, surtout § III), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, t. XI, p. 609-665, met en relief l'influence des considérations rationnelles sur la jurisprudence.]

(2) Comp. É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, p. 59-93. — Adde : *De la division du travail social*, 1893, p. 33-38. — Et, pour une application à la jurisprudence positive, voy. R. von JHERING, *Fondement des interdits possessoires (Der Grund des Besitzesschutzes)*, § XI, p. 159-171 de la trad. franç., 1882.

(3) Rapp. CELSUS, fr. 4 et 5, D., *De Legibus*, I, 3 : « Ex his, quæ forte uno « aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. — Nam ad ea potius « debet aptari jus. quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt. » — Comp. POMPONIUS, fr. 3 et PAUL, fr. 6, *eod. tit.*



tes. Et, j'ai indiqué, d'avance, que son exercice est plus étroit ou plus large, aussi bien que la portée de ses résultats est plus ou moins ferme, suivant qu'elle peut s'appuyer, soit à l'analogie, soit à des éléments objectifs exprimant un équilibre social acquis, ou bien, suivant, qu'à défaut de tout appui positif, elle reste purement abandonnée à elle-même.

Même dans la sphère de son action ainsi délimitée, il ne me paraît pas possible, que la libre investigation scientifique puisse créer des règles de droit, avec la même latitude qui appartient à la loi ou à la coutume (1). Et, sans indiquer ici toutes les limites que comporte sa puissance créatrice, il me suffira de signaler, entre bien d'autres (2), deux ordres d'idées qui justifient mon assertion (3). — D'une part, certains rapports sont dominés par des principes généraux, consacrés, quoique parfois à l'état latent, dans notre organisation juridique formelle, d'une façon si impérieuse et si enveloppante, que l'interprétation libre ne saurait y faire échec, sans fausser sa mission et excéder ses droits, en l'état actuel de notre civilisation. C'est ainsi, qu'elle ne peut, à mon sens, ni établir une incapacité juridique, proprement dite (qui soit plus que la reconnaissance d'une incapacité naturelle), ni apporter une restriction artificielle à la liberté des conventions (4), ni

(1) La question est indiquée, mais non résolue, par BEKKER : 1° dans *Ernst und Schers über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 101-103, p. 104, p. 106 ; 2° dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, I Jahrgang, 1895, p. 351.

(2) J'ai à peine besoin de dire, que la libre recherche scientifique ne peut, sous prétexte de correction, modifier, ni la loi, ni la coutume. Cpr. BEKKER, dans *Jahrbuch*, précité, p. 354.

(3) [La question, ici touchée, sera reprise et développée, dans le t. IV de *Science et technique en droit privé positif*, à propos des frontières à tracer entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif.]

(4) C'est, au fond, pour ce motif, que la Cour de cassation a dû condamner, comme ne reposant sur aucun élément positif, et contraire au principe général de libre disposition, la pratique des séquestres et liquidations, ordonnées par justice, du patrimoine d'un insolvable ; — pratique si utile, notamment pour suppléer au défaut d'organisation légale de la déconfiture. — Voy., sur cette pratique : GARRAUD, *De la Déconfiture*, 1880, p. 218-232, et dans *Journal des faillites*, t. I, 1882, p. 149-165. Cpr. p. 222-224. — CHARMONT, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1891, nouv. série, t. XX, p. 79-84. — Et, pour sa condamnation absolue : Civ. cass., 17 janvier 1855, SIR. 55, 1, 97. — Civ. cass., 10 juillet 1876, SIR. 76, 1, 405. — Civ. cass., 13 novembre 1889, SIR. 90, 1, 8. [— Voy., au contraire, pour les séquestres de Maisons de commerce, dépendant de pays ennemis, la circ. du Min. de la justice du 8 octobre 1914, SIREY, *Législation de la guerre de 1914*, t. I, p. 146 ; et loi du 4 avril 1915, art. 2.] — Cpr., à l'idée exprimée au texte, l'art. 4 des dispositions générales du Code civil italien de 1865

établir un privilège au mépris du principe d'égalité (1). — D'autre part, encore, la libre recherche scientifique serait impuissante à ériger en préceptes les réglementations de détail, que requiert l'exercice de certains droits, et telles que des formalités de formation, de preuve, de publicité, d'actes juridiques, la détermination de délais de prescription (2) ou de déchéance, etc., etc. D'une façon générale, tout le côté extérieur, et, pour ainsi dire, plastique, de la jurisprudence, en tant, du moins, qu'il a besoin de précision technique, lui échappe, pour appartenir exclusivement à la loi (3), ou à la coutume (4).

**170.** — Pour achever de mettre en lumière le fonctionnement pratique de la méthode, en même temps qu'en laisser pressentir les résultats, il faudrait, maintenant, en faire l'application concrète, à un certain nombre de problèmes juridiques, déterminés et aptes à éprouver sa mise en œuvre. — Ce n'est pas dans une étude, aussi générale, et d'objet aussi vaste, que la présente, que je puisse, au point où j'en suis arrivé, illustrer mon exposé antérieur, par des exemples, qu'une analyse très minutieuse et une adaptation détaillée aux plus délicates nuances des faits rendraient seuls suffisamment

(trad. ORSIER) : « Les lois pénales et celles qui sont restrictives « du libre exercice des droits, ou dérogent soit aux principes généraux, soit à d'autres lois, « ne s'étendent pas en dehors des cas et des époques expressément indiqués ».

(1) [P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris 1907, nos 189-191, p. 314-322, nous montre l'analogie exclue des matières d'ordre public, parce que l'appréciation personnelle n'y est pas admissible, la détermination de la nature et de la gravité des actes appartenant exclusivement au législateur.]

(2) [Aussi, ne peut-on admettre de dérogation, au principe de la prescription trentenaire, posé par l'article 2262 C. civ. franç., qu'en vertu d'un texte précis.]

(3) C'est pour cela, par exemple, qu'une loi, telle que celle du 27 février 1880, relative à l'aliénation ou à la conversion des valeurs mobilières, de mineurs ou d'interdits, était absolument nécessaire. L'interprétation n'y eût pu suppléer. — Adde F. GENY, note, *in fine*, sous Civ. cass., 11 mars 1896, *Pand. franç. périod.*, 96-1, p. 342, col. 2 ; et compte rendu, dans *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1899, nouv. série, t. XXVIII, p. 461, *initio*. [— Voy. aussi : Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A. I. Methoden — und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 151-152 (§ 13, n° 1), qui indique certaines matières, où l'intervention de la loi écrite apparaît indispensable.]

(4) [Un point important est encore à signaler. En présence d'une situation non prévue par les sources formelles (loi ou coutume), qui s'offre à elle, la libre recherche doit, *avant tout*, se demander, si cette situation mérite règlement juridique, ou s'il n'y a pas lieu, plutôt, de la laisser dépourvue de toute sanction de droit (*im rechtlosen Raum*). — Cette question ne se peut trancher, que suivant la notion, qu'on se fait du droit positif. Cons., là-dessus : Fr. GENY, *Science et*

démonstratifs (1). — Je dois donc, pour l'instant, me borner, en m'aidant du travail d'autrui, partant de données déjà acquises à la science, et les complétant par quelques réflexions personnelles, à signaler, à titre de pure indication, certaines théories importantes, où la méthode de libre recherche scientifique, telle que je l'ai sommairement esquissée, paraît, *a priori*, susceptible de suggérer, pour compléter un droit écrit, vraiment insuffisant aux besoins du jour, des solutions utiles. — Au surplus, je ne prétends proposer, ici, aucune décision dogmatiquement ferme. Je ne veux que faire entrevoir quelques progrès possibles, sans prendre parti sur le fond des problèmes, requérant un examen que je dois m'interdire.

Pour limiter, en même temps que préciser, mon effort, j'emprunterai les aperçus, volontairement légers et incomplets, qui vont suivre, à ce qui constitue, comme le noyau central et la partie vraiment spécifique du droit privé, — le règlement des intérêts patrimoniaux, d'ordres divers, dans les rapports entre vifs.

Toute cette vaste matière, — comme aussi bien toutes les matières du droit privé, — me paraît pouvoir se répartir, à peu près, entre les trois ordres d'idées, que voici :

Tantôt le règlement des intérêts patrimoniaux émane de volontés, libres et conscientes, qui ont pu se lier elles-mêmes, et dont le droit positif n'a qu'à consacrer les manifestations, en y voyant des actes juridiques. Il s'agit, seulement, de déterminer, à quelles conditions, dans quelle mesure, ces volontés s'imposent ; — cela fait, d'en dégager le contenu ; — au besoin, de les suppléer, en les interprétant ou les présumant.

Tantôt, la volonté étant impuissante à se réaliser à l'encontre de l'ordre général, le droit intervient directement, pour lui assigner des limites, et, le cas échéant, la briser. Ici, une

*technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, n° 16, p. 47-52. Adde n° 13-15, p. 42-52. — Et, sur le point envisagé ici : M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Co, 1908, p. 103-104 (§ 6, II, 1) ; p. 130 (§ 8, I, 2).]

(1) [J'ai tenté une application, de ce genre, dans mon ouvrage : *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.]

organisation, impérieuse et irrésistible, se substitue, d'autorité, même dans le règlement des rapports pécuniaires, à une organisation volontaire, qu'elle exclut. Et, le droit positif doit, lui-même, créer ou préciser ces règles, qu'il oppose aux volontés divergentes, pour les dominer ou les restreindre.

Tantôt, enfin, on se trouve en dehors de l'action, réelle ou même possible, de volontés conscientes. Il s'agit de faits ou circonstances, à l'endroit desquels l'influence directe d'une libre détermination ne se conçoit pas, ou, du moins, ne s'est pas exercée. De telle sorte, qu'il appartienne nécessairement à l'élaboration juridique, d'établir, de toutes pièces, une réglementation d'intérêts, qui échappe, par sa nature même, à toute volonté particulière.

A ces trois ordres d'idées, correspondent trois sortes, bien distinctes, de règles juridiques : les unes, simplement directives ou supplétives de la volonté individuelle ; les secondes, impératives ou prohibitives ; les troisièmes, enfin, proprement dispositives (1).

Or, dans notre organisation sociale actuelle, chacune de ces trois sphères se trouve, en harmonie avec son but propre, dominée par un principe général et essentiel, dont elle n'est que le développement. Ramenant ces trois principes à une formule simple, d'accord avec les habitudes de notre terminologie la plus courante, je crois pouvoir les caractériser ainsi : 1° principe de l'autonomie de la volonté ; 2° principe de l'ordre public ou de l'intérêt supérieur ; 3° principe de l'équilibre des intérêts privés en balance.

Assurément, ces trois principes, qui se combinent et s'enchevêtrent dans l'application, animent tout le système, se dégageant de nos sources, principalement de nos lois codifiées, en tant qu'elles portent des règles formelles, qui rentrent dans chacune des sphères indiquées. Mais, ici comme par-

(1) C'est donc à tort qu'on prétend souvent diviser les règles juridiques en deux catégories seulement : les unes, dites d'ordre public, dominant les volontés particulières ; les autres, abandonnées à ces volontés. — Pareille distinction, trop simpliste, méconnaît cette vérité, de simple bon sens, que, pour maints rapports juridiques, et, d'après leur nature même, ou d'après les circonstances de leur origine, l'intervention de la volonté ne se conçoit pas rationnellement (Voy. ci-dessous, nos 173-174 : et rapp. ci-dessus, n° 128, t. I, p. 402.) [— Comp. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 35-45 (Première partie, Chapitre III).]

tout, les sources formelles ne sauraient suffire aux besoins de l'interprétation juridique, en son entier. Et, lorsqu'elles restent muettes ou incomplètes, pour certains rapports, dépendant de nos trois sphères, la libre recherche doit y suppléer, suivant les préceptes que j'ai esquissés plus haut. Or, il me paraît facile de faire entendre, au moyen de quelques brèves indications, comment la simple mise en œuvre de ces préceptes peut aider, ici, à un progrès, légitime et vraiment méthodique, du droit privé positif.

**171.** — Dans le domaine accessible à la libre action des volontés conscientes, poursuivant les fins de l'individu, sans être arrêtées dans leur essor par la contradiction d'intérêts supérieurs, le droit moderne réalise, au mieux, sa mission, en consacrant une pleine et féconde autonomie (1). Ce principe de l'autonomie des volontés individuelles, s'imposant à l'état latent depuis la disparition des anciennes formes sociales (2), accentué chez nous, dans l'ordre civil du moins, par la décadence du formalisme, dès le XIII<sup>e</sup> siècle (3), et incessamment développé par la suite (4), ne se dégage pas seulement, aujourd'hui, comme l'expression d'une condition d'équilibre, reconnue nécessaire, de toute notre organisation sociale. On peut dire, qu'il est implicitement contenu dans certaines dispositions de notre droit public écrit, dont la plus générale est peut-être l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 (5).

(1) Voy. C. G. WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 5-6; cpr. p. 50. — J. UNGER, *Österreichisches Privatrecht*, t. I<sup>a</sup>, 1876, p. 24. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, n<sup>o</sup> 266, t. I, 1896, p. 177. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, p. 21-22 [3<sup>e</sup> éd., 1912, p. 35.] — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 8, I, t. I<sup>a</sup>, 1899, p. 33. Cpr. § 60, II, p. 255; § 101, *initio*, p. 427.

(2) Comp. H. SUMNER MAINE, *L'Ancien droit*, chap. IX, trad. COURCELLE-SENEUIL, 1874, p. 288-346. — Et, sur l'autonomie juridique privée, dans l'ancien droit romain : R. von JHERING, *Geist des röm. Rechts*, II, 1, 4<sup>e</sup> éd., 1880, § 31 *in fine*, p. 147-155; cpr. § 30, p. 122-133; 3<sup>e</sup> éd. de MEULENAERE, § 35, *in fine*, et § 34; t. II, 1886, p. 142-150; cpr. p. 119-127.

(3) Voy. BEAUMANOIR, *Les coutumes du Beauvoisis*, chap. XXXIV, n<sup>o</sup> 2 : « Toutes convenances sont à tenir, et por ce dit on « Convenence loi vaint »..... »

(4) Comp. P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., 1893, p. 600-602.

(5) « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui... ». Sur la portée de ce texte, voy. Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, n<sup>o</sup> 87-93, p. 138-150. — *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, p. 8, p. 22. — Pour comprendre, comment ce principe général de liberté emporte caractère obligatoire des engagements civils volontaires, il suffit de se reporter au

En tout cas, les rédacteurs du Code civil en ont pleinement reconnu et consacré l'application la plus concrète, la moins discutable aussi assurément, quand ils ont proclamé et sanctionné la liberté des conventions privées (voy. notamment : art. 537, al. 1, art. 1134, art. 1156 et sq. C. civ. franç.) (1); plus généralement même, peut-on dire, la liberté des actes juridiques, que le législateur était amené à organiser (2).

Tout ceci paraîtra, sans doute, universellement admis aujourd'hui. J'en conviens. Mais, quand il s'agit de mettre en œuvre le principe dans son entier, et d'en développer tout le contenu, pour lui faire pénétrer, jusqu'à la moelle, notre vie pratique, en le conciliant seulement avec le besoin de certitude, essentiel à celle-ci, notre interprétation sait-elle toujours comprendre et manier, avec une latitude et une souplesse suffisantes, les éléments psychologiques et sociaux, qui devraient animer la formule de l'autonomie et en faire rayonner l'action ? Ne peut-on pas pressentir que, sous l'influence d'une recherche plus libre, cette formule serait capable, à l'heure actuelle, d'une nouvelle et plus pleine fécondité (3) ?

Notamment, et en envisageant, d'abord, le contenu des actes juridiques, valablement consentis, et incontestablement reconnus par la loi, — disons, si l'on veut, des contrats, — tout en érigeant en principe la puissance de la volonté qui les forme, ne restons-nous pas trop souvent fidèles au souvenir, et dociles

projet de déclaration des droits de l'homme, de SIEYÈS, lu, les 20 et 21 juillet 1789, au Comité de Constitution ; dans *Archives parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. VIII, p. 258, col. 1. Voyez la rubrique : *Rapports des engagements avec la liberté*.

(1) Voy., de plus, PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Projet*, FENET, t. I, p. 509-510. — JAUBERT, *Discours au Corps législatif sur la loi du 30 ventôse an XII*, LOCRÉ, t. I, p. 359.

(2) « Denn das Rechtsgeschäft ist allgemein das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung. » H. DERNBURG, *Pandekten*, § 91, t. I<sup>er</sup>, 1896, p. 215. — *Adde* : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique ; thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-1912. — E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, p. 422-426 (§ 57, n° 10), considère l'autonomie privée comme un moyen d'analogie. — Sur l'autonomie de la volonté, dans le Code civil allemand de 1896, CONS. R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 43-53 (§ VI).]

(3) [Il est intéressant d'observer, que le législateur contemporain s'est parfois servi de l'autonomie de la volonté, pour étendre (par voie d'adoption facultative) l'application de dispositions restrictives de la liberté du droit commun. Ex. : loi du 18 juillet 1907, ayant pour objet la faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail ; loi du 21 avril 1906, organisant la protection des sites et monuments naturels de caractère artistique.]

aux conséquences, des catégories romaines, qui dominent encore, il faut bien le dire, l'ensemble de notre législation écrite, en ces matières ? Pourtant, si ces catégories peuvent légitimement encore éclairer l'interprétation des volontés qu'elles synthétisent, il ne faudrait pas oublier, que les dispositions légales, qui les consacrent, ne valent aujourd'hui que comme des compléments de volonté (1) ; qu'elles ne sont aucunement impératives, mais susceptibles, à l'inverse, d'être tenues en échec par des indices contraires (2) ; que nous sommes même fondés à leur opposer des présomptions, qui les écartent, quand celles-ci sont légitimées par les circonstances (3) ; en tout cas, que nous pouvons et devons constituer des règles nouvelles, pour suppléer, en vue d'une plus pleine satisfaction de l'autonomie des volontés, aux lacunes des textes ou des coutumes (4). Surtout, il faudrait nous souvenir, que tout n'est pas dans les catégories légales ; qu'en dehors de celles-ci, les contractants ont pu former des engagements *sui generis* (5), sous la seule réserve des droits supé-

(1) Je ne dis pas, comme on le fait souvent, des présomptions de volonté. Car, si, parmi les dispositions légales, dont il s'agit, il en est, qui peuvent être rattachées à l'interprétation probable de la volonté des parties, d'autres n'ont aucunement ce caractère, et sont l'œuvre propre du législateur, statuant en vue de l'intérêt général. Voy. sur ce point : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 32, 2, t. I, 1893, p. 129-130. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 16, I, 3, t. I, 1895, p. 124. — F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 8, II, t. I<sup>o</sup>, 1899, p. 33-34. — R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1897, § 14, p. 55-58. [— K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. II, Leipzig, A. Deichert, 1907, § 89, p. 142-150.] — L'intérêt de la distinction consiste, notamment, en ce que l'on admettra plus facilement la preuve d'une volonté, renversant l'interprétation présumée par la loi, que de celle faisant échec à une disposition proprement supplétive. Voy. : G. PLÄNCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 21, *in fine* et p. 22, *in fine*. — STAMMLER, *op. cit.*, p. 69. [— K. HELLWIG, *op. et loc. cit.* — D'autre part, E. DANZ a particulièrement développé l'idée, que les actes juridiques doivent s'interpréter, d'après les usages sociaux, plutôt que suivant le vouloir individuel. Voy. notamment : *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, G. Fischer, 3 A, 1911. — *Einführung in die Rechtsprechung*, Anleitung für junge Juristen, Jena, G. Fischer, 1912, A, §§ 5-20, p. 12-68.]

(2) La jurisprudence a donné une grande extension à cette idée, en matière d'accroissement, et en vue de réduire la portée des présomptions surannées, contenues aux art. 1044-1045 C. civ. franç. — Voy. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, sous l'art. 1044, nos 10, 12, 13, 34.

(3) Voy. une application, intéressante et fine, de cette idée, dans une note de J.-E. LABBÉ, sous Civ. rej., 5 février 1873, SIR. 73-I-289, note 3. — Adde BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *De Contrat de Mariage*, nos 470-471, t. I, 1897, p. 346-348.

(4) Sur tout cela, voy. R. SALEILLES, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 491-495.

(5) Voy. une application au contrat de report, dans rapport CRÉPON, sur Civ.

rieurs à leur volonté, notamment des droits acquis aux tiers, qu'ils ne sauraient atteindre. — C'est ainsi que, malgré le silence du Code civil, on a pu admettre, dans notre droit français moderne, l'efficacité d'un contrat de substitution de débiteur, réalisé par le consentement des deux obligés successifs, tendant à libérer le premier en faisant passer sa dette, sans en changer la substance, sur la tête du second, et n'exigeant l'adhésion du créancier, que pour lui rendre la substitution pleinement opposable (1). — Ainsi encore, la doctrine se trouvera, sans doute, encouragée à justifier et développer cette jurisprudence féconde, qui consacre les droits réels *sui generis*, établis à la volonté des parties, à condition seulement de respecter les principes infrangibles de notre organisation sociale (2). — Bien plus, on en arrivera facilement à assouplir, par le jeu de la volonté libre, la propriété typique, que nous avons héritée du droit romain, à constituer notamment des formes de copropriété, adaptées à tous nos besoins économiques (3), à créer des patrimoines d'affectation, dont le régime puisse être fixé par leur affectation même (4), à permettre, en dehors des servitudes consacrées par nos lois, des

cass., 1<sup>er</sup> mars 1897, *SIR.* 97-1-220. — Autre application, dans COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, sur l'art. 2013 C. civ. franç., t. VIII, n° 242 bis, I-IV. — Je dois reconnaître, d'ailleurs, que, dans la forme large que je lui donne, cette déduction de l'autonomie de la volonté comporte certaines objections. Voy. notamment : F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 427-428, p. 463-468. A mon sentiment, toutefois, ces objections ne sont pas insurmontables, si l'on veut bien comprendre nos théories légales de la cause et de l'objet dans les obligations.

(1) Voy. notamment : R. SALEILLES, *La cession de dettes*, dans *Annales de droit commercial*, 1890, t. IV-2, p. 1-47. — E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, 1898, notamment, p. 316 et 538; et comptes rendus de ce livre dans *Annales de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 91-94, et dans *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1899, nouv. sér., t. XXVIII, p. 457-461. — Cpr., pour le droit autrichien : J. UNGER, *Schuldübernahme*, 1899, p. 10-11. — Contra, dans une certaine mesure, du moins, N. COVIELLO, dans *Archivio giuridico*, 1899, t. LXII, p. 185-186.

(2) Comp. *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1897, t. VII, p. 162-213. [— Je ferais, aujourd'hui, quelques réserves sur l'idée énoncée au texte. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif* (à paraître); — à propos des catégories réelles considérées comme procédés de la technique juridique.]

(3) Voy., par ex., R. SALEILLES, dans *Annales de droit commercial*, 1897, p. 43-47, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, nos 65-68. — Adde, quant à l'indivision héréditaire, ma note, sous Req. rej., 7 juillet 1892, *Pand. franç. périod.*, 1893-1-433 à 436, et spécialement p. 435.

(4) Voy. encore note de R. SALEILLES, sous Dijon, 30 juin 1893, *SIR.* 94-2-185.



démembrements de la propriété, qui multiplient les formes de son usage et accroissent, par là même, l'utilité des biens (1). — Et, tout cela sera possible, par un simple développement du principe de la volonté autonome, pourvu, toutefois, que les droits des tiers n'en soient pas atteints, et que le respect des intérêts de tous se trouve également assuré. Je ne disconviens pas, d'ailleurs, que cette réserve générale commande souvent des restrictions importantes et puisse même requérir parfois une réglementation de formes ou de publicité, que l'interprétation libre serait impuissante à organiser, à elle seule (2); du moins, pourrait-elle montrer la voie et préparer, par ses solutions libérales, l'intervention des organes formels du droit positif (loi ou coutume), qui viendraient, après coup, compléter le système, ébauché par les chercheurs indépendants. — En tout cas, et si l'on reculait devant certaines difficultés d'application, dans les hypothèses qui viennent d'être indiquées, on ne saurait hésiter, du moins, à interpréter les contrats de la vie courante, sans prétendre les rattacher toujours à un type légalement organisé, en sanctionnant directement la volonté qui les anime (3). Or, cette volonté se révélera, à défaut de formules nettes, dans le but essentiel de l'opération, éclairé lui-même par les circonstances morales, psychologiques, économiques (4), sociales, enfin, qui l'auront accompagnée. Seul, l'examen de ces circonstances permettra de discerner, par voie de présomption, l'intention obscure des contractants (5). Et, à défaut d'une présomption de

(1) Voy. déjà : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, §§ 221 bis et 223, t. II<sup>s</sup>, 1897, p. 585-588, p. 622-630.

(2) Comp. FR. GENY, dans : *Revue bourguignonne*, 1897, t. VII, p. 211. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, nouv. sér., t. XXVIII, p. 461.

(3) [Il y aura lieu de compléter, et, au besoin, de rectifier, ce qui a été simplement indiqué ici, par les développements, qui seront fournis à propos des catégories réelles, envisagées comme procédés de la technique juridique, dans *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Élaboration technique du droit positif (à paraître).]

(4) Voy. un exemple intéressant d'une clause conventionnelle, interprétée d'après des considérations économiques, dans une note d'E. CHAVEGRIN, sous Req. rej., 21 avril 1896, SIR, 97-1-481 à 484. — Adde W. v. BLUME, dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1897-1898, t. XL, p. 33-38.

(5) Voy. ce que j'ai dit, à propos d'une hypothèse concrète, dans *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1897, t. VII, p. 212-213. — J'ajoute que l'interprète, une fois certaine l'intention concrète du disposant (ou des parties), doit se garder d'y faire échec, en la ramenant à une catégorie juridique, qui

volonté proprement dite, il incombera à l'interprète, d'y suppléer par la considération des intérêts en présence (voy. ci-dessous, n° 173), dont la balance établira une probabilité normale, pouvant légitimement remplacer l'élément psychologique défailant (1). — On aperçoit ainsi comment, dans ce domaine, la libre recherche du jurisconsulte, procédant par les voies que j'ai indiquées précédemment (nos 155-169), voit s'ouvrir devant elle un champ d'action presque illimité, surtout si elle sait donner toute sa portée au principe de la bonne foi, qui, dans notre droit moderne, constitue comme le pivot moral du jeu des volontés autonomes (2).

Mais, c'est plutôt encore sur un point différent de la même théorie générale, que je voudrais attirer ici l'attention.

**172.** — En matière d'actes juridiques, ce n'est pas le tout de l'interprétation, de développer, dans ses conséquences, le

l'invaliderait, alors qu'il est possible de la maintenir. [Comp. ma note sous Cass. Ch. réun., 2 juillet 1903, *Pand. franç. pér.* 1903, 1, p. 497-504, surtout, III, p. 501-503.] — Voy. un exemple du procédé, que je réproûve, dans Amiens, 21 février 1893, *SIR.* 95, 2, 57 (passage inséré au *SIR.* p. 63, col. 1, et rapport de M. le Conseiller COTELLE à la Chambre des requêtes, sur cet arrêt. *SIR.* 95, 2, p. 64-67. *passim*). — Au contraire, la Cour suprême sait fort bien maintenir la validité des dispositions, arguées du vice de substitution prohibée, en les qualifiant *omni meliore modo*. Voy. note de Léon MICHEL, sous Civ. rej., 10 novembre 1896, *D. P.* 99, 1, p. 210 à 213. — Sur le principe, énoncé au texte, cpr. O. LENEL, *Parteiabsicht und Rechtsfolge*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XIX, 1881, p. 154 et sq.

(1) Voy. encore, un exemple, dans note de M. PLANIOL, sous Paris, 2 décembre 1897, *D. P.* 98, 2, 465, col. 1. *in medio*. — Adde A. VAVASSEUR, dans *Revue des Sociétés*, 1892, p. 1-3. — Comp. encore, sur le rapport, entre la volonté, qui inspire l'acte, et l'effet juridique de celui-ci : H. DERNBURG, *Pandekten*, § 91, *in fine*, t. I<sup>er</sup>, 1896, p. 216.

(2) Comp. LAKOMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1134, n° 5, t. I<sup>er</sup>, 1885, p. 380-382. — Sur la notion de *Treu und Glauben*, dans le nouveau Code civil allemand (§§ 157 et 242), voy. notamment R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, 1897, §§ 9-13, p. 36-54, et, là-dessus : HELLMANN, dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1899, t. XLI, p. 228-230, qui tente d'objectiver, dans le sens de l'*Idéal social*, cette notion, toute moderne, de bonne foi. — Adde ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 49, p. 422-426. — Rappr., des §§ 157 et 242 du nouveau Code civil allemand, les art. 1134-1135 de notre Code civil français et le § 858 du Code civil saxon de 1863. — En faveur d'un principe différent d'interprétation, dans les opérations, telles que les conventions de chemin de fer, passées par l'État, en qualité de puissance publique, voy. note de M. HAURIOU, sous 2 arr. Conseil d'État, 12 janvier 1895, *SIR.* 97, 3, 2 à 5. — Enfin, contre le principe des contrats *sui generis*, qui m'a paru découler de l'autonomie de la volonté sainement comprise (voy. ci-dessus, t. II, p. 153, texte et note 5), on verra encore, à propos du *contrat d'édition*, une note importante d'A. ESMEIN, sous Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, dans *SIR.* 99-2-217.

principe d'autonomie, qui féconde les volontés. Il faut encore, — c'est même là l'objet premier de la recherche nécessaire, — reconnaître les éléments constitutifs de ce principe, et, en quelque sorte, lui assigner ses lignes fondamentales. A quelles conditions la volonté fera-t-elle loi, imposera-t-elle son contenu ? — Ceci, à vrai dire, et bien qu'on s'y soit trompé parfois (1), ne se peut trancher par la seule considération de la volonté elle-même et des circonstances, qui en révèlent la portée. Ce serait faire pure pétition de principe, et confondre les effets avec leurs conditions mêmes. Celles-ci, évidemment, ne se peuvent déterminer, en dehors de toute analyse du contenu des volitions particulières, exprimées dans un cas donné, qu'en tenant compte des intérêts, tant sociaux qu'individuels, qui requièrent, outre une liberté et une conscience psychologiquement certaines, une manifestation et une fermeté de vouloir assurées, mais qui exigent, en même temps, que, moyennant ces éléments, le droit positif n'hésite pas à reconnaître un acte juridique pleinement obligatoire.

Si l'on consentait à s'inspirer de ces idées, en échappant aussi à l'obsession, pernicieuse, ici comme partout, des pures conceptions idéales, peut-être arriverait-on, à singulièrement assouplir notre théorie de la formation des contrats. — Et notamment, en des questions, pour lesquelles la loi n'offre, à vrai dire, aucun élément sérieux de solution, telles que la question des contrats entre absents (*non obstat* art. 932, al. 2 C. civ. franç.), ne s'accorderait-on pas bientôt, à compléter l'élément psychologique, que la doctrine a trop souvent pris pour base unique de ses discussions, par d'autres éléments, tirés d'une réalité plus large, que révèlent, au mieux, les besoins de la vie et les idées dominantes, pour s'abstenir de toute solution rigide, et, sans refuser les décisions de principe, savoir, du moins, les multiplier et les assouplir, dans la mesure nécessaire à la satisfaction de tous les intérêts. Il serait, je crois, assez facile de montrer, que telles sont déjà

(1) Cette confusion, souvent commise, pour le règlement des conflits de loi (par le principe de l'autonomie), a été nettement dénoncée par J. AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, dans *Journal du droit international privé*, de CLUNET, 1896, p. 472-474.

les tendances de la jurisprudence (1). Et, l'on ne peut qu'y applaudir, en souhaitant encore un mouvement plus accentué, quand on remarque, dans quelques-unes des dernières productions de la doctrine, une inclination manifeste à se décider par des raisons analogues (2).

N'en viendrait-on pas, aussi, à se montrer moins exigeant, sur la plénitude et la parfaite coïncidence des volontés, que notre théorie, trop rigide, proclame nécessaires à l'existence même du contrat. A vrai dire, nous sommes ici débordés par une pratique, qui, encore que nous la passions sous silence, proteste, sans résistance possible, contre nos déductions prétendues inéluctables. — Par exemple, tandis que notre doctrine n'hésite pas à affirmer que le contrat suppose un objet déterminé, ou pouvant l'être par les éléments mêmes de l'accord (3), ne voyons-nous pas, chaque jour, se former des contrats à la tâche, sans aucune détermination de prix ? Pourtant, qui oserait s'aviser, après avoir obtenu d'un ébéniste ou d'un serrurier le travail demandé, sans convention précise de salaire, ou après avoir reçu les soins d'un médecin, sans fixation d'honoraires, de décliner ensuite toute obligation contractuelle, sous prétexte, qu'à défaut de prix fixé ou rendu déterminable par l'accord des volontés, cet accord n'a pu former contrat obligatoire ? On sait, de reste, qu'en pareil cas, les juges n'hésitent jamais à compléter la volonté des parties. Pour expliquer ce résultat, je suppose bien qu'on alléguera une clause tacite, une fixation d'usage, devant être suppléée

(1) Voy. notamment : Req. rej., 1<sup>er</sup> septembre 1813, dans MERLIN, *Répertoire*, v<sup>o</sup> Vente, § I, art. III, n<sup>o</sup> XI. — Req. rej., 6 août 1867, SIR. 67-1-400. — Paris, 12 juin 1869, SIR. 69-2-287. — Req. rej., 28 février 1870, SIR. 70-1-296. — Orléans, 26 juin 1885, SIR. 86-2-30. — Bordeaux, 29 janvier 1892, D. P. 92-2-390. — Req. rej., 27 juin 1894, SIR. 98-1-434. [— Toulouse, 13 juin 1901, SIR. 02-2-174. — Nîmes, 4 mars 1908, SIR. 10-2-106. — Paris, 5 février 1910, *Le Droit*, du 30 avril 1910.]

(2) Voy. notamment : LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique des obligations*, sur l'art. 1101, n<sup>o</sup> 21, t. I<sup>er</sup>, 1885, p. 20-21. — A. GIRAULT, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, *passim*, notamment n<sup>os</sup> 65, 69, 94, 165, cpr. n<sup>o</sup> 54 ; p. 86, 92-95, 133-137, 254-255, cpr. p. 71-73. — J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, 1895, *passim*, notamment, n<sup>os</sup> 142-143, 149, 151-152, 187 ; p. 137-140, 146, 147-150, 179. [— C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 468-481.]

(3) C'est ainsi qu'on entend l'art. 1129 cbn. art. 1591-1592 C. civ. franç. — Voy. notamment : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 344, texte et note 6, t. IV<sup>e</sup>, p. 315. Cpr. p. 337-339 : [5<sup>e</sup> éd., t. IV, p. 535. Cpr. t. V, p. 15-18.] — DEMOLOMBE, t. XXIV, n<sup>os</sup> 313-315. — Des idées, moins absolues, règnent chez les juristes allemands modernes. Voy. notamment : v. BLUME, dans *Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1897-1898, t. XL, p. 46 et sq.

dans la convention d'après la bonne foi. Mais précisément, je demande, que l'on veuille reconnaître, ouvertement, cette influence de la bonne foi, inhérente à la formation même du contrat (1), persuadé que cet élément nouveau, introduit dans une théorie, jusqu'ici toute en logique, en adoucira heureusement les contours et en élargira les cadres.

Je ne doute pas davantage, que la même filière d'idées nous amenât à reconnaître, qu'une entente, imparfaite et incomplète, sur les points essentiels d'une opération agitée entre deux personnes, bien qu'en théorie pure elle ne doive établir aucun lien de droit, sera souvent traitée à l'égal d'un contrat véritable, et ne se verra pas refuser toute sanction juridique. Ici encore, quelques observations, toutes pratiques (2), nous offriraient des points d'appui précieux, pour un utile développement de notre science. Bien vite, nous nous demanderions, si, dans les faits, la coïncidence des volontés est jamais exacte. Et, le résultat de nos investigations pourrait bien être une vue, plus claire, de cette vérité, qu'assurément nous n'ignorons pas, mais que nous avons peine encore à embrasser tout entière, savoir que l'analyse de la formation du contrat, toute dominée qu'elle soit par la notion psychologique du consentement, doit traiter, en quelque sorte, cette notion, à travers le prisme de la vie sociale ; en d'autres termes, qu'il ne s'agit pas tant, pour le juriste, de savoir, à quelles conditions précises il y a rencontre de volontés métaphysiquement incontestable, que, plutôt, dans quelles circonstances générales le rapprochement des vouloirs paraît suffisant pour mériter leur consécration. Une fois placé sur ce terrain, il me paraît clair, que le problème ne se pourra résoudre, que par un examen minutieux de la nature des choses, déterminée, non plus seulement par la psychologie individuelle, bien plus encore, par la psychologie sociale, par les postulats moraux ou économiques, plus généralement même par toutes les suggestions de la civilisation, interprétée à l'aide de la science (3).

(1) Voy. ici A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 225, t. II<sup>e</sup>, 1879, p. 59-60. — Cpr. *ibid.*, p. 142, § 248, texte et note 43.

(2) Voy., par ex., la note d'E. CRAVEGRIN, sous Req. rej., 21 avril 1896, S. 97, 1, 481.

(3) Ainsi, nous donnerions satisfaction aux exigences du droit civil contemporain, dans le sens de l'objectivation des phénomènes de volonté. Cpr. SALEILLES,

**172 bis.** — Parvenus à ce point, j'imagine que nous saurons difficilement nous défendre d'aborder une question délicate, qui n'a été que récemment bien posée, pour la traiter par une méthode, plus libre de préjugés, plus fructueuse aussi, j'ose l'espérer, que celle employée jusqu'ici : L'autonomie de la volonté n'est-elle consacrée, comme génératrice de droits, dans notre organisation positive, que lorsqu'elle se traduit en un contrat proprement dit ? Ne se réalise-t-elle pas, avec plus de plénitude, par des actes entre vifs, issus d'une seule volonté ? Ou, pour employer une formule, à la fois plus vulgaire et plus nette, la simple promesse, expression de volonté unilatérale, ne peut-elle, en dehors de toute acceptation, être la source d'un engagement juridique (1) ?

Si, tout d'abord, nous n'examinons cette question, qu'au point de vue de nos sources formelles, actuellement en vigueur, il nous faudra bien convenir, je pense, que celles-ci ne nous apportent, pour sa solution, aucune clarté précise. — De coutume, nettement fixée, je ne crois pas qu'on puisse parler, en ce sujet, conçu sous sa forme générale, pour l'heure actuelle.

Quant à la législation écrite, il paraît bien difficile, d'y trouver une condamnation positive de tout effet juridique reconnu à la volonté unilatérale, en dehors même des dispositions testamentaires, puisque, sans parler de certains actes juridiques, — tels que, la reconnaissance d'enfant naturel, l'acceptation de succession, la renonciation à succession ou à communauté, les offres à fin de purge adressées par un tiers acquéreur aux créanciers hypothécaires inscrits (2), — actes auxquels leur essence même imposait le caractère unilatéral, — notre droit écrit en admet d'autres, tels que les renonciations à un droit réel (renonciation à usufruit, art. 622 C. civ. franç. ; — renon-

*Les Accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, n° 3, p. 4. [— Voy., d'ailleurs, sur la question traitée au texte : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, *passim*, notamment p. 1-4.]

(1) [Sur cette question, cons. Mlle A. GOLDBERG, *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale d'après le Code civil allemand*, thèse de doct. Droit. Nancy, 1912-1913. — Voy. aussi : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, t. I, 1911, p. 104, note 1 (n° 270) ; t. II, 1912, nos 831-834, p. 267. — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, Dalloz, 1915, p. 271 ; p. 287 ; p. 342.]

(2) Sur l'effet obligatoire de ces offres, voy. : BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *Des privilèges et hypothèques*, n° 2427, t. III, 1896, p. 622-624.

ciation à hypothèque, art. 2180-2<sup>o</sup> ; — renonciation à divers droits réels immobiliers art. 1-2<sup>o</sup> et 2-2<sup>o</sup>, loi du 23 mars 1855), — qui se ramènent, en définitive, à l'enrichissement d'une personne par la seule volonté d'une autre, et dont le législateur eût pu, sans conteste, subordonner l'effet à l'acceptation du bénéficiaire. — On dit, je le sais, qu'il y a là, aussi bien que dans l'occupation et en d'autres actes analogues, des exceptions au droit commun, voulu du législateur ; et l'on n'hésite pas, du moins, à considérer, comme formellement exclue par le Code Napoléon, la possibilité même de la création d'une obligation par l'œuvre d'une seule volonté, tendant directement à ce but, et prétendant se lier elle-même par sa promesse (1). Mais, si l'on recherche la raison d'être de cette opinion commune, ou l'explication de ce préjugé général, on en trouvera difficilement une autre que celle-ci, savoir qu'aucun texte de nos lois ne consacre la volonté unilatérale comme source de droit subjectif, et que ce silence suffit à l'exclure. — Plus précisément encore, le raisonnement implicite de nos auteurs semble s'établir à peu près ainsi : Le Code civil français énumère limitativement les sources d'obligation (C. civ., liv. III, tit. III et art. 1370). Or, son énumération ne contient pas l'acte de volonté unilatérale. Donc, cette cause d'engagement se trouve, par là même, écartée. J'ose dire que, si catégorique qu'elle paraisse, semblable argumentation est loin de me convaincre. Car, sans discuter le point de savoir, si la promesse unilatérale ne peut effectivement rentrer dans l'énumération, si générale et si vague, de l'art. 1370, je voudrais bien savoir, avant tout, sur quoi l'on base, dans notre droit moderne, cette assertion, que la loi énumère limitativement et exclusivement toutes les sources d'obligation. De telle sorte que, contestant à la fois la mineure et la majeure du syllogisme, qu'on m'oppose, j'éprouve grand doute à en accepter la conclusion. — Et, vainement voudrait-on relever ou fortifier celle-ci, en ajoutant que la théorie du Code, sur la formation du contrat par le

(1) Voy. notamment : LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1101, n<sup>o</sup> 9, t. I<sup>er</sup>, 1885, p. 6-7. — AUBRY et RAU, § 343, 2<sup>o</sup>, t. IV<sup>er</sup>, p. 291-293 ; [5<sup>e</sup> éd., t. IV, p. 479-483.] — DEMOLOMBE, t. XXIV, n<sup>os</sup> 45 et 63.

consentement (art. 1108 et sq.), exclut nécessairement l'idée, que la simple pollicitation puisse, avant acceptation, engager celui dont elle émane. En admettant que telle ait été la pensée du législateur, à l'endroit d'une offre de contrat, dans des conditions normales (1), il n'en résulterait qu'une seule chose, c'est qu'il a présumé, non sans raison d'ailleurs, cette offre normalement précaire ; on ne saurait légitimement en conclure, ni que cette fragilité soit essentielle à l'offre, de par sa nature, encore moins que toute déclaration de vouloir s'obliger, dans quelques conditions qu'elle se présente, soit, en tant que pure promesse, inopérante, inefficace. — En somme, du point de vue strictement légal, si l'on veut, suivant les règles d'une saine interprétation de la loi (voy. ci-dessus, nos 98 et sq.), ne pas dépasser ici la pensée ni la volonté du législateur, on doit dire, ce semble, que, n'ayant pas aperçu la question par nous posée, il n'a pu vouloir la résoudre ; qu'à tout le moins, et en admettant qu'il doive être supposé l'avoir tranchée négativement, dans l'intime de sa pensée et par une sorte de subconscience, sous l'inspiration d'une tradition historique, d'ailleurs bien vague, ce sentiment inexprimé et secret ne peut, comme tel, s'imposer à l'interprète (voy. ci-dessus, nos 58 et 106). — Finalement donc, la loi, aussi bien que la coutume, étant muettes, nous devons résoudre la difficulté par voie de libre recherche scientifique.

Ce terrain une fois assigné à notre investigation, faut-il, sans hésiter, résoudre affirmativement la question proposée, comme l'ont fait de hardis novateurs, soit en invoquant l'indépendance illimitée du vouloir humain, la souveraineté de la volonté individuelle (2), soit plutôt, ou, en même temps, en

(1) Aussi admet-on, généralement, que, dans certaines conditions spéciales, l'offre lie, par elle-même, le promettant. AUBRY ET RAU, § 343, note 12, t. IV<sup>a</sup>, p. 292 ; [5<sup>e</sup> édit., p. 482.] — (Contra LAROMBIÈRE, sur l'art. 1101, n° 14, t. I<sup>er</sup>, 1885, p. 12-13). — Il est vrai, qu'on prétend expliquer cela par l'idée d'un contrat tacite. DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 65. — Mais l'explication est manifestement insuffisante. Voy. R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse de doctorat. Droit, Paris, 1890-1891, p. 176.

(2) H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, 1873, *passim*, notamment, Vorwort, et p. 20-21. Adde p. 42-43. — Cpr. : R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, 1891, *passim*, notamment p. 6, p. 89-91, p. 197-200. — R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 1890, nos 141-142, p. 142-144 ; [2<sup>e</sup> éd., 1901, p. 147-149.] — COLMET DE SANTERRE, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1892, 2<sup>o</sup> t. 138, p. 143-144.



insistant sur les nécessités sociales, en faisant sentir, notamment, que les nouveaux rapports, créés par la civilisation contemporaine, requièrent énergiquement la faculté, pour chacun, de profiter, à son gré, des engagements, auxquels s'est astreinte la libre volonté d'un promettant (1). — Ce serait, à mon avis, dépasser le but et exposer l'idée nouvelle à un échec sans remède. Tout ce qu'on peut, je crois, affirmer ici de général, c'est que rien, *a priori*, dans notre ordre juridique positif, ne fait obstacle à la reconnaissance de l'engagement par promesse unilatérale, que, même, cette reconnaissance se présente, *prima facie*, comme une conséquence, fort naturelle en soi, de l'autonomie de la volonté, telle que la recommande l'organisation sociale moderne (voy. ci-dessus, t. II, p. 151-152). Pourtant aussi, rien n'impose, absolument, de sanctionner tout engagement de ce genre. Dès lors, et puisqu'il s'agira, en réalité, de savoir, dans quels cas et à quelles conditions, la volonté unilatérale devra être érigée en source positive d'obligation juridique, la réponse ne se pourra dégager, que d'un examen attentif des dangers et des avantages, que présente semblable engagement. — Or, tout d'abord, nous sentons assez, qu'une volonté unilatérale ne doit être tenue pour juridiquement liée qu'autant qu'elle a, sérieusement et fermement, été dirigée vers une obligation effective. Mais, dans bien des cas, et en l'absence surtout de prescriptions de forme, que la loi ou la coutume pourraient seules organiser, il sera fort difficile, et non sans péril, de tenir, pour suffisamment sérieuse et ferme, toute expression de volonté, tendant à une obligation du promettant (2). Il conviendra, donc, de se montrer exigeant sur la nature de la déclaration nécessaire, et d'en mesurer l'effet à son assiette psychologique. D'autre part, même en présence d'une volonté paraissant incontestable, et pour en évaluer la puissance juridique, il faudra se demander, s'il existe un intérêt social véritable, à la tenir pour obligatoire en elle-même, et avant que l'adhésion de celui, à qui elle doit profiter, soit venue s'y

(1) G. TARDE, *Les transformations du droit*, 1893, p. 121-123 ; et, dans *Revue de Paris*, n° du 1<sup>er</sup> août 1898, p. 629-630.

(2) Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, § 45, p. 56 ; § 48, p. 59. — Cpr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 248, texte et notes 40-42 ; t. II<sup>e</sup>, 1879, p. 142 ; cpr. p. 141.

ajouter, pour la fixer en un contrat proprement dit. Ceci s'établira par un examen des avantages moraux, politiques, économiques, sociaux enfin, de semblables promesses. — Et, de ce point de vue, on se trouvera amené à déclarer obligatoires, non pas toutes promesses unilatérales, mais celles-là seulement, qui paraîtront indispensables, pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie, lorsque, d'ailleurs, elles ne sont pas de nature à engendrer une incertitude de propriété par trop nuisible au crédit (1) ; telles seraient, sans doute, les promesses de récompense, les souscriptions en vue d'un travail d'intérêt général, les offres préparatoires à un contrat, quand elles se présentent avec une fermeté suffisante, peut-être même, à condition de sauvegarder les exigences de notre droit public (*adde* : art. 910 et 937 C. civ. franç.), les fondations d'œuvres nouvelles et indépendantes.

En reconnaissant courageusement, comme obligatoires par eux-mêmes, de semblables engagements, notre doctrine ne ferait que seconder et appuyer des tendances, nettement accusées dans la jurisprudence. — Jurisprudence civile, qui, si elle n'a parfois attribué des récompenses promises, pour un cas de trouvaille par exemple, que sur le fondement d'un contrat tacite entre le promettant et l'inventeur (2), n'a pas hésité, en d'autres espèces, à reconnaître un droit, directement issu d'une promesse (3) ; qui, en tout cas, consacre nettement aujourd'hui le caractère obligatoire des offres individuelles, à fin de contrat, durant le délai d'usage (4) ; qui, de plus, en reconnaissant les créances au porteur, sans les ratta-

(1) Cpr. Ed. LAMBERT, *op. cit.*, § 50, p. 63 ; § 347, p. 387. — Je ferai observer, en passant, que cet inconvénient, le seul vraiment sérieux, que l'on reproche aux promesses unilatérales, directement génératrices de droit, savoir l'instabilité de la propriété et l'incertitude dans la consistance du patrimoine de leur auteur (voy. Ed. LAMBERT, *loc. cit.*), se présente, à peu près de même, à la suite d'une stipulation pour autrui, valable en vertu de l'art. 1121 C. civ. franç., jusqu'à l'acceptation ou la renonciation du tiers bénéficiaire.

(2) Trib. civ. de Turin, 3 août 1810, Léone, *SIR.* chron.

(3) Voy., par ex. : Montpellier, 30 janvier 1893, *SIR.* 94, 2, 84. — *Adde*, pour un concours ouvert par le *Petit Journal*, solution implicite de Trib. comm. Seine, 15 octobre 1898, publié dans *La Loi*, des 27-28 novembre 1898.

(4) Req. rej., 28 février 1870, *SIR.* 70, 1, 296. — Req. rej., 27 juin 1894, *SIR.* 98, 1, 434.

cher au contrat d'où elles sont issues (1), en admettant même une affectation hypothécaire à l'appui d'obligations sans titulaire déterminé (2), en étendant enfin les applications de la stipulation pour autrui hors du cas d'un contrat nettement apparent (3), a amplement témoigné de son désir d'excéder l'horizon trop étroit du Code civil, et d'admettre, à côté de ses catégories traditionnelles, des cas d'engagement volontaire, en dehors de tout contrat caractérisé. — Jurisprudence administrative aussi, qui, sans introduire ici toutes les exigences du contrat civil, tient, plus facilement, pour obligatoires, les souscriptions en vue d'œuvres de bienfaisance ou d'utilité publique (4); qui, même, en admettant des legs en faveur d'œuvres non reconnues, sous la condition de leur reconnaissance, semble permettre, sous couleur de donations dans les mêmes termes, de véritables fondations par volonté unilatérale (5).

Et si, maintenant, élargissant le domaine de notre épreuve expérimentale, nous nous avisons d'apprécier le même problème, à la lumière de l'histoire et de la législation comparée, ne trouverions-nous pas une confirmation décisive des résultats du raisonnement et de l'observation actuelle, quand nous verrions le droit romain lui-même, rebelle en principe

(1) Civ. cass., 9 novembre 1896, *SIR.* 97, 1, 161, et la note d'A. TISSIER. — Cpr. note, sous Cass. Turin, rej., 16 juillet 1897 et Cass. Rome, rej., 1<sup>er</sup> février 1898, dans *SIR.* 99-4-13.

(2) Comp. Aix, 8 avril 1878, *SIR.* 79, 2, 313, et la note de J. E. LABBÉ, *in fine*. — Paris, 15 mai 1878, sous Civ. cass., 29 juin 1881, *SIR.* 83, 1, 218. — Civ. cass., 20 octobre 1897, *SIR.* 97, 1, 489, et la note. — Adde VIGIÉ, *Examen doctrinal*, dans *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1899, nouv. série, t. XXVIII, p. 14-20. Et voy. le résultat extrême de cette solution, *ibid.*, p. 19.

(3) Voy. ma note, § II, sous Nancy, 7 décembre 1895, dans *Pand. franç. périod.*, 1898, 2, p. 244, col. 2 à p. 246. — Et, sur les droits du bénéficiaire d'une charge apposée à un legs : Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, §§ 326 et sq., p. 358 et sq. — Pour l'explication, de l'effet reconnu à la stipulation pour autrui, par l'idée d'engagement résultant de volonté unilatérale, voy. Edm. CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*, thèse de doct. Droit, Paris, 1892-1893, p. 108-111.

(4) Comp. M. BLOCK, *Dictionnaire de l'Administration française*, v<sup>o</sup> Souscription, n<sup>os</sup> 1-2. — Contra, pour les offres de concours, en matière de travaux publics : A. CHRISTOPHE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, 2<sup>e</sup> édit. AUGER, t. II, 1890, n<sup>os</sup> 1909, 1912-1913, 1915, p. 168-171. Mais, voy. n<sup>o</sup> 1919, p. 172-173.

(5) Voy. Th. TISSIER, dans *Répertoire du droit administratif*, v<sup>o</sup> Dons et Legs, n<sup>os</sup> 85-86, t. XII, 1895, p. 91-94. — Cpr. Ed. LAMBERT, *op. cit.*, §§ 331-346, p. 368-386. — En sens contraire, voy. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *Des fondations*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-1895, p. 103-111.

à l'érection de la volonté unilatérale en source générale d'obligation (1), reconnaître pourtant, dans un intérêt religieux, public (2), parfois même, peut-être, de pratique purement privée (3), des engagements de ce genre, civilement obligatoires ; — quand d'autres organisations juridiques nous en présenteraient d'autres applications, en harmonie avec les besoins de leur temps et de leur milieu (4) ; — quand, enfin, la dernière et la plus étudiée des législations civiles modernes, le Code civil allemand de 1896, nous fournirait comme le type d'un système positif actuel, tout prêt à nous servir de modèle (5). — N'y aurait-il pas, dans tout cela, la preuve, issue des faits eux-mêmes, qu'aucune conception de logique absolue ne commande de repousser *a priori* le principe de la création de droits par simple volonté unilatérale, qu'en revanche les nécessités de la vie juridique en requièrent, non pas la consécration aveugle et générale, mais la réalisation effective par quelques applications judicieusement choisies et adroitement réglées. De telle sorte, qu'à défaut de toute reconnaissance comme de toute prohibition légales, notre libre investigation doit légitimement s'exercer dans le sens de la recherche et de l'appréciation, — sur données scientifiques, éclairées, dans la mesure possible, par la statistique et par tous autres moyens de l'expérience sociale, — des considérations d'ordre moral, politique, économique, qui, dans notre civilisation française actuelle, recommandent, pour des cas et dans des conditions que la technique juridique n'aurait plus qu'à préciser, cette utile consécration positive de l'autonomie de la volonté dans les rapports privés (6).

(1) PAUL, *Sent.*, lib. V, tit. XII, § 9 : « *Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur...* »

(2) ULPPIEN, fr. 1 et fr. 2, D., *De pollicitationibus*, 50, 12.

(3) Comp. R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, 1891, p. 32-40. — *Adde* p. 27-32.

(4) Comp. H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, 1873, p. 22-45. Cpr. p. 2-4. — A. WAHL, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 1891, t. I, p. 39-40.

(5) *Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich*, 1896, § 305 cdu. §§ 81-82 ; 657-661 ; 793. Cpr. §§ 145 et sq., § 328.

(6) D'une façon analogue, on arriverait sans doute, — et notre jurisprudence y tend de plus en plus, — à assouplir le mécanisme de la stipulation pour autrui, en voyant, dans les art. 1121 et 1165 C. civ. franç., des textes, inspirés d'une pensée toute libérale, qui ont permis, sans l'imposer, en même temps qu'ils le

**173.** — Finalement donc, ce problème, du rôle et des limites à assigner à l'autonomie de la volonté, dans la création des droits individuels, se montre dominé par un principe général de solution, qui, aussi bien, se manifeste, d'une façon constante, pour toutes les questions juridiques, que leur nature fait échapper à l'action directe des volontés privées, ou que celles-ci ont effectivement abandonnées à une réglementation indépendante (1). — Ce principe, qu'on peut appeler principe de *l'équilibre des intérêts en présence*, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume, toutes les fois, qu'à défaut d'un règlement privé, légitime et suffisant, il s'agit de statuer, d'autorité, les règles de conduite, constituant l'organisation juridique positive (2). L'objet de celle-ci, en effet, n'est pas autre, que de donner la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général, d'obtenir ce résultat, consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable (3).

Que le législateur ne procède pas autrement, quand il fixe les préceptes, suppléant aux dispositions particulières, ou les

présumaient, l'établissement d'un droit direct, immédiatement conféré au bénéficiaire. — Ce système est de nature à donner des résultats bien préférables, à ceux que commande la conception du droit direct, si on la considère comme répondant, *seule et nécessairement*, à la pensée du législateur. Voy. Ed. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, nos 56-105, p. 70-115.

(1) [Comp. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 45.]

(2) [Com. H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität*. Beitrag zur Staatslehre, Groningen, 1906, p. 156-158, où l'on lit notamment ceci : « De même que chacun, dans les buts qu'il poursuit, tient compte d'une comparaison et d'une hiérarchie entre ses besoins, de même la Communauté de droit apprécie les intérêts en présence ». — Adde, *ibid.*, p. 152-156, p. 158-160.]

(3) Le but du droit, dit DEMOLOMBE, t. I, n<sup>o</sup> 14 : « c'est le gouvernement de la société; c'est le meilleur et le plus exact règlement possible de tous les intérêts; c'est le bon ordre, c'est la justice ! » — Cpr. MERKEL, *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, Straszburg, Trübner, 1895. [— E. R. BIERLING, *Jaristische Prinzipienlehre*, t. IV, Tübingen, 1911, p. 426-427 (§ 57, n<sup>o</sup> 11), envisage la considération des intérêts comme un moyen d'analogie.]

dominant, c'est ce qu'on aperçoit, surtout, si l'on analyse, par le menu, certaines dispositions légales de détail, dans lesquelles apparaît plus nettement le choc des intérêts en conflit ; je cite, au hasard de ma mémoire, comme des dispositions particulièrement probantes, à cet égard, les art. 549, 555, 1116, 1238, 1240, 1299, 1377 al. 2, 1384, 2037, 2131, 2265, 2279-2280 C. civ. franç. ; 216 C. com. franç. (1) ; — sans parler des théories traditionnelles, que nos lois modernes ont consacrées sous une forme elliptique, comme la théorie de l'action paulienne, avec les conditions que requiert son succès, suivant la nature de l'acte attaqué (acte à titre gratuit ou à titre onéreux), la bonne ou la mauvaise foi de celui contre qui on l'exerce (art. 1167 C. civ. — art. 446-447 C. com.). — Mais, indépendamment de ces applications toutes particulières, il serait bien facile, de montrer, que la même direction se retrouve dans la plupart de nos théories légales de droit privé, même en celles que l'on a prétendu expliquer par des idées purement logiques ; telles, la théorie de l'accession (art. 551-577 C. civ.), ou celle de la compensation légale (art. 1289-1298 C. civ.), dans lesquelles, en réalité, la logique n'intervient qu'à titre de complément, et, pour ainsi dire, de mise en œuvre technique de l'équité, appréciée au point de vue de l'équilibre des intérêts, dont la considération reste essentiellement prédominante (2).

Or, ce que fait la loi écrite, pour les cas, qui ont paru mériter un règlement précis, la libre recherche scientifique ne doit pas moins le faire, dans les questions réservées à son domaine (3). — Notre jurisprudence ne l'a pas méconnu, quand, au grand scandale de certains auteurs, elle a cherché

(1) Sur une application extensive de ce dernier texte, voy. Civ. rej., 23 juin 1896, SIR. 98, 1, 209, et note de Ch. LYON-CAEN.

(2) D'autres législations ont établi, à titre de direction pour le juge, des applications, très générales, de ce principe de l'équilibre des intérêts. Voy. notamment : *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de 1794. Einleitung, §§ 95-97. — Code civil portugais, du 1<sup>er</sup> juillet 1867, art. 14-15. Cf. art. 16.

(3) On n'a jamais hésité à admettre, même en l'absence de texte légal (*non obstat* art. 922 ; voy. au contraire l'art. 1017 C. civ. franç.), que les créanciers du défunt passent, sur ses biens, avant les légataires. Or, il est facile de se rendre compte, que ce principe, reconnu de tous : *Nemo liberalis nisi liberatus*, se justifie simplement par la comparaison de la situation respective des légataires (*qui certant de lucro captando*) et des créanciers (*qui certant de damno vitando*). Cpr. H. DERNBURG, *Pandekten*, § 42, t. I, 1884, p. 92.

à maintenir, au profit des tiers, du moins dans les conditions les plus favorables, les actes de l'héritier apparent sur les biens dépendant d'un patrimoine qui lui échappe (1) ; où, quand elle a organisé, de toutes pièces, un système de présomptions complémentaires de la prescription acquisitive, en vue de faciliter ou de permettre la preuve de la propriété immobilière (2) ; de même, quand elle a maintenu force et vigueur à l'ancien adage : *Quæ temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* (3). — N'est-ce pas de la même façon, aussi, que la pratique a su heureusement régler certains conflits, particulièrement délicats, tels que celui résultant du concours, sur les mêmes biens, d'hypothèques spéciales avec hypothèques générales de rang antérieur (4) ? — Et, ce n'est guère, par d'autres considérations, que, dans le silence ou l'obscurité des textes, notre doctrine se prononce sur le choix à faire, entre la caution et le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette garantie, pour l'exercice du droit réciproque de subrogation consacré à leur profit par l'art. 1251-3<sup>o</sup> C. civ. (5). — N'est-ce pas ainsi, encore, que l'on peut équitablement mettre en œuvre, en tenant compte de tous les intérêts en présence, des maximes juridiques, susceptibles d'application aussi nuancée, que le secret des lettres confidentielles (6), la propriété des lettres missives (7), ou le droit au nom patrony-

(1) Voy., pour les témoignages de cette jurisprudence : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des successions*, nos 936-956, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 692-705.

(2) Voy. les références, sur ce point, dans note d'A. WAHL, sous Req. rej., 15 novembre 1897, SIR. 98, 1, 337.

(3) Voy. notamment : Civ. rej., 7 janvier 1868, SIR. 68, 1, 150. — Req. rej., 21 juin 1880, SIR. 81, 1, 297. — Agen, 7 juillet 1886, SIR. 86, 2, 189. — Cons. V. GISCARD, *Étude sur l'origine de la maxime : Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum et son application actuelle*, thèse de doct., Paris, 1888.

(4) Voy. notamment Civ. rej., 26 décembre 1853, SIR. 54, 1, 86. — Sur cette question, cons. : P. PONT, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques*, nos 336-345, t. I, 1878, p. 358-371. — A. WAHL, dans *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, 1892, t. IV, p. 541-572. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *Des privilèges et hypothèques*, nos 1957-1979, t. III, 1896, p. 227-252.

(5) Voy. notamment : COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. V, n<sup>o</sup> 197 bis, x-xi.

(6) Cons. note de G. APPERT, sous : Haute-Cour de justice d'Angleterre, 27 novembre 1897, SIR. 99, 4, 9. [— Adde Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Sirey, 1911, chap. III-IV, nos 53-89, t. I, p. 146-233.]

(7) Cons. Trib. Seine, 11 mars 1897, *La Loi*, du 13 mars 1897 (Lettres de George Sand). [— Adde Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Sirey, 1911, chap. V, nos 90-130, t. I, p. 235-331.]

mique(1)? — A vrai dire, notre doctrine, la plus récente, hésite, de moins en moins, à accepter de pareils procédés d'interprétation, alors même que leur résultat paraît choquer des principes consacrés par le droit positif, lorsque, du moins, ces principes laissent place, dans l'application, à des atténuations basées sur une évidente équité (2). Parfois même, on a pu aller trop loin dans cette voie, et oublier les limites nécessaires, que comporte la création juridique par voie de libre recherche (voy. ci-dessus, n° 169 *in fine*, t. II, p. 147-148), notamment, quand on a prétendu reconnaître ainsi de véritables privilèges, sans l'appui d'un texte formel (3).

Mais, à condition de se garer de ces excès, que, d'ailleurs, ses tendances traditionnelles rendent, pour l'heure, fort peu à redouter, notre interprétation scientifique ne saurait mieux faire, dans le silence des sources formelles, que de s'orienter très franchement de ce côté : chercher à résoudre les questions juridiques, qui se ramènent toutes à des conflits d'intérêts, par une exacte appréciation et une judicieuse comparaison des intérêts en présence, en visant à les équilibrer conformément aux fins sociales (4). — C'est de cette façon, par

(1) CONS. note de J. E. LABBÉ, sous Trib. Seine, 15 février et 30 mars 1882, SIR. 84, 2, 21. — Req. rej., 10 novembre 1897, SIR. 99-1-337, et note G. APPERT. — Cpr. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 83, I, 1, *in fine*, t. I, 1895, p. 720-723. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, 1911, n° 375-418, p. 145-156.

(2) Voy., par exemple, encore : PERCEROU, *Des abus de la raison sociale*, dans *Annales de droit commercial*, 1898, t. XII, p. 137 et p. 146. — Et, sur la preuve par lettres missives : A. GIRAULT, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, p. 208-211. — J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, 1895, p. 251-257. [— FR. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Sirey, 1911, chapitre VII, n° 157-186, t. II, p. 2-107]. — Adde encore : ma note, sous Civ. cass., 11 mars 1896, *Pand. franç. pér.*, 96, 1, 337 à 342.

(3) Voy., par ex. : LABBÉ, *Des privilèges spéciaux sur les créances*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1876, nouvelle série, t. V, p. 571-590 et p. 665-694.

(4) [On en trouverait encore une application intéressante, chez S. SCHLOSSMANN, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem B. G. B. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung*, 1903, qui, — cherchant à édifier une théorie générale de l'erreur, basée sur la loi, et, en désespoir de cause, livrée à la libre appréciation du juge, suivant ses idées méthodologiques (p. 1-43), — résume ses conclusions (p. 90-92) dans la formule suivante : Celui, qui se trouve dans l'erreur sans sa faute, lors de la conclusion d'un contrat, et qui souffrirait un dommage notable dans ses intérêts du fait du maintien du contrat, peut attaquer celui-ci par voie d'annulation, en tant que de cette annulation ne résulterait pas, pour l'autre partie, un dommage tout à fait disproportionné à la lésion, que le maintien fait subir à la partie induite en erreur.]



exemple, qu'on pourrait sans doute judicieusement résoudre un problème juridique capital, susceptible de se présenter sous diverses formes en tout litige, dont R. von JHERING a maintes fois mis en relief l'importance essentielle (1), et sur lequel notre législation écrite reste d'une indigence presque absolue, le problème consistant à savoir, à qui incombe la preuve de faits douteux ou contestés, dans les divers rapports de droit (2).

C'est par le même procédé, encore, que l'on arriverait, je crois, à préciser une théorie, à peine ébauchée par notre jurisprudence, en caractérisant ce que l'on peut appeler l'*abus du droit*, susceptible d'engager la responsabilité du titulaire. — Malgré les formules absolues du droit romain, arrivées jusqu'à nous, notre conscience juridique moderne répugne, de plus en plus, à admettre, que l'exercice des droits puisse être illimité (3). Cette tendance s'est traduite, notamment, dans une jurisprudence, aujourd'hui fortement assise, qui refuse d'appliquer la maxime traditionnelle *Neminem lædit qui suo jure utitur*, dans tous les cas, où elle reconnaît un véritable abus du droit. Depuis longtemps constituée, en vue de limiter certains usages excessifs de la propriété foncière, et de compléter, en quelque façon, le système légal des relations de

(1) Notamment, dans *Fondement des interdits possessoires (Der Grund des Besitzschutzes)*, § VI, p. 45-48 de l'édition française, 1882. — *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885, p. 49-54, p. 63-69. — *Du rôle de la volonté dans la possession (Der Besitzwille)*, § XVI, p. 124-170 de l'édition française, 1891. — *Geist des römischen Rechts*, III, 1 (4 A., 1888), § 52, texte et note 42 b, p. 54-55 et p. 78; 3<sup>e</sup> éd. franç. de MEULENAERE, t. IV, 1888, § 62, texte et note 52, p. 52 et p. 75.

(2) Pour l'esquisse d'une théorie générale, voy., notamment, F. REGELSEBERGER, *Pandekten*, § 195, t. I, 1893, p. 693-698. — Et, sur la charge de la preuve, dans le cas particulier de l'art. 2037 C. civ. franç., voy. note de Ch. LYON-CAEN, sous Req. rej., 2 décembre 1895, SIR. 96, 1, 65. — Sur la charge de la preuve, dans le Code civil allemand de 1896, voy. G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 43-47. — Voy. aussi : A. STÖLZEL, *Schulung für die civilistische Praxis*, t. I, 1898, t. II, 1897, *passim*, et v. KNIERIEM, *Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises*, 1896.

(3) Comp., sur la conception germanique, d'après laquelle tout droit implique un devoir, et contient, en lui-même, une limite morale : O. GIERKE, *Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht*, 1889, p. 183. — *Deutsches Privatrecht*, § 36, I, t. I, 1895, p. 319-320. [— Comp. Z. M. PERITSCH (de Belgrade) (*Die gegenwärtige Richtung der privatrechtlichen Studien in Frankreich und Deutschland*), dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1906, t. II, p. 376-378, qui indique la théorie de l'abus du droit, comme un exemple de réaction des idées sociales et économiques sur le droit : le droit *subjectif* tend à devenir un *devoir*.] — Voy. aussi : E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § CXIII, p. 241-242.

voisinage (1); cette jurisprudence s'est particulièrement développée, en ces derniers temps, par rapport à diverses manifestations de la liberté individuelle, qui ont paru devoir être réprimées civilement, comme entamant les droits d'autrui (2). — On sent, toutefois, que la grosse difficulté de cette théorie, peu contestable en soi, consiste à caractériser nettement l'*abus du droit*, qui, excédant son légitime exercice, donne seul naissance à la responsabilité dont il s'agit. Peut-on spécifier cet abus, d'un point de vue moral et psychologique à la fois, en le distinguant par une intention de nuire à autrui, qui accompagnerait l'exercice apparent d'un droit (3). Ce ne serait guère, que revenir à l'idée, tant décriée, qui bannit les actes d'*émulation* et à la maxime, si difficilement applicable : *Mali-tiis non est indulgendum* (4). Je suis, quant à moi, plutôt porté

(1) Voy. notamment : AUBRY et RAU, § 194, t. II<sup>e</sup>, 1897, p. 302-309. — DEMOLOMBE, t. XII, nos 646-663. — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, 2<sup>e</sup> éd., 1899, nos 215-225, p. 159-169. — Note de Ch. BLONDEL, sous Civ. cass., 11 novembre 1896, SIR. 97, 1, 273. — Cpr. R. von JHERING, dans *Jahrbucher für die Dogmatik*, 1862, t. VI, p. 81-130; traduit sous ce titre : *Des Restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, et inséré dans *Œuvres choisies*, éd. de MEULENAERE, 1893, t. II, p. 101-144. — Conclusions de M. le Procureur général MESDACH de ter KIELE, sous Cass. belg. rej., 11 juillet 1895, SIR. 96, 4, 31. [— G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*; thèse de doctorat, Droit, Aix, 1901-1902.] — Contra : C. BUFFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. 807-809.

(2) Voy. notamment : Civ. cass., 22 juin 1892, SIR. 93, 1, 41, et les notes. — Lyon, 15 mai 1895, SIR. 96, 2, 30. — Paris, 31 mars 1896, SIR. 96, 2, 98. — Civ. cass., 9 juin 1896, avec concl. de M. l'Avocat général DESJARDINS, SIR. 97, 1, 25, et la note. — Lyon, 10 juillet 1896, SIR. 97, 2, 76. — Paris, 19 février 1897, *in fine*, SIR. 99, 2, 185. — Req. rej., 6 avril 1897, SIR. 98, 1, 9. — Req. rej., 29 juin 1897, SIR. 98, 1, 17, et la note d'A. ESMEIN. — 2 arrêts Nîmes, 2 février 1898, SIR. 98, 2, 126. — Civ. cass., 19 juin 1897, Req. rej., 28 juillet 1897, Civ. cass., 2 mars 1898, SIR. 99, 1, 32. — Cpr. 2 Civ. cass., 20 mars 1895, avec conclusions de M. l'Avocat général RAU, SIR. 95, 1, 313. — Req. rej., 16 juin 1896, SIR. 97, 1, 317. — Civ. rej., 25 janvier 1899 et Civ. cass., 15 février 1899, SIR. 99, 1, 313. — Civ. rej., 7 juin 1899, SIR. 99, 1, 316. — Riom, 7 février 1900, *La Loi* du 21 mars 1900. — Adde : J. CHARMONT, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1898, nouv. sér., t. XXVII, p. 137-145. — Notes d'Edm. MEYNIAL, sous Trib. fédéral suisse, 2 février 1895, SIR. 97, 4, 9 et sous Crim. rej., 29 avril 1897, SIR. 98, 1, 473. — Cpr. Bordeaux, 24 janvier 1899, SIR. 99, 2, 156. — DUFFAU-LAGAROSSE (*Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée d'après la loi du 27 décembre 1890*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, t. XLVIII (N. S. t. 28), p. 484-489, p. 497, p. 503-504.

(3) Cpr. CHARMONT, dans *Rev. crit. de légis.*, 1898, p. 139, p. 141, p. 143-144. — DEMOLOMBE, t. XI, n° 66; t. XII, nos 648-650; t. XXXI, n° 669.

(4) Comp. WÄCHTER, *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 32, note 8, p. 194-195. — Voy., en sens contraire : ANCONA, *Degli atti ad emulazione nel esercizio del diritto di proprietà*, dans *Archivio giuridico*, 1894, t. LII, p. 292-348. — Cpr. H. DERNBURG, *Pandekten*, § 41.

à croire, que l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient (1). — Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, il me suffit d'observer ici, que cette question capitale de l'abus du droit, sur laquelle notre législation écrite garde un silence presque complet (2), exige de l'interprète, pour être judicieusement résolue, une mise en balance de considérations morales, politiques, sociales ou économiques, qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence (3).

**174.** — Pour dire ici toute ma pensée, je suis convaincu, que le progrès juridique s'opèrera, plus large et plus sûr, par une méthode d'investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir, au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature objective des choses, et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts, — que par le faux-fuyant d'une interprétation forcée des textes légaux, dont le tort n'est pas seulement de méconnaître la nature de la loi écrite et les règles propres à sa mise en valeur (voy. ci-dessus nos 95-107), qui, de plus, ne peut que fausser les idées et conduire à des conclusions incomplètes (voy. déjà n° 33, *in fine*,

(1) Voy., en ce sens, ma note, sous Civ. cass., 11 mars 1896, dans *Pand. franç. périod.*, 1896, 1, p. 341, col. 1; [et comp. Fr. GENY (*Risques et responsabilité*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, t. I, p. 837-844, p. 849.] — Adde SALEILLES, dans *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1895, t. V, p. 3. — Je crois apercevoir l'idée, indiquée au texte, dans la nouvelle rédaction donnée à l'art. 642 C. civ. franç., par la loi du 8 avril 1898, art. 1 : « Celui qui a une source dans « son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les « besoins de son héritage. » — Cpr. encore WÄCHTER : *Württemb. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 195-196.

(2) Voy., au contraire, le § 226 du Code civil allemand de 1896; et, sur ce texte : F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium B. G.*, § 85, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 357-361.

(3) [Comp. J. CHARMONT, *L'abus du droit*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 113-125. — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 1915, p. 371-376. — Mais voy. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. II, 1912, nos 871-872 bis, p. 280-285. — Adde R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 97-98 (§ 5) et p. 107 (§ 8). — Dans un sens assez différent, Ch. JAUBERT (*L'article 1382 du Code civil et la justice d'équité*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, t. 55, nouv. série, t. XXXV, p. 562-576, critique la théorie doctrinale et jurisprudentielle de l'abus du droit; il désire, sans y compter, qu'elle soit remplacée par des dispositions légales, limitant positivement et nettement les droits.]

t. I, p. 66-67). — Qu'il me soit permis de m'en expliquer d'un mot, en choisissant, comme exemple, une autre extension de notre conception traditionnelle de la responsabilité civile. J'entends viser, surtout, la théorie, dite de la responsabilité objective, suscitée, en ces derniers temps, par le louable désir d'obtenir réparation équitable de certains accidents, dont la cause reste ignorée, ou, du moins, ne manifeste aucune faute nettement caractérisée. On sait que, malgré les lois, du 9 avril 1898, et du 30 juin 1899, le débat conserve son intérêt, pour tous les cas de ce genre, ne rentrant pas dans le domaine de ces lois, ou de celles qui les ont complétées.

Passant en revue, et analysant, avec une sûreté et une finesse remarquables, les diverses théories, proposées en ce sens, jusqu'à celle qu'il fait sienne, L. JOSSERAND (1) n'a pas eu de peine à nous montrer, que, soit qu'elles aient visé à élargir le champ de la responsabilité contractuelle, soit, qu'en amplifiant les présomptions de faute, elles aient tendu jusqu'à l'extrême le ressort de la responsabilité délictuelle, ces théories sont demeurées impuissantes à consacrer les résultats souhaitables, en même temps qu'elles violentaient les textes légaux invoqués à leur appui.

Mais, si nous nous arrêtons à considérer, du même point de vue, la conception nouvelle de la *responsabilité objective et purement légale*, proposée, dès 1894, par R. SALEILLES (2), et développée par cet auteur (3), en même temps que par L. JOSSERAND lui-même, en 1897, ne serons-nous pas invinciblement amenés à reconnaître, qu'en tant qu'elle prétend s'appuyer sur les dispositions positives de notre loi, et, comme on l'a dit, découvrir, dans le Code civil lui-même, le principe du *risque professionnel*, cette ingénieuse théorie encourt exactement les mêmes reproches que ses devancières? — D'une part, soit qu'avec L. JOSSERAND, elle s'attache presque exclusivement à la formule, banale et vague, de l'art. 1384, al. 1, *in fine* (4), soit que, plus

(1) *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, p. 11-52.

(2) *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1894, t. IV, 1<sup>re</sup> partie, p. 659-665.

(3) R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897. — Adde note dans D. P., 97. 1, 433. — *Le Risque professionnel dans le Code civil*. Communication, à la Société d'économie sociale, le 14 février 1898, dans la *Réforme sociale*, n° du 16 avril 1898, t. XXXV, p. 635-649. Cpr. p. 666-667.

(4) L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 74-117.

hardie et plus entière chez R. SALEILLES, elle remonte jusqu'au texte fondamental, et prétende substituer le simple rapport de causalité, à la faute proprement dite, dans l'art. 1382 lui-même (1), il semble difficile de contester, qu'en un cas, elle outre passe la pensée (2), qu'en l'autre, elle dénature l'expression, du législateur. — D'autre part, pourtant, elle reste loin encore de donner satisfaction à tous les *desiderata* légitimes, puisque, tout en adaptant les textes à sa conception, elle n'en peut changer la disposition, et n'arrive ainsi qu'à consacrer une *responsabilité du fait des choses*; de telle sorte, qu'au cas d'un accident, que l'on ne puisse rattacher à un objet matériel, placé sous la garde du maître, elle laissera encore sans règlement équitable l'un de ces *risques créés*, qui la préoccupent à si juste titre (3).

Est-ce à dire, que je veuille m'élever contre la pensée, pleine de raison et d'équité, qui a inspiré cette théorie nouvelle? — Loin de là. Je m'y associe tout à fait. Et, j'entends seulement faire apercevoir, ici, les défauts et lacunes de certains procédés, à l'aide desquels on l'a voulu soutenir. — Je dirai donc, qu'à mon sentiment, le système se présenterait comme plus facile à défendre, au point de vue d'une saine méthode, aussi bien que plus souple en ses conclusions, si l'on déclarait franchement, que le Code civil, n'ayant prévu, dans les art. 1382 et sq., que la *responsabilité des fautes*, ces textes n'ont rien à faire en présence d'une pure *question de risques* (4); qu'il s'agit ici de savoir, comment répartir un dommage fortuit entre deux ou plusieurs personnes, aux-

(1) SALEILLES, *Les accidents de travail*, nos 26-54, p. 42-74.

(2) C'est ce que L. JOSSERAND dissimule à peine, *op. cit.*, p. 52, p. 127.

(3) Du moins, cela me paraît-il certain, d'après le point de vue de L. JOSSERAND, qui s'en tient à l'art. 1384, al. 1, *in fine*, pour fonder la responsabilité légale, qu'il admet ici. Voy., au surplus, les conséquences, qu'il déduit de sa doctrine, *op. cit.*, p. 117-126. — L'argumentation de R. SALEILLES, qui, partie des textes, ne tarde pas à les dépasser, et à s'élever bien au-dessus, jusqu'aux idées de justice et d'utilité sociale (*Les accidents de travail*, nos 30 et sq., p. 47 et sq.), peut conduire à des résultats plus larges. Voy. *op. cit.*, n° 54, p. 73-74; note dans D. P., 97, 1, p. 438, col. 2. *in fine*; et, dans *La Réforme sociale*, t. XXXV, p. 644-649. — Cpr. J. CHARMONT, dans *Rev. crit., de législ. et de jurispr.*, 1898, p. 136.

(4) Ne serait-ce pas là, au fond, la pensée de R. SALEILLES? Voy. ses développements, sur le côté rationnel de la question, *Les accidents de travail*, nos 55-58, p. 74-79. — Rapp. le même, dans *Rev. intern. de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 494-495 et 497. — Et, comp. la dernière opinion exposée, en ce sujet, par J. E. LABBÉ, note dans *SIR.*, 90, 4, 18. [— Adde, Fr. GENY (*Risques et responsabilité*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 816-822 (§ 1).]

quelles les circonstances les imposent ; et que, tant que la loi reste muette à cet égard (1), l'interprète a le devoir de régler la question, au mieux des exigences de la justice et de l'utilité sociale (2). — Quant à savoir ce que requièrent la justice et l'utilité, on ne le peut dégager, que d'une auscultation attentive du sentiment moral, qui domine notre conception actuelle des rapports entre les hommes, et d'un examen des conditions sociales et économiques, permettant d'évaluer les intérêts en présence, d'après l'état de notre civilisation contemporaine (3).

En somme, nous en revenons toujours à chercher à établir l'équilibre entre des intérêts qui se combattent ou paraissent se contredire (4). Et, ce résultat ne s'obtient qu'en scrutant à

(1) J'ai à peine besoin d'observer, que les, rares et peu cohérentes, dispositions du Code civil français, relatives à l'attribution des risques dans les contrats synallagmatiques (art. 1138, 1182, 1722, 1741, 1788, 1790, 1867), bien que se référant à cet ordre d'idées, sont manifestement insuffisantes, pour résoudre la question générale, qui s'est posée ici. — Au surplus, il n'échappera à personne, que l'intervention du législateur soit éminemment désirable, pour soustraire à l'appréciation du juge ce règlement si délicat de la répartition des risques ; et, c'est ce qui pourrait justifier, malgré tout, la loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail. Mais tout cela ne démontre pas que, dans la mesure où le législateur a négligé de régler la question, il ne puisse appartenir à l'interprète de suppléer à son silence. Or, c'est tout ce que j'ai voulu dire.

(2) Je donnerais donc mon entière adhésion, à ce passage des conclusions, de M. le Commissaire du Gouvernement près le Conseil d'État, dans l'affaire *Cames*, tranchée par l'arrêt du 21 juin 1895 : « Nous sommes, quant à nous, convaincu « que rien, dans le Code civil, ne s'oppose à ce que le patron soit déclaré res- « ponsable, vis-à-vis de l'ouvrier, des accidents auxquels ce dernier se trouve « exposé par les conditions même du fonctionnement de l'établissement indus- « triel ». (SIR. 97, 3, p. 35, col. 1-2). — On a dit, il est vrai, que c'était là renverser les termes du problème, que le silence du Code ne suffisait pas pour rendre cette solution possible, qu'il faudrait que le principe en fût contenu dans les articles du Code civil, ou fourni par eux (Note d'A. ESMEIN, dans SIR. 98-1, p. 66, col. 1, *initio*). — Mais, il est visible, que cette objection ne fait qu'affirmer le prétendu postulat d'interprétation, qui sert de base à toute notre méthode traditionnelle, postulat que j'ai combattu précédemment (nos 35-39).

(3) Voy., d'ailleurs, un essai original de solution de la difficulté, d'après des idées générales, assez différentes de celles que j'ai présentées, par E. LÉVY, *Responsabilité et Contrat*, dans *Revue crit. de législation et de jurisprudence*, 1899, nouv. série, t. XXVIII, p. 361-398. [— Comp. encore : G. ALLET, *La responsabilité objective*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t. XIV, p. 826-844 ; et 1907, t. XV, p. 40-65. — M. CALDERONI, *Formes et critères de responsabilité*, dans même revue, 1909, t. XVII, p. 172-202.]

(4) Sur l'appréciation des intérêts respectifs, au point de vue pratique, voy. Ph. HECK, dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1890, t. XXXVII, p. 278-280, *passim* ; — et E. STAMPE, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 383-386. — Adde H. BLONDEAU, à propos d'un *Essai sur les lois civiles* de M. AGRESTI, dans *Essais sur quelques points de législation et de jurisprudence*, 1850, p. 73-76.

fond les éléments de toute organisation juridique positive, consistant, comme je l'ai indiqué ci-dessus (voy. nos **158-168**), non pas en des entités logiques, mais en des réalités, de nature morale ou économique, qui, seules, nous peuvent faire apercevoir les ressorts effectifs de la vie sociale.

Au surplus, et en thèse générale, du moins, les règles, ainsi obtenues, céderaient devant un règlement contraire, émanant des volontés autonomes, parce que celles-ci sont réputées, *a priori*, mieux capables, que tout organisme autoritaire, d'ordonner les intérêts, qu'elles défendent, en vue du bien commun.

**175.** — Mais, de quelque façon qu'on l'admette à se réaliser, qu'elle s'exerce pour remplacer ou pour contredire un règlement établi d'autorité, l'autonomie de la volonté ne peut être consacrée sans limites. Étant donné un rapport juridique, susceptible, *a priori*, d'être ordonné au gré des intéressés, des considérations supérieures interviennent parfois, pour brider, plus ou moins complètement, l'essor de la volonté, et, d'office, substituer, en tout ou en partie, une organisation, autoritaire et imposée, à une organisation spontanée et libre. C'est-à-dire que la satisfaction et l'équilibre des intérêts en présence exigent, ici, une norme coactive, qui écarte les fantaisies divergentes. Tel est, au fond, le résultat de ce que l'on appelle communément l'*ordre public*. — Qu'il y ait, dans ces deux mots, une expression vague et mal choisie, pour rendre la signification qu'on y attache, je ne fais aucune difficulté d'en convenir (1). Je confesse, également, que les tentatives de définition, de l'ordre public, ainsi compris, telles qu'elles ont été présentées jusqu'alors, c'est-à-dire visant à découvrir, en dehors même du but de l'institution, un criterium, qui permette de discerner *a priori* les règles légales, mises à l'abri des dispositions de volontés particulières, ont jusqu'ici complètement échoué (2). — Mais, conclure de là, comme paraît le

(1) Comp. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899, nos 7-32, p. 10-20.

(2) Voy. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, nos 33-95, p. 20-56. — Comp. surtout, É. ALGLAVE, *Action du ministre public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, 1874, p. 491-624. — Adde Dissertation de MAUGUIN, dans SIR., *Recueil des lois et arrêts*, 1809-2, p. 345-355.

vouloir faire le *Mis* de VAREILLES-SOMMIÈRES (1), qu'il faut renoncer à distinguer certaines lois inspirées par un intérêt social supérieur, pour affirmer que les particuliers ne peuvent déroger à aucune loi, n'est pas autre chose, à mon sens, que recourir à un vain échappatoire, pour n'opérer qu'une transposition du problème ; puisqu'il reste certain que, parmi les facultés consacrées au profit des particuliers par l'organisation juridique, quelques-unes seulement sont susceptibles de renonciation de leur part (2), et qu'il importe assez peu, d'avoir à déterminer quelles sont les lois, auxquelles on ne puisse se soustraire par libre disposition contraire, ou bien, quels sont les droits, consacrés par les lois, dont il ne soit pas permis de se priver par renonciation volontaire.

Inutile donc, ce semble, de renverser les termes coutumiers du problème, pour n'en pas mieux éclairer la solution. Ce qu'il faut retenir seulement des plus récentes critiques, dirigées contre la conception traditionnelle de l'ordre public, envisagé dans son influence sur le droit privé, c'est que, d'abord (à un point de vue négatif), malgré l'apparence des mots, il ne s'agit pas, ici, d'une sphère d'intérêts véritablement distincte et comme séparée par une cloison étanche des intérêts proprement privés ; c'est, aussi (à un point de vue positif), que toute la question se ramène à savoir, parmi les règles constituant notre organisation juridique privée, quelles sont celles, que leur caractère et leur but placent au-dessus des dispositions de la volonté autonome, de telle façon, qu'elles ne puissent être atteintes par un libre règlement d'intérêts, ou, du moins, qu'elles dominant celui-ci, en quelque mesure, pour empêcher le sacrifice d'intérêts supérieurs par l'action de volontés particulières (3).

Ainsi posée, la question apparaît d'une importance capitale. Elle ne se présente pas, seulement, à l'endroit des règles

(1) *Op. cit.*, Préface, p. 5 ; nos 1-6, p. 7-10 ; nos 96-125, p. 56-68.

(2) de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, nos 153-165, p. 80-85. Cpr. nos 78-84, p. 47-52.

(3) [On a, souvent, proposé de distinguer deux éléments dans la notion d'ordre public : l'un, se rattachant proprement à l'idée de conservation sociale ; l'autre, à celle de la protection d'intérêts privés, et notamment des incapables. Voy., par ex : MORIZOT-THIBAUT, *De l'autorité maritale*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, p. 159. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 37-45.]



issues de la loi écrite, mais, aussi bien, pour toutes règles juridiques, susceptibles d'être l'objet de dispositions particulières, que ces règles résultent de la coutume ou qu'elles ne soient découvertes que par la libre recherche scientifique. A vrai dire, c'est une partie même de chaque règle, que ce caractère, qui, tantôt, la soumet à l'influence des volontés individuelles, tantôt, l'élève au-dessus de celles-ci. Quand il s'agit de règles proprement légales, il semble qu'il rentrerait, dans la mission du législateur, de caractériser lui-même son précepte, sous ce rapport, en marquant l'énergie, qu'il entend lui donner, au regard de dispositions privées (1). Il faut bien dire, toutefois, que le législateur a rarement rempli lui-même cette mission (2), et qu'il a, le plus souvent, abandonné à la libre appréciation du jurisconsulte la qualification de ses propres préceptes, sous ce rapport. Il suit de là, que nous avons, en ce sujet, non seulement à propos de prescriptions coutumières ou de solutions dégagées par la recherche scientifique, mais relativement même aux règles directement issues des textes légaux, un vaste champ, ouvert aux investigations indépendantes du jurisconsulte (3).

Et, comment mener à bien ces investigations nécessaires, si ce n'est en interrogeant notre nature morale, en scrutant les

(1) Ex. dans l'art. 30 de la loi du 9 avril 1898 : « Toute convention, contraire à la présente loi, est nulle de plein droit. » [— Comp. art. 1 loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée, et, là-dessus : R. SALEILLES, *Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public*, dans *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907, t. VI, p. 563-595. — Voy. aussi loi sur les loyers, du 9 mars 1918, article 28. — Adde. sur les tendances sociales, — s'exprimant par des règles contraignantes (*zwingende Normen*), — du Code civil suisse de 1907 : M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, p. 25-26.]

(2) J'ajouterais, qu'il ne l'a pas toujours remplie d'une façon très heureuse. Voyez en un exemple, bien connu, dans la loi du 3 septembre 1807, relative aux inscriptions hypothécaires en suite de reconnaissance d'écritures privées, art. 1<sup>er</sup>, *in fine*. — Le nouveau Code civil allemand a lui-même renoncé à spécifier toutes les dispositions de droit coactif, qu'il portait. Voy. *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. für das deutsche Reich*, t. I, 1888, p. 17. — PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 21. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 8, III, 1, t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 35-36. — E. EHRLICH, *Das zwingende und nicht zwingende Recht im B. G. B.*, 1899.

(3) Comp. H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, § 59, *in fine*, texte et note 4, p. 148. [— Et voy. une application intéressante, dans Trib. fédéral suisse, 16 juin 1906, SIREY, 1910-4-14, qui condamne, comme illicites, des conventions, tendant à l'écrasement économique d'une coopérative par un syndicat, au moyen de boycottage et de mise à l'index.]

principes de l'organisation politique qui nous régit, en pénétrant les exigences de l'ordre économique qui nous enveloppe, pour reconnaître les règles supérieures, formant, pour ainsi dire, les conditions vitales de la Société (1), à l'heure actuelle (2), et qui, comme telles, doivent dominer les volontés particulières (3)?

**176.** — Ainsi, sans dépasser les horizons les plus familiers du droit privé, nous constatons, que, partout où lui manquent les directions formelles, le jurisconsulte se trouve amené, s'il veut procéder avec quelque assurance, à diriger ses recherches, dans le sens des éléments sociologiques, de tout ordre, animant les situations qui lui sont soumises.

Le même résultat apparaîtrait plus évident encore, si nous envisagions d'autres problèmes, qui sortent davantage des cadres traditionnels, et mettent plus directement en jeu des intérêts moraux ou économiques, dont nos lois écrites ont très parcimonieusement réglementé l'équilibre. Ainsi, dans des ordres d'idées très divers : — la reconnaissance des droits attachés à la personnalité humaine avec les conséquences qui s'en déduisent (4), et, parmi celles-ci, la théorie des droits intellectuels (5); — le problème de la délimitation exacte des

(1) Voy. R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I<sup>er</sup>, 1893, p. 443-452. — Et, pour l'application, *ibid.*, p. 512-551. — Adde E. STOCQUART, dans *Revue du Droit public*, 1896-2<sup>o</sup>, t. VI, p. 467-468, [et 1899-1<sup>o</sup>, t. XI, p. 432-443.] — Comp. aussi R. VON JHERING, *Esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd. de MEULENAERE, § 38, t. II, p. 215-230.

(2) [Sur la variabilité de la notion d'ordre public, cons. FR. GENY (*Contribution à l'étude des « biens réservés de la femme mariée »*), dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1901-1902, t. I, p. 323. — Adde H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 76, note 2, *in fine*. — Voy. encore, sur l'ordre public et la souplesse de sa notion, quelques bonnes observations d'E. PILON (Jurisprudence française), dans *Rev. trim. de dr. civil*, 1903, t. II, p. 668-669. — Comp. P. DUBOST, *L'idée de justice sociale et ses transformations depuis cent ans*, dans *La réforme sociale*, 1896-2<sup>o</sup>, t. XXXII, p. 299-317.]

(3) [Comp., sur la notion des bonnes mœurs (*gute Sitten*), visée notamment par le § 138, al. 1 du Code civil allemand de 1896 : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, A. Pichon, 1901, p. 251-291. — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 172-179 (§ 10), et p. 200-213 (§ 12). — A. VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, 1910, VI, 5, p. 32-34.]

(4) Cpr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 50, I, t. I, 1893, p. 197-199. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, §§ 81-83, t. I, 1895, p. 702-726. — Ex. dans Paris, 26 avril 1898, SIR. 99, 2, 64.

(5) E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, § XLV, p. 98-101 ; cf. p. 119-121. — Cpr. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, §§ 84-99, t. I, 1895, p. 726-897.

opérations commerciales, soumises, comme telles, à un régime juridique particulier, d'avec les opérations civiles (1); — celui de la licéité et du fonctionnement juridique des ententes destinées à réglementer la production industrielle (2); — les questions, si complexes, que soulève, dans les rapports de la surface et du tréfonds, le régime des concessions minières (3); — les droits sur les lettres missives (4); — le contrat collectif de travail (5); — etc., etc. (6). Tout cela ne peut être élucidé, en vue d'entrer dans notre organisation juridique positive, qu'au moyen d'une observation sociale attentive et s'appuyant à de fermes données scientifiques.

Je dois borner là mes indications. Ce que j'ai dit suffira, je

(1) Voy. : [C. VIVANTE, *Un code unique des obligations*, dans *Annales de droit commercial*, 1893, t. VII, 2, p. 1-21.] — J. GAUFFRE, *Essai sur une tendance actuelle à l'unification du droit civil et du droit commercial*, thèse de doctorat. Droit, Montpellier, 1897-1898, *passim*, notamment p. 17-24. — Adde note de J. E. LABBÉ, sous Paris, 15 février, 17 et 29 août 1868, *SIR.* 68, 2, 329. [— Ch. LAURENT, *Fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse de doct. Droit, Paris, 1903-1904. — Comp. P. VANDER EYCKEN, *Le rôle du droit commercial dans le développement du droit privé*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1908-1909, t. XIV, p. 293-324.]

(2) CONS. : H. BABLED, *Les syndicats de producteurs et détenteurs de marchandises au double point de vue économique et pénal*, thèse de doct. Droit, Paris, 1892-1893. — Ch. BROUILHET, *Essai sur les ententes commerciales et industrielles*, thèse de doct. Droit, 1894-1895, LYON. — J. PERCEBOU, *Des Syndicats de producteurs*, dans *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 271-299. [— Roger THISSE, Note, sous Trib. comm. Seine, 28 septembre 1898, *Pandectes périodiques*, 1900, 2, p. 33-38. — H. LÉVY-ULLMANN, Note, sous Bordeaux, 2 janvier 1900, *SIREY*, 1901-2-225.]

(3) Voy., notamment, mes études, sur ce sujet, publiées par la *Revue de législation des Mines*, 1897, t. XIV, p. 3-27, p. 257-294, p. 321-348; et 1899, t. XVI, p. 130-153. — Adde E. GUÉRIN, *De l'affranchissement de responsabilité de la Mine vis-à-vis de la surface*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1898-1899.

(4) [Comp. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, 2 vol. Paris, Sirey, 1911. — J. VALÉRY, *Des lettres missives*, Paris, Fontemoing, 1912.]

(5) [Voy., par exemple, A. ROUAST, *Essai sur la notion de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse de doct. Droit, Paris, 1909-1910.]

(6) Comme exemple intéressant, des solutions juridiques, qu'on peut chercher dans la nature économique d'une institution, je signale les efforts, qui ont été poursuivis, en vue de faire échapper le bénéficiaire d'une assurance sur la vie, constituée par autrui, au rapport ou à la réduction des primes, payées par l'assuré. Voy. E. THALLER, Rapport au Congrès de la Société d'Économie sociale, le 24 mai 1897, dans *La Réforme sociale*, 1897-2°, t. XXXIV, p. 893, texte et note 1 : cf. p. 899. — Cpt. DUMAINE, *Du contrat d'assurance sur la vie en droit civil et en droit fiscal*, 2<sup>e</sup> éd., 1892, n° 68. — Contra, quant au résultat : M. COSMAO DUMANOIR, *Du rapport des primes en matière d'assurance sur la vie*, dans *Annales de droit commercial*, 1898, t. XII, p. 285-289. — Je me contente, ici, de relever le procédé, accepté de part et d'autre, sans me prononcer sur son résultat. — Voy. encore un autre témoignage, de la fécondité, d'une soigneuse analyse des éléments économiques et sociaux d'une entité juridique, à propos de l'imposition à la patente de certaines associations, plus ou moins désintéressées, dans deux notes de M. HAURIU, sous Conseil d'État, 24 décembre 1897 et 28 janvier 1899, dans *SIR.* 99-3-17 et 73. — Adde encore : M. HAURIU, *La gestion administrative*, 1899.

pense, à faire entrevoir la fécondité, et à faire saisir le mode d'action, de cette partie nécessaire de notre méthode, que j'ai nommée la libre recherche scientifique.

---

[176 bis. — La *libre recherche scientifique*, dont je viens d'esquisser les traits principaux (1), — après en avoir montré la nécessité primordiale, dans un système de droit positif, que les sources formelles ne peuvent constituer assez plein et assez souple, pour suffire aux besoins innombrables et sans cesse changeants de la vie (2), — n'est pas sans analogie, ni sans contact, avec une institution, qui a joué un rôle capital dans les civilisations primitives, qu'on a pu croire ensuite étroitement bridée par la forte discipline pénétrant tout le droit romain, et qui, après avoir repris force et vigueur dans le régime plus lâche issu de la féodalité, semblait devoir céder tout à fait devant les exigences de précision de la civilisation moderne, quand elle s'est définitivement imposée, jusqu'à retrouver une nouvelle jeunesse au sein du droit contemporain, j'entends dire le *pouvoir discrétionnaire*, de ceux, qui ont charge et mission d'appliquer aux faits le droit établi.

C'est, en effet, comme une nécessité de nature, que le droit, qui ne peut se réaliser de lui-même, à la façon d'un mécanisme fatal (3), mais qui a besoin de la volonté humaine, seule capable d'adapter à la vie des règles tendant à en diriger la poussée aveugle, laisse à cette volonté un certain jeu d'action, sans lequel elle resterait impuissante contre les résistances brutes de la réalité des choses. — Aussi, tout en distinguant l'autorité, chargée de déclarer les règles de droit (pouvoir législatif), et celle qui a mission d'en procurer l'exécution (pouvoir exécutif), ne peut-on s'empêcher de reconnaître à cette dernière une faculté de mise en œuvre, impliquant une assez grande liberté d'appréciation des cir-

(1) Ci-dessus, nos 155-176. — Étudier l'accueil fait à la libre recherche scientifique, en France ou à l'étranger, reviendrait à décrire l'ensemble du mouvement des idées, sur la méthode d'interprétation du droit, depuis 1899. Pareil examen critique sera fait ultérieurement dans l'Épilogue de cette 2<sup>e</sup> édition, ainsi qu'il a été annoncé en l'*Avertissement* placé en tête du t. I.

(2) Voy. notamment : ci-dessus, nos 54-59, nos 81, 81 bis, 82, n° 84, n° 155.

(3) Comp. ci-dessus, t. I, p. 219, texte et note 1 avec les références (n° 86).

constances, dans lesquelles se meut l'œuvre juridique. De là surgit ce qu'on appelle volontiers le *pouvoir discrétionnaire*, qui rayonne au-delà de l'administration proprement dite et s'étend jusqu'à la juridiction, sous toutes ses formes, puisque, aussi bien et en dépit des subtilités d'une analyse trop minutieuse, l'autorité judiciaire ne constitue qu'une branche, nettement spécialisée, de l'autorité exécutive. — De fait, il suffit de considérer, d'un peu près, la structure et le jeu de notre législation moderne, pour constater, que sa mise en œuvre requiert, de façon constante, une intervention personnelle du juge, sans laquelle ses dispositions, en apparence les plus nettes, ne sauraient s'appliquer aux faits qu'elles doivent régir, leur formule restant trop rigide ou trop distante des réalités à saisir (1). On a, même, observé, que les législations contemporaines, les plus récentes, loin de se regimber contre cette coopération inévitable du judiciaire avec le législatif, l'avaient franchement reconnue, en multipliant, de parti pris, ce qu'on a appelé les formules élastiques (on a dit, aussi, les paragraphes-caoutchouc), de façon à ouvrir au juge, par leurs dispositions mêmes, l'occasion d'exercer, en des lignes largement tracées, la faculté d'appréciation, que comporte son office, sainement compris. — Pareille tendance s'est manifestée, en plusieurs paragraphes du Code civil allemand de 1896 (2), et, plus amplement encore, dans tout l'ensemble du Code civil suisse de 1907 (3). Et, si mis à part le domaine administratif, où elle a tou-

(1) Comp. M. FLANJOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, n° 204, p. 83.

(2) Voy., entre autres, le fameux § 138 al. 1, sur lequel cons. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*. Paris, 1901, p. 251-291. — Adde les §§ 157 : 162 : 242 ; 315, al. 1 ; 317, al. 1 ; 660, al. 1 ; 723, al. 1-2 ; 745, al. 1-2 ; 1246 ; 1568, et nombre d'autres. — Cons. là-dessus, ci-devant, t. I, p. 212, note 6, p. 213, notes 1 à 3 (n° 85) et les références. — H. DER-BURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*. 3. A., t. I, 1906, § 19. I. p. 55-56. — K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. II, Leipzig, A. Deichert, 1907, § 93, II, 1, p. 164-165. — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 163-169 (§ 10). — A. von TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. 28-30 (Einleitung, VI, 3). — Comp. R. von LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910, p. 79-90, *passim* (I Teil, IV). — Et, pour le Code civil suisse de 1907 : M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, p. 25 (§ 3, I, 2), texte et note 2 ; p. 114 116 (§ 6. III, 2-3).

(3) Voy. surtout : Code civil suisse, du 10 décembre 1907, art. 4 cbn. art. 30 ; 65 ; 72 ; 140 ; 257 ; 267 ; 269 ; 334 ; 343 ; 350, al. 3 ; 380 ; 381 ; 576 ; 717 ; — et C. féd. des obligations, révisé en 1905 et 1909, art. 2 ; 44 ; 47 ; 49 ; 50 ; 54 ; 92 ; 93 ; 100 ;

jours trouvé son terrain d'élection, elle n'apparaissait, qu'à l'état latent, dans le Code Napoléon, et les autres Codes du même temps (1). du moins s'est elle révélée dans les lois françaises d'ordre privé, datant d'une époque plus rapprochée de nous (2), et particulièrement dans la législation suscitée par la guerre commencée en août 1914 (3). — Mais, c'est surtout dans la législation pénale, telle qu'elle s'est développée, en France, à partir de 1832, et, dans tous les pays de notre civilisation, depuis environ la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, que, contrairement au mouvement des idées suscité par l'école philosophique du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'on a vu s'accroître les pouvoirs du juge, à l'effet de réaliser cette « individualisation de la peine »,

138 ; 139 ; 205 ; 269 ; 291 ; 352 ; 373 ; 388 ; 392 ; 480 ; 545 ; 547 ; 576 ; 578 ; 580 ; 584 ; 596 ; 611-657 ; 666 ; 685 ; 704 ; 710 ; 711 ; 791 et sq. ; 800 ; 812 ; 827 ; 849 et sq. ; 926. — Comp., ci-après, Épilogue ajouté à la seconde édition (du présent ouvrage), chapitre second. Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse, du 10 décembre 1907.

(1) Voy. pourtant les textes du Code civil de 1804, signalés plus haut, t. I p. 214 (n° 85).

(2) Notamment, dans les lois du 29 avril 1845, art. 1-4 ; du 11 juillet 1847, art. 1 et 3 ; du 10 juin 1854, art. 1-3 et 5. — Mais, il y a lieu de signaler surtout, comme exemple significatif, l'art. 310 C. civ., tel que l'avait rédigé la loi du 27 juillet 1884, sur le divorce, qui laissait toute bride ouverte au pouvoir discrétionnaire, en matière de conversion de la séparation de corps en divorce (texte modifié en sens absolument différent par la loi du 6 juin 1908). — *Adde* loi du 24 juillet 1889, sur la déchéance de la puissance paternelle, art. 2-7. — On a même pu soutenir, que la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, sur le contrat d'association, aurait laissé aux juges la faculté d'attribuer discrétionnairement l'actif net de la liquidation des congrégations religieuses non autorisées. Voy. en ce sens : Ch. LESOUDIER (*De la propriété des biens détenus par les congrégations illicites*, n° 53), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, t. VII, p. 271-272.

(3) Voy. notamment : loi du 21 janvier 1918, relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre. — Loi du 9 mars 1918, sur les loyers. — En dehors de ces dispositions, consacrant législativement le pouvoir discrétionnaire du juge, on a vu, en la récente période de guerre, ce pouvoir s'exercer spontanément : — a) soit, pour suppléer à l'absence de loi précise, comme dans le cas des premiers séquestres, mis sur les maisons de commerce ennemies (voy. l'ordonnance du Président du Tribunal civil du Havre, en date du 2 octobre 1914, communiquée, et proposée en exemple, aux autres Tribunaux, par la circulaire du Garde des sceaux, du 8 octobre 1914, SIREY, *Législation de la guerre de 1914*, t. I, p. 146 ; cette application des séquestres n'a été indirectement « légalisée » que par la loi du 4 avril 1915, art. 2) ; — b) soit pour compléter une loi insuffisante, comme dans la détermination des éléments de la spéculation illicite prévue par l'article 10 de la loi du 20 avril 1916 (voy. les observations présentées à la Chambre des députés par M. de MONZIE, à la séance du 7 février 1919, dans *Journal officiel*. Chambre. Session ordinaire de 1919. Débats parlementaires, p. 482). — Le Gouvernement a si bien considéré les décisions, ainsi intervenues, comme devant faire jurisprudence, qu'il en a recommandé l'application aux autorités compétentes (voy. les références ci-dessus).

qui reste comme l'idéal des criminalistes contemporains (1).

D'ailleurs, ce pouvoir discrétionnaire, si largement reconnu dans tout le domaine d'exécution du droit, ne doit pas se ramener à l'arbitraire (*die Willkür*), rigoureusement banni des constitutions modernes (2). Il s'agit, seulement, d'une appréciation raisonnable, basée sur les considérations de justice et d'utilité, qui servent de fondement nécessaire aux règles de conduite s'imposant à la société des hommes (3). Mais, parce que cette appréciation s'exerce librement, en dehors d'une formule catégorique préétablie, elle laisse tout son jeu à l'activité individuelle, indépendante des restrictions formelles. Et, c'est par là, qu'elle nous semble se rapprocher de la libre recherche scientifique, que nous avons reconnue comme faculté indispensable à l'interprète du droit positif (4).

A vrai dire même, on pourrait sérieusement se demander, si la libre recherche est d'une autre nature que le pouvoir discrétionnaire, ou si elle n'en serait pas plutôt une simple application, imparfaitement aperçue jusqu'ici. Le problème, ainsi posé, est trop gros, pour être résolu à cette place, qu'il domine manifestement par sa vaste envergure. J'avoue sincèrement, d'ailleurs, que je recule devant la perspective effrayante, d'avoir à en réunir moi-même tous les éléments, dont je découvre à peine quelques germes dans l'ensemble de notre littérature juridique (5).

(1) Voy. notamment: R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 2<sup>e</sup> éd. G. MORIN, Paris, F. Alcan, 1909. — Si l'on combine ces solutions avec le principe de l'article 4 du Code pénal de 1810 : *Nullum crimen sine lege. Nulla poena sine lege*, il en résulte que, dans notre droit moderne, les pouvoirs du juge pénal, strictement limités, quand il s'agit de reconnaître une infraction, ou d'infliger une peine, jouissent, au contraire, d'une grande latitude, pour adoucir ou supprimer celle-ci. Notons, toutefois, qu'après une délibération intéressante, le Sénat français a récemment écarté le projet de la loi de pardon, qui eût constitué l'aboutissement extrême des tendances signalées ici. Voy. les Séances des 17, 24 et 31 janvier, 8 et 14 février 1918. *J. off.*, de 1918. Sess. ord. du Sénat, Déb. parl., p. 15-26; p. 33-44; p. 48-56; p. 87-92; p. 97-106.

(2) R. von LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910. p. 1-6, p. 257.

(3) Voy., encore, par exemple, l'art. 782 du nouveau Code civil du Monténégro, d'après A. DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les obligations*. thèse de doct. Droit. Paris, 1900-1901, p. 197. — Adde R. von LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910. *passim*, notamment p. 1, p. 259-268.

(4) Voy. ci-dessus, t. I, p. 119-120 (n° 58); p. 208 (n° 84); p. 213-214 (n° 85). Comp. : p. 321-322 (n° 110); p. 423-424 (n° 131); t. II, p. 75-76 (n° 155); p. 109-113 (n° 163); p. 142-143 (n° 168); et ci-après, n° 180.

(5) Le problème du *pouvoir discrétionnaire* a été étudié d'assez près par R. von

Faute de clartés suffisantes, obtenues par des efforts, qui auraient à se poursuivre dans les différents domaines du droit : droit public général, droit administratif, droit pénal, procédure civile, droit privé, sans parler des considérations politiques et économiques qu'il faudrait faire intervenir au problème, je me bornerai, après avoir signalé l'analogie des deux institutions, à présenter quelques observations, tendant à maintenir, entre elles, des différences, qui puissent, provisoirement, du moins, et sous réserve d'un mieux informé ultérieur, conserver encore à chacune ses traits caractéristiques.

Et d'abord, j'estime, qu'en vue d'une analyse un peu précise, il importe de mettre à part le pouvoir discrétionnaire des gouvernants ou des agents administratifs, comportant, à raison de son objet, des règles particulières, pour ne retenir, ici, que la libre appréciation laissée au juge, dans le domaine strict de la juridiction, qui, seule, mérite d'être rapprochée de la libre recherche des règles juridiques, telle que nous l'avons considérée. Encore faut-il, que cette appréciation s'exerce, non pas sur le fait (1), c'est-à-dire sur les circonstances de la vie ayant donné lieu à litige, mais sur le droit, soit la reconnaissance ou la mise en œuvre des règles, destinées à imposer aux faits certaines conséquences, au besoin par le jeu des forces sociales et en dépit des résistances intéressées (2).

Dans les lignes ainsi précisées, tout en confessant que pouvoir discrétionnaire et libre recherche ne sont guère que deux branches d'une même faculté de précision individuelle du droit, on peut, je crois, les prenant telles que nous les

LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910. — Mais, bien qu'il prétende embrasser la question dans son ensemble, l'auteur n'insiste guère que sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Et, il consacre des développements intéressants à la jurisprudence, de notre Conseil d'État, sur le « détournement de pouvoir ». — Auparavant, avait été présenté, le 27 février 1903, à la *Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung in Berlin*, par R. STAMMLER, un exposé (*Vortrag*), sur « *das richterliche Ermessen* », dont un résumé intéressant fut publié par BRÜCKMANN, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1903, t. VIII, p. 192-194. — Voy. aussi : P. CERTMANN, *Freies und unfreies Ermessen*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 186-191. — STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, Tübingen, 1908 (Festgabe für Laband).

(1) Sur la distinction du fait et du droit, cons. ci-dessous, n° 180. — Encore une matière, qui mériterait, par son importance et sa difficulté, une étude spéciale.

(2) Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, n° 16, p. 47-52. Adde n° 13-15, p. 42-47.



rencontrons en pratique, relever entre elles certaines divergences de jeu ou d'effet.

Il y a lieu de remarquer, notamment, que, tandis que le pouvoir discrétionnaire du juge est reconnu par tous, du moins en son principe, il n'en est pas de même de la libre recherche scientifique, dont certains s'obstinent à contester la légitimité. De fait, si l'on ne peut nier que, pour remplir pleinement sa mission, le juge ait besoin d'assouplir la rigidité des formules légales, et, au besoin, d'y introduire certains éléments personnels, faute desquels elles ne sauraient saisir les faits (1), on hésitera davantage à lui reconnaître le pouvoir de créer des règles nouvelles; et il serait possible, à la rigueur, de maintenir ce point de vue restrictif, si l'on acceptait l'idée d'une plénitude logique du système du droit positif issu des seules lois écrites (2).

Aussi, n'est-il pas douteux, que le législateur, quel qu'il soit sentant, pour certaines solutions, le besoin d'une appréciation individuelle, consacre, peu ou prou, implicitement tout au moins, le pouvoir discrétionnaire du magistrat (3). Et, c'est ce dont témoignent, même en dépit d'une réserve voulue, certains articles du Code Napoléon (4). A l'inverse, on peut concevoir un législateur, tellement pénétré de l'idée de la plénitude de son œuvre, qu'il se refuse, de parti pris, à en admettre des lacunes, proprement dites, qui ne puissent être comblées que par des règles de la création du juge. Et, si nous avons pu soutenir qu'une décision contraire se dégagait de l'article 4 du Code civil, interprété à la lumière des tra-

(1) Même le jurisconsulte, qui représente le type extrême de la « stricte observance », F. LAURENT, fait une place fort large aux cas, où le juge doit statuer comme *ministre d'équité*. Voy. notamment : F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 256. Qu'est-ce autre chose que l'application du *pouvoir discrétionnaire*? Comp. ci-dessus, t. I, p. 211, texte et note 2, p. 214, note 3 (n° 85). — *Adde* t. II, p. 109-113 (n° 163).

(2) Comp. ci-dessus, n° 81 bis, t. I, p. 193-203.

(3) Il n'est même pas nécessaire que cela résulte d'un texte formel. Voy., pourtant, l'article 4 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 : « Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs ». — Mais il est clair, qu'en dehors même des cas prévus par ce texte, la formule de la loi peut impliquer, sous mille formes, l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

(4) Voy. ci-dessus, t. II, p. 184, note 1 (n° 176 bis).

vaux préparatoires (1), la vérité nous oblige à reconnaître, qu'une manière de voir assez différente pourrait être appuyée au texte même de cet article 4, puisque le législateur n'y prévoit le refus de juger, que sous le *prétexte* du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, semblant ainsi taxer d'erreur le magistrat qui alléguerait une de ces défaillances du texte (2).

On conçoit donc une différence, du plus au moins, entre la libre recherche, qui tend à créer individuellement des règles nouvelles, et le pouvoir discrétionnaire, qui se borne à imprimer une direction inattendue à des règles, dont la forme est révélée primitivement par la loi. Que si l'on veut préciser cette différence, au moyen d'une terminologie, qui en rende nettement la pensée essentielle, peut-être pourrait-on dire, que la première vise proprement l'*interprétation* du droit positif, tandis que la seconde se réfère à son *application*, c'est-à-dire à son *adaptation à la vie* (3).

Pouvons-nous tirer de là une conséquence précise, touchant la manière, dont l'interprète devra procéder, suivant qu'il exercera l'une ou l'autre des deux activités envisagées ? Ici, je n'aperçois guère qu'une nuance, que je n'ose formuler sans hésitation. — La libre recherche, dans la mesure où elle est ouverte à l'interprète, n'est légitime, que si elle s'exerce sur des bases scientifiques et par les moyens consacrés de la technique du droit (4). Il semble, qu'on puisse être plus large pour l'usage du pouvoir discrétionnaire. En laissant celui-ci au juge, le législateur a confessé, qu'il manquait des moyens généraux d'établir une solution juridique solide. Ainsi, a-t-il donné une sorte de blanc-seing, qui, s'il ne légitime pas un arbitraire, exclu par tout notre système du droit

(1) Voy. notamment les passages du *discours préliminaire* (rédigé par PORTALIS) signalés ci-dessus, t. I, p. 98-100 (n° 47), et p. 114, note 3 (n° 85).

(2) Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'une législation, qui serait basée sur cette idée, fût pratiquement viable.

(3) Comp. ci-après, n° 180. — E. ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Rede) Leipzig, Duncker u. Humblot, 1903, p. 29-32, voit la différence, dans le caractère, particulier et individuel, de l'appréciation, rentrant dans le « freies Ermessen », tandis que la libre recherche soumet aux juges des questions générales, abstraites.

(4) Voy. ci-dessus, t. II, p. 78 (n° 156) ; p. 142-144 (n° 168). — Adde Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I et II. Paris, SIREY, 1914 et 1915 ; t. III et IV (à paraître).

moderne, autorise, du moins, le jugement par des motifs d'utilité ou d'opportunité, qui échappent au cadre rigide de l'ordre juridique proprement dit.

Et, si l'on admet la vérité de cette divergence, on en pourra, sans doute, conclure, que le pourvoi en cassation sera plus aisément admissible, pour contrôler, de la part des tribunaux statuant en dernier ressort, l'exercice de la libre recherche, assujettie à des conditions juridiques très précises, que l'usage d'un pouvoir discrétionnaire, qui paraît défier toute règle ferme (1).

Peut-être aussi, et en quelque sorte en sens inverse, pourrait-on reconnaître, à la charge du juge, exerçant le pouvoir discrétionnaire, certaine responsabilité à laquelle échapperait tout à fait l'usage de la libre recherche (2).

Quoi qu'il en soit, on aperçoit combien la limite reste incertaine, flottante, à peine saisissable, entre deux institutions, dérivant d'une même nécessité de nature, celle qui répugne à la mise en œuvre, pleine et suffisante, du droit positif, sans l'intervention d'une volonté constamment directrice, pour encadrer les faits dans la règle infrangible.

Et, cela même nous permet, — sans insister davantage sur un sujet dépassant manifestement l'horizon modeste de la présente étude, — de tirer argument, du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge, dans une mesure variable, par tous les systèmes législatifs, en faveur d'une place, — large ou réduite, on peut hésiter là-dessus, — mais, à tout le moins, effective, pour une libre recherche, complémentaire des sources formelles, toujours insuffisantes par quelque côté (3).

En tout cas, je demanderais positivement, que ceux, qui reconnaissent la nécessité du pouvoir discrétionnaire pour l'application de la loi, sans admettre la légitimité d'une recherche libre, dans le silence des dispositions légales ou de

(1) Rapp. la distinction proposée par COURNOT, et signalée ci-après, t. II, p. 207-208 (n° 180). — Adde aussi, n° 182. — Comp. E. ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Rede), Leipzig, Duncker u. Humblot, 1903, p. 31-32. — Mais voy. M. GMÜR, *Die Anwendung des Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 1908, p. 116, texte et note 2 (§ 6, III, 2), cbn. p. 112 (§ 6, II, 3).

(2) Voy. P. CERTMANN (*Freies und unfreies Ermessen*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 190, *in fine*.

(3) Voy. encore, à cet égard, ci-après : Épilogue, chapitre premier, n° 189.

toute autre source formelle de droit positif, nous expliquent et justifient cette séparation, plus nettement qu'il n'a été fait jusqu'ici (1).]

(1) P. OERTMANN (*Freies und unfreies Ermessen*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 188, déclare bien, que le « richterliches Ermessen » est indépendant de la « Freie Rechtsfindung », et peut même la battre en brèche. Mais, il s'est bien gardé, de donner la raison de cette opinion, qui aurait besoin d'être amplement justifiée.

## CHAPITRE TROISIÈME

### Valeur respective des divers moyens de l'interprétation.

SOMMAIRE : 177. Hiérarchie des moyens d'interprétation. — Différence de leur efficacité respective. — 178. Portée générale du contrôle de la Cour de cassation. — 179. La méconnaissance ou la violation d'une coutume donne-t-elle lieu à cassation ? — 180. Limite nécessaire du contrôle de la Cour de cassation. — 181. Comment la Cour de cassation doit exercer son contrôle sur le droit. — 182. Application de ces idées dans la jurisprudence suprême.

**177.** — Si nous réunissons et combinons ensemble, tant les sources proprement dites du droit positif, que les divers procédés de méthode, servant à dégager celui-ci par une recherche plus libre, nous arrivons à constater une vaste hiérarchie de moyens d'interprétation juridique, qui comportent eux-mêmes des nuances infinies.

Pour m'en tenir à un tableau général, résumant la substance des développements qui précèdent, et ne présentant que les types principaux, je rappelle que nous avons successivement rencontré : — la loi, interprétée, tantôt par la formule même de son texte et à la lumière d'une logique tout interne, tantôt à l'aide d'éléments étrangers à cette formule et tirés de son milieu d'éclosion, des influences historiques, ayant pesé sur sa création, des notions rationnelles ou logiques, intervenant à titre d'explications externes de son contenu, des travaux préparatoires établissant formellement le *processus* de sa formation..., etc....., etc.... ; — la coutume, soit à l'état parfait, constituée par des usages établis sur la base d'un sentiment juridique, soit en voie de développement, sous la forme d'une autorité doctrinale ou jurisprudentielle, non encore passée en pratique ; — enfin, les moyens nombreux et variés de l'investigation purement scientifique, scrutant la nature des choses,

par l'analogie proprement dite en ses divers degrés (1), par la considération de l'organisation sociale existante et de l'équilibre qu'elle traduit, par une recherche plus libre encore, appuyée sur le résultat des disciplines sociologiques, rendant compte de la vie de l'humanité et visant à satisfaire, en même temps que notre instinct de justice, la plus large utilité sociale. — Toutes ces sources et tous ces procédés se mêlent, d'ailleurs, les uns aux autres, se complètent en vue de la fin commune, de telle sorte que leur mise en œuvre combinée apporte à la jurisprudence positive l'ensemble des solutions, dont la vie juridique a besoin.

Or, toutes les solutions (règles juridiques), obtenues par des modes aussi différents, ne peuvent avoir la même efficacité pratique, ni jouir de la même force impérative (2). Et, bien qu'il ne soit pas toujours facile de rattacher chacune d'elles à un moyen distinct et exclusif de l'interprétation, il sera nécessaire, pourtant, de distinguer, dans leur génération respective, l'influence prédominante de telle source ou de tel procédé, pour en conclure leur valeur effective (3).

(1) Des indications, données à ce sujet (n<sup>os</sup> 165-167), rappr., à propos de la loi du 8 décembre 1897, note de J.-A. ROUX, dans *SIR.* 99-1-297.

(2) Comp. H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, § 68, p. 164. — GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1874, p. 306-307. — STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I<sup>er</sup>, 1882, p. 170. — REGELSBERGER, *Pandekten*, § 12, note 2, § 17, II, B, 3 *in fine*, et III, 2, § 32, 4; t. I, 1893, p. 70, p. 88, p. 89, p. 131. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, § 18, *in fine*, t. I, 1895, p. 142. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 8, note 5, § 10, note 8 et § 12, note 6; t. I<sup>er</sup>, 1899, p. 37, p. 46, p. 52. — Adde SUAREZ, S. J., *De legibus*, lib. VI, cap. I, §§ 5-6. — J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif*, trad. G. HENRY, 1894, p. 26, 1<sup>o</sup>; cpr. p. 7, 2<sup>o</sup>. — R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, § 11, *initio*, 5<sup>e</sup> éd., 1894, p. 29. — VAN BEMMELLEN, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 28-30.

(3) [Qu'il me soit permis d'insister sur l'importance de cette dernière partie de mon étude, que je crois avoir été trop peu remarquée (Voy., par ex., Ed. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Paris, 1900, p. 9-23 et *Fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 32-34), et qui, pourtant, est de nature à montrer, au mieux, l'intérêt, à la fois scientifique et technique, des idées exposées ici, en vue d'un élargissement de la méthode d'interprétation du droit positif. — Ce qui en résulte, essentiellement, en deux mots, c'est qu'il n'existe pas de distinction absolument tranchée entre le droit positif et le droit non positif (La question du *discernement du droit positif* a été soulevée, notamment, — mais non résolue, — par M. HAUBIOT et A. MESTRE, à propos de L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1<sup>o</sup>, t. XVII, p. 350-353). De l'un à l'autre, on trouverait une infinité de degrés. En réalité, toute solution juridique peut aspirer à la positivité. Mais celle-ci sera plus ou moins intense, suivant la source, dont émane la solution considérée.]

La différence d'efficacité, entre les moyens de l'interprétation juridique, apparaît, tout d'abord, si l'on envisage leur conflit possible, relativement à une même situation de fait, qu'ils tendraient à régir diversement. — *A priori*, on serait tenté de dire, que toute règle juridique, quelle qu'en soit la source, doit abroger ou modifier la règle antérieure, qu'elle contredit : la solution la plus récente doit l'emporter sur celles qui précèdent : c'est la loi même du progrès, adaptée à la jurisprudence positive. De fait, cette idée s'applique sans conteste, en cas de règles successives, provenant d'une source identique. Là-dessus repose, par exemple, toute la théorie de l'abrogation des lois anciennes par les lois nouvelles (voy. ci-dessus, t. I, p. 249, texte et note 3 (n° 94) ; et, *adde*, pour la coutume, ce qui a été incidemment indiqué, t. I, p. 415 et n. 3 (n° 129). — Mais, quand l'opposition s'établit entre sources de nature distincte, le triomphe de la plus récente, en cette qualité, n'est plus aussi certain et dépend, pour beaucoup, de sa nature (1). Si la loi, postérieure à la coutume, y déroge nécessairement, dans la mesure où elle la modifie, le principe inverse est loin de s'imposer. Et, tenant compte surtout des conditions actuelles de notre état social, j'ai admis, précédemment (n° 129), que la coutume ne pouvait ni effacer la loi écrite, ni y porter atteinte. A plus forte raison, mes développements antérieurs impliquaient-ils, que jamais la libre investigation scientifique ne fût fondée à proposer des règles, contraires à celles issues de la loi ou de la coutume, puisque je n'ai donné accès, dans mon système, à la recherche indépendante de l'interprète, que pour suppléer aux sources formelles ou pour en combler les lacunes (voy. ci-dessus, n° 155).

Au surplus, toutes ces solutions peuvent être rattachées à une idée plus générale, que j'ai signalée chemin faisant (ci-dessus, n° 169 *in fine*, t. II, p. 147-148), et suivant laquelle toutes les règles juridiques ne sauraient, au point de vue positif, dériver d'une source ou d'un procédé quelconques. Il en est qui, dans notre état social d'aujourd'hui, requièrent, pour leur précision complète, une consécration proprement légale : d'autres exi-

(1) Cpr. H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, § 68, p. 164. — BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*, 1886, note 35, p. 15.

gent, du moins, une reconnaissance coutumière ; à défaut de quoi, elles pourraient, sans doute, être appliquées *in concreto* par le juge, mais ne sauraient jamais passer en règles générales, ramenées à une décision abstraite. — Distinguer, par des caractères essentiels, les règles juridiques, à ce point de vue, et quant à la possibilité de leur consécration par les diverses sources, serait assurément un travail méritoire, mais qui supposerait la mise en œuvre de notre méthode, poussée bien plus loin qu'elle ne l'est aujourd'hui. Provisoirement, j'estime que l'instinct pratique peut suffire à diriger, en ce sens et dans la mesure nécessaire, les investigations du juriste (1).

En tout cas, c'est sur un point fort différent, que je voudrais attirer, pour l'instant, l'attention. La différence de valeur, des moyens distincts de l'interprétation, ne réside pas seulement dans leur productivité respective. Elle se traduit, d'une façon plus nette encore, dans l'énergie de chacun, et dans la force impérative, avec laquelle ils agiront sur l'interprétation et l'application concrète du droit dans la vie pratique. Sans doute, tous ces moyens, sources proprement dites ou procédés méthodologiques, tendent à diriger le juge, ou, si, l'on veut, à limiter sa faculté d'appréciation subjective. Mais, la direction, qu'ils lui proposent, les lisières, qu'ils lui assignent, n'auront pas toujours la même rigueur. Tantôt, ces moyens enchaîneront le jugement personnel, au point de ne laisser place à aucune décision indépendante. Tantôt, ils montreront simplement la voie et proposeront une solution, sans astreindre le juge à l'appliquer aveuglément (2). Entre l'injonction brutale d'une formule catégorique, édictée par l'autorité suprême, et la suggestion, timide, incertaine, discutable, de considérations d'utilité sociale, on conçoit qu'il y ait place pour une infinité de degrés, dont chacun doit rationnellement être doué d'une énergie proportionnée à la puissance et à la fermeté de son

(1) [Le problème, ici signalé, sera repris, sous un aspect un peu différent, dans le t. IV de *Science et technique en droit privé positif*, à propos de la distinction précise à établir entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif.]

(2) C'est ainsi (et même pour les partisans d'une méthode étroitement légale), que l'interprète a évidemment une latitude plus grande d'appréciation, relativement aux solutions implicites de la loi, que quant à ses décisions expresses. Voy. en un exemple dans Ch. BROCHER, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, p. 119.



origine. En raison même des innombrables nuances de toutes ces sollicitations du jugement, on ne peut songer à résoudre mathématiquement la question de leur force respective.

Mais, cette question prend un aspect plus concret, et comporte une précision relative, quand on l'envisage en son application pratique. Or, cette application se traduit très nettement dans le contrôle de la juridiction suprême, investie de la mission de veiller à l'unité et à la régularité de l'interprétation juridique (1). Sans préciser autrement encore le rôle de notre Cour de cassation, il est clair que, par là même qu'elle doit veiller, dans quelque mesure que ce soit, à l'exacte observation du droit positif, elle se trouve appelée à apprécier, de haut, l'énergie respective des moyens d'interprétation. Aussi bien, je ne fais aucune difficulté de reconnaître, que, seule, par sa haute suprématie et son action constante, la Cour de cassation peut assurer la saine mise en œuvre de la méthode juridique. C'est donc, en me plaçant sous cet angle très spécial et nettement déterminé, que je voudrais signaler, ici, comment les divers éléments de l'élaboration juridique sont loin d'avoir tous la même influence coactive sur les décisions de l'interprète (2).

**178.** — Les développements, relatifs à ce dernier point de mon travail, se trouvent amplement préparés, je dirai même notablement simplifiés, par les explications anticipées, que j'ai eu l'occasion de présenter, sur l'évolution historique du rôle régulateur du Tribunal de cassation, particulièrement depuis sa fondation par la loi des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790, jus-

(1) Ce point a été parfaitement senti par SAVIGNY. Voy., notamment, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 193, p. 194, p. 319-323. Cpr. *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 78. — Adde F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 1, IV, t. I<sup>o</sup>, 1899, p. 9.

(2) [Il est à peine besoin de remarquer, — car cela résulte de développements antérieurs (voy. notamment ci-dessus, t. I, p. 211 (n<sup>o</sup> 85) et t. II, p. 34-38 (n<sup>o</sup> 146), — que, tandis que les sources formelles (loi et coutume) créent, en cette qualité, des règles de droit de caractère général, devant s'appliquer à tous les cas qu'elles embrassent, les décisions, appuyées simplement sur la libre recherche, ne valent que pour l'hypothèse même qu'elles solutionnent et restent dépourvues d'autorité catégorique pour l'avenir. De ce fait, il existe une différence de valeur essentielle entre les résultats de la libre recherche scientifique et ceux des sources de droit positif proprement dites. — Comp. M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, p. 110-112 (§ 6, II, 3); p. 129 (§ 8, I, 2). Adde p. 79 (§ 4, V, 2).]

qu'à la consécration définitive de son pouvoir de contrôle positif par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 (voy. ci-dessus, nos 41 et 45). Nous avons vu, qu'instituée primitivement, pour venger la loi des atteintes flagrantes, qu'eussent portées à son texte les décisions judiciaires, la mission de notre Cour suprême s'était peu à peu amplifiée, tant par sa propre pratique, que sous l'influence parallèle d'un mouvement législatif, appuyant indirectement et accentuant tous ses progrès, jusqu'à lui conférer, à peu près, la direction souveraine de toute l'interprétation juridique.

Sans revenir sur cette évolution, il s'agit maintenant, pour nous, de nous prononcer au sujet de son résultat définitif : d'une part, en appréciant sa légitimité, d'autre part, en mesurant ses conséquences, du point de vue qui est spécialement le nôtre en cette étude.

Avant tout, il n'est peut-être pas sans intérêt, d'observer, qu'en fait, tout ce qui concerne l'étendue des pouvoirs de la Cour suprême dépend essentiellement de cette juridiction seule, et que, n'étant soumise elle-même à aucun contrôle (sauf, évidemment, une intervention législative, en cas d'abus), elle se trouve absolument maîtresse de sa compétence et de l'exercice de son pouvoir. Cela ne veut pas dire, assurément, qu'elle soit soustraite à toutes les règles supérieures. Mais, son appréciation subjective de ces règles ne comporte pas, dans le for extérieur, de limites matériellement infranchissables à son action (1). Et, il en résulte cette conséquence inévitable, que, si les juridictions, soumises à sa censure, s'avisent d'y échapper par des biais plus ou moins ingénieux, elles risquent fort de la voir augmenter ses pouvoirs et se dédommager, par une amplification de son rôle, de ce qu'on tente de lui ravir indûment (2). D'où il suit, que la jurisprudence de la Cour suprême, en tant qu'elle exprime la façon dont elle entend son rôle, doit, comme élément de l'organisation juri-

(1) Comp. E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, § 89, texte et note 4, t. I, 2<sup>e</sup> édition, 1898, p. 165.

(2) C'est ce qui s'est produit, maintes fois, à propos de la distinction du fait et du droit, dont il sera question ultérieurement (ci-dessous, n° 180). — Cpr. CHARMONT, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1894, nouv. série, t. XXIII, p. 78-79.

dique réellement existante (voy. ci-dessus, n° 167, t. II, p. 131), jouir d'une influence considérable, dans l'appréciation du point, que nous nous sommes proposés d'examiner ici.

Partant de là, je n'hésite pas, quant à moi, à reconnaître, que l'extension, du contrôle de la Cour de cassation, à tout le domaine proprement juridique, s'impose, aujourd'hui, comme absolument nécessaire, autant que parfaitement légitime (1). — Il est vrai, que cette conclusion excède notablement la mission assignée par le législateur à l'institution primitive, destinée seulement à sauvegarder le texte de la loi (art. 3, al. 1, décret des 27 nov.-1<sup>er</sup> décembre 1790 ; — voy. ci-dessus, n° 45, t. I, p. 88-90), et qu'elle ne résulte pas, d'une façon très nette, des développements législatifs subséquents, qui, tout en modifiant, notablement, la portée du contrôle suprême, sont, formellement du moins, restés fidèles à la pensée première de sa fondation (voy. les textes rappelés ci-dessus, n° 45, t. I, p. 91-94). — Mais, à défaut de loi précise, la souveraineté du pouvoir régulateur de la Cour suprême, dans toute la sphère juridique (réserve faite du domaine administratif), me paraît reposer inébranlablement sur une coutume, qui, ayant à sa base les empiètements successifs de la Cour de cassation elle-même, a déterminé une conviction juridique, dominant fortement les actes des intéressés, et les érigeant en une pratique, assez nettement caractérisée aujourd'hui, pour s'imposer à l'interprète (voy. ci-dessus, nos 119, 123, 149), sans, d'ailleurs, heurter la loi, d'une façon tellement flagrante, qu'elle encoure condamnation de ce chef (voy. n° 129 *in fine*, t. I, p. 415-417). — Au surplus, cette solution apparaît commandée par la nature des choses, et, à vrai dire, absolument nécessaire, pour garantir, en notre état social, une ferme organisation juridique. On ne peut, pratiquement, satisfaire au besoin de sécurité dans les droits, qui se fait si vivement sentir pour notre civilisation, luttant pour l'homogénéité centralisatrice contre tant de courants hostiles, que par le contrôle d'une juridic-

(1) [La même solution est admise — du moins *de lege ferenda* et réserve faite de l'art. 56 de la loi d'organisation générale fédérale, alors en vigueur, — en ce qui concerne l'application, de l'appel, ou de la révision (= cassation), aux décisions statuant, à titre de « *freie Rechtsfindung* », suivant l'article 1 du Code civil suisse de 1907, par M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, p. 111-112 (§ 6, II, 3).]

tion supérieure, qui, en dehors même de sa contribution à l'établissement de la vérité juridique abstraite (voy. ci-dessus, n° 419), trouve, dans l'organisation de la hiérarchie judiciaire, une arme ferme et décisive, en vue d'assurer à la vie pratique le règne, continu et sagement progressif, du droit (1). Mais, ce résultat, pour être complètement atteint, suppose que le contrôle suprême s'exerce dans tout le champ de l'investigation juridique. — Si les lois, qui l'organisèrent en France, avaient paru le restreindre à la sauvegarde du texte des lois écrites, c'était sous l'influence de l'erreur, alors dominante (voy. ci-dessus, nos 39-42), et suivant laquelle, sous le régime des codifications modernes, la loi pouvait et devait contenir toutes les solutions juridiques, de telle sorte qu'il suffît de garantir une exacte observation de son texte, pour assurer l'uniformité et la constance désirables dans l'application générale du droit. Bien que l'erreur de cette opinion se soit peu à peu dissipée (voy. ci-dessus, nos 43-50), celle-ci n'a jamais disparu assez complètement, pour entraîner une modification formelle de l'institution de la Cour de cassation. Et, ce n'est que grâce à la souplesse interne de cette haute juridiction, que l'on a pu, tout en étendant notablement sa mission primitive, s'accommoder de dispositions légales, qui paraissaient la limiter à un étroit contrôle de l'observation des textes écrits (n° 45). Même aujourd'hui, ces dispositions légales ne laissent pas que d'entraver, dans l'application, le libre exercice du pouvoir régulateur, puisqu'elles requièrent l'allégation d'un texte précis, pour régulariser un pourvoi, et le visa d'une loi formelle, pour justifier une cassation (art. 3 al. 1 et art. 17 décret des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790. — *Adde* ci-dessus, t. I, p. 88-90). — Je ne crois pas, cependant, que ces exigences de pure forme, auxquelles la pratique a su remédier par une large interprétation des textes qui les édictent (ci-dessus, t. I, p. 96-97), puissent atteindre le principe, aujourd'hui bien établi, de la souveraineté générale de notre juri-

(1) Comp. COURNOT, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, t. II, 1851, p. 129 : « Ce ne sont point tant les textes légaux qui limitent l'arbitraire du « juge, que la bonne organisation des pouvoirs judiciaires, leurs rapports hiérarchiques et la manière dont ils se contrôlent... »

diction suprême (1). Et, si certaines législations étrangères (2) ont su, profitant de notre expérience, échapper aux difficultés formelles, qu'a engendrées, chez nous, la conception, un peu étroite, de la Constituante, j'estime, qu'au fond, notre système positif se trouve aujourd'hui, par voie coutumière, tout aussi fermement établi dans un sens large, et que le résultat de cette évolution doit être approuvé sans réserve, par une reconnaissance du contrôle régulateur, en toute matière proprement juridique (3).

Je serais même disposé à dépasser un peu les prétentions effectives de notre Cour de cassation, telles que les a consacrées sa jurisprudence, et à supprimer certaines restrictions de son pouvoir régulateur, qui me paraissent peu en harmonie avec sa tendance générale en cette matière.

Je ne veux pas parler ici de la réserve, peut-être excessive, que s'impose la Cour de cassation dans le contrôle de l'interprétation des lois étrangères, qui doivent être appliquées en France. Par son contact étroit avec les principes du droit

(1) [C'est ainsi, par exemple, qu'un arrêt de Cass. civ., 22 novembre 1910, SIREY, 1914-1-393, annulant, pour défaut de base légale, un jugement, qui ne précisait pas les éléments de fait d'une absence de faute, manifeste l'intention de la Cour suprême, d'exercer sa censure sur la notion de la faute. Comp. encore Civ. cass. 24 novembre 1913, SIR., 1914-1-408. — Voy. aussi, sur le pouvoir, pour la Cour de cassation, de sanctionner les principes de droit, même non consacrés par un texte positif : Ch. LYON-CAEN, note. II, sous Req. rej., 30 octobre 1907, SIR., 1908-1, p. 114, col. 3. — Comp., en matière administrative, note M. HAURIOT, sous Conseil d'État, 19 décembre 1913, SIR., 1915, 3-1, faisant observer que, par cet arrêt, le Conseil d'État considère comme violation de la loi une violation du régime légal dans son ensemble, même à défaut de la méconnaissance d'un texte précis.]

(2) Je citerai, pour l'Empire d'Allemagne : les §§ 550 et 554, 1<sup>o</sup>, du Code de procédure civile, du 17 mai 1898 (reproduisant les §§ 512 et 516, 1<sup>o</sup>, du même Code, de 1877) cbn. § 12 (non modifié en 1898) de la loi d'introduction, du 30 janvier 1877 et § 13 de l'ordonnance impériale, du 28 septembre 1879. — Adde CHAVEGRIN, dans *Bull. de la Société de législ. comp.*, 1881-1882, t. XI, p. 245. [— Et, pour l'application, en cas de méconnaissance, par les juridictions contrôlées, d'un principe de droit, non positivement consacré en un texte : K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, A. Deichert, t. II, 1907, p. 173 (§ 93, IV, texte et notes 45 et 47).] — Cpr., pour la Suisse, loi fédérale du 22 mars 1893, art. 57, sur le recours en réforme devant le Tribunal fédéral, *Annuaire de législation étrangère*, 1894, p. 455 [texte non modifié par la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 6 octobre 1911, *Ann. de législ. étrangère*, 1912, t. 41, p. 563].

(3) A l'inverse, ne faudrait-il pas restreindre la censure de la Cour suprême, en matière de lois *parement formelles*, et ne l'admettre que pour réprimer la méconnaissance des *règles de droit* proprement dites ? En ce sens se prononcent la doctrine et la jurisprudence allemandes, sur lesquelles voy. : P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I<sup>er</sup>, 1888, p. 575, texte et note 1.

international, cette question fait intervenir dans le sujet des éléments de solution très spéciaux, et son examen m'amènerait à dépasser tout à fait l'horizon qui limite mon étude (1).

**179.** — Je ne puis négliger, au contraire, une limitation du même genre, proclamée par notre Cour suprême, et généralement approuvée par la doctrine française, en ce qui concerne le contrôle régulateur, s'exerçant relativement à la coutume, à son interprétation et son application même, dans la mesure, assez étroite d'ailleurs, où la coutume est admise, suivant l'opinion dominante, au rang d'une source juridique. — La question est, pour moi, d'autant plus importante, qu'ayant cherché à amplifier le champ d'action effectif de la coutume (voy. ci-dessus, 3<sup>e</sup> partie, chap. I, sect. II-III), j'ai, par là même, élargi l'intérêt du débat actuel, dont les termes ne varient pas, quelle que doive être la portée de sa solution.

Suivant une manière de voir, qui s'est affirmée de bonne heure dans la jurisprudence de notre Cour de cassation (2), et

(1) Je me contente de renvoyer à deux études substantielles de la question : A. COLIN, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, dans *Journal du droit international privé*, de CLUNET, 1890, t. XVII, p. 406-414, p. 794-807. — FÉRAUD-GIRAUD, *Du recours en cassation pour violation d'une loi étrangère*, dans *Revue de droit international*, 1892, t. XXIV, p. 233-262. — Adde notes d'A. PILLET, sous Cass. belge rej., 4 juin 1891, SIR. 93, 4, 9; sous Civ. cass., 2 août 1893, SIR. 95, 1, 449, III à V, p. 449-453; et sous Civ. cass., 17 janvier 1899, SIR., 99, 1, 177, notamment, II-III, p. 178-179. [— Voy., aussi, Cass. Turin, 26 mars 1904, SIR., 1907-4-15.] — Cpr. v. BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, § 39, t. I<sup>er</sup>, 1889, p. 141-144. — Et, sur une question analogue, se posant quant au droit musulman, appliqué aux sujets français en Algérie ou dans les Indes françaises, voy. : Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, 1892, n<sup>o</sup> 53, p. 61; et Civ. cass., 25 mars 1873, SIR. 73, 1, 333. [— Adde, pour l'interprétation de législations indigènes, en vigueur dans les colonies françaises : Req. rej., 5 juillet 1899, SIR., 1900-1-281 et note G. APPERT, ou D. P. 1902-1-193 et note LEVILLAIN.]

(2) Req. rej., 14 août 1817, Gazay, SIR. chron. — Req. rej., 11 juin 1825, Rollande, SIR. chron. — Req. rej., 27 juin 1836, Vasquez, J. PAL. chron. — Req. rej., 3 juillet 1844, SIR. 44, 1, 667. — En même temps, qu'elle refuse de casser, pour méconnaissance prétendue d'un usage, non visé par un texte de loi, la Cour de cassation décide : 1<sup>o</sup> que les juges du fond constatent souverainement l'usage contesté en fait. Req. rej., 23 février 1814, Montigny, SIR. chron. — Req. rej., 3 juillet 1844, SIR. 44, 1, 667. — Civ. cass., 24 juillet 1860, SIR. 60, 1, 897. [— Civ. rej., 30 juin 1909, SIR., 1909-1-495 (droit ancien de la Provence, sur l'établissement, de la servitude de passage, par destination du père de famille).] — 2<sup>o</sup> que leurs décisions ne peuvent être censurées, pour avoir appliqué la loi, nonobstant un usage contraire, même reconnu. Civ. rej., 23 janvier 1816, SIR. chron. — Civ. rej., 7 mai 1839, SIR. 39, 1, 353; — 3<sup>o</sup> qu'à l'inverse, même en matière commerciale, elles encourraient la cassation, si elles méconnaissaient le droit commun,

que le plus grand nombre des auteurs français n'hésitent pas à approuver (1), la violation d'un usage, juridiquement obligatoire, sauf le cas où la loi y a formellement renvoyé, ne donnerait pas ouverture à cassation, non seulement en ce sens que la Cour suprême ne saurait, pour rester fidèle à sa mission, vérifier les éléments de fait de la coutume, mais, plus encore, en ce sens que, l'existence de l'usage ayant été constatée ou déniée par les juges du fond, elle ne pourrait censurer leur décision, pour avoir omis d'appliquer ou faussement appliqué la coutume. — Sur ce second point, toutefois, des auteurs considérables se sont écartés de l'opinion commune, pour enseigner, qu'une fois vérifiée par les juges du fait l'existence de l'usage obligatoire, rien ne devait empêcher la juridiction régulatrice d'en contrôler l'application (2).

Sans accepter tous les motifs, présentés à l'appui de cette dernière opinion, et sans l'appliquer, comme on semble le faire, aux usages conventionnels, qui, nous l'avons vu (ci-des-

sans constater formellement l'usage, qui le peut écarter. Civ. cass., 15 janvier 1812, Michel, SIR. chron. — Cpr. Civ. cass., 11 février 1840, SIR. 40, 1, 565. — Au surplus, toute cette jurisprudence de la Cour de cassation paraît s'être établie, sans jamais nettement distinguer entre la coutume proprement dite et les simples usages conventionnels (sur cette distinction, voy. ci-dessus, nos 130-133). — Enfin, j'observe, que certains arrêts, plus récents, dénotent une tendance à contrôler l'existence des usages allégués, du moins quand ils représentent une vraie coutume juridique : Req. rej., 28 avril 1873, SIR. 73, 1, 450. — Req. rej., 18 février 1884, SIR. 85, 1, 205. — Cpr. Civ. cass., 29 juillet 1889, SIR. 89, 1, 377. — *Alias*, s'il s'agit d'usages conventionnels : Civ. rej., 25 juillet 1887, 2<sup>e</sup> espèce, Goux c. Rabinneau, SIR. 90, 1, 161. [— Req. rej. 13 novembre 1901, SIR., 1902-1-164. — Civ. rej. 8 janvier 1912, SIR. 12-1-168. — Comp. Req. rej., 2 juillet 1901, SIR. 1902-1-230. — Req. rej. 12 juin 1903, SIR. 1904-1-132. — Civ. cass. 28 juillet 1908, SIR., 1909-1-381.]

(1) MERLIN, *Répert. de jurisprudence*, v<sup>o</sup> Legs, sect. VII, n<sup>o</sup> II. *Questions de droit*, v<sup>o</sup> Intérêts, § 2. — TOULLIER, *Le droit civil français*, t. I<sup>er</sup>, 1839, n<sup>o</sup> 163, p. 129-130. — DURANTON, *Cours de droit français*, t. I<sup>er</sup>, 1844, nos 101-102, p. 65-66. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 23, texte et notes 5, 7, 8 et 12, t. I<sup>er</sup>, 1897, p. 75-76. — MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, n<sup>o</sup> 83, t. I<sup>er</sup>, 1874, p. 72. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, n<sup>o</sup> 22, 4<sup>e</sup> éd., 1890, p. 15. — Cpr. GARSONNET, *Traité de procédure*, § 1105, 3<sup>o</sup>, texte et note 16, t. V<sup>o</sup>, 1894, p. 572-573. [— *Adde* M. PLANIOL, *Traité élém. de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, 1911, p. 6, texte et note 4 (n<sup>o</sup> 14) ] — Certains auteurs vont plus loin, et paraissent exclure le contrôle de la Cour de cassation, même en cas de violation d'usages, auxquels renverrait expressément la loi : É. CHÉNON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, n<sup>o</sup> 47 *in fine*, p. 157. — CRÉPON, *Cassation en matière civile*, nos 2909-2912. Cpr. nos 2913-2925, dans *Rép. alphab.*, de FUZIER-HERMAN, t. IX. — HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, 1892, n<sup>o</sup> 52, p. 60-61.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, n<sup>o</sup> 85, t. I<sup>er</sup>, 1898, p. 84-85. — Cpr. DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, 1861, nos 266 et 272, p. 452 et p. 455. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, 1896, nos 19, 23 et 27, p. 16-17, p. 18-19, p. 21.

sus, n° 132-4°, t. I, p. 427-428), ne sont qu'une forme de la volonté tacite des parties (1), j'estime, quant à la coutume proprement dite, qu'il est essentiel d'en soumettre l'application au contrôle de la Cour régulatrice, par cette raison, à mes yeux péremptoire, qu'il y a là un élément essentiel de notre organisation juridique, dont la mise en œuvre intéresse, au plus haut point, la sûreté d'application du droit. Et, il importe peu, qu'il s'agisse d'usages locaux, professionnels, ou particuliers, à un titre quelconque, du moment que, suivant les principes posés précédemment (n° 122), ils feraient partie du système juridique positif (2).

Même, j'irais volontiers plus loin qu'on ne semble l'avoir proposé (3), et je serais bien tenté d'admettre, que la Cour suprême est fondée à vérifier l'existence ou le défaut d'une coutume contestée. Ce qui a paru devoir lui interdire ce rôle, c'est le caractère de pur fait, qu'on attribue volontiers aux règles coutumières. Mais, dans cette manière de voir, comme nous l'avons déjà remarqué à propos de la preuve de la coutume (voy. ci-dessus, n° 118, t. I, p. 353-355), il y a une forte part d'exagération, sinon même une erreur absolue. En soi, les règles coutumières, aussi bien que les règles légales, constituent de pures règles de droit. Et, quoique leur reconnaissance requière souvent un examen des faits, bien plus complexe que la critique d'un texte de loi écrite (cpr. n° 94 et nos 119-122), il faut bien, pourtant, que le juge, chargé de veiller à l'exacte application du droit, constate, en cas de doute, l'existence de celui-ci, si minutieux qu'en doive être le diagnostic. — Nulle part, il n'est édicté que la Cour de cassation puisse toujours se soustraire à tout examen de faits. Si on l'admet, quant aux circonstances concrètes des affaires qui lui sont déférées, c'est, ainsi que nous l'allons voir (ci-dessous, n° 180,

(1) Et qui, par suite, comme je l'ai dit ci-dessus (n° 132, 4°), échappent, en principe, au contrôle de la Cour suprême. — Comp. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, n° 45, p. 44; [4<sup>e</sup> éd. 1910, n° 51, p. 44. Cet auteur fait une réserve, pour les usages consacrés par une loi, telle que celle du 13 juin 1866.]

(2) [Comp., quand à la révision (correspondant, pour l'Empire d'Allemagne, à notre cassation), en matière de « Verkehrssitte », l'étude analytique, très fouillée, de P. CERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, A. Deichert, 1914, §§ 56-59, p. 488-520.]

(3) LYON-CAEN et RENAULT, BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *loc. cit.*



t. II, p. 204-207), parce que cette limitation permet seule de la contenir à son rôle exact. Mais, quand il s'agit de l'élément juridique, qui forme la base même de son contrôle, il est indispensable, qu'elle commence par en vérifier l'existence. Et, de même qu'elle pourrait avoir à constater une loi alléguée devant elle, dont l'existence ou le texte seraient mis en doute, de même il lui incombe nécessairement de constater les éléments d'une coutume contestée (1).

Enfin, ramassant ici toute ma pensée, et, dans un développement des mêmes motifs, appliquant également ma solution aux cas, où les règles de droit ne dériveraient pas de sources formelles (voy. ci-dessus, 3<sup>e</sup> partie, chapitre II) (2), je dirai, que le contrôle de la Cour suprême s'étend, par la nécessité même de sa mission, à toute la sphère de l'interprétation, proprement juridique (3).

**180.** — Cette formule même exclut, de son contrôle, l'examen des faits, qui spécifient les espèces concrètes, donnant lieu aux pourvois. — Cette exclusion, il est vrai, n'est pas nettement édictée par la loi organique du Tribunal de cassation. Mais, elle se trouve comprise dans une règle plus générale, qui, conforme d'ailleurs à la tradition historique, précise, seule, la portée de l'institution. En créant le Tribunal de cassation, on n'a pas voulu constituer un nouveau degré de juridiction (4), mais seulement établir, sur les jugements ren-

(1) Comp. conclusions de M. l'Avocat général PETITON, §§ 1-2, sur Req. rej., 18 février 1884, SIR. 85. 1, 205. — Voy. aussi : *Observations du Tribunal d'appel de Paris*, sur l'art. 4, titre II, du livre préliminaire, du Projet de Code civil, de l'an VIII, dans FÉNET, t. V, p. 92. [— Adde M. L'ÉVÈQUE, *La coutume comme source formelle de droit en droit français contemporain*, thèse de doct. Droit. Lille, 1905-1906, 1<sup>re</sup> partie, chap. VI, p. 96-101.]

(2) Comp. DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, n° 28, in fine, t. I, 1861, p. 65-66, dont je n'admets pas, d'ailleurs, la formule beaucoup trop vague (intérêt du commerce).

(3) [Comp. J. E. LABBÉ, note sous Civ. rej., 12 août 1885, en SIREY, 86-1-193 à 195. — Voy. aussi Civ. cass., 18 juillet 1907, SIR., 1909-1-22. — On sait que, depuis la loi du 22 décembre 1915 (modifiant l'article 15 de la loi du 25 mai 1838), les jugements des juges de paix sont soumis au recours en cassation, non seulement pour excès de pouvoir, mais aussi pour violation de la loi.]

(4) Comp. E. GARSONNET, *Traité de procédure*, § 39 cpr. § 40 ; t. I, 2<sup>e</sup> éd., 1898, p. 165-166 cpr. p. 78-79. Adde § 1108, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> ; t. V<sup>1</sup>, 1894, p. 580-583. — Voy. aussi décret des 29 sept.-21 octobre 1791, en forme d'instruction, pour la procédure criminelle, cité par DALLOZ, *Rép. alphabét.*, v° Cassation, t. VII, p. 24, note 7.

dus en dernier ressort, un contrôle de la régularité de leurs opérations, tant au point de vue des formes de procédure, que relativement à l'observation des lois (1). Et, pour circonscrire nettement ce contrôle, le législateur de 1790 a ajouté : « Sous  
 « aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal (de cassation)  
 « ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé  
 « les procédures ou le jugement, il renverra le fond des  
 « affaires aux tribunaux, qui devront en connaître, ainsi qu'il  
 « sera fixé ci-après » (2). C'était dire, d'abord, que, la mission de la juridiction suprême étant limitée à sauvegarder l'exacte observation des formes de procédure et le respect des lois, tout ce qui était en dehors de ces deux objets, notamment la constatation et l'appréciation des faits, échappait à sa censure. C'était dire, de plus, que la Cour de cassation ne pouvait, ni appliquer directement son interprétation aux espèces, ni même imposer cette interprétation aux juridictions soumises à son contrôle. — Sur ce dernier point, pourtant, je l'ai remarqué déjà (ci-dessus, n° 45, t. I, p. 94), le principe de la Constituante a été mis quelque peu en échec, d'une façon d'ailleurs très utile, par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 (3). D'autre part, je viens de rappeler encore (n° 178), que, sous l'influence d'une coutume progressive, correspondant aux exigences de la stabilité et de la sécurité juridiques, le contrôle de l'observation des textes législatifs s'était, fort légitimement à mon sens, amplifié et transformé en un contrôle de l'interprétation juridique, dans toutes ses manifestations. Mais, le système primitif subsiste tout à fait, et ne doit, semble-t-il, comporter aucune altération, en tant qu'il met à l'abri de l'appréciation régulatrice les faits, souverainement constatés par les juges du dernier ressort.

(1) Loi des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790, art. 3, al. 1 : « Il (le Tribunal de cassation) annulera toutes procédures, dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. » — Naturellement, je ne m'occupe, ici, que de la mission propre de la Cour de cassation, non des autres fonctions accessoires, dont elle est investie. Voy. notamment art. 2 loi 27 nov.-1<sup>er</sup> décembre 1790. — E. GARSONNET, *Traité de procédure*, 2<sup>e</sup> éd., § 95, t. I, 1898, p. 172-174.

(2) Art. 3, al. 3 loi des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790.

(3) Cpr. le § 565 du Code de procédure civile allemand, du 17 mai 1898 (reproduisant, avec légère modification, le § 528 du même Code, de 1877). — Adde E. CHAVEGRIN, dans *Bulletin de la Société de législ. comp.*, 1881-1882, t. XI, p. 250.

Il est vrai, que la distinction, que suppose ce système (entre le fait et le droit), relativement facile à opérer, tant que, s'en tenant à la pensée primitive de la loi de 1790, on limitait la mission du Tribunal suprême à contrôler strictement l'observation du texte de la loi, devient infiniment délicate, du moment qu'on étend cette mission à toute la sphère de l'interprétation juridique, notamment pour les cas où, à défaut de toute source formelle, cette interprétation devra s'exercer par voie de libre recherche scientifique (voy. 3<sup>e</sup> partie, chap. II). Dans ces cas, le droit sort, pour ainsi dire, des faits eux-mêmes, et il paraît bien difficile, de prétendre l'en isoler (1). — Mais, à quelque parti que l'on s'arrêtât dans la définition du rôle de la Cour suprême, cette difficulté était, dans une large mesure, inévitable, par cela seul, que son contrôle ne pouvait, à peine de rester inefficace, se cantonner à l'examen du droit en soi, et devait nécessairement porter aussi sur l'*application* du droit aux espèces elles-mêmes (2). C'est dans cette opération, toute concrète, de l'*application*, qu'apparaît bien, à l'état aigu, l'impossibilité de séparer, par des limites mathématiques, le domaine du droit, pleinement ouvert au contrôle de la Cour suprême, de celui des faits, qui doit lui rester fermé (3). Et, l'on sait, qu'en certaines matières, notamment dans les matières fiscales (4), ou dans celle des brevets d'invention (5), la Cour de cassation n'a cru pouvoir rester fidèle à toute sa mission,

(1) [A y bien regarder, le droit n'est guère plus, qu'une condensation des faits, envisagés sous un angle spécial (l'angle juridique). Et, ce qui était primitivement question de fait est souvent devenu, au cours du temps, question de droit. C'est ce qu'on pourrait observer, à propos, de l'existence ou des vices, du consentement, dans les actes juridiques, en comparant la théorie romaine à la nôtre.]

(2) Rappr. C. APPLETON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 1<sup>o</sup>, t. XXI, p. 241.

(3) [Comp. ce qui a été dit plus haut (n<sup>o</sup> 176 bis, t. II, p. 186-189), à propos du pouvoir discrétionnaire comparé à la libre recherche scientifique.]

(4) Cpr. A. WAHL, *Étude sur le rôle de la Cour de cassation dans les instances fiscales*, 1897. — CRÉPON, *Cassation en matière civile*, nos 2992-3004 (dans *Répert. alphabétique du droit français*, de FUZIER-HERMAN, t. IX). — Sur la contradiction, pouvant résulter de ce large contrôle, en matière fiscale, combiné avec le pouvoir souverain d'appréciation, reconnu, en principe, aux juges du fait, dans l'interprétation des actes juridiques, voy. note, sous Civ. rej., 9 février 1897, dans SIR. 97, 1, 165.

(5) Voy. notamment : POUILLET, *Traité des brevets d'invention*, 3<sup>e</sup> éd., 1889, nos 82-83, p. 114-115. Cpr. p. 117. — Rapport de M. le conseiller BABINET, sur Req. rej., 22 janvier 1878, SIR. 79, 1, 262. — Notes, sous Civ. cass., 11 juin 1898, dans SIR. 98, 1, 329; et sous Civ. cass., 16 janvier 1899, dans SIR. 99, 1, 69.

qu'en se faisant elle-même juge de certains points de fait, tandis, qu'en d'autres cas, comme pour l'interprétation des actes juridiques, elle a cherché à maintenir la distinction, sauf à en atténuer certaines conséquences, qui eussent paralysé son contrôle (1). — Ici, comme toutes les fois que, dans la vie juridique concrète, on a voulu séparer le droit des circonstances de fait auxquelles il s'adapte (2), les empiètements sont inévitables et l'arbitraire seul peut trancher certains conflits (3). Par bonheur, en notre matière, l'arbitraire souverain est aux mains d'une juridiction, éminemment haute, qui offre toutes les garanties désirables. Et, l'on ne peut vraiment lui faire grief, d'empiéter parfois sur le domaine du fait, lorsque le maintien de la séparation des deux ordres de questions (droit et fait) aboutirait à laisser les juges, soumis à sa censure, libres de se soustraire à celle-ci, en déguisant habilement de véritables décisions juridiques sous la trompeuse apparence de constatations de fait souveraines. Dévoiler ces supercheries et rectifier des appréciations mensongères, en vue de mieux assurer l'observation exacte du droit, ce n'est, de la part de la Cour de cassation, que rester fidèle à sa mission, en rompant les lisières capables de déjouer sa surveillance, et en usant, d'ailleurs, de la souveraineté, laissée à son action, par l'absence

(1) Comp. É. CHÉNON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, n° 48, p. 157-159. — J. CHARMONT, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1894, nouv. série, t. XXIII, p. 74-79. — CRÉPON, *Cassation en matière civile*, n° 3290-3354 (dans *Répert. alphab.*, de FUZIER-HERMAN, t. IX). — E. GARSONNET, *Traité de procédure*, § 1108, *in fine*, t. V<sup>1</sup>, 1894, p. 584-586. — *Adde*, à titre de comparaison : DÄNZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts und Thatfrage*, Jena, 1897 ; et, là-dessus, compte rendu de SCHNEIDER, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1898, t. XLVII, p. 131-135. [— Voy., aussi, sur la distinction des actes juridiques (fait) et de la loi (droit) : K. HELLWIG, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Leipzig, A. Deichert, t. II, 1907, § 89, p. 142-150, surtout p. 150 (§ 89, IV, *in fine*). — Dans certains cas, notre Cour de cassation en est venue, à ne plus tenir compte du pouvoir souverain des juges du fond, pour l'interprétation des conventions, et à contrôler elle-même cette interprétation. Voy. en un exemple remarquable dans la matière de la constitution de dot par père et mère, avec clause d'imputation sur la succession du survivant : Civ. cass., 2 mai 1899, *SIR.*, 1900-1-81 et la note d'A. ESMEIN.]

(2) Rappelons : 1° la distinction du *jus* et du *judicium*, dans la procédure romaine, sur laquelle voy. : L. B. BONJEAN, *Traité des actions*, §§ 23-25, t. I<sup>2</sup>, 1841, p. 37-45. *Adde* §§ 90-93, t. I, p. 207-243 ; 2° la délimitation des pouvoirs du Jury et de ceux de la Cour d'assises, dans notre procédure criminelle. Ch. BEUDANT, *De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury*, 1861.

(3) Voy. quelques idées, suggérées en vue de régler cet arbitraire, par E. CHÉNON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, n° 50-51, p. 162-169. — *Adde* DALLOZ, *Rép.*, v° Cassation, n° 1206-1234. *Suppl. au Rép.*, eod. v°, n° 257-264.

de tout pouvoir supérieur (voy. ci-dessus, n° 178, t. II, pp. 196-197). — Il n'en reste pas moins, que cet usage de sa souveraineté doit être limité à des circonstances exceptionnelles, et que, par conséquent, la distinction du fait et du droit demeure toujours la direction nécessaire, pour contenir, en ses bornes normales, la mission de notre Cour suprême (1).

Exagérant les défauts de cette distinction, et prétendant, à l'aide d'idées philosophiques, pénétrer plus avant dans les nécessités, auxquelles elle paraît répondre, COURNOT (2) a proposé de la remplacer, même au point de vue de notre droit positif, par une distinction plus fondamentale, dont il fait usage pour d'autres matières encore (3), entre *l'application purement logique et systématique des principes* et *l'appréciation consciencieuse du droit des parties*. Selon COURNOT, la cassation devrait avoir lieu, « non seulement si le juge est allé contre les « termes exprès de la définition légale, mais encore s'il est allé « contre les conséquences logiques, prochaines ou éloignées, « que l'on peut tirer de cette définition ou d'un système de « définitions pareilles, par voie de déduction et de discussion « doctrinale », tandis que la Cour suprême devrait se refuser à réviser les décisions rendues, par voie d'appréciation consciencieuse, sur des points échappant à la systématisation logique et comportant un pouvoir discrétionnaire, qui nécessairement serait souverain (4). — Je ne crois pas, pour ma part, que cette distinction de COURNOT puisse jamais remplacer la distinction traditionnelle, en tant que celle-ci doit fixer, *a priori*, les limites du domaine, où *peut* s'exercer la censure de la Cour suprême, et de celui où elle *doit* s'abstenir de

(1) Cpr. l'art. 57, al. 3, de la loi fédérale suisse, du 22 mars 1893 : « L'appréciation juridique erronée d'un point de fait est assimilée à la violation de la « loi. » *Ann. de législ. étrang.*, 1894, p. 455. [texte non modifié par la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 6 octobre 1911. *Ann. de législ. étrang.*, 1912, t. 41, p. 563.] — Voy. aussi §§ 554-3° et 561 du Code de procédure civile allemand, du 17 mai 1898 (reproduisant les §§ 516 et 524 du même Code, de 1877). — Adde encore, pour la mise en œuvre de la distinction : E. PICARD, *Le droit pur*, 1899, p. 208-210.

(2) *Essai sur les fondements de nos connaissances*, nos 298-299, t. II, 1851, p. 167-175. — Adde : *Matérialisme, Vitalisme, Rationalisme*, 1875, p. 216-217.

(3) C'est de cette façon, qu'il explique : 1° la distinction des pouvoirs du Jury et de la Cour d'assises, *op. cit.*, nos 287-295, t. II, p. 145-159 ; 2° la séparation du *jus* et du *judicium* en droit romain, *op. cit.*, nos 296-297, t. II, p. 159-167. — Adde encore, pour le fonctionnement possible du jury civil, n° 300, t. II, p. 175-176.

(4) *Essai sur les fondements de nos connaissances*, t. II, 1851, p. 173-174.

pénétrer. Non seulement la distinction de COURNOT ne trouve aucun appui positif dans les textes, qui ont organisé la Cour de cassation ; mais elle me paraît manquer tout à fait de la rigueur nécessaire, pour opérer une délimitation aussi essentielle, que celle qu'on lui fait produire (1). Et, au surplus, COURNOT, convenant lui-même qu'elle ne saurait être absolue (2), lui dénie par là l'unique supériorité, à laquelle elle eût pu prétendre. J'estime donc, qu'il faut refuser, à la distinction ainsi proposée, l'effet de pouvoir, de préférence à la distinction traditionnelle, séparer impérativement le champ d'examen ouvert à la Cour suprême, de celui qui reste réservé à la souveraineté des juges du fond.

Ce n'est pas à dire, cependant, qu'il n'y ait rien à retenir de cette distinction ingénieuse. Je crois, tout au contraire, que nous devons nous inspirer de sa pensée fondamentale, pour achever de préciser le rôle de la Cour de cassation, en matière d'interprétation juridique.

**181.** — En admettant que la Cour de cassation *pût* exercer son contrôle sur l'ensemble de l'interprétation juridique, je n'ai pas entendu dire, qu'elle *dût* brutalement casser toute décision, contrariant, dans une mesure quelconque, ce qu'elle tiendrait pour conforme à notre droit positif, en vertu de quelque source ou par quelque procédé de méthode que ce fût. Il s'agissait, d'abord, de préciser les termes et de fixer, pour ainsi dire, le maximum, de son action possible ; et, c'est à ce point de vue, que j'ai déclaré sa compétence, *susceptible* de s'étendre à toute solution de droit. — Il y a lieu, de nous demander, maintenant, dans quelle mesure, il devra lui convenir, d'user de la *faculté de censure*, qui lui appartient, de façon aussi large.

Ici, je ne me dissimule pas, qu'à beaucoup, sinon à tous, la question, telle que je la pose, paraîtra fort étrange. En général, on se représente la mission de la Cour suprême, comme la plaçant en présence d'une alternative, bien plus

(1) Voy. les explications et les exemples présentés par COURNOT, *op. cit.*, t. II, 1851, p. 171-173.

(2) *Essai sur les fondements de nos connaissances*, n° 299, *in fine*, t. II, 1851, p. 174-175.

catégorique : Étant donné un jugement, qu'on défère à sa censure, cette haute juridiction doit d'abord écarter tout ce qui rentre dans l'appréciation souveraine des juges du fond. Et, si elle rejette le pourvoi de ce chef, c'est, qu'en réalité, elle se reconnaît incompétente. Mais, du moment qu'elle n'a pas relevé pareille fin de non-recevoir, et qu'elle tient la question, à elle soumise, pour une de celles, qu'il lui appartient de réviser, elle devrait absolument se prononcer sur le mérite de la décision, rendue en droit. Est-elle en dissentiment avec les juges du fond, elle devrait casser sans pitié. Toutes les fois, au contraire, qu'elle rejetterait le pourvoi, ce serait, de sa part, une confirmation de la solution juridique, donnée en dernier ressort. — Sans doute, on est loin de s'entendre, sur la délimitation du domaine de l'appréciation souveraine, fixant indirectement le champ de la cassation possible. Et, — sans parler de l'opinion, presque abandonnée aujourd'hui, qui, s'en tenant à la pensée primitive de l'institution, n'admet le contrôle suprême, qu'en vue de réprimer la contravention expresse à la loi, — indépendamment encore de la manière de voir, la plus répandue, excluant de ce contrôle la violation de maximes ou principes juridiques non consacrés par un texte, la fausse application de lois étrangères sans violation de la loi française, la méconnaissance de coutumes non appuyées à la loi..... etc. (voy. ci-dessus, nos 45, t. I, p. 96-97 et nos 178-179, t. II, p. 199-201), — on a pu, non sans quelque apparence de raison, soutenir que la Cour de cassation ne pouvait, sans outrepasser la loi de son institution, casser une décision, pour atteinte à l'analogie, ou méconnaissance évidente de l'équité naturelle (1). — Mais, dans tous ces cas, qu'on le remarque bien, le rejet était considéré comme imposé par les bornes mêmes du rôle de la Cour suprême. Et, dans la mesure où s'exerce légitimement son examen, on ne semble pas avoir jamais douté, que celui-ci dût nécessairement se traduire, par une critique ou par une approbation, formelles, du point de droit, qui en forme l'objet.

Or, c'est en cela que je voudrais, quant à moi, m'écarter de

(1) PONCET, *Traité des jugements*, n° 535, t. II, 1822, p. 294-295. — CRÉPON, *Cassation en matière civile*, nos 3055-3056, dans *Répert. alphab.*, de FUZIER-HERMAN, t. IX.

l'opinion dominante. Tout au rebours de celle-ci, je me sens porté à considérer, que, placée en face d'une véritable question de droit, dont l'examen lui appartienne certainement, suivant l'idée fort large, que je me suis faite de ses pouvoirs (voy. ci-dessus, nos 178-179), la Cour de cassation, pour répondre à l'esprit même de son institution, n'a pas toujours à se prononcer catégoriquement pour ou contre la solution prise ; qu'elle doit mesurer sa censure à l'énergie de la règle de droit méconnue ; que, par conséquent, et au point de vue pratique, le rejet d'un pourvoi peut, parfois, signifier de sa part, un *non liquet*, ou, plutôt, un *non expedit*, parfaitement légitime. — C'est ici surtout, qu'il importera de remarquer, qu'aucune contrainte positive ne bride l'appréciation de notre juridiction suprême (voy. ci-dessus, n° 178, t. II, p. 196-197). Même, la loi de son institution ne lui impose de prononcer la cassation d'un jugement, que pour contravention expresse à la loi. Hors de là, et par quelque mobile qu'elle se dirige, elle ne se soustrait à aucune injonction impérative, elle ne se dérobe pas à sa mission sagement comprise, en rejetant le pourvoi, élevé contre une décision, qui ne lui paraît pas formellement condamnable. Par là même, il ne pourrait être question d'opposer à la solution, que je propose, la règle générale, édictée, pour toutes juridictions, par l'art. 4 C. civ. franç. — Dira-t-on, que je l'ai condamnée par avance, en admettant la plénitude du contrôle de la Cour suprême, comme résultant d'une coutume, qui aurait complété, sur ce point, l'horizon trop étroit de sa loi primitive (voy. ci-dessus, n° 178, t. II, p. 197-200). Mais précisément, cette coutume, si elle a élargi la *possibilité* de la censure suprême, ne l'a jamais rendue *obligatoire*, hors des termes de sa première institution. — J'ajoute que, si l'on scrute la nature des choses, pour en dégager les exigences de l'utilité générale, il me paraît incontestable (et c'est ce que je vais montrer à l'instant), qu'à tous égards, la Cour suprême doit être ménagère de sa censure, et que, si elle veut tenir un compte exact de la valeur respective des sources juridiques, ou des procédés de méthode de l'interprétation positive, elle se gardera de sanctionner, indifféremment et uniformément, par des cassations



sans merci, la méconnaissance ou la négligence de chacun de ces moyens.

Préciser davantage cette indication générale, et déterminer, à l'égard de chaque variété d'incorrections juridiques, l'attitude à prendre par la Cour de cassation, ne se pourrait faire, qu'en entrant dans tout le détail des questions, et en dépassant tout à fait mon horizon général actuel. Aussi bien, ainsi comprise, la question serait à peine de notre compétence. Dans la sphère qui lui est réservée, la Cour suprême, non moins que les juridictions sujettes à sa censure, a droit à son appréciation souveraine. Et, il ne peut guère qu'être abandonné à son tact, de savoir, sous quelle forme il conviendra qu'elle exerce son contrôle, pour répondre au mieux à la fin supérieure de sa mission. Ce n'est donc, que d'un point de vue très général, pour achever de fixer l'opinion que j'ai émise, et en même temps pour la justifier en la précisant un peu, que je puis signaler ici les tendances, suivant lesquelles il me paraît que la Cour de cassation donnerait une sage et heureuse direction à sa censure dans le sens indiqué.

Tout doit dépendre de la gravité des reproches juridiques, encourus par les décisions qu'on lui défère, et du rapport, plus ou moins étroit, de ces reproches à la loi qui commande la cassation (art. 3 loi des 27 nov.-1<sup>er</sup> déc. 1790).

La loi écrite est-elle en cause? Si elle a été ouvertement méconnue dans son texte, sans aucun doute, la cassation s'impose. J'en dirai autant, si elle est violée (par défaut d'application, fausse application, ou fausse interprétation) dans son esprit, quand celui-ci se dégage d'éléments internes, qui entourent le texte d'un contact immédiat, et sont nécessaires pour lui donner toute sa valeur (voy. ci-dessus, nos 101-102). Tandis que la solution devient beaucoup plus douteuse, et ouvre place à l'appréciation des juges suprêmes, si leur conviction, sur le sens exact de la loi, ne s'est formée, qu'au moyen d'éléments étrangers au texte, comme les travaux préparatoires, par exemple (voy. ci-dessus, nos 103-105). En pareil cas, ils auraient à se demander, si cette conviction est assez forte, pour entraîner condamnation péremptoire de la décision contraire.

S'agit-il d'une coutume, suppléant la loi, que les juges du

fond auraient négligé ou refusé, soit de reconnaître, soit d'appliquer ? J'ai déjà indiqué (ci-dessus, n° 179, t. II, p. 202-203), qu'en pareil cas, le contrôle de la Cour suprême s'exerce avec pleine légitimité. Mais, j'ajouterai ici, qu'à mon sens, ce contrôle ne doit aboutir à une censure positive, traduite dans une cassation, que si la Cour régulatrice a pu s'assurer sans ambages de l'existence et du contenu de la coutume, de façon à en constater, dans l'espèce, une violation flagrante, pour un cas où elle eût dû être appliquée (Cpr. ci-dessus, nos 113-129).

Mais, c'est surtout, sur les points, où, à défaut de sources formelles, l'interprétation s'exerce par voie de libre recherche scientifique, que l'appréciation, laissée à la Cour suprême, apparaîtra comme d'une extrême délicatesse. Quand la solution semblera dictée par une analogie précise (cpr. nos 165-166), elle n'hésitera guère à l'imposer. Hors de là, et lorsque, faute de tout appui juridique positif, le jugement ne sera guidé que par des procédés purement scientifiques (cpr. nos 167-169), elle devra, ce semble, considérer, à la fois, l'opportunité d'une solution catégorique, et le degré de certitude des procédés qui y conduisent (1). Et, pour ma part, je comprendrais parfaitement que, tant qu'il n'y aurait pas nécessité impérieuse d'unifier la jurisprudence sur le point douteux, tant que, d'autre part, la clarté ne paraîtrait pas acquise relativement à sa solution, les magistrats suprêmes préférassent laisser passer également des opinions divergentes, plutôt que de consacrer, sur une question non prévue par la loi écrite, une solution définitive prématurée. — Je sais bien, que la Cour de cassation n'est, pas plus qu'un autre de nos tribunaux, liée par ses précédents, et qu'elle ne s'est pas fait faute de changer, sur bien des points, sa jurisprudence. Mais, ces changements ont les plus graves inconvénients, pour

(1) On échapperait ainsi au principal inconvénient de la cassation pour *fausse interprétation* des lois, dont le Tribunal d'appel de Bordeaux, dans ses observations sur le projet de Code civil de l'an VIII, demandait la suppression, afin de conserver toute son utilité à ce qu'il appelait l'interprétation de doctrine : « Comme « on ne peut assujettir cette interprétation à des règles fixes, il est à craindre « que tous les jugements, dans lesquels le silence ou l'obscurité des lois aura « forcé les magistrats d'y recourir, ne soient réformés sous ce prétexte, par le « Tribunal de cassation. » (FENET, *Recueil complet des trav. préparat. du Code civil*, t. III, p. 178).

la certitude de la vie juridique. Et, s'il faut affirmer énergiquement leur légitimité, de principe, il convient de restreindre, autant que possible, leur fréquence, dans l'application. Si les arrêts de notre Cour suprême n'ont plus, en aucun cas, un caractère réglementaire, quand ils affirment une solution juridique précise, ils agissent bien un peu, en fait, sur notre pratique, à la façon des anciens *arrêts de règlement*. Dès lors, de tels arrêts, dans les cas que le législateur a abandonnés à la controverse, ne devront intervenir, que suivant l'exemple des anciens arrêts de règlement, « quand la matière est de « conséquence, qu'elle arrive souvent, et que leur autorité « peut s'étendre jusqu'à les déterminer pour toujours » (1). — Hors de là, un arrêt de rejet, évitant de se prononcer catégoriquement, et réservant le point de droit litigieux, sera souvent la mesure la plus sage.

De cette sorte, la jurisprudence de la Cour de cassation, s'établissant par degrés et à la longue, en des éléments d'autant plus fermes qu'ils seront plus mûris, aura tous les titres légitimes, pour contribuer à ces solides formations coutumières, qui, constituées par les pratiques appuyées à une jurisprudence établie, doivent représenter, à l'heure actuelle, comme je l'ai montré précédemment (nos 123 et 149), le meilleur complément formel de la loi écrite.

**182.** — Et maintenant, n'ai-je, en tout ce qui précède, exprimé qu'une opinion personnelle, sans aucune chance sérieuse d'influer sur une manière de faire nettement arrêtée en sens contraire ? — Assurément, je ne voudrais pas imputer à notre plus haute juridiction toutes les témérités que je viens d'émettre. Même, je conviens sans peine, qu'*a priori*, il me semblerait très hasardé, de vouloir chercher, dans sa jurisprudence, à propos d'idées de leur nature aussi fuyantes, que celles que j'agite ici, la confirmation ou l'infirmité d'un système préconçu quelconque. — Mais, il me plaît, aussi bien d'ailleurs qu'il me suffit, de relever, dans quelques exemples, glanés, un peu à l'aventure, des indices, assez nets, d'une tendance, bien vague et bien timide, je le reconnais, à ne pas

(1) Duxod, *Traité des prescriptions*, Dijon, 1730, p. 105, *in fine*.

censurer positivement certaines solutions de droit, sans, d'autre part, les approuver formellement.

Il est vrai, que la Cour de cassation ne s'est pas imposé, d'une façon générale, une ligne de conduite aussi réservée. Et, à propos de questions infiniment délicates, qui lui ont paru devoir être tranchées, à côté, sinon même à l'encontre, du texte légal, elle n'a pas hésité à adopter, d'emblée, une solution positive très hardie. — Ainsi, tout en paraissant se prononcer, malgré le texte [primitif] de l'art. 331 C. civ. franç., pour la validité de la légitimation des enfants incestueux, par un mariage contracté avec dispenses, DURANTON avait cru prudent d'ajouter : Mais il faut le dire, si un arrêt rejetait la légitimation, comme il serait rendu en conformité de la *lettre de la loi*, il serait à l'abri de la censure de la Cour suprême ; et probablement, s'il l'avait admise, il ne serait point, non plus, cassé ; du moins, nous ne serions pas d'avis de la cassation » (1). Saisie de la question, par trois pourvois presque simultanés, en 1867, la Cour de cassation a été bien plus osée. Et, tandis qu'elle rejetait celui formé contre un arrêt, qui avait reconnu valable la légitimation, elle cassait, par des motifs identiques, les deux arrêts qui l'avaient repoussée, affirmant ainsi, très positivement, son sentiment sur la question (2). — En d'autres cas, on l'a vue exercer sa censure, en s'appuyant sur une pure conception juridique, que la loi ne consacrait pas nettement. Et, l'on a pu s'étonner, par exemple, que l'idée du prétendu mandat, liant entre eux les débiteurs solidaires, permît de casser un arrêt, qui en avait méconnu une conséquence (3). — Ces exemples, — et combien d'autres, qu'on y pourrait ajouter, — montrent simplement que, maintes fois, notre Cour régulatrice s'est sentie assez sûre de son jugement, pour le planter carrément, malgré l'absence ou même, en dépit de la contradiction, d'un texte. Et

(1) DURANTON, *Cours de droit français*, 4<sup>e</sup> édition, 1844, t. III, n<sup>o</sup> 177, *in fine*, p. 172.

(2) 2 Civ. cass., et 1 Civ. rej., 22 janvier 1867. SIR. 67, 1, 49. — Voy. la note (1), EM. MOREAU, sous ces arrêts, en SIR. *loc. cit.*, col. 1-2. [— Aujourd'hui, la question de validité de la légitimation des enfants incestueux semble bien tranchée affirmativement, d'après le nouveau texte, donné à l'article 331 C. civ. franç., par la loi du 30 décembre 1915.]

(3) Voy. note d'A. TISSIER, sous Civ. cass., 16 décembre 1891, SIR. 93, 1, 81 ; notamment : p. 82, col. 1, *in fine*.

assurément, cela ne choque en rien, pour le principe, l'opinion que j'ai proposée.

A l'inverse, je n'invoquerai pas, à l'appui de cette opinion, l'attitude, tout opposée, que la Cour suprême a prise et maintenue énergiquement, à l'égard d'autres questions, qu'elle s'est purement refusée à résoudre, malgré leur caractère général et manifestement juridique, parce qu'il lui a paru, que le législateur avait entendu en réserver délibérément la solution aux juges du fait (1) : ainsi, en matière de conversion de la séparation de corps en divorce, pour l'appréciation juridique des faits et circonstances, de nature à justifier la conversion, à la demande de l'un ou de l'autre des époux séparés (2) ; ou, à propos des expertises civiles, pour la détermination des causes de récusation, proposées contre les experts, en dehors des circonstances prévues par l'art. 283 (c. pr. civ. art. 310) C. pr. civ., dont l'énumération est tenue pour non limitative (3) ; ou encore, quand il s'agit d'« apprécier les circonstances, susceptibles ou non, de nécessiter la dation d'un conseil judiciaire » (4) ; [enfin, plus récemment, quand il s'est agi de définir les « assurés facultatifs », de la loi du 5 avril 1910, art. 36 (5).] — Dans les cas de ce genre, bien qu'il fût très plausible, de souhaiter l'établissement de principes généraux, qui pussent diriger l'interprète au milieu de la variété des faits, bien que, théoriquement, on se trouvât en présence de véritables questions de droit, on a pu croire, que la prédominance des considérations individuelles, de personnes ou de circonstances, mêlait si intimement le fait au droit, qu'elle supprimait toute appréciation proprement juridi-

(1) Comp. CRÉPON, *Cassation en matière civile*, n° 3057, dans *Rép. alphab.*, de FUZIER-HERMAN, t. IX.

(2) Civ. rej., 12 août 1885, et la note remarquable de J. E. LABBÉ, dans *SIR.* 86, 1, 193. — Req. rej., 11 janvier 1887, *SIR.* 88, 1, 374. — Req. rej., 11 février 1889, *SIR.* 89, 1, 225. — Req. rej., 13 juillet 1891 et Req. rej., 25 juillet 1892, *SIR.* 92, 1, 503. — Et, sur l'usage, que les juges ont fait de cette liberté d'appréciation : J. HITIER, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884*, dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1895, t. VII, p. 72-83.

(3) 2 Civ. rej., 6 janvier 1897, *SIR.* 98, 1, 81 ; et la note d'A. TISSIER, III, p. 83. — Comp., pour les reproches des témoins : Req. rej., 3 mai 1899, *SIR.* 99-1-312.

(4) Req. rej., 13 juin 1898, *SIR.* 99, 1, 29. *Adde* les références de la note.

(5) [Cons. Civ. rej., 26 juin, 11 novembre, 13 novembre 1912, *SIR.*, 1912-1-553, et la note de J. RUBEN de COUDER.]

que (1). En tout cas, la Cour de cassation est évidemment partie de cette idée, pour décliner toute révision des jugements du fond, sur ces points. — Et, si, parfois, on l'a vue hésiter et reprendre, en des cas analogues, son droit de contrôle (2), c'est simplement, qu'elle arrivait à mieux isoler le droit du fait, et à distinguer les solutions générales et abstraites des appréciations particulières et contingentes. Il y avait là, seulement, un nouveau témoignage du lien, presque indestructible, rattachant au règlement juridique proprement dit les faits, qui en forment le contenu nécessaire. (Voy. ci-dessus n° 180, t. II, p. 204-206).

Mais, on peut citer d'autres hypothèses, où, placée en face d'une véritable décision de droit, et n'y découvrant pas une atteinte suffisamment nette à la loi ou aux principes du droit positif, la Cour suprême a rejeté le pourvoi, formé contre elle, sans s'approprier formellement sa doctrine, ni lui en opposer positivement une autre, semblant dès lors réserver la question. — J'observe cette prudente manière de faire, dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 11 mars 1896, statuant sur la préférence à établir entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, dont les contrats, parvenus en même temps à la Conservation des hypothèques, avaient été transcrits dans l'ordre inverse de leurs dates respectives (3), aussi bien que dans un arrêt de la Chambre civile, appelée à apprécier une décision prise sur le domicile de la tutelle d'un

(1) On peut dire, qu'il y a lieu, dans ces cas, à une *appréciation morale*, non à une *appréciation légale*, des faits, suivant la distinction proposée par É. CHÉNON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, p. 166-167 ; — ou, plus exactement peut-être, que l'appréciation juridique est absorbée par la loi dans l'appréciation morale. [— Rapp. ce qui a été dit ci-dessus (t. II, p. 188, n° 176 bis), à propos du *pouvoir discrétionnaire*. — Et voy. encore, en matière de sépulture, pour la désignation des personnes, à qui il appartient de déterminer la forme et le lieu des obsèques d'un défunt n'ayant pas exprimé sa volonté à cet égard : Req. rej., 24 mars 1903, D. P. 1903-1-295 et *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 645.]

(2) Ainsi, dans la question de l'appréciation des caractères de la possession susceptible d'effets juridiques ; — sur laquelle, voy. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *De la Prescription*, n° 297, 2<sup>e</sup> édit., 1899, p. 189-192. — Voy. pourtant, encore : Req. rej., 1<sup>er</sup> mars 1899, Sir. 99-1-320.

(3) Req. rej., 11 mars 1896, Sir. 98, 1, 92. — Voy., quant à la portée de cet arrêt, la note de L. BALLEYDIER, sous Orléans, 4 mars 1896, Sir. 98, 2, 25 ; notamment, p. 28, col. 2.

enfant naturel, pour fixer la compétence du conseil de famille qui l'organise (1).

La même tendance apparaît plus nette encore, à propos des questions les plus controversées, rentrant dans le conflit international des lois (*lato sensu*) privées. Et ici, se marque, de plus, une évolution curieuse, répondant bien aux *desiderata*, que j'exprimais plus haut. — Pendant longtemps, frappée sans doute de l'incertitude et de l'inconsistance des théories du droit international privé, la Cour de cassation évite d'engager son opinion sur ces questions. Et, du moment qu'on ne lui présente pas une méconnaissance formelle de la loi française, elle rejette volontiers les pourvois, formés en ces matières, sans prendre nettement parti dans les controverses (2). Peu à peu, à mesure que les doctrines se confirment et se précisent, elle précise elle-même sa jurisprudence et finalement arrive à formuler des solutions positives. — Qu'il me suffise d'en rapporter une application typique, relative à la question, bien connue, de savoir quelle loi doit régir l'état et la capacité de l'étranger en France. On sait, que cette question n'est pas prévue *in terminis*, sous cette forme générale, par le Code civil de 1804, qui, dans son art. 3 al. 3, résout seulement, au profit de la loi française, la question inverse, se posant, quant à l'état et la capacité des Français à l'étranger. Aussi, en 1833, appelée à apprécier une décision, qui paraissait avoir méconnu, à propos d'obligations contractées en France par une femme étrangère, l'incapacité, édictée contre celle-ci par sa loi nationale, la Cour de cassation déclarait-elle, que cet arrêt ne pouvait avoir violé l'art. 3 C. civ. franç., et rejetait le pourvoi formé contre lui (3). En 1860, au contraire, elle proclame, comme une « conséquence du principe, « reconnu par l'art. 3 C. civ., de la distinction des lois réelles « et des lois personnelles, que celles-ci, qui régissent l'état « et la capacité des personnes, suivent les Français même

(1) Civ. rej., 10 novembre 1896, D. P. 99, 1, 209 ; — avec la note de Léon MICHEL, qui paraît s'étonner fort de la réserve de la Cour suprême, *ibid.*, p. 209, col. 2.

(2) Comp. DEMANGEAT, dans *Journal du droit internat. privé*, de CLUNET, 1874, t. I, p. 12-16.

(3) Civ. rej., 17 juillet 1833, SIR. 33, 1, 663. — Cpr. Ch. BROCHER, *Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, 1862, p. 119.

« résidant en pays étranger, et suivent également en France « l'étranger qui y réside » ; et elle casse un arrêt, qui avait méconnu cette dernière solution (1). Enfin, dans une décision plus récente (2), elle tire toutes les conséquences de sa doctrine, et, en même temps qu'elle la confirme nettement, elle la dépasse, en quelque façon, puisqu'elle manifeste l'intention d'étendre son contrôle à l'application de la loi étrangère, en pareil cas. De telle sorte, qu'on a pu, sans exagérer les choses, trouver, dans ce dernier arrêt, le principe de toute une évolution nouvelle, en faveur du pouvoir de censure, que se reconnaîtrait la Cour suprême, pour tous les problèmes du droit international privé (3).

C'est par une évolution analogue, bien que moins régulière en ses phases successives, que je chercherais à expliquer, sinon à justifier, la position, en apparence fort équivoque, prise par la Cour suprême, dans la question des caractères déterminateurs des obligations naturelles (4). — On a dit, quelquefois, que la Cour de cassation abandonnait la solution de cette question au pouvoir discrétionnaire des juges du fond (5). Et, je conviens que cette manière de voir peut s'autoriser de quelques arrêts, qui paraissent bien avoir refusé *a priori* de réviser certaines décisions, qui se basaient, en droit, sur la reconnaissance de devoirs de conscience, servant de cause légitime à une obligation civile (6). Mais, il est à remarquer, que les espèces de ces arrêts présentaient, à juger, par la Cour suprême, la question de savoir, quelles circonstances pouvaient valoir comme causes d'engagements civils, qui ne fussent

(1) Civ. cass., 28 février 1860, SIR. 60, 1, 210.

(2) Civ. cass., 17 janvier 1899, SIR. 99, 1, 177.

(3) A. PILLET, note sous l'arrêt précité, dans SIR. 99, 1, p. 178, col. 3 et p. 179, col. 1.

(4) Sur la jurisprudence de la Cour suprême, en cette matière, voy. note de L. BALLEYDIER, sous Civ. rej., 5 avril 1892, dans SIR. 95-1-129, notamment les §§ II-V de la note (2-3-4).

(5) BAYLE-MOUILARD, sur GRENIER, *Traité des donations*, § 158, note (a), t. II<sup>e</sup>, 1846, p. 11. — MASSÉ et VERGÉ, sur ZACHARIE, *Le droit civil français*, § 525, note 4, t. III, 1857, p. 344. — Comp. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1235, n° 6, t. IV<sup>e</sup>, 1885, p. 61-62 ; — et BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II<sup>e</sup>, 1897, n° 246, p. 170, qui, d'ailleurs, ne se prononcent pas sur le rôle de la Cour de cassation.

(6) Civ. rej., 3 décembre 1813, Bourgoin, SIR. chron. — Req. rej., 10 mars 1818, Labat, SIR. chron. — Req. rej., 22 août 1826, Colnet, SIR. chron. — Req. rej., 21 novembre 1831, SIR. 32, 1, 383. — Cpr. Civ. rej., 3 août 1846, SIR. 46-1-502.



point des donations, et que, dans l'incertitude encore régnante sur la théorie juridique de la cause, la Cour de cassation a eu volontiers recours à sa jurisprudence, alors si large, en faveur du pouvoir souverain des juges du fait, relativement à l'interprétation des actes de volonté (voy. ci-dessus, n° 180, t. II, p. 204-206), pour se contenter de l'indication d'une cause quelconque, en laissant aux juges du fond le soin de la déterminer, d'après la volonté des parties (1). — En tout cas, ces arrêts sont déjà anciens. Et, ce qui prouve que, dès cette époque, la Cour régulatrice n'entendait pas abdiquer tout contrôle sur la définition juridique de l'obligation naturelle, c'est qu'on rencontre des arrêts, du même temps, cassant des décisions, soit, pour avoir reconnu à tort (2), soit, au contraire, pour avoir méconnu (3), des obligations de cette sorte. — Ce qui est certain surtout, c'est que le plus grand nombre des arrêts récents n'ont rejeté les pourvois, formés contre les décisions proclamant des obligations naturelles, et consacrant leurs effets, qu'en approuvant positivement la détermination fixée par les juges du fond, ce qui implique qu'ils entendaient bien la réviser, et de telle façon que la jurisprudence de la Cour suprême permet aujourd'hui de reconnaître, comme incontestables, à ses yeux, certaines causes d'obligations naturelles (4). — Que si, l'on rencontre encore, il est vrai, d'autres arrêts de rejet, dans lesquels la Cour suprême semble avoir évité de se prononcer (5), cela prouve tout simplement qu'elle

(1) Cpr. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 297, *in fine*, t. IV<sup>4</sup>, p. 11-12; [5<sup>e</sup> éd., p. 14-15;] et, sur ce passage : L. BALLEYDIER, note dans SIR. 95, 1, p. 130, col. 2. — Voy. aussi : Nîmes, 16 février 1832, SIR. 32, 2, 315 et Req. rej., 23 juillet 1833, SIR. 33, 1, 535. — Adde BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Des Donations entre vifs et des Testaments*, n° 1140, t. I, 1895, p. 475.

(2) Civ. cass., 11 avril 1820, Chaylan, SIR. chron. — Civ. cass., 5 mai 1835, SIR. 35, 1, 466.

(3) Voy., du moins, Civ. cass., 3 juillet 1811, Rigaud, SIR. chron. — Cpr. Ch. réun., cass., 26 juillet 1823, Delorme, SIR. chron.

(4) Voy. déjà : Civ. rej., 3 août 1814, Enregistrement, SIR. chron. — et, surtout, Req. rej., 26 janvier 1826, de Lauzon et Berland, SIR. chron. — Req. rej., 10 décembre 1851, SIR. 52, 1, 41. — Req. rej., 22 mai 1860, SIR. 60, 1, 721. — Civ. rej., 19 décembre 1860, SIR. 61, 1, 370. — Req. rej., 1<sup>er</sup> décembre 1863, SIR. 64, 1, 158. — Civ. cass., 15 janvier 1873, SIR. 73, 1, 29. — Civ. rej., 29 avril 1873, SIR. 74, 1, 127. — Req. rej., 20 novembre 1876, SIR. 77, 1, 69. — Cpr., encore, Req. rej., 5 mai 1868, SIR. 68, 1, 251.

(5) Req. rej., 4 août 1859, SIR. 60, 1, 33. — Civ. rej., 27 mai 1862, SIR. 62, 1, 566. — Cpr. Civ. rej., 5 avril 1892, SIR. 95, 1, 129, et la note de L. BALLEYDIER, §§ V-VI. — Rapp. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 9 octobre 1894, SIR. 96, 4, 6.

n'a pas cru devoir prendre parti sur toutes les causes alléguées, et que, le caractère de certaines de ces causes restant encore indécis, à ses yeux, elle croit plus sage de réserver, en ce qui les concerne, son pouvoir de censure. On sait, en effet, que la définition déterminative de l'obligation naturelle ne peut être arrêtée en un schème général et abstrait. Il ne peut s'agir que de fixer, peu à peu, les diverses causes de ces obligations, méritant reconnaissance juridique. — Dès lors, il est aisé de concevoir, qu'ici, trouve pleinement à s'exercer cette souplesse dans l'interprétation régulatrice, qui m'a paru devoir caractériser le rôle essentiel de notre plus haute juridiction.

Ces quelques exemples suffiront, je pense, à montrer comment, ainsi comprise et développée, la sage intervention de la Cour suprême se trouverait appelée, avec l'autorité supérieure, qui lui appartient, à assigner leur valeur respective, à chaque source, comme à chaque procédé, de l'interprétation du droit. C'est dire, que toute la mise en œuvre de la méthode, dans son application positive et pratique, serait placée sous la direction effective de notre juridiction la plus élevée. Aucune direction ne saurait être plus sûre, ni donner plus de garanties aux exigences de la vie juridique.

---

## CONCLUSION

SOMMAIRE : 183. Pensée maîtresse de la présente étude. — Ses conséquences. — 184. Objections et réponses. — 185. Nécessité d'une interprétation riche en moyens, pour satisfaire à la mission sociale du droit positif. — 186. Importance de la méthode, au point de vue scientifique. — 187. Résumé final.

**183.** — J'ai dû, dans les pages qui précèdent, pour faire saisir tout le fonctionnement pratique du système d'interprétation juridique, tel que je le comprends à l'heure actuelle, présenter des développements de détail, un peu minutieux parfois, et dont la complexité pourrait jeter un trouble sur l'unité même de cette théorie, si je ne cherchais, pour finir, à en embrasser la synthèse, d'un coup d'œil plus général, et à mettre en relief la pensée maîtresse, qui la domine.

Cette pensée maîtresse, je crois pouvoir l'énoncer ainsi : Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles, issues de la nature des choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus ou moins libre, des éléments sociaux, qu'il a pour objet d'ordonner en vue du bien commun (1). Directement inspiré par la justice et l'utilité générale, son essence le place donc fort au-dessus des sources formelles, qui n'en sont que des révélations empiriques, destinées seulement à diriger les jugements humains de façon plus précise, mais, en soi, toujours incomplètes et imparfaites.

La loi écrite, par exemple, sur laquelle notre science juridique positive prétend aujourd'hui édifier tout son système, ne peut être tenue pour autre chose, qu'une *information*, très limitée, du droit, résultant d'un ensemble d'injonctions, consacrées par un organe supérieur, à l'effet d'établir, sans conteste, quelques règles, qui ont paru susceptibles d'une formule nette, ou pratiquement indispensables (2). — De là, personne n'hé-

(1) Comp. encore : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 12, t. I, 1893, p. 68-71.

(2) [Ce point sera repris, à propos de la loi écrite, envisagée comme élément de la technique juridique, par Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit privé positif* (prêt à paraître).]

sitera à conclure, que la décision légale tombe sous le coup du jugement rationnel, et, notamment, qu'on la peut critiquer librement, en vue d'une réforme future. — Ne faudrait-il pas aller plus loin, et cette fois jusqu'à l'extrême, en admettant l'inefficacité nécessaire, dans le domaine positif, des lois, qui heurteraient un droit essentiel et choqueraient, pour ainsi dire, notre profond instinct de certaines exigences sociales ? C'est une question, qui ne se peut résoudre que pour un pays et à une époque donnés, en tenant compte de la rectitude générale du jugement commun, en matière de droits individuels, aussi bien que du sentiment profond, de respect de l'autorité sociale, nécessaire pour contrebalancer le danger d'anarchie, que recèle en germe cette doctrine. Aussi bien, j'ai réservé la question (1). — Mais, sans contester, ici, au moins à titre d'expédient indispensable, la force impérative absolue de la loi écrite, je crois avoir montré, que la considération exacte de sa nature nous conduit nécessairement à assigner une portée limitée à ses décisions. Et, en donnant à celles-ci toute l'amplitude qu'elles comportent, on constate, sans peine, que, provenant d'une intelligence et d'une volonté humaines, essentiellement bornées dans leurs visées, elles laissent, à côté d'elles, un grand nombre de points non prévus, auxquels d'autres organes sociaux devront pourvoir.

Parfois, la loi écrite sera complétée et précisée par la coutume. Et, bien que celle-ci ne paraisse plus avoir, dans les conditions actuelles de notre organisation sociale, qu'un champ d'action fort étroit, j'ai montré, qu'elle conservait toujours sa force productive indispensable, et qu'appuyée à l'autorité ou à la tradition, qui n'en sont que les rudiments, elle méritait d'avoir encore, dans notre civilisation, une place importante.

A défaut de toute direction formelle, et pour les points nom-

(1) Voy. ci-dessus, n° 35, *initio*, t. I, p. 70, note 2. — J'ajouterai seulement, ici, que la solution, que je laisse entrevoir, pourrait bien constituer le remède, non pas *formel*, mais *foncier*, à cette tyrannie de l'individu par les pouvoirs publics, qui paraît le plus grave écueil de notre démocratie contemporaine. Cpr. C. BENOIST, *Le pouvoir judiciaire dans la démocratie*, dans *Revue des deux-mondes*, n° du 15 octobre 1899, t. CLV, p. 905-923. [— La question sera reprise et étudiée, plus à fond, dans le t. IV (à paraître ultérieurement), de *Science et technique en droit privé positif*, à l'occasion des rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit.]

breux qu'il ne trouve nettement résolus ni par la loi ni par la coutume, le jurisconsulte n'aura d'autre ressource que de scruter directement la nature des choses, et d'interroger lui-même les éléments sociaux, dont il doit fixer la règle. — Dans cette vaste complexité de données nécessaires, il devra faire des classifications nombreuses, et distinguer les objets d'investigation, suivant le degré de lumière et de certitude qu'ils lui apportent. Il devra surtout, comme le ferait le législateur lui-même, doser ces objets d'après leur nature propre, et déterminer les lois de leur harmonie, en tenant les yeux fixés vers l'idéal de justice ou d'utilité sociale, qu'il faut, avant tout, satisfaire ; se gardant d'abuser d'une systématisation, toute en logique, qui doit seulement diriger sa pensée, ou lui procurer les moyens, purement techniques, de régir les situations proposées à son jugement (1).

En deux mots, tous les éléments d'investigation sociale doivent jouer leur rôle dans l'œuvre de l'interprétation juridique, à la condition, seulement, de savoir reconnaître la valeur propre de chacun et de les hiérarchiser en conséquence. D'autre part, il serait vain de prétendre enchaîner toutes les solutions requises par la vie, en un système de théorèmes précis et que dominerait la logique pure. Tout en cherchant une précision indispensable, il ne faut pas perdre de vue, que la nature même des problèmes à résoudre laissera toujours une place nécessaire à l'appréciation subjective de l'interprète. Il suffit, que cette appréciation soit contenue en des lignes essentielles, et guidée, dans son action, par des éléments supérieurs, empruntés à l'ordre objectif (2).

**184.** — Contre ces idées, qui me paraissent si simplement vraies, que je les vois s'enchaîner comme en une série de truismes, je m'attends à deux sortes d'objections, en sens

(1) [Voy. ici encore : Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., dont 2 parus en 1914 et 1915 ; — et, pour l'application, 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.]

(2) [Comp. le système, résultant de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse de 1907, d'après M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, *passim*, notamment § 8, Schluss, I, Resultate, p. 127-131. — Et, à ce sujet, voy. ci-dessous : Épilogue ajouté à la seconde édition du présent livre. Chapitre troisième. Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907, nos 201-204.]

inverse. — Les uns, sans doute, nous diront : Vous supprimez la stabilité du droit et la sécurité qui en résulte. C'est à l'arbitraire du juge, que tendent, au fond, vos conclusions. Par là même, elles sont inacceptables. — D'autres, au contraire, seront portés à contester toute originalité à notre méthode : Il n'y a rien de nouveau dans ce que vous proposez, nous dira-t-on en ce dernier sens. Sous une forme ou sous une autre, l'interprétation juridique a, toujours et nécessairement, joui de la latitude que vous réclamez pour elle.

De ces deux critiques opposées, la seconde n'est pas pour me déplaire. Et, je suis tout prêt, quant à moi, à accepter cette assertion, que la méthode, dont j'ai cherché à établir les bases, reste conforme, dans son esprit, aux plus sûres traditions de la jurisprudence civile (1). Je demande seulement, d'une part, qu'on en accepte ouvertement toutes les conséquences, au lieu de se confiner dans un culte aveugle des textes et des conceptions logiques, d'autre part, que, tenant compte du mouvement moderne et de notre état de civilisation, on reconnaisse la place, que doivent prendre, dans l'investigation actuelle du juriste, les procédés de la science sociale.

Mais c'est ici, que, de l'autre côté, on insistera sur le danger de l'arbitraire, en faisant sentir, qu'à défaut du terrain ferme de la loi, et de l'appui solide des constructions abstraites, l'interprète, livré à son sentiment subjectif, manquera de toute règle précise, et laissera, par là même, la vie pratique exposée à toutes les incertitudes du jugement personnel. — L'objection pourrait nous arrêter, si le système traditionnel donnait ici plus de garanties en faveur de la vérité objective. Il n'en est rien. Ce n'est que par une illusion, purement décevante, qu'on s'imagine trouver, dans une étroite interprétation des textes légaux, étayée des raisonnements d'une logique abstraite, une base vraiment ferme de solutions juridiques (2).

(1) [Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, p. 38 (n° 11).]

(2) Ce qui a pu engendrer l'illusion, c'est, qu'en pratiquant ce système d'interprétation, notre jurisprudence est arrivée à une fermeté de solutions juridiques, répondant au besoin de sécurité, premier besoin de la vie des affaires, et que personne ne consentirait à négliger. — Mais, cette certitude relative, dans la direction pratique, résulte, purement et simplement, de notre forte hiérarchie

En réalité, dès qu'on excède la pensée concrète du législateur, on ne trouve plus, dans la loi, que ce que l'on veut y mettre, et les procédés classiques ne donnent qu'une sûreté apparente à l'élaboration juridique. Parlons net. De quelque façon que l'on s'y prenne, on n'arrivera pas, en présence de sources formelles insuffisantes, ou s'adaptant inégalement aux faits, à ravir toute influence à l'appréciation subjective du juge. Ne vaut-il pas mieux, dès lors, chercher à limiter celle-ci, par des éléments objectifs, tirés de la réalité des choses, plutôt que de dénaturer la plus sûre de nos sources formelles, la loi écrite, pour lui arracher, par force, des préceptes, qu'elle ne saurait contenir, ou d'abuser de la logique, pour la substituer indûment à l'enseignement de la vie même? — Au fond, toute la question est là; et, quand on la pose ainsi, j'imagine que sa solution ne peut plus longtemps rester douteuse (1).

La légitimité de la méthode ainsi établie, par sa nécessité même, il est, je crois, facile de montrer, en outre, que, seule, elle peut assurer un véritable progrès du droit dans le sens social, en même temps que donner à nos études le caractère, élevé et indépendant, qui puisse les mettre à leur rang dans la hiérarchie scientifique de notre époque.

**185.** — Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale (2).

Cette vie, cette lutte, supposent et impliquent un organisme,

judiciaire, dominée par le contrôle suprême de la Cour de cassation. (Cpr. COURNOT, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, t. II, 1851, p. 129, passage cité ci-dessus, t. II, p. 198, note 1). Et, cet organisme formel garantira de même les solutions, que suggérerait une autre méthode; aussi bien que, dans la doctrine, c'est la tradition seule, qui maintient l'unité de vues essentielle. Voilà, ce qu'il ne faut pas perdre de vue, pour reconnaître, en toute indépendance, la méthode la mieux adaptée à l'objet de nos recherches.

(1) J'ai à peine besoin de prévoir le reproche d'arbitraire, — faisant échec à la loi, sous prétexte de l'interpréter, — qu'on trouve si énergiquement formulé par nos anciens auteurs (Voy. citations dans LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 273). — Ce grief n'est décisif, qu'à l'encontre de ceux, qui recommandent au juge de plier la loi à ses propres idées. Je n'ai, nulle part, reconnu pareil pouvoir à l'interprète. Voy., tout au contraire, ci-dessus, nos 97-99, 101, 106.

(2) R. VON JHERING, *Der Kampf um's Rechts*, 6 Aufl., 1881, p. 1-13; trad. de MEULENAERE, *La Lutte pour le Droit*, 1890, p. 1-15.

incessamment productif, qui reçoit tous les éléments du dehors, et les élabore en lui-même, pour les projeter ensuite dans son champ d'activité propre. De cette façon, seulement, le droit peut rester maître du mouvement, qu'il doit sans cesse diriger. — A l'heure actuelle, par exemple, le besoin paraît se faire sentir, d'introduire, en notre organisation positive, plus de fraternité profonde, ou, comme on dit volontiers aujourd'hui, de solidarité sociale (1), c'est-à-dire, tout simplement, ce me semble, de mieux égaliser les conditions de la lutte entre les activités rivales, d'assurer une répartition des profits plus exactement proportionnée aux efforts et aux besoins de chacun, d'atténuer les rigueurs excessives du droit individuel, en considération de l'intérêt social et commun (2). On peut différer d'avis, sur l'importance, qu'il convient d'attribuer à ces aspirations, et, surtout, sur les moyens d'y satisfaire. Mais leur existence n'est pas, je crois, contestable, et il serait plus que téméraire, [il serait dangereux,] de passer outre, en semblant les ignorer. Or, comme la plupart des idées, qu'elles renferment, ne se peuvent réaliser efficacement, qu'en passant dans la vie juridique, il faut, donc, que celle-ci trouve, en soi, un instrument d'assimilation toujours actif. Ce ne peut être que l'interprétation et l'application mêmes du droit positif en vigueur.

Ici, je le sais, on nous arrêtera, pour nous dire : Mais n'avez-vous pas la législation, incessamment active, et, comme telle, suffisante à tout ? — C'était là, nous l'avons vu (ci-dessus, nos 38-39), l'idéal, rêvé au XVIII<sup>e</sup> siècle, et que le XIX<sup>e</sup> semblait devoir réaliser absolument : fixer, à un moment donné, tout le droit désirable en une vaste codification ; et, à partir de celle-ci, réserver, au seul législateur, le soin de satisfaire les

(1) Voy. notamment : GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*. Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, dans les séances des 27 mars et 3 avril 1886, avec la discussion qui a suivi ; dans *Séances et Travaux de l'Académie*, 1886-1<sup>o</sup>, t. CXXV, p. 843-895, et 1886-2<sup>o</sup>, t. CXXVI, p. 129-165. — GIERKE, *Die sociale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889. — A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890. — STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896. — L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 1896. — Cpr. M. LENOY, *L'esprit de la législation napoléonienne*. Essai d'une étude critique, thèse de doct., Droit, Nancy, 1897-1898.

(2) Comp. F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, § 1, III, t. I<sup>o</sup>, 1899, p. 6-9. — Voy., encore, pour une adaptation de notre droit à l'état économique d'aujourd'hui, sous un autre point de vue : C. TURGEON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 300.



exigences de la vie juridique, en complétant ou transformant lui-même son œuvre. On cherchait, en même temps, à assurer l'intervention du législateur, soit par le système du référé, tantôt offert, tantôt imposé, aux juges (ci-dessus, n<sup>os</sup> 40, 42), soit par le moyen, plus souple, mais plus aléatoire encore, des révisions législatives, provoquées (1), ou périodiques (2). — A l'application, ces divers expédients, destinés à tenir en haleine l'activité législative, se sont montrés impuissants, et, finalement, à peu près stériles (3). En fait, on a dû se contenter de l'initiative, gouvernementale ou parlementaire; et, c'est sur elle seule, qu'il faut compter aujourd'hui, pour mettre le droit écrit, en vigueur, au courant des modifications sociales, par voie législative. — Or, j'admets bien, qu'un pareil système peut suffire, en tant qu'il s'agirait d'apporter un changement véritable à la loi écrite existante. Bien plus; dans cette mesure, l'intervention législative me paraît s'imposer, par cela même que je n'aperçois, dans notre civilisation actuelle, aucun autre organe, qui soit fondé à détruire le droit écrit existant, ou même à lui faire échec par voie de modification

(1) Pour la France, je ne vois guère à citer, comme disposition générale répondant, assez vaguement, à cette tendance, que l'art. 86 de la loi du 27 ventôse an VIII, ainsi conçu : « Le Tribunal de cassation enverra chaque année au Gouvernement une députation pour lui indiquer les points sur lesquels l'expérience « lui aura fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation. » — Cpr. *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, I Anhang, 1803, § 2; ad §§ 47-48 et § 50 de l'*Einleitung*. — Loi d'introduction au Code de commerce portugais, du 28 juin 1888, art. 5. — Code civil Espagnol, du 24 juillet 1889. Dispositions additionnelles, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>. — Voy. encore SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, 1840, p. 197-198.

(2) Le système des révisions périodiques, des lois ou Codes, a été, jusqu'ici, plus vanté que pratiqué. Voy. notamment : ED. SCHRADER, *Die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen*, 1815; et, là-dessus : SAVIGNY, dans *Vom Beruf unsrer Zeit*. Erste Beylage, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 183-186. — Cpr. : J. UNGER, *Österreich. Privatrecht*, t. I<sup>o</sup>, 1876. Anhang, p. 649. — E. ROGGIN, *Observations sur la codification des lois civiles*, dans *Recueil de la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne*, publié en 1896, p. 95-100. — Voy., comme application : Code civil Espagnol de 1889. Dispositions additionnelles, 3<sup>e</sup>.

(3) Quant au système français des référés au législateur, voy. ci-dessus. n<sup>o</sup> 44. — La mission, confiée à la Cour de cassation, par l'art. 86 de la loi du 27 ventôse an VIII, précité (t. II, p. 227, note 1), ne paraît pas avoir jamais été sérieusement exercée. Voy. E. GARSONNET, *Traité de Procédure*, t. I<sup>er</sup>, 1898, § 94, *in fine*, texte et note 6, p. 172. — Enfin, je ne rappelle, que pour mémoire, la Commission de révision, instituée par l'ordonnance du 20 août 1824, dont voy. le Rapport au Roi, dans *Moniteur universel*, du dimanche 25 décembre 1825, partie officielle, p. 1693-1695. Son travail n'était guère qu'une œuvre de « consolidation », au sens anglais du mot.

coutumière (voy. ci-dessus, n° 129). — Mais, quand une règle nouvelle peut s'introduire dans les espaces laissés libres par la loi (1), et pour combler les lacunes de celle-ci, ou en compléter le système sans contrarier ses dispositions, n'est-il pas excessif, d'exiger encore, comme condition *sine qua non* des moindres innovations, la mise en mouvement de l'appareil législatif? Et, celui-ci restant inactif [ou trop lent], n'est-il pas véritablement antisocial, d'interdire à la jurisprudence toute marche en avant? — Qu'on le remarque bien. Il s'agit, alors, d'introduire, dans l'organisation juridique, des éléments, qui, sans atteindre les grandes lignes de l'édifice établi, le complètent par de précieux aménagements, que suggèrent les besoins sociaux eux-mêmes, et souvent d'une importance capitale pour la pratique. — Sans doute, à la rigueur, le législateur pourrait opérer lui-même les réformes. S'il les réalise, rien de mieux. Mais, vraiment, on ne peut se fier à lui, pour suffire à tout. Son intervention doit rester relativement rare, en matière de droit privé. Il n'est même pas désirable, que les plus menues règles, destinées à satisfaire des intérêts nouvellement reconnus ou mieux compris, soient, toujours et de suite, rédigées en articles de lois (2). Bien plus, alors que la loi peut combler elle-même ses lacunes, cela ne saurait être sans délai ni sans préparation. Or, la vie n'attend pas. Fût-il dépourvu de tout guide formel, l'interprète doit répondre à ses instances. Durant le sommeil du législateur, il faut bien qu'il applique le droit de son chef, préparant en même temps la tâche, que l'organisme formel devra achever à son réveil (3).

Au surplus, l'exemple de tout le passé juridique nous montre, mieux que tout raisonnement, la nécessité, à côté de la force proprement législative, d'un organe plus souple, formant le droit en l'appliquant, tout au moins pour remédier aux insuffisances de la loi : à Rome, l'*interpretatio* des juristes et le pouvoir prétorien ; plus tard, au moyen-âge surtout, la

(1) Comp. Ed. LAMBERT, *De contrat en faveur de tiers*, Paris, 1893. Introduction, p. V-VI.

(2) Comp. encore : Ed. CUG, *Les institutions juridiques des Romains. L'ancien droit*, 1891, p. 728.

(3) Comp., pour la période préparatoire à la nouvelle codification japonaise : TOMI, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1897-1898, t. XXVII, p. 185.

conscience commune formant la coutume ou s'exprimant dans les tribunaux populaires ; dans les temps modernes, la pensée philosophique, traduite par les doctrines du droit naturel et pénétrant chez des juges imbus de l'esprit scientifique. — Comment penser, qu'aujourd'hui, le mouvement, si intense, des idées sociales, ne puisse trouver un interprète légitime, et comme un intermédiaire, pour pénétrer jusqu'à la vie, dans l'élaboration par voie doctrinale, préparant directement la tâche de la justice agissante (1) ?

Aussi bien, notre jurisprudence contemporaine n'a jamais absolument méconnu son rôle, ni son pouvoir, en ce sens. Plus que jamais aujourd'hui, elle se sent appelée, dans la mesure d'indépendance que lui laissent l'abstention ou les lenteurs du législateur, à compléter le droit existant, suivant les besoins sociaux, même parfois, comme en matière de droit international privé, à construire de véritables théories, en harmonie avec la civilisation actuelle. Ce faisant, non seulement elle n'excède pas son droit, mais elle satisfait simplement à sa mission. Et, la fixité d'interprétation, qui en résulte, si précieuse pour garantir la certitude du droit dans la vie pratique, n'offre plus aucun danger sérieux, du moment qu'elle ne prétend pas traduire, sur tous les points qu'elle résout, une loi parfaite et infrangible. — Loin donc de décourager, par des exigences surannées, cette jurisprudence progressive, la doctrine ne peut mieux faire que l'appuyer, en cherchant à éclairer ses procédés, et à imprégner davantage d'un véritable esprit scientifique ceux qui les mettent en œuvre (2).

Par là, seulement, l'interprétation, dans son ensemble, contribuera, pour sa part, à assurer ce rôle social du droit, que l'on a justement signalé comme notre tâche capitale de l'heure présente (3). Cette tâche, j'en suis convaincu, peut, en bonne partie, être accomplie sur la base de nos codes modernes ; à

(1) Comp. encore : R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, 5<sup>e</sup> éd., 1894, § 8, *initio*, p. 18. — E. PICARD, *Le droit pur. Permanences juridiques abstraites*, 1899, § XCVII, p. 197-199.

(2) Sur la nécessité d'une sérieuse formation scientifique des juges, voy. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3<sup>e</sup> éd., 1840, p. 125-130. [— Adde ci-après : n° 205 (Épilogue. Chapitre quatrième. Le mouvement « du *freies Recht* » dans les pays austro-allemands).]

(3) A. MENGER, *Du rôle social de la science du droit*, dans *Revue d'économie politique*, 1896, t. X, p. 62-76 ; notamment, p. 70-73.

la condition seulement, qu'on veuille n'en retenir que ce que le législateur y a positivement établi, et qu'on sache reconnaître le vaste champ, laissé à la libre investigation scientifique, par une interprétation des textes réduite à sa juste mesure. Ainsi, nous pouvons espérer, mieux encore que n'a fait la science allemande, appuyée sur les textes romains, édifier un ensemble juridique, de nature à satisfaire aux besoins du jour. Et, transposant un mot célèbre (1), nous pourrions dire, en travaillant à achever l'édifice de notre droit privé commun : Par le code civil, mais au-delà du code civil (2).

**186.** — Tel est donc le capital mérite, d'une saine méthode d'interprétation juridique, que, seule, elle permet au droit positif, de réaliser sa mission propre, en se pliant, sans compromettre ses points d'appui fixes, aux exigences, mieux connues ou successives, de la vie sociale. En même temps, cette méthode est nécessaire, pour garantir au droit, dans l'ordre de nos connaissances, un caractère véritablement scientifique. Et, bien que ce second avantage puisse paraître peu considérable, en présence de l'objectif purement pratique de la jurisprudence, il ne faut pas méconnaître, pourtant, que, mise à part toute question de mots, il est nécessaire, pour confirmer le premier (3), aussi bien que pour donner crédit à nos solutions juridiques, aux yeux du public intéressé, en lui montrant que, par delà les formules légales et la technique ésotérique, nous savons atteindre le fonds de justice ou d'intérêt commun, sans lequel il n'est pas de droit digne de ce nom (4).

La conception actuelle de la science, essentiellement basée

(1) « *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus!* » R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, t. I<sup>r</sup>, 1891, p. 14. Cpr. *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, 1857, p. 52.

(2) [Comp. M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, § 8, Schluss, III, Art. 1 und die Praxis, p. 135-148, touchant l'influence de l'article 1 du Code civil suisse de 1907 sur la pratique (principalement judiciaire).]

(3) Non seulement, parce que, sans appui scientifique, la libre recherche resterait désemparée, mais à raison de l'influence nécessaire, que l'enseignement du droit exerce sur la pratique. Quant à ce dernier point, voy. J. UNGER, *Österreich. Privatrecht*, t. I<sup>r</sup>, 1876. Anhang, p. 641-647.

(4) [Comp., relativement à l'influence, de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse de 1907, sur la science du droit : M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, § 8, Schluss, IV. Art. 1 und die Rechtswissenschaft, p. 148-152.]

sur l'autonomie interne de la raison, interprétant les réalités objectives (1), exclurait incontestablement de son domaine une discipline, purement autoritative, qui, dominée par des textes infrangibles, s'attacherait seulement à en reconnaître le contenu, en y ajoutant, tout au plus, une mise en œuvre purement logique au moyen de procédés presque mécaniques. Aussi bien, tous ceux, aujourd'hui, qui veulent faire place au droit dans le cadre de la science contemporaine, s'efforcent-ils d'y rattacher la critique législative, en plaçant les solutions positives sous l'égide des principes sociaux qui les dominent (2). — Ainsi dirigé, je crains beaucoup, que l'effort ne reste impuissant, si même il ne tourne contre le but de ses auteurs. En tout cas, il me paraît n'en être résulté jusqu'ici, qu'une scission, plus profonde, entre les disciplines proprement juridiques et celles, dont l'ensemble compose ce qu'on peut appeler la politique sociale, sous ses diverses formes (3). Si l'on veut sérieusement la fusion et la compénétration des deux ordres de recherches, il faut découvrir le lien, plus intime et plus profond, qui les fait dépendre l'un de l'autre, à tel point que chacun, tout en ayant son objectif distinct, ne puisse atteindre celui-ci, qu'en utilisant et s'assimilant l'autre. — Il n'est pas besoin d'un grand effort de réflexion, pour se rendre compte, que les sciences sociales, prises en elles-mêmes, ne peuvent préciser leurs investigations et concrétiser leurs résultats, qu'en tenant compte de l'organisation juridique, voire même de certains détails de sa technique (4). Et, si on l'a pu mécon-

(1) Comp. A. SABATIER, *Les facultés de théologie protestantes et les études scientifiques dans les Universités*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1892, 2<sup>e</sup>, t. XXXVI, p. 401-402.

(2) Voy. notamment : TAINÉ, *Les origines de la France contemporaine. Le régime moderne*, t. II, 1894, p. 204-206. — Cpr. : L. LIARD, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, 2<sup>e</sup>, t. XVIII, p. 116-117. — A. BÉCHAUX, *Le droit et les faits économiques*, 1889, p. 27-31. — C. TURGEON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 274-312, et 1895, 2<sup>e</sup>, t. XXX, p. 215-216, p. 220-222. — DESPAGNET, même revue, 1891, 1<sup>o</sup>, t. XXI, p. 533-560, et 1891, 2<sup>e</sup>, t. XXII, p. 1-24. — R. BLONDEL, *Discours prononcé à la séance de rentrée des Facultés de Nancy*, le 22 novembre 1891, notamment p. 2-3, p. 12-14, p. 16.

(3) Voy., en faveur de ce résultat : L. LIARD, *L'Enseignement supérieur en France*, t. II, 1894, p. 400. — Relativement à l'influence de l'enseignement du droit sur la pratique, voy. : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, n<sup>o</sup> 127, p. 47-48. — A. STÖLZEL, *Rechtslehre und Rechtssprechung*. Vortrag, Berlin, 1899.

(4) Cpr. TURGEON, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1895, 2<sup>e</sup>, t. XXX, p. 220-221, p. 224.

naître jadis, notamment dans certaines écoles économiques, il semble bien, que cette illusion se soit entièrement dissipée de nos jours.

Tout au rebours, on paraît rester trop facilement convaincu que, dans sa sphère propre de réglementation positive, le droit puisse se suffire à lui-même. Et, voilà l'erreur qu'il faudrait vaincre encore, en sachant voir les choses comme elles sont. — Assurément, le droit positif n'est, en rien, science spéculative. Et, comme il tend essentiellement à la réalisation de fins pratiques inéluctables, il ne peut se contenter du doute scientifique, ni pratiquer l'*ars nesciendi*, encore moins prononcer le trop prudent : *Ignorabimus* (1). D'autre part, et en vue même de répondre à son but propre, il se voit imposer des lisières formelles : c'est à ce titre, qu'il est dominé par des sources impératives, que même il ne peut se passer d'une certaine technique, indispensable à son effet pratique (voy. ci-dessus, n° 81, *in medio*, t. I, p. 189, et n° 158, t. II, p. 82-87). Par là, on a pu dire qu'il est, avant tout, et dans son jeu le plus apparent, un art. — Pourtant, la mise en œuvre, des éléments formels ou techniques, repose bien sur un fonds scientifique, qu'on ne saurait perdre de vue, si l'on veut en tirer bon parti. Et, ce fonds apparaît plus net encore, quand, les procédés artificiels étant hors de cause ou refusant leur office, on ne peut subvenir aux exigences de la vie juridique, qu'en scrutant, en elle-même, la nature des choses, qui en détermine l'équilibre (2). En définitive, donc, le droit positif se présente à nous, comme une mise en valeur des sciences morales et politiques. Et, son objectif fondamental n'est pas autre, que celui même de ces disciplines, avec cette particularité seulement, que, devant employer leurs résultats en vue de satisfaire certaines nécessités effectives, il les envisage sous cet angle très spécial, que détermine son but, parfois même, il est soustrait à leurs minutieuses investigations, grâce aux directions qu'il rencontre en des procédés d'une essence toute pratique.

(1) E. I. BEKKER, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1885, t. VI, R. A., p. 88. — Rapp. le même : *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 34-36. — Comp. R. von JHERING, *La lutte pour le Droit*, trad. de MEULENAERE, 1890. Préface, p. XXII.

(2) [Toutes ces idées se trouvent reprises, développées et précisées, dans

Ainsi, le droit nous apparaît, comme une discipline, à base scientifique, avec tendances essentiellement pratiques, réagissant profondément sur sa méthode. Grâce à ce double caractère, non seulement nous y découvrons une fusion intime de pensée et d'action, mais, si nous l'envisageons particulièrement en tant que science, nous y rencontrons, comme en un type presque unique (1), la réalisation de cet idéal scientifique, qui concilie la relativité, essentielle à toute connaissance, avec l'absolu, que nécessite la conduite de la vie sociale (2).

Sous la séduction de cet absolu, si précieux à la direction pratique, on a cherché à restreindre, de plus en plus, et finalement à supprimer, l'élément relatif, qui fait le fond des règles juridiques. Telle est bien la tendance dernière de la méthode, aujourd'hui traditionnelle (voy. ci-dessus, nos 26-29), à laquelle je me suis attaqué dans ce travail. — Mais, en voulant faire de la jurisprudence une sorte de géométrie sociale, sans la certitude rationnelle de bases qu'exige toute science mathématique, on tendait à la dénaturer en un art purement mécanique, et on l'évinçait peu à peu du champ de la science. — Le résultat voulu fût-il désirable, je le considère comme absolument impossible en soi, par cela que, les données mêmes de nos recherches (notamment la loi écrite), étant d'origine humaine et subjective, ne sauraient être assez complètes ni assez parfaites, pour suffire, à elles seules, aux exigences de la vie (3).

**187.** — Cette observation me ramène, en terminant, à la conclusion fondamentale de toute mon étude, au point de vue spécialement méthodologique, qui en fait ressortir la portée.

FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 4 vol., dont deux parus en 1914 et 1915.]

(1) Il faut, je crois, placer, sur la même ligne, la théologie.

(2) Cpr. M. BARRÈS, *Les Déracinés*, chap. VII, dans *Revue de Paris*, n° du 1<sup>er</sup> juillet 1897, 4<sup>e</sup> année, t. IV, p. 28 : « Rœmerspacher, qui a si bien défini « l'œuvre de ses aînés « Ils passèrent de l'absolu au relatif », appartient à une « génération établie dans le relatif et qui constate pourtant la difficulté de se « passer d'un absolu moral. » *Adde* p. 29.

(3) [M. LEROY, *L'éducation du magistrat*, dans *Revue de Paris*, XII<sup>e</sup> année, n° de mai 1905, p. 537-552, montre comment le rôle du juge, réduit à l'étroit par la Révolution, s'est élargi sous l'influence de la législation postérieure, et se trouve encore agrandi, du point de vue des nouvelles tendances, dans la méthode d'interprétation. Il en conclut la nécessité, pour le magistrat, d'une éducation à éléments complexes et à base sociologique.]

Notre conclusion tend à affirmer, que les éléments, purement formels et logiques, qui s'offrent aux jurisconsultes dans l'appareil extérieur et plastique du droit positif, sont insuffisants à satisfaire les *desiderata* de la vie juridique. D'où résulte la conséquence inévitable, que la jurisprudence doit chercher, en dehors et au-dessus de ces éléments, les moyens de remplir toute sa mission. Voilà le principe essentiel de ma thèse, et ce qu'il faudra absolument nier et détruire, si l'on veut positivement contredire à mes idées.

Quant aux procédés, par lesquels la jurisprudence réalise sa mission ainsi élargie, j'ai cherché à les préciser et à les ordonner en un système cohérent, parce que, si l'on doit, sans hésiter, rompre les barrières d'une méthode trop étroite, il devient indispensable de discipliner, en même temps, les tendances nouvelles, qui, livrées à elles-mêmes, n'engendreraient que l'anarchie et le désordre. — Mais, sur ce point, je serai le premier à reconnaître, que je n'ai pu poser encore que de hâtifs jalons, et que le plus gros de l'œuvre reste désormais à édifier (1). D'avance, j'accepte toutes les critiques et les sollicite, en tant qu'elles contribueront à rectifier et à parfaire la méthode positive, que je n'ai pu qu'esquisser. Il suffisait à mon but, d'établir la possibilité de cette méthode, et de lui découvrir des bases objectives, capables d'assurer la sécurité indispensable aux intérêts, d'ordres divers, que sauvegardent les règles juridiques (2).

(1) J'observe encore, que je ne me suis occupé, que de la méthode d'interprétation du droit, aucunement de la méthode de son enseignement. Si celle-ci dépend, en quelque mesure, de la première, elle ne forme pas moins un objet à part, soumis à ses conditions propres. — Relativement à la méthode d'enseignement du droit civil, cons. notices sur M. BUFNOIR, : 1<sup>o</sup> de X, dans *Archivio giuridico*, 1898, 1<sup>o</sup>, t. LX, p. 536-538, p. 542-543; — 2<sup>o</sup> de M. DESLANDRES, dans *Revue du droit public*, 1898, 1<sup>o</sup>, t. IX, p. 556-560. — L. GUILLOUARD, Introduction à *Propriété et Contrat* de C. BUFNOIR (Cours de 1883-1884), Paris, Rousseau, 1900, notamment, p. XVII-XXII. [— FR. GENY (*Propriété et contrat*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, t. XLIX (N. S., t. 29), p. 116-122.] — Adde, pour le droit commercial : E. THALLER, *F. Rataud*, dans *Annales de droit commercial*, février 1899, t. XIII, p. 1-9. — Et, à un point de vue plus général : E. PICARD, *Le droit pur. Permanences juridiques abstraites*, 1899, *Dixième partie*, p. 449-487. — Adde encore : G. RÜMELIN, *Der civilistische Unterricht und das bürgerliche Gesetzbuch*, Freiburg, i. B., 1896. — O. FISCHER, *Der Rechtsunterricht und das bürgerliche Gesetzbuch*, Jena, 1896.

(2) [Pour la suite de ces études, voy. les indications fournies dans l'Avertissement mis en tête de la présente deuxième édition.]



# ÉPILOGUE

AJOUTÉ A LA SECONDE ÉDITION

---

## CHAPITRE PREMIER

### Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899

**SOMMAIRE : 188.** La lutte des opinions, touchant la méthode du droit, a été, en France et en Belgique, principalement doctrinale. Explication. Conséquences. Aperçu d'ensemble. — **189.** Mouvements d'idées parallèles, confirmant nos conclusions négatives : Droit public. Codification. Notion de la loi. Logique. Concepts.

Directions positives : **190.** I. Tendances générales, de la doctrine française ou belge, en matière d'interprétation juridique. — Système de l'assouplissement des textes. — Interprétation purement sociologique du droit positif. — **191.** II. Mise en saillie de certains éléments, pour élargir les bases de la méthode : a) considération de la pratique ; b) psychologie ; c) économie politique ; d) histoire du droit. — **192.** e) Jurisprudence érigée en source créatrice de droit. M. PLANIOL. Ed. LAMBERT. Conclusion sur cette tendance. — **193.** f) Droit comparé proposé comme élément d'interprétation. R. SALEILLES. Ed. LAMBERT. Appréciation de leur effort. — **194.** III. Systèmes tendant à la reconstruction synthétique de la méthode. Efforts, en ce sens, d'Ed. LAMBERT, de R. SALEILLES. La méthode positive de l'interprétation juridique de P. VANDER EYCKEN. — **195.** Place qui reste à mon effort personnel en tout ce mouvement d'idées.

**188.** — Le mouvement d'idées, qui s'est développé, en France et en Belgique, depuis environ le début du xx<sup>e</sup> siècle, relativement aux sources et à la méthode du droit, a été, principalement, d'ordre doctrinal. Et, — mis à part le « phénomène Magnaud », qui est resté indépendant et a eu plutôt un caractère pathologique, comme nous le verrons ultérieurement (ci-après Épilogue, chapitre second), — la jurisprudence, proprement dite, et la pratique, ont paru peu touchées par les vues diverses émises sur ces questions.

Rien d'étonnant à cela. Sous la pression des faits et des besoins, la pratique avait toujours su, tirer de la loi, ou trou-

ver à côté d'elle, les moyens de satisfaire aux exigences multiples, variées et mouvantes, de la vie sociale. Et, la jurisprudence civile, moderne, soutenue par une conception élevée de sa mission, s'était, surtout à partir de 1830 (1), montrée constamment et sagement progressiste. Elle n'avait donc, qu'à se maintenir et se confirmer dans cette attitude, à laquelle ont servi, comme de couronnement, les initiatives hardies, entreprises par la jurisprudence administrative, postérieurement à 1872 (2).

Toutefois, il est à prévoir, qu'on songera à tirer, de ces observations, une objection, toute pratique, contre notre mouvement lui-même. Les spéculations, sur la méthode et les sources, sont, dira-t-on, vaines et superflues, puisque, en fait, la mise en œuvre du droit dépend exclusivement de l'autorité judiciaire, qui, l'expérience le montre, s'adapte, d'elle-même, aux nécessités. — On sent, pourtant, que l'objection, ainsi présentée, part d'un point de vue bien étroit, et qu'elle tend, si on la pousse jusqu'au bout, à nier toute influence doctrinale. A peine de se réduire à un rôle exclusivement empirique, la jurisprudence ne peut se passer du secours et de l'appui des auteurs. Ses travaux, conduits au jour le jour, et circonscrits au domaine concret des espèces, doivent, pour se soutenir et se développer, être dirigés par les vues d'une doctrine perspicace, et condensés en de fortes synthèses. De fait, il en a toujours été, plus ou moins, ainsi (3). Et, pour en être assuré, il suffit d'observer, comment, en présence d'une législation

(1) Comp. Edm. MEYNIAL (*Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 185, p. 191. — Voy. aussi M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> édition, t. I, Paris, 1911, nos 105-107, p. 39-40.

(2) Voy., notamment : R. SALEILLES (*Le risque professionnel dans le Code civil*), dans *La réforme sociale*, 1898-1<sup>er</sup>, t. XXXV, p. 637-643. — (Le Code civil et la méthode historique), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 105-107, p. 120-127. — J. CHARMONT, *Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, t. V, p. 813-846. — Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 34 (n<sup>o</sup> 9), avec les références de la note 2 ; et 1<sup>re</sup> édition de *Méthode d'interprétation*.

(3) Voy. notamment : Edm. MEYNIAL (*Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 191-204, notamment, p. 175, p. 177, p. 184, p. 186-187, p. 193, p. 195-196, p. 203. — Adde : J. CHARMONT et A. CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, même recueil, t. I, p. 133-172. — M. PLANIOL, *Traité*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, nos 52-53, p. 18-20 et nos 127-133, p. 47-52.

nouvelle ou des autres évolutions plus discrètes du droit positif, les exposés des auteurs apparaissent nécessaires, pour ouvrir la voie aux décisions de justice, ou en résumer et critiquer les tendances. Si, donc, la doctrine reste en arrière des arrêts, si elle s'ankylose en des conceptions rigides et incapables de s'accommoder aux faits, il s'ensuivra, nécessairement, que la jurisprudence, détournée, par les exigences des affaires, de suivre une direction rétrograde, restera livrée aux oscillations de l'empirisme, ou s'arrêtera dans sa marche en avant, comme on a pu l'observer à certains moments du XIX<sup>e</sup> siècle (1). — Au vrai, c'est à la doctrine, plus dégagée des contingences du fait, moins alourdie par les responsabilités effectives, qu'incombent les hardiesses et les innovations. Non contente de relever et d'apprécier les décisions judiciaires (2), elle doit les devancer, les susciter, les diriger dans la voie du progrès. Et, les promoteurs du mouvement, que nous défendons, n'ont pas demandé autre chose (3).

Or, — il en faut bien convenir, — jusque vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la méthode juridique de nos auteurs modernes était restée sous l'emprise de conceptions fort étroites. Sans doute, son développement continu recérait les germes d'une rénovation profonde. Le terrain paraissait admirablement préparé, pour une production plus abondante et plus variée. Chacun sentait la nécessité d'un élargissement des procédés. Malgré tout, pourtant, on restait rivé à ce postulat, d'un droit, reposant tout entier sur la loi écrite et soumis à une stricte logique, qui paralysait les efforts les plus décidés (4).

Assurément, je ne prétends pas, qu'un changement de front

(1) Voy., par exemple, J. BONNECASE, *La Thémis*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Tenin, 1914, p. 131-132.

(2) Voy. A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 5-19.

(3) Voy., notamment, R. SALEILLES : (*Le droit commercial comparé*), dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V, 2<sup>e</sup> partie, p. 219. — (*Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*), dans *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 49, texte et note 2. — (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 104. — (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1<sup>o</sup>, t. LXI, p. 23-25. — Adde M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse de doct. Droit, Paris, 1903-1904, nos 67-68, p. 186-192, p. 195, p. 196-197 (n<sup>o</sup> 70).

(4) Voy. toute la première partie du présent ouvrage : nos 7-30, t. I, p. 17-60 et p. 10-13 (nos 4-5). — Adde Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, L. Tenin, 1914, p. 25-26 (n<sup>o</sup> 8) ; p. 37-38 (n<sup>o</sup> 11).

complet ait été opéré, depuis lors. La note dominante, que j'avais relevée en 1899, reste bien, à peu près, la même, du moins dans l'ensemble de notre interprétation (1). Mais, diverses tendances, qui, à cette époque, n'étaient que latentes, se sont affirmées, consolidées, élargies. Et, il en est résulté une influence générale, très favorable au progrès du droit positif. Cette influence, qui rayonne sur tout le domaine de la mise en œuvre juridique, s'est surtout manifestée, comme il est naturel, chez les jeunes générations de jurisconsultes. Il ne paraît pas douteux, qu'elle doive se développer encore. — Mais, le progrès sera d'autant plus accentué et plus sûr, qu'il prendra plus nette conscience de lui-même. C'est pourquoi, il est essentiel d'analyser les principales formes, sous lesquelles il apparaît déjà réalisé. Le mieux serait, assurément, d'en relever l'expression, concrète et pratique, dans les travaux de fond, où se poursuit, en fait, l'interprétation doctrinale du droit. Et, si nous pouvions passer en revue, par exemple, les meilleures thèses de doctorat, soutenues en ces vingt dernières années, particulièrement dans le domaine du droit civil, devant les Facultés de droit françaises, nous constaterions, directement et sur le vif, l'influence, souvent avouée d'ailleurs, des récentes idées méthodologiques (2). — Dans l'impossibilité, où je me sens, de tenter ici semblable travail, qui déborderait tout à fait le cadre de cet ouvrage, il convient, du moins, de présenter, en un rapide tableau, les principales positions, déjà conquises dans le combat doctrinal pour la méthode, en ne tenant compte, que des études qui, touchant plus ou moins directe-

(1) Il est, seulement, regrettable, que si peu des partisans de la méthode ancienne se soient *nettement* déclarés contre les nouvelles tendances. Je signale, comme formant une louable exception, au milieu de ce silence trop général, E. PILON, notamment : sous Limoges, 27 février 1900 et Paris, 5 novembre 1900, en SIREY, 1903-2, p. 274, col. 3. *in fine* ; et (*Réforme du Code civil par voie de révision générale*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 949-950. — Mais, pourquoi faut-il, que cet auteur ne fonde son opinion, que sur des arguments, cent fois discutés, sans répliquer aux critiques qu'on leur adresse ? — Voy. aussi, en faveur de ce qu'il appelle « l'École juridique », par opposition à « l'École jurisprudentielle » ou évolutionniste : J. A. ROUX, note (1-2), *in fine*, sous Ch. réunies Cassation 31 janvier 1901 (Loup), SIREY, 1902-1, p. 157-158.

(2) Voy., entre autres exemples, ceux des références, signalées dans Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Tenin, t. I, 1914, p. 32, note 5.

ment la critique des sources, n'ont pu manquer de considérer quelques-unes des idées, proposées en 1899 (1).

(1) Qu'il me soit permis de signaler, ici, les principales études critiques, d'origine française ou belge, de quelque importance, et de moi connues, consacrées directement à la 1<sup>re</sup> édition du présent ouvrage :

E. GLASSON, *Les sources du droit* (à propos de l'ouvrage de M. GENY, *Méthode*), dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1<sup>o</sup>, t. CLIII, p. 493-505 et p. 562-563.

A. TISSIER, Compte rendu bibliographique, dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1900, t. XI, p. 151-179.

J. PERCEROU, A propos d'un nouveau livre sur « La méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif », dans *Annales de droit commercial*, 1900, t. XIV, p. 145-160.

Edm. MEYNAL, Compte rendu critique (droit civil), dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1901, t. XXV, p. 375-394.

M. VANLAER, *La méthode des sciences juridiques d'après un livre récent*, dans *La réforme sociale*, 1900-1<sup>o</sup>, t. XXXIX, p. 315-318.

FR. A. GARDEIL, *Sur une conception nouvelle de la loi positive*, à propos d'un livre récent, dans *Revue thomiste*, 1900, p. 61-75.

E. LÉVY, Analyse, dans *l'Année sociologique*, d'É. DURKHEIM, 1900, p. 319-323.

F. PELTIER, *Le droit et la loi* (discours de rentrée de la Faculté de droit), dans *Bulletin de l'Université et de l'Académie de Lille*, 2<sup>e</sup> série, IV<sup>e</sup> année, décembre 1900; p. 132-139 (nettement critique).

M. VAUTHIER, Compte rendu, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1900, t. XXXII, p. 217-221.

ANONYME, Compte rendu dans « *Le Temps* », n<sup>o</sup> du mardi 5 juin 1900, p. 4.

M. SALOMON, Annonces dans *Journal de Genève*, n<sup>os</sup> du 17 juin et du 19 octobre 1900; — *L'Esprit du temps*, dans *Revue bleue*, n<sup>o</sup> du 5 juillet 1902, p. 11-12.

H. PINON, *Au-delà du Code civil*, dans *La Quinzaine*, n<sup>o</sup> du 16 octobre 1901, p. 488-508.

G. B., Annonce (chronique et bibliographie), dans *Revue historique*, mai-juin 1901, t. LXXVI, p. 232-234.

Ed. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, à propos du livre de M. GENY, *Méthode d'interprétation*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2<sup>o</sup>, t. XL, p. 216-243. — *Adde*, du même, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, *passim*.

Comptes rendus, moins étendus, dans : *Sirey*, Bulletin bibliographique, 1900, p. 21-22. — *Pandectes françaises périodiques*, 1900, p. 17-19 (J. M.). — *Dalloz*, 1900, couverture du 6<sup>e</sup> cahier. — *Pasicrisie belge*, 1900, Bulletin bibliographique, p. 129. — *Revue d'économie politique*, 1900, t. XIX, p. 325-327 (A. SOUCHON). — *Revue générale du droit*, 1900, t. XXIV, p. 562-564 (O. PETIT). — *Revue encyclopédique Larousse*, 13 janvier 1900; p. 32-33 (R. G.). — *Études*, n<sup>o</sup> 10 de novembre 1900, p. 568-570 (A. POTVIN). — *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, t. XXIX, p. 695-697 (L. GUÉRIN). — *Gazette des Tribunaux*, n<sup>o</sup> du vendredi 2 février 1900. — *La loi*, n<sup>o</sup> du mercredi 3 janvier 1900. — *Notes critiques*, n<sup>o</sup> du 10 février 1900. — *Polybiblion*, partie littéraire, 1900, t. LXXXIX, p. 302-303.

On pourra joindre, à ce qui précède, quelques pages de Ch. CÉZAR-BRU (*La méthode d'interprétation du droit civil, la coutume et le droit comparé*, — à propos de l'ouvrage d'Ed. LAMBERT (*La fonction du droit civil comparé*), dans *Revue générale du droit*, 1904, t. XXVIII; p. 341-347; — et la critique occasionnelle de G. MORIN (Rapport sur les concours, dans *Comptes rendus des travaux de l'Université d'Aix-Marseille*, 1904-1905, p. 135-137. — Voy. encore P. GUYOT, *Une méthode juridique et ses applications*, dans *Revue générale du droit*, 1914, t. XXXVIII, p. 339-348.

**189.** — Je voudrais signaler, d'abord, quelques efforts de pensée, parallèles plutôt que conjugués au nôtre, qui ont tendu, simultanément, par des chemins et en des domaines différents, quoique voisins, à élargir les cadres de l'organisation juridique, de telle sorte, qu'apparût manifeste l'opportunité d'y insérer de nouveaux moyens de recherche ou d'élaboration.

Un simple rappel suffira, quant aux importants travaux de notre École française de droit public, dont l'activité féconde nous a montré, par l'enseignement ou par la plume, des A. ESMEIN, des F. LARNAUDE, des H. BERTHÉLEMY, des M. HAURIU (1), des L. MICHOD (2), des G. JÈZE, des J. BARTHÉLEMY, et de leurs disciples (3) comment, dans un domaine, qui a semblé longtemps sous l'emprise exclusive d'une réglementation de textes, l'extension des points de vue et l'assouplissement des procédés, d'ailleurs fort diversement maniés, produisaient, tant pour les grands problèmes du droit public général ou du droit constitutionnel, que pour les intérêts plus concrets protégés par le droit administratif proprement dit, une poussée, extrêmement riche, de solutions précieuses à la vie sociale (4). — Toutefois, il y a lieu de détacher, de cet ensemble, l'œuvre, puissante et hardie, de L. DUGUIT, parce, qu'en même temps qu'elle élimine les dogmes traditionnels de la souveraineté et de la personnalité de l'État, de l'intangibilité des droits subjectifs, de la suprématie irrésistible de la loi écrite, elle a tenté de mettre, à la base de l'édifice social, un principe (la solidarité sociale), supérieur à l'ordre formel, et, bien fait, malgré les objections qu'il suscite, pour encourager les espoirs d'une investigation indépendante (5).

(1) Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, L. Tenin, 1915, chapitre quatrième : La conception sociologique élargie chez M. HAURIU, nos 87-91, p. 87-110.

(2) Voy. notamment, en ce qui concerne la méthode juridique : L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, t. I, 1906, nos 3-5, p. 8-15 ; nos 21-23, p. 46-53 ; n° 31, p. 68-69 ; p. 109-112 (nos 50-51) ; p. 316-317 (n° 120) ; — t. II, 1909, nos 197-199, p. 57-60 ; p. 153-154 (n° 247) ; p. 270-271 (n° 292). — (*Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*), dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, t. XXV, p. 457.

(3) Voy., surtout la *Revue du droit public et de la science politique*, depuis sa fondation, par F. LARNAUDE, en 1894.

(4) Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, L. Tenin, 1914, p. 10, note 1 (n° 3) ; p. 27, note 1 (n° 8).

(5) Pour plus de développements sur l'œuvre de L. DUGUIT, cons. Fr. GENY,

D'une autre part, tandis qu'on s'efforçait à rajeunir la doctrine historique, en recherchant le secret de l'évolution du droit dans une auscultation plus profonde de la conscience sociale (1), le centenaire du Code civil incitait les esprits à une critique pénétrante de la notion de codification. — A côté des études, spécialement suscitées par cette occasion (2), il convient de mettre en relief le travail important, d'un jurisconsulte étranger, que sa formation juridique nous permet de rattacher à la doctrine française. Sous ce titre quelque peu énigmatique : « *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil* » (3), A. ALVAREZ a envisagé essentiellement la codification et son rôle dans l'évolution générale du droit. Après avoir passé en revue les principales influences, qui se sont exercées sur notre codification française, il cherche aussi à reconnaître l'influence réciproque de celle-ci, à l'égard de diverses branches de la vie sociale, et à discerner ses effets, par une comparaison serrée du droit codifié au droit non codifié, dont le type se ren-

*Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915. Chapitre septième. Le système critique (réaliste et positif) de L. DUGUIT, nos 115-133, p. 191-272.

(1) Voy. L. TANON, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Paris, F. Alcan, 1<sup>re</sup> éd., 1900; 3<sup>e</sup> éd., 1905.

(2) Voy. notamment les discours, prononcés à la cérémonie du 29 octobre 1904 et réunis dans la brochure intitulée : *Le Centenaire du Code civil, 1804-1904*. Paris, Imprimerie nationale MDCCCIV. — Voy. surtout : *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, dans lequel, je relève, comme touchant de plus près les problèmes généraux de la méthode et des sources du droit, les passages suivants : t. I, p. 20-21 (A. ESMEIN, *L'originalité du Code civil*); — p. 51-52, p. 52-55 (A. BOISTEL, *Le Code civil et la philosophie du droit*); — p. 100-104, p. 120-126, p. 126-127, p. 128-129 (R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*); — p. 134-135, p. 153-155, p. 170-172 (J. CHARMONT et A. CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*); — p. 175, p. 177, p. 184, p. 186-187, p. 193, p. 195-196, p. 203 (Edm. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*); — p. 227-230 (E. THALLER, *De l'attraction exercée par le droit civil sur le droit commercial*); — t. II, p. 911, p. 920-921 (F. LARNAUDE, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*); — p. 949-950 (E. PILON, *Réforme du Code civil par voie de révision générale*); — p. 967 (E. GAUDEMET, *Les codifications récentes et la révision du Code civil*); — p. 1112 (H. HAYEM, *Renaissance des études juridiques sous le consulat*). — Voy. encore : M. ZABLET, *Le Code civil*, dans *Revue bleue*, 1899, IV<sup>e</sup> série, t. XII, p. 97-103, p. 342-347, p. 535-539. — M. LEROY, *Le Code civil et le droit nouveau*, Paris, G. Bellais, 1904 (refonte et amplification de deux articles parus sous le titre : *Le Centenaire du Code civil*, dans *Revue de Paris*, 1<sup>er</sup> et 15 octobre 1903, p. 511-533, p. 753-780).

(3) Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1904, avec préface de J. FLACH. — Cons., notamment, sur cet ouvrage : J. PERCEROU, *A propos d'un livre sur une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, t. 54. Nouv. série, t. XXXIV, p. 45-54, p. 97-114.

contre en Angleterre. Décrivant ensuite, à grands traits, la réaction, qui s'est produite contre la codification, il critique la plupart des systèmes, proposés pour en corriger les inconvénients. Mais la partie, à mes yeux, la plus intéressante, de son travail, consiste en une analyse, finement esquissée, des effets produits par les transformations de la société moderne sur la législation codifiée : d'où, il prétend déduire une orientation franchement nouvelle pour les études de droit privé, avec quelques vues originales sur l'avenir de la codification. Sous une inspiration, un peu bien fataliste, cet important ouvrage mettait en pleine lumière la fragilité et la souplesse des lois, même codifiées, au regard des événements et circonstances, qui agitent et bouleversent, en tous sens, la vie progressive de l'humanité (1).

La même constatation devait ressortir, de façon plus incisive et plus nette encore, de deux études publiées, presque simultanément, quelques années après, et consacrées, toutes deux, à approfondir la notion sociale de loi. — L'une de J. CRUET : « *La vie du droit et l'impuissance des lois* » (2), nous a fait voir comme les éléments de l'existence sociale, par leur richesse, leur complexité, leur mouvance incessante, débordent constamment la rigidité hiératique des textes légaux ; et, constatant que ceux-ci, malgré tout, se plient et se transforment suivant les nécessités occurrentes, elle aboutit à substituer, à la conception mécaniste du droit, une conception organique (3), pour conclure par cette formule, que « le droit ne domine pas la société, il l'exprime » (4). — L'autre, de M. LEROY : « *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie* » (5), établit, par des observations empruntées aux époques décisives de notre histoire, que l'acte d'autorité,

(1) Adde : GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1<sup>er</sup>, t. CLIII, p. 493-505. — J. CHARMONT, *Sources du droit positif à l'époque actuelle*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t. XIV, p. 117-133. — G. CORNIL, *Les Codes modernes et le droit romain*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1912, II<sup>e</sup> série, t. XIV, p. 457-493, surtout, p. 457-473.

(2) Paris, C. Flammarion, 1908.

(3) Voy., notamment, J. CRUET, *op. cit.*, p. 92, p. 108.

(4) J. CRUET, *op. cit.*, p. 336.

(5) Paris, Giard et Brière, 1908. — Voy. aussi : M. LEROY, *L'éducation du magistrat*, dans *Revue de Paris*, mai 1905, p. 537-552 ; — et *La nécessité de l'arbitraire*, dans « *Le Temps* », du mercredi 24 janvier 1912.



d'abord conçu comme absolu, a été peu à peu miné et ébranlé par mille forces sociales, plus ou moins obscures (notamment : le règlement, les interventions de la politique courante, l'interprétation judiciaire, les théories doctrinales, tous les organes vivants de la démocratie), qui, finalement, en font une institution tout à fait contingente (1).

Nous pouvons ajouter, que la vérité de ces observations s'est trouvée confirmée, comme en une sorte d'aveu, par l'attitude du législateur lui-même, tendant, de plus en plus, dès qu'il se rapproche de l'appréciation concrète des réalités, à se décharger de la pleine exécution de sa mission, en confiant au juge la précision topique du droit. Et, c'est ce qu'on a rencontré, notamment, dans tout le mouvement du droit criminel contemporain, convergeant vers une individualisation, de plus en plus parfaite, de la peine (2), et, plus récemment, dans certaines lois spéciales, suscitées par la guerre, où la variété et la complexité des intérêts engagés demandait, à côté des directions générales, un large pouvoir pour l'interprète appelé à les adapter aux faits (3).

En même temps, que se multipliaient ainsi les témoignages, contraires à cette superstition de la loi écrite, qui avait dominé la doctrine juridique du XIX<sup>e</sup> siècle (4), une critique, avisée et pénétrante, s'attaquait à la logique traditionnelle, et tendait à ruiner son autorité par la découverte de ses défaillances. — Étudiant, du point de vue historique, le *Rôle de la*

(1) *Adde*, sur ces ouvrages de J. CRUET et de M. LEROY : G. AILLET, *La démocratie et la loi*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1909, t. XVII, p. 570-593. — Rapp. encore, comme marquant, par une critique, d'ailleurs excessive, de l'état de choses actuel, ce que devrait être aujourd'hui le rôle du juge : É. FAGUET, ... *Et l'horreur des responsabilités*, Paris, 1911, p. 2-99 (Les idées et les mœurs juridiques). Et, sur ce livre, notice critique du *Journal des débats*, n° du vendredi 26 mai 1911. — *Adde* É. FAGUET, *Le culte de l'incompétence*, Paris, 1910, p. 90-118 (incompétence judiciaire) et p. 161-168 (les habitudes professionnelles).

(2) Comp. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*. Étude de criminalité sociale ; 2<sup>e</sup> éd., avec collaboration de G. MORIN, Paris, Alcan, 1909. — *Adde* la discussion au Sénat, en décembre 1917 et janvier 1918, d'une proposition, d'ailleurs rejetée, en faveur d'une *loi de pardon*.

(3) Qu'il me suffise de citer, entre beaucoup d'autres, la loi du 21 janvier 1918 relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux, conclus avant la guerre, et la loi du 9 mars 1918, relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre. — *Adde* ci-dessus, t. II, p. 184, note 3 (n° 176 bis).

(4) Voy. encore M. HAUBIQU, *Principes de droit public*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, L. Tenin, 1910, p. 632-633. — Comp. 2<sup>e</sup> éd. du même ouvrage, Paris, 1916, p. 242. *Adde* p. 236-242.

*logique dans la formation scientifique du droit*, Edm. MEYNIAL nous met en garde contre les excès des conceptions rationnelles, d'ailleurs utiles à un moment donné; pour assurer la cohérence et l'impartialité des institutions (1). — F. MALLIEUX prend le sujet corps à corps; et, considérant, presque exclusivement, l'interprétation moderne du droit privé, il oppose le raisonnement juridique, tel que le pratiquent les jurisconsultes, à l'expérience et aux faits, influant constamment sur les solutions, pour nous laisser l'impression d'une mêlée d'arguments extrêmement complexe, où la logique pure demeure incapable de trancher les problèmes, sans tenir compte de l'action du milieu et procéder avec le secours constant du sentiment (2). — Un autre jurisconsulte belge, F. HOLBACH, s'attachant à la matière spéciale des sociétés, d'après la loi de son pays, nous a présenté aussi, sur la méthode juridique, envisagée principalement dans le travail législatif, une série d'observations et de réflexions, extrêmement pénétrantes et vécues, dont le résultat n'est pas, pour fortifier la rigueur de la logique du droit, mais plutôt, pour en montrer les variations et les défaillances (3).

D'autres études ont poursuivi la même démonstration, dans le domaine, plus élevé, de la constitution des concepts juridiques (4). Et, c'est ainsi, qu'envisageant, avec une grande indépendance d'esprit, la notion du contrat, G. DEREUX découvrait, sous son enveloppe classique, des éléments, susceptibles d'une représentation fort différente de celle que nous acceptions aveuglément jusqu'alors, et de nature à suggérer des règles, entièrement neuves, soit pour la formation, soit pour les effets, de la convention juridique (5). — R. DEMOGUE a encore

(1) Edm. MEYNIAL, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 164-189.

(2) F. MALLIEUX, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, Giard et Brière, 1908 (refonte et complément de plusieurs articles publiés dans la *Revue de métaphysique et de morale*, 1907, t. XV).

(3) F. HOLBACH, *L'interprétation de la loi sur les sociétés. La méthode*. Bruxelles, F. Larcier, 1906.

(4) Voy., entre autres : H. ROLIN, *Prolégomènes à la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique*. Bruxelles (Bruylant) et Paris (Alcan), 1911.

(5) G. DEREUX, *Étude des diverses conceptions actuelles du contrat*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, t. L. Nouv. série, t. XXX, p. 513-535 et 1902, t. LI. Nouv. série, t. XXXI, p. 105-124. — Comp., du même auteur : *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse de doct. Droit. Paris, 1904-

élargi et accentué ce point de vue ; il a soumis, par des réactifs multiples, à une analyse impitoyable, le plus grand nombre des notions fondamentales du droit privé, de façon à en désintégrer le jeu, à en dissoudre les enchaînements logiques et à les réduire à un amas de considérations, tirées de tout ce qui intéresse la vie sociale des hommes, et s'équilibrant en se neutralisant les unes les autres, jusqu'à annihiler tout criterium dogmatique de solution (1).

Ainsi, par le double mouvement qui vient d'être résumé, la pensée contemporaine a confirmé, de plus fort, les *conclusions négatives*, posées en 1899 ; et je ne crois pas qu'aucun jurisconsulte, conscient de son rôle et de nos moyens, professerait, encore aujourd'hui, cette confiance aveugle dans la vertu des textes légaux, ou pratiquerait ce maniement imperturbable des procédés logiques, qui formaient les deux traits caractéristiques, et particulièrement vulnérables, de la méthode juridique dominante au XIX<sup>e</sup> siècle (2).

Reste à savoir, quelles *directions positives* ont été proposées, pour suppléer à ces destructions ? Ici, le problème se complique et l'accord reste loin de se manifester, aussi net et aussi entier (3). Si nous voulons, pourtant, présenter, en un tableau

1905. — *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer*, 2<sup>e</sup> thèse de doct. Droit, Paris, 1906-1907.

(1) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*. Essai critique. Pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Paris, A. Rousseau, 1911 (*Adde* les chroniques de jurisprudence, du même auteur, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*). — Cons., sur cet ouvrage, compte rendu de Fr. GENY, dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. XXXV, 1911, p. 110-125.

(2) Je signale encore : A. DELAROUÉ, *Esquisse de la méthode du droit* ; thèse de doct. Droit, Paris, 1900-1901 ; travail de caractère très général, sur la méthode du droit, envisagée de haut, dans sa portée la plus large (législation et interprétation), mais qui paraît trop distant des réalités substantielles de la vie juridique. — Voy. aussi, sur les idées développées au texte : Z. M. PERITSCH, *Die gegenwärtige Richtung der privatrechtlichen Studien in Frankreich und Deutschland*, dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1906, t. II, p. 371-380. — J. PÉRITCH, *Les codifications de droit civil et la solidarité européenne*, dans *Bulletin de la société de législ. comp.*, 1908-1909, t. XL, p. 513-520. — Rapp. : C. BOUGLÉ, *L'esprit nouveau de la science du droit*. Juristes et socialistes, dans *Revue bleue*, n° du 12 mai 1906, 5<sup>e</sup> série, t. V, p. 587-590. — Il faut noter, d'ailleurs, que, parfois, une réaction nette s'est manifestée, en faveur de la stabilité du droit. Voy., par exemple, A. SCHATZ, *L'individualisme économique et social*, Paris, A. Colin, 1907, p. 314-322, qui oppose, à ce qu'il appelle la conception socialiste du droit, une conception strictement individualiste.

(3) Voy. VANDEN BOSSCHE, discours, sur « *La notion et l'interprétation du droit civil positif dans les théories modernes* », prononcé à la distribution des prix, des Concours universitaire et concours général de l'enseignement moyen, faite à Bruxelles, le 6 octobre 1907, broch. off. Bruxelles, E. Guyot, 1907, p. 4-25.

d'ensemble, les quelques résultats, non dépourvus de prix, qu'ont obtenus, sous ce rapport, les efforts communs, nous pouvons aisément, je crois : 1° discerner des tendances générales, d'ores et déjà manifestées, en vue d'une direction nouvelle assignée à la méthode d'interprétation ; 2° reconnaître, plus spécialement, certains éléments modernes, mis en avant pour élargir les bases de cette méthode ; 3° signaler enfin un petit nombre de systèmes, d'envergure plus large, qui ont tenté une sorte de reconstruction synthétique de la même méthode.

**190.** — I. — A considérer l'ensemble de la doctrine civiliste, française et belge, telle qu'elle a continué à se développer depuis le début du présent siècle, on sera bien tenté de croire, que rien n'est foncièrement changé, dans sa méthode d'interprétation du droit positif. De fait, le cadre général, des questions et des discussions, est resté essentiellement le même, qu'il était au siècle précédent ; car, je ne puis pas considérer, comme une innovation fondamentale, la substitution de l'exposé systématique à celui de l'exégèse, qui, d'ailleurs, se trouvait déjà presque entièrement réalisée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (1). — Mais, si l'on pénètre l'écorce, si l'on dissipe les apparences pour scruter le fond et dégager l'esprit de notre dogmatique actuelle du droit, les impressions ne tardent pas à se modifier ; et l'on observe, dans les tendances générales des auteurs français, l'influence de divers courants de régénération vivifiante, dont on peut, je crois, discerner trois degrés principaux.

A vrai dire, la plupart d'entre nous n'ont pas seulement maintenu le schéma d'exposition, un peu artificiel, qu'avaient

(1) Il y a lieu de remarquer, en effet, que ce changement, autour duquel on a fait beaucoup de bruit (voy. notamment : L. GUILLOUARD, Introduction à l'ouvrage posthume de C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. XX-XXIII. — E. GLASSON, Discours prononcé à la Sorbonne, le 29 octobre 1904, à l'occasion du centenaire du Code civil, dans la brochure intitulée *Le Centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1904, p. 41, p. 45-46), ne touche que la forme extérieure de l'exposé, dont le fond reste, en réalité, bien distinct. Un commentaire exégétique peut être pénétré d'un esprit d'indépendance radicale, aussi bien qu'un ouvrage, systématiquement présenté, peut rester attaché strictement à la logique du texte. — La note juste, sur ce point, me paraît donnée par J. CHARMONT et A. CHAUSSE (*Les interprètes du Code civil*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, *passim*, notamment p. 139, p. 152-155, p. 167-168, p. 170-171.

constitué nos anciens ; ils y coulent encore les mêmes procédés de dialectique, les mêmes oppositions de systèmes, voire les mêmes variétés de preuves et d'arguments. Et il me paraît, en effet, nécessaire, tant qu'on n'aura pu s'accorder sur une formule plus moderne de présentation des problèmes juridiques, de conserver tout cet appareil (1), qui, jusqu'ici, constitue le seul type caractéristique de la dogmatique du droit, et qui sait imprimer, dans les esprits, la marque propre de notre discipline, tout en admettant des compléments et des assouplissements, capables de l'harmoniser à l'évolution progressive des idées (2). — Mais, dans le jeu de l'interprétation, ainsi constituée, les maîtres de l'heure présente ont, presque tous, introduit des combinaisons de points de vue et comme des renversements de valeur, qui aboutissent à en modifier l'inclinaison générale, en faveur d'un droit, également sûr, moins abstrait et plus véritablement humain. Augmentation de l'intérêt et du soin apportés à la description des faits (précision des circonstances, analyse des volontés), restriction des discussions de mots ou des arguments logiques au profit des considérations, morales, économiques, sociales, pénétrées par une intuition sympathique, prévalence des idées législatives de fond sur les épluchages de textes ou de travaux préparatoires, sacrifice des concepts à l'utilité, appréciation des intérêts, juxtaposée, sinon substituée, à la construction théorique, consultation constante de la pratique et de la jurisprudence, en vue d'une critique objective, intervention accessoire du droit comparé, pour le développement intrinsèque du droit national, tels sont les principaux traits, qui distinguent une doctrine juridique, largement professée et appliquée, en France et en Belgique, au cours de ces vingt dernières années (3). — Et, s'il est impossible d'en trouver l'attestation

(1) Du moins, pour l'exposé élémentaire du droit, tel qu'on le doit donner dans les cours de licence, ou dans les ouvrages d'initiation. — On peut se montrer plus osé, dans les cours approfondis du doctorat, ou dans les livres destinés à scruter le fond des théories. Voy., par exemple : 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. Paris, L. Tenin, 2 vol., 1911.

(2) Je n'ai pas soutenu autre chose, dans ma *Méthode d'interprétation*. — Voy. aussi Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, t. I, Avant-propos, p. V-VII.

(3) Voy. déjà, pour l'âge précédent, ce que j'ai dit, sur la méthode d'interprétation de C. BUFNOIR (à propos de son ouvrage posthume : *Propriété et contrat*), dans

directe dans les traces insaisissables de l'enseignement oral des Facultés de droit (1), on peut dire, qu'ils se manifestent tout au long des ouvrages, même élémentaires, qui représentent le mieux les courants dominateurs de la dogmatique actuelle du droit français privé, notamment dans les manuels de droit civil, le plus en faveur aujourd'hui, de M. PLANIOL (2), d'A. COLIN et H. CAPITANT (3), de Ch. CÉZAR-BRU (4), non moins que dans le *Traité élémentaire de droit commercial* du très regretté E. THALLER (5). Il suffit de comparer ces œuvres à celles, même les plus notables, qui ont illustré l'âge précédent (6), pour se convaincre, que « l'esprit nouveau » n'a pas soufflé en vain au travers de notre doctrine, et que, s'il n'en est pas résulté un bouleversement complet des positions (chose, en effet, peu souhaitable), il a, du moins, joué le rôle d'un ferment régénérateur, capable d'épurer les problèmes et de féconder les solutions.

Mais, quelques-uns ne se sont pas satisfaits d'une variété de moyens, qui pouvait sembler signe de faiblesse, et ne permettait pas d'unifier les résultats acquis, sous l'égide d'une formule à base solide et à rendement assuré. Partant des idées essentielles qui avaient inspiré l'École historique, mais dénaturant quelque peu ses conclusions, ils se sont dit, que, puisque le principal défaut de l'interprétation classique résidait dans une rigidité trop grande attribuée au texte légal, il convenait de modifier la notion de celui-ci, pour lui donner

*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, t. XLIX, nouv. série, t. XXIX, p. 122-128.

(1) Si ce n'est, peut-être, par le moyen de certaines thèses de doctorat en droit. Mais, la part du travail personnel de l'auteur est trop difficile à séparer de l'inspiration (?) du maître, pour qu'on puisse en tirer, avec une vraisemblance suffisante, des inductions touchant les méthodes d'enseignement.

(2) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol. Paris, Pichon et Durand-Auzias : 1<sup>re</sup> éd. 1900-1901 ; 6<sup>e</sup> éd. 1911-1913. — Voy. le compte rendu, du t. I de cet ouvrage, par R. SALEILLES, dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1900, t. XXIV, p. 265-274.

(3) A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de droit civil français*, 3 vol., Paris, Dalloz, 1914-1916. — Adde H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*. Notions générales, Paris, A. Pedone ; 2<sup>e</sup> éd., 1904 ; 3<sup>e</sup> éd., 1912.

(4) Ch. CÉZAR-BRU, *Cours de droit civil professé à la Faculté de droit de Toulouse*, 3 vol. dactylographiés, Toulouse, Rivière, 1912-1913.

(5) E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, à l'exclusion du droit maritime. Paris, A. Rousseau, 4 éditions de 1898 à 1910 ; 5<sup>e</sup> éd. revue par J. PERCEROU, 1915.

(6) Rapp. ici : FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 25-26 (n° 8).

une souplesse, qui permît de l'adapter aux exigences multiples et changeantes de la vie. Et, appuyés, plus ou moins consciemment, à l'idée, que la loi est moins un acte de volonté représentant une intention fixe, qu'un élément d'organisation sociale, essentiellement flexible et variable suivant les évolutions de cette organisation même (1), ils sont arrivés à un système, qui : déclare que « la meilleure interprétation des lois est « celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente » (2); érige en principe, pour le juge, le pouvoir et le devoir de comprendre la pensée législative, suivant les besoins actuels du moment où il statue ; et vise, de parti pris, à un *assouplissement des textes*, pouvant aller jusqu'à la déformation décidée de la loi. Cette manière de voir séduisante, prônée ouvertement par R. SALEILLES (3), J. PERCEROU (4), E. NAQUET (5), a été appréciée favorablement par Ed. LAMBERT (6) et P. VANDER EYCKEN (7) ; elle a pu même invoquer, à son appui, l'éminente autorité du Premier président BALLOT-BEAUPRÉ, qui a paru, avec beaucoup de mesure d'ailleurs, en dégager une ligne de direction, pour les magistrats français, dans son dis-

(1) Sur cette idée, voy. FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> éd. 1899, p. 224-228 (n° 97) ; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 258-262.

(2) C'est la formule de J. PERCEROU (*A propos d'une théorie nouvelle sur la responsabilité*), dans *Annales de droit commercial*, 1898, t. XII, p. 64.

(3) Voy. R. SALEILLES : Préface à FR. GENY, *Méthode d'interprétation*, 1899, notamment, p. VII-IX, p. XI-XIII. — *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 213-216 (sur le § 133 du Code civil allemand, nos 43-46). — (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*), dans *Revue internat. de l'enseign.*, 1902-2<sup>e</sup>, t. XLIV, p. 321-322. — *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, Pichon, 1904, p. 97-102. Comp. p. 81-82. — (*Les rapports du droit et de la sociologie*), dans *Revue internat. de l'enseignement*, 1904-2<sup>e</sup>, t. XLVIII, p. 429-432. — (*La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*), dans *Revue trim. de droit civil*, 1911, t. X, p. 40.

(4) Voy., notamment, J. PERCEROU : (*A propos d'une théorie nouvelle sur la responsabilité*, dans *Annales de droit commercial*, 1898, t. XII, p. 64. — (*A propos d'un nouveau livre sur la Méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif*), dans *Annales de droit commercial*, 1900, t. XIV, p. 149, p. 154, p. 159.

(5) Voy. E. NAQUET, note, sous Req. rej., 27 mars 1900. SIREY, 1902-1-121, col. 2. « Nous estimons que l'art du jurisconsulte consiste à faire plier les textes suivant les exigences de la raison. »

(6) Voy., notamment, Ed. LAMBERT : *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 35, p. 40. — *Une réforme nécessaire des études de droit civil* (extrait de la *Revue internationale de l'enseignement*, t. XL), Paris, 1900, p. 14, p. 15-16, p. 22.

(7) P. VANDER EYCKEN. *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, *passim*, notamment p. 9-11 (Préface) ; — n° 122, p. 205-221 ; p. 358-359 (n° 229) ; p. 379-380, p. 383-386 (n° 232). Mais voy., en sens contraire, *ibid*, n° 231, p. 362-368.

cours sur le Centenaire du Code civil (1). Elle est assurément de nature à entraîner l'adhésion de nombreux jurisconsultes (2), qui pensent y trouver le moyen de concilier leur respect inébranlable pour la loi avec leur désir sincère de progrès. — Il ne faut pas s'y tromper pourtant. Le système de l'*assouplissement des textes* est beaucoup plus osé, plus contraire aussi à la saine tradition juridique, que la méthode, qui multiplie les éléments d'investigation, en les dosant, suivant leur valeur respective, et qui sait reconnaître à la loi l'efficacité propre, que mérite sa nature, dût-elle arriver, au défaut de tout élément formel, à accepter, comme pis-aller nécessaire, une libre recherche scientifique. Car, du moins, laisse-t-on, ainsi, les diverses forces traditionnelles se balancer et s'équilibrer, aussi bien qu'on peut reconnaître à chacune sa valeur et son énergie propres, tandis, qu'en absorbant tout dans la seule puissance impérative de la loi, sous cette condition, alors inévitable, que celle-ci se plie à toutes les influences ambiantes, on sacrifie de gaieté de cœur l'élément technique le plus ferme, qui puisse encadrer la mouvance indéfinie de la vie, en même temps qu'on dénature les autres sources autonomes de solutions juridiques, puisqu'elles se trouvent, en quelque façon, absorbées dans la législation écrite. — Au surplus, je crois avoir suffisamment critiqué le principe, qui sert

(1) BALLOT-BEAUPRÉ, Discours prononcé, le 29 octobre 1904, à la Sorbonne, à l'occasion du centenaire du Code civil, publié, dans la brochure intitulée : *Le Centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1904, p. 27 : « Mais, lorsque le « texte présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signifi-  
« cation et sa portée, lorsque, rapproché d'un autre, il peut, dans une certaine  
« mesure, être, ou contredit ou restreint, ou, à l'inverse, développé, j'estime que le  
« juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus ; il ne doit pas s'at-  
« tarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des  
« auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle  
« serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux ; il doit se dire qu'en  
« présence de tous les changements, qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les  
« idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de  
« la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humaine-  
« ment, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne ». *Adde ibid.*,  
p. 27-28, p. 32-33, p. 35. — Voy. aussi M. BRETON, *Les droits intellectuels et la  
communauté conjugale*, thèse de doct. Droit, Paris, 1903-1904, p. 153-163. — Comp.  
encore E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, A. Rous-  
seau, 1910, p. 42 (n° 49).

(2) Voy., par ex., dans la doctrine étrangère : F. DEGNÉ, *L'interpretazione della legge*. Napoli, 1909. — F. FERRARA (*Potere del legislatore e funzione del giudice*), dans *Rivista di diritto civile*, 1911, t. III, p. 501-516. — J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, t. I, 1904, § 38, p. 122-129.



de fondement à ces conceptions, pour me dispenser d'y insister à nouveau (1). J'ajouterai, seulement, qu'examiné d'un peu près, le système de l'*assouplissement des textes*, — si on l'applique en dehors de toute indication formellement émanée du législateur par des textes effectivement élastiques, — n'est guère plus qu'un trompe-l'œil et demeure incapable de se suffire, puisqu'il reste toujours à savoir, en quel sens, jusqu'à quel point, par quels procédés, la loi doit être pliée aux faits, et que des éléments extérieurs pourront seuls fournir, à cet égard, les directions nécessaires (2). Aussi bien, si l'on veut apprécier la valeur des solutions, d'ailleurs assez rares, obtenues, en doctrine, par ce procédé (3), on s'aperçoit, sans peine, que leur mérite réside moins dans un rattachement forcé au texte, que dans les raisons, qui ont incité l'interprète à user d'un semblable expédient.

Pareil système devait conduire plus loin encore, dans la voie de l'indépendance dogmatique. En effet, du moment qu'on permet à l'interprète de manier à sa guise la loi écrite,

(1) Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n° 97, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1899, p. 223-230; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 257-264. — Adde, dans le même sens et contre le système de l'*assouplissement des textes*: A. TISSIER (compte rendu de Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*), dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1900, t. XI, p. 164-165 et (compte rendu de H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd.), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, t. 53, nouv. série, t. XXXIII, p. 569-570. — E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles* (Extrait de la *Revue bourguignonne*, Dijon, 1912, t. XXII, n° 4), p. 245-247; p. 85-87, du tirage à part. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1912, p. 75, note 1. — Fr. GENY, Compte rendu de C. BENOIR, *Propriété et contrat*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, t. 49, nouv. série, t. XXIX, p. 124-125. — (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. 19-20 (n° 5) et p. 49-50 (n° 13). — *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Elaboration technique du droit positif* (à paraître).

(2) Comp. P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, n° 231, p. 362-368.

(3) La plus nette, de ces solutions, se rencontre, peut-être, dans la façon ingénieuse, dont R. SALEILLES a prétendu rattacher la théorie du risque professionnel au Code civil. Voy. R. SALEILLES: (compte rendu de la thèse de P. RENCKER), dans *Revue bourguignonne de l'enseign. supérieur*, 1894, t. IV, p. 660-666. — *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, A. Rousseau, 1897, p. 42-65 (§ VII, A). — (*Le risque professionnel dans le Code civil*), dans *La réforme sociale*, 1898-1<sup>o</sup>, t. XXXV, p. 638-645. — Note, dans D. P. 1897-1, p. 433-439, *passim*. — Et, pour une analyse critique très serrée du développement de ces idées chez R. SALEILLES, voy. Ch. MASSIGLI, *Les travaux de R. Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle*, dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 437-475, notamment p. 442-445, p. 450, p. 454-460, p. 464-465.

et d'en accommoder le texte aux besoins du jour, pourquoi conserver encore ce semblant de règle impérative, qui n'est plus qu'un obstacle et une entrave sans portée utile? Quelques-uns en sont venus là, et ont proposé une interprétation, purement sociologique, du droit, qui, faisant fi des sources formelles, même de la loi, ne voyant de formation effective et vivante du droit que celle qui s'opère par l'organe du juge, assigne comme mission à celui-ci, de suivre le déterminisme des phénomènes, de s'en tenir à l'observation et à l'expérience, et, pour le surplus, de se laisser guider par les « données immédiates de sa conscience juridique ». — A vrai dire, je n'ai pu relever, comme témoignage décisif d'une opinion aussi débridée, qu'une chronique anonyme, publiée par la *Revue pénitentiaire* en 1913, et dont les développements, provoqués par une question pénale récemment tranchée par la Cour suprême, sont assez généraux pour embrasser toute l'interprétation du droit (1). Du moins, peut-on dire qu'il existe, en ce sens, une tendance, encore bien timide, appuyée par les excès de certains juges (2), encouragée par un petit nombre d'auteurs (3), et où nous pouvons voir, comme un troisième et dernier degré, — suffisamment combattu par les développements qui précèdent et détruit par sa propre outrance, — dans

(1) *Chronique judiciaire*. Vol d'électricité, dans *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. Bulletin de la Société générale des prisons, 1913, t. XXXVII, p. 145-149 (à propos de Crim. rej., 3 août 1912, SIR. 1913-1-337).

(2) Voy., plus loin, le chapitre second, de notre Épilogue, consacré au « Phénomène Magnaud », et les observations critiques, présentées à ce sujet.

(3) Voy. notamment : A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1904, p. 171-175, p. 190-191 ; et, là-dessus, critique de J. PERCEROU, dans *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1905, t. 54, p. 49-54 (III). — M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse de doct. Droit. Paris 1903-1904, *passim*, notamment p. 38-39 (n° 13) ; p. 42-43, (n° 14) ; p. 47-48 (n° 15) ; p. 55-56 (n° 17) ; p. 64-65 (n° 21) ; p. 70 (n° 23) ; p. 72-73 (n° 24) ; p. 74-75 (n° 25) ; p. 76 (n° 26) ; p. 78 (n° 27) ; surtout chapitre III. *L'arbitraire du juge*, nos 32-59, p. 90-166 ; et p. 167 (n° 60 [Conclusion]). — N'y a-t-il pas, aussi, quelque inclination vers cette tendance, dans l'article, assez énigmatique et malheureusement inachevé, d'Ed. LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière*. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit, dans *Revue générale du droit*, 1904, t. XXVIII, p. 152-166, p. 241-249, p. 451-463, et surtout la déclaration faite par l'auteur : p. 463, *in fine*. Voy. déjà : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 874-892 ; et (compte rendu de P. APPLETON, *Du droit des assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions de modifier les statuts sociaux*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, t. 52, nouv. série, t. XXXII, p. 379-383.

la série des systèmes généraux, visant à élargir l'interprétation moderne du droit.

**191.** — II. — Au total, ce n'est pas dans ces tendances générales, demeurées un peu vagues et floues, de l'interprétation contemporaine, que nous rencontrons les efforts, les plus marqués, pour remédier aux insuffisances reconnues des procédés, dont s'était contenté le XIX<sup>e</sup> siècle. A défaut d'une formule d'ensemble, difficile à dégager et toujours incomplètement satisfaisante, les novateurs éclairés se sont appliqués à rechercher et développer certains éléments spéciaux, dont ils pussent mieux apprécier la valeur et circonscrire la portée, de façon à influencer, plus consciemment et plus vigoureusement, par ce point nettement déterminé, sur une direction importante de l'organisation juridique. On conçoit aisément, d'ailleurs, que l'intensité des efforts, poussés en ce sens, et leur rendement, restent fort variables, suivant la consistance et les qualités des éléments qu'ils mettent en œuvre. Il faut, donc, passer en revue les nouveaux fils, dont on a songé à corser la trame du droit positif contemporain, pour éprouver la résistance de chacun d'eux, et entrevoir l'avantage qu'on s'en peut promettre.

a) J'ose à peine signaler, parmi les éléments, récemment proposés à l'effet d'améliorer l'intelligence et l'application du droit, une considération constante du concret et un contact étroit avec la pratique (1). Assurément, il y aura, de ce fait, une prise de possession, plus ferme et plus pleine, des problèmes juridiques, susceptible d'en accentuer la pénétration et d'en faciliter ou assurer la solution. Mais, il serait quelque peu singulier, de tenir pour grande découverte cette observation d'une naïve évidence. Tout au plus, peut-on penser que l'innovation, non encore réalisée d'ailleurs, consiste-

(1) Voy. surtout : P. APPLETON, *La méthode juridique et le rôle de la pratique dans l'enseignement* (Discours à la Conférence du stage des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation), Paris, 1911. — Adde : F. CATTIER, *Les vices de l'enseignement du droit en Belgique*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1909-1910, t. XV, *passim*, notamment p. 17-26. — (Impressions d'un français étudiant en droit en Allemagne), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-2<sup>o</sup>, t. LXII, p. 505-507. — H. ROUX, *Prolégomènes à la science du droit*. Esquisse d'une sociologie juridique, Bruxelles et Paris, 1911, p. 162-167.

rait à donner à l'observation et à l'expérience un rôle plus grand dans l'enseignement. Il s'agirait d'un avantage pédagogique, plutôt que d'un progrès dans l'interprétation proprement dite du droit. Quant à celle-ci, s'il est certain qu'elle procède avec plus de sûreté, quand elle se rapproche davantage des circonstances donnant naissance aux règles, elle ne saurait prétendre faire surgir ces règles mêmes de la considération des faits, sans l'intervention d'une direction située en dehors et au-dessus d'eux.

b) Pareille direction ne pourrait-elle être cherchée, dans la partie, la plus vivante et la plus féconde, de la science philosophique, la psychologie ? — Il est certain que le droit, comme toutes les disciplines morales et normatives, emprunte ses principes fondamentaux à la psychologie (1), et que celle-ci, découvrant les mobiles et les enchaînements des actions des hommes, qui suscitent la plupart des problèmes juridiques, éclaire singulièrement ces problèmes et en facilite notablement la solution. — Mais, on ne peut dire qu'elle fournisse jamais, à elle seule, la *règle* proprement dite, qui demeure pourtant l'objet propre de la recherche du jurisconsulte. D'autre part, les considérations psychologiques générales, ouvrant les directions les plus sûres, demeurent trop au-dessus des menus intérêts, qui forment le tout de la vie juridique courante, pour apporter à leurs conflits des éléments précis d'apaisement. — Et, en tout cas, ce qu'il faut constater, c'est que la seule théorie psychologique du droit, présentée *ex professo* jusqu'ici, celle de L. VON PETRAZYCKI (2), reste si profondément abstruse, si parfaitement incapable de s'adapter aux exigences de la vie juridique, qu'elle n'est, pour le juriste soucieux avant tout de résultats pratiques, qu'un objet de curiosité et de surprise, dont il a dû renoncer à tirer la moind-

(1) Voy., par exemple : H. ROLIN, *Prolégomènes à la science du droit*. Esquisse d'une sociologie juridique, Bruxelles et Paris, 1911, *passim*, notamment : p. 4, p. 6-9 (Avant-propos) ; p. 11-21 (Le schéma psychologique du droit). — Adde P. de TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Lausanne et Paris, Payot, 1908-1919, Livre II, chap. V-VII, p. 174-331.

(2) Vulgarisée en France par : A. GROUBER, *Une théorie psychologique du droit*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 531-579. — Adde, sur la *politique civile*, de PETRAZYCKI, principalement d'après son ouvrage, publié en allemand, *Die Lehre von Einkommen*, Berlin, t. I, 1893, p. 327-344, t. II, 1895, p. 437-628 : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 830, p. 833-880.

dre utilité effective. Pas plus que la sociologie (1), dont elle est pourtant, sous sa forme collective, l'inspiratrice la plus puissante, la psychologie n'a paru, jusqu'alors, aux jurisconsultes français, pouvoir apporter un secours efficace à l'interprétation du droit positif.

c) Seules, en effet, peuvent convenir à ce but des disciplines, de tendance normative, qui, en même temps qu'elles analysent les faits de la vie sociale, suggèrent la direction, suivant laquelle s'établit l'ordre nécessaire pour les régir. Telle sera, peut-être, quelque jour, l'économie politique. Mais, bien que certains novateurs impatients aient prétendu y trouver, déjà constitués, les principes capables de rajeunir certaines parties de notre droit du patrimoine (2), il faut convenir que, jusqu'alors, son action a été des plus réduites, sinon nulle. Assurément, les études d'économie politique, à large envergure, si elles sont poursuivies avec le souci constant de la mise en œuvre juridique des constatations acquises, peuvent, sous forme d'idées générales, ouvrir des voies précieuses à l'élaboration, scientifique ou technique, du droit positif. Et le *Cours d'économie politique* de P. CAUWÈS, manifestement aiguillé en ce sens (3), en offre un essai, dont tout le profit n'a pas encore été tiré. Plus spécialement, on peut entrevoir, que certaines matières, celle des assurances, par exemple, insuffisamment et malaisément régies par les principes traditionnels de notre droit des obligations (4), ne trouvera une orga-

(1) Comp. Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 888-892. — Sur un engouement, bien antérieur, de certains jurisconsultes, pour la sociologie, voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 88-91 (n° 87).

(2) Voy., par exemple, Ed. LAMBERT : *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 875-886, p. 891-892. Comp. p. 36, p. 44-45. — (Rapport au Congrès international de droit comparé de 1900), dans *Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, t. I, 1905, p. 56. — Comp. les idées, souvent exprimées par E. THALLER, à propos du droit commercial, notamment dans *Traité élémentaire de droit commercial*. Préface de la 1<sup>re</sup> éd. 1898, p. II, p. IV. — Voy. aussi : A. BÉCHAUX, *Le droit et les faits économiques*, Paris, 1889. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, 1911, n° 33, p. 12. — R. MAUNIER, *Droit et économie politique*, thèse de doct. Droit. Paris, 1909-1910.

(3) P. CAUWÈS, *Cours d'économie politique*, 4 vol., Paris, Larose, 1893.

(4) Tel est l'enseignement, qui se dégage, à mes yeux du moins, — en ce qui touche l'assurance sur la vie, — de la belle étude de L. BALLEYDIER et H. CAPITANT, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence*, dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 517-582. Voy. notamment, p. 523-524.

nisation juridique pleinement adéquate à son but, que dans la mise en œuvre, plus consciente et plus directe, des éléments économiques, qui en forment le substratum essentiel (1). Toutefois, ce ne sont encore là que des espoirs, qui demandent la justification des faits. Et, si l'on s'en tient aux résultats acquis, on ne saurait dire que l'Économie politique ait contribué, de façon sensible, au progrès actuel de notre droit privé, sur le terrain propre de l'interprétation (2).

d) Il n'en est pas tout à fait de même, pour l'histoire du droit, qui, dès longtemps envisagée comme une introduction, naturelle et nécessaire, à la connaissance du droit privé contemporain, a constamment éclairé la marche de celui-ci et, sur bien des points, inspiré, avec toute la sûreté de l'expérience acquise, son interprétation. — Quand elle sait échapper à la séduction, trop aisément absorbante, de la pure érudition, quand, plutôt, mettant en œuvre avec des visées nettement pratiques, les résultats obtenus par des procédés d'investigation sévèrement contrôlés, elle s'efforce à dégager, de l'exemple des précédents, la direction la mieux adaptée aux évolutions de la vie sociale contemporaine, l'histoire du droit procure, à l'interprétation et à l'application du droit, un soutien solide ; elle suggère, vérifie ou renverse la position des questions, aussi bien qu'elle éprouve le bien fondé des solutions. — Et les services, qu'elle a rendus sous ce rapport, sont attestés, non seulement par des monographies bien connues, qui ont éclairé certains points, particulièrement obscurs, de notre droit civil (3) ; mais, mieux encore, par des ouvrages, de plus vaste envergure, tels que, *la Condition privée de la femme*,

(1) Cons., sur les assurances, en général : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. III, 1912, nos 2140-2203, p. 673-691 ; et spécialement, sur l'assurance-vie, nos 2178-2181, p. 682-684. — Voy., aussi, L. WODON (*Quelques observations sur l'élaboration du droit et la jurisprudence*), dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1905-1906, t. XI, p. 722 et p. 723, note 1.

(2) Voy. pourtant R. SALEILLES (compte rendu du t. I du *Traité élémentaire de droit civil* de M. PLANIOL), dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1900, t. XXIV, p. 273.

(3) Je citerai, parmi les exemples les plus notoires : P. BARET, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, A. Marescq, 1872. — A. ESMEIN, *De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux. Ancien droit français et Code civil*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1877, t. XXVI, nouv. série, t. VI, p. 83-107. — Comp., encore A. ESMEIN (*L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*), dans *Revue trimestr. de dr. civ.*, 1903, t. II, p. 37-48, (§ 2, II-III).

de P. GIDE (1), *le Mariage en droit canonique*, d'A. ESMEIN (2), ou les belles études de Ch. LEFEBVRE, sur le droit de famille, des biens, ou des successions (3), voire même, par des œuvres tout à fait générales, comme l'*Histoire du droit français privé* de P. VIOLLET (4), la *Législation civile de la Révolution*, de Ph. SAGNAC (5), ou l'*Histoire générale du droit français*, de BRISSAUD (6). Le profit d'ensemble, de toutes ces études et de celles qui s'en rapprochent, se rencontre, d'ailleurs, admirablement condensé, dans le *Traité élémentaire de droit civil*, de M. PLANIOL, tout particulièrement soigné en ce qui touche la documentation historique (7).

Il convient d'observer, pourtant, que cette adaptation de l'histoire au progrès du droit vivant (8) est plutôt en déclin qu'en progrès, à l'heure actuelle, et que les manifestations, que nous en relevons, se réfèrent, pour la plupart, à une époque plus ancienne, que celle que nous envisageons spécialement ici. Peut-être, y a-t-il là quelque symptôme d'épuisement ? Ou, plutôt, je crois, commence-t-on, sans doute, à s'apercevoir, que la méthode historique ne consiste pas tant, à découvrir, dans le passé, des expériences toutes faites, que le présent dût s'assimiler comme telles, mais, surtout, à tenir compte de l'évolution constante du monde, pour mesurer la réglementation, actuellement opportune, dans l'état présent de

(1) P. GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2<sup>e</sup> éd. A. ESMEIN, Paris, 1885.

(2) A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Paris, Larose et Forcel, 2 vol., 1891.

(3) Notamment : Ch. LEFEBVRE, *Leçons d'introduction générale à l'étude du droit matrimonial français*, Paris, Larose, 1900-1906. — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français. Le droit des gens mariés*, Paris, Larose et Tenin, 1908. — *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et de Normandie*, Paris, Sirey, 1912. — *Le lien du mariage*, 1913. — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français. L'ancien droit des successions*, Paris, Larose et Tenin, 1912-1918. — *Les fortunes anciennes au point de vue juridique*, 1912. — *Observations sur les rentes perpétuelles dans l'ancien droit français*, 1914.

(4) P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Larose et Tenin, 1905.

(5) Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*. Essai d'histoire sociale : thèse de doct. Lettres, Paris, 1898-1899.

(6) J. BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, 2 vol., Paris, Fontemoing, 1904.

(7) CONS. M. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*. 6<sup>e</sup> éd., t. I, 1911, n<sup>o</sup> 32, p. 12. — *Adde* : passim dans tout l'ouvrage.

(8) Sur la méthode à suivre, CONS. G. GAVET, *Sources de l'histoire des institutions et du droit français*. Manuel de bibliographie historique, Paris, Larose, 1899.

nos besoins et de nos ressources, en ne demandant à l'histoire, proprement dite, que l'enseignement général, procuré par l'exemple des adaptations le mieux réussies. Tel est, je crois bien, le sens, dans lequel R. SALEILLES cherchait à nous orienter, quand il recommandait avec insistance la méthode historique, pour remédier aux dangers de la codification, sans qu'il soit jamais parvenu, d'ailleurs, à nous indiquer exactement, par quels moyens l'histoire, ainsi comprise, arriverait à régénérer effectivement l'interprétation moderne (1). Assez récemment, la question a été ranimée par J. ACHER, en un série d'études, plus tapageuses que fécondes (2).

C'est, qu'il ne suffit pas, de vanter la continuité du développement historique, de railler les discordances, voire les échecs, des procédés rationalistes, de signaler les mérites et les avantages d'une interprétation du droit, qui saurait trouver ses directions dans la formation successive des institutions juridiques (3); tout le monde consentira sans peine à ces truismes, d'où se dégage, seulement, pour tout jurisconsulte digne de ce nom, l'importance du *sens historique*. — Mais, ce qu'il faudrait précisément nous faire voir, si l'on veut ériger l'histoire en un instrument, efficace et sûr, de la mise en œuvre du droit positif, c'est, à quels signes nous pourrions reconnaître, qu'une règle juridique, qui ait eu vigueur dans le passé, doive encore être accueillie aujourd'hui (4). Or, depuis que nous avons renoncé à trouver tout le droit positif dans la volonté expresse ou tacite du législateur, nous n'admettons plus que sa réserve ou son silence assurent une consécration suffisante aux solutions jadis suivies, par cela seul

(1) Voy., notamment, R. SALEILLES : *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1<sup>o</sup>, t. XIX, p. 482-503. — *Fondement et développement du droit*, même revue, 1891-2<sup>o</sup>, t. XXII, p. 37-46. — (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 93-97. — *Méthode historique et codification* (rapport, au Congrès international des sciences historiques, tenu à Rome en 1903, et observations à la suite), dans *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, Roma, vol. IX, 1904, p. 3-22 et p. VII. — *Le Code civil et la méthode historique*, dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, t. I, 1904, p. 97-129.

(2) J. ACHER, *Le droit civil et l'histoire du droit*, Paris, Fontemoing, 1907, br. de 87 p., composée par la réunion d'articles, publiés dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1906, t. XXX, p. 5-17; p. 107-120; p. 193-210; p. 385-403; p. 494-505; 1907, t. XXXI, p. 97-109.

(3) J. ACHER, *op. cit.* (tirage à part), p. 5-26, p. 43-62.

(4) Voy. l'essai tenté, en ce sens, par J. ACHER, *op. cit.*, p. 26-43.



qu'il ne les aurait pas positivement écartées ou modifiées. Et, à défaut de circonstances qui pussent les ériger en coutume (1), ces solutions anciennes ne sauraient s'imposer, qu'en vertu de critères de valeur objective, que la seule considération du passé reste impuissante à supplanter. — Si, donc, l'histoire forme le cadre nécessaire de l'organisation juridique, elle ne fournit pas, en elle-même et à elle seule, les critères de validité des règles (2). Et, cette défaillance est particulièrement sensible, en présence des questions nouvelles, suscitées par l'évolution générale du monde, et qui, en raison de leur nouveauté même, ne peuvent rencontrer, dans le passé, aucune analogie vraiment décisive ; de telle sorte, que l'idée, qui fait la valeur de l'histoire du droit (idée d'évolution), condamne, chez elle, toute prétention, à fournir des règles, pleines et sûres, à la vie.

C'est, précisément, parce qu'ils échappent à cette infirmité foncière, c'est, parce qu'ils s'alimentent au courant d'une expérience actuelle et incessamment progressive, que notre interprétation a pu attacher plus d'importance à deux autres moyens de rénovation, plus restreints mais plus précis, qui restent à envisager : la jurisprudence et le droit comparé.

**192.** — e) L'idée de donner, à la jurisprudence, un rôle important, dans la reconstitution positive de la méthode d'interprétation juridique, en faisant figurer les décisions judiciaires, — quelque liberté d'allures, qu'on voulût d'ailleurs reconnaître au juge (3), — au nombre des éléments de formation du droit

(1) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, nos 141-144.

(2) Comp. R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 93-96. — Voy. aussi : O. BÜLOW, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1901, *passim*, surtout : Vierter Brief. Ueber die historische Rechtswissenschaft, p. 56-122. — Adde P. de TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919.

(3) J'ai montré, qu'il fallait se garder, de confondre la question, de la *liberté d'interprétation* à laisser au juge, avec celle, de la *force obligatoire* à reconnaître à ses jugements. Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, 1<sup>re</sup> éd., p. 422 ; — 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 33-35 (n° 146). — Je n'envisage ici que la seconde. — Sur la première, cons. M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse de doct. Droit, Paris, 1903-1904. — Comp. : M. SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, thèse de doct. Droit, Lyon, 1903-1904. Et, à propos de ce dernier travail, L. WODON, *Quelques observations sur l'élaboration du droit et la jurisprudence*, dans *Revue de l'Uni-*

positif, n'est pas nouvelle. Aussi bien, l'avais-je rencontrée dès 1899, et l'avais-je exposée et appréciée, avec l'ampleur qu'elle me semblait déjà mériter (1). Si, donc, je la reprends à cette place, ce n'est, que pour signaler les nouveaux efforts, qui s'y sont appliqués, depuis lors. — Car, non seulement l'usage s'est poursuivi, d'étudier principalement les questions de droit, au vu des espèces qui les suscitent en fait, et de critiquer de très près les jugements et les arrêts. Ce genre de travail a même rencontré des justifications autorisées, qui en ont précisé le mérite et rehaussé la valeur (2). Mais, on a cherché, mieux qu'on n'avait fait encore, à rattacher directement la jurisprudence des tribunaux aux sources proprement dites (*alias* sources formelles) du droit positif. Et, je ne parle pas, ici, des propositions intéressantes, qui tendaient à conférer, expressément et dans certaines conditions de fond ou de forme, un pouvoir quasi-législatif à quelques-unes de nos juridictions, en rétablissant, d'un point de vue moderne, l'ancienne pratique des arrêts de règlement (3). — J'entends dire, que, même en prenant les décisions de justice, sous leur aspect particulier et concret, avec la force résultant simplement de leur origine (suivant les degrés de la hiérarchie judiciaire) et de

*versité de Bruxelles, 1905-1906, t. XI, p. 718-724. — J. LEFORT, De la jurisprudence et de son rôle, dans Revue générale du droit, 1905, t. XXIX, p. 63-71. — Voy., aussi, comme applications : F. BOUCHARD, De l'œuvre de la jurisprudence en matière de saisie-arrêt, thèse de doct. Droit, Grenoble, 1905-1906, notamment p. 6-7 (introduction) et p. 260-261 (conclusion). — R. BARILLOT, Le conseil judiciaire d'après la loi et la jurisprudence (une jurisprudence prétorienne), thèse de doct. Droit, Paris, 1906-1907, notamment, p. 7-12 (introduction), p. 197-201 (conclusion) et p. 153-156.*

(1) FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, nos 146-149, 1<sup>re</sup> éd., p. 421-438, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 33-53.

(2) Voy., notamment, A. ESMEIN : *La jurisprudence et la doctrine*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 5-19. — (*L'originalité du Code civil*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 20-21 ; — et, comme application. *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, même revue, 1903, t. II, p. 5-53. Voy. surtout, p. 6-32. — Edm. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 175-204. — Comp. G. JEZE, *De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1914, t. XXXI, p. 311-321.

(3) Voy. notamment : A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1904, p. 205-207 (quatrième partie, chapitre premier, § VI). — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 216-218.

leur répétition fréquente (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*), on a prétendu leur reconnaître une autorité, qui fournît à l'interprète (savant ou juge) la direction catégorique, dont il a besoin, pour résoudre, sans le secours extrême et dangereux de l'appréciation discrétionnaire (1), les problèmes insuffisamment réglés par l'appareil législatif.

A cet égard, M. PLANIOL a adopté, dès 1899, une position, particulièrement intéressante, qui a fait, de son *Traité élémentaire de droit civil*, une œuvre de « style » tout original. Pour lui, le droit civil ne peut être présenté, dans sa plénitude, indépendamment de la jurisprudence qui en forme partie intégrante. Celle-ci constitue, par la force même des choses, un droit coutumier de formation récente, dont les solutions doivent être enseignées comme « règles acquises » (2). Tandis que la doctrine, qui n'a qu'une autorité scientifique, reste, par là même, privée de toute sanction, la jurisprudence, soit qu'elle interprète la loi, soit qu'elle statue dans le silence des textes et pour en combler les lacunes, donne des *décisions* qui sont *exécutées* ; seule, elle est la *forme vivante* du droit, la *règle appliquée* (3). Pourtant, elle n'est pas obligatoire (4). « Le pouvoir judiciaire n'est jamais lié par sa jurisprudence antérieure ; mais, en fait, il s'y conforme le plus souvent, et la stabilité de ses décisions équivaut pour les particuliers à l'existence d'une législation obligatoire : on est bien obligé de se conformer aux décisions de justice, si on ne veut pas voir annuler un contrat et perdre parfois des sommes considérables » (5). Au total, la jurisprudence se présente comme une coutume, essentiellement mobile,

(1) Comp. G. CORNIL (*Les Codes modernes et le droit romain*), dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1912, II<sup>e</sup> série, t. XIV, p. 475 : « ... Ainsi, les magistrats judiciaires, qui, par l'exercice de leurs fonctions, surprennent directement dans les faits de la vie journalière les moindres mouvements du droit, sont toujours à même d'introduire dans leur administration les innovations que les circonstances commandent ».

(2) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, p. IX-X (préface).

(3) M. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6, note 4 (n<sup>o</sup> 14) ; comp. p. IX (préface) ; p. 45 (n<sup>o</sup> 122) ; p. 47-48 (n<sup>o</sup> 127) ; p. 81-82 (n<sup>o</sup> 201) ; p. 83-84 (n<sup>os</sup> 204-205).

(4) Ni pour les tribunaux (PLANIOL, t. I, p. 45 (n<sup>o</sup> 123) ; p. 6, texte et note 4 [n<sup>o</sup> 14]) ; ni même, ce semble, pour les auteurs, qui peuvent dire ce qu'ils pensent des solutions de la jurisprudence (*ibid.*, p. X [préface]), tout en les enseignant comme « règles acquises ».

(5) M. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6, *in fine* (n<sup>o</sup> 14).

suivant les décrets de ceux qui la font (1), avec ce tempérament, qu'en fait, une fixité précieuse est assurée à ses manifestations, tant par la *tendance* « des corps judiciaires, quels qu'ils « soient, .. à se créer une tradition », que par le contrôle unitaire de la Cour de cassation (2). — Ce qui faisait, du moins en France, la nouveauté intéressante de ce point de vue, favorablement accueilli par beaucoup (3), c'est que, tout en laissant à la jurisprudence la souplesse essentielle de son jeu, il cherchait à justifier le caractère, de source normalement productive de règles, qu'il prétendait lui assigner, par un rattachement *direct* à la source primitive de tout droit positif, la coutume. Sur ce point, toutefois, M. PLANIOL s'en était tenu à une simple affirmation. Sans vouloir prendre parti sur la notion générale de la coutume, il se bornait à déclarer, qu'à l'heure actuelle, les décisions de justice pouvaient, seules, constituer un droit coutumier, vraiment utile et efficace (4).

Ed. LAMBERT, a poussé les choses plus loin et tenté énergiquement la démonstration, trop négligée jusqu'alors. Pour y parvenir, il a repris, par la base, du point de vue de l'observation historique, la notion même de coutume. Interrogeant successivement la plupart des organisations sociales, qui ont contribué à constituer historiquement le droit de l'humanité,

(1) M. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6, note 4, *in fine* (n° 14).

(2) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, n° 124, p. 45-46.

(3) Voy. notamment : H. CAPITANT. *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1912, p. 32-33. *Adde* p. 28-32, p. 77, note 2 (rien, sur ce point, dans la 1<sup>re</sup> édition, parue en 1897). — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, Dalloz, 1914, p. 35. *Adde* p. 36-40. — R. SALEILLES : (compte rendu de PLANIOL), dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1900, t. XXIV, p. 268-273. — (*Le Code civil et la méthode historique*), dans *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 126-127. — Comp. : Ch. CÉZAR-BRU (*La méthode d'interprétation du droit civil. La Coutume et le droit comparé*), dans *Revue générale de droit*, 1904, t. XXVIII, p. 330, p. 333-335, p. 344, p. 346-347, p. 348-349. — E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4<sup>e</sup> éd. Paris, A. Rousseau, 1910, p. 42 (n° 49) ; et, dans *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 229 et p. 230, texte et note 1. — Voy. aussi : A. LONIEWSKI, *Essai sur le rôle actuel de la maxime error communis facit jus*, thèse de doct. Droit. Aix, 1904-1905, p. 127-134.

(4) M. PLANIOL, *op. cit.*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, p. 4, texte et note 1 (n° 11). — La seule idée rationnelle, qu'indique M. PLANIOL, à l'appui de son opinion, est tirée, de ce que « toute règle de droit suppose une *contrainte*, c'est-à-dire une « autorité, une volonté supérieure à celles qui obéissent, et cette contrainte ne « peut venir que de la loi ou du juge. » Il est clair, pourtant, qu'il s'agit de savoir, si la contrainte du juge, limitée par son objet à un cas particulier, mérite une portée générale. Ceci n'est pas démontré.

il relève, partout, le rôle capital des juges, qui, tantôt sous le couvert de l'inspiration divine ou des pratiques de divination et de sorcellerie, tantôt sous l'aspect plus moderne des « experts en droit », ont eu constamment le monopole de l'interprétation officielle du droit (1). Il rejette donc, comme suggérée par des circonstances contingentes et reposant sur des données artificielles, la notion romano-canonique de la coutume (2), et se trouve conduit à ne reconnaître aujourd'hui celle-ci, que par la vertu de nos décisions de justice (3). Aussi, propose-t-il de faire de la jurisprudence une étude approfondie, qui remplacerait avantageusement la stérile exégèse des « interprètes du Code civil » (4). — Toutefois, il est à remarquer qu'Ed. LAMBERT, tout en prônant avec ardeur la jurisprudence et ses résultats, n'a pas déclaré nettement, s'il y voyait une source productrice de droit positif, au sens propre du mot (5); en revanche, il insiste sur sa mobilité, qui en fait, à ses yeux, la qualité principale (6) et il n'hésite pas à reconnaître, que le jurisconsulte, homme de science, a le droit et le devoir de chercher à en redresser les écarts (7).

Toutes les considérations, ingénieuses et séduisantes, que révèle ce double effort, d'ailleurs distinct, de PLANIOL et de LAMBERT, aboutissent-elles, du moins, à faire de la jurisprudence, un élément, autonome et se suffisant à lui-même, de

(1) Ed. LAMBERT : *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 173-799. — *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Paris, A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, 1900, p. 17. — Rappr. les considérations historiques, tirées de périodes mieux connues, que présente M. PLANIOL, *Traité élémentaire*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, 1911, p. 11, note 1, *in fine* (n<sup>o</sup> 11).

(2) Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 108-173. — *Comp. Une réforme nécessaire des études de droit civil* (extrait de *Rev. int. de l'enseign.*, 1900-2<sup>o</sup>, t. XL), Paris, 1900, p. 16-18 du tirage à part.

(3) Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 18-19; p. 144-173, p. 799-804. — *Comp. Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Paris, 1900, p. 18-20.

(4) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire des études de droit civil* (extrait de la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2<sup>o</sup>, t. XL), tirage à part, Paris, 1900, p. 23-25, comp. p. 5. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 28-29 p. 42-44.

(5) Voy., pourtant, cette assertion émise *transeundo* : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 19, note 1; p. 143, note 2.

(6) Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 19, note 1; p. 143, note 2.

(7) Ed. LAMBERT : *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 18-22; p. 809-825. — *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, p. 24-25.

l'interprétation du droit positif? Je conserve, là-dessus, les doutes les plus sérieux (1). Et, sans revenir ici sur les raisons, antérieurement présentées, à l'appui d'une opinion différente (2), et que j'entends complètement maintenir, j'y ajouterai seulement, pour répondre aux objections nouvelles, contenues dans les exposés de mes savants collègues, les observations suivantes. — Il semble, d'abord, que l'on restreigne bien arbitrairement le domaine de la coutume juridique, en exigeant, pour la consacrer, le sceau de décisions judiciaires (3). En l'absence même de celles-ci, n'existe-t-il pas des pratiques extra-judiciaires, assez fermement établies, pour nettement poser, avec ses caractères spécifiques, la règle de droit positif? C'est, ce dont ne doutent guère les partisans convaincus du droit coutumier (4), et l'on n'aperçoit pas, vraiment, quelle

(1) Comp. R. SALEILLES (*Méthode historique et codification*), dans *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, Roma, 1904, t. IX, p. 17 : « On peut « discuter et se demander si la jurisprudence constitue une source autonome à « côté de la loi : je ne le crois pas ».

(2) Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 423-426 (n° 146), p. 430-438 (nos 147-149) ; 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 35-38, p. 44-53. — Comp., pour des conclusions analogues, du moins sur le point principal (dénégation de la force législative à la jurisprudence) : A. TISSIER (compte rendu de *Méthode d'interprétation*), dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1900, t. XI, p. 161, 162, 166, 171-173. — J. PERCEROU (*A propos d'un nouveau livre sur la Méthode d'interprétation*), dans *Annales de droit commercial*, 1900, t. XIV, p. 155. — E. GLASSON (*Les sources du droit*), dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1<sup>o</sup>, t. 153, p. 504-505. — A. ESMEIN (*La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?*), dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, t. IV, p. 540-544 (VI). — Comp. : Edm. MEYNIAL (compte rendu critique de *Méthode d'interprétation*), dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1901, t. XXV, p. 390-391 cbn. p. 376-377, p. 387. — A. TISSIER (compte rendu de H. CAPITANT, *Introduction*, 2<sup>e</sup> éd.), dans *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1904, t. 53, nouv. sér. t. XXXIII, p. 570. — A. ROL, *Les causes et les effets du divorce* (alias : *L'évolution du divorce*), thèse de doct. Droit, Aix-Marseille, 1904-1905, p. 47-61. — J. MICHEL, *La prescription libératoire en droit international privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1910-1911, p. 4-7 (Introduction).

(3) Voy., notamment, Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 802, p. 813-814. Comp. p. 210, p. 212-214. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, 1911, p. 4, texte et note 1 (n° 11). — Primitivement, M. PLANIOL se montrait moins exclusif. Voy. la 2<sup>e</sup> édition du *Traité*, 1901, t. I, p. 4 (n° 11). Comp. p. 5 (n° 14. *in fine*).

(4) Voy. notamment : Ch. CÉZAR-BRU (*La méthode d'interprétation du droit civil. La Coutume et le droit comparé*), dans *Revue générale de droit*, 1904, t. XXVIII, p. 347-350. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, A. Pedone, 1912, p. 26, texte et note 1. — M. LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit en droit français contemporain*, thèse de doct. Droit, Lille, 1905-1906, *passim*, notamment, p. 57-66. — L. VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, thèse de doct. Droit, Lyon, 1907-1908, p. 150-163, p. 228.

évolution notable du droit contemporain justifierait, ici, le renversement des notions antérieurement acquises. Aussi bien, n'insisterai-je pas sur ce grief. Car j'imagine, que mes adversaires y feraient aisément certaines concessions, tout en maintenant l'essentiel de leurs revendications, en faveur de la force coutumière, directement reconnue à la jurisprudence.— Mais, pour prendre, de suite, ce qui a pu sembler le plus impressionnant dans le savant exposé d'Ed. LAMBERT, je ne vois pas, que les riches développements historiques, produits à l'appui de l'idée, que les « experts en droit » ont, sous leurs nombreux avatars, été, de tout temps, les propulseurs les plus actifs de la création juridique, aient démontré *rationnellement* que leurs décisions, *seules*, fissent coutume. Pour le soutenir, il faut, par un excès évident de positivisme, accepter, *a priori*, que la simple constatation de faits suffit à établir une théorie. Or, la doctrine romano-canonique de la coutume, dont on peut certes contester certains détails (1), présente, du moins, cette supériorité décisive, d'encadrer la notion, de la coutume juridique, en des lignes indispensables, pour lui maintenir sa valeur technique (2). — Et, si l'on veut scruter les conséquences de la conception qu'on nous oppose, on ne peut manquer d'observer, comme il est dangereux d'assimiler à une source, proprement créatrice de droit positif, les décisions des juges, soumises à des fluctuations incontestables (3). On nous dit bien, que pareille mobilité est de l'essence de la coutume, dont elle constitue un mérite capital. Mais, si je puis admettre cela d'une pratique, à la mouvance nécessairement lente et progressive, parce qu'elle repose sur l'usage et la conviction des intéressés, j'y résiste tout à fait, quand je vois la règle de droit, exposée à toute l'insécurité, dont la menacent les sautes brusques et déconcertantes d'opinion, inévitables

(1) Voy., notamment, ici : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 111-173.

(2) Comp. Fr. GENY (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. II, p. 991, texte et note 2. — Adde : *Science et technique en droit privé positif*, t. III (à paraître) sur la Coutume, envisagée comme procédé technique de la reconnaissance du droit.

(3) Voy., à titre d'exemple, A. WAHL, *Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage*, dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 443-514.

dans un petit groupe d'hommes (les juges), qui apprécient, de haut, les intérêts d'autrui. La circonstance, que ces hommes représentent l'autorité sociale, ne saurait compenser les dangers du pouvoir énorme, qu'on prétend leur reconnaître. — Au surplus, du moment qu'on déclare la jurisprudence non obligatoire pour le juge (1), je ne vois pas ce qu'il peut rester, en réalité, de la force créatrice, qui lui appartiendrait en même temps, puisque cette force ne se peut pratiquement traduire que dans les sentences, qui prononcent le droit sous la garantie de la contrainte sociale. — Enfin, et pour le faire court, je me sens obligé de redire, une fois de plus (2), qu'on ne peut considérer comme l'élément capital d'une interprétation, destinée, avant tout, à éclairer les magistrats, l'opinion de ces magistrats mêmes, à moins de leur attribuer une sorte d'inspiration surnaturelle, que, malgré sa vénération pour la tradition historique, Ed. LAMBERT lui-même se refusera, sans doute, à reconnaître aujourd'hui.

En définitive, une seule chose subsiste, de tous ces efforts poursuivis, en vue d'assurer à la jurisprudence un rôle capital dans « l'évolution créatrice » du droit positif. C'est que, si l'on ne peut admettre, sans forfaire à la conscience, que « la justice est ce que les hommes, d'une époque donnée, dans un pays donné, croient juste » (3), du moins doit-on reconnaître, comme simple résultat d'une constatation de fait, que « le droit d'un pays est l'ensemble des règles, — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes, — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont *effectivement* appliquées par les praticiens et les tribunaux » (4). Et, sans

(1) Il en est tout autrement du droit coutumier, fondé, suivant les principes, sur la pratique et l'assentiment des intéressés.

(2) Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1899, p. 434 (n° 148, *in fine*): 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 48. — Je dois constater, ici, qu'on n'a jamais essayé de répondre *sérieusement* à cet argument. Il est assurément, plus aisé, de le dédaigner, voire de l'omettre. — Les explications, fournies là-dessus par Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 167-169, aboutiraient, plutôt, à renforcer mon point de vue.

(3) Voy. cette assertion téméraire, chez G. JÈZE (*De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence*), dans *Revue du droit public*, 1914, t. XXXI, p. 313. — En sens contraire, cons. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, L. Tédin, 1915, notamment chapitre neuvième (XIV), p. 351-422.

(4) G. JÈZE (*De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence*), dans *Revue du droit public*, 1914, t. XXXI, p. 312.



qu'on puisse tirer de ce fait une injonction catégorique, qui suppose une autorité *ad hoc* ou un principe supérieur d'ordre, on y trouvera assurément un milieu, éminemment favorable, à la mise en relief de ce qui constitue l'essence même de l'organisation juridique positive, et par là, mais indirectement seulement, au développement continu et progressif du droit vivant (1).

**193.** — *f*) Un autre élément de l'organisation juridique, pour lequel on soupçonnait à peine la possibilité de cette fonction en 1899 (2), a été, depuis lors, ardemment prôné et vigoureusement poussé, en vue d'aider à l'interprétation, proprement dite, du droit positif : le droit comparé.

L'effort, poursuivi dans ce sens, est dû, pour la plus grande part, à R. SALEILLES. C'est lui, qui, le premier, a délibérément introduit le droit étranger, dans l'interprétation même du droit national. Et, après en avoir présenté déjà quelques applications importantes, il s'est avisé, qu'il était nécessaire, pour assurer son succès et en diriger la marche, de critiquer et de justifier cette méthode (3). Tel est le point, qu'il semblait envisager le plus directement, quand il organisa le Congrès international de droit comparé, de 1900 (4), et y fit plusieurs communications importantes. Le même congrès donna occasion à Ed. LAMBERT de dégager et de mettre en lumière l'idée,

(1) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 218, note 2, a, de parti pris, écarté de son horizon le problème, qui vient d'être rappelé. — Je signalerai, aussi, comme dépendant d'une théorie très personnelle, qui sera indiquée plus loin (n° 194), les vues de P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, n° 98, p. 159-163 et n° 108-109, p. 174-179.

(2) Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> éd. Paris, 1899, p. 515 et p. 516, texte et note 1 (n° 168); 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 140 et p. 141, texte et note 1. — Ajoutez les propositions, plusieurs fois formulées, par BOISSONNADE et rappelées dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890-1891, t. XX, p. 637-640.

(3) Sur la marche des idées, de R. SALEILLES, à cet égard. cons., surtout, H. CAPITANT, *Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. SALEILLES*, dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 67-114. — Adde Fr. GENY (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de R. SALEILLES*), *ibid.*, p. 12-13 et p. 16 (n° 4); p. 22-26 (n° 6); p. 33 (n° 9); p. 54 (n° 14).

(4) Cons. *Congrès international de droit comparé (31 juillet-4 août 1900)*. — *Procès-verbaux des séances et documents*, 2 vol., Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905-1907. Voy., notamment, le Rapport, présenté à la Commission d'organisation, sur l'utilité, le but et le programme du Congrès, par R. SALEILLES, t. I, p. 9-17.

fort séduisante du « *droit commun législatif* » (1), qu'il devait, dans la suite, creuser davantage encore et même commencer à mettre en valeur (2). De son côté, R. SALEILLES n'a cessé, jusqu'à la fin de sa carrière prématurément brisée, de préciser encore et de pousser plus à fond, en de nouvelles études, la thèse qui lui était chère (3). Depuis lors, il ne semble pas, que cette thèse ait reçu de nouveaux développements, de quelque importance (4). C'est donc, à peu près exclusivement, dans les travaux, d'ailleurs inégaux, de R. SALEILLES et d'Ed. LAMBERT, que nous devons en chercher les traits caractéristiques (5).

Avant tout, doit être nettement distingué et isolé le point précis, qui, seul, nous intéresse vraiment à cette place. Le problème du droit comparé, pris dans son ensemble, est un problème, infiniment vaste, dont le Congrès international de 1900 a envisagé les principaux aspects : connaissance, plus ou

(1) Ed. LAMBERT (Rapport sur les communications d'ordre général concernant la première section : Théorie générale et méthode, du Congrès international de droit comparé de 1900), dans *Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, Paris, 1905, p. 33-47, p. 56. — Adde Observations de SALEILLES, p. 60-61. — Rappr. Ed. LAMBERT (*Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Extrait de la *Revue internationale de l'Enseignement*, 1900-2°, t. XL), Paris, 1900, p. 25-28 du tirage à part.

(2) Voy. Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, surtout la fin ; p. 894-927.

(3) Cons. les études signalées ci-dessus, t. II, p. 267, note 3 (n° 193).

(4) Voy. pourtant encore : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911. Deuxième partie, I, chapitre VIII, La valeur technique du droit comparé, p. 268-289. — Le travail de L. PAUMIER, *Introduction au droit comparé*, thèse de doct. Droit. Rennes, 1902-1903, n'est guère qu'une mise en ordre des résultats du Congrès de 1900.

(5) Les plus récents ouvrages de droit civil ne font guère qu'une allusion vague, à l'utilisation possible du droit comparé, pour élargir le cadre du droit national. Voy. notamment : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, p. 90 (n° 224). — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 84, note 1. — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, Dalloz, 1914, p. 33. — Pour le surplus, ils se bornent à faire parfois quelques rapprochements de législations étrangères. — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 268-289, ne paraît pas envisager spécialement le point de vue de l'interprétation. — Mais ce point de vue a été touché, — en dehors des travaux de R. SALEILLES et d'Ed. LAMBERT, dont il va être question, — en quelques-uns des rapports, présentés au Congrès international de droit comparé de 1900. Voy. notamment : (Rapport LÉVY-ÜLLMANN sur les travaux de la Section de droit civil), *Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, p. 131. — (Mémoire L. JOSSE-RAND sur la Conception générale du droit comparé), *ibid.*, p. 240-242. — (Rapport A. WEISS, sur les rôle, fonction et méthode du droit comparé, dans le domaine du droit civil), *ibid.*, p. 353-354. Cependant, on ne peut dire que ces rapides allusions aient jeté une lumière nouvelle sur le problème, ou avancé sérieusement sa solution.

moins approfondie et rapprochée, des droits étrangers; — histoire comparative des institutions; — dégagement d'un idéal scientifique de droit positif; — réalisation de cet idéal par la législation, la jurisprudence, la doctrine; — enseignement profitable du droit comparé (1). — Or, au milieu de cet ensemble, aux rayonnements nombreux, et dont on pourrait encore, sans peine, multiplier, varier, nuancer les facettes, nous ne retenons qu'une question, très spécialement déterminée. Il s'agit, pour nous, uniquement, de savoir, si le droit comparé fournit un élément spécifique à l'interprétation, proprement dite, du droit national, de telle sorte que les résultats, obtenus par la connaissance et le rapprochement de droits étrangers, puissent être utilisés, pour enrichir positivement notre droit français, en dehors de la voie législative. Semblable conclusion est-elle admissible? Si oui, dans quelle mesure, par quels procédés, sous quelles réserves, se réalisera-t-elle légitimement?

Par l'attitude, qu'il avait prise, en face du problème général de l'interprétation du droit positif, R. SALEILLES se trouvait incliné à se prononcer sur ces questions. Ayant acquis la conviction de l'impuissance du système strictement logique à résoudre les problèmes, que la loi écrite laissait ouverts, et pénétré, d'autre part, de la nécessité de trouver d'autres appuis, nettement objectifs, pour subvenir aux défaillances de ceux qui se montraient inacceptables, sans s'abandonner à l'arbitraire des appréciations individuelles, il était à l'affût de tout ce qui pouvait remplir cet office délicat (2). — A peine avait-il fait l'essai des conceptions de certains droits étrangers, principalement allemand, italien et suisse, mises en présence de nos conceptions traditionnelles, en matière d'obligations notamment (3), il y découvrait une telle richesse,

(1) Voy. *Congrès international de droit comparé de 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, Paris, 1905: Rapport préliminaire de R. SALEILLES, p. 9-17. — Programme du congrès, p. 18-20. — Rapport LAMBERT, p. 26-60.

(2) Voy., notamment, R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 102, p. 106, p. 109.

(3) Voy. R. SALEILLES: *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Pichon, 1890; 2<sup>e</sup> éd., 1901. — *De la cession de dettes*, dans *Annales de droit commercial*, 1890, t. IV. Deuxième partie, p. 1-47. — *Le droit commercial comparé*, dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V. Deuxième partie, p. 217-227. — *Exceptio non adimpleti contractus*, dans *Ann.*

qu'il sentait, comme d'instinct et par son expérience propre, la puissance de leur action, pour rajeunir notre droit national, en même temps qu'il découvrait leurs affinités profondes avec maints efforts déjà tentés, voire quelquefois réalisés, par nos auteurs ou nos arrêts (1). N'y avait-il pas, dans cette communauté de représentation et de raisonnement entre êtres pensants (2), le signe de l'objectivité qu'il recherchait, et qu'il dût suffire d'amplifier et de préciser à la fois, pour lui assigner le caractère d'un criterium strictement juridique? — De fait, quand on rapproche, non seulement dans leur coexistence statique, mais dans l'ensemble de leur évolution dynamique, les droits des pays de civilisation analogue, et quand, examinant de près le jeu pratique des règles, on cherche à dégager les idées directrices de tout leur fonctionnement, on ne peut manquer de relever, tant pour les grandes lignes, que, mieux encore, pour certaines questions très menues, les traits distinctifs d'une sorte d'idéal législatif (3), sinon même, un droit commun de l'humanité civilisée (4). Par là, s'offre, à l'interprétation du droit, en dehors des emprunts formellement consacrés par l'appareil légal, le moyen, très sûr, d'introduire, dans le droit national, les institutions consacrées par

*de droit comm.*, 1892, t. VI, 2, p. 287-296 et 1893, t. VII, 2, p. 175-216. — Comp. *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Étude de droit comparé*, dans *Revue bourguignonne de l'enseign. supérieur*, 1895, t. V, p. 1-98. — *Les Associations dans le nouveau droit allemand*, dans *Le droit d'association*, Paris, Gaume et Rondelet, 1899, p. 229-246.

(1) Comp. H. CAPITANT, dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 88-89.

(2) Comp. H. POINCARÉ, *La valeur de la science*, Paris, E. Flammarion, 1909, p. 261-273 (Objectivité de la science).

(3) Voy., notamment, R. SALEILLES : (*Conception et objet de la science du droit comparé*), dans *Congrès international de droit comparé de 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 173. — (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 101. — Comp. L. PAUXIER, *Introduction au droit comparé*, thèse de doct. Droit, Rennes, 1902-1903, p. 97-104. — Voy. aussi Th. STERNBERG, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, Göschen, 1 A., 1904. Erster Theil. Die Methode, p. 194-197 (§ 14, n° 5).

(4) Voy., notamment, R. SALEILLES : (*Le droit commercial comparé*), dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V, 2, p. 220. — (*Conception et objet de la science du droit comparé*), dans *Congrès de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 181. — (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 111. — (*La fonction juridique du droit comparé*), dans *Juristische Festgabe des Auslandes zu J. Kohlers Geburtstag*, Stuttgart, Enke, 1909, p. 171. — Contre cette conception d'un « droit commun de l'humanité civilisée », cons., notamment, Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 918-921.

l'expérience universelle ; et, cette infiltration se pourra réaliser, sans danger d'arbitraire, si elle procède par la voie régulière, des conceptions et constructions doctrinales, destinées à faire passer, par voie de conséquence, les solutions désirables dans la jurisprudence et la pratique (1). Il convient, seulement, de réserver ce procédé, pour les cas où le silence de la loi ouvre pleine liberté à l'interprète et de ne l'employer qu'en respectant les tendances foncières du droit national (2). — Au surplus, R. SALEILLES illustre sa théorie, notamment en matière d'obligations et d'actes juridiques, par une série d'applications, qui en montraient expérimentalement la fécondité et la sûreté d'effets (3).

Toutefois, le système tendait à se développer un peu à l'aveugle, en prenant, comme bases de comparaison, les législations étrangères, qui se trouvaient les plus aisées à con-

(1) Voy. H. CAPITANT (*Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles*), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 103-111, avec les références.

(2) Cons., notamment, R. SALEILLES : (Rapport à la commission d'organisation, dans *Congrès international de droit comparé de 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 11-13. — (*Conception et objet de la science du droit comparé*), *ibid.*, p. 180-189. — (Rapport général sur les travaux du congrès), *ibid.*, p. 145. — (*École historique et droit naturel*, dans *Revue trimestr. de dr. civil*, 1902, t. I, p. 109-112. — *La fonction juridique du droit comparé*, dans *Juristische Festgabe des Auslandes zu J. Kohlers 60 Geburtstag*, Stuttgart, 1909, p. 164-175. — *Droit civil et droit comparé*, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1911-1<sup>o</sup>, t. LXI, p. 5-32.

(3) *Adde*, aux premiers travaux signalés plus haut, t. II, p. 269, note 3, R. SALEILLES : *De la déclaration de volonté*. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116-144) : Paris, F. Pichon, 1901. — *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand*, dans *La réforme sociale*, 1901-2<sup>o</sup>, t. XLII, p. 90-91 et p. 717-744. — Préface au livre de L. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, Paris, Rousseau, 1903, p. V-XXXIII. — *Des formes du testament olographe*. L'article 970 du Code civil français et le § 2231 du Code civil allemand, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 587-614 et 1904, t. III, p. 89-157. — *La théorie possessoire du Code civil allemand*, dans *Revue critique de législ. et de jurisprudence*, 1903, nouv. série, t. XXXII, p. 592-610 et 1904, t. XXXIII, p. 33-57. — *De la possession des meubles* (études de droit allemand et de droit français), Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1907. — Observations sur la situation de la femme mariée en Suisse, dans *Bulletin de la société de législation comparée*, 1908-1909, t. XXXVIII, p. 151-161. — *Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse*, dans *Revue trim. de droit civil*, 1909, t. VIII, p. 537-610. — *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, dans *Revue trim. de droit civil*, 1911, t. X, p. 23-59. — Il y aurait lieu de signaler, aussi, des travaux, suscités par la doctrine de R. SALEILLES, et parfois extrêmement poussés, par exemple : E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier* : thèse de doct. Droit. Dijon, 1897-1898. — Voy. encore, sur les idées de R. SALEILLES, en matière de droit comparé : R. DEMOGUE, *Notions fondamentales*, p. 269-274.

naître, sans viser à en constituer des types méritant une considération spéciale. — C'est ici, qu'intervient l'idée d'Ed. LAMBERT. Élargissant et précisant, à la fois, la thèse, celui-ci prétend ériger, en une discipline nettement spécifique, le droit comparé, envisagé comme élément du droit positif, en même temps qu'instrument (avec d'autres disciplines), de la « politique civile ». Il lui assigne, comme objet propre, — à l'image du droit commun coutumier de l'ancienne France (1), du *deutsches Privatrecht* des Germanistes du XIX<sup>e</sup> siècle, du droit civil suisse préparatoire au Code fédéral de 1907, — de dégager, de l'ensemble des droits étrangers se rattachant à un même stade de civilisation, un « droit commun législatif », qui pût servir de modèle aux droits nationaux de ce groupe, et fournir, non seulement à leur législation, mais à leur doctrine et, par celle-ci, à leur jurisprudence, voire à leur pratique extrajudiciaire, les institutions ou les règles aptes à assurer leur développement et leur progrès, suivant les exigences changeantes de la vie sociale et économique, en attendant qu'il prépare, sur les mêmes bases, une certaine internationalisation du droit (2).

Pour jouer efficacement semblable rôle, le « droit commun législatif » ne se peut utilement constituer, qu'entre droits positifs, étroitement unis, sur le terrain des conditions générales de civilisation, comme sur celui des conceptions juridiques; et, pour le moment, Ed. LAMBERT semble n'en envisager la possibilité générale, que pour les législations (*lato sensu*) des peuples latins et germaniques (3). — Il est, d'ailleurs, à remarquer que

(1) Cods. notamment : Edm. MEYNIAL, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres*, dans *Congrès international de droit comparé de 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 269-309.

(2) Voy., notamment, Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire des études de droit civil* (Extrait de la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2<sup>o</sup>, t. XL), tirage à part, p. 25-28. — (Rapport au *Congrès international de droit comparé de 1900*, sur les communications d'ordre général concernant la première section), dans *Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 38-52; comp. p. 54-60. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, *passim*, surtout p. 916-927. Adde p. 7-58; p. 103-111; p. 892-916. — Sur les différences, qui séparent la conception d'Ed. LAMBERT de celle de R. SALEILLES, voy. H. CAPITANT (*Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles*), dans *l'Œuvre juridique* de RAYMOND SALEILLES, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 91-96.

(3) Ed. LAMBERT, *Rapport au Congrès de 1900*, p. 44, p. 48-49. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 895, p. 921.

jusqu'alors, le créateur du « droit commun législatif » a plus insisté, sur sa conception générale, que sur son utilisation effective. Les applications importantes, qu'il nous en avait annoncées (1), n'ont pas encore été produites, dans la majestueuse ampleur qui leur semblait promise. Et les indications, trop générales, exposées jusqu'alors, ne permettent pas de discerner, exactement, sous quelle forme précise Ed. LAMBERT entendait faire pénétrer les solutions, dégagées du « droit commun législatif », dans la trame même de notre droit national (2).

Contre ces vues, qui, appuyées par d'autres plus modestes (3), semblaient promettre au droit comparé un domaine d'action, extrêmement riche pour le développement du droit positif, quelques contradictions ont été émises. — On s'est inquiété, dans l'intérêt de la pureté du système juridique de chaque pays, des tendances internationales, nettement avouées par Ed. LAMBERT (4). Et, tout en acceptant, pour préciser son idéal, la suggestion d'un « droit commun législatif » (5), R. SALEILLES entendait bien en faire un instrument de progrès nettement national (6). — D'une façon plus précise,

(1) Ed. LAMBERT : Rapport au Congrès de 1900, p. 38-39. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903. Avertissement au lecteur, p. 1-5 ; et p. 918-919.

(2) *Adde*, sur les idées d'Ed. LAMBERT, en matière de droit comparé : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 274-276, p. 281-283. — Ch. CÉZAR-BRU (*La méthode d'interprétation du droit civil. La coutume et le droit comparé*), dans *Revue générale du droit*, 1904, t. XXVIII, p. 330-340.

(3) Voy. notamment : H. LÉVY-ULLMAN, L. JOSSEMAN, A. WEISS, dans *Congrès international de droit comparé de 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 131-134 ; p. 237-243 ; p. 347-354. — L. PAUMIER, *Introduction au droit comparé*, thèse de doct. Droit. Rennes, 1902-1903. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 84, texte et note 2. — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 268-285. — H. CAPITANT, dans *l'Œuvre juridique de R. Saleilles*, p. 57-114. — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 1914, p. 33.

(4) Voy., notamment, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 276-280, p. 284-285.

(5) Voy., par exemple, R. SALEILLES : dans *Procès-verbaux des séances du Congrès international de droit comparé de 1900*, t. I, p. 60-61. — (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1902-2<sup>e</sup>, t. XLIV, p. 327-328. — (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1<sup>o</sup>, t. LXI, p. 28.

(6) Voy., notamment R. SALEILLES : (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 112. — (*La fonction juridique du droit comparé*), dans *Juristische Festgabe des Auslandes zu J. Kohlers 60 Geburtstag*, Stuttgart, Enke, 1909, p. 174 : comp. p. 169-172. — (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1<sup>o</sup>, t. LXI, p. 27-30.

E. THALLER a fait sentir la difficulté, parfois même l'impossibilité, de ramener à un même type des institutions juridiques basées sur des concepts différents (1); et, généralisant cette objection pour l'ensemble de la technique juridique, A. ESMEIN en arrivait à dénier, au droit étranger, presque toute influence légitime, sur la doctrine et la jurisprudence françaises (2).

Mais, la théorie, qui prétend faire du droit comparé un élément spécifique de l'interprétation du droit national, mérite une appréciation plus large, dont je me borne à esquisser ici les grandes lignes. Deux questions, bien distinctes, se présentent :

α) Avant tout, il faudrait savoir, si l'emploi du droit comparé est légitime, pour le but ici poursuivi, et à quel titre. — Or, derrière les phénomènes psychologiques d'imitation, qui représentent l'action extérieure réciproque des droits de divers pays, se révèle sans peine l'idée, qu'une règle, dégagée du *consensus* des systèmes juridiques, placés à un même niveau de civilisation, a, pour elle, une sorte de conscience juridique collective, plus large que celle qui ne se manifeste qu'au sein d'un pays déterminé, et capable, par suite, de vaincre, au besoin, certaines résistances nationales. Et, l'on a pu voir là une sorte de modernisation de la doctrine du droit naturel (3). — Toutefois, comme la conscience juridique collective n'est pas, en soi, une source autonome de droit positif, faute d'une plastique précise, et tant qu'elle n'a pas engendré une coutume nettement caractérisée, je ne crois pas, que l'on puisse, sur la base de cette seule considération, assigner au droit comparé la puissance de créer lui-même le

(1) E. THALLER, *De la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions : application à la lettre de change*. Mémoire au Congrès de droit comparé de 1900, dans *Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, 1905, p. 603-622.

(2) A. ESMEIN (*La jurisprudence et la doctrine*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 17-18. — Voy. la réponse, faite par R. SALEILLES à l'objection d'A. ESMEIN : R. SALEILLES (*Le code civil et la méthode historique*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*. Paris, 1904, t. I, p. 127, note 3. — *La fonction juridique du droit comparé*, dans *Juristische Festgabe des Anstandes zur J. Kohlers 60 Geburtstag*, Stuttgart, 1909, p. 174-175.

(3) Voy. notamment : R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 110-112. — Comp. le même (*Le droit commercial comparé*), dans *Annales de droit commercial*, 1891, t. V, 2<sup>e</sup> partie, p. 221-224. — En sens contraire : Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 918.



droit, et qu'il faut limiter son effet à éclairer la libre recherche, se poursuivant en l'absence ou au défaut des sources formelles, sauf à y découvrir le germe possible des coutumes, assujetties, pour leur formation, aux conditions de tout droit coutumier (1).

β) Dans cette mesure restreinte, assignée à son efficacité, comment le droit comparé devra-t-il être reconnu et employé? Ici encore, le problème est fort complexe. Et, sans le traiter à fond, je présenterai, à son sujet, deux observations :

D'une part, je crois qu'on a attaché trop d'importance à la forme, technique ou conceptuelle, des institutions. Le plus souvent, les tendances convergentes des divers droits nationaux portent sur le fond même des règles ; et cela peut suffire à constituer un principe efficace de droit commun, alors même que la construction juridique devrait rester différente suivant les pays. Assurément, la coïncidence des techniques ne peut que fortifier celle des préceptes et faciliter leur généralisation. Mais, elle n'est pas indispensable.

D'autre part, si l'on veut tirer du droit comparé des directions utiles, il convient de limiter le champ de la comparaison, en n'envisageant que les législations de tendances analogues. A cet égard, les idées, proposées par Ed. LAMBERT, en faveur de la constitution d'un « droit commun législatif », seront un guide précieux, pourvu que, ici encore, et en vue de reconnaître la parenté des organisations juridiques, on s'attache plus à leurs préceptes de fond qu'aux concepts qui les expliquent et aux constructions qui les assemblent.

En tout cas, et quelque importance qu'on veuille lui attribuer, le droit comparé ne peut servir de secours à l'interprétation, que pour un nombre limité de questions ; et, de l'aveu même de ses partisans les plus chauds, il faut se garder d'y chercher une panacée, qui pût subvenir aux besoins de tout le domaine de l'application du droit (2).

(1) Comp. ce que j'ai dit, au sujet de la jurisprudence et de la doctrine : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n° 149-150, 1<sup>re</sup> édition, p. 434-440 ; 2<sup>e</sup> édition, t. II, p. 49-56. — Adde ci-dessus, n° 192, t. II, p. 259-267.

(2) Voy., notamment, ce que dit Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 900-901.

**194.** — III. — Au total, les divers éléments de l'organisation sociale, — auxquels on a pu songer, pour renforcer et assurer une interprétation juridique, vraiment adéquate à la vie, — depuis les plus généraux, directement puisés dans l'ordre scientifique, la psychologie (*b*), l'histoire (*d*), l'économie politique (*c*), jusqu'aux plus concrets, saisissant presque corps à corps les réalités tangibles, la pratique du droit vivant (*a*), la jurisprudence (*e*), le droit comparé (*f*), — se sont révélés, à l'étude et à l'expérience, comme pouvant fournir des directions utiles, aptes à suggérer les règles et solutions convenables pour certains cas ambigus, mais incapables, chacun pris à part, de jouer, directement et pleinement, le rôle de guide infailible, suppléant, sans défaillance, aux lacunes des sources formelles positivement reconnues.

Ainsi, subsistait, en dépit de dénégations paresseuses, la nécessité d'efforts, quelque peu systématiques, tendant, de façon plus large, à la reconstruction synthétique de toute la méthode juridique.

On pourrait, sans grande peine, relever un effort de ce genre dans l'ensemble des travaux d'Ed. LAMBERT. Car, en même temps qu'il prônait la jurisprudence comme devant représenter le droit coutumier moderne (1), et qu'il traçait les contours ou fixait le rôle du « droit commun législatif » (2), cet auteur manifestait des vues plus larges sur toute la méthodologie juridique. — Nettement hostile aux procédés étroits, qu'il attribuait aux « interprètes du Code civil » (3), il se déclarait en faveur d'une franche reconnaissance de la mobilité incessante du système du droit positif et témoignait d'une sympathie nettement accusée pour l'assouplissement des textes légaux en vue de les accommoder aux circonstances changeantes de la vie (4). La place, qu'il faisait à la jurisprudence, exprimait, en une sorte de paroxysme, sa confiance dans la coutume, qu'il voulait seulement consacrée par le

(1) Voy. ci-dessus, t. II, p. 262-263 (n° 192).

(2) Voy. ci-dessus, t. II, p. 272-273 (n° 193).

(3) Voy. Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire des études de droit civil* (extrait de la *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2°, t. XL), p. 1-15, p. 22-25. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 16-45.

(4) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, 1900, p. 14, p. 15-16, p. 22. — *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 35, p. 40.

sceau des décisions judiciaires (1), et à laquelle il reconnaissait, sans hésiter, le pouvoir de faire échec à la loi (2). Et, s'il n'admettait pas que, sous prétexte de recherche libre, on tentât de faire revivre les errements, nettement condamnés à ses yeux, de la théorie du droit naturel (3), il faisait, du moins, entrer dans la mission essentielle de la doctrine, le soin d'interroger toutes les disciplines de la vie sociale, pour y trouver les directions, capables d'alimenter la législation et de renouveler la jurisprudence (4), contemporaines ; et, c'était bien à ce titre que, pour lui, le « droit commun législatif » devait intervenir comme le guide le plus sûr de la recherche (5). En même temps qu'il réproouvait l'excès des conceptions abstraites, il maintenait la nécessité des principes (6). N'y avait-il pas, en tout cela, les éléments d'une synthèse (7), dont la puissance s'annonçait d'autant plus forte, que les principaux moyens en avaient, par avance, fait leurs preuves, dans les premières et solides productions de ce robuste jurisconsulte (8) ? — Pourquoi faut-il, que l'auteur nous laisse attendre si longtemps le couronnement de sa belle œuvre, et que, loin d'en parachever l'édifice, si brillamment entrepris, il nous ait plutôt, en des paroles de doute (9), laissé entrevoir, sous une

(1) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, Paris, 1900, p. 18-20, p. 23-24. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 799-804.

(2) Ed. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, 1900, p. 17-18.

(3) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire*, p. 13, p. 20-21. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 35-38.

(4) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire*, p. 24-25. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 41-44, p. 875-892.

(5) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire*, p. 25-28. — (Rapport au Congrès international de droit comparé de 1900), dans *Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, p. 38-47. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 894-913, p. 916-927.

(6) Ed. LAMBERT : *Une réforme nécessaire*, p. 10-11, p. 12-13. — *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903, p. 38-40.

(7) Cons., d'ailleurs, Ch. CÉZAR-BRU, *La méthode d'interprétation du droit civil, la coutume et le droit comparé*, dans *Revue générale du droit*, 1904, t. XXVIII, p. 330-352.

(8) Ed. LAMBERT : *Du contrat en faveur de tiers*, Paris, Giard et Brière, 1893. — *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895.

(9) Voy. Ed. LAMBERT (*Le droit civil et la législation ouvrière. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit*), dans *Revue générale du droit*, 1904, t. XXVIII, p. 463. — Adde : (compte rendu de P. APPLETON, *Du droit des Assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions de modifier les statuts sociaux*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, t. 52, nouv. série, t. XXXII, p. 379-383.

forme encore très énigmatique, comme une renonciation décevante à ses anciens et si fermes espoirs ?

Plus continu et plus fécond — bien qu'arrêté trop tôt encore par une mort prématurée — a été l'effort méthodologique de R. SALEILLES. Non pas, que ce maître ait jamais traité *ex professo*, et en son entier, le problème de l'interprétation juridique. Mais, l'ayant eu constamment en vue, dans tout le cours de sa carrière scientifique, et en ayant envisagé, occasionnellement, à maintes reprises, les principaux aspects, il s'est trouvé avoir construit, peu à peu, un système, extrêmement complexe, fin et nuancé, qu'il a, sans cesse, accru et amélioré, et qui se dégage, comme un tout à peu près complet, des meilleures pages de son œuvre. — J'ai, naguère, essayé de mettre en lumière ce système (1), je ne veux, ni reprendre, ni rééditer ici, un travail déjà fait. Qu'il me suffise de constater encore, que, constituée avec la plus grande largeur d'esprit, ayant utilisé tous les éléments qui s'offraient à son choix, remaniée sans aucun parti pris et suivant tous les enseignements d'une expérience en perpétuel éveil, la doctrine méthodologique de SALEILLES se présente à nous comme la synthèse, la plus fortement expressive, de toutes les aspirations contemporaines, en matière de création et de développement juridiques.

Mais, la construction d'un système d'ensemble, composé en bloc, agencé et harmonisé de parties savamment équilibrées par l'auteur lui-même, formant ainsi un tout cohérent et homogène, ne s'est rencontrée, à ma connaissance, depuis le commencement de ce siècle, que dans l'œuvre d'un jurisconsulte belge, P. VANDER EYCKEN, auteur d'une « *Méthode positive de l'interprétation juridique* », publiée en 1907 (2). Cette œuvre mérite, par là même, dans mon étude, une considération particulière.

P. VANDER EYCKEN a été frappé, comme beaucoup d'autres, de la faiblesse irrémédiable du système traditionnel de l'interprétation du droit, qui se caractérise, à ses yeux, par la

(1) FR. GENY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode*, dans *L'œuvre de R. Saleilles*, dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63.

(2) Paul VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles (Falck) et Paris (Alcan), 1907.

nature intentionnelle assignée à la loi, et la prétention d'en tirer toutes les solutions nécessaires, en fécondant son texte au moyen d'une logique, qui vise essentiellement à reconstituer, dans son entier, et à développer, dans ses plus extrêmes conséquences, la pensée du législateur (1). — Mais, après avoir constaté les erreurs et les abus de ces procédés, dont il découvre la cause dans le caractère abstrait de la loi (2), en même temps que leur insuffisance reconnue au regard du mouvement moderne des choses et des idées (3), il n'admet, ni qu'on les ait efficacement corrigés, quand on a proposé, sur la base de l'évolution historique de la loi, un assouplissement des textes, dépourvu de tout cadre fixe comme de toute base objective (4), ni qu'on y puisse échapper, en réduisant à sa juste mesure la part de la loi écrite, en vivifiant et dosant, suivant leur nature propre, les autres sources formelles du droit positif, et en organisant, pour le surplus, une recherche libre dans son principe, assujettie seulement aux postulats de la justice et aux exigences d'ordre, résultant de tous les éléments, multiples et complexes, qui conditionnent l'organisation sociale (5). Ce dernier système lui paraît conserver certains vices fondamentaux de l'interprétation traditionnelle (6), et recéler, en outre, un danger d'arbitraire, capable d'entraîner les pires excès (7). — Renonçant donc aux expédients d'une réforme empirique, il prétend remonter aux bases mêmes de la doctrine du droit, pour y chercher une méthode d'interprétation, qui corresponde à la nature de la discipline, et procure des effets assurés (8), tout en offrant le caractère organique indispensable à sa pleine valeur scientifique (9).

Imbu des principes de la philosophie positiviste (10), P. VAN-

(1) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 6-17, p. 21-37.

(2) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 18-22, p. 37-51.

(3) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 6-8 (préface). Comp. n° 5, p. 19.

(4) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 231, p. 362-368.

(5) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 368-370 (n° 232).

(6) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 370-386 (n° 232).

(7) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 233, p. 386-391.

(8) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, préface, p. 1-15. — *Adde* Introduction, nos 1-5, p. 17-19.

(9) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 234, p. 391-393. Comp. p. 186 (n° 114).

(10) Voy., notamment, P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, *passim*, notamment : p. 8 (préface); p. 54 (n° 24); p. 90-91 (n° 46); p. 187 (n° 114); p. 189 (n° 115); p. 238 (n° 126); p. 247 (n° 133); p. 256 (n° 141); p. 262 (n° 145); p. 283

DER EYCKEN entend partir d'une conception, strictement positive, du droit : « Le droit est l'organisation de l'utilité sociale. — Il rend obligatoires les actes qui sauvegardent et assurent le bonheur public. — Sa mission est toute pratique. — Il régit les actions des hommes. — Or toute action est déterminée par son but. — Le droit est donc issu de l'idée du but à atteindre : c'est elle qui en détermine tout le contenu » (1). D'autre part, le but du droit consiste dans le bonheur social (2), qui ne se réalise pratiquement que par l'équilibre dans la société (3). Ainsi, dominant, en la matière, l'idée de cause finale, la notion de valeur sociale, la téléologie (4).

A cette conception positive du droit, correspond une conception positive de l'interprétation. Qu'il s'agisse de créer le droit, ou de le développer, tout se doit faire par le but social, qui constitue, non pas une intention, mais une réalité objective (5).

Par là, s'établissent les bases d'une technique de l'interprétation positive. Celle-ci doit commencer par une recherche personnelle du but social de l'espèce à résoudre, apprécié, en cas de doute, d'après une hiérarchie des buts secondaires, — la subsistance, la liberté, la sécurité, l'égalité, l'abondance (on reconnaît ici l'influence de BENTHAM), — convergeant, tous, autour du but suprême : le bonheur social réalisé par les équilibres. Cette recherche ne peut procéder que par présomptions, d'autant plus fortes qu'elles seront plus générales (6). Elle aboutit à fournir à l'interprète, sous la notion spontanée du but social, une opinion individuelle touchant la solution du cas envisagé.

(n° 159). — C'est aussi, par une adhésion convaincue aux principes du positivisme, que doit s'expliquer, sans doute, chez notre auteur, le rattachement, quelque peu forcé et superficiel, à *la loi des trois états*, des principales phases de l'interprétation juridique, soit en général, soit pour quelques-unes de ses applications particulières : *op. cit.*, nos 235-253, p. 395-418.

(1) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 56 (n° 25). — *Adde* nos 23-25, p. 53-57.

(2) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 26, p. 57-58.

(3) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 33-38, p. 65-74.

(4) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 27-32, p. 58-65; nos 39-43, p. 74-84; nos 125-138, p. 237-251.

(5) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 44-51, p. 85-101.

(6) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 52-64, p. 102-117.

Une fois formée cette opinion individuelle, il s'agit de la vérifier, en confrontant le résultat de la recherche, dont elle est issue, avec les éléments objectifs, contenant des indications relatives aux buts sociaux (1). Ici intervient, ce qu'on appelle traditionnellement les sources du droit, où il faut voir plutôt de simples modes d'expression de celui-ci (2), qui, envisagés comme éléments de vérification critique, avec valeur de présomptions, et hiérarchisés suivant la force de connexion qui les unit au but social, d'après le caractère, plus ou moins social, de l'agent dont ils émanent (3), peuvent être classés comme suit : *a*) la loi, règle obligatoire édictée par le pouvoir souverain (4); *b*) les travaux préparatoires, ensemble des documents relatant les diverses phases de l'élaboration d'un texte (5); *c*) l'usage, règle obligatoire élaborée, par l'ensemble des individus habitant un certain territoire, ou par certaines classes d'entre eux, par exemple les commerçants (6); *d*) la jurisprudence, interprétation constituée par les tribunaux (7); *e*) la doctrine, interprétation émanée des auteurs (8); *f*) la tradition, ensemble des solutions juridiques transmises à une époque par les époques précédentes (9). On emploiera ces divers éléments, qui ont déjà pu suggérer la notion spontanée du droit (10), à éprouver celle-ci, chacun suivant sa nature et sa valeur propres (11), de telle sorte qu'ils puissent se compléter successivement, dans l'ordre hiérarchique signalé plus haut, et que, dans la suite du même ordre, toute coïncidence du résultat de l'un d'eux avec celui de la recherche personnelle fournisse une solution ferme, constituant un point de droit définitivement acquis (12).

(1) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 65, p. 118; n° 73, p. 128-130.

(2) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 17 (n° 1).

(3) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 66-67, p. 118-121; n° 72, p. 128; n° 74, p. 130-133.

(4) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 76-79, p. 133-138.

(5) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 80-85, p. 138-143.

(6) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 86-107, p. 143-174.

(7) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 108-109, p. 174-179.

(8) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 110-111, p. 179-182.

(9) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 112-113, p. 182-186.

(10) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 75, p. 133. — *Adde* p. 12 (préface).

(11) Voy. là-dessus P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 76-113, p. 133-186.

(12) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 68-73, p. 121-133; n° 114, p. 186-188. — On voit, qu'en dépit de certaine similitude de dénomination, la « *Méthode positive d'in-*

Ainsi domine, en toute cette méthode, la notion supérieure du but social ; et, après en avoir présenté l'exposé théorique, l'auteur cherche à nous en montrer l'emploi et la fécondité, par de nombreux exemples, empruntés à la jurisprudence contemporaine, et où nous voyons une pénétration profonde du but pratique dissiper des illusions logiques, étendre ou restreindre les prescriptions légales, fixer le choix entre diverses interprétations ou entre plusieurs textes à appliquer, entraîner des modifications de la jurisprudence établie, justifier certaines de ses créations et, parfois même, expliquer des violations presque évidentes de la loi, le tout aboutissant à une adaptation, de plus en plus raffinée, du droit positif aux conditions de la vie moderne (1).

Pareille méthode, substituant la téléologie à la logique (2), maintient à celle-ci son rôle subordonné, de façon à diriger essentiellement, dans le sens du but imposé par la réalité, le jeu du raisonnement (3), de la construction (4), des arguments formels (5), voire, du plus fécond d'entre eux, l'argument d'analogie (6). En même temps, elle assure la supériorité nécessaire de la liberté sur l'autorité et fait équilibre à l'élément impératif, du droit, représenté par la loi, au moyen de l'équité, qui permet à la liberté de s'épanouir (7). Enfin, elle

« *interprétation* » de P. VANDER EYCKEN, ne se rattache pas au système général du « *positivisme juridique* », par lequel « on ne reconnaît d'autres normes, pour gouverner la société humaine, que les règles, dictées et imposées par l'autorité souveraine, et, dans l'élaboration de ces règles, on laisse libre carrière à l'habileté technique de cette autorité ». Ce système, auquel nous n'avons pas à nous arrêter à cette place (voy. plutôt : FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, L. Tenin, 1915, n° 75, p. 31-39), vient d'être défendu à nouveau, et sous un angle éminemment personnel, par G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique* (Annales de la Faculté de droit d'Aix, nouvelle série n° 1), Marseille, 1918, à qui j'ai emprunté, p. 4-5 (n° 2), la définition rapportée plus haut. Voy., surtout, le § III de cette brochure, nos 26-36, p. 31-47. Qu'il me suffise d'observer, ici, que G. RIPERT semble bien faire place, dans sa thèse, à une méthode d'interprétation extrêmement large, notamment p. 45-46 (n° 35).

(1) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.* Mise en œuvre de la notion du but social, nos 115-124, p. 189-236.

(2) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 125-138, p. 237-251. — Comp. p. 14 (préface).

(3) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 139-145, p. 252-263.

(4) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, n° 146, p. 263-266.

(5) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 147-178, p. 266-302.

(6) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 179-191, p. 302-322.

(7) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 192-213, p. 323-341.



voit, dans l'interprétation du droit, un art (1), capable de dépasser les textes (2), et dont la perfection dépend essentiellement de la personnalité du juriste, qui le met en œuvre (3).

En dépit de sa forte ossature, la doctrine, proposée par P. VANDER EYCKEN, ne semble pas avoir rencontré, jusqu'alors, des adhésions nombreuses (4). Cela tient peut-être, pour une bonne part, à la sèche rigueur de son exposé, qui domine l'esprit sans entraîner la volonté. Le but social, réduit aux conceptions utilitaires de J. BENTHAM, et délibérément séparé de toute idée supérieure de justice (5), reste manifestement insuffisant, à nous livrer, dans son intégralité nécessaire, le secret du droit positif. — Même en retenant ce qu'elle peut contenir de justifié, on a peine à comprendre comment cette notion arriverait à résoudre les problèmes si variés, si complexes et si délicats, de la vie juridique courante. Et, quand on voit défiler les nombreuses applications, que l'auteur en a tentées, sous l'égide de la jurisprudence acquise, on n'échappe pas à l'impression, que les solutions présentées sont souvent rattachées, de façon fort artificielle, au criterium, un peu vague et flasque, qui reste la base fondamentale du système, et l'on se dit qu'elles se justifieraient, plus aisément encore, par le jeu d'idées plus simples. — D'autre part, n'y a-t-il pas quelque excès, à réduire les actes, directement créateurs de notre droit positif, et, avant tout, la loi écrite, sans souci de ce qu'ils renferment, en eux-mêmes, de valeur sociale, au rang sacrifié d'éléments critiques de l'appréciation subjective, à laquelle on assure ainsi, bien qu'on fasse, la primauté ? Et, ne pourrait-on maintenir, plus fermement aussi, à la logique, la mission d'assurer la cohérence et la fécondité des décisions, découlant d'une volonté éclairée par la raison ?

(1) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, nos 214-229, p. 342-359.

(2) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 13 (préface).

(3) P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 2-3 (préface) et n° 254, p. 418-422.

(4) Comp., notamment, G. VANDEN BOSSCHE (*La notion et l'interprétation du droit civil positif dans les théories modernes*), discours prononcé le 6 octobre 1907, à la distribution des prix du *Concours universitaire et concours général de l'enseignement moyen*, Bruxelles, E. Guyot, 1907, p. 22-24. — Adde : *Dalloz périodique*, 9<sup>e</sup> cahier de 1907. Compte rendu de l'ouvrage de P. VANDER EYCKEN.

(5) Voy. notamment : P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p. 248 (n° 133) : « Le Juste « n'est qu'une notion secondaire, un résultat ; il n'est que la consécration des « solutions, qui ont été inspirées par l'Utile. »

Ces réserves faites, je crois pourtant, que, comme tout travail consciencieusement entrepris et sérieusement poussé, la « *Méthode positive de l'interprétation juridique* » nous a donné des résultats précieux et solides. Elle a eu le grand mérite, à mes yeux, de découvrir l'essence même du droit positif, en plaçant en avant les intérêts qu'il assure, pour assigner un rang secondaire aux expressions formelles de leur règlement (1). En même temps, je ne sache pas, qu'on ait jamais su mettre mieux en valeur les idées capitales, de R. von JHERING, sur la subordination de la pure logique à la téléologie. Et, si la notion du but social reste assurément enveloppée de quelque obscurité, nulle part encore, à ma connaissance, on n'avait déployé pareil effort, pour la ramener à des termes précis et en dégager des conséquences tangibles. Au fond, le riche et puissant exposé, de P. VANDER EYCKEN, nous eût beaucoup rapprochés de la vérité, s'il eût seulement maintenu sa place, essentielle et capitale en toute théorie de droit positif, à cette justice objective, qui, d'ailleurs, et malgré tous les efforts dirigés contre elle, continue et continuera à animer la vie active du droit.

**195.** — Me sera-t-il permis de constater, — en terminant ici l'aperçu descriptif des tendances dominantes des doctrines, française et belge, contemporaines, sur les sources et la méthode d'interprétation en droit privé positif, — qu'au milieu de cette mêlée, un peu confuse, les idées, proposées par moi en 1899, se sont maintenues assez résistantes, dans leur abondance, leur complexité, et leur souplesse, pour encadrer, à peu près, tous les efforts poursuivis, depuis lors, dans le même sens (2). — Sous la variété des opinions émises, se révèlent tou-

(1) Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, 1915 et t. III (à paraître).

(2) L'ensemble des idées, développées, en 1899, dans mon ouvrage « *Méthode d'interprétation* », a été accueilli, presque sans aucune réserve, à partir de sa deuxième édition, dans le tome I, du *Traité des personnes*, élaboré par M. HOUQUES FOURCADE, sur la base du *Précis de droit Civil*, de G. BAUDRY-LACANTINERIE. Voy. dans cet ouvrage les nos 16 bis ; 245 bis ; 256 ; 258 bis ; 261 bis ; 264 bis I-XIII, ajoutés à la première édition. Adde les nos 12 ; 17-27 ; 80 ; 123-124 ; 239 ; 245 ; 257-264, remaniés plus ou moins largement. — Comp. G. VANDEN BOSSCHE (*La notion et l'interprétation du droit civil positif dans les théories modernes*) : discours à la distribution des prix du Concours universitaire, Bruxelles, 1907, p. 21-22. — Voy. aussi : A. ROL, *Les causes et les effets du divorce* (alias :

jours la pensée essentielle, de découvrir le droit dans les réalités mêmes de la vie sociale, d'où il surgit, et la nécessité de mettre en œuvre, pour cela, tous les moyens, par lesquels peuvent être dictées ou suggérées des règles, ordonnant la conduite de l'homme dans ses rapports avec ses semblables. Chacun de ces moyens a sa valeur et son efficacité propres. Et, je m'étais efforcé de les spécifier et de les hiérarchiser, au mieux, pour en obtenir tout le rendement désirable (1). On a pu, sur bien des points, critiquer et réviser mes appréciations. Mais, mieux on a analysé, plus on a affiné les procédés de l'interprétation juridique, plus aussi s'est trouvée renforcée la doctrine, dont je m'étais inspiré. Et, je ne puis que me féliciter, si les observations et les critiques, dirigées contre certaines de mes positions, ont, en multipliant et développant les éléments objectifs des créations de droit, restreint, à leur profit, le domaine de cette libre recherche, que je n'ai jamais admise, que comme un pis-aller, imposé par la nécessité des choses, et qui conserve une place nécessaire en toute organisation juridique complète. Ainsi présenté, le système reste capable de toutes les extensions et de tous les progrès. — Mais, si l'on veut lui donner des bases plus fermes et lui assurer de nouveaux développements, il importe, comme l'a compris P. VANDER EYCKEN (2), de le reprendre de plus haut. Au lieu, donc, d'accepter, comme données premières, les sources formelles du droit, qui ne sont manifestement que les révélations d'une vérité plus profonde, il convient de scruter directement cette vérité même; et, après en avoir découvert les fondements scientifiques, il suffira de la soumettre aux procédés, largement artificiels, d'une élaboration technique (parmi lesquels se retrouveront les sources for-

*L'évolution du divorce*); thèse de doct. Droit, Aix-Marseille, 1904-1905. Introduction, p. 9-61, où sont résumées et accentuées, à peu près, toutes les idées de mon ouvrage.

(1) Voy. encore : FR. GENY, *La notion de droit positif à la veille du xx<sup>e</sup> siècle* (discours), Dijon, Venot, 1901. — Adde les observations judicieuses de P. ROUX (*L'application des articles 1131 et 1133 du Code civil aux donations entre concubins*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1908, t. 57, nouv. série t. XXXVII, p. 244-247 (n° 13).

(2) Voy. ce qui a été dit ci-dessus, t. II, p. 284 (n° 194, *in fine*).

nelles), pour obtenir les appuis indispensables en vue d'une marche, à la fois hardie et sûre, à la conquête des solutions juridiques, les plus adéquates aux exigences de la vie contemporaine (1).

(1) Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, L. Tenin, t. I, 1914, p. 10-13 (nos 3-4) et l'ensemble de cet ouvrage, t. I, 1914; t. II, 1915; t. III et IV (à paraître). — Voir aussi ce qui sera indiqué ci-après, sous forme de vues d'avenir : n° 224.

## CHAPITRE SECOND

Une passade de jurisprudence : le « phénomène Magnaud »

*(Pour répondre à l'objection fondamentale dirigée contre la méthode critique d'interprétation).*

SOMMAIRE : 196. Objection fondamentale contre la méthode critique. — Son accentuation du fait du « phénomène MAGNAUD ». — Nécessité de l'examiner. — 197. Hésitation possible au sujet de cet examen. — Position à prendre. — 198. Résultats positifs de la jurisprudence MAGNAUD. — 199. Procédés qui caractérisent cette jurisprudence. — 200. Appréciation du « phénomène MAGNAUD », du point de vue de la méthode d'interprétation.

**196.** — En dépit du concours sympathique, qu'elle rencontre, dans le milieu social, à l'heure actuelle, et de l'appui, que lui fournit le mouvement général des esprits aspirant au progrès de la justice (1), la méthode critique (2), du moins en tant qu'elle se propose l'interprétation et l'application du droit positif, vient se heurter à une objection, qui, au point de vue pratique, apparaît particulièrement grave, et serait de nature, si l'on devait s'y arrêter absolument, à paralyser tout effort sérieux, de la doctrine ou de la jurisprudence, dans le sens, soit d'une recherche scientifique des bases essentielles du droit, soit d'un perfectionnement technique des procédés destinés à le mettre en œuvre. — Cette objection, devenue banale à force d'être ressassée, mais toujours redoutable, parce que vivement impressionnante pour les jurisconsultes, épris, par-dessus tout, des garanties d'une vigoureuse discipline sociale, consiste à représenter l'élaboration indépendante du droit, comme devant aboutir fatalement à l'incerti-

(1) Voy., notamment, Épilogue : ci-dessus, chapitre premier et ci-après, chapitres troisième et quatrième.

(2) Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, p. 27, texte et note 1 (n° 8).

tude et l'instabilité des solutions positives, partant à une sorte d'anarchie juridique, abolissant tout frein dans les jugements, ruinant toute sécurité dans les affaires. En effet, du moment qu'on laisse descendre le pouvoir de formuler les règles abstraites, de la sphère infrangible, où le contenait la plénitude souveraine de la loi, au domaine versatile du jugement individuel, on s'expose à un flottement déconcertant des décisions de droit. Dès lors, comment assurer, aux activités particulières, la confiance nécessaire, pour entraîner leurs efforts vers un but sans cesse déplacé? — A quoi s'ajoute, à titre d'argument tiré de la substance même du droit positif, le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, traduction formelle des considérations qui précèdent, et avec lequel paraît franchement inconciliable toute prétention, de reconnaître au juge la puissance de découvrir ou de modifier les règles générales de conduite sociale, dont la création et la fixation rentrent nettement dans le rôle propre et la mission exclusive du législateur (1).

Il n'est pas malaisé de répondre à ces objections; tant qu'on reste sur le terrain de la discussion rationnelle; et je pense l'avoir fait d'une façon, qui me permette, du moins, d'attendre la réplique, sérieuse et convaincante, toujours refusée jusqu'alors (2).

Que si, pourtant, on résiste encore à la netteté des explications fournies et à la force des raisonnements développés, pour soutenir que l'indépendance, laissée à l'interprète, conduit à la perversion du droit positif, ce ne peut être, ce me semble, que par une sorte de désespérance, qu'inspire la difficulté, incontestable, de séparer, en fait et dans l'application, le domaine de la libre investigation du juge de la sphère réservée à la puissance de la loi, et sous l'empire de cette appréhension, quelque peu instinctive, que le juge, une fois la porte ouverte à son appréciation propre, doit tendre nécessairement à en dépasser le domaine légitime, et qu'il devienne, à bref délai, impossible de l'arrêter sur la pente de

(1) Comp. ci-dessus, t. I, p. 208 (n° 84).

(2) Voy. notamment ci-dessus, t. I, p. 208-219 (nos 85-86) et t. II, p. 224-225, (n° 184). — *Adde* n° 81 bis et n° 176 bis.

l'arbitraire (1). Déplacé ainsi du domaine rationnel, pour être porté sur celui du sentiment, le problème ne comporterait plus de discussion proprement dite.

Mais, peut-être, sera-t-il alors envisagé, avec plus de profit, sous un angle, en quelque sorte, expérimental. Et, c'est à ce titre, qu'il me paraît n'être pas sans intérêt, de nous arrêter, quelques instants, devant cette petite crise de notre interprétation judiciaire, qui s'est manifestée dans un cercle assez restreint et sous une influence personnelle ayant permis de la caractériser d'un nom significatif : le « phénomène Magnaud » (2).

L'on sait assez, de quoi il s'agit. Au regard de la manière, parfois hardie et vigoureuse, mais toujours dominée par ses traditions de modération discrète et de progrès sagement enchaînés, dont notre magistrature française résout les litiges qui lui sont soumis (3), quelques dissonances se sont produites, de la part d'un petit nombre de juridictions. Et, parmi celles-ci, s'est distingué, pendant une période d'environ quinze années (1889-1904), le Tribunal de première instance de Château-Thierry, par des saillies d'indépendance, continues et tapageuses, qui ont pu, sans contestation sérieuse, être imputées, principalement, à son chef d'alors, le Président MAGNAUD. — Ce phénomène social, une fois remarqué, a attiré l'attention des publicistes et des penseurs ; même, pendant quelque temps du moins, il a intéressé l'opinion. Aussi, a-t-il donné lieu à de nombreuses publications, documentaires ou critiques, qui, en n'en retenant que celles dont l'intérêt excéda le moment de leur apparition, permettent de le soumettre à une appréciation, vraiment objective (4).

(1) A peu près, comme on a pu soutenir, — pour condamner l'institution du divorce, — que cette porte, ouverte à la liberté des époux, entraînait fatalement l'abus et conduisait ainsi à la ruine du mariage.

(2) Voy., notamment, R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, dans *Revue socialiste*, 1903, 1<sup>o</sup>, t. 37, p. 657 : « Tel est le phénomène Magnaud. Un juge qui motive « l'application de la loi par des *attendus* humains et sociaux, en dehors de tout « esprit professionnel, de toute tradition de caste. » — Voy. encore LINO FERRARI, *Criminologie. Nouvelle conscience juridico-sociale*, dans *Les documents du progrès*, novembre 1911, V<sup>e</sup> année, p. 284-288. — Sans doute, a-t-on entendu donner au mot « phénomène » son sens vulgaire. Je le prends, moi, au sens scientifique.

(3) Comp. ce qui a été dit ci-dessus, t. II, p. 236, texte et notes 1 à 3 (n<sup>o</sup> 188), avec les références.

(4) Voy., avant tout : H. LEYRET, *Les jugements du Président Magnaud réunis et*

Sans entreprendre, ici, dans toute l'ampleur qu'elle peut comporter, une appréciation de ce genre, qui ressortirait plutôt de la psychologie sociale que de la méthodologie juridique, je voudrais, seulement, cantonné en mon modeste domaine, par un examen sommaire de la jurisprudence MAGNAUD, envisagée dans ses résultats et ses procédés caractéristiques, constater, quel enseignement s'en dégage, pour ou contre une méthode critique de mise en œuvre du droit positif, et rechercher, si elle ne suggérerait pas quelque direction

commentés (avec introduction), 2<sup>e</sup> éd., Paris, P.-V. Stock, 1900. — *Les nouveaux jugements du Président Magnaud* (avec introduction), Paris, Schleicher frères et C<sup>ie</sup>, 1904; ouvrages, que je citerai désormais de la façon suivante : H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I et t. II. — Adde : ROUANET (compte rendu du 1<sup>er</sup> de ces livres), dans *Revue socialiste*, 1900-2<sup>o</sup>, t. 32, p. 744-747. — M. LEROY, *Les transformations de la jurisprudence pénale* (à propos des jugements de Château-Thierry), dans *Revue socialiste*, 1901-2<sup>o</sup>, t. 34, p. 585-599. — R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, dans *Revue socialiste*, 1903-1<sup>o</sup>, t. 37, p. 651-662. — R. STAMMLER, dans un *Vortrag*, du 27 février 1903, à Berlin, sur « *das richterliche Ermessen* », d'après BRÜCKEMANN, qui le résume dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1903, t. VIII, p. 192. — R. STAMMLER, *Praktikum des bürgerlichen Rechts für Vorgerücktere*, Leipzig, Veit u. C<sup>o</sup>, 1903, p. 25-26. — Ed. BERTH (*Révolution sociale ou évolution juridique ?*), dans *Le mouvement socialiste*, II<sup>e</sup> série, VI<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup> 143, du 15 novembre 1904, p. 129-130. — M. SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit*; thèse de doct. Droit, Lyon, 1903-1904. Appendice, p. 143-156. — M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*; thèse de doct. Droit, Paris, 1903-1904, n<sup>o</sup> 65, p. 179-184. — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, p. 387-389 (n<sup>o</sup> 233). — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, 1911, p. 45, note 1 (n<sup>o</sup> 122). — Discussions, de la Société de Sociologie de Paris, sur les études de types professionnels, le Magistrat, le Bon juge (séances du 9 janvier et du 13 février 1907), dans *Revue internationale de sociologie*, 1907, t. XV, p. 111-128, p. 193-214. — R. SALEILLES, Divers passages signalés dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 27, texte et note 2. — Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, p. 33 (n<sup>o</sup> 9). — Interpellation SEMBAT, discutée, à la Chambre des députés, le 17 mars 1899, dans *Journal officiel*. Chambre des députés. Débats parlementaires. Session ordinaire de 1899, p. 927-937. — Interpellations, relatives à la magistrature, de MM. MAGNAUD et autres. Discours MAGNAUD à la Chambre des députés, le 28 décembre 1906, dans *Journal officiel*. Chambre des députés. Débats parlementaires. Session extraordinaire de 1906, p. 3427-3433. — Intervention de M. MAGNAUD, dans la discussion, du Budget de la justice, de la loi de finances de 1910. Ch. des députés, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> séances du 17 décembre 1909, dans *Journal officiel*. Chambre des députés. Débats parlementaires. Session extraordinaire de 1909, p. 3531-3535 et p. 3558. — Discussion, au Sénat, du projet de la loi de pardon, en janvier et février 1918. *Journal officiel*. Sénat. Débats parlementaires. Session ordinaire de 1918, p. 21, col. 3; p. 24, col. 1; p. 37, col. 2; p. 38, col. 1; p. 91-92. — Voy. aussi une allusion, très nette et défavorable aux tendances du Président MAGNAUD, dans les conclusions du Procureur général BAUDOUIN, devant les Chambres réunies, de la Cour de cassation, sur l'arrêt du 2 juillet 1903 (Ménard c. Roux), D. P., 1903-1-353.



utile, en vue d'assurer à l'interprétation une souplesse de jeu conciliable avec la fermeté des solutions établies.

**197.** — Une hésitation pourrait, toutefois, nous retenir, sur le seuil de cet examen. N'y aurait-il pas, pour les esprits vraiment posés et judicieux, quelque naïveté, — frisant presque le ridicule, — à vouloir, — surtout si longtemps après son éclat, — prendre au sérieux, — pour la soumettre à un jugement critique, — la jurisprudence du Président MAGNAUD ? — Il faut bien convenir, que, par certains côtés, l'œuvre de ce magistrat n'a pas laissé que de sembler équivoque. Que le style de ses décisions tourne parfois au « poncif », qu'à l'emphase des considérations philosophiques se joigne trop souvent une épaisse ironie, il n'y aurait là, encore, que des défauts de forme, sur lesquels on consentirait à passer l'éponge. Mais, ce qui est plus grave et vraiment déconcertant, c'est que les jugements, ayant illustré le Tribunal de Château-Thierry, si on les prend dans leur ensemble, les uns favorables aux miséreux, les autres sévères aux prétendus privilégiés, ressentent, à peu près tous, un esprit de basse politique, et laissent échapper un relent de littérature électorale, qui trouble étrangement la sereine atmosphère de la justice. Et, l'attitude de leur auteur, qui n'a quitté son siège de magistrat, que pour se poser en politicien démagogue, n'est, certes pas, faite pour atténuer cette impression. — Bien mieux. Quand on analyse, en vue d'en caractériser au fond la portée spécifique, les décisions principales du Président MAGNAUD, on y relève d'étranges disparates, qui tendraient à mettre en suspicion la sincérité ou la pondération de leur auteur. Je ne parle pas, seulement, de cette opposition choquante, entre les appréciations des actes ou des sentiments, qui semblent varier suivant la condition sociale, la mentalité religieuse ou les inclinations politiques, des personnes soumises à son contrôle (1). Mais, on

(1) Comp., notamment, à cet égard, les jugements rapportés par H. LEYRET, *Jugements Magnaud* : — d'une part, t. I, p. 14-15 ; p. 36-40 ; p. 52-56 ; p. 95-97 ; t. II, p. 51-53 ; p. 55-64 ; p. 77-79 ; — d'autre part, t. I, p. 174-184 ; p. 216-224 ; p. 227-234 ; p. 287-292 ; t. II, p. 127-133 ; p. 136-139 ; p. 144-149 ; p. 163-167 ; p. 170-177 ; p. 185-192 ; p. 195-197. — Et, rapp., plus spécialement, les deux décisions rapportées, t. I, p. 208-211 et t. II, p. 199-203.

reste singulièrement choqué, à voir le Président MAGNAUD, user, comme magistrat, et sous l'influence d'idées préconçues, de procédés d'exposition, de raisonnement ou de décision, qu'en d'autres occasions, il a stigmatisés avec virulence, soit chez certains justiciables, soit chez des administrateurs, voire même chez ses collègues : insinuations désobligeantes, sinon diffamatoires ou injurieuses (1) ; mépris de la loi (2) ; subtilités ou arguties juridiques (3) ; solutions franchement arbitraires (4). — Sans parler encore, d'une animosité, étroite et rancunière, envers la jurisprudence, spécialement celle de la Cour d'Amiens (5), ou le Ministère public (6), qui détonne singulièrement au milieu des traditions de notre magistrature.

Je crois, pourtant, qu'il faut, sincèrement et courageusement, surmonter l'impression de défiance, que suscitent invinciblement ces incorrections, ces partialités, ces contradictions, en les mettant au compte de la faiblesse inhérente à l'humanité, mieux encore, en les excusant comme la rançon inévitable d'une générosité de sentiments et d'une hauteur d'idéal subjectif, que, malgré certaines apparences et jusqu'à preuve décisive du contraire, nous devons maintenir à la base des inspirations essentielles du Président MAGNAUD. Au surplus, aucun des défauts, signalés plus haut, n'est inhérent à la manière de ce magistrat, qui se doit équitablement apprécier, en en faisant pleinement abstraction. Et, si leur constatation peut faire pressentir le danger de cette manière, pour cer-

(1) Comp., par exemple, H. LEYRET, *Jugements Magnaud* ; t. I, — d'une part : p. 254-259 ; — d'autre part : p. 175 ; p. 227-234.

(2) Comp. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 164 et t. II, p. 82, p. 210.

(3) Comp. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 147, p. 149 (*adde* p. 251), p. 154 ; t. II, p. 52 et p. 166 avec t. II, p. 61 ; t. II, p. 133 (*adde* p. 107).

(4) Comp., dans H. LEYRET, *Jugements Magnaud* : — d'une part, les jugements, qui accordent aux pêcheurs une tolérance d'une demi-heure sur l'heure officielle du lever et du coucher du soleil, t. II, p. 205-206 ; *adde* t. I, p. 302-303 ; — d'autre part, le jugement, qui critique la jurisprudence, fixant en centimètres la longueur des pistolets de poche, dont le port est délictueux, t. II, p. 228-229.

(5) Voy., notamment, H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 154 ; p. 182 ; p. 251 ; p. 259 ; p. 279-280 ; p. 285-286 ; p. 291 ; p. 335-336 (*adde* p. 315) ; t. II, p. 53 ; p. 70-72 ; p. 166-167 ; p. 180 ; p. 188 ; p. 196 ; p. 202 ; p. 226. — Comp. discours de M. MAGNAUD, à la Chambre des députés, le 28 décembre 1906, dans *J. off.*, Chambre des députés. Débats parlementaires. Session extraordinaire de 1906, p. 3429-3430.

(6) Voy., notamment, H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 158 ; t. II, p. 59-60.

tains tempéraments, elle ne saurait, à elle seule, entraîner une condamnation « sans phrases ».

En définitive, — et sans méconnaître la part à faire aux caprices de la mode ou aux engouements de l'opinion, — nous ne pouvons tenir, pour absolument négligeable, le fait, que la jurisprudence MAGNAUD a provoqué, tant en France qu'à l'étranger (1), des sympathies et des approbations, dont quelques-unes ne sauraient être attribuées aux affinités politiques ou à l'esprit de coterie, et qui, dans leur ensemble, constituent un témoignage, assez imposant (2), pour nous déterminer à fermer les yeux sur les ombres troublantes du phénomène, et à nous efforcer de l'apprécier, avec d'autant plus d'impartialité, qu'il reste lui-même quelque peu suspect sous ce rapport.

Dans ce but, nous devons nous adresser directement aux jugements du Président MAGNAUD, qui ont été publiés, de son aveu, comme représentant, le plus exactement, sa façon d'envisager et de trancher les litiges juridiques. Or, la plupart de ces jugements, ceux surtout qui ont, les premiers, attiré l'attention sur la personnalité du « Bon juge », sont rendus en matière correctionnelle ; et un petit nombre seulement tranchent des procès de droit civil ou commercial. De cette observation, toutefois, il n'y aurait pas lieu de conclure un obstacle absolu à chercher en ces documents ce que nous voulons découvrir : le témoignage instructif d'une certaine expérience d'interprétation juridique (3). En effet, cette interprétation est une, en dépit des principes modernes, qui semblent assujettir davantage à la loi écrite le juge des infractions pénales, et que corrigent, d'ailleurs, en tant de façons, tous les procé-

(1) Voy. les publications ou études signalées plus haut, t. II, p. 289, note 4 (n° 196). — Adde Raffaele COGNETTI de MARTIS, *Le Bon juge*, Casalmaggiore, tip. Gravata, 1902.

(2) Cons. notamment : H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, Introduction, p. 1-2 ; p. 8-11 ; p. 16-18 ; p. 21-22 ; p. 37-40. — R. MAJETTI, dans *Revue socialiste*, 1903-1<sup>o</sup>, t. 37, p. 654-656 ; p. 658-660. — MAGNAUD, Discours à la Chambre des députés, le 28 décembre 1906, dans *J. officiel*. Chambre des députés. Déb. parlem. Sess. extraord. de 1906, p. 3430-3431. — Des réserves, sur les procédés MAGNAUD, ont été faites, au point de vue socialiste notamment, par A. MATER (*Le socialisme juridique*), dans *La Revue socialiste*, 1904-2<sup>o</sup>, t. 40, p. 10-11 et Ed. BERTH, dans *Le mouvement socialiste*, 15 novembre 1904, p. 129-130.

(3) Comp. M. MORNET, *Da rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse de doct. Droit, Paris, 1903-1904, p. 179-184 (n° 65).

dés d'individualisation de la peine, accrédités par la législation et la pratique contemporaines. En droit criminel, comme en droit privé, il s'agit toujours, pour le juge, de découvrir et d'appliquer la règle générale, qui convienne au cas particulier. Et les moyens, par lesquels s'exercera l'appréciation indépendante du juge, en vue du progrès du droit, joueront de même leur effet dans l'un et l'autre domaine. Aussi bien, la façon de voir du Président MAGNAUD s'est-elle exprimée, dans le domaine des intérêts privés, sous la même forme, qu'à l'égard des inculpés de délits pénaux. Et, les tendances essentielles de sa jurisprudence se sont, le plus aisément du monde, transposées de l'une de ces sphères à l'autre. Ce n'est donc, que par une synthèse, des plus marquantes de ses décisions, de tout ordre, qu'il est possible d'en caractériser le système.

**198.** — Ceci dit, considérons, d'abord, les résultats positifs du « phénomène ».

Parmi les jugements du Président MAGNAUD, signalés à notre attention par ses admirateurs, le plus grand nombre, en tant que décisions de droit, et sauf parfois tels ou tels des motifs qui les appuient, ne s'écartent pas sensiblement du courant général de la jurisprudence française contemporaine. — Ainsi en est-il, notamment, de la plupart des jugements correctionnels, qui présentent, pour la détermination ou l'évaluation de la culpabilité du prévenu, une judicieuse appréciation des circonstances, en matière de mendicité (1), de vagabondage (2), d'atteinte à la propriété d'autrui (3), de faux témoignage (4), de violences envers la personne d'un séducteur (5), ou d'homicide par imprudence imputé à une fille-mère (6) ; à plus forte raison, dans les cas d'infractions imputables à des enfants (7), ou dont ceux-ci eussent été victimes (8).

(1) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 52-56 ; p. 64-65 ; — t. II, p. 51-53 ; p. 62-65.

(2) *Ibid.*, t. I, p. 52-56 ; — t. II, p. 62-65.

(3) *Ibid.*, t. I, p. 30-31 ; — t. II, p. 58-60 ; p. 65-67.

(4) *Ibid.*, t. I, p. 335-340.

(5) *Ibid.*, t. I, p. 95-97.

(6) *Ibid.*, t. II, p. 77-79.

(7) *Ibid.*, t. I, p. 121-122 ; p. 126-127 ; — t. II, p. 111-115.

(8) *Ibid.*, t. I, p. 123-125 ; — t. II, p. 119-121.

— A la même catégorie appartiennent, en matière civile ou commerciale, les jugements : appliquant à la particule « de » les règles du nom patronymique (1) ; infligeant une indemnité sévère au séducteur, qui n'exécute pas une promesse de mariage, même avec la circonstance d'entraînement réciproque (2) ; condamnant rigoureusement les patrons, en cas de brusque congédiement d'un employé (3) ou de son renvoi pour fait de grève (4), ou à la suite d'accidents industriels survenus à leurs ouvriers (5) ; admettant une large responsabilité, à la charge des Compagnies de chemin de fer, prises comme entrepreneurs de transport (6).

Sans doute, en quelques hypothèses, particulièrement délicates, le Tribunal de Château-Thierry, présidé par M. MAGNAUD, a opté pour la solution la plus hardie. — C'est ainsi, qu'il a admis, à la suite d'un accident du travail, le droit immédiat de l'ouvrier à une indemnité provisoire, mise à la charge du patron, sauf recours contre l'assureur, en cas d'assurance collective et avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 avril 1898 (7) ; mieux encore, il a reconnu, avant la même loi, la responsabilité du patron envers l'ouvrier, indépendamment de toute faute prouvée, en invoquant le contrat de travail et les articles 1135 et 1156 C. civ. franç. (8) ; même, devançant une jurisprudence toute récente (9), il a consacré une responsabilité analogue, à la charge de la Compagnie de transport, et au profit du voyageur victime d'une chute dans un trajet en chemin de fer (10). Et, anticipant sur la loi du 6 avril 1910 (art. 389, al. 7 C. civ. franç.), il imposait, au père administrateur légal, l'obligation de conversion des titres au porteur de son enfant mineur en titres nominatifs, par extension de la loi du 27 février 1880,

(1) *Ibid.*, t. I, p. 309-310.

(2) *Ibid.*, t. I, p. 103-110.

(3) *Ibid.*, t. I, p. 135-142.

(4) *Ibid.*, t. I, p. 162-165 ; — t. II, p. 144-149.

(5) *Ibid.*, t. I, p. 153-159 ; — t. II, p. 127-133.

(6) *Ibid.*, t. I, p. 171-178.

(7) *Ibid.*, t. I, p. 146-150.

(8) *Ibid.*, t. I, p. 136-140.

(9) Voy. : Civ. cass., 21 novembre 1911, *SIR.*, 1912-1-73 ; et surtout Civ. rej., 27 janvier 1913, *SIR.*, 1913-1-177 ; avec les notes de Ch. LYON-CAEN, sous ces deux arrêts, *loc. cit.*

(10) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 185-191.

art. 5 (1). — Dans un ordre d'idées différent, et manifestement en vue de faire échec aux abus de l'arbitraire administratif, accentué par les conflits de compétence, il accueillait une demande d'indemnité, formée contre un maire pour refus de délivrance d'un certificat de bonne vie et mœurs (2). — Usant de la même largeur de vues dans le domaine pénal, il admettait la provocation morale, comme excuse de l'injure publique (3), osait reconnaître l'inexistence d'une saisie, d'apparence régulière, pour écarter le délit de détournement d'objets saisis (4), exemptait les pharmaciens des déclarations de quantités d'alcool prescrites par les lois fiscales (5), rangeait les corbeaux et ramiers au nombre des fauves; que le propriétaire a le droit de détruire sur ses terres sans permis de chasse (6), étendait, au profit des pêcheurs, la notion de pêche à la ligne flottante et tenue à la main (7), admettait l'exception de bonne foi contre les prétendus délits contraventionnels (8), distinguait, parmi les règlements et tarifs homologués des chemins de fer, ceux qui ont trait à l'exploitation technique, de ceux relatifs à l'exploitation commerciale, pour n'attacher de sanction pénale qu'à la violation des premiers (9). — Sans méconnaître l'ingéniosité de la plupart de ces solutions, on ne peut dire, qu'elles excèdent le niveau moyen des hardiesses de la jurisprudence française, au point de constituer comme un tournant nouveau de notre interprétation judiciaire.

Ce mérite — si mérite il y a — n'appartiendrait, donc, qu'à un nombre, relativement restreint, de jugements du Président MAGNAUD, qui ont tenté d'introduire des éléments, véritablement hétérogènes, dans notre droit positif français, comme il semblait établi, sur la base de la législation moderne, par une jurisprudence et une doctrine jusqu'alors fermement assises. — Telles sont, notamment, en matière pénale, les décisions,

(1) Jug. Château-Thierry, 31 décembre 1890, *Pand. périod.*, 1891-2-194.

(2) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 244-247.

(3) *Ibid.*, t. I, p. 266-271.

(4) *Ibid.*, t. II, p. 222-223.

(5) *Ibid.*, t. II, p. 226-227.

(6) *Ibid.*, t. I, p. 295-297.

(7) *Ibid.*, t. I, p. 298-300; — t. II, p. 199-201.

(8) *Ibid.*, t. II, p. 195-197 (à propos d'une prévention pour chasse sur le terrain d'autrui).

(9) *Ibid.*, t. I, p. 179-184.

bien connues, portant acquittement de la voleuse de pain, poussée par une faim irrésistible (1), du vagabond tenu pour absolument irresponsable de sa misère (2), du briseur de réverbères ou du simulateur de vol poussé par le désir de trouver un refuge dans la prison (3), de l'époux convaincu d'adultère (4), du pêcheur surpris peu avant ou après le lever du soleil (5), du débiteur ayant détourné des objets saisis, de première nécessité (6), du porteur d'un pistolet de poche, en dehors de violences répréhensibles (7), du propriétaire d'animaux trouvés en dépaissance illicite (8). — Telles aussi, en matière administrative, l'affirmation d'un contrôle judiciaire indépendant sur les prestations de serment des gardes particuliers (9), la revendication de la compétence judiciaire, pour le règlement de travaux d'utilité communale (10). — Tels enfin, en matière civile ou commerciale, la consécration, expresse et ouverte, du divorce par consentement mutuel (11), le refus de conseil judiciaire à un prodigue manifeste (12), le rejet d'une déclaration de faillite régulièrement demandée (13), le sursis à une requête de liquidation judiciaire en vue de permettre une liquidation amiable (14), la privation de tout bénéfice à une rente alimentaire, léguée à la femme, pour le mari commun, qui s'est dérobé aux charges de la communauté (15). Voilà les principales des solutions, qui ont pu paraître marquer une jurisprudence, propre, et à certains égards, révolutionnaire, du Tribunal de Château-Thierry, présidé par M. MAGNAUD. — Que

(1) *Ibid.*, t. I, p. 14-15. aff. Louise Ménard.

(2) *Ibid.*, t. I, p. 36-40 (aff. Chiabrando : voy. arrêt infirmatif d'Amiens, 3 mars 1899, D. P. 99-1-169 et note F. TOURNIER) ; — et t. II, p. 55-56.

(3) *Ibid.*, t. I, p. 3-4 ; p. 11. — Comp. t. II, p. 56-57.

(4) *Ibid.*, t. II, p. 80-82.

(5) *Ibid.*, t. I, p. 302-303 ; — t. II, p. 205-206. — Comp., sur la pêche des grenouilles, t. I, p. 304-306.

(6) *Ibid.*, t. II, p. 222-224.

(7) *Ibid.*, t. II, p. 228-229.

(8) *Ibid.*, t. II, p. 231-232.

(9) *Ibid.*, t. I, p. 275-282. Comp. p. 285-286 et p. 291 (jurisprudence maintenue en dépit des solutions contraires, de la Cour de cassation).

(10) *Ibid.*, t. I, p. 250-252.

(11) *Ibid.*, t. II, p. 87-88. Comp. p. 93 ; p. 95.

(12) *Ibid.*, t. II, p. 218-219.

(13) *Ibid.*, t. II, p. 209-212.

(14) *Ibid.*, t. II, p. 212-214.

(15) *Ibid.*, t. I, p. 115-116.

si, non content de constater l'existence de cette jurisprudence, on souhaite en reconnaître l'influence effective, on observera que, seules, les deux premières-décisions signalées, rendues en faveur de misères particulièrement criantes, ont obtenu un mouvement très général d'adhésion effective, la première ayant été nettement approuvée par la majorité des juristes qui l'ont appréciée (1), la seconde ayant donné occasion à une circulaire ministérielle, qui recommandait aux magistrats l'application de son principe (2). Dans cette mesure, le mouvement MAGNAUD n'a donc pas été entièrement stérile, tandis que les autres innovations, dont il offrait l'exemple, si elles ont obtenu l'approbation théorique de certains admirateurs aveugles (3), sont demeurées sans écho, dépourvues, en tout cas, de conséquences positives ayant quelque caractère général. Le résultat d'ensemble de toute cette agitation semblerait donc attester, qu'en dépit de la séduction attachée aux tendances rénovatrices du « Bon juge », celui-ci n'est pas parvenu à faire prévaloir, auprès des jurisconsultes, la plupart de ses directions.

**199.** — La raison, de cet insuccès relatif, par où s'explique, en même temps, la faveur de l'opinion publique pour la jurisprudence MAGNAUD, se rencontre dans les procédés, qui caractérisent cette jurisprudence, et qu'il convient d'analyser de près, afin d'en achever la critique.

Or, ce qui frappe, à première vue, dans la « manière » du Président MAGNAUD, c'est qu'il évite, de parti pris, la marche habituelle du jurisconsulte, pour prendre les allures du tribun, et, qu'au lieu de « dire le droit », d'après les éléments destinés

(1) Même, pour le fond, sinon pour les motifs, par la Cour d'Amiens, 22 avril 1898 (sur appel du jugement de Château-Thierry, du 4 mars 1898). Voy., sur cet arrêt, note J. A. ROUX en SIREY 1899-2-1, et note (nettement divergente) L. JOSSELAND, dans D. P., 1899-2-329. — Voy. aussi, entre beaucoup d'autres : MARCHAND, *Le vol en cas d'extrême nécessité*. Discours, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Nancy, le 16 octobre 1900. — Voy. encore R. P. JANVIER, Conférences de Notre-Dame de Paris. Carême, 1918. 5<sup>e</sup> conférence. La justice et le droit de propriété, p. 12-13 (Paris, Lethiellens).

(2) Voy. la circulaire de M. LEBRET, ministre de la Justice, aux procureurs généraux, du 2 mai 1899, au sujet de la répression du vagabondage et de la mendicité. *J. off.*, du 3 mai 1899, p. 2935-2936 et H. LEBRET, *op. cit.*, t. I, p. 330-334.

(3) Voy. quelques-unes des études citées, t. II, p. 289, note 4 (n° 196).



à le révéler, il se préoccupe surtout de le juger des hauteurs de son propre esprit (1). Il ne cherche pas, avant tout, en général du moins, à trouver sa direction capitale dans la loi, interprétée par son texte ou d'après les intentions de ses auteurs, pour consulter ensuite la doctrine et la jurisprudence acquises, sauf à les compléter ou corriger avec pleine indépendance, mais en laissant un rôle subsidiaire au jugement individuel, dont la défiance est la première loi du juriste. Tout au rebours. C'est l'appréciation subjective, qui domine et anime, en même temps, tout le *processus* des jugements du Président MAGNAUD. Celui-ci prétend voir, lui-même et du premier coup, le motif de décision. Et, s'il fait intervenir la loi, c'est pour en estimer la valeur à son jugement propre. Aussi, critique-t-il, de haut et sans ménagements, la jurisprudence établie, qui ne répondrait pas à ses vues personnelles.

Encore, si l'appréciation subjective, seul fondement effectif du procédé, se rattachait aux éléments scientifiques du droit, et se laissait guider, dans son développement, par les exigences de la vie sociale. — C'est bien là son moindre souci. Elle ne consiste qu'en vagues considérations, plus aptes à toucher le sentiment qu'à affermir la raison, mais qu'il est, en tout cas, impossible, de condenser, soit en principes fermes, soit en moyens pratiques, constitutifs, dans leur ensemble, d'un système bien lié.

De ces considérations, assurément, quelques-unes ne laissent pas d'être judicieuses, et entraînent aisément la conviction ; par exemple : « que le souci du juge, dans son interprétation de la loi, ne doit pas être seulement limité au cas spécial qui lui est soumis, mais s'étendre encore aux conséquences bonnes ou mauvaises, que peut produire sa sentence, dans un intérêt plus général » (2) ; ou encore : « que le juge doit, tout en se conformant à la loi, ne l'inter-

(1) Cette attitude était si accentuée chez lui, que, lorsque, nommé député, M. MAGNAUD a eu l'occasion d'exposer ses vues, *en qualité de législateur*, il n'a eu, souvent, qu'à répéter ce qu'il avait proclamé, *comme juge*. Voy. plusieurs des références signalées dans les notes ci-après. t. II, p. 300, note 1 ; p. 301, notes 2 et 3 ; p. 302, note 8 (n° 199). — Il multipliait aussi, même comme magistrat, les pétitions. Voy. H. LEYRET, *op. cit.*, t. I, p. 69-91 ; — t. II, p. 101-107 ; p. 216-217.

(2) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 109.

« prêter qu'en se pénétrant bien de cette idée, que jamais le  
 « législateur, dont la pensée ne peut être que haute et sôa-  
 « verainement juste, n'a voulu que son texte pût aboutir à  
 « une inégalité ou à une iniquité » (1). — Mais, on se demande  
 vainement, à quelles décisions, concrètes et pratiques, peuvent  
 conduire ces aphorismes et autres semblables (2), qui, expri-  
 mant un méritoire désir de bien faire et le courage de rester  
 fidèle à cette impulsion, manifestent une très haute et noble  
 idée de la fonction judiciaire, sans fournir le moyen de réa-  
 liser un idéal, qu'ils ne font même pas nettement entrevoir.

Parfois, sans doute, si l'on pénètre plus au fond des choses,  
 on découvre une formule, vigoureusement frappée, pour ren-  
 dre un principe de bon sens ou de haute justice, comme ce  
 considérant, qui traduit, en une forme, aussi brève que con-  
 vaincante, l'effet justificatif de *l'état de nécessité*, « attendu que  
 « ce qui ne peut être évité ne saurait être puni » (3). — Pour-  
 tant, mises à part quelques trouvailles de ce genre, où se mire  
 seulement comme un aspect populaire de la justice imma-  
 nente, ce qui déborde plutôt les rares motifs de droit positif,  
 contenus dans les sentences du Président MAGNAUD, ce sont  
 des idées, humanitaires et sentimentales, dont la séduction  
 paraît due, à ce qu'elles flattent le penchant, quelque peu  
 anarchique, qui réside au fond du cœur humain, sans qu'elles  
 présentent véritablement aucune prise sérieuse à la justice

(1) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 180. — Comp. t. I, p. 39-40 ; p. 55 ;  
 — t. II, p. 129 ; p. 132 ; p. 155 ; p. 156 ; p. 210 ; p. 228. — Comp. discours de  
 M. MAGNAUD à la Chambre des députés, le 28 décembre 1906. *J. officiel*. Chambre  
 des députés. Débats parlementaires. Session extraordinaire de 1906, p. 3431,  
 col. 3 : « Le tribunal de Château-Thierry a tiré ses solutions de sa seule cons-  
 « cience et rendu ses décisions, dans le sens qui lui paraissait équitable, parce  
 « qu'il s'est toujours dit, que le législateur ne peut avoir en vue qu'une pensée  
 « équitable, et que, si un texte, à l'apparence, semble conduire à une iniquité,  
 « il est incontestable que ce n'est pas cette iniquité, qu'a voulue le législateur.  
 « Il faut donc toujours que ie juge, sans plus se soucier du droit juridique,  
 « marche hautement dans la voie de l'équité. »

(2) Voy. notamment : H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 244-247 ; p. 250-  
 252 ; p. 276 ; p. 281 ; — t. II, p. 93.

(3) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 55 ; t. II, p. 63. — Comp. *ibid.*, t. I,  
 p. 15 : « Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une  
 « partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui, dans une grande mesure, la  
 « notion du bien et du mal » ; — et, encore, t. I, p. 39 : « Attendu que celui qui,  
 « poussé par les inéluctables nécessités de l'existence, demande et obtient un  
 « morceau de pain dans le but de s'alimenter, ne commet pas le délit de men-  
 « dicité ».

objective. — Ainsi en est-il, de sa sympathie, un peu aveugle, pour les miséreux et les faibles (1), accentuée, par le contraste d'une rigueur excessive, pour les prétendus privilégiés de la fortune, de la tradition, ou du sort (2), qui se traduit notamment en des pensées, telles que celles-ci : « que la probité et la délicatesse sont deux vertus infiniment plus faciles à pratiquer quand on ne manque de rien que lorsqu'on est dénué de tout » (3), et que, s'il veut équitablement apprécier le cas du vagabond : « le juge doit, pour un instant, oublier le bien-être, dont il jouit généralement, afin de s'identifier, autant que possible, avec la situation lamentable de l'être abandonné de tous, qui, en haillons, sans argent, exposé à toutes les intempéries, court les routes et ne parvient le plus souvent qu'à éveiller la défiance de ceux auxquels il s'adresse pour obtenir quelque travail » (4). D'où, il concluait aussi « que les droits des malheureux doivent être sauvegardés par le juge avec encore plus de sollicitude que ceux des favorisés de la fortune » (5). — Si des banalités de ce genre peuvent influencer, en quelque mesure, sur certaines applications du droit, il est clair qu'elles sont impuissantes à suggérer le moindre précepte.

Plus précisément, peut-être, le Président MAGNAUD met en saillie les lacunes ou les vices de l'organisation sociale, pour ériger le juge en correcteur de ces désordres, en excusant ou dédommageant les malheureux, qui en paraissent les victimes (6). La critique de l'organisation sociale lui sert ainsi à la réhabilitation de l'individu. Et, c'est par un développement de la même tendance, qu'il insiste, comme à plaisir, sur les

(1) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 31, *in fine*; p. 39; p. 40; — t. II, p. 52; p. 55; p. 131-132. — Rappr. l'éloge de la fille-mère : t. II, p. 78; et comp., au sujet des enfants naturels : t. II, p. 93 et p. 124.

(2) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 64; p. 154 (comp. p. 70); — t. II, p. 62; p. 63; p. 70-72; p. 128; p. 139; p. 175. — *Adde* discours de M. MAGNAUD, à la Chambre des députés, le 28 décembre 1906. *J. off.* Débats parlementaires, Chambre des députés, Session extraordinaire de 1906, p. 3128-3129.

(3) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 31. — Comp. discours de M. MAGNAUD, à la Chambre, le 28 décembre 1906. *J. off.* Chambre des dép. Déb. parl. Sess. extraord. de 1906, p. 3432, col. 1.

(4) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 39.

(5) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 128.

(6) Voy., notamment, H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 15; p. 38; p. 97 (comp. p. 323); — t. II, p. 52; p. 55; p. 62; p. 78; p. 93; p. 95; p. 124.

défectuosités de l'administration (1), et les faiblesses du régime pénitentiaire (2), sur les pratiques autoritaires ou léonines des grandes compagnies (3), voire, sur les prétendues défaillances de ses collègues et même de ses supérieurs hiérarchiques (4), en vue de mieux faire valoir sa mission de grand redresseur de torts sociaux (5). — Par malheur, il a toujours négligé de nous dire, quelle conception positive il se faisait d'une société complète et viable à la fois, qui pût, mieux que la présente, encadrer les destins de l'humanité.

Une autre idée, qui se retrouve fréquemment sous la plume du Président MAGNAUD, consiste à opposer au droit pur, envisagé, soit dans la loi, soit dans la jurisprudence, tantôt même comme une sorte d'entité idéale, le droit naturel (6), ou l'équité, qui serait quelque chose de très différent et ne trouverait sa vraie satisfaction qu'en l'appréciation personnelle du « bon juge » (7). Pour lui, évidemment, cette équité subjective est tellement supérieure au droit écrit, qu'elle autorise le juge à corriger ou méconnaître la loi, comme il l'a fait, — sans en avoir toujours, ce semble, pleine conscience (8), — en acquittant l'adultère constaté (9), en admettant ostensi-

(1) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 37-38; p. 55; p. 257; p. 276; p. 278-279; p. 281.

(2) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 4; p. 122; p. 127; — t. II, p. 111-112; p. 113; p. 115.

(3) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, pour les C<sup>ies</sup> de chemins de fer : t. I, p. 172; p. 175; p. 178; p. 181-182; — t. II, p. 186; p. 190; p. 192. — Et, pour les C<sup>ies</sup> d'assurances : t. II, p. 131.

(4) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 158; p. 251; p. 259; p. 279-280; p. 285-286; p. 291; p. 335-336 (comp. p. 315); — t. II, p. 53; p. 59-60; p. 70-72; p. 166-167; p. 180; p. 188; p. 196; p. 202; p. 256.

(5) Il advient même, que le Président MAGNAUD donne au plaideur un conseil, ou lui rappelle l'existence d'une disposition légale. Voy. H. LEYRET, *op. cit.*, t. II, p. 211-212. — Encore une pratique assez étrange de la part d'un magistrat !

(6) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 339 (comp. p. 315-316).

(7) Voy. H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 40; p. 109; — t. II, p. 63; p. 93; p. 129; p. 132; p. 138-139; p. 166; p. 188; p. 196.

(8) Voy. P. MAGNAUD, Discours à la Chambre le 28 décembre 1906. *Journal off. Chambre des députés. Débats parlementaires. Session extraordinaire de 1906*, p. 3431, col. 3 : « Le tribunal de Château-Thierry n'a violé aucune loi, et je mets « au défi qui que ce soit de me présenter un jugement de ce tribunal, qui soit « rendu en violation de la loi. Ah ! ce qu'il a violé, par exemple, c'est la juris- « prudence... » — Et, plus loin : « Je ne me suis jamais substitué à la loi, je le « répète; je ne me suis pas conformé aux jurisprudences établies, et tellement « établies, qu'on les prend pour la loi elle-même, — voilà tout ».

(9) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 80-82.

blement le divorce par consentement mutuel (1), en rejetant, *a priori*, et sans vouloir en examiner le bien fondé *in concreto*, des demandes en dation de conseil judiciaire (2), ou en déclaration de faillite (3). — Ici encore, d'ailleurs, les motifs d'équité, mis en avant, paraîtront, à tout esprit pondéré, dépourvus qu'ils sont de tout appui objectif comme de toute nécessité pratique, manifestement impuissants à contrebalancer la force acquise du droit positif formellement consacré.

200. — Ainsi, faute d'un système complet et ferme, et sous l'influence dissolvante de son flottant humanitarisme, le Président MAGNAUD aboutit à une sorte d'impressionisme anarchique, dans l'application du droit positif (4). De fait, il n'a trouvé d'admirateurs, sans réserve, que chez les théoriciens de l'anarchie (5), tandis que les socialistes ont mitigé l'approbation, qu'ils donnent à quelques-unes de ses sentences, par d'expresses réserves touchant le principe même de sa manière (6). — En tout cas, ceux qui, ayant pleine conscience de la nécessité primordiale, de l'ordre dans la vie sociale, ne conçoivent une réforme de la méthode juridique

(1) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 87-88. Comp. 93; p. 95. — Voy., cependant, la pétition, adressée à la Chambre des députés, par le Président MAGNAUD, en faveur du divorce par consentement mutuel et par déclaration de volonté unilatérale : *ibid*, t. II, p. 101-103.

(2) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 218-219.

(3) H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 209-210. Comp. p. 211-214.

(4) Voy. *Journal des débats*, du jeudi 2 mai 1901 : *Une lettre de M. Magnaud*. — Comp. E. JUNG, « *Positives* » *Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung*, Giessen, A. Töpelmann, 1907, p. 23-24 : « Der « gute Richter von « Château-Thierry », von dem vor ein paar Jahren die Zeitungen erzählten, dasz « er bewussterweise aus dem bonum und æquum seines individuellen Rechts- « empfindens und frei von positivem Recht entschied, — welcher Standpunkt aller- « dings jede *Rechtskultur* verneint und atavistisch auf primitive Entwicklungs- « stufen des Rechtslebens zurückgeht, — ist, soweit man erfahren hat, rechtlich « unangefochten geblieben und konnte auch wohl nicht gefasst werden, da seine « subjektive Ueberzeugtheit nicht angezweifelt worden ist ; also die Partei muszte « sich den unglaublichen Uafug gefallen lassen und die Folgen, im besten « Fall die Kosten der weiteren Instanz, tragen ». — Contre la vérité de cette dernière assertion, voy. ci-après, t. II, p. 306, *in fine* (n° 200).

(5) Voy. les introductions et les commentaires de H. LEYRET, dans ses deux volumes, sur les *Jugements du Président MAGNAUD*. — M. LEROY, dans *Revue socialiste*, 1901-3°, t. 34, p. 591-599. — R. MAJETTI, dans *Revue socialiste*, 1903-1°, t. 37, p. 657.

(6) Voy., notamment : ROUANET, dans *Revue socialiste*, 1900 2°, t. 32, p. 744-745. — Ed. BERTH, dans *Le mouvement socialiste*, II<sup>e</sup> série, VI<sup>e</sup> année, n° 143, du 15 novembre 1904, p. 129-130.

que sur la base d'une pénétration scientifique des réalités à régir et par le moyen d'une technique adaptant strictement les moyens au but, ne peuvent, en dépit de sollicitations compromettantes (1), que répudier, toute solidarité avec la jurisprudence des « bons juges ». Et, c'est ce que je tiens à faire hautement, pour ma part, au nom des principes, que j'affirmais en 1899 (2), et, plus encore, peut-être, sous la pression des développements, qui s'en sont révélés à moi depuis lors (3).

Est-ce à dire, qu'il n'y ait aucun profit à tirer — au milieu de multiples platitudes et de solutions fort ordinaires — de ce mouvement de sensibilité (4), généreuse et hardie, qui a trouvé, du moins, un écho sympathique dans les camps les plus divers ? J'estime, qu'on ne saurait, sans injustice, lui dénier certains mérites, capables d'influencer heureusement l'administration de notre justice. — D'une part, il a su affirmer nettement et, parfois, mettre heureusement en valeur, cette conception de solidarité sociale (5), dont on peut contester le caractère rigoureusement scientifique (6), mais à laquelle ne sera pas refusée la valeur s'attachant aux idées-forces (7), qui apparaissent solidement ancrées dans la conscience collective (8). C'est elle, qu'on rencontre à la base des décisions, les plus symptomatiques, composant la jurisprudence MAGNAUD. — D'autre part, cette jurisprudence se développe, par le détail de ses analyses et la pénétration de ses raisonnements, en une méthode, largement humaine, qui sacrifie les abstractions et les formules,

(1) Voy. notamment : H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud*, Paris, C. Reinwald, 1904. Introduction, p. 19-20.

(2) Voy. notamment : FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 189-190 [2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 219] (n° 86); p. 461 [2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 79] (n° 156); n°s 157 et sq.

(3) Voy. surtout : FR. GENY, *Les procédés d'élaboration du droit positif*, Paris, 1900. — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914; t. II, 1915.

(4) Comp. PAULCCI, cité par R. MAJETTI (*Le Phénomène Magnaud*), dans *Revue socialiste*, 1903 1<sup>er</sup>, t. 37, p. 655 : « La justice est une sensibilité sociale « exquise... »

(5) Voy., notamment, H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 39, p. 64 (comp. p. 341-342); — t. II, p. 51; p. 63. — Adde certaine compensation des torts. parfois admise, *ibid.*, t. II, p. 59-60; p. 61; p. 143-144. — Comp. FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, p. 584 (n° 135); 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 226.

(6) Voy. notamment : FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, 1915, p. 260-263 (n° 132).

(7) Comp. FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, p. 130, texte et note 4 (n° 68); 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 146.

(8) Comp. R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 108-109.

pour mieux découvrir les réalités et les soumettre à la réaction immédiate du sentiment (1). S'il y a, dans cette manière de faire, quelque danger d'entraînement, on ne saurait méconnaître, que, conduite avec un certain doigté, elle ne puisse adoucir heureusement la raideur impitoyable du droit strict. — Accessoirement, elle emporte, à l'égard de la jurisprudence établie, une indépendance, qui resterait pleinement méritoire, n'était la façon hautaine, amère, et un peu dédaigneuse, sinon même méprisante, dont elle s'est trop souvent exprimée (2). Enfin, il en résulte certaine transformation du rôle du magistrat, tendant à un rehaussement incontestable de la fonction, moyennant un accroissement correspondant de science et de culture générale chez ceux qui l'exercent (3). — Mais, quelle que soit l'importance de ces avantages, dont nous restons plus ou moins redevables à la jurisprudence MAGNAUD, il est clair, qu'ils ne sauraient racheter le défaut capital, qui la met en opposition manifeste avec les exigences les plus élémentaires de tout droit positif.

Et maintenant, si l'on prétendait tirer argument, de l'expérience fournie par cette crise d'impressionnisme judiciaire, contre les méthodes critiques d'interprétation du droit, quelques observations de fait suffiraient, je crois, à détourner le coup. — Il faudrait, d'abord, remarquer que, ni le Président MAGNAUD, ni les autres magistrats imprégnés du même esprit, ne se sont appuyés sur la critique scientifique de l'interprétation traditionnelle (4). Tout nous autorise à croire qu'ils l'ont totalement ignorée. L'eussent-ils connue, leurs tendances primesautières, sentimentales et simplistes, les auraient, sans doute, détournés de doctrines, forcément complexes et pleines de réserves. — Dira-t-on que, malgré tout, et indépendamment des questions d'origine, l'exemple de ces jurisprudences subjectives suffit à montrer le danger des systèmes, qui aban-

(1) C'est bien ce qui ressort, en dépit de son esprit généralement hostile, de l'article du *Journal des débats*, du jeudi 2 mai 1901 : *Une lettre de M. Magnaud*.

(2) Voy. notamment : H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 171-172 ; p. 181-183 ; p. 251 ; — t. II, p. 63 ; p. 180 ; p. 188 ; p. 196.

(3) Comp. R. SALELLES, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, t. VI, p. 738.

(4) Il ne faut pas se laisser tromper, à cet égard, par le rapprochement, que fait H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II, p. 19-20.

donnent, si peu que ce soit, la direction rigide de la loi étayée d'une stricte logique. Il est clair, que l'objection ne porte pas, du moment qu'elle ne peut alléguer, en exemple, que des jurisprudences débridées, insoucieuses *a priori* de suppléer, par des éléments nouveaux, aux appuis formels, qu'elles abandonnent. Sans compter, qu'une expérience inverse montrerait, aisément, le parti pris, des solutions subjectives, inévitable à certains tempéraments, en dépit de la méthode apparemment la plus rigide (1). — Enfin, — et c'est le point décisif, s'agissant de fait et d'expérience, — bien qu'il n'ait pas été absolument isolé et qu'il doive, de par les conditions inhérentes à la justice humaine, rencontrer toujours et partout quelques imitateurs (2), — le « phénomène MAGNAUD » n'a pas fait école. Je veux dire, que les pratiques du « bon juge » ne se sont pas développées dans la magistrature française, au point d'y créer un courant capable d'ébranler les traditions acquises. Il n'y a eu là qu'une « passade » de notre justice, qui a suscité quelques épisodes curieux d'interprétation fantaisiste, sans que se manifestât, par un danger effectif, le germe d'anarchie déposé dans son esprit initial. Il semble même, qu'aujourd'hui, le mouvement soit apaisé ou assourdi, sinon complètement éteint. Et, sans doute, il pourrait, quelque jour, se réveiller. Mais, je ne crois pas, que son extension et sa consolidation soient possibles, tant qu'il conservera les allures débridées, qui en constituent, au fond, tout le danger. Car, il n'est pas besoin d'un long usage, pour que les magistrats s'aperçoivent de l'inconsistance de ces procédés, et des contradictions ou incohérences auxquels ils entraînent. D'ailleurs, aussitôt que se révèlent les excès, la hiérarchie judiciaire intervient dans son rôle modérateur, et le système des recours ordinaires, sous le contrôle suprême de la Cour de cassation, limite et arrête, au besoin, les débordements d'un subjectivisme outrancier (3).

(1) A cet égard, on peut rapprocher, des décisions nettement « anti-cléricales » du Président MAGNAUD (notamment : H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. I, p. 195-234, t. II, p. 163-181 ; comp. p. 93), les solutions, que sa haine contre l'Église catholique et les congrégations religieuses dictait, dans les matières les plus variées, à F. LAURENT, ce type éminent des jurisconsultes de la stricte observance.

(2) Voy., notamment, H. LEYRET, *Jugements Magnaud*, t. II. Introduction, p. 16-17.

(3) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 188-189 (n° 86) ; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 218.



— Tel a été, en définitive, l'enseignement décisif du « phéno-  
« mène MAGNAUD ». On en peut conclure, je crois, que tous  
épisodes du même genre, s'ils condamnent nettement, par leurs  
résultats, un système de jurisprudence de pur sentiment (1),  
n'apportent aucun témoignage sérieux contre les doctrines  
méthodologiques, qui, sans négliger aucun des éléments aptes  
à élucider les délicats problèmes du droit, fondent, avant tout,  
celui-ci sur la science, et en soumettent la mise en œuvre  
à une technique constituée suivant ses exigences intimes.

(1) Sur la « Gefühlsjurisprudenz », voy. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsan-  
wendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 101-111.

## CHAPITRE TROISIÈME

### Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907

SOMMAIRE : 201. Position, prise par le législateur suisse de 1907, au regard du problème des sources et de l'interprétation du droit. — Intérêt qu'elle offre pour nous. — 202. Résumé objectif des dispositions, de la législation fédérale, concernant les pouvoirs du juge — 203. Profit à tirer de cette législation, par voie de comparaison. — Objections et réponses. — 204. Comment cette législation confirme et complète nos conclusions propres.

**201.** — Vers le même temps, où la critique doctrinale commençait à élargir la méthode d'interprétation du droit, tant en France que dans les pays allemands (1), et où quelques individualités, d'ailleurs rares, de la magistrature française, se signalaient à l'attention publique par des éclats d'émancipation excessive (2), le législateur d'un petit pays, — que sa situation géographique et sa constitution ethnographique plaçaient au centre de ces influences, et qui élaborait, de façon aussi avisée qu'indépendante, une codification civile, d'un modèle nouveau, soigneusement adaptée aux besoins de l'époque (3), — songeait à mettre au frontispice de son œuvre quelques dispositions, destinées à guider le juge, et, sous son manteau, tout interprète autorisé du droit positif, dans le sens d'une application de celui-ci, franchement ouverte à tous les courants, qui la pussent varier et assouplir suivant les exigences des cas. — Nettement formulées déjà dans l'Avant-

(1) Voy. dans le présent ouvrage : *Avertissement pour la seconde édition*, et *Épilogue*. Chapitres premier et quatrième.

(2) Voy. ci-dessus : *Épilogue*. Chapitre second. Une passade de jurisprudence : Le « phénomène Magnaud ».

(3) Cons., notamment : Fr. GENY (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. II, p. 1027-1031, avec les références. *Adde* p. 1032-1036. — R. SALEILLES (*Le Code civil et la méthode historique*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, t. I, p. 103.

projet du Département fédéral de justice et de police, paru en 1900 (1), à peine transformées dans le Projet publié avec le Message du Conseil fédéral du 28 mai 1904 (2), ces dispositions se sont définitivement fixées dans les articles 1 et 4 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (3), que complètent, pour leur esprit sinon pour leur texte, d'autres articles du titre préliminaire et du titre final (de l'entrée en vigueur et de l'application du Code civil), du même Code, disons même le ton de l'ensemble de ses dispositions, en y joignant les lois complémentaires, et, au premier rang, le Code fédéral des obligations, révisé le 30 mars 1911 (4).

Ce n'est pas la première fois, assurément, qu'un législateur s'avise de prévoir les problèmes de l'interprétation et d'en tracer impérativement quelques lignes directrices. Et notamment, quand on examine, de ce point de vue, la plupart des codifications civiles modernes, depuis l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de 1794, jusqu'au Code civil allemand, de 1896 (5) et à l'Avant-projet de Code civil hongrois (6), on arrive, presque toujours, à découvrir, soit dans les projets successifs de leur élaboration, soit dans les textes définitivement votés et promulgués, des prescriptions, plus ou moins nettes, tendant, sous couleur de faciliter la tâche du juge, à diriger l'application du droit en quelque sens déterminé.

Mais, au milieu de ces précédents, timides et équivoques, les dispositions analogues, du Code civil suisse de 1907, se

(1) *Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et de police*, Lausanne, Payot, 1900, art. 1-4.

(2) *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le Projet de Code civil suisse* (du 28 mai 1904), p. 13-14; et art. 1-5 du projet remanié.

(3) Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912 (art. 61, al. 1 du Titre final).

(4) Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912 (Dispositions transitoires, II, al. 1).

(5) Voy. FR. GENT, *Méthode d'interprétation et sources*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 193, texte et notes 1-5, p. 194, texte et notes 1-4 (n° 88), 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 223 à 225, où se trouvent indiquées, par voie de références, les principales dispositions législatives de cet ordre. — Adde encore l'art. 34 du Règlement d'organisation judiciaire, pour les tribunaux mixtes d'Égypte, qui donne à ces tribunaux le pouvoir de juger les questions, non prévues par les lois, en appliquant les principes du droit naturel et de l'équité. — Voy. aussi les citations de dispositions de Codes suisses, antérieurs au Code fédéral de 1907, faites dans V. ROSSEL, *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, H. Georg éd., 1886, p. 6.

(6) CONS. G. AUER, *Ueber die Freiheit des richterlichen Ermessens im Vorentwurfe zu dem ungarischen bürgerlichen Gesetzbuche*, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1912, t. 29, p. 299-314.

distinguent, au premier aspect, par deux traits caractéristiques. — D'une part, tandis que, jusqu'alors, on s'était contenté de préceptes particuliers, visant tel ou tel point secondaire de l'application des lois, le législateur fédéral a embrassé le problème d'un œil plus vaste et cherché manifestement à fournir à l'interprète, — sur toute l'étendue du domaine de l'interprétation du droit, — une direction d'ensemble, à peu près complète, bien que condensée en une formule brève et à tournure concrète. — D'une autre part, tout au rebours des tendances législatives antérieures, qui rabaissaient la tâche de l'interprète en cantonnant son activité à d'étroites limites (1), il a eu pour objet, capital et presque exclusif, d'amplifier les pouvoirs du juge, et, en lui traçant quelques directives, de l'orienter surtout vers une large appréciation personnelle, au risque de compromettre son autorité propre de législateur, en y faisant ostensiblement participer les organes de la justice active. Ainsi, la législation suisse est-elle entrée, délibérément, dans le courant des idées les plus modernes, et mérite-t-elle, en conséquence, à ce titre, de retenir, quelques instants, notre attention.

Il est vrai, qu'on peut douter de la valeur foncière, des dispositions législatives signalées, comme de toutes celles, qui prétendent réglementer, par voie de décision générale et souveraine, des questions, que leur essence semble enfermer dans le domaine des théories doctrinales. — J'ai suffisamment discuté ce point (2), pour me dispenser d'y revenir ici. Mais, quelle que solution qu'on en veuille envisager, dans l'application que nous offre aujourd'hui la législation fédérale, et quand on devrait conclure que celle-ci n'a pu prétendre imposer au juge aucune direction d'interprétation obligatoire, il ne nous importerait pas moins, du point de vue, tout désintéressé, où nous a placés cette étude, de relever, comme un élément d'appréciation important, dans le grand débat qu'elle suscite, l'opinion, authentiquement exprimée, d'une autorité aussi

(1) Il y a eu, du reste, quelques exceptions. Voy. par exemple l'art. 4 du Code Napoléon, qui, très-indirectement d'ailleurs, manifeste la pensée d'ouvrir au juge une grande latitude.

(2) Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, n° 51, p. 94-96 ; et surtout nos 88-90, p. 192-205 ; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 105-108 ; p. 222-236.

considérable. — Et, cet intérêt subsiste, alors même que, placé sur le terrain du fait, on dénie toute possibilité d'effet pratique aux dispositions dont il s'agit (1).

Au surplus, nous n'avons pas à apprécier, en elles-mêmes, ces dispositions, qui ne peuvent être jugées, en pleine compétence, que par les jurisconsultes suisses. — Même, il ne nous appartient pas, d'en présenter ici un commentaire développé, qui, sous son aspect général, nous ramènerait aux problèmes déjà envisagés en cet ouvrage, et, dans son application particulière, nous placerait sur un terrain (celui du droit suisse) étranger à notre horizon (2). — Sans doute, ne serait-il pas sans intérêt, de constater, quel usage a pu être fait, par les tribunaux ou administrateurs suisses, des pouvoirs consacrés, à leur profit, par le Code civil de 1907, et de relever ainsi, pour le contrôle de nos théories, l'expérience acquise de l'autre côté des Alpes. Toutefois, il faut bien reconnaître, que la date, encore nouvelle, de l'entrée en vigueur de cette législation (1<sup>er</sup> janvier 1912), n'en a pas permis, jusqu'à l'heure présente, une expérience sérieuse (3); et les difficultés suscitées, par les circonstances actuelles, à la documentation nécessaire pour en connaître les premiers essais, nous obligent à négliger ce point de vue (4).

(1) Cons., là-dessus : M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, p. 5-6 (§ 1); p. 82-83 (§ 5, I); p. 98 (§ 5, V. 1).

(2) Cons. surtout : M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908. où le problème se trouve étudié dans son ensemble et d'une façon très approfondie. — Sur cet ouvrage, voy. compte rendu de Th. STERNBERG, dans *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-1910, t. III, p. 117-118. — Adde HANS REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, zürich, 1915. — A côté de ces travaux d'ensemble, des points plus spéciaux ont été traités, en divers articles de la *Schweizerische Juristenzeitung*, paraissant à Zurich, notamment : t. 5 : PICCOLO, *De l'interprétation du Code Napoléon à celle du Code civil suisse*; — t. 8, p. 264 et sq. : W. EGGENSCHWYLER, *Das freie Ermessen des Richters ein Schritt zur Ungleichheit vor dem Gesetz?* — t. 11, p. 253 et sq. : von LÖSSL, *Vom freien Recht*; — t. 11, p. 125 et sq. : H. REICHEL, *Lücken im Gesetz*.

(3) Voy. déjà les prévisions de M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, p. 112.

(4) Suivant les maigres renseignements, que j'ai pu recueillir à ce sujet, le Tribunal fédéral aurait généralement résisté, jusqu'ici, à consacrer le pouvoir de libre appréciation, revendiqué par les Tribunaux inférieurs, sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse de 1907. Cependant, son attitude a été toute différente, dans un cas visant la faculté, pour le représentant, de conclure un contrat avec soi-même (*Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen*, t. 39, Abth. 2, p. 561).

Notre objet sera donc des plus modestes. Demandant simplement, à la nouvelle législation suisse, son témoignage autorisé, touchant les points capitaux du problème étudié au présent livre, il nous suffira, de réunir les dispositions légales, qui s'y réfèrent directement, et, sans approfondir leur sens et leurs développements, d'en dégager la portée substantielle, d'après la conception fondamentale qui les inspire. Cela fait, apparaîtra de lui-même le profit, que nous en pouvons tirer, et qu'il suffira de défendre contre les objections soulevées par les difficultés de son adaptation à notre état social.

**202.** — Le mérite capital du législateur suisse, qui a déterminé, en même temps, le principe de son attitude en matière d'interprétation du droit, est d'ordre moral. Il consiste en un acte de franchise, humble et détachée, constituant une nouveauté intéressante dans l'histoire des législations codifiées (1). Loin de se gonfler de leur puissance, sous l'influence d'un orgueil aveugle, comme l'avaient fait trop souvent leurs prédécesseurs en la matière (2), les auteurs du Code civil de 1907 ont reconnu sincèrement les limites de leur action possible et la nécessité d'y subvenir par d'autres moyens (3). — Renonçant donc, *a priori*, à régler eux-mêmes, par le menu, tous les détails de la vie juridique, ils se sont bornés à en construire les grandes lignes (4), et ont provoqué ostensiblement, pour les compléter, le concours de toutes les forces, capables d'intervenir dans une ordonnance, plus serrée et sagement

(1) Il ne faut pas oublier, pourtant, les sages idées, déjà exprimées par certains rédacteurs du Code Napoléon, PORTALIS entre autres, et qui ont trouvé leur consécration législative dans la disposition judiciaire de l'article 4 du Code civil français. Voy. notamment : FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, n° 47-49, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 87-92 ; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 98-103.

(2) Qu'il suffise de rappeler les outrepassantes prétentions de JUSTINIEN. — Comp. FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 73, texte et notes 1-4, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 83, texte et notes 2-4, p. 84, texte et note 1 (n° 42).

(3) Voy. notamment : Code civil suisse. *Exposé des motifs de l'Avant-projet du département fédéral de justice et de police* (par E. HUBER), t. I, Berne, Bùchler et C<sup>ie</sup>, 1901, p. 29-32. — Adde H. CHAUDÉ, *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne*, thèse de doct. Droit, Paris 1908-1909, p. 112, p. 117. Comp. M. LEROY (*L'avant-projet de Code civil suisse*), dans *Revue de Paris*, n° du 1<sup>er</sup> décembre 1902, p. 666-668.

(4) Comp. FR. GENY (*La technique législative dans la codification civile moderne*, dans *Le Code civil Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. II, p. 1030-1031. — H. CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 116-117. — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, Lausanne, Payot, p. 51 (Introduction, § 2).

progressive, des relations humaines méritant la sanction sociale (1). — Au premier rang de ces forces, se présente l'organe, spécialement chargé par la Constitution de dire concrètement le droit à ceux qui estiment leurs intérêts essentiels méconus. C'est donc au pouvoir judiciaire, que le législateur suisse s'en remet, avant tout, pour suppléer aux lacunes, avouées en bloc, de son œuvre. C'est à lui, qu'il reconnaît la mission de mettre en valeur, et la loi, et tous les autres moyens objectifs, de la découverte comme de l'application, du droit, de façon à adapter, aussi parfaitement que possible, les règles aux situations de fait qui les postulent.

Ainsi s'explique, tout naturellement, la disposition capitale, destinée à dominer toute l'interprétation du droit privé suisse (2), et placée, comme telle, au seuil même de l'œuvre, l'article 1<sup>er</sup> du Code civil de 1907, dont le texte français (3) est libellé comme suit : « Application de la loi (*en marge*).  
« La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la  
« lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. — A défaut  
« d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon  
« le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles  
« qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. — Il  
« s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la juris-  
« prudence » (4). La même idée apparaît plus nette encore, bien

(1) Voy. M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, *passim*, notamment, p. 32-33 et p. 34 (§ 3, II); § 4, V, 1, p. 71-76; p. 138-140 (§ 8, III, 2). — M. RÜMELIN, *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns*, Rede, Tübingen, 1908.

(2) Comp. M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, § 8, II, p. 132-135 et p. 4-5 (§ 1).

(3) On sait que le Code civil suisse de 1907 est constitué par trois textes, tous trois également officiels : allemand, français, italien. Sur les conséquences à en tirer pour l'interprétation, cons. notamment : M. GÜR, *op. cit.*, p. 41 (§ 4, I, 6). — Adde la polémique, poursuivie, en 1910 et 1911, dans la *Schweizerische Juristen-Zeitung* et dans la *Neue Zürcher-Zeitung*, au sujet de la version française officielle du Code civil suisse, et concernant surtout le mérite de cette version, du point de vue de la technique législative.

(4) Il n'est pas inutile, pour saisir pleinement le sens et la portée de cette disposition (voy. la note qui précède), de rapprocher, du texte français, les textes allemand et italien.

(Anwendung des Rechts). — Das Gesetz findet auf alle Rechtsfrage: Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. — Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden,

qu'avec une portée amoindrie, dans l'article 4, ainsi conçu :  
 « Pouvoir d'appréciation du juge (*en marge*). — Le juge  
 « applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi  
 « réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de  
 « prononcer en tenant compte, soit des circonstances, soit  
 « de justes motifs » (1).

Visiblement, ce dernier texte consacre, au profit du juge, un pouvoir discrétionnaire, dont l'étendue d'application paraît dépendre de la formule des dispositions, assez nombreuses d'ailleurs (2), que le législateur considère comme s'y référant. En réalité, sa portée est beaucoup plus vaste. Et, pour s'en rendre compte, il suffirait de consulter encore les autres textes généraux, qui, proclamant la souveraineté de la bonne foi (art. 2, al. 1<sup>er</sup>), et en précisant les conditions (art. 3), réprouvant l'abus du droit (art. 2, al. 1<sup>er</sup>), fixant certains éléments essentiels de la preuve (art. 8-10) (3), — sans même parler de ceux, qui mettent en œuvre les principes généraux du droit des obligations (art. 7 C. civ. suisse, chn. art. 1-40 et 62-183 Code fédéral des obligations, révisé en 1911) (4), — nécessitent une intervention adéquate des facultés personnelles du juge. Au vrai, — suivant l'esprit, à mon sens, évident, de toute la

die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

(Applicazione del diritto). — La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. — Nei casi non previsti dalla legge, il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. — Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

Sur l'histoire constitutionnelle de cette disposition, voy. M. GÜR, *op. cit.*, p. 3-4 (§ 1); et, sur l'état antérieur de la législation, de la pratique, et de la science, quant aux questions visées en l'article 1<sup>er</sup> : *ibid.*, p. 6-10 (§ 1).

(1) Sur les textes correspondants de l'avant-projet, voy. Code civil suisse. *Exposé des motifs de l'Avant-projet du département fédéral de justice et de police* (par E. HUBER), t. I, Berne, Buehler et Cie, 1901, p. 30-31 et p. 24. — Comp. M. RÜMELIN (*Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch*), dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich* (de G. SCHMOLLER), 1901, t. 25-3, p. 42-44; p. 46-47.

(2) Voy. notamment les références, portées sur l'article 4, dans *Code civil (suisse)* compris le code (révisé) des obligations, de V. ROSSEL, 2<sup>e</sup> édition, petit format, Lausanne, Payot, p. 2.

(3) Comp. A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*. Mémoire publié à l'occasion du jubilé de l'Université, Genève, 1909, notamment III-IV, p. 29-43. — V. ROSSEL et F. H. МЕНТНА, *Manuel de droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 67-69.

(4) Comp. V. ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, Payot, 1905, p. 7-8 (Introduction).



codification suisse, — cette intervention est indispensable d'un bout à l'autre de l'application du droit ; et le pouvoir d'appréciation du juge doit s'exercer constamment, avec toute la portée, que lui assigne la disposition, si pleine dans sa concision élégante, de l'article 1<sup>er</sup> (1).

C'est, donc, à cet article 1<sup>er</sup>, qu'il convient de s'attacher, si l'on veut pénétrer la pensée profonde du législateur suisse, sous le rapport, qui nous intéresse. Or, — en laissant à part les hypothèses et les controverses, que suscite, par la force des choses, une disposition de semblable envergure (2), — il est aisé de dégager, en quelques propositions assez simples, les solutions principales, enveloppées en sa formule, qui, sur un point particulier (rôle de la coutume), trouve un complément nécessaire dans les dispositions de l'article 5, compris au même titre (titre préliminaire du Code civil suisse), éclairé lui-même par l'article 51 du titre final (entrée en vigueur et application du Code civil).

Comme l'indique sa notice marginale, douée, avec l'ensemble du texte, de valeur législative (3), l'article 1<sup>er</sup> vise l'application de la loi, ou, plutôt même, du droit positif (4). Et, s'il règle *in terminis* l'attitude du juge, c'est qu'il le considère, comme le principal organe, et le plus influent, de cette application. Mais, il n'est pas douteux, que la même direction convienne à tous ceux, qui ont à mettre en œuvre le droit positif, notamment aux administrateurs (5), voire aux particuliers, en tant qu'ils organisent leurs relations juridiques (6).

(1) Comp. M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berlin, Stämpfli et C<sup>ie</sup>, 1908, p. 4-5 (§ 1) ; § 6, III, 2-3, p. 114-116 ; p. 132 (§ 8, II, 1).

(2) Le sujet a été envisagé, dans toute son ampleur, par M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908. — Cons. aussi : A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909. — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, Lausanne, Payot, Titre préliminaire. A, Application de la loi, p. 62-67.

(3) Voy. notamment *Code civil*, y compris le code révisé des obligations, publié par V. ROSSEL ; 2<sup>e</sup> édition, petit format, Lausanne, Payot et C<sup>ie</sup>, p. X (Introduction historique).

(4) M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, p. 4-5 (§ 1) ; § 8, II, 1, p. 132, et *passim*.

(5) *Code civil* (suisse) de V. ROSSEL, 2<sup>e</sup> éd., petit format, p. 1, note 1 (sur l'article 1<sup>er</sup>, al. 2). — M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, p. 136 (§ 8, III, 1). Comp. p. 14-15 (§ 1).

(6) M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, p. 135-136 (§ 8, III, 1). — Comp. p. 14-15 (§ 2, II) ; p. 111 (§ 6, II, 3).

Ceci posé, l'objet du texte est double : d'une part, il détermine les sources, au sens le plus large du mot, où peut et doit puiser ses solutions celui qui recherche le droit ; d'autre part, il fixe, entre ces sources, une hiérarchie de rang, qui, les faisant intervenir successivement et subsidiairement l'une à l'autre, marque, selon la préférence du législateur, le degré respectif de valeur des éléments qui les constituent (1), et qu'il faut d'ailleurs prendre dans leur ensemble, en y comprenant l'interprétation propre à chacun d'eux (2).

La première source à consulter, en présence d'un cas donné, est naturellement la loi, qui, suivant l'al. 1<sup>er</sup>, « régit toutes les « matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de « l'une de ses dispositions » (3). — C'est dire, qu'il faut, avant tout, rechercher si et comment quelque disposition légale s'adapte à la situation de fait préalablement éclaircie. Et, cette adaptation s'apprécie, non seulement par les termes de la formule légale, mais d'après tout ce qui peut en éclairer le sens (4). La généralité du texte autorise les interprétations les plus extensives (5), sans faire entendre formellement, que l'analogie y soit comprise (6). L'article 1<sup>er</sup> n'indique pas non plus, par quels moyens le juge pénétrera le sens de la loi, notamment s'il devra, rechercher jusqu'au fond la volonté concrète du législateur, ou s'adresser à des éléments plus nettement objectifs (7).

(1) M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, p. 13 (§ 2, I); p. 19-21 (§ 2, III, 2-3); p. 129 (§ 8, I, 2).

(2) M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, p. 130 (§ 8, I, 2). — H. CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 115.

(3) Sur cette disposition, cons. M. GÜR, *op. cit.*, § 4, p. 34-82. — A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, p. 7-17 (II) — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 64-65. Comp. p. 61-64.

(4) M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, § 3, p. 22-34, et § 4, p. 34-82, *passim*. — A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, p. 7-10 (I).

(5) Comp. M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, notamment § 4, IV, 1-4, p. 61-65.

(6) M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, § 4, IV, 5, p. 65-69 et p. 128 (§ 8, I, 1), rattache très décidément l'analogie à l'interprétation de la loi proprement dite.

(7) Très décidément, en ce dernier sens, et contre l'idée d'interpréter la loi d'après la prétendue volonté du législateur, voy. M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, § 4, II, 2, p. 43-47 et p. 128 (§ 8, I). — Moins exclusifs, V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, t. I, Lausanne, Payot, p. 59, p. 62-63

« A défaut d'une disposition légale applicable », poursuit l'al. 2, « le juge prononce selon le droit coutumier » (1). — Malgré leur généralité, ces derniers mots ne comprennent certainement que les coutumes générales, en vigueur dans toute la confédération (2). Quant aux coutumes spéciales à certains cantons, elles n'y valent, suivant l'art. 5 al. 1<sup>er</sup>, que pour les matières, où la compétence législative des cantons a été maintenue, par exception au principe de l'abrogation en bloc du droit civil cantonal, consacré par l'article 51 du titre final (de l'entrée en vigueur et de l'application du code civil) (3). Enfin, l'usage local, proprement dit, ne lie le juge, que s'il est réservé par la loi, auquel cas, il devient règle de droit, à l'égal de celle-ci ; cela résulte de l'article 5, al. 2 (4). — Même général, le droit coutumier ne peut intervenir, que pour compléter la loi ; la place subsidiaire, qui lui est assignée, exclut nécessairement toute coutume dérogatoire à la loi (5). Il semble, même, qu'elle empêche d'attribuer une valeur positive à la coutume, purement interprétative (interprétation usuelle) (6).

et p. 64-65, décident seulement, que la loi écrite doit constamment s'adapter à la vie, et que son sens peut se modifier avec le temps. Elle peut avoir plus d'esprit, que son auteur n'y en a mis. — A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, p. 10-17 (I), ayant posé la question de savoir, si le juge, qui interprète la loi, doit se placer au point de vue du législateur ou au point de vue des idées et des besoins du temps présent, admet une solution moyenne, qui se résume ainsi : se pénétrant de l'esprit du législateur, il faut l'adapter aux circonstances nouvelles.

(1) Sur l'ensemble de cette disposition, voy. M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, § 5, p. 82-100. — H. CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 118. — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 65. — A. MARTIN, *Observations sur les deux premiers articles de l'avant-projet du Code civil suisse* (*Semaine judiciaire* de 1901), s'était prononcé, contre la consécration du droit coutumier par le Code civil suisse, et considérait la science juridique, comme devant fournir au juge les règles de droit nécessaires pour suppléer à la loi.

(2) M. GMÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, § 5, II, 1, p. 85-88. Comp. p. 128 (§ 8, I, 1). — V. ROSSEL, *Code civil suisse*, éd. annotée, Lausanne, Payot, p. 11-12 (Introduction). — *Contra* : H. CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 118 (sans étude de la question).

(3) M. GMÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 88-89 (§ 5, II, 1-3) et p. 128 (§ 8, I, 1).

(4) M. GMÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 89-90 (§ 5, II, 3-4) et p. 128 (§ 8, I, 1). — Adde PFENNINGER, *Uebung und Ortsgebrauch im Z. G. B.*, dans *Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft*, H. 37.

(5) M. GMÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, § 5, III, 3, p. 94-96 et p. 128 (§ 8, I, 1). Adde, p. 129-130 (§ 8, I, 2). — *Contra* : V. ROSSEL et F.-H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 65. — Mais voy. V. ROSSEL, *Code civil suisse*, éd. annotée, p. 11-12 (Introduction).

(6) M. GMÜR, *op. cit.*, § 5, III, 2, p. 92-94 et p. 128 (§ 8, I, 1). — Adde p. 129-130 (§ 8, I, 2).

Et, bien que le Code n'ait pas défini la coutume, il paraît plus sûr, de n'y pas comprendre l'usage judiciaire, qui n'en offre pas les caractères traditionnels (1).

Si la coutume, admise, dans les termes qui viennent d'être dits, se trouve manquer elle-même, l'article 1<sup>er</sup> ouvre la porte à l'appréciation du juge et ne lui assigne, comme directive, que de prononcer « selon les règles qu'il établirait s'il avait à « faire acte de législateur » (2). — C'est l'idée même, que, m'inspirant de passages d'ARISTOTE et de MERLIN, j'avais proposée, dès 1899, à une époque où l'avant-projet du Code civil suisse, qui devait déjà la consacrer, n'avait pas encore été publié (3). — Son mérite est moins de marquer à l'interprète un idéal très net (4), que de rehausser sa mission, en réduisant, par une sorte de délégation, la distance qui sépare le juge du législateur. Tout en lui assignant un certain but qui puisse contenir, en quelque mesure, ses écarts, en fait, elle reconnaît au juge une grande liberté, soit pour distinguer les intérêts méritant reconnaissance et sanction juridiques, soit pour assigner aux faits qui les traduisent leur règlement nécessaire (5). Cela ne fait pas, des décisions judiciaires, une source de droit formelle, équivalente à la loi ou à la coutume, quoique subsidiaire dans l'application : il en résulte seulement pouvoir, pour le juge, dans le silence de la loi ou de la coutume, de créer une solution de droit, qui s'emprunte à une sorte de nature des choses supérieure, et dont la portée ne

(1) M. GMÜR, *op. cit.*, § 5, IV, p. 96-97 et p. 128 (§ 8, I, 1).

(2) Sur cette disposition, voy. notamment : M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, § 6, p. 100-116. — H. CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 113-117. — A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, p. 5, p. 19-27 (II). — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 65-66. — Les motifs de l'Avant-projet présentaient une explication insuffisante de la disposition analogue, portée dans l'Avant-projet. Voy. à cet égard O. BÜLOW (*Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*), dans *Das Recht*, 1906, t. X, p. 772, note 6.

(3) FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 460, texte et note 1 (n° 156); 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 78, texte et note 1. — Comp. JORDAN, cité ci-après, t. II, p. 343, texte et notes 1 (n° 208 Épilogue, chapitre quatrième).

(4) Comme le prétend M. GMÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 106-107 (§ 6, II, 2), qui, pourtant, croit devoir fixer au juge quelques directions plus nettement objectives : p. 108-109 (§ 6, II, 2).

(5) M. GMÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 103-104 (§ 6, II, 1) ; p. 130 (§ 8, I, 2).

dépassera pas le cas qui l'a provoquée (1). — D'ailleurs, on peut penser que, si elle est présentée par le texte comme s'exerçant subsidiairement, la direction, assignée au pouvoir du juge par l'al. 2, *in fine*, ne sera pas inutile, pour le guider aussi dans l'application même de la loi ou de la coutume (al. 1<sup>er</sup> et al. 2, *initio*) (2).

Enfin, sans en faire un nouveau degré dans son activité, sans même, ce semble, y mettre pour lui le sceau d'une obligation impérative, l'al. 3 de l'article 1<sup>er</sup> recommande au juge de s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. Et, cette disposition, qui assigne un rôle de direction complémentaire, soit à la science éprouvée des auteurs (*bewährte Lehre*), soit à la pratique fermement établie des décisions de justice (*bewährte Ueberlieferung*), se présente de telle sorte, qu'elle puisse et doive trouver, le cas échéant, son application, à tous les degrés de l'interprétation positive (3).

Telles sont, dans leur contenu le mieux assuré, les dispositions essentielles de l'article 1<sup>er</sup>, qui régissent l'application du droit fédéral (4), pour toute la sphère privée (5).

Le principe, qui s'en dégage, est, manifestement, celui d'une grande liberté, dans l'établissement des résultats de l'interprétation du droit (6). Toutefois, cette liberté n'est pas sans limites. Elle rencontre, en effet, ses appuis *imposés*, — indé-

(1) M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 79 (§ 4, V, 2); p. 110-112 (§ 6, II, 3) et p. 129 (§ 8, I, 2).

(2) M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 56-57 (§ 4, III, 5); p. 99-100 (§ 5, V, 3); p. 113-114 (§ 6, III, 1).

(3) Cons. M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, § 7, p. 116-127 et p. 129 (§ 8, I, 1). *Adde*, p. 109-110 (§ 6, II, 2). — H. CHAUDÉ, *op. cit.*, p. 119-120. — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 66-67. — Et, sur la doctrine éprouvée : E. HUBER, *Bewährte Lehre. Eine Betrachtung über die Wissenschaft als Rechtsquelle*, Bern, 1910. — A. MARTIN, *Observations sur les deux premiers articles de l'Avant-projet de Code civil suisse (Semaine judiciaire, de 1901)*, p. 9-12, s'était prononcé contre l'autorité reconnue à la jurisprudence et en faveur de celle de la doctrine. — Mais voy. le même : *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, p. 23-25 (II, a).

(4) Y compris les ordonnances de l'Assemblée fédérale, visées par l'art. 113 de la Constitution fédérale. Comp. M. GÜR, *op. cit.*, p. 133-134 (§ 8, II, 2). *Adde* p. 4-5 (§ 1).

(5) *Alias* du droit public, et, spécialement, du droit pénal. M. GÜR, p. 134 (§ 8, II, 2).

(6) Comp. M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, p. 131 (§ 8, I, 3), qui donne, au principe de l'indépendance du juge, une portée, à certains égards, contestable.

pendamment de l'inspiration non obligatoire de la doctrine et de la jurisprudence autorisées, — dans la loi écrite, le droit coutumier général, et, subsidiairement, dans une sorte d'idéal législatif, qui doit correspondre, à la fois, à l'ensemble de l'organisation juridique établie et aux besoins de la vie pratique du droit (1). — Aussi, a-t-on pu dire, traduisant la pensée du législateur fédéral (2), que, si le système des lois écrites, strictement entendues, présente assurément des lacunes, on conçoit, en quelque sorte au-dessus de lui et l'englobant comme une de ses parties, un système, plus général, de droit positif, qui jouirait de la plénitude nécessaire à son effet (3). Encore, convient-il d'observer, que, si cette dernière idée n'est pas une pure fiction, répondant à certaines exigences de la technique juridique (4), elle ne peut être fondée que sur un postulat de nature métaphysique, impliquant une vue éminemment optimiste de l'ordre du monde, qui serait peut-être, plus ou moins consciemment, la profonde et suprême pensée des auteurs du Code civil suisse (5).

Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas douteux, que le système positif d'application du droit, qui se dégage de ce Code, et s'exprime nettement en son article 1<sup>er</sup>, — par l'importance savamment dosée qu'il attribue à tous les éléments susceptibles de fournir des solutions juridiques, par l'indépendance qu'il laisse au juge pour les découvrir et les mettre en valeur, par le souffle libéral et généreux dont il anime toute l'inter-

(1) Voy., à cet égard, M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, *passim*, notamment p. 18 (§ 2, III, 1); p. 36-38 (§ 4, I, 4); p. 50-51 (§ 4, III, 2); p. 53-57 (§ 4, III, 5-6); p. 59-60 (§ 4, III, 7); p. 70-71 (§ 4, IV, 6); p. 108-109 (§ 6, II, 2); p. 128-129 (§ 8, I, 1); p. 130 (§ 8, I, 3). — A. MARTIN, *Observations*, 1909, p. 26.

(2) Voy. notamment : Code civil suisse. *Exposé des motifs de l'Avant-projet du Département fédéral de justice et de police* (par E. HUBER), Berne, Buehler et Cie, t. I, 1901, p. 29 et p. 32.

(3) Comp. M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, p. 34 (§ 3, II), p. 132 (§ 8, II, 1). — A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, p. 19-20. — V. ROSSEL et F. H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, t. I, p. 51, p. 66. — E. HUBER, *Bewährte Lehre*, Bern, 1910, p. 12.

(4) Cons. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III. *Élaboration technique du droit positif*, chapitre : des fictions de droit (à paraître).

(5) A moins, qu'en niant l'existence de lacunes dans l'organisation juridique, on ne se place à la suite de la solution, que le juge doit fournir, en toute hypothèse. Auquel cas, la formule ne serait guère plus qu'un jeu de mots. Voy. là-dessus : E. ZITTMANN, *Lücken im Recht* (Rede), Leipzig, Duncker u. Humblot, 1903, p. 9-10.

prétation, — soit appelé à régénérer heureusement la pratique (1), et à provoquer de nouveaux et plus vigoureux efforts de la part de la science du droit (2).

**203.** — Dès lors, — et s'agissant d'une matière, où l'autorité du législateur vaut moins par ses injonctions formelles, que par le mérite intrinsèque de l'institution qu'il consacre, — ne serons-nous pas tentés de participer aux profits d'une réforme, si consciencieusement étudiée et si féconde en précieux résultats ? Nos voisins eux-mêmes nous y ont judicieusement invités (3). Et, l'occasion paraît des plus favorables, pour faire intervenir le droit comparé (4), dans la discussion du problème de l'interprétation et des sources de notre droit positif.

Pourtant, quelques objections se présentent, ici, qu'il convient d'envisager.

Et d'abord, on dira peut être, que le système, simple et presque « bon enfant », du Code civil suisse de 1907, qui rappelle la justice patriarcale (ou Salomonique) des époques primitives, s'il se peut justifier dans un pays restreint, à forme fédérative, où la concentration de la vie sociale pallie les dangers d'une justice trop lâche, ne saurait convenir à des États, de large envergure, constamment menacés d'être disloqués par des forces opposées, et dont la cohérence ne peut être maintenue, qu'au moyen d'une ferme centralisation, dont le principe essentiel réside en une loi rigide et fixe. — L'objection, ainsi comprise, excéderait notablement notre modeste problème, et nous conduirait aux questions vertigineuses, qui dominent toute la constitution politique, sociale, internationale même, des groupements humains. — Mais, sans nous laisser entraîner vers ces hauteurs, il nous suffira, pour écarter l'obstacle, d'observer que, quelles que soient l'étendue

(1) Comp. M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, § 8, III, p. 135-148.

(2) Comp. M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, § 8, IV, p. 148-152. — Adde : A. MARTIN, *Observations sur les deux premiers articles de l'avant-projet du Code civil suisse*, 1901, p. 11-12 et M. GÜR, *Über Gegenwart und Zukunft des schweizerischen Zivil- und Handelsrechts*. Rektoratsrede, Bern, Drechsel, 1913.

(3) Voy., notamment, M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 12-13 (§ 1). — Comp., à titre de réciprocité, *ibid.*, p. 151-152 (§ 8, IV).

(4) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 515 et p. 516, texte et note 1; 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 140 et p. 141, texte et note 1 (n° 168). — Épilogue ajouté à la seconde édition, chap. premier, n° 193, t. II, p. 267-275.

géographique ou la formation politique d'une Société d'hommes, les règles positives, qui en assurent la conduite extérieure, dépendent essentiellement d'un même principe, que l'importance, en quelque sorte, matérielle, de l'État, entraîne, par le jeu des divers points de vue mis en présence, une sorte de compensation des forces (1), et qu'enfin la récente législation fédérale de la Suisse s'est formée, bien qu'avec une originalité incontestable de tendances intimes, sur le modèle de celle des grands États voisins (France et Allemagne notamment) (2), de telle sorte que ses dispositions fondamentales pussent être agréées de tous.

Une objection plus précise et, par là même, aussi, plus sérieuse, serait tirée de la considération, que le principe de séparation des pouvoirs, étant appliqué moins strictement en Suisse, y admet, plus facilement qu'en France, cette participation, du juge, à la création du droit, qui ressort du nouveau Code civil fédéral. — Mais, — sans qu'il soit besoin de caractériser la conception suisse de la séparation des pouvoirs, qui pourrait prêter à discussion (3), — toute difficulté disparaît, si l'on remarque, que la décision, librement prise, quand il y a lieu, par le juge suisse, ne vaut, même comme solution de droit, que pour l'espèce, sur laquelle elle intervient (4), de sorte que l'autorité, dont elle jouit, dépourvue de la généralité qui caractérise le précepte légal ou coutumier, ne puisse passer pour une atteinte à la séparation des pouvoirs, si rigoureusement qu'on la voulût entendre, du point de vue français (5).

Sans doute, pourtant, on insistera, ou, plutôt même, on renforcera l'attaque, en faisant valoir, que le système suisse

(1) Voy., par exemple, ce qu'écrit M. GÜR, *Anwendung des Rechts*, 1908, p. 149-150 : « Ein kleines Volk ist nach einer Kodifikation von vornherein in einer weit « schwierigen Lage als eine grosse Nation ; denn es stehen ihm viel weniger « Kräfte zur Verfügung, während doch die gleiche Leistung benötigt wird. » (§ 8, IV).

(2) Cons., notamment, H. CLAUDÉ, *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne* ; thèse de doct. Droit. Paris, 1908-1909.

(3) Voy., notamment, H. CLAUDÉ, *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne* ; thèse de doct. Droit. Paris, 1908-1909, p. 113.

(4) Voy., ci-dessus, Épilogue ajouté à la 2<sup>e</sup> édition, chapitre troisième, t. II, p. 319, texte et note 1 (n° 202).

(5) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 181-183. Voy. surtout la note 1 de la p. 182 (n° 85) ; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 210-212, surtout, p. 211, notes 1 et 2.



s'appuie fondamentalement à une conception de la loi, qui n'est pas la conception française. Pour nous, en effet, dira-t-on peut-être, la loi n'est pas destinée à fournir une direction générale, qu'une appréciation personnelle du juge doive spécifier et compléter, pour la conduire à sa fin. Elle reste une injonction précise de l'autorité souveraine, qui doit se suffire à elle-même, grâce à la force du langage, fécondée par la seule logique, sans que l'interprète ait à faire œuvre personnelle, hors les cas, où le législateur lui-même a prévu, en la circonscrivant, son action. — Est-il bien certain, pourtant, que cette conception rigide de la loi ait survécu à la période révolutionnaire, et qu'elle ait été notamment celle des rédacteurs du Code Napoléon? Elle répond mal à certaines de leurs déclarations les plus nettes (1), qui semblent prévenir celles de l'Exposé des motifs de l'Avant-projet suisse (2), et à la technique de leur œuvre, dont quelques traits saillants paraissent avoir inspiré le Code civil fédéral de 1907 (3). Aussi bien, a-t-on pu dire que celui-ci n'avait fait, sous ce rapport, que développer, affiner et parfaire, le système législatif inauguré, en France, dès 1804 (4). — En tout cas, supposé même qu'il reste une opposition tranchée entre la prétendue conception française de la loi et celle qu'on s'accorde à reconnaître chez le législateur moderne de la Suisse (5); le seul débat possible, en présence d'une question de cet ordre, consiste à savoir, où se

(1) Voy. notamment : FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Seconde partie, *passim*, notamment nos 46-49, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 86-92; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 97-103.

(2) Voy. Code civil suisse. *Exposé des motifs de l'Avant-projet du Département fédéral de justice et de police* (par E. HUEZ), t. I, Berne, Büchler et Cie, 1901, p. 29-32 (Introduction, V).

(3) Comp. FR. GENY (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. II, p. 1009-1910, p. 1030-1031, p. 1033.

(4) Voy. notamment : R. SALEILLES (*Le Code civil et la méthode historique*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 102. — FR. GENY (*La technique législative dans la codification civile moderne*), *ibid.*, t. II, p. 1031 et 1036. — M. GMEIN, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, *passim*, notamment p. 29-33 (§ 3, II); p. 141 texte et note 3 (§ 8, III, 3).

(5) Voy. encore, pour cette dernière : M. GMEIN, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, qui, cherchant à caractériser la position du juge respectivement à celle du législateur, compare le premier, tantôt à un officier qui suit les directions données par le général en chef (p. 74-75, [§ 4, V, 1]), tantôt aussi, à l'artiste dramatique, qui donne un corps et une représentation plastique à la conception de l'auteur du drame (p. 138-139 [§ 8, III, 2]).

trouve la vérité, dans l'état actuel de notre science et de notre pratique. Or, l'idée, d'une loi rigide, suffisante à tout par la seule vertu de sa formule, qui puisse être appliquée mécaniquement et s'adapte d'elle-même aux faits, si elle a pu correspondre aux illusions du XVIII<sup>e</sup> siècle et à son inaccessible idéal de droit naturel, est définitivement condamnée, par tout le mouvement de la philosophie contemporaine, proclamant la suprématie du fait, prônant le relativisme, acceptant les fluctuations souples de la contingence (1). — Et, sur le terrain de la simple observation pratique, comment ne pas reconnaître, que, pour jouer le rôle, spontané et mécanique, qu'on prétend en obtenir, une loi devrait avoir une plénitude et une perfection de teneur dépassant les facultés humaines, qu'en réalité, elle n'est et ne peut être qu'une ébauche de réglementation, entrevue à travers les complexités mouvantes de la vie sociale, et que, pour en tirer les solutions précises qu'elle doit fournir, il ne faut pas moins, que l'intervention constante d'un agent, placé en contact direct avec les faits à régir, et concrétisant, dans un nouveau travail, ce qui n'a été vu, que de haut et de façon abstraite, par les auteurs du texte légal.

Ici, toutefois, se présente une difficulté nouvelle, la seule, qu'on ait sérieusement soulevée contre le système, résumé plus haut, du Code civil suisse de 1907, la seule, en tout cas, qui offre à la discussion des éléments concrets et pratiques, méritant un examen critique après les développements antérieurs. Le système en question, a-t-on dit, requiert, pour fonctionner heureusement, une magistrature, à la fois indépendante et hautement cultivée, faute de laquelle il serait vraiment plus pernicieux qu'utile (2). Pareille magistrature se peut-elle rencontrer dans nos pays démocratiques ? Le problème, ainsi posé, est particulièrement grave pour la Suisse. Dans ce pays fédéral, à mœurs simples et à tendances égalitaires, le système de l'élection, combiné avec l'introduction

(1) Cons. notamment : Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Paris, Sirey, 1914, *passim*, notamment nos 25-28, p. 75-87 (sur les enseignements à tirer de la « philosophie nouvelle », pour la notion rationnelle du droit positif).

(2) Voy., notamment, A. MARTIN, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, V, p. 45-49. — Comp. : H. CHAUDÉ, *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification civile moderne*; thèse de doct. Droit, Paris, 1908-1909, p. 119-120. — M. GMEIN, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, p. 142 (§ 8, III, 3). *Adde*, p. 32 (§ 3, II).

d'éléments non professionnels dans la judicature, a constitué, du moins pour les tribunaux inférieurs, un corps de juges, offrant de médiocres garanties d'impartialité, de hauteur d'âme et de savoir (1). Il nous plaît de constater, qu'aux yeux mêmes des jurisconsultes suisses les mieux renseignés, la magistrature française forme un corps, notablement supérieur, dont le passé et les traditions, constamment maintenues, assurent d'excellentes conditions subjectives à la justice (2). Malgré tout, pourtant, il est clair, que la difficulté, résumée plus haut, est assez générale, pour surgir, plus ou moins, partout, sauf, peut-être, par suite de conditions particulières, dans les pays anglo-américains. — A parler net, j'estime même qu'elle a des racines trop profondes, dans les faiblesses de la nature humaine, pour pouvoir être *de plano* et entièrement écartée. Mais, si l'on veut apprécier exactement sa portée, il convient d'examiner l'ensemble de la situation, d'en relever en quelque sorte les possibilités, et de proportionner à celles-ci les exigences auxquelles on s'arrête. Quelques indications suffiront, ici, pour orienter les développements d'un programme aussi vaste. Avant tout, on part d'un *a priori* fort contestable, quand on admet, sans autre discussion, que tout système rigide d'interprétation du droit positif coupe court aux fantaisies subjectives du juge et l'enferme en un mécanisme qui le réduise à la condition d'automate. La moindre expérience de la vie juridique atteste nettement le contraire (3). Tout ce qu'on peut admettre, à la rigueur, c'est qu'un système législatif, plus serré, et cherchant à réduire, par la multiplication des cas et des préceptes, l'appréciation du juge, puisse se contenter, chez celui-ci, de qualités moyennes, qui seraient insuffisantes, pour mettre en œuvre un ensemble d'institutions

(1) Voy. notamment : V. ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, Payot, 1905, p. 7-8 (Introduction). — M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, p. 56 (§ 4, III, 5); p. 96 (§ 5, IV); surtout p. 143-144 (§ 8, III, 3). *Adde* encore p. 106, note 1 (§ 6, II, 2). — Voy. pourtant, quant au Tribunal fédéral, *ibid.*, p. 49, note 1 (§ 4, III, 1).

(2) Voy., par exemple, M. GÜR, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, p. 145, note 1 (§ 8, III, 3). — *Adde* F. FERRARA (*Potere del legislatore e funzione del giudice*), dans *Rivista di diritto civile*, 1911, t. III, p. 500-501.

(3) Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1899, *passim*, notamment, Seconde partie. Chapitre second, n<sup>os</sup> 65-67, p. 120-128, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 135-144; n<sup>os</sup> 70-75, p. 134-154, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 149-171.

ouvertes, de parti pris, à la variété et à la souplesse. Mais enfin, si ce dernier point de vue paraît nécessaire, pour réaliser au mieux l'ordre juridique, il faut bien accepter, comme s'imposant, les nécessités d'adaptation, plus complexes et plus fixes, qu'il demande à la constitution des organes de la justice concrète. Est-il vrai, qu'on ait tout fait dans le sens de cette adaptation, et qu'on ne puisse concevoir un rehaussement nouveau de la magistrature, qui la mette à même de suffire à l'interprétation du droit, telle que la postulent les conceptions modernes les plus accréditées? Il faudrait, pour le penser, nier toute idée de progrès. Bien, au contraire, il paraît évident, qu'en exigeant des magistrats des connaissances plus étendues et une culture plus raffinée, en multipliant les garanties de leur bon recrutement moyennant la contre-partie nécessaire d'un rehaussement de leur situation, en assurant leur indépendance contre l'intrusion de la politique, on ne pourra que contribuer à cette augmentation du prestige, de la puissance et de l'efficacité du droit, qui reste le but suprême de tous nos efforts (1). Et, si la modestie défiante de nos magistrats, les porte à reculer devant l'accroissement de pouvoirs, que leur apporte la force des choses, il appartient à ceux, qui connaissent leurs mérites et ont éprouvé leur valeur, de passer outre à ces scrupules et de suivre, à l'exemple du législateur suisse, les inspirations indéniables d'une vérité, qui profitera à la science, en même temps qu'elle assurera la pratique.

**204.** — Au terme de cet exposé sommaire, de la position, prise par le législateur suisse, dans le complexe problème des sources du droit positif et des moyens d'interprétation qu'elles comportent, me sera-t-il permis de remarquer — non sans quelque satisfaction assurément — comme elle s'accorde, dans ses traits essentiels et principaux, avec les conclusions fondamentales, auxquelles j'étais arrivé, sur le seul terrain de la recherche rationnelle, en 1899? C'est à tel point, que la formule de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse de 1907 pourrait

(1) Comp. M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, p. 143-147 (§ 8, III, 3).

être proposée comme contenant le résumé le plus adéquat de mes développements.

L'idée capitale, qu'on entrevoit à sa base et qui domine également tout mon livre, c'est que le droit positif est chose trop complexe et trop mouvante, pour qu'un individu ou une Assemblée, fussent-ils investis de l'autorité souveraine, puissent prétendre en dresser, d'un seul coup, les préceptes, de façon à suffire à toutes les exigences de la vie juridique. — Il faut, pour atteindre pleinement le but, le concours d'autres forces, aptes, sinon à prescrire, du moins à révéler, les moyens par lesquels on suppléera les lacunes inévitables des textes légaux. Et, c'est ainsi que, subsidiairement à la loi et pour la compléter, s'il y a lieu, le droit coutumier, constitué par ses éléments, depuis longtemps reconnus, apparaît comme une source formelle, encore nécessaire, à ce titre, aujourd'hui. Quant à la jurisprudence et à la doctrine autorisées, en dehors de leur rôle historique (tradition), elles ne méritent pas, en elles-mêmes, la qualification de sources formelles, et n'interviennent que pour guider l'interprète dans toute son activité, s'exerçant d'abord sur l'explication de la loi et le développement du droit coutumier, poursuivis suivant la nature de chacune de ces sources. — Toutefois, cette élaboration des sources formelles reste encore impuissante à satisfaire, par ses résultats, tous les besoins de la vie juridique. Et, quand elle a épuisé ses moyens propres, la place s'ouvre à une recherche indépendante, par laquelle l'organe de l'application du droit, et, avant tout, le juge, statue sur les cas qui lui sont proposés, en les solutionnant, juridiquement, comme l'eût fait le législateur, sans négliger l'inspiration de doctrine et jurisprudence autorisées. La décision du juge ne constitue pas, d'ailleurs, par elle-même, un précepte général. Et, si elle comporte, comme contenant règle juridique, les recours juridictionnels, qui tendent à maintenir l'uniformité dans l'application du droit (pourvoi en cassation ; — ou en révision) (1),

(1) Comp. M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, p. 112, qui signale toutefois, *de lege lata*, la nécessité d'une modification de l'article 56 de la loi d'organisation judiciaire fédérale de 1893 (*Ann. de législ. étrang.*, 1894, p. 455). — Ce texte n'a pas été modifié par la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 6 octobre 1911. *Annuaire de législation étrangère*, 1912, t. 41, p. 563.

elle n'a de valeur que pour l'espèce qu'elle a tranchée et n'étend pas sa domination sur l'avenir. — Toutes ces déductions, qui m'ont paru, par le jeu naturel de la réflexion, s'enchaîner simplement autour du principe initial, trouvent aujourd'hui, comme une estampille officielle, au seuil de l'œuvre législative, si originale, si simple et si forte à la fois, qui a marqué les premières années du xx<sup>e</sup> siècle.

Mais, à côté de cette confirmation autorisée des plus notables de nos résultats acquis, qui laisse naturellement place à bien des divergences de vues, inévitables dans la précision des conclusions et le détail des développements accessoires, la nouvelle législation civile de la Suisse apporte au problème général, de la création du droit et de son application à la vie sociale, quelques éléments, sinon tout à fait nouveaux, du moins, mieux accentués, dont je ne relèverai ici que deux, paraissant particulièrement susceptibles de pousser plus avant la pénétration du mystère, qui enveloppe l'essence et la fin du droit positif.

D'une part, le Code civil suisse de 1907, par son article 4 complémentaire de l'article 1<sup>er</sup>, et par l'ensemble de ses dispositions, englobant le texte nouveau du Code fédéral des obligations révisé en 1911, exprime, mieux qu'il n'avait été fait jusqu'alors, le rôle capital de l'appréciation discrétionnaire du juge, pour la mise en œuvre de toutes les règles du droit privé. Pour la première fois, peut-être, on voit un législateur moderne reconnaître officiellement, et en une formule générale, comme son auxiliaire indispensable, le juge, chargé de dire le droit aux particuliers menacés dans leurs intérêts, et lui conférer, par une sorte de délégation générale, les pouvoirs nécessaires pour préciser et compléter son action propre. Il y a là une idée intéressante, qui, en même temps qu'elle éclaire les résultats positifs antérieurement acquis, les dépasse en quelque mesure, et nous fait entrevoir que la vie réelle du droit ne se rencontre que dans le concret, que toutes les abstractions, par lesquelles nous la dégageons de celui-ci pour en généraliser les règles, ne sont que des moyens factices, destinés à simplifier une réalité, à laquelle il faut toujours revenir, dès qu'il s'agit d'éprouver définitivement et de mettre en

pratique les solutions adéquates aux besoins effectifs de la vie sociale (1).

D'autre part, — et ce n'est peut-être qu'une autre face de la même conception, — la récente codification civile de la Suisse, par là même qu'elle s'efforce d'obtenir la pénétration des réalités, nous fait mieux sentir le côté technique — délibérément artificiel — des institutions du droit positif (2). Jamais, peut-être, aussi clairement, qu'au travers de ses dispositions, il n'est apparu, que le plus grand nombre des moyens, employés par la législation pour imprimer une direction donnée à la vie sociale, ne sont que des « procédés », destinés à réaliser une fin consacrée par des principes supérieurs, et qu'il importe, en vue d'en apprécier sainement la constitution respective, de distinguer la technique, provenant de la réunion et du jeu de ces procédés, du fonds substantiel, qu'ils mettent en œuvre, et qui, seul, représente l'élément vraiment naturel du droit, celui dont la révélation s'obtient au moyen de la connaissance appuyée à une croyance intime et développée par toutes les forces de la science (3).

(1) Aussi, ai-je signalé cette importance, du « pouvoir discrétionnaire » du juge, dans un nouveau paragraphe inséré en la seconde édition de la *Méthode d'interprétation*, n° 176 bis, t. II, p. 182-199. — Ne peut-on pas ajouter, à l'heure où l'on discute sur les bases de la pacification générale du monde, que, si l'on songe à une *Société* ou à une *Ligue des nations*, c'est surtout en vue de parer, par le moyen d'une organisation générale permanente (jouant un rôle à la fois judiciaire et exécutif), à l'imprévu, que laisseront toujours, en certains cas, les traités écrits. Comp., à ce sujet, le premier article du « *Temps* », du mercredi 26 février 1919, intitulé : *La rentrée du Président Wilson*.

(2) Voy. notamment, à cet égard, M. GÜRER, *Die Anwendung des Rechts*, Bern, 1908, p. 16-17 (§ 2, II) ; p. 26-33 (§ 3, II) ; p. 40 (§ 4, I, 5) ; p. 46 (§ 4, II, 2) ; p. 51-52 (§ 4, III, 3). — Adde E. HUBER, *Bewährte Lehre*, Bern, K. J. Wyss, 1910, p. 4-8.

(3) Voy., pour le développement de ces idées, Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. I, 1914 ; t. II, 1915 ; t. III et IV (à paraître).

## CHAPITRE QUATRIÈME

### Le mouvement du « *freies Recht* » (libre droit) dans les pays austro-allemands

- SOMMAIRE : 205. Délimitation du problème du « *freies Recht* ». — 206. Mouvement qu'il a suscité. Son caractère principalement doctrinal. Son évolution.
- I. 1840-1900. — 207. Point de départ de la science allemande du XIX<sup>e</sup> siècle, relativement aux sources et à la méthode d'interprétation. — 208. Doctrine affirmée par SAVIGNY, en 1840. — Objections qu'elle suscite. — 209. Développement de cette doctrine, jusqu'au positivisme extrême de BERGBOHM. — 210. Contradictions et oppositions, de 1870 à 1900. — 211. Maintien, dans le Code civil allemand de 1896, de l'idée de la plénitude logique de l'ordre juridique positif (*die logische Geschlossenheit des Rechts*).
- II. 1901-1906. — 212. La théorie des lacunes du droit (*Lücken im Recht*), principalement d'après E. ZITELMANN. — 213. Nécessité d'une voie nouvelle, pour l'interprétation juridique. — 214. Premiers tâtonnements en ce sens, de 1902 à 1904. — Accentuation du mouvement, en 1905. — Travaux d'E. STAMPE et de Ph. HECK, en 1905. — Réserves et protestations. — 215. Un tournant nouveau, en 1906. — Les travaux d'approche : G. RADBRUCH, M. RUMPF. — 216. Le manifeste de Gnaeus FLAVIUS : *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. — Réaction qu'il suscite contre le mouvement du « *freies Recht* ».
- III. 1907-1914. — 217. Abondance et complexité du mouvement du « *freies Recht* », à partir de 1907. — Ses principales manifestations. — 218. Ouvrages ou travaux plus importants, qui font saillie dans l'ensemble. — 219. Idées principales se dégageant du mouvement. — 220. Courants plus généraux dans le sens d'une synthèse. — La méthode des sciences naturelles dans le droit. — La jurisprudence d'intérêts (*Interessenjurisprudenz*). — 221. Méthode sociologique du droit. Ses aspects très divers.
222. Échec relatif du mouvement du « *freies Recht* ». — Comment l'expliquer ? Enseignement à en tirer.

**205.** — Parallèlement à la poussée doctrinale, qui, depuis quelque vingt ans, renouvelle, en France et en Belgique, les idées relatives aux sources du droit et à leur interprétation (1), s'est poursuivie, dans les pays austro-allemands, une agitation, plus ample et plus violente, tendant vers le même but, par des voies et sous des faces diverses, et qu'il est impossible de négliger, si l'on veut représenter, par ses traits mar-

(1) Voy. ci-dessus : Épilogue ajouté à cette seconde édition. Chapitre premier. Le combat doctrinal pour la méthode juridique, en France et en Belgique, depuis 1899, t. II, p. 235-286.



quants, l'état actuel du problème de la méthode juridique. Je l'appelle mouvement du « *freies Recht* » (libre droit), suivant une dénomination, qui lui a été parfois donnée par les Allemands eux-mêmes (1), et qui me paraît exprimer assez bien, en gros et provisoirement, son caractère le plus saillant. — Toutefois, quelques précisions préalables sont, je crois, nécessaires, non pas en vue de défendre, dès l'abord, cette désignation contre les critiques théoriques, qu'elle peut encourir, — mais plutôt, — la prenant comme une formule de combat, comme un drapeau d'école, dont l'éclat outrancier s'excuse par les exigences de la lutte, pour nettement fixer ce que j'entends placer sous son intitulé, et, ainsi, dégager ce qui doit rester l'objet exclusif, de la présente étude, d'un certain nombre de questions voisines, auxquelles je ne saurais m'arrêter ici. — En effet, le problème de l'interprétation du droit positif dépend d'idées générales, qui dominent de haut ses données propres, et se relie à d'autres problèmes, distincts quoique connexes, soumis, d'ailleurs, aux mêmes principes supérieurs. Or, il est indispensable, de l'isoler, et des unes et des autres, si l'on veut le saisir dans ce qu'il a de vraiment spécifique, alors surtout qu'il s'agit d'en préciser le développement récent, dans un pays, aussi exubérant d'idées de toutes sortes, qu'est l'Allemagne contemporaine.

En conséquence, j'écarte, de mon horizon actuel, toutes les discussions, poursuivies, avec tant d'abondance et d'ardeur chez nos voisins de l'Est, sur la direction définitive à assigner aux études de droit et sur les réformes qu'elles comportent pour donner ce qu'on en attend (2). Ce complexe problème,

(1) *Freirechtsbewegung*. — Comp. : *Freirechtslehre*. — *Freirechtsschule* ou *freirechtliche Schule*; — d'où encore : *Freirechtler*, *Freirechtleri*. — Les Allemands ont souvent aussi parlé de : *freie Rechtsfindung* (libre trouvaille du droit).

(2) Cons. notamment : C. KADE, *Der deutsche Richter*, Berlin, 1904. — E. ZITELMANN : *Die Vorbildung der Juristen*, Leipzig, Duncker, u. Humblot, 1909. — *Ausbildung und Fortbildung der Richter. Bericht über die Verhandlungen des zweiten preussischen Richtertages, von 17 mai 1910*, Hannover, Helwing, 1910. — E. GRUBER, *Die Vorbildung der Juristen und ihre Reform*, Nuremberg u. Leipzig, Sebald, 1910. — Fr. MEILI, *Die durch den Weltverkehr und die moderne Verkehrstechnik hervorgerufene Ausweitung des Rechtsgebiets und ihre Folgen für das juristische Studium*, dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-1910, t. III, p. 595-604. — C. KOEBNE, *Ergänzungen zum Referat Meili*, *ibid.*, p. 604-608. — *Thesen im Anschluss an das Referat Meili*, *ibid.*, p. 609-610. — Adde encore : dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, de 1910-1911, t. IV, p. 71-73;

qui, lui-même, fait partie de la vaste énigme pédagogique, suscitée par les nouvelles conditions de la civilisation contemporaine, a pris, en Allemagne, une couleur, plus nettement professionnelle, à la suite des codifications, qui y ont marqué la fin du dernier siècle. Et, s'il a reçu, devant la nécessité pressante des faits, une solution provisoire, il s'en faut qu'on doive le tenir pour épuisé, voire même pour examiné sous tous ses aspects essentiels, à l'heure présente (1). Assurément, il n'est pas sans attaches avec les questions méthodologiques, qui nous préoccupent à cette place. Toutefois, il conserve, indépendamment de celles-ci, sa valeur et sa portée propres. Et, comme, en tous cas, il doit garder une position subordonnée par rapport aux tendances appelées à diriger l'application du droit positif, nous n'éprouverons aucune hésitation à le laisser à l'écart de notre route.

Pour des motifs analogues, j'entends exclure, de la présente et sommaire étude, les débats, relatifs à la réforme de l'organisation judiciaire allemande, alors même qu'ils impliquent une opinion, préalablement formée, sur le rôle de l'interprète officiel du droit existant, notamment les polémiques, concernant le recrutement et la situation sociale des juges, suivant le célèbre programme de Fr. ADICKES (2), ou les controverses,

p. 372-374 ; p. 571-594 ; p. 678-685 : — t. V, 1911-1912, p. 31-41 ; p. 101-103 ; p. 188-190 ; p. 346-351. — *Vorbildung der Juristen an 20 deutsche Anwaltstag in Würzburg*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 1002-1003, p. 1191-1192. — KRÜCKMANN, *Vorpraxis akademischer Rechtsprechung und anderes. Zur Reform des Rechtsstudiums*, Tübingen, 1911. — A. N. ZACHARIAS, *Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters*, Berlin, Guttentag, 1911. — G. REIDNITZ, *Juristenbildung ; insbesondere die Vorbildung der Rechtsanwälte in ihrer Entwicklung bis heute*, Mainz, 1911. — E. JACOBI, *Die Ausbildung der Juristen. Vortrag*, Berlin, Guttentag, 1912. — SCHANZ, *Hochschulstudium der Juristen*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 183-186. — OPPERMAN, *Zur Frage der juristischen Vorbildung* (Sprechsaal), *ibid.*, p. 341-343. — DUNGERN, EHRENZWEIG, LAYER, LENZ, SCHUMPETER, *Grundlinien einer neuen juristischen Studienordnung*, Graz, 1916. — Comp. HERR, *Problem des Rechtsstudiums in Nord-Amerika*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1913, t. XVIII, p. 841-845.

(1) Voy., par exemple : F. PAULSEN, *Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium*, 1902, p. 308-324 et p. 511-518. — W. MITTERMAIER, *Wie studiert man Rechtswissenschaft? Das Studium der Rechtswissenschaft und seine zweckmässige Einrichtung. Eine Ausbildung für Studierende*, Stuttgart, W. Violet, 1911.

(2) Fr. ADICKES, *Grundlinien durchgreifender Justizreform. Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken*, Berlin, J. Guttentag, 1906, résumé par l'auteur, sous le même titre, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1906, t. XI, p. 501-509. — : Adde F. WINTER, *Rechtspflege, Richter und*

depuis longtemps pendantes, sur le caractère et la mission propres du Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*), en matière civile (1). Bien que ces questions — les dernières surtout — intéressent de très près notre sujet, elles ne s'y relient que comme une sorte de mise en œuvre consécutive à l'établissement des principes (2), et doivent, à ce titre, être réservées, pour laisser à notre travail son objectif fondamental (3).

Il paraîtra, sans doute, plus malaisé et moins rationnel, de soustraire à notre description critique les grands problèmes de la philosophie du droit, qui, après un long et dédaigneux silence, ont repris assez récemment intérêt et vie dans la science allemande, comme en témoignent, entre autres, les travaux de cet ordre dus à R. STAMMLER, J. KOHLER et Fr. BEROLZHEIMER (4). A bien dire, toute orientation rationnelle de l'interprétation doit s'établir, d'après les principes et les buts essentiels du droit positif. Et, la conclusion, la plus nette, de l'exposé, qui va suivre, sera, peut-être, de montrer que, faute d'avoir pénétré jusqu'aux fondements de l'organisation juridique positive, partisans et adversaires du « *freies*

*Publikum in Deutschland*, Leipzig, Dieterich, 1906. — Fr. ADICKES, *Zur Verständigung über die Justizreform*, Berlin, J. Guttentag, 1907. — Fr. STEIN, *Zur Justizreform*, Tübingen, 1907. — MÜGEL, *Zur Reform unserer Gerichtsorganisation*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1906, t. XI, p. 1109-1118.

(1) Cons., notamment : BOLTZE, *Zur Reform des Rechtsmittels der Revision*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1895, t. 84, p. 358. — R. SCHMIDT, *Das Reichsgericht und die deutsche Rechtswissenschaft*, dans *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess*. Sonderheft zum 25 jähr. Bestehen des R. G., 1906, p. 217 et sq. — R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2 A., Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. 807-808 (§ 126). Adde Nachtrag, p. 71-80. *passim*.

(2) Voy., par exemple : A. N. ZACHARIAS, *Gedanken eines Praktikers zur Frage des « juristischen Modernismus »*, Berlin, Guttentag, 1910. — A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Das imperium des Richters*, Strasburg, Trübner, 1908 ; et, sur ce livre, compte rendu de Hagens, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1908, t. XIII, p. 1233.

(3) A cet ordre d'idées, se rattacheraient aussi les propositions d'imitation, de certaines justices étrangères, notamment anglaise ou américaine. Cons., par exemple : HAMM, *Englische Justiz auf deutschem Boden*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1906, t. XI, p. 1051-1058. — W. PROCHOWNICK, *Kann uns England auf dem Gebiete des materiellen Rechts vorbildlich sein ?* Vortrag, dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1911-1912, t. VII, p. 48-62 ; p. 82-88 ; et observations, sur cet exposé, de A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Die Vorbildlichkeit des englischen Rechts*, *ibid.*, p. 97-103. — G. KISZ, *Die Theorie der Rechtsquellen in der englischen und anglo-amerikanischen Litteratur*, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1913, t. XXXIX, p. 265-297. — P. S. REINSCH, *Der Amerikanische Richterstand*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1914, t. XIX, p. 63-67.

(4) Cons., ici, Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. II, 1915, *passim*, notamment chapitres cinquième (X) et sixième (XI), p. 111-190.

« *Recht* », en restent jusqu'alors à des considérations et contestations, dépourvues de portée décisive, sinon même de précision et de cohérence (1). — Il n'en est pas moins vrai que, — sans doute dans le sentiment commun de l'impossibilité d'un accord sur les bases métaphysiques ou morales du problème, — on a, la plupart du temps, en Allemagne, — comme aussi bien, d'ailleurs, en France, — agité les questions d'interprétation du droit, en les isolant de toute vraie et profonde philosophie, et en se plaçant, par une sorte d'accord tacite, sur ce terrain, commode mais sans assiette solide, du « positivisme juridique », qui constitue encore, à l'heure actuelle, la position, la plus généralement adoptée par les juristes (2). — Non sans faire les plus expresses réserves sur le bien-fondé de cette attitude (3), je l'accepterai, comme un fait, en vue d'assurer à mon examen, essentiellement descriptif, la vérité et la spécialisation, qui, seules, lui peuvent mériter quelque intérêt.

206. — Je limite donc le champ de cet examen aux vues nouvelles, qui se sont fait jour, en Allemagne ou en Autriche, depuis une époque relativement récente, touchant l'interprétation et l'application mêmes du droit positif. Nulle part, ces questions n'ont été plus ardemment agitées, plus passionnément discutées, plus audacieusement résolues. Et, en tant qu'il s'est développé dans l'Empire allemand, resté toujours son centre d'attraction capital, le mouvement d'idées, que nous envisageons ici, semble s'être trouvé particulièrement influencé, soit par la situation politique de l'Empire, soit par l'extension de son activité législative. On peut même penser, que l'acuité des discussions, par lesquelles il s'est traduit, est due, pour une large part, au besoin, vivement senti, d'un instrument, assez souple et résistant à la fois, pour mettre en œuvre les récentes codifications, qui ont si profondément

(1) Voy. ci-dessous, n° 222. — Adde, n° 224.

(2) Voy. notamment : Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, Sirey, 1915, p. 31-34 (n° 75).

(3) Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, Sirey, 1915, p. 35-39 (n° 75). — Mais voy., en faveur du « positivisme juridique » : G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique* (Extrait des *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, nouv. série, n° 1), Marseille, Barlatier, 1918.

renouvelé, chez nos voisins, les matières du droit privé. Et, bien que le débat n'ait pas été sans réagir sur la mise en œuvre de la justice pénale, c'est en droit civil et commercial, que sa portée est toujours apparue la plus nette pour les juristes allemands : c'est dans cette sphère étroite, que nous voulons rester cantonnés pour passer en revue leurs efforts (1).

Ces efforts se révèlent surtout à nous, par des travaux d'ordre doctrinal, en donnant toutefois à ces mots un sens très large. Ce n'est pas, qu'on ait pu méconnaître, en Allemagne plus qu'ailleurs, l'influence nécessaire, des questions de méthode juridique, sur la pratique et la jurisprudence. Il est même à remarquer, qu'à partir d'une certaine époque, le monde judiciaire de ces pays a pris, à la discussion, une part beaucoup plus grande, que nous ne l'avons pu voir, en France ou en Belgique, par exemple (2). Mais, même agité par les praticiens ou dans les congrès ouverts à tous, le problème est resté principalement placé sur le terrain théorique. Et, si un examen minutieux de la jurisprudence allemande devrait sans doute permettre d'y découvrir le contre-coup des controverses des auteurs, j'avoue sincèrement ne pas me sentir suffisamment renseigné, à cet égard, pour faire entrer pareil élément dans mon exposé. — D'un autre côté, la masse et la variété des études intéressant notre sujet, dans l'ensemble de la littérature juridique allemande, sont si considérables, qu'un choix s'impose, pour discerner, non sans quelque arbitraire, celles qui, par leur originalité ou leur succès (3), ont contribué efficace-

(1) Voy., en ce qui concerne l'application du même problème au droit public, quelques pages intéressantes de H. PREUSZ, *Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion* (à propos de J. HATSCHEK, *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung*, Leipzig, 1898), dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, Leipzig, 1900, XXIV Jahrgang, I<sup>er</sup>, p. 359-372.

(2) La Revue, qui permet, au mieux, par ses renseignements complets et réguliers, de suivre l'ensemble du mouvement, est, à mon avis, la *Deutsche Juristen-Zeitung*, fondée en 1896, et toujours restée l'organe, du haut enseignement du droit, comme de la haute magistrature, en Allemagne. — Il y a eu lieu d'y joindre, à partir de 1909, la *Deutsche Richterzeitung* (Organ des deutschen Richterbundes), qui reflète plutôt les idées du monde judiciaire.

(3) On sait que le succès des travaux juridiques, comme de tous autres, n'est pas toujours proportionné à leur valeur intrinsèque. *Habent sua fata libelli*. — Mais, c'est un indice, qu'il n'est pas possible de négliger tout à fait, quand on cherche à décrire un mouvement d'idées, qui s'est réalisé par la multiplicité et la succession de travaux individuels. — Il est, pourtant, du devoir du critique, de signaler, avant tout, les ouvrages, dont il apprécie personnellement le mérite, celui-ci

ment au mouvement envisagé. Encore, ne puis-je m'assurer de connaître toutes les idées intéressantes, émises sur une matière, qui, par ses rayonnements, englobe tout le champ du droit positif. Et, il me suffira d'avoir dégagé de la multitude, un peu confuse, des articles, brochures, ou livres, qu'une attention constamment prêtée à notre problème a fait passer sous mes yeux, et que je citerai souvent pêle-mêle au hasard de la rencontre, les grandes lignes d'une évolution, assez curieuse, pour nous suggérer plus d'une réflexion utile.

Afin de donner un aperçu, aussi exact que possible, du mouvement du « *freies Recht* », tel qu'il me paraît s'être développé, sous la poussée des faits et des idées, je suivrai, du moins approximativement, c'est-à-dire autant que le permettent les équivoques de la chronologie bibliographique, — et sauf le groupement, parfois nécessaire, de travaux, de dates diverses, mais de tendances analogues, — l'ordre successif des étapes, qu'il a suivies. Et, pour assurer à cet exposé quelque peu complexe, un cadre ferme, — bien que je ne puisse me dissimuler la difficulté de coupures catégoriques, brutalement opérées dans une série continue de points de vue, enchaînés presque insensiblement les uns aux autres, — je diviserai le *processus*, qu'il s'agit de dérouler ici, en trois périodes principales : — *a*) Au début, se présente une période préparatoire, qui part des origines, un peu obscures, du mouvement, et se poursuit jusque vers l'entrée en vigueur du nouveau Code civil allemand, soit environ l'année 1900. — *b*) Vient ensuite la période, de l'organisation des idées, d'abord seulement pressenties, que je place entre la fin de la précédente et la publication, tapageuse, de l'opuscule, intitulé : *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* et signé GNÆUS FLAVIUS, en 1906. — *c*) De ce terme, jusqu'à l'année 1914, où s'est presque complètement arrêtée mon investigation (faute de documentation régulière pour la suite), on peut compter une troisième période, qui se marque par des alternatives, de violente exubérance et de sage mais souvent incolore critique, pour tendre, au milieu d'essais de systématisation intéressants,

eût-il été peu aperçu. Une œuvre, vraiment forte, marque, par elle-même, une impression, qui doit, tôt ou tard, se faire jour, et qu'il n'est que juste de signaler, quand on l'éprouve.

vers un assoupissement, qui semblait issu d'une sorte de lassitude découragée (1).

Les impressions, suggérées par cette dernière période, nous amèneront sans peine aux conclusions, à dégager de l'expérience allemande, telle qu'elle s'est poursuivie, dans les limites de temps signalées.

## I

(1840-1900)

207. — Le mouvement du « *freies Recht* », — comme tout effort violent d'émancipation intellectuelle ou morale, — a été déterminé, par une compression extrême de puissances actives, nécessaires au plein développement de l'humanité. Et, cette compression n'allait devenir intolérable, au point de vue juridique, que sous le régime d'une codification, à peu près complète, embrassant l'ensemble des relations privées. — Mais, avant même que s'établît définitivement pareil régime, et comme dans le pressentiment qu'éveillaient ses approches, on pouvait entrevoir, en Allemagne, les germes d'une doctrine, qui, tendant à enfermer tout le système du droit positif dans un cercle impénétrable aux influences du dehors, et à l'isoler irrémissiblement de la vie sociale, soulevait déjà des contradictions et des objections, où apparaissent les éléments essentiels de l'opposition, plus décidée, qui ne devait s'affirmer, qu'après l'entrée en vigueur (1<sup>er</sup> janvier 1900), du *Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich*, de 1896.

(1) Certaines indications, relatives à la première de ces périodes, se trouvent déjà fournies, par les développements, d'histoire des doctrines juridiques de l'Allemagne, que contenait, de-ci de-là, la première édition du présent ouvrage (*Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1899), auquel on joindra utilement quelques passages du livre important d'Ed. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903. Je les ai même complétées, pour les périodes ultérieures, par quelques nouvelles références ajoutées à ma seconde édition. — Néanmoins, je ne crois pas tomber dans un double emploi, en reprenant ici, au risque de quelques répétitions, l'exposé méthodique des principales influences, qui ont contribué au mouvement du « *freies Recht* ». — Je prends, d'ailleurs, ces dernières expressions, dans leur acception la plus large, en y comprenant tous les efforts poursuivis, en Allemagne ou en Autriche, dans le sens de l'élargissement des sources et de la méthode juridique, sous quelque rubrique qu'ils se soient eux-mêmes classés.

A première vue, il est vrai, rien ne semblait devoir être plus favorable, à la pleine liberté de l'interprétation juridique, que le système du *droit commun allemand*, qui, dominant tout à fait dans les territoires non régis par des Codes modernes, limité plutôt qu'aboli dans les autres, constituait, pour tous, l'expression de la raison écrite, nécessaire à l'effet de cimenter une organisation de droit positif fermement établie, et dont le fonds, plus ou moins tacheté de coutumes ou de lois locales, mais non encore sérieusement entamé par les lois d'Empire, restait toujours ce droit romain actuel (*heutiges römisches Recht*), si varié dans ses origines premières, assoupli par l'effort de la « réception », et que le principe même de son autorité abandonnait aux influences, coutumières ou doctrinales, d'une élaboration progressive (1). — De fait — et sans parler des œuvres capitales, consacrées, soit à la description du droit des Pandectes, soit à la reconstruction du droit germanique, qui s'étaient succédé sans relâche, tout au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, rivalisant d'amplitude et de pénétration dans le développement du droit positif acquis (2), — certains « dogmatistes » particulièrement hardis, entre autres O. BÄHR (3) et R. VON JHERING (4), pour ne citer que les plus éminents (5),

(1) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1899, p. 441-442 (n° 151); 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 56-57. Adde R. SALEILLES, Notice sur le Code civil pour l'Empire d'Allemagne du 18 août 1896, dans *Annuaire de législation étrangère*, 1897, t. XXVI, p. 143-147. — Voyez, encore, R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Picbon, 1904, p. 5-18 (II), p. 38 (IV), p. 55 (VII).

(2) Voy. notamment : E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. Dritte Abtheilung, 2 demi-volumes, éd. Oldenburg in München u. Berlin, 1910; et, sur cet ouvrage, compte rendu d'O. GIERKE, détaillé et critique, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1911, t. XXXII, G. A., p. 341-365.

(3) Voy., notamment, O. BÄHR : *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Civilistische Abhandlung, Cassel, 1855; — et, surtout, *Gesammelte Aufsätze*, t. I, Juristische Abhandlungen, Leipzig, Grunow, 1895. — Sur le rôle et l'œuvre juridique d'Otto BÄHR, cons. notamment : E. LANDSBERG, *op. cit.*, II Halbband, Text, p. 639-647.

(4) Voy., notamment, R. VON JHERING : *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 3. vol., 1885-1886, Jena, Fischer. — *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, Jena, 1867; trad. de MEULENAERE, *Fondement des interdits possessoires*, Paris, 1882. — *Der Besitzwille*, Jena, 1889; trad. de MEULENAERE, *Du rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891. — Sur le rôle et l'œuvre juridique de Rudolph von JHERING, cons. notamment : E. LANDSBERG, *op. cit.*, II Halbband, Text, p. 788-825.

(5) Voy. encore, entre autres : B. DELBRÜCK, *Die Uebnahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin, W. Grube, 1853. — H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Berlin, 1873.



avaient su montrer, en des études, minutieusement fouillées, s'appliquant à des questions, suscitées le plus souvent par la vie pratique, quel riche parti une investigation judicieuse et éclairée pouvait, sans abandonner le terrain des sources, tirer de la souplesse, presque illimitée, de leur contenu. — A vrai dire, toutefois, il advenait souvent, que ces interprétations aventurées jouaient avec les textes plutôt qu'elles n'en gardaient et exprimaient fidèlement l'esprit. Et, elles n'avaient pu justifier leurs audaces, qu'en revendiquant, pour la science du droit, toujours penchée sur les sources traditionnelles, un rôle décidément créateur (1).

Mais, — à prendre la doctrine courante, relative aux sources juridiques et à leur mise en valeur, telle qu'elle s'était manifestée et poursuivie depuis le triomphe de l'École historique (2), — on se rend aisément compte, que la science allemande (qui représentait alors tout l'organisme actif du développement du droit) était irrésistiblement poussée vers une idée, extrêmement dangereuse pour l'indépendance de l'interprétation, l'idée que le droit positif, d'un pays et d'une époque donnés, forme un tout organique, composé de pièces fermes, plus ou moins nombreuses et complexes, mais qui peuvent se suffire à elles-mêmes, sans rien demander de nouveau au dehors, bref, un ensemble clos, ne devant s'alimenter qu'en soi, appelé à se développer, par ses propres moyens, avec le concours de la seule logique, indispensable à toute activité d'esprit. C'est le concept, qu'on a traduit, dans cette formule expressive : *die logische Geschlossenheit des Rechts* (3).

(1) Voy. notamment : R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe*, en tête de ses *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1857, t. I, p. 1-52, reproduit dans *Gesammelte Aufsätze*, t. I, 1881, p. 1-46. — O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, Eine publicistische Skizze, Cassel, n. Göttingen, G. H. Wigand, 1864, p. 4 et sq.

(2) A la suite de la réception du droit romain, l'*Usus modernus Pandectarum* s'était formé, en quelque façon, par nécessité. Il semble, que le problème critique des sources n'ait été soulevé, que plus tard. F. FERRARA (*Potere del legislatore e funzione del giudice*), dans *Rivista di diritto civile*, 1911, t. III, p. 490-516. — En tout cas, les éléments essentiels s'en rencontrent chez C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, t. I<sup>e</sup>, 1797, Erlangen, J. Palm. Voy., notamment, §§ 17-18 ; 22-24 ; 27-41 ; 45-46 ; 81-87 ; 93.

(3) Voy. notamment : E. JUNG, *Von der « logischen Geschlossenheit » des Rechts*, Berlin, Müller, 1900 (Sonderabdruck aus der Festgabe der Gieszener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg) ; — et, sur cet opuscule, ce qui sera dit ci-après, p. 357, texte et note 3 (n° 211). — Adde, touchant les origines historiques de

Comment se constitua pareille doctrine ? Quel en était exactement le sens ? Quelles en furent la portée et l'influence, dans l'élaboration de la codification générale, qui allait intervenir dans l'Empire allemand ? Bien que j'aie semé, au cours de mon ouvrage, maints renseignements, permettant de répondre à ces questions (1), je dois, à cette place, en serrer de plus près la solution, qui forme le point de départ, nécessaire, de mes recherches actuelles, sur le problème de l'interprétation du droit en Allemagne.

**208.** — En dépit de leur importance et de leur variété, les deux grandes classes, de sources formelles du droit positif, toujours reconnues en pays germaniques, la loi écrite (*das Gesetz*) et la coutume (*das Gewohnheitsrecht*), ne pouvaient fournir une réponse, précise et suffisante, à toutes les questions posées par la vie juridique moderne, s'augmentant, se renouvelant, se diversifiant, se compliquant avec elle. Il fallait un autre moyen, plus souple, plus plein, plus universel, de subvenir aux exigences quotidiennes. — Sans doute, la science du droit (*die Rechtswissenschaft*) était là, suggérée par les juristes désintéressés, appliquée par les administrateurs et les juges, pour adapter le droit à la vie et, en tant que de besoin, suppléer aux défaillances des sources formelles. Mais comme, suivant l'opinion la plus générale et la plus sûre, cette science n'était pas une source distincte, plutôt seulement un simple instrument de mise en œuvre, du droit positif (2), elle avait besoin, elle-même, de savoir où s'adresser et comment procéder, afin de trouver les solutions, que lui refusaient ou lui offraient incomplètes les sources

cette théorie : J. HATSCHKE, *Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems. Eine Kritik und ein Versuch*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1909, t. XXIV, p. 442-456. — J. LUKAS, *Benthams Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1910, t. XXVI, p. 67-115.

(1) Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> éd., *passim*, notamment à travers les nos 4 ; 8 ; 31 ; 81 bis ; 88 ; 89 ; 93 ; 97 ; 101 ; 104 ; 107 ; 115 ; 118 ; 126 ; 134-137 ; 143 ; 151-154 ; 159 ; 160 ; 165 ; 166-167 ; 176 bis.

(2) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos 151-154, *passim*.

formelles. Là était le nœud essentiel du problème de l'interprétation juridique (1).

En 1840, dans l'ouvrage, qui condensait, révisait, complétait ses travaux antérieurs, SAVIGNY présentait et résolvait le problème en ces termes : « Si les sources sont insuffisantes  
« pour la solution d'une question de droit, nous devons com-  
« bler cette lacune, car l'universalité du droit est une con-  
« dition non moins essentielle que son unité (§ 42) ; mais la  
« difficulté est de savoir comment nous devons nous y pren-  
« dre. Quoique, en apparence, les auteurs aient traité ce sujet  
« de bien des manières différentes, leurs doctrines peuvent  
« néanmoins se ramener à deux opinions principales. Les uns  
« pensent qu'il existe un droit universel et normal (le droit  
« naturel), complément subsidiaire de tout droit positif,  
« comme, en Allemagne, le droit romain par rapport aux  
« différents droits territoriaux. Je n'ai pas besoin de réfuter  
« ici cette application particulière d'une doctrine que j'ai  
« combattue dans son principe (§ 15). — Les autres pensent  
« que le droit positif se complète lui-même, en vertu de sa  
« force organique. D'après la définition que j'ai donnée du  
« droit positif (§ 5), je dois nécessairement admettre la vérité  
« de cette doctrine ; c'est précisément celle dont j'ai déjà  
« fait usage pour lever les contradictions et rétablir l'unité  
« du droit (§ 45). Le résultat de ce procédé par rapport au  
« droit positif s'appelle analogie : c'est donc par voie d'ana-  
« logie que se combler les lacunes » (2). — Et, un peu plus  
loin, il ajoutait : « La conséquence intérieure du droit est la  
« base de toute analogie ; mais ce n'est pas toujours un  
« enchaînement de déductions purement logiques, c'est  
« encore une harmonie organique dont nous avons conscience,  
« quand nous saisissons l'ensemble vivant des rapports de  
« droit et des institutions qui les dominant (§§ 4, 5). Nous  
« devons toujours partir d'un ensemble donné, afin de trou-  
« ver dans son développement la solution de la difficulté.  
« Quelquefois la matière donnée est une loi particulière, et

(1) Cons. notamment : J. F. KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839 (un seul volume paru).

(2) F. C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, t. I, Paris, 1855, p. 279-280 (§ XLVI).

« alors on dit que la décision se tire *ex argumento legis*,  
 « mais ordinairement nous devons la chercher dans des théo-  
 « ries du droit, formées elles-mêmes par voie d'abstraction....  
 « Quand.... nous employons la méthode analogique, nous  
 « supposons l'absence de toute disposition législative, et  
 « nous voulons y suppléer en vertu de l'unité organique du  
 droit » (1).

Ainsi, d'après cet exposé, que j'ai tenu à citer presque dans son entier, que confirment et renforcent, d'ailleurs, d'autres passages du *Système du droit romain actuel* (2), SAVIGNY considère que l'unité organique du droit positif, tel qu'il nous est donné par les sources, permet d'en combler, ou, plutôt même, en couvre les lacunes apparentes, que le rôle propre de l'analogie se ramène à opérer ce travail, et qu'il n'est, ni nécessaire ni opportun, d'ouvrir à l'interprète, sous le nom de droit naturel, un ensemble inconsistant, parce que dépourvu de positivité, et où ne se pourraient mirer que des conceptions subjectives. — Par là, se trouvait, en quelque sorte, estampillée la doctrine, qui devait se généraliser, s'affermir et se développer, jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil allemand de 1896.

Ce n'est pas, que certaines voix ne se soient élevées, de temps à autre, contre la raideur, stricte et inféconde, du système. — Dès 1825, envisageant le rôle de l'usage judiciaire (*Gerichtsgebrauch*), et étudiant, à cette occasion, la marche générale de la formation du droit avec ses conséquences pour la pratique, et les pouvoirs à reconnaître aux tribunaux (3), JORDAN, sans s'écarter positivement de la théorie classique, et notamment sans faire de la jurisprudence une source réelle de droit, laissait entrevoir l'idée (plus tard développée par O. BÜLOW) (4), que le juge participe à la formation

(1) F. C. de SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 281-282 (§ XLVI).

(2) Voy. notamment : F. C. de SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, Paris, 1855, p. 14-21, p. 21-22, p. 23-24 (§§ VII-IX); §§ XII-XV, p. 32-54; p. 310-315 (§ L); § LI, p. 315-319. — Voy., aussi, p. 396-399 (§ LIX).

(3) JORDAN, *Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1825, t. VIII, p. 191-260.

(4) Voy. ci-après : t. II, p. 349-350 (n° 210). — Voy. déjà : HUGO, dans *Civilistisches Magazin*, 1813, t. IV, p. 123 ; — et, plus tard : O. BÄHR, dans *Der Rechtsstaat*, 1864, p. 4 et sq.

des règles. Ainsi, déclarait-il, que le législateur, qui n'entreprend pas lui-même les réformes nécessaires, doit être censé, de par sa mission même, laisser place à la création du droit par le juge (1). Et, pour définir le rôle de celui-ci en cas d'insuffisance du texte légal, il ajoutait, qu'il devait se prononcer, comme le législateur lui-même l'eût fait et eût dû conséquemment le faire, s'il avait eu à s'expliquer sur chaque cas particulier, offert à la décision (2). Formule, qui sonne aujourd'hui à notre esprit, comme un pressentiment de celle que devait consacrer le législateur suisse, en 1907 (3). — Et, plus tard, en 1847, quand J.-H. v. KIRCHMANN scandalisait les juristes, en représentant leur discipline comme dépourvue de toute valeur scientifique (4), et lançait sa fameuse apostrophe : « *Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und Bibliotheken werden Makulatur!* » (5), que signifiait-il, en son impitoyable ironie, sinon que l'absorption, de toute formation de droit, dans l'acte législatif, rendait irrémédiablement vains tous les efforts de la doctrine et de la pratique, pour subvenir aux exigences, sans cesse croissantes, de la vie juridique? — D'un autre côté, la position équivoque, faite par l'École historique à la science et à la pratique (*Juristenrecht*) au milieu des sources du droit, position encore maintenue par SAVIGNY dans son *Systeme du droit romain actuel*, et que n'arrivèrent pas à équilibrer les efforts de PUCHTA, de BESELER, de THÖL, de WÄCHTER, de L. GOLDSCHMIDT, et de tant d'autres, tous désireux de conserver aux juristes une influence effective sur l'élaboration du droit positif, sans oser leur reconnaître un pouvoir réellement créateur (6), ne laissait pas que d'intro-

(1) JORDAN, *op. cit.*, p. 209-210.

(2) JORDAN, *op. cit.*, p. 231 : « .... wie es der Gesetzgeber selbst thun wurde und consequent thun müsste, wenn er sich für jeden einzelnen eingetretenen Fall aussprechen dürfte... »

(3) Voy. ci-dessus : Épilogue ajouté à la seconde édition : Chapitre troisième. Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907, notamment, t. II, p. 318-319 (n° 202).

(4) J. H. v. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, (3 éditions en 1847-1848). — Adde, du même : *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 2 A. Leipzig, 1873. — Sur KIRCHMANN, cons. : E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Dritte Abtheilung, II Halbband, Text, München u. Berlin, 1910, p. 736-743. — Th. STERNBERG, *J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, Berlin, u. Leipzig, 1908.

(5) J. H. v. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*.

(6) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n° 153, *passim*.

duire, dans le système, prétendu clos, du droit positif constitué par la loi et la coutume, un élément d'indétermination, et d'y ouvrir comme une soupape, par où s'échappât la pression débordante de la vie.

**209.** — Quoiqu'il en soit, la doctrine, si vigoureusement fixée par le Maître en 1840 (1), se retrouve, pour ce qu'elle a d'essentiel, dans les grands traités, soit de Pandectes, soit de droit privé germanique, élaborés dans la dernière moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, et qui jouissaient de la plus grande considération, à l'époque de la codification d'Empire. — Mais, quand on y regarde de plus près, on observe, dans la communauté de ce courant général, comme deux directions distinctes.

Les uns, serrant de plus près le principe inspirateur de SAVIGNY, limitent les investigations de l'interprète au champ de l'organisation juridique positive, strictement entendue, et lui refusent la faculté de consulter une nature des choses extérieure, consistât-elle dans les éléments de fait, qui forment l'ossature nécessaire du droit, du moment qu'elle ne se ramènerait pas à un règlement légal ou coutumier. Ainsi, seulement, pense-t-on échapper au charme, insidieux et pervers, du droit naturel. Telle semble bien être, parmi les Pandectistes, la position prise par B. WINDSCHEID (2); telle est, plus nettement encore, entre les Germanistes, celle d'O. GIERKE (3).

Cette attitude intransigeante paraît illusoire, et quelque peu hypocrite, à d'autres. Ceux-ci, — O. STOBBE (4) et H. DERNBURG (5) notamment, — estiment, qu'à défaut du secours des sources formelles (loi ou coutume), parfois trop évidemment muettes, il faut reconnaître à l'interprète le droit et le devoir de consulter

(1) Adde H. U. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny*, Berlin, C. Heymann, 1912, p. 32-33.

(2) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7 A (la dernière revue par l'auteur), t. I, 1891, §§ 20-24, p. 50. Voy. notamment : § 22, note 8, p. 57 ; § 23, note 1 a, p. 58. Comp. § 10, note 4 a, p. 26. — Les éditions suivantes, revues par Th. KIPP, font entendre une note différente. Voy., par exemple, 8 A., t. I, 1900, § 21, note 4 a, p. 83-84 ; § 22, note 8, p. 89-90 ; § 23, note 1 b, p. 92 ; § 24, note 2, p. 95. Comp. § 10, note 4 a, p. 50.

(3) O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Duncker u. Humblot, t. I, 1895, § 21, III, p. 180-182 ; principalement, texte et note 19, p. 181-182.

(4) O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2 A., t. I, Berlin, W. Hertz, t. I, § 25, p. 169-172 ; notamment, p. 169-170, texte et note 2.

(5) H. DERNBURG, *Pandekten*, 5 A., Berlin, H. W. Müller, 1896, § 38, p. 85-88.

la Nature des choses, comme une sorte de tréfonds commun, formant, pour ainsi dire, source subsidiaire indispensable. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, ici, du droit naturel, entendu comme le système idéal des rapports juridiques, qui ne saurait dépouiller le caractère subjectif, entachant son emploi d'un vice irrémédiable. On entend par la Nature des choses, ouverte à l'investigation du juriste, l'analyse et la combinaison des rapports de fait, qui suscitent la nécessité et déterminent la structure des règles juridiques. C'est, ce qu'a clairement expliqué F. REGELSBERGER, qui, bien qu'oscillant entre les deux positions avec sa fuyante souplesse, semble décidément plus favorable à la seconde (1). Et, un point de vue analogue avait déjà servi à J. UNGER, pour substituer, au droit naturel, présenté comme source subsidiaire par le paragraphe 7 du Code civil autrichien de 1811, et risquant d'engendrer l'arbitraire, une *nature des choses positive*, issue de l'essence des institutions juridiques préétablies (2).

Les partisans de la seconde tendance cédaient évidemment à une nécessité naturelle, et aboutissaient à ouvrir, dans leurs recherches, une place importante à l'observation des réalités sociales. Ceux qui suivaient étroitement la première se raidissaient contre ces exigences de la vie, pour se tenir exclusivement sur un terrain, où la forme garantit la sécurité du fond. Mais, afin de subvenir, avec l'appareil borné et figé des sources formelles, aux questions, infiniment nombreuses et mouvantes, posées par les faits, il leur fallait y adapter le mécanisme compensateur d'une prétendue logique, consistant en une élaboration de notions abstraites, qui déguisât, sous l'apparence d'un cadre dialectique, rigide, les fantaisies de l'imagination créatrice du juriste. De là, ce système, de formation de concepts (*juristische Begriffsbildung*), et de construction juridique (*juristische Construction*), développé sans mesure par SAVIGNY (3) et ses disciples, jusqu'à la réaction de

(1) F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1893, § 12, p. 68-71. — *Adde* § 17, p. 82-89.

(2) J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 4 A., 1876, § 10, *initio* et B, texte et notes 30-38, p. 59 et p. 65-67 (voy. surtout le texte et les notes 33-38, p. 66-67); § 11, I, *in fine*, texte et notes 16-17, p. 71.

(3) Voy. surtout, à cet égard : H. U. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny*, Berlin, C. Heymann, 1912, p. 39-44 (§ IV).

R. VON JHERING (1), et dont WINDSCHEID a su, dans sa vigoureuse manière, nous montrer le jeu en quelques traits décisifs, sous le nom de maniement scientifique du droit (*wissenschaftliche Behandlung des Rechts*) (2).

A la faveur de ces correctifs ou de ces trompe-l'œil, la doctrine, de la plénitude logique du droit positif (représenté surtout par la loi écrite), s'est maintenue à la base de toute l'organisation juridique, régissant les pays germaniques. Sa pensée fondamentale s'est exprimée, non sans un parfum de paradoxe, dans cette boutade lapidaire d'A. BRINZ : « De lacunes, « que notamment l'analogie devrait combler, il n'en existe « absolument pas en droit » (3). Il n'y avait là, il est vrai, qu'une assertion audacieuse, contraire aux expériences les plus tangibles ; et l'on ne pouvait considérer que BRINZ en eût fourni un essai de justification, en imputant au droit positif une *horror vacui* (4), encore moins démontrée assurément pour notre domaine, que pour celui de la nature physique. — La tentative fut poussée plus loin par K. BERGBOHM, qui, désireux de venir à bout des derniers vestiges du droit naturel, dont il flaire le relent chez les théoriciens, réputés les plus orthodoxes (5), juge nécessaire, pour établir l'inutilité, voire

(1) Réaction commencée, en 1861, par la publication de la première, des « *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten* », reproduite dans *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 3<sup>e</sup> A., Leipzig, 1885, p. 3-17.

(2) B. WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 24 ; dans t. I, 7 A. (la dernière revue par l'auteur), Frankfurt, a. M., p. 59-60 ; t. I, 9 A. Th. KIPP, p. 110-112).

(3) A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, erste Lieferung, 3 A., Erlangen, A. Deichert, 1884, p. 150 (§ 32 : « « Lücken », die namentlich die Analogie « ausfüllen soll, existieren im Recht überhaupt nicht ». — Adde A. BRINZ (compte rendu de Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872), dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1873, t. XV, p. 164. — D'après E. ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Rede), Leipzig, Duncker, u. Humblot, 1903, Ann. 5-2, p. 40-41, la formule de BRINZ, signifierait seulement, si je comprends bien l'interprétation qu'il en donne, que, dans les cas, où manquent les conditions exigées par la loi pour un résultat juridique, il y a, de par la loi même, refus de ce résultat. On ne pourrait donc, alors, parler de vraies lacunes. Voy. au surplus les références, signalées par ZITELMANN, *loc. cit.*, dans le sens de la doctrine, qu'il attribue à BRINZ.

(4) A. BRINZ (compte rendu critique de Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*), dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1873, t. XV, p. 164 (1). — D'ailleurs, dans la suite de son développement (2), *ibid.*, p. 164-165, A. BRINZ se sent obligé de reconnaître, que le juge doit fournir quelquefois une solution positive, sans l'appui d'un texte. Il prétend (sans le prouver) qu'il y arrivera toujours par « l'analogie ».

(5) K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, 1892. Erste Abhandlung. Das Naturrecht der Gegenwart, p. 109-152.



l'impossibilité, d'un idéal autonome, appelé à suppléer le droit positif, de présenter celui-ci comme n'offrant aucun vide dans les matières méritant règlement juridique et excluant même, en pure logique, le concours d'un droit de la raison (1). Toutefois, en dépit des développements, par lesquels il s'efforce à faire ressortir l'impénétrabilité du droit à toute prescription d'origine idéale, tout le raisonnement de BERGBOHM se ramène à une simple opposition logique du droit positif et du droit non positif (2); où, si l'on fait abstraction de la contradiction purement formelle des notions, il est difficile de découvrir autre chose, qu'une pétition de principe, présupposant établie cette absence de lacunes dans l'organisation juridique, issue des sources formelles (loi et coutume), qui est précisément en question, ou qui, plutôt même, se trouve énergiquement démentie, tant par le simple bon sens, que par la plus rudimentaire expérience (3). — Ce qui restait vrai seulement, c'est que l'idée, de la plénitude logiquement nécessaire du droit positif, formait le postulat indispensable de ce système du positivisme juridique, — qui, issu des doctrines fondamentales de l'École historique, et poussant à fond l'opposition, d'abord timide, de celle-ci contre le droit naturel, relié en même temps à la conception moderne de l'État de droit (*Rechtsstaat*), dont la constitution rigoureuse semble avoir été l'idéal (et peut-être la chimère!) de la science juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle, — atteignait son point culminant, aux approches de la nouvelle codification d'Empire (4).

**210.** — Toutefois, cette doctrine, devenue traditionnelle, ne s'achevait pas, sans susciter des objections, sans provoquer quelques dissidences sur certains points de son système, si

(1) K. BERGBOHM, *op. cit.*, p. 371-393.

(2) K. BERGBOHM, *op. cit.*, § 14, p. 367-407.

(3) E. NEUKAMP, *Entwicklungsgeschichte des Rechts*. I Band. Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts, Berlin, C. Heymann, 1895, adaptant complètement au droit le principe évolutionniste, pousse, encore plus loin que BERGBOHM, la négation de tout progrès par la raison ou la conscience. Il va même jusqu'à reprocher à BERGBOHM certaines complaisances, pour le « droit naturel », en matière de sources du droit : p. 29-30.

(4) Adde les autorités, citées par E. ZITELMANN, *Lücken im Recht* (Rede), Leipzig, Duncker u. Humblot, 1903, Ann. 5-1, p. 38-40, en faveur du système de la pléni-

rigoureusement fermé. Même dépouillée de l'intransigeance, où la poussait une logique exaspérée, et infléchie par la considération, un peu vague, de la *nature des choses*, qui, sans ramener les utopies du droit naturel classique, permettait, du moins, de tenir compte des réalités (1), elle comprimait trop l'interprétation juridique, pour ne pas suggérer aux esprits indépendants la pensée d'en rompre les chaînons, quelque peu artificiels, et d'échapper, peu ou prou, à la contrainte extrême, qu'elle faisait peser sur l'application pratique du droit. — Aussi bien, les tentatives d'émancipation se multiplièrent-elles dans les trente dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle.

Quelques-unes se produisirent, avec une hardiesse prématurée, qui leur interdisait, *a priori*, un succès sérieux. — En 1872, FR. ADICKES, entreprenant, préalablement à une série d'études sur la valeur actuelle du droit romain, la révision de la théorie des sources du droit, édifiée par l'École historique, aboutissait à reconnaître, comme une véritable source, voire comme la source, dernière et fondamentale, de tout droit positif, la raison, plus précisément même, et, à défaut d'une conviction juridique commune (*gemeinsame Rechtsüberzeugung*), rarement incontestable, la raison subjective (*die subjective Vernunft*), qui se traduit, au mieux, dans l'appréciation personnelle du juge, et doit se baser sur les rapports de fait suscitant les questions juridiques (*nature des choses, hoc sensu* (2)). — Plus audacieusement encore, quelques années après, et notamment dans ses études si aventurées sur le contrat, S. SCHLOSSMANN lançait l'idée, que toute solution de droit dépend essentiellement du sentiment juridique (*Rechtsgefühl*) (3). — Si elles attiraient l'attention par leur étrangeté même, ces assertions manquaient trop de nuances et se pré-

tude logiquement nécessaire du droit positif (*die logische Geschlossenheit des Rechts*).

(1) Voy. ci-dessus, t. II, p. 344, texte et notes 4-5; p. 345, texte et notes 1-2 (n<sup>o</sup> 209).

(2) FR. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht* (présenté comme le fascicule préliminaire de *Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts*), Cassel u. Göttingen, G. H. Wigand, 1872, notamment p. 6-23 (§ 1) et p. 67 (§ 6). — Pour ADICKES, les sources formelles (loi et coutume) ne constituent guère que des limites à la domination de la raison.

(3) S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, §§ 22-25, p. 169-192; et surtout §§ 26-27, p. 193-206. — Adde § 31, p. 235-243 et § 35, p. 280-284.

sentaient avec une généralité trop brutale, pour entraîner d'ores et déjà l'opinion, vers une modification profonde de la doctrine dominante (1).

Mais, des conceptions, portant sur des points mieux définis, moins brusques dans leurs conclusions, plus fines aussi dans leur analyse, devaient bientôt ébranler davantage les esprits.

Il faut citer, avant tout, l'opuscule, justement célèbre, d'O. BÜLOW, issu de deux exposés publics (*öffentliche Vorträge*), et publié, en 1885, sous le titre : « *Gesetz und Richteramt* » (2). — Sans doute, quand il écrivait ces pages, O. BÜLOW, parti du point de vue de la procédure (3), entendait mettre principalement en relief cette idée, que l'activité du juge, bien qu'elle ne semble consister qu'en application pure et simple des sources (loi, coutume), est, de sa nature et par nécessité même, créatrice de droit, à titre concret (4). Mais, en analysant l'idée au moyen d'observations pénétrantes (5), en la montrant constamment réalisée dans l'histoire (6), en établissant qu'elle s'imposait encore à notre époque de législation intense, quelle que fût la variété des moyens employés par celle-ci (7), en ajoutant même, que, par la force des choses et l'insuffisance des formules, le juge doit parfois statuer *contre* la loi et que le législateur est obligé d'y consentir (8), il conduisait le lecteur bien au delà de son thème propre, et lui suggérait invinciblement cette conclusion, que le système classique des sources laissait place, bien qu'on en eût, à une recherche indépendante, dégagée des textes comme de la

(1) Je n'entends pas méconnaître ce que je dois à l'intéressant opuscule de FR. ADICKES (cité, ci-dessus, t. II, p. 348 note 2 (n° 210)) et qu'attestent les nombreuses références, que j'y ai faites dans ma *Méthode d'interprétation*. — Il n'en est pas moins vrai, que les idées, émises en ce travail, n'avaient pas été suffisamment préparées, à l'époque où elles paraissaient. Aussi, leur mérite ne fut-il reconnu que plus tard. — Voy. le compte rendu d'A. BRINZ, dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1873, t. XV, p. 162-165.

(2) O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1885. — Voy. compte rendu, tout-à-fait favorable, de cet écrit, par Ph. ZORN, dans *Deutsche Literaturzeitung*, 1885, p. 1833-1835. — Quelques-unes des idées, présentées ici par O. BÜLOW, se rencontrent déjà chez A. S. SCHULTZE, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*. Freiburg i. B., 1883, *passim*.

(3) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. VIII-X (Vorbemerkung).

(4) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 2-10 (I).

(5) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 10-16 (II).

(6) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 16-27 (III).

(7) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 1-2 (pr.) et p. 28-39 (IV).

(8) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 39-40 (IV).

logique, et guidée seulement par les exigences des réalités sociales (1).

Ces déductions, encore un peu générales et vagues (2), vont être précisées, les deux années suivantes (1886 et 1887), en deux études de J. KOHLER : l'une, consacrée à « l'interprétation des lois », nous montre comme on peut élargir le champ de celles-ci, en se guidant sur le but économique ou social, qu'elles poursuivent à coup sûr, plutôt que sur la volonté, toujours quelque peu hypothétique, d'où elles sont issues (3) ; l'autre, sur « la force créatrice de la jurisprudence » (4), prenant pour base la nécessité d'une activité critique chez le jurisconsulte (5), et dissipant les équivoques suscitées par le rôle assigné à la science du droit en face des sources (6), s'attache à signaler les créations autonomes de l'autorité judiciaire (notamment française), et y relève surtout des solutions, tendant à substituer un droit nouveau à un droit plus ancien (*duplex interpretatio*) (7) ; d'où se dégagent, par les faits, et le besoin d'un échappatoire à la rigueur du système traditionnel sur la constitution du droit positif, et la possibilité de trouver pareil moyen de progrès dans la jurisprudence, successivement établi (8).

(1) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 40-48 (IV-V). Adde p. X-XII (Vorbemerkung) et p. 1-2 (pr.).

(2) O. BÜLOW a, postérieurement, repris et précisé ses idées, notamment, dans : a) *Das Geständnisrecht*, 1899, p. 130 et sq. ; b) *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft*, 1900, brochure publiée à nouveau, en 1901, sous le titre : *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, *passim*, notamment, p. 75-109 ; c) *Klage und Urteil*, dans *Zeitschrift für das Zivilprozessrecht*, 1903, t. XXI, p. 265-270 ; d) *Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, dans *Das Recht*, 1906, t. X, p. 769-780. — Dans ce dernier article (p. 77, texte et notes 2-3), O. BÜLOW fait observer, qu'un silence dédaigneux empêcha longtemps l'opinion publique de s'expliquer nettement sur sa thèse.

(3) J. KOHLER, *Ueber die Interpretation der Gesetze*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*, de GAUNACHT, 1886, t. XIII, p. 1-61. Voy. surtout p. 48 et sq. — Comp. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, t. I, 1885, § 93. Der sog. Wille des Gesetzgebers als Ziel der Auslegung, p. 454-457 (§ 93).

(4) J. KOHLER, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (v. JHERING), 1887, t. XXV, p. 262-297.

(5) J. KOHLER, *op. et loc. cit.*, p. 274-275 (II).

(6) J. KOHLER, *op. et loc. cit.*, p. 292-295 (V).

(7) J. KOHLER, *op. et loc. cit.*, p. 276-292 (III-IV).

(8) J. KOHLER, *op. et loc. cit.*, p. 295-297 (VI). — Comp. p. 272-274, p. 275-276 (II).

Puis, c'est, en 1888, E. EHRLICH, qui, dans un travail « *sur les lacunes dans le droit* », reprend, en quelque façon, où elle s'était arrêtée, la thèse présentée par O. BÜLOW en 1885, et, la poussant nettement dans le sens d'une plus grande liberté de la recherche, nous fait voir le juge, investi de la mission de trancher les litiges d'après le droit positif en vigueur, employer les obscurités ou les défaijances des sources, à subvenir aux besoins du développement juridique ; il nous signale, en même temps, combien les concepts généraux ou mal déterminés, qu'offre le système du droit positif, tels que la nature des choses, la *bona fides*, le principe de loyauté et bonne foi (*Treu und Glauben*), l'*actio doli*, l'enrichissement sans cause, les faits ou actes *contra bonos mores*, se prêtent merveilleusement à cet office (1).

Les travaux, qui précèdent, tendaient tous, plus ou moins directement, mais à peu près exclusivement, à un élargissement du système des sources, par le moyen surtout d'une plus grande latitude, ouverte à la fonction judiciaire, considérée comme représentant, au mieux, la mission propre de l'interprète du droit (2). — A leur suite, se produit une nouvelle série d'études, qui, s'attachant davantage au côté interne du problème, visent très nettement la critique de la méthode ou du mécanisme de l'interprétation.

Ce fut, d'abord, à ma connaissance, une brochure de J. SCHEIN, parue, en 1889, sous le titre : « *Notre philosophie du droit et notre jurisprudence* » (3), qui semble être passée à peu près inaperçue, et ne fut signalée à l'attention du public juridique que plus tard, à un moment où étaient devenues presque vulgaires les idées, méthodologiques, qu'elle avait su dégager et ordonner (4). — Dans la seconde partie, spécialement consacrée à la jurisprudence positive (5), après avoir esquissé les

(1) E. EHRLICH, *Ueber Lücken im Rechte*, dans *Juristische Blätter*, de 1888 ; résumé par E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Vortrag), Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903, p. III-IV (Vorrede). Je n'ai connu que ce résumé.

(2) Voy. encore, dans le même sens, sous forme plus générale : P. KLÖPPEL, *Staat und Gesellschaft*, Gotha, F. A. Perthes, 1887. — *Gesetz und Obrigkeit*, Leipzig, Hirschfeld, 1891.

(3) J. SCHEIN, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Eine kritische Studie*, Berlin, C. Heymann, 1889.

(4) REICHARD, *Ein vergessenes Buch*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1908, t. XIII, p. 471-472 (Sprechsaal).

(5) J. SCHEIN, *op. cit.* II. Die Jurisprudenz, p. 124-226.

missions de celle-ci (1), l'auteur, envisageant successivement, l'application des lois aux cas concrets, la formation des règles de droit par les juristes (généralisation), le développement conceptuel des préceptes de droit, en général, puis spécialement dans le droit privé, critiquait vivement la procédure de définition, de divisions, d'analyse, par le moyen des concepts, et lui opposait implicitement une procédure d'appréciation des motifs intrinsèques des règles, qu'il montrait fort supérieure à la première, en ce qu'elle poursuivait directement le but au lieu de le schématiser arbitrairement (2). Cet exposé théorique s'accompagnait d'applications complexes, mais trop rarement empruntées à la vie pratique (3), qui n'arrivaient pas à dissiper l'impression, un peu pénible et tourmentée, dont reste entaché tout le travail.

L'idée, la plus saillante, qui en ressortait était reprise, sous une forme plus serrée et plus empoignante, par Ph. HECK, en 1890, dans un compte rendu de la *Revue de droit commercial*, de GOLDSCHMIDT (4). Pour la première fois, ce semble, s'exprime nettement, ici, une opposition, qu'on soupçonnait à l'état latent dans les travaux les plus récents de R. von JHERING (5), entre la construction juridique par voie de concepts (*die Aufgabe und die Methode der juristischen Konstruktion*), et la décision basée sur l'appréciation des intérêts (*Prüfung der beteiligten Interessen und Abwägung ihres legislativen Werthes*). Faisant application de l'une et de l'autre à une difficulté juridique bien connue, Ph. HECK établissait, de façon convaincante, la supériorité de la seconde sur la première.

(1) J. SCHEIN, *op. cit.*, p. 124-134.

(2) J. SCHEIN, *op. cit.*, p. 134-190.

(3) J. SCHEIN, *op. cit.*, p. 190-216.

(4) Ph. HECK. Compte rendu de O. FELLNER, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, de L. GOLDSCHMIDT, Stuttgart, 1890, t. 37, p. 277-284, surtout p. 277-282. — Voy., aussi, du même, (Compte rendu de L. von BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*), même revue, 1891, t. 38, p. 306-307; comp. p. 315-316, p. 317-319; — du même, *Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall*, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1890, t. IV, p. 17-123, notamment, p. 41 et sq. — Voy., déjà, du même Ph. HECK, *Das Recht der grossen Haverei*, Berlin, H. W. MÜLLER, 1889, *passim*, notamment, Vorwort, et p. 589 et sq.

(5) Voy. surtout : R. von JHERING, *Der Besitzwille*, Jena, 1889, éd. franç. de MEULENAERE, *De rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891.

L'année suivante (1891), l'idée trouvait une expression différente, et comportant plus d'ampleur, dans un discours de prorectorat universitaire, prononcé, à Fribourg en B., par G. RÜMELIN (1), qu'on tient, à bon droit, pour un des précurseurs, les mieux autorisés, du « *freies Recht* ». — Analysant, en ses principales opérations, l'activité scientifique des jurisconsultes, G. RÜMELIN s'élevait contre l'opinion courante, suivant laquelle ces opérations seraient de nature purement logique. Pour lui, il y faisait une place, prépondérante, aux jugements de valeur et aux décisions de volonté (2). De fait, il montrait, dans chacune des phases du raisonnement juridique, à côté d'un maigre élément logique, une large appréciation d'intérêts, que pouvait seul trancher souvent une intervention du vouloir. Et, après avoir fourni de sa thèse maints exemples, empruntés soit à la vie courante, soit à la casuistique d'école (3), il en montrait l'extension possible à la philosophie et à l'histoire du droit, écartait les objections qu'elle pouvait soulever, et développait ses conséquences les plus notables (4).

A côté de ces exposés, à grands traits, la méthode d'interprétation téléologique devait bientôt (1893) rencontrer une sorte d'épreuve expérimentale, minutieusement poursuivie, dans un article d'E. STAMPE, inaugurant, — à propos d'une question classique, la cession de l'action en revendication, — les travaux, qui lui ont fait une place à part, dans le mouvement, quelque peu incohérent, du « *freies Recht* ». Pour commencer, STAMPE s'attaquait à une question nettement limitée, passait successivement en revue les différentes opinions, proposées pour la résoudre, dans les lignes de la méthode courante, et, après avoir fait toucher du doigt les faiblesses de chacune, et leurs défauts méthodologiques communs, laissait entrevoir comment la prépondérance, assurée aux considérations morales ou utilitaires sur les propositions logiques, — ou, comme il le disait déjà (*in fine*), le complément du droit par la balance des intérêts et la formation descriptive de

(1) G. RÜMELIN, *Werturtheile und Willensentscheidungen im Civilrecht*. Prorectorats Reden am 6 mai 1891 der Universität Freiburg i. B., p. 25-58 de la brochure officielle in-IV. — 2<sup>e</sup> A., in-8, unverändert, Freiburg i. B., 1912.

(2) G. RÜMELIN, *op. cit.*, éd. in-IV<sup>o</sup>, p. 29-30.

(3) G. RÜMELIN, *op. cit.*, éd. in-IV, p. 27-29; p. 30-45.

(4) G. RÜMELIN, *op. cit.*, éd. in-IV, p. 45-58.

concepts, — pouvaient seuls nous rapprocher du résultat souhaitable (1).

En même temps que se poursuivaient ainsi, de la part de novateurs, pour la plupart encore peu connus, et suivant une direction double, les travaux d'approche, d'une attaque plus décisive, contre le système traditionnel des sources et de leur interprétation (2), on voyait des jurisconsultes, de réputation déjà établie, en critiquer, vivement parfois, les faiblesses, et en proposer certains assouplissements. — C'était, notamment, E.-I. BEKKER, suivant les traces de R. von JHERING, et montrant, en quelques opuscules, la variété et la souplesse des concepts juridiques (3). C'était H. DERNBURG, critiquant les abstractions de la logique et prônant la fantaisie, c'est-à-dire le sentiment populaire (*das Gemüth des Volkes*), où il voyait la source profonde du droit (4). C'était J. KOHLER, poursuivant et développant la campagne, déjà entreprise par lui, en faveur d'un élargissement des méthodes (5). C'était E. ZITELMANN, qui signalait, parmi les dangers, du prochain Code civil allemand, pour la science du droit, l'interprétation littérale, documentaire, étroite, et indiquait les moyens d'y obvier, non sans insister sur le côté technique de la jurisprudence (6). C'était

(1) E. STAMPE, *Die Lehre von der Abtretung der Vindication*. Ein Beispiel für die praktischen Verstöße unserer Wissenschaft und ihre Gründe, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1893, t. LXXX, p. 305-427.

(2) Voy. encore un essai, intéressant, — bien qu'un peu abstrait, et abscons, — d'analyse des concepts juridiques, à la lumière de la logique générale, dans P. ELTZBACHER, *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlin, Guttentag, 1900.

(3) E. I. BEKKER : *Zur Reform des Besitzrechts*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1891, t. XXX, p. 335-362. — *Ernst und Schers über unsere Wissenschaft*, Leipzig, 1892, *passim*. — (*Der Besitz beweglichen Sachen*), dans *Jherings Jahrbücher*, 1895, t. XXXIV, p. 71-81 (notamment, p. 75-78, où il prône l'*officium nobile* du juge lui permettant de créer le droit avec, sans, même contre, le législateur). — *Recht muss Recht bleiben*, Heidelberg, 1896. — Adde : *System des heutigen Pandektenrechts*, 2 vol., Weimar, Böhlau, 1886-1889 ; principalement t. II, Vorwort, p. VII-X et § 81, Beilage I, p. 4-6.

(4) H. DERNBURG, *Die Phantasie im Recht* (Vortrag, am 21 März 1894, in der Wiener juristischen Gesellschaft), Berlin, H. W. Müller, 1894.

(5) J. KOHLER, dans *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1894, t. XXXVI, p. 515-517 et dans *Juristisches Litteraturblatt*, 1895, p. 198-200. — Comp. ci-dessus, t. II, p. 350, texte et notes 2-8 (n° 210).

(6) E. ZITELMANN, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*, Rede zur Feier des 27 Januar 1896, in Bonn (voy. surtout, p. 9-24). — Adde, du même : *Zur Begrüssung des neuen Gesetzbuches*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, t. V, p. 2-6 (voy. surtout p. 2, col. 2 ; p. 4, col. 1-2 ; p. 5, col. 1-2). — Voy. déjà, du même auteur : *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1879, *passim*, notam-



E. STEINBACH, président de chambre au Tribunal supérieur de Vienne, qui relevait, avec complaisance, la grande latitude, laissée au juge, par certains articles du nouveau Code civil allemand (1).

Depuis longtemps, d'ailleurs, le philosophe W. WUNDT, avait signalé les abus de logique dans la science du droit, et annoncé le mouvement contraire, qui se dessinait chez les nouveaux jurisconsultes (2).

D'un autre côté, il convient de citer aussi les travaux d'E. DANZ, qui, parti de l'interprétation des actes juridiques, et visant à la diriger d'après les réalités de la vie des affaires et les usages du commerce, plutôt que suivant l'intention, toujours quelque peu obscure ou équivoque, de leurs auteurs, arrivait à étendre les mêmes idées à l'interprétation des lois, de façon à la dégager des abstractions, pour la rapprocher de la vie (3).

En même temps se poursuivaient, sur le droit coutumier, des études, destinées à en maintenir l'influence, en dépit de l'importance, toujours plus grande, de la législation d'Empire (4). — Et, les recherches de R. STAMMLER, si brillamment

ment *Einleitung. III. Methode.* p. 14-26, et, plus loin, p. 200 et sq. (sur les rapports des concepts juridiques avec les réalités; — importance de la psychologie pour le droit positif).

(1) E. STEINBACH, *Die « guten Sitten » im Recht*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1899, t. IV, p. 47-50 (voy. surtout, p. 49, col. 2 et p. 50, col. 1). — Comp., du même: *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, Wien, Manz, 1898, p. 82 et sq.; p. 100 et sq. — *Treu und Glauben im Verkehr*, Wien, Manz, 1900.

(2) W. WUNDT, *Logik*, Stuttgart, F. Enke, 2 A., Bd. II, Abt. 2, vol. III, p. 559-560 (la 1<sup>re</sup> édition date de 1880); 3 A., 1908, p. 594-595. — Adde: O. FISCHER, *Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten*, Berlin, Asher u. Co., 1893, p. 7-8 et p. 14 (I. Rechtsforschung und Rechtsstudium im Allgemeinen). — SCHUPPE, *Die metaphysisch-naturwissenschaftliche Richtung in der Jurisprudenz*, dans *Gruchof's Beiträge*, t. 34, p. 1 et sq.

(3) E. DANZ: *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*. Zugleich ein Beitrag zur Rechts = und Thatfrage, Jena, Fischer, 1 A., 1897 (3 A., 1911). — *Gesetz-Auslegung und das Leben*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*, de GRÜNHUT, 1897, t. 24, p. 611-620. — *Laienverstand und Rechtsprechung (§§ 157, 242 B. G. B.)*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1898, t. XXXVIII, p. 373-500. — Adde, plus tard: *Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz*. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzauslegung, dans *Jherings Jahrbücher*, 1908, t. LIV, p. 1-82. — *Einführung in die Rechtsprechung*. Anleitung für junge Juristen, Jena, 1912.

(4) Voy. notamment: P. KRÜCKMANN, *Das Gewohnheitsrecht und das B. G. B.*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1898, t. 38, p. 191-210. — W. KNITSCHKY, *Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1898, t. XIII, p. 161-252. — BRUNO SCHMIDT, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, Leipzig,

inaugurées en 1888 et 1896 (1), en ramenant les jurisconsultes jusqu'à la source, profonde et idéale, de tout droit positif, faisaient un échec décidé au positivisme juridique, et contribuaient encore à provoquer une extension des moyens d'interprétation et d'application du droit.

**211.** — Toutefois, nonobstant ces résistances, multiples et variées, la doctrine officielle restait fidèle à l'idée de la plénitude logique, de l'ordre juridique positif, qu'on tendait même à limiter à la seule législation écrite. Tel était le sens, très net, du premier projet du Code civil pour l'Empire allemand, expliqué par les Motifs qui l'accompagnaient. Il est vrai, que, sous le poids des critiques dirigées à son encontre, ce projet fut modifié, de façon à donner, au moins, quelque satisfaction de forme aux nouvelles tendances (2). Malgré tout, pourtant, je doute fort, que la pensée profonde, qu'il avait à sa base, ait été franchement abandonnée. — En tout cas, on ne peut trouver une expression, plus catégorique, de la doctrine, restée traditionnelle depuis SAVIGNY (3), qu'en ce passage du commentateur, le mieux qualifié, pour exprimer la pensée dominante chez les auteurs du *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, G. PLANCK : « Puisqu'une relation humaine ne devient rapport  
« de droit, que parce que et en tant que l'organisation juridique  
« positive la reconnaît comme telle, il s'ensuit, qu'un rapport  
« de fait ne peut être fondé comme rapport de droit, que s'il est

1899. — S. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historische, dogmatische Untersuchung. I Theil. Geschichtliche Grundlegung (bis zum Ausgang des Mittelalters)*, Breslau, Marcus, 1899. — Comp. : P. CERTMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht (Vortrag)*, Dresden, 1898. Voy. notamment p. 38-40. — P. KRÜCKMANN, *Die Entfremdung zwischen Recht und Volk (Vortrag)*, Leipzig, 1899. — STIER-SOMLO, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle (Vortrag an 13 XII 1899)*. Berlin, K. Hoffmann, 1900.

(1) R. STAMMLER : *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, Halle a. S., Niemeyer, 1889. — *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, Veit u. Co, 1<sup>re</sup> éd., 1896; 2<sup>e</sup> éd., 1906; 3<sup>e</sup> éd., 1914. — Sur la suite et l'ensemble de l'œuvre de R. STAMMLER, voy. FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, Sirey, 1915, chapitre sixième (XI), nos 98-114, p. 127-190.

(2) Voy. notamment : FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> éd. Paris, 1899, p. 271, texte et notes 2-3; 2<sup>e</sup> éd. t. I, p. 311, notes 1-2 (n° 107); — nos 135-136, 1<sup>re</sup> éd., p. 384-389; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 438-443; — 1<sup>re</sup> éd., p. 453-454; 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 70 (n° 154); — 1<sup>re</sup> éd., p. 503-505; 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 126-129 (n° 166). — R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 28-40 (§§ III-IV), p. 88-104 (§ X).

(3) Voy. ci-dessus : t. II, p. 341-342 (n° 208) et t. II, p. 344-346 (n° 209).

« reconnu comme tel dans le Code civil, respectivement dans « d'autres lois d'Empire ou dans les lois locales réservées » (1).

Nous pouvons donc conclure que, si elle était fortement ébranlée par les critiques dirigées contre ses excès, la théorie de la plénitude logique du système juridique positif (*die logische Geschlossenheit des Rechts*) demeurait à la base du droit allemand, au moment de l'entrée en vigueur du Code civil de l'Empire (2). Aussi bien, ceux-là même, qui en sentaient le mieux la faiblesse et l'insuffisance, et qui, au fond, la condamnaient énergiquement, ne pensaient-ils la pouvoir battre en brèche, qu'en lui faisant sa part et en réduisant simplement sa portée (3).

## II

(1901-1906)

**212.** — Il fallait, pourtant, que cette théorie, singulière, fût passée au crible d'une critique sérieuse, et que l'impossibilité de la soutenir, même en présence des amples codifications modernes, fût nettement démontrée. C'était le premier pas à faire, si l'on voulait déblayer la route et frayer le passage au « *freies Recht* ».

Déjà, l'on s'en était avisé. Et, sans parler des pressentiments de Fr. ADICKES (4), et de certaines allusions, d'ailleurs équi-

(1) Voici d'ailleurs, dans son texte original, tout le passage de G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. I, 1898, p. 34 : « Das B. G. B. « will das gesammte Privatrecht regeln, soweit dasselbe nicht in anderen Reichs-  
« gesetzen enthalten oder durch das E. G. der Landesgesetzgebung vorbehalten  
« ist. Da ein Verhältnisz nur dadurch ein Rechtsverhältnisz wird, dasz die  
« Rechtsordnung es als solches anerkennt, so kann ein Verhältnisz als Rechts-  
« verhältnisz nur dann begründet werden, wenn es in dem B. G. B. bez. in  
« anderen Reichsgesetzen oder den vorbehaltenen Landesgesetzen als solches  
« anerkannt ist. Daraus folgt aber nicht der Ausschluss der Analogie..... » (Erstes Buch. Allgemeiner Theil. Vorbemerkungen, II, 1, al. 3). [Déjà cité en partie dans *Méthode d'interprétation*, 1899, p. 109, note 3 (n° 59) et p. 505, note 2 (n° 166).]

(2) Comp. KULEMANN (*Recht oder Wissenschaft*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 1176-1180, *passim*, notamment *in fine*.

(3) Telle est la tendance, fort nette, du travail, déjà signalé, d'Erich JUNG, *Von der « logischen Geschlossenheit » des Rechts*, Berlin, Müller, 1900 (Sonderabdruck aus der Festgabe der Gieszener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg).

(4) Fr. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, *passim*, notamment p. 23. — Voy., d'ailleurs, sur cet opuscule, le compte rendu d'A. BARZ, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, 1873, t. XV, p. 164.

voques, de STAMMLER (1) et de ZRODLOWSKI (2), la tentative de bâtir une doctrine différente, sur la base des lacunes nécessaires du droit positif, avait été faite, non sans quelques gaucheries et confusions, il est vrai, dans le travail, déjà signalé, d'E. EHRLICH (3). — Ces premiers efforts n'avaient pas été sans résultat. Et, l'on en trouve un écho dans une note additionnelle, de Th. KIPP, sur la huitième édition des Pandectes de B. WINDSCHEID (4).

Mais, il était réservé à une étude de ZITELMANN, écrite en 1902, à l'occasion d'une cérémonie académique, et publiée l'année suivante avec des annotations et développements qui en rehaussent le mérite scientifique, d'établir, de façon définitive, l'existence et le caractère de lacunes, rendant nécessaire l'intervention d'une force distincte, pour compléter et adapter aux exigences de la vie sociale l'ordre juridique positif (5). — Bien qu'elle ne permette pas de classer son auteur parmi les partisans incontestables du « *freies Recht* » (6), cette étude a joué, dans le développement de ce mouvement d'idées, un rôle si capital, qu'il importe d'en mettre en relief les données essentielles.

En signalant des lacunes dans le droit (*Lücken im Recht*), ZITELMANN ne s'est pas proposé d'insister sur le moyen de les combler (7). A cet égard, il indique simplement l'Analogie (8). Et, malgré les réserves qu'elle lui inspire, on s'aperçoit, qu'à condition de l'entendre largement et d'y chercher un criterium d'appréciation de valeurs plutôt qu'un instrument strictement logique, il la tiendrait encore pour suffisante à réparer les brèches du droit écrit (9). Son but propre est de rechercher,

(1) R. STAMMLER (*Der Garantievertrag*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, t. 69, p. 31-36.

(2) F. ZRODLOWSKI, *Das römische Privatrecht*, Prag, Dominicus, 1880, t. I, p. 104.

(3) E. EHRLICH, *Ueber Lücken im Recht*, dans *Juristische Blätter*, de BURIAN, 1888, t. XVII, p. 447 et sq.

(4) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8 A. Th. KIPP, t. I, Frankfurt a. M. 1900, § 23. Anm. 1, b, p. 92. — Comp. 9 A., 1906, p. 108-109.

(5) E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*. Rede gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 18 Oktober 1902. Leipzig, Duncker u. Humblot, 1903.

(6) Comp. Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. I. Methoden = und Quellenlehre, 2 A., Leipzig, Göschen, 1912, p. 147, note 2.

(7) E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, p. 6.

(8) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 6.

(9) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 6 ; p. 10 ; p. 19-20 ; p. 25-27 ; p. 32 ; et Anm. 15, p. 44-45. Comp. p. 10-24 ; p. 27-32.

s'il y a véritablement des lacunes dans l'ordre juridique positif, que représente essentiellement la loi écrite (1), et quelle en serait exactement la nature (2). Encore, écarte-t-il les cas, où le législateur lui-même aurait, consciemment et de propos délibéré, laissé certaines questions en dehors de son horizon, soit qu'il les abandonne aux législations locales, soit qu'il les tienne pour non encore susceptibles d'une solution définitive, soit qu'il les considère comme ressortissant de domaines, non proprement juridiques (*rechtsleerer Raum*), tels que la religion, l'éthique, les mœurs, etc... (3). — Le problème ainsi nettement délimité, l'auteur distingue deux sortes, possibles, de lacunes du droit, dont une seule lui paraît mériter effectivement cette dénomination (4). Tantôt, en effet, la loi ayant prévu telles ou telles hypothèses, pour y attacher telles ou telles solutions de droit, une nouvelle hypothèse se présente, qui ne rentre pas catégoriquement dans le cadre légalement fixé. Il s'agit de savoir, à quelle solution la soumettre. Mais comme, d'après ZITELMANN, la décision spécifique de la loi implique une autre décision plus générale, qui semblerait devoir s'appliquer en dehors des conditions prévues par le texte, il n'y a pas ici de vraie lacune, et l'interprète se demande seulement, s'il est fondé à corriger la loi, en étendant sa solution spécifique en dehors du cas exactement réglé, ce qui peut être admis suivant les circonstances (5). Tantôt, la loi, par sa formule ou par son esprit, a laissé, à la détermination du juge, certains points conditionnant sa décision (6). Dans ces cas, qui ne se confondent pas avec ceux où l'on s'en remet à l'appréciation de fait du juge (7), on peut parler de vraies lacunes : il n'est plus question de corriger la loi, il ne s'agit que de la compléter, moyennant des appréciations de valeurs, qui seront évidemment admises plus facilement et plus largement que dans les hypothèses précédentes (8).

(1) E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, 1903, p. 9-10.

(2) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 7.

(3) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 8-9. — *Adde Anmerkungen* 3, 4, 14; p. 38; p. 42-44.

(4) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 10 et sq. ; p. 27 et sq.

(5) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 10-27.

(6) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 27-29.

(7) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 29-32.

(8) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 33. — De ces cas se rapproche celui, où la loi laisse

Il est aisé d'apercevoir, combien fragile, en tout cas contestable, était la première partie du raisonnement de ZITELMANN, relative à ce qu'il considérait comme de fausses lacunes (*unechte Lücken*) du droit positif. Même en acceptant l'idée, de décisions implicites de la loi, qui ne ressort pas toujours de ses solutions catégoriques, encore s'agit-il de savoir, si le cas à trancher se rattache aux unes ou aux autres. Et, le silence du législateur sur ce point produit bien une défaillance, que l'interprète doit combler sans appui formel (1). En réalité, les explications, de ZITELMANN manifestaient, dans la loi, plus de lacunes qu'il n'en voulait avouer (2).

Mais, quelle que fut l'exactitude des conclusions personnelles de l'auteur (3), la netteté de ses idées, la finesse de son analyse, la richesse et la clarté saisissante de ses exemples, le bon sens avisé et la saine compréhension des affaires, qui imprégnaient tout son exposé, — sans parler de rapprochements intéressants avec les questions constitutionnelles (4), et d'une conception, pénétrante et féconde, de l'essence même du droit (5) — emportaient la conviction, en faveur de cette thèse, si simple, pour la première fois invinciblement démontrée (6), que l'organisation juridique positive, même la plus parfaite, laisse inévitablement ouverts certains vides, que la seule logique est impuissante à remplir, et en face desquels, par conséquent, l'interprétation, qui ne peut refuser les solutions postulées par la vie, a besoin, pour remplir toute sa mission, de moyens indépendants des sources formelles.

Ce qui est certain, en tout cas, c'est que, désormais, l'affirmation de « lacunes dans le droit » (*Lücken im Recht*), —

un concept à préciser, pour diriger la « subsomption » du juge. *Ib.* Anm. 18, p. 45-46.

(1) Voy., là-dessus, les observations, intéressantes et fort justes, à mon avis, dans leur ensemble, de L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Gutentag, 1907, p. 75-84 (§ 5).

(2) Aussi, sa conception des « *Lücken im Recht* » devait-elle être bientôt élargie. Voy. notamment : K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. II, Leipzig, A. Deichert, 1907, § 93, II, p. 165-166. *Adde* § 93, III, 2, p. 169-172; IV, p. 173; et, spécialement pour la procédure civile, V, p. 174.

(3) Nettement résumées par E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, p. 33-35.

(4) E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, p. 32-33.

(5) E. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 5-6; p. 35-37.

(6) Sur les précédents, d'ailleurs assez confus, de la théorie, voy. E. ZITELMANN, *op. cit.*, Anm. 14, p. 42-44.

susceptible assurément de plus ou moins d'extension, — établie par le publiciste JELLINEK (1), comme par le civiliste ZITELMANN, est devenue, en Allemagne, une partie de la doctrine générale du droit et figure couramment, à ce titre, dans les Manuels le plus en faveur (2).

213. — Ainsi se trouvait écartée, du champ de la saine recherche juridique, la fiction de la plénitude logiquement nécessaire du droit positif (*die logische Geschlossenheit des Rechts*) (3), et, par là même, la voie semblait définitivement ouverte à une investigation, indépendante des sources formelles, qui, seules, représentent le fonds, strictement positif, du droit.

Pourtant, certains obstacles subsistaient encore, issus de théories, qu'on croyait pouvoir maintenir à côté du principe désormais reconnu, et qui tendaient à donner, à la notion de loi positive, une élasticité capable de remplir les lacunes de son texte formel. — Je ne veux pas parler seulement de l'Analogie, assurément conservée par tous : car, si elle n'est admise que comme élément d'interprétation des textes, elle ne doit pas en dépasser la portée, la logique qui l'anime étant inhérente à la volonté des auteurs de la loi ; et, si on y voit un instrument indépendant, on entre nécessairement avec elle dans le domaine du « *freies Recht* » (4). — Mais, la science alle-

(1) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1 A., Berlin, O. Häring, 1900, p. 327-328 ; — 2 A., t. I, 1905, p. 50, p. 51, p. 347-351. — *L'État moderne et son droit*, trad. G. FARDIS, Paris, Giard et Brière, t. I, 1911, p. 535-540.

(2) Voy., notamment : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A. Th. KIPP, t. I, Frankfurt a. M., Rütten u. Loening, t. I, 1906, § 23, Lücken und Widersprüche (Rechts-Analogie), surtout note 1 b, p. 108-109. — J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, C. Heymann, 1904-1906, § 25, Rechtslücken, p. 82-85. — K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, A. Deichert, t. I, 1903, § 7, note 7, p. 38 ; t. II, 1907, § 93, II-V, p. 164-174. — Comp. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, p. 155-156 (§ 38, I). — STEUBENRAUCH, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, 8 A. v. BONNOT u. K. SCHREIBER, t. I, Wien, Manz, 1902, sur le § 7, I, p. 40-41. — H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, 3. A., Halle, 1906, t. I, § 19, I, § 30, I-III. — Adde : E. DANZ, *Fortschritte durch Erkenntnis der Lücken im Gesetz*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1914, t. XIX, p. 7-13. — Ph. HECK (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1914, t. 112, p. 157-196 (§ 14) ; p. 224-250 (§ 16). — Et, pour une décision, en ce sens, du *Reichsgericht*, datant de 1889, voy. A. DÜRINGEB, *Richter und Rechtsprechung*, Leipzig, Veit u. Co., 1909, p. 9.

(3) Comp. E. JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1912, p. 11-16 (§ 1).

(4) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, nos 107-108, 1<sup>re</sup> éd.,

mande n'était pas restée étrangère à une théorie, qui, voyant dans la loi écrite un phénomène sociologique plutôt qu'un acte de volonté, devait permettre d'en modifier le contenu, suivant les exigences multiples et changeantes de la vie (1). Or, il est bien clair, que cette théorie, récemment encore développée par J. KOHLER (2), pouvait conduire à un tel assouplissement des textes, que les lacunes, originaires constatées dans ceux-ci, se trouvassent, peu à peu et successivement, comblées par une sorte de transformation organique du texte, habilement manié par l'interprétation. — Toutefois, il semblait bien malaisé, en conservant quelque valeur spécifique à la loi écrite considérée comme source formelle, de penser, qu'on pût la plier à toutes les circonstances, non prévues par son texte. Et, il est, en tout cas, certain, que, si les partisans de ces procédés d'assouplissement ont pu compter sur eux pour réduire le nombre ou l'importance des lacunes reconnues, aucun d'eux ne les a présentés comme devant les faire totalement disparaître. Semblable résultat eût été particulièrement difficile à attendre, d'un texte, aussi rigoureusement calculé et enchaîné que celui du Code civil allemand de 1896, même après les adoucissements de la seconde rédaction (3).

Finalement, les premiers essais d'interprétation, tentés sur la nouvelle codification allemande, aboutissaient à constater la nécessité de nouveaux moyens, de mise en œuvre du droit positif (4). En même temps, d'ailleurs, et malgré leur exclusivisme coutumier, les jurisconsultes allemands se sentaient

1899, p. 264-275; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 304-316; — et nos 165-166, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 494-507; 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 117-130.

(1) Comp. Fr. GEXY, *Méthode d'interprétation et sources*, n° 97, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 223-230; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 257-264.

(2) Voy. ci-dessus, t. II, p. 350, note 3 (n° 210). — Adde J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, § 38, p. 122-129. Comp. §§ 39-40, p. 129-134. — Voy. aussi : KRAUS, *Die leitende Grundsätze der Gesetzesinterpretation*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*, de GRÜNHUT, 1905, t. 32, p. 613-635.

(3) On sait, que la première rédaction (œuvre de la première commission), du Projet de Code civil allemand, préparée sous l'influence, alors encore prépondérante, de l'ancienne École (B. WINDSCHEID et autres), était d'une abstraction et d'une raideur outrées.

(4) Ajoutez, que le Code civil allemand, définitivement voté en 1896, contenait quelques paragraphes, dont les dispositions élastiques ouvraient, de parti pris, une grande latitude à l'appréciation du juge. Par là, devait naturellement s'introduire l'idée d'une liberté, plus générale, au profit de la juridiction. Comp. Ph. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Rede, Tübingen, 1912, p. 23.



entraînés par le combat doctrinal pour la méthode, tel qu'il commençait à se développer en France (1). De plus, beaucoup d'entre eux signalaient, non sans envie, la liberté d'appréciation et la hauteur de vues de la justice anglo-américaine (2). Surtout, les dispositions, si judicieuses, des articles 1 et 2 de l'Avant-projet de Code civil suisse, alors tout récemment publié, excitaient, dans les sphères intéressées, une admiration d'autant plus grande, que leur résultat, simple et plein en même temps, faisait contraste avec l'impuissance avérée des tentatives, péniblement et vainement poursuivies dans les projets successifs du *Bürgerliches Gesetzbuch* (3).

(1) Voy., par exemple : compte rendu de Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, 1<sup>re</sup> éd. Paris, 1899, par P. OERTMANN (Civilistische Rundschau), dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1900, t. XVIII, p. 348-349. — E. EHRICH, *Soziologie und Jurisprudenz*, Czernowitz, 1906, p. 21. — O. BÜLOW (Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht), dans *Das Recht*, 1906, t. X, p. 771, texte et note 4 et p. 772. — H. U. KANTOROWICZ (*Die Bewegung in der Rechtswissenschaft*), dans *Frankfurter Zeitung*, 15 februar 1911, n° 46, col. 1. — Comp. F. FERRARA (*Potere del legislatore e funzione del giudice*), dans *Rivista di diritto civile*, 1911, l. III, p. 495.

(2) Voy. notamment : HATSCHER, *Englisches Staatsrecht*, t. I, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1905, p. 94-160. — HAMM, *Englische Justiz auf deutschem Boden?* dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1906, t. XI, p. 1051-1058. — Gn. FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C. Winter, 1906, p. 42, p. 48. — ZIELKE, *Die Freiheit der englischen Richter* (Vermischtes), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, t. XV, p. 1065-1066. — E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 1911, t. IV, p. 321-324 (§ 54, n° 7). — C. H. P. INHULSEN, *Die freie Rechtsfindung in Deutschland und England*, dans *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Processrecht*, III Jahrgang, 1911, p. 348-353. — J. KOHLER, *Die Gesetzesauslegung im englischen und anglo-amerikanischen Recht*, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1913, t. 38, p. 49-65. — G. KISS, *Die Theorie der Rechtsquellen in der englischen und anglo-amerikanischen Literatur*, dans *Archiv für bürg. Recht*, 1913, t. 39, p. 265-297. — G. RADERUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, 1913, p. 86-88. — Mais voy. A. DÜRINGER, *Richter und Rechtsprechung*, Leipzig, 1909, p. 24-25.

(3) Voy. notamment : M. RÜMELIN (*Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch*), dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, de G. SCHMOLLER, 1901, t. 25-3, p. 42-44, p. 46-47 et *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns* (Kanzleiredé), Tübingen, 1908. — Gn. FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C. Winter, 1906, p. 40. — Th. KIPP, sur B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., t. I, 1906, § 23, note 1 b, in fine, p. 109. — O. BÜLOW, dans *Das Recht*, 1906, p. 772, note 6. — K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. II, Leipzig, 1907, p. 172 (§ 93, III, 2). — E. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, C. Heymann, 1908, p. 15 et *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, 1912, p. 5-6, p. 127. — S. BRIE (*Billigkeit und Recht*), dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-1910, t. III, p. 531, p. 533-534. — H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen, 1911, p. 13-15. — E. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, 1911, p. 321-324 (§ 54, n° 7) et p. 366-368 (§ 56, n° 7). — E. JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1912, p. 14 (§ 1). — Ph. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, p. 23-24. — Comp. A. EGGER, *Schweizerische Rechtsprechung und*

Aussi, une fois acquis le résultat négatif, qui, en déniait la plénitude logiquement nécessaire du droit positif (*die logische Geschlossenheit des Rechts*), constatait l'inévitable nécessité des lacunes du système juridique (*Lücken im Recht*) (1), les efforts, déjà amorcés (2) en vue de découvrir positivement de nouveaux moyens d'interprétation, devaient se poursuivre avec plus de suite et d'ardeur.

**214.** — Pendant les premières années, qui suivent l'entrée en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich*, ce ne sont encore que des tâtonnements, incertains et peu cohérents, se rattachant généralement aux essais antérieurs et parfois émanés des mêmes auteurs. Je relève, par exemple : en 1902, à côté de l'ouvrage capital, où R. STAMMLER édifiait sa doctrine du droit juste, destinée à diriger le juge aussi bien que le législateur (3), une étude de Ph. HECK, exposant, de nouveau et de façon accidentelle, l'importance de la comparaison, des intérêts en présence, dans les questions juridiques (4) ; en 1903, un passage de S. SCHLOSSMANN, constatant la création nécessaire du droit par les efforts de l'interprétation, indépendamment de toute volonté extérieure (du législateur, — moins encore de la loi) (5), et un exposé (*Vortrag*) de R. STAMMLER, insistant sur l'importance de la libre appréciation du droit par le juge, lui traçant ses règles, en circonscrivant le domaine (6). La même année, E. EHRLICH renouvelle sa critique des sources du droit, qu'il étend à la codification et aux constructions techniques, et nous parle ouvertement de la libre trouvaille du droit (*freie Rechtsfindung*) et de la libre

*Rechtswissenschaft, Rektoratsreden* (de Zürich, 1912 et 1913), Berlin, J. Springer, 1913.

(1) Voy. ci-dessus, n° 212, t. II, p. 357-361.

(2) Voy. ci-dessus, nos 210-211, t. II, p. 347-357.

(3) R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, J. Guttentag, 1902. Là-dessus, voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 132-133 (n° 99) ; p. 145-148 (n° 103) ; nos 104-111, p. 148-179. Comp., pour sa critique : *ibid.*, nos 112-114, p. 179-190.

(4) Ph. HECK, *Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht ? Akademische Antrittswortlesung*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1902, t. 92, p. 438-466.

(5) S. SCHLOSSMANN, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach B. G. B.*, Jena, G. Fischer, 1903, p. 25 et sq.

(6) Voy. le résumé de ce « Vortrag », présenté par STAMMLER, le 27 février 1903, à la « Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung in Berlin », dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1903, t. VIII, p. 192-194 (article de BRÜCKMANN).

science juridique (*freie Rechtswissenschaft*), dont toute la valeur réside dans la personnalité du juge, mettant en œuvre les forces vivantes de la société (1). En même temps, M. E. MAYER, dans l'intention de justifier les lois pénales, nous montrait, à la base des règles de droit (*Rechtsnormen*), les règles de civilisation (*Kulturnormen*), et faisait reposer, sur leur accord, l'ensemble de l'organisation juridique (2).

C'est encore le droit pénal, qui, l'année suivante (1904), fournit, à G. RADBRUCH (3), l'occasion d'émettre, sur la systématique du droit, quelques idées intéressantes, destinées à se préciser, par la suite, en faveur de la liberté du droit positif (4). — De son côté, E. DANZ se prononce pour une interprétation, judicieuse et libre, en matière de testament (5). Dans un autre sens, K. G. WURZEL soumet à une fine analyse les divers aspects de la pensée juridique et signale, parmi ses procédés les plus féconds, à côté des conceptions-soupapes (*Ventilbegriffe*), ouvrant la voie à des courants à peine pressentis, le système, plus raffiné, de la « projection », qui permet de donner aux textes légaux un rayonnement inattendu (6). Plus large encore, apparaît l'effort de Th. STERNBERG, qui, esquissant une théorie générale du droit, profondément et originalement fouillée, en dépit de sa forme populaire, y fait une large place aux idées, déjà émises en faveur de l'élargissement des méthodes juridiques, et leur communique, par de nouveaux aperçus, un relief saisissant (7). — Les mêmes idées se retrouvent, avec la marque personnelle de son auteur, dans

(1) E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien, am 4 März 1903, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903.

(2) M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903. — Adde encore : K. SCHNEIDER (*Treu und Glauben im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1903, t. VIII, p. 234, col. 2 ; p. 237, col. 1.

(3) G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin, Guttentag, 1904. Erster Teil. Über rechtswissenschaftliche Systematik, p. 7-67.

(4) Voy., ci-après, t. II, p. 370, texte et notes 3-7 (n° 215).

(5) E. DANZ, *Die Kunst der Auslegung*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 659-665.

(6) K. G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, M. Perles, 1904.

(7) Th. STERNBERG, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, Göschen, 1904. Erster Theil. Die Methode. Voy., notamment, § 12, nos 2-6, p. 124-152. — Sur la 2<sup>e</sup> édition, profondément remaniée, de cet ouvrage, voy., ci-après, t. II, p. 386, p. 387, texte et notes 1-6 (n° 218).

la première partie, du « *Manuel de droit civil* », publiée par J. KOHLER, en la même année 1904 (1). Et, l'autorité, due à cet éminent jurisconsulte, se double de celle de J. UNGER, qui, dans une étude sur la responsabilité de l'État, sait insérer une allusion favorable à une plus libre interprétation du droit (2).

Une accentuation, assez nette, du mouvement, peut être observée en 1905. A côté d'allusions, un peu secondaires, d'E.-I. BEKKER (3), de M. RUMPF (4), de R. MÜLLER-ERZBACH (5), un effort de précision, plus sérieux, des idées nouvelles, se dégage de plusieurs articles d'E. STAMPE et de Ph. HECK, publiés dans la *Deutsche Juristen-Zeitung*. — Pénétrant, plus avant, dans la voie qu'il avait, dès longtemps ouverte (6), et qu'il devait encore prolonger dans la suite (7), E. STAMPE, s'efforce, en deux courtes études, évidemment destinées au public juridique le plus ample, de mettre en relief l'insoutenabilité, théorique et pratique, du système d'interprétation, — issu de la philosophie démodée de HEGEL, — qui, partant de la fiction de l'absence de lacunes dans la loi, s'efforce d'en tirer, par une logique artificielle, bâtie sur des concepts abstraits et des constructions préconçues, les solutions des problèmes juridiques, posés par la vie ; et il lui oppose, comme seule acceptable, échappant à l'attrait fallacieux des idées pures et adaptée aux besoins utilitaires de l'heure présente, la méthode de l'estima-

(1) J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1. Halbband, 1904 ; *passim*, notamment §§ 24-25, p. 78-85 ; §§ 38-43, p. 122-145 ; — et voy., sur cet ouvrage, le compte rendu de LEONHARD, dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, de GOLDSCHMIDT, 1906, t. 58, p. 601-616.

(2) J. UNGER, *Ueber die Haftung des Staates für Verzugs und Vergütungszinsen*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, de GRÜNHUT, 1904, t. XXXI, p. 107-114. — Adde : *Zur Revision des österreichischen allgemeinen B. G. B.*, 1904, p. 10-13. — Sur l'attitude de J. UNGER, en présence du mouvement du « *freies Recht* », voy., G. SZCZÉ (Giuseppe Unger), dans *Rivista di diritto civile*, 1914, t. VI, p. 620-623.

(3) E. I. BEKKER, *Sprachliches und Sachliches zum B. G. B.*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1905, t. XLIX, p. 1-58, *passim*.

(4) M. RUMPF (*Zur jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht*), dans *Jherings Jahrbücher*, 1905, t. XLIX, p. 404-406.

(5) R. MÜLLER-ERZBACH, *Die Grundsätze des mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt*, Berlin, Guttentag, 1905, *passim*, notamment : p. 8-10 (§ 1) ; p. 92-102 (§ 12). — Cet auteur prône l'histoire et le droit comparé, pour aider à la méthode réaliste (p. 98-102).

(6) Voy. ci-dessus : t. II, p. 353-354, texte et note 1 (n° 210). — Adde : *Der letzte Regulierungs-proceß auf Rügen* (extrait des : *Festgabe der Greifswalder Juristenfakultät für E. I. Bekker*, Greifswald, J. Abel, 1899 : — et Vortrag in der juristischen Gesellschaft zu Berlin (46 Jahresbericht).

(7) Voy. ci-après, t. II, p. 395, p. 396, texte et notes 1-2 (n° 220).

tion et de la comparaison des intérêts, privés ou publics, engagés dans les litiges juridiques. Il joint les exemples aux explications théoriques, et emprunte à la pratique, antérieure ou postérieure à la nouvelle codification allemande, des applications vivantes, qui illustrent ses principes. D'ailleurs, il indique, nettement, que la création de règles juridiques, par le juge, à la différence de celle résultant de la loi, ne vaut qu'*in concreto* et pour les cas tranchés en son jugement, tant qu'elle n'est pas transformée en coutume, et il laisse entendre que pareil système implique, chez les juges, une haute idée de leur mission et une formation appropriée (1). Une troisième étude, quelque peu postérieure aux précédentes, donne occasion à STAMPE, en reprenant à nouveau ces idées, de s'expliquer, plus spécialement, sur la mesure restreinte, dans laquelle il admet que le juge puisse exceptionnellement modifier la loi, sans aller contre son sens clair et logique : il faut, d'abord, que le contenu de la loi lèse des intérêts importants de la communauté, si gravement, qu'un correctif apparaisse indispensable ; ceci posé, il s'agit encore, de s'assurer, que le remède nécessaire ne viendra pas du pouvoir législatif, soit que la chose ait trop peu d'importance, soit que le législateur ait moins d'aptitude, pour la bien régler, que le juge. Ici encore, des exemples pratiques viennent éclairer et animer la pensée de l'auteur, qui réserve, pour l'instant, la question de savoir, si la faculté de modifier la loi, telle qu'il l'admet, doit être reconnue au profit de toutes les juridictions, ou limitée à celles des plus hautes instances (2). — Cette position, si nettement prise par E. STAMPE, suscite quelques observations de PH. HECK (3). Fidèle aux directions qu'il s'était déjà antérieurement tracées (4), cet auteur — un de ceux qui ont aussi coopéré le plus activement au mouvement que nous étudions

(1) E. STAMPE : a) *Rechtsfindung durch Konstruktion* ; b) *Rechtsfindung durch Interessenwägung* ; dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, nos du 1<sup>er</sup> mai et du 1<sup>er</sup> août 1915, t. X, p. 417-422 ; p. 713-714. — Ces études, jointes à celle citée à la note (2) ci-après et à deux autres, ont été reproduites dans la brochure, intitulée : *Unsere Rechts-und Begriffsbildung*, Greifswald, J. Abel, 1907.

(2) E. STAMPE, *Gesetz und Richtermacht*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° du 15 novembre 1905, t. X, p. 1017-1022. — Voy. la note qui précède.

(3) Ph. HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung* (n° du 15 décembre 1905), t. X, p. 1140-1142.

(4) Voy. ci-dessus : p. 352, note 4 (n° 210) ; p. 364, note 4 (n° 214).

ici (1) — ne peut qu'approuver la thèse principale de son collègue, faisant prévaloir la jurisprudence d'intérêts sur la construction par concepts, en tant du moins qu'il s'agit de compléter la loi, soit au regard de lacunes certaines de l'organisation juridique positive. Mais, il déclare s'écarter délibérément de STAMPE, quand celui-ci veut changer la position, actuellement faite au juge, dénaturer l'analogie, supprimer l'interprétation libre, et prôner une création du droit, par voie judiciaire, allant jusqu'à la modification de la loi existante, sous prétexte d'intérêt public à sauvegarder, et d'incapacité de la part du législateur. Toutes ces audaces ne semblent pas à HECK découler de la conception fondamentale, dont il est parti. Il y voit un danger de subjectivisme, qui le décide à les écarter délibérément. Pour lui, le juge doit, partout et toujours, rester assujéti au contenu immédiat des textes légaux. La « *jurisprudence d'intérêts* » n'implique, ni ne justifie, aucun affaiblissement de la fidélité à la loi. — Des réserves analogues, quoique modérées, sur la thèse d'E. STAMPE, devaient être faites, l'année suivante, par un autre partisan décidé de la « *jurisprudence d'intérêts* », M. RÜMELIN (2).

Mais, des protestations, plus énergiques, qui semblaient viser le mouvement dans son ensemble, étaient déjà émises par des voix, particulièrement autorisées. — Dès le début de 1905, en défendant la justice allemande contre le reproche de méconnaître la conscience populaire du droit, et faisant sentir les difficultés de sa tâche à cet égard, P. LABAND insistait sur la limite, impérieusement assignée par la constitution au pouvoir du juge (3). — Un peu plus tard, effrayé des témérités qu'il relevait dans les ouvrages de la même époque, E. LANDSBERG, se considérant sans doute comme le gardien attitré de cette

(1) Voy. ci-après, p. 395, texte et note 4 (n° 220).

(2) M. RÜMELIN (*Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des B. G. B.*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, t. 98, Anhang, § 14. Kritische Würdigung des geltenden Rechts, p. 316-337 ; notamment, p. 326-337 : sur l'*Interessenjurisprudenz* ; et, plus spécialement encore, p. 332-336 : pour l'appréciation critique des idées d'E. STAMPE.

(3) LABAND (*Rechtspflege und volkstümliches Rechtsbewusstsein*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° du 1<sup>er</sup> janvier 1905, t. X, p. 15. — Le § 1 de la loi d'organisation judiciaire générale de l'Empire, du 27 janvier 1877, est ainsi conçu : « Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt » (*Reichs-Gerichtsverfassungsgesetz*).

science allemande du droit moderne, dont il écrivait savamment l'histoire (1), criait : « Au feu », et s'élevait particulièrement contre l'importance, attribuée à l'appréciation des intérêts, respectivement aux éléments formels de l'interprétation juridique, laissant entendre qu'il fallait trouver une voie moyenne entre les extrêmes (2) : — Vers le même temps, cherchant à fixer la situation et les missions de la juridiction dans la vie contemporaine, O. GIERKE proclamait, avec une intention évidente, que la jurisprudence ne doit pas céder à la rumeur du jour et que la loi vivante est intangible (3). — L'année suivante, un magistrat, MICHAELIS, joignait sa protestation à celle des professeurs, et, s'attaquant particulièrement à la dernière des études d'E. STAMPE, signalées plus haut (4), blâmait nettement sa tendance (nietzschéenne), favorable au complément, voire au changement, de la loi, par le juge, critiquait la substitution proposée, de l'appréciation des intérêts à la construction juridique, et affirmait que pareille méthode devait entraîner une insécurité intolérable à la pratique (5).

**215.** — Ces contradictions, plus saillantes par la notoriété de leurs auteurs que par leur valeur intrinsèque, ne pouvaient que provoquer une recrudescence d'efforts, de la part de ceux, qui persistaient à tenir une réforme pour indispensable. Aussi, le débat va-t-il prendre, en 1906, une tournure décisive. Ce fut surtout le fait de la brochure, retentissante, de GNÆUS FLAVIUS, « *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* », lancée en février 1906, et qui mit, en quelque sorte, le feu aux poudres. Mais, autour de ce manifeste flamboyant, se groupaient, la même année, quelques travaux plus modestes, qui ne furent pas sans en renforcer l'effet. — Je me contenterai de mentionner une brève suggestion d'A. BOZI (6), sur « *le perfectionnement*

(1) E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Dritte Abteilung* (continuation de R. STINTZING), 1898-1910.

(2) E. LANDSBERG, *Das entgegengesetzte Extrem*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° du 15 octobre 1905, t. X, p. 921-925.

(3) O. GIERKE (*Die Stellung und die Aufgaben der Rechtssprechung im Leben der Gegenwart*), dans *Das Recht*, 1905, IX Jahrgang, p. 416.

(4) Voy. ci-dessus, t. II, p. 367, note 2 (n° 214).

(5) MICHAELIS, Oberlandesgerichtsrat in Kolmar, *Die Emanzipation des Richters vom Gesetzgeber*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1906, t. XI, p. 394-399.

(6) A. BOZI, *Die Fortbildung des Rechts durch die Rechtssprechung*, dans *Das Recht*, 1906, X Jahrgang, p. 209 et sq. — Voy. déjà, comme travail antérieur

« du droit par la jurisprudence », qui n'était guère que le prélude de développements plus importants (1), et une étude, pour le moment assez énigmatique, d'E. EHRlich (2), où, sous le couvert d'une distinction, justement observée, entre les formes d'organisation (*Organisationsform*) et les règles de décision (*richterliche Entscheidungsnorm*) de la vie sociale, émerge, au milieu de considérations variées et souvent intéressantes, la pensée d'abaisser la valeur des sources formelles et d'incliner le droit vers la sociologie, à l'encontre de la conception historico-juridique, généralement admise. — Une argumentation, plus vigoureuse, se fait jour, dans un article de G. RADBRUCH sur la « Science du droit considérée comme création de droit » (3). A la suite d'une comparaison, quelque peu subtile, entre l'interprétation philologique et l'interprétation juridique (4), l'auteur nous montre aux prises, dans celle-ci, depuis les idées accréditées par MONTESQUIEU (5), le principe de la séparation des pouvoirs, la règle que le juge ne peut refuser de dire le droit (art. 4 C. civ. franç.), le fait de l'implénitude de la loi, pour conclure que le principe (artificiel en soi) a dû finalement céder devant la règle nécessaire et le fait inéluctable (6). Il en résulte, que l'interprète, ayant mission de dire le droit, devra combler les lacunes des textes, avec toutes ses puissances d'agir. Ceci entraîne, à son profit, une liberté, que l'on qualifie de mille façons, mais qui doit, en tout cas, aboutir à réconcilier le peuple avec le droit pratique (7). — Assurément, pareils développements ajoutaient peu de chose aux

du même auteur : *Eine darwinistische Strafrechtstheorie* (sous la rubrique : Sprechsaal), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1897, t. II, p. 299-300.

(1) Voy. ci-après, t. II, p. 393, texte et note 1 (n° 220).

(2) E. EHRlich, *Soziologie und Jurisprudenz*, Sonder-Abdruck aus der « Öster-reichische Richter-Zeitung », Czernowitz, 1906. Ce travail avait d'abord paru, en raccourci, dans la « Zukunft » de HARDEN (voy. p. 3, note). — On peut le considérer comme faisant présager, de très loin encore, la part que devait assigner EHRlich à la sociologie, dans l'application du droit. Voy. ci-après, t. II, p. 397-398 (n° 221). — Adde E. EHRlich, *Die freie Rechtsfindung*, dans *Das Recht*, 1906, t. X, p. 35 et sq.

(3) G. RADBRUCH, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit, dans *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, de W. SOMBART, M. WEBER, E. JAFFI, t. 22, Neue Folge, t. IV, 1906, p. 355-370.

(4) G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 355-356.

(5) G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 357-358.

(6) G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 358-364.

(7) G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 364-370.



conclusions négatives, déjà acquises depuis le discours d'E. ZITELMANN sur les « *Lücken im Recht* » (1). Leur seul mérite, était de renforcer celles-ci, par quelques considérations complémentaires, empruntées à l'histoire et à la philosophie.

Au contraire, il semblerait qu'un véritable pas en avant, vers certaines conclusions positives, inspirées des nouvelles tendances, eût pu être fait par la captivante brochure de M. RUMPF, intitulée « *Gesetz und Richter* » (« loi et juge ») (2). — A la vérité, M. RUMPF s'était essentiellement proposé, de rechercher, comment le juge applique et doit appliquer la loi. Il ne touchait, qu'occasionnellement, la question des limites aux pouvoirs du juge, qui demeure le point capital du mouvement du « *freies Recht* » (3). Pourtant, son thème propre devait fatalement l'amener, à envisager le problème, plus large, de la situation de l'interprète, en face du droit positif, qu'il doit dégager et mettre en œuvre. En réalité, à la suite de considérations intéressantes, sur l'application du droit aux différentes époques et en divers pays (4), il s'attache surtout à élucider la question de savoir, quels facteurs psychiques entrent en activité chez le juge (considéré comme le centre de la méthodique juridique), dans l'application du droit (5), pour apprécier la valeur de chacun d'eux. Et, il analyse successivement les divers éléments de cette activité, intellectuels, logiques, moraux, volontaires, pour faire une place éminente à l'appréciation des valeurs, où il paraît voir le criterium capital de toute décision juridique, et ne condamner absolument que l'intervention du pur sentiment (6). Après quoi, il passe en revue et critique les moyens traditionnels de l'interprétation juridique (7); il conclut qu'on a exagéré singulièrement la part de la loi dans l'application du droit, qu'il convient, en revanche, de reconnaître le rôle prépondérant du juge, à condition d'assurer, par un bon recrutement, la forte person-

(1) Voy. ci-dessus, t. II, p. 358-360 (n° 212).

(2) M. RUMPF, Gerichtsassessor, *Gesetz und Richter*. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, Berlin, O. Liebmann, 1906.

(3) M. RUMPF, *Gesetz und Richter*, Vorwort et p. 6 (I Kapitel).

(4) M. RUMPF, *op. cit.*, Kap. II-III, p. 7-28.

(5) M. RUMPF, *op. cit.*, p. 31 et p. 38 (Kap. IV).

(6) M. RUMPF, *op. cit.*, Kap. V-XIV, p. 38-120.

(7) M. RUMPF, *op. cit.*, Kap. XV-XXIV, p. 120-196.

nalité de celui-ci (1). — Finalement, s'il y avait, clairsemées dans ce travail, quelques vues intéressantes, sur certains points contigus au thème de la méthode juridique, il n'en ressortait aucune direction précise, touchant la façon de suppléer aux défaiillances du système traditionnel.

**216.** — Le manifeste de GNÆUS FLAVIUS (H.-U. KANTOROWICZ (2) est d'une toute autre allure. — Certes, on ne peut dire, qu'il ait apporté, dans le débat, des clartés vraiment nouvelles, ni qu'il ait fourni méthodiquement des moyens précis de réaliser le but, jusqu'alors seulement entrevu. A vrai dire, l'auteur n'a pas cette prétention. Il ne veut que réunir et condenser les premiers essais de l'agitation, qu'il baptise hardiment « mouvement du libre droit » (*freirechtliche Bewegung*) (3), en un cri de combat, sonore et éclatant, capable de l'imposer à l'attention de tous. Et, c'est à peine s'il ajoutera quelques idées personnelles à celles, déjà émises avant lui dans le même sens (4). Il procède à la façon des pamphlétaires, se servant d'un nom de guerre familier aux jurisconsultes, pour piquer leur curiosité (GNÆUS FLAVIUS), éditant sa brochure sous une couverture d'un rouge vif, lui donnant un titre à effet et qui évoque la grande mémoire de R. von JHERING (5) : « le combat pour la science du droit » (*Der Kampf um die Rechtsmissenschaft*). L'exposé, écrit d'un style alerte, aigu, quelque peu heurté, violent au besoin, est semé de vues historiques superficielles (6), de considérations philosophiques nébuleuses (7), d'allusions politiques ou triviales (8) : on y peut même relever, sous prétexte de comparaisons théologiques plus ou moins osées, une pointe de libre-pensée

(1) M. RUMPF, *op. cit.*, Kap. XXV, Schluss, p. 196-199.

(2) GNÆUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C. Winter, 1906.

(3) G. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 13. Adde p. 10 : freies Recht ; p. 20 : freie Rechtsfindung-freie Rechtsschöpfung. Voy. encore, p. 49.

(4) G. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 5-6 (Vorwort) ; p. 8-9 (Einleitung).

(5) Comp. R. von JHERING, *Der Kampf um's Recht*, 6 A., Wien, Manz, 1881 ; trad. par O. de MEULENAERE, sous ce titre : *La lutte pour le droit*, Paris, 1890.

(6) G. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 7 ; p. 12 ; p. 30-33.

(7) Voy. par ex. G. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 16 ; p. 18 ; p. 20-21 ; p. 23 ; p. 25 ; p. 28-29 ; p. 34.

(8) Comp. G. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 8-9 ; p. 13-14 ; p. 17-18 ; p. 27 ; p. 44-46.

confinant à l'anti-cléricalisme (1). — Mais comme, sous cette forme tourmentée, incisive, abstruse parfois dans sa concision tranchante, l'auteur pose nettement et illumine, d'un jour cru, la thèse nouvelle, loin de rien ménager, sacrifiant les nuances, forçant parfois la note, cherchant surtout à ramasser les idées essentielles dans un raccourci empoignant, sans craindre de lancer, à l'occasion, quelques affirmations graves (2) !

Après avoir rappelé l'ancien idéal, bureaucratique, du droit, datant de la décadence romano-byzantine et revivifié au XVIII<sup>e</sup> siècle, qui place toute sa confiance dans le texte, strictement entendu, de la loi, GNÆUS FLAVIUS signale l'opposition, déjà anciennement formulée contre lui, ranimée récemment par quelques auteurs éminents, largement généralisée en ces derniers temps, — qu'il s'agit maintenant de réduire à quelques traits caractéristiques, en mettant en relief les conceptions qu'il convient de se faire aujourd'hui : I) du droit ; II) de la science du droit ; III) de la justice pratique (3).

I) Le « droit libre », que les Écoles nouvelles placent en face du « droit d'État », n'est guère autre chose, qu'une sorte de droit naturel rajeuni (4). Il diffère seulement du droit naturel classique, en ce qu'il est aussi muable et fragile que le sont les étoiles elles-mêmes (aux yeux de la science moderne), et en ce qu'il ne peut valoir dans l'ordre pratique, qu'érigé en droit positif par une circonstance externe, puissance, volonté, reconnaissance (5). — Au regard du « droit d'État », ce « droit libre », qui peut être le fruit d'une conviction individuelle ou de celle d'une communauté, qui peut avoir valeur effective ou non, offre, du moins, cette supériorité, qu'il est connu (6). Il est le substratum fondamental du « droit d'État », non seulement parce qu'il en permet la critique, mais, plus encore, parce que, seul, il en peut combler les lacunes, qu'il faut, bon

(1) Voy. G. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 34-38. Comp. p. 18.

(2) Voy., par exemple, sur la liberté du juge, en face de la loi écrite : GN. FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 40.

(3) GN. FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, Einleitung, p. 7-9. Adde p. 5-6 (Vorwort).

(4) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 10-12.

(5) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 12.

(6) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 12-14 (allusion à la règle admise par le « droit d'État » : nul n'est censé ignorer la loi).

gré mal gré, reconnaître nombreuses (1). — D'ailleurs, nous n'affirmerons, même pas, l'absence de lacunes dans ce « libre droit », en face de l'individualité mouvante des espèces ; et, le sachant extrêmement compliqué et divers, nous ne prétendrons pas résoudre avec lui tous les litiges (2).

II) En présence d'une matière juridique ainsi comprise, la science du droit doit, de son côté, changer complètement de caractère (3). — Avant tout, elle doit devenir essentiellement active, non plus simple connaissance de ce qui est déjà connu, mais source véritablement productrice de règles : tantôt trouvaille de droit (*Rechtsfindung*), tantôt véritable création (*Rechtsschöpfung*). Aussi, se présente-t-elle, aujourd'hui, comme volontariste, non qu'il s'agisse de mettre la volonté au lieu et place de l'intelligence, mais pour la faire jouer avec et à côté d'elle, en reconnaissant, d'après les exemples empruntés à la vie judiciaire et par une exacte analyse du problème de la construction juridique, que, nulle part, la volonté n'a un rôle aussi décisif qu'en jurisprudence (4). — Par une conséquence nécessaire, la science du droit sera anti-rationaliste ou anti-dogmatique, répugnant à l'analogie, à l'interprétation extensive, aux fictions, aux prétendus raisonnements d'après l'esprit de la loi, aux systèmes généraux qui ne valent que par l'individualité de leur auteur, à la déduction qui repousse, en matière de droit, la correction, qu'elle comporte dans les sciences de la nature (5). — Elle sera historique, non pas selon la conception ancienne de l'histoire du droit, mais au sens plein d'une histoire réelle et vivante (6). Elle s'unira intimement à la psychologie et à toutes les sciences sociales (7). — Bref, la jurisprudence dogmatique, jadis modelée sur la théologie, doit subir une réforme, analogue et presque parallèle, à celle qu'on propose aujourd'hui pour la théologie orthodoxe (8).

(1) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 14-16.

(2) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 16-19.

(3) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 19.

(4) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 19-22.

(5) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 23-30.

(6) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 30-33.

(7) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 33-34.

(8) GR. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 34-38.

III) Reste à savoir, comment cette nouvelle science du droit satisfera aux exigences de la justice effective, qui demeure évidemment son objectif essentiel (1). — Sur ce point capital, qui aurait dû l'amener à proposer, avec quelque précision, les moyens, positifs et pratiques, de la mise en œuvre du « libre droit », GNÆUS FLAVIUS ne fournit qu'une réponse évasive. C'est à peine, s'il présente quelques suggestions, purement personnelles, et fort lâches, touchant la mesure, dans laquelle le juge peut suppléer à la loi (en cas de silence certain de celle-ci), ou même s'en émanciper plus complètement (quand il lui paraît invraisemblable, dans sa libre et consciencieuse conviction, que le législateur d'aujourd'hui statuerait comme le demande la loi), et les directions d'où sortira, en ces cas le « libre droit » (2). — Hors de là, notre auteur se contente de passer en revue, pour les déclarer irréalisables en soi et toujours négligés en fait, les postulats prétendus de la justice actuelle : que tous les jugements doivent être fondés sur la loi ; — que le juge n'est que le serviteur de la loi ; — que tous les cas doivent être décidés exclusivement d'après la loi ; — que toute décision doit être exactement motivée ; — que la sentence judiciaire doit pouvoir être prévue d'avance ; — qu'elle doit être objective, non personnelle, strictement scientifique et dégagée de toute passion (3). — En face de ces idéals, purement utopiques dans leurs aspirations excessives, et qui, par suite, ne peuvent être sérieusement opposés au nouveau mouvement, il en dresse d'autres, plus tangibles, dont celui-ci permettra de se rapprocher mieux que jamais : la popularité (*Volkstümlichkeit*) de la jurisprudence vivante, sa spécialisation aux mains de personnes de métier (*Fachlichkeit*), son impartialité (*Unparteiligkeit*), son indépendance (*Unabhängigkeit*), et, par-dessus tout, la justice elle-même (*Gerechtigkeit*), qui requiert liberté, personnalité, sagesse (4).

L'auteur conclut, en exprimant le souhait que, de même que le système des preuves formelles a été supplanté par celui de la libre appréciation des preuves, ainsi la libre création du

(1) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 38-39.

(2) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 40-41.

(3) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 39-44.

(4) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 44-47.

droit se substitue au système de l'attachement exclusif au texte (1).

Cette véhémence apologie du « droit libre », qui impliquait une critique, acerbe et impitoyable, de la méthode juridique en vigueur, ne pouvait rester sans réplique. Et, l'on vit notamment des autorités éminentes, que l'on avait pu, d'après leurs manifestations antérieures, compter parmi les précurseurs des nouvelles tendances, venir se désolidariser du mouvement et affirmer qu'elles n'acceptaient pas les conclusions extrêmes, que l'on prétendait aujourd'hui en tirer. — J. UNGER, alors président du Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) de Vienne (2), déclare formellement que la brochure de GNÆUS FLAVIUS a rendu un mauvais service à l'École du « libre droit », et indique comment, tout en admettant une grande latitude d'appréciation chez le juge pour combler les lacunes du droit existant, il ne saurait entrer dans la voie du volontarisme à outrance (3). — O. BÜLOW, de son côté, reprend l'examen du rapport entre la justice pratique et le droit légal (4); et, maintenant, selon les idées émises par lui en 1885, que l'intervention du juge est indispensable pour vivifier les textes et en suppléer les lacunes inévitables (5), il proclame énergiquement, comme un résultat acquis de l'histoire et du progrès constitutionnel, que le magistrat, qui dit le droit, est lié inconditionnellement à la loi, dont il ne peut s'écarter, même pour raison d'équité

(1) GN. FLAVIUS, *Der Kampf*, p. 48-49.

(2) J. UNGER, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1906, t. XI, p. 784-787. — Comp. G. SEGRÈ (*Giuseppe Unger*), dans *Rivista di diritto civile*, 1914, t. VI, p. 620-623.

(3) Il y a lieu, pourtant, de noter, comme jurant quelque peu avec le but général de l'article de J. UNGER, la note 1 de la p. 786, où ce haut magistrat nous fournit des révélations intéressantes sur sa manière de juger. — Cette manière, qui n'est pas sans rapport avec la façon de consulter, que GN. FLAVIUS (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, p. 21) prête à BARTOLE, suivant la légende, et que je crois assez répandue, d'après les confidences recueillies de quelques magistrats français, peut se résumer, en disant : le magistrat juge les procès principalement d'après sa conscience et son sentiment intime; et il trouve les raisons juridiques ensuite. — Il faut bien convenir que, s'il en était vraiment ainsi, rien ne justifierait mieux les prétentions des partisans du « libre droit ». — Comp. E. FUCHS, *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braun, 1912, p. 42-43. — Et, pour un témoignage analogue d'O. BÄHR : F. VIERHAUS, *Ueber die Methode der Rechtsprechung*. Hannover, Helwing, 1911, p. 72.

(4) O. BÜLOW, *Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, dans *Das Recht*, n° du 10 juillet 1906, t. X, p. 769-780.

(5) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 769-773; p. 779-780.

évidente ou d'intérêt général (1) ; en même temps, il fait observer, que les adversaires établissent une confusion dangereuse entre la méconnaissance, intentionnelle, de la loi, par le juge, que rien ne saurait justifier, et son inobservation, inconsciente et purement erronée, qui s'impose comme une nécessité de fait (2) ; enfin, il fait voir, comment les excès de la nouvelle école sont dus à l'idée, toujours combattue par lui, suivant laquelle la loi suffirait, seule, à l'élaboration du droit positif (3). — Déjà, d'ailleurs, KLEIN, ministre autrichien de la justice, dans un article manifestement destiné à arrêter, chez les magistrats, toute tentative d'indépendance vis-à-vis de la loi, avait, au nom du droit et de l'État, protesté énergiquement contre le mouvement d'affranchissement récent, qu'il tenait pour franchement réactionnaire et tendant à anéantir l'État (4).

D'une autre part, HÖLDER, prenant prétexte des idées libérales, émises par M. RUMPF, au travers de sa brochure signalée plus haut « *Gesetz und Richter* » (5) s'élevait contre les mêmes tendances, en affirmant, sans plus, que le juge doit rester, avant tout, le serviteur de la loi (6). — Et, une conclusion analogue devait ressortir d'autres observations, également suggérées, par le livre de M. RUMPF, à un magistrat allemand, SCHNEIDER (7).

Enfin, la réaction se manifestait aussi, dans certains manuels devenus classiques. — H. DERNBURG a consacré la préface, de la troisième édition, de son livre, sur « *le droit civil de l'Empire allemand et de la Prusse* », datant du 3 août 1906, à exprimer son sentiment sur la « jurisprudence libre ». Il joint sa protestation à celles de BÜLOW et d'UNGER, au nom des prin-

(1) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 773-776 ; p. 778-779.

(2) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 776-777.

(3) O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 779-780.

(4) KLEIN, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, dans *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, 1906, p. 265 et sq. (observations présentées à l'instigation de la « *Neue freie Presse* », de Vienne).

(5) Voy. ci-dessus, t. II, p. 371-372 (n° 215).

(6) HÖLDER (c. r. de RUMPF, *Gesetz und Richter*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 249-250.

(7) SCHNEIDER, Oberlandesgerichtsrat in Stettin (*Gesetz und Richter*), dans *D. J.-Z.*, 1908, t. XIII, p. 569-572. — Adde SCHNEIDER (*Die deutsche Rechtsentwicklung im Jahre 1909*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, t. XV, p. 845-846.

cipes du droit public allemand et de la constitution de l'Empire. Il fait, pourtant, une réserve touchant l'usage des travaux préparatoires. Et, il admet qu'il faut interpréter le droit allemand récent, suivant son but et les besoins économiques (1). — Dans un ouvrage, plus récent encore, et qui paraît appelé à un succès sérieux dans les cercles intéressés (enseignement universitaire et pratique judiciaire) de l'Allemagne, A. von TUHR, signale, dès sa préface, le mouvement du « libre droit », et, reconnaissant que sa grande force réside dans son côté critique, en repousse les conclusions positives, comme ouvrant la porte au subjectivisme, déclare qu'une application trop rigide de la loi vaut encore mieux qu'un idéal inaccessible, et considère qu'il s'agit aussi de défendre la recherche dogmatique du droit et sa technique propre, que la nouvelle méthode tend à compromettre (2).

On comprend, sans peine, ces résistances, de la part des jurisconsultes, qui voyaient si violemment battre en brèche l'idéal juridique, rigide et ferme, dans le culte duquel ils avaient été formés (3). — Mais, il faut avouer que la discussion, qu'ils y opposent, apparaît, quand on l'examine de près, singulièrement faible, et se réduit, le plus souvent, à des affirmations et à des exclamations. Assurément, il était aisé, de s'élever contre certaines assertions téméraires, par lesquelles les partisans du « libre droit » semblaient vouloir contredire parfois une loi formellement existante (4). Ces assertions n'étaient pas défendables, et compromettaient gravement la cause, qu'elles prétendaient traduire. Aussi bien, pouvaient-

(1) H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, 3 A. t. I, Halle, 1906, Vorwort zur dritten Auflage, p. V-VII. — Voy., sur cet ouvrage, le compte rendu de v. TUHR, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 77; et, sur l'attitude de DERNBURG, dans la question de la « freie Rechtsfindung » : O. GIERKE (*Heinrich Dernburg*. Ein Gedenkblatt), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 1341-1342.

(2) Andreas von TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. IX-XIII (Vorwort).

(3) Voy., encore, P. CERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*. Rede, Leipzig, Deichert, 1909.

(4) Voy., par ex., Gn. FLAVIUS (H. U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, p. 40-41. — D'ailleurs, cet auteur s'est vivement défendu d'avoir admis la création libre du droit *contra legem*. Voy. H. U. KANTOROWICZ, *Die Contra-legem Fabel*, dans *Deutsche Richterzeitung*, n° du 15 avril 1911, t. III, p. 258-263.



elles être abandonnées, sans que fût tranché le problème à résoudre. — Car le nœud du débat restait essentiellement celui-ci : Étant admises l'impuissance de la loi à contenir toutes les solutions nécessaires et l'existence de lacunes que ne pouvait combler une logique, de sa nature, improductive, — ce que tout le monde avait finalement reconnu (1), — comment subvenir aux besoins de la vie juridique, sinon par une interprétation directe des éléments constitutifs des règles (2), interprétation, dont il s'agissait seulement de fixer les directions, suivant un canon assurément discutable, mais qu'il fallait absolument découvrir ?

### III

(1907-1914)

**217.** — De fait, le mouvement, de recherche et de discussion, sur l'admissibilité, les conditions, les limites du « *freies* « *Recht* », n'a fait que se poursuivre, s'accroître, se développer, dans les pays austro-allemands. Même, depuis 1907 environ, il y est devenu si abondant, si complexe, si enchevêtré parfois, si cahoteux aussi, à vrai dire, qu'il serait désormais impossible, d'en noter chronologiquement les phases successives. Obligé de me limiter, voire de trancher dans le vif, si je veux présenter un aperçu suffisant pour éclairer mon sujet sans l'écraser de détails, je renonce délibérément à suivre, dans son ensemble, un développement, dont j'ai conscience de n'avoir pu réunir tous les témoignages importants. Et, désireux seulement d'en faire sentir l'intensité, d'en laisser entrevoir la richesse, d'en dégager les œuvres capitales ou les courants décisifs, je me bornerai, d'une part, à mentionner, en une sèche nomenclature, les principaux modes de manifestation de l'effervescence, soulevée, par le problème de la méthode juridique, dans la science ou la pratique germa-

(1) Voy. ci-dessus : t. II, p. 360-364 (nos 212-213).

(2) C'était, d'ailleurs, ce qu'admettaient inconsciemment des jurisconsultes, tels que J. UNGER et H. DEANBURG, quand ils rapprochaient, des sources productrices du droit positif, la nature des choses. Voy. ci-dessus, t. II, p. 344-345 (no 209).

niques, d'autre part, à relever quelques essais de mise en œuvre, de l'idée du « libre droit », en signalant, au milieu du flot tumultueux, des productions, et des efforts de pensée qui s'y rattachent, un petit nombre d'exposés, plus marquants, et les principales tentatives de reconstruction synthétique.

A compter de la divulgation de la tapageuse brochure de GNEUS FLAVIUS « *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* » (1), la question de la libre trouvaille du droit (*freie Rechtsfindung*) est devenue, pour le monde juridique allemand, comme un thème à la mode, qu'on agite sans cesse et sous mille formes, débordant du point de vue strictement positif sur le domaine philosophique, économique et législatif, s'adaptant à toutes les parties du droit, mais, principalement, au droit privé, civil ou commercial, parfois, aussi, au droit pénal (2).

C'est, surtout, dans les échanges de vue et les luttes d'idées, auxquels sont particulièrement consacrées les nombreuses revues juridiques de l'Allemagne et de l'Autriche, qu'a continué à se manifester cette intense agitation. Les témoignages en abondent. — Depuis 1906, notamment, on voit les périodiques, les plus anciens et les plus autorisés, *Archiv für die civilistische Praxis*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* (de GOLDSCHMIDT), *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (de GRÜNHUT), *Archiv für bürgerliches Recht* (de J. KOHLER), *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* (de GRUCHOT), *Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich* (de SCHMOLLER), *Das Recht* (Rundschau für den deutschen Juristentag), *Juristische Wochenschrift* (Organ des deutschen Anwaltvereins), *Gerichtshalle*, *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, et d'autres, réserver une place importante à la discussion des problèmes soulevés par le mouvement du « *freies Recht* ». — Le même intérêt se communique à des organes, plus strictement spécialisés, tels que, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (notamment, années

(1) Voy. ci-dessus : t. II, p. 372-376 (n° 216).

(2) Voy., par exemple : Th. LÖWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, dans *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, t. XIV, p. 471 et sq.

1905 à 1908), *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (de J. KOHLER), *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (de F. MEYER), *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (de W. SOMBART, M. WEBER, E. JAFFI), *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Processrecht* (de J. KOHLER), voire à des revues, de tendances nettement pratiques, *Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich*, *Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen* (de HOLDHEIM), entre autres. — Mais, ce sont, plutôt encore, de jeunes et vivantes publications, qui nous représentent, au mieux, l'afflux incessant des contributions, apportées, de toutes parts, au problème des sources et des méthodes, tel qu'il vient d'être récemment posé : *Deutsche Juristen-Zeitung*, créée, en 1896, au moment de la publication du nouveau Code civil allemand ; *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, fondé en 1907 par J. KOHLER et F. BEROLZHEIMER ; *Deutsche Richterzeitung*, organe d'une puissante association de magistrats (*deutscher Richterbund*) et datant de 1909 ; *Recht und Wirtschaft*, nouveau périodique constitué, en 1911, sous l'inspiration des professeurs et magistrats les plus dévoués à la *freie Rechtsfindung*, et assorti d'une série de publications, destinées à développer les principaux thèmes dépendant de ce mouvement d'idées (*Schriften des Vereins zur Förderung zeitgemäßen Rechtspflege und Verwaltung « Recht und Wirtschaft »*). — Il faut, avant tout, éplucher ces divers recueils, année par année, si l'on veut avoir une vue d'ensemble des efforts, multiples et variés, poursuivis dans le sens qui nous intéresse ici.

En même temps, certains aspects du problème apparaissent, plus ou moins directement, envisagés dans les travaux universitaires d'occasion (*Festgabe-Discours académiques*), restés si fort en honneur dans les pays austro-allemands (1). Il semble

(1) Voy. notamment : M. RÜMELIN, *Bernard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft*, Tübingen. Rektoratsrede, 1907. — R. LÄNING, *Ueber Wurzel und Wesen des Rechts*, Jena. Rede, 1907. — E. JUNG, *Positives Recht*, aus der Festschrift Giessen, 1907. — K. GAREIS, *Vom Begriff Gerechtigkeit*, aus der Festschrift Giessen, 1907. — E. ERBLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Rektoratsrede, 1907. — STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, aus der Laßand-Festgabe, 1908. — M. RÜMELIN, *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns*, Tübingen, (Kanzleired), 1908. — P. CÉRTMANN, *Gesetzswang und Richterfreiheit* (Rede),

que les jurisconsultes, les plus notoires, se piquent de prendre parti pour ou contre les tendances nouvelles. Et, la plupart des notices nécrologiques, consacrées à des maîtres en renom, ne manquent pas de signaler l'attitude prise par ceux-ci dans le combat doctrinal engagé sur ce terrain (1). On voit aussi plusieurs corps scientifiques mettre au concours des questions, très étroitement rattachées au même ordre de préoccupations (2).

Mais l'agitation a bien vite excédé le cercle fermé des Académies. Et divers congrès cherchèrent à y intéresser le monde, plus large, des penseurs, de toute sorte, et des praticiens : congrès annuel de l'Association pour la philosophie du droit et de l'économie (*Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*), en 1910 (3) ; premier congrès allemand des sociologues, réuni à Francfort-sur-le-Mein, en octobre 1910 (4) ; second congrès des juges et vingtième congrès des avocats, tenus respectivement à Dresde (5) et à Würzburg (6), en 1911 ; trente et unième congrès allemand des juristes, en 1912 (7).

Leipzig, A. DZICHERT, 1909. — Ph. HZCK, *Der Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen (Rede), 1912. — K. GARZIS, *Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts*, München (Rede), 1912.

(1) Voy. notamment : O. GIERKE, H. Dernburg. Ein Gedankenblatt, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 1337-1342, surtout p. 1341-1342. — M. RÜMELIN (O. Bülow), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1908, t. 103, p. 23-26 ; p. 29-30. — M. RÜMELIN (O. Wendl), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1912, t. 108, p. 35-36. — Ph. HECK (S. Rietschel), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1913, t. 110, p. 13-14. — Comp. G. SEGRÈ (Giuseppe Unger), dans *Rivista di diritto civile*, 1914, t. VI, p. 620-623.

(2) C'est ainsi, qu'en 1911, l'Université de Greifswald mettait au concours, pour la « Rubenow Stiftung », le sujet suivant : « Die Stellung des deutschen Richters zu dem Gesetz seit dem Ausgang des 18 Jahrhunderts » (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 222-223. — *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1907, t. XXVII, p. 600). — Peu auparavant, la « Kantgesellschaft » avait choisi comme « Preisaufgabe » : « Das Rechtsgefühl » (F. VIERHAUS, *Ueber die Methode der Rechtssprechung*, Hannover, 1911, p. 71).

(3) Voy. l'*Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-1910, t. III, surtout : S. BRIE u. H. REICHEL, *Billigkeit und Recht mit besonderer Berücksichtigung der Freirechtsbewegung*, p. 526-525, et, à la suite : G. KISS, p. 536-550 ; ten HOMPEL, p. 551-572 ; W. POLLACK, p. 572-579 ; puis, les discussions : p. 579-594.

(4) Voy. l'exposé (Vortrag) d'H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, dans *Verhandlungen des ersten deutschen Soziologentages*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911.

(5) Voy., surtout, le rapport de STAFFEL, *Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz besonders im Hinblick auf die Freirechtsbewegung*, dans *Deutsche Richterzeitung*, 1911, t. III, p. 724 et sq. ; — et, sur la résolution adoptée par le Congrès : A. NADE, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. 15, p. 1194.

(6) Sur la « Vorbildungsfrage », voy. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 1002-1003, p. 1191-1192.

(7) Voy. dans 31 deutscher Juristentag, 1912, t. II, p. 200 et sq., un « Gutach-

Il y a plus. — Deux efforts parallèles, dus aux initiatives de Bozi et de BÖRNGEN (haut magistrat d'Jena, représentant un groupe important de jurisconsultes de cette ville) (1), se produisent, en 1910-1911, pour soumettre le gros du problème à un public élargi, et la *Frankfurter Zeitung* prête sa large publicité à ces tentatives d'extension de la doctrine (2).

De temps à autre, d'ailleurs, paraissaient des études, descriptives, visant à définir les étapes successives du mouvement et à mettre au point les résultats qui pouvaient sembler acquis (3).

**218.** — Au milieu de tant de travaux, d'importance et de valeur diverses, se distinguent quelques ouvrages, d'envergure plus large, qui, sans proposer un système proprement dit, cherchent, du moins, à esquisser les grandes lignes de la méthode, apte à satisfaire quelques-unes des aspirations récentes (4). — Qu'il me suffise de relever, parmi eux, une

« ten » d'E. EHRLICH, sur ce thème : « Was kann geschehen, um, bei der Ausbildung, das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern ? »

(1) Voy. BÖRNGEN, *Um das Recht der Gegenwart*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 177-183 et le « Nachwort » de LIEBMAN, *ibid.*, p. 183-185.

(2) Voy. H. U. KANTOROWICZ, *Die Bewegung in der Rechtswissenschaft*, dans « *Frankfurter Zeitung* », nos des 15 et 17 février 1911. — Comp. d'autres indications, sur le mouvement, dans *Frankfurter Zeitung*, nos des 3 juin 1910 ; — 24 décembre 1910 ; — 3 et 11 février 1911.

(3) Voy. notamment : Z. M. PERITSCH, *Die gegenwärtige Richtung der privatrechtlichen Studien in Frankreich und Deutschland*, dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1906, t. II, p. 371-380. — G. RADBRUCH, *Litteraturbericht über Rechtsphilosophie*, dans *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de 1905 (t. 25) à 1908 (t. 28). — BAUMGARTEN, *Die Freirechtsbewegung*, dans *Deutsche Richterzeitung*, 1911, t. III, p. 543 et sq. — F. BEROLZHEIMER (*Die deutsche Rechtsphilosophie im zwanzigsten Jahrhundert* (1900-1906), dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1907-1908, t. I, p. 145-148 (§ 7). — NEUKAMP, *Die Freirechtsbewegung und ihre Anhänger* (Vortrag), dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1912, t. VII, p. 203-224 ; et *Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung* (résumé de l'Exposé précédent), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 44-50. — A. v. PERETIATKOWICZ, *Methodenstreit in der Rechtswissenschaft*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1912, t. 39, p. 555-574. — WARSCHAUER, *Die Freirechtsbewegung*, dans *Gesetz und Recht*, 1913, XIV Jahrgang, nos 1-10. — Comp. F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, dans *Rivista di diritto civile*, 1911, t. III, p. 490-516. — Voy. aussi : E. STAMPE, *Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung*. Vorträge gehalten vor Richtern und Staatsanwälten des Kammergerichtsbezirks, Berlin, F. Wahlen, 1911.

(4) Voy., par exemple : H. SCHMÖLDER, *Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts*, Hamm, 1907. — R. LAZARFELD, *Das Problem der Jurisprudenz*, Wien, 1908. — A. DÜRINGER, *Richter und Rechtssprechung*, Leipzig, Veit u. C., 1909. —

intéressante brochure de L. BRÜTT, consacrée à « *l'art de l'application du droit* » (1). — A la suite d'un exposé, très fouillé, des idées générales, qui, dominant le droit positif, permettent d'en spécifier nettement la substance propre (2), l'auteur caractérise l'interprétation juridique comme devant découvrir des jugements de valeur immanents (3); puis, il critique la jurisprudence de concepts, basée sur la fiction absurde de l'absence de lacunes du droit positif (4); il réproouve également les divers courants, qu'on peut réunir sous le nom de jurisprudence de sentiment (5); ensuite, arrivant au système critique de R. STAMMLER, il en retient la notion du « juste droit », dont il cherche à affiner le criterium, en l'adaptant aux exigences de la civilisation contemporaine (6). Enfin, il montre comment le « juste droit », sainement compris, peut efficacement diriger l'interprétation et l'application même du droit positif (7). Bref, sous le couvert modeste d'une sorte d'éclectisme vulgarisateur, L. BRÜTT nous présente une véritable mise au point des idées, un peu troubles, de STAMMLER; ainsi, les rapproche-t-il très sérieusement du but qu'il s'agit d'atteindre et leur assure-t-il la valeur pratique, indispensable pour leur mise à effet.

Mais, si l'on veut constater l'influence des idées nouvelles sur les courants dominateurs de la science juridique allemande, c'est, plutôt encore, aux travaux les plus accrédités de l'enseignement universitaire, qu'il importe de s'adresser. Or, — sans revenir sur l'attitude prise, en face des débuts du « *freies Recht* », par les coryphées de l'époque antérieure (8), — il est

R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910. — I. KORNFELD, *Soziale Machtverhältnisse*, Wien, Manz, 1911. — F. VIERHAUS, *Ueber die Methode der Rechtssprechung*, Hannover, Helwing, 1911. — C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlin, Liebmann, 1912. — L. SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, München u. Leipzig, Duncker u. Humblot, 1913. — P. CEBTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrs-sitte, insbesondere nach Bürgerlichen Recht*, Leipzig, A. Deichert, 1914.

(1) L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907.

(2) L. BRÜTT, *op. cit.*, §§ 1-3, p. 1-42.

(3) L. BRÜTT, *op. cit.*, § 4, p. 43-72.

(4) L. BRÜTT, *op. cit.*, § 5, p. 73-100.

(5) L. BRÜTT, *op. cit.*, § 6, p. 101-111.

(6) L. BRÜTT, *op. cit.*, §§ 7-8, p. 112-140.

(7) L. BRÜTT, *op. cit.*, §§ 10-12, p. 146-214. — Comp. § 9, p. 141-145. — Voy. aussi, sur cet important opuscule de L. BRÜTT, Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, Sirey, 1915, t. II, p. 376-379 (n° 114).

(8) Voy. ci-dessus, notamment, t. II, p. 376-379 (n° 216).

intéressant d'observer, que, parmi les auteurs plus récents, ceux-là mêmes, qui réprouvent ostensiblement la « *freie Rechtsfindung* », ne laissent pas, dans le détail de leurs développements, de faire de larges concessions à l'esprit d'indépendance dogmatique, qui en forme le noyau essentiel. C'est le cas, notamment, d'E. HÖLDER (1), de P. CERMANN (2), et d'A. v. TUHR (3), dans leurs commentaires du Code civil allemand de 1896, de R. STAMMLER (4), d'E. R. BIERLING (5), et d'E. JUNG (6), dans leurs dernières études importantes de philosophie du droit. — Une position, plus décidée, dans le sens du courant moderne, avait été prise, depuis longtemps, par F. ENDEMANN et par J. KOHLER (7), qui l'ont encore accentuée, en leurs *Manuels de droit civil* (8). — Mais, le témoignage, le plus remarquable, à ma connaissance, de la pénétration du « *freies Recht* » dans les milieux classiques, ressort du *Manuel de la procédure civile allemande*, de K. HELLWIG, dont la publication, commencée en 1903-1907 (9), et malheureusement interrompue par la mort de son auteur, s'est trouvée, en quelque façon, complétée par le *Système de la procédure civile allemande*, du même jurisconsulte, paru en 1912 (10). Je ne parle pas, seulement, des développements, consacrés, par ces ouvrages, au droit coutumier et à ses rapports avec la loi (11). Mais, quand, à propos de l'application du droit par le juge, K. HELLWIG arrive au

(1) Ed. HÖLDER, *Kommentar zum allgemeinen Theil des B. G. B.*, München, Beck, 1900, notamment, p. 15-24 (Einleitung. II. Die Auslegung des B. G. B. 1. Ueberhaupt).

(2) P. CERMANN, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, 1908. — *Recht des bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, Göschen, 1909.

(3) A. v. TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910.

(4) R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, *passim*, notamment : Achter Abschnitt, D, §§ 15-19, p. 719-750.

(5) E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, §§ 53-54, p. 197-334 et §§ 56-57, p. 340-427, *passim*.

(6) E. JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1912, *passim*.

(7) Voy. ci-dessus, t. II, p. 365 et p. 366, texte et note 1 (n° 214).

(8) F. ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G. B.* (nombreuses éditions). Voy. notamment le § 11. — J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, C. Heymann, 1904, §§ 24-43, p. 78-145.

(9) K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, A. Deichert, t. I, 1903 ; t. II, 1907.

(10) K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, A. Deichert, 1912, § 5.

(11) Voy. notamment : K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. I, 1903, p. 21-22 (§ 4) ; p. 37-38 (§ 7) ; t. II, 1907, §§ 88-92, p. 137-163.

problème de l'interprétation et de la découverte du droit positif (*Rechtsauslegung und Rechtsfindung*) : a) il constate l'insuffisance de la subsumption pure et simple, à laquelle l'École classique prétendait ramener toute la tâche du juge (1) ; b) il proclame, en épurant et affinant les distinctions esquissées par E. ZITELMANN (2), l'existence de nombreuses lacunes dans le système légal (3) ; c) il cherche à montrer, que le juge subvient à ces lacunes, en insérant, dans les cadres du droit existant, les solutions, que suggère l'examen d'ensemble de l'actualité économique et sociale, appréciée au point de vue d'une législation idéale (4) ; d) il caractérise les règles, qui proviennent de semblables solutions, comme n'ayant en soi que la valeur de la chose jugée, et ne constituant de véritables principes de droit, qu'une fois reconnues par la généralité des intéressés et passées dans l'usage de la vie juridique, à titre de préceptes coutumiers (5). Au total, tout un programme d'élaboration du droit, par la voie judiciaire (6), qui — sans porter atteinte aux fondements constitutionnels de la justice moderne, et à l'exemple du § 1<sup>er</sup> de l'Avant-projet de Code civil suisse (alors seul connu), que notre auteur ne manque pas de signaler tout en cherchant à en épurer la pensée (7), — sait concilier les *desiderata* essentiels du progrès avec la fermeté indispensable à tout ordre juridique positif.

Des idées, plus osées encore, bien qu'assurément moins précises, se rencontrent dans quelques-unes des introductions générales, où les maîtres, les plus modernes, de la science germanique du droit, s'efforcent de condenser les lignes directrices de notre discipline (8). — L'un d'eux, Th. STERNBERG, reprend, en 1912, un nouvel examen du problème de la

(1) K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. II, 1907, p. 163-164 (§ 93, I).

(2) Voy. ci-dessus, t. II, p. 358-359 (n° 212).

(3) K. HELLWIG, *Lehrbuch*, t. II, 1907, p. 164-166 (§ 93, II).

(4) K. HELLWIG, *Lehrbuch*, t. II, 1907, p. 166-172 (§ 93, III). — *Adde* t. I, 1903, p. 38, note 7 (§ 7).

(5) K. HELLWIG, *Lehrbuch*, t. II, 1907, p. 173 (§ 93, IV). — *Adde* p. 174 (§ 93, V).

(6) *Adde* K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1912, § 5.

(7) K. HELLWIG, *Lehrbuch*, t. II, 1907, p. 172 (§ 93, III, 2, *in fine*).

(8) Voy. notamment : G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, Quelle u. Meyer, 1913, *passim*, notamment p. 22-29 ; p. 79-88 ; p. 139-145. — E. DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung. Anleitung für junge Juristen*, Jena, G. Fischer, 1912, B, §§ 21-28, p. 69-96.



« trouvaille du droit » (*die Rechtsfindung*) (1), déjà étudié par lui en 1904 (2) ; il montre, nettement, aux prises, les deux éléments, d'autorité (nomocratie) et d'indépendance (sophocratie), qui se disputent l'hégémonie dans l'élaboration progressive des institutions juridiques (3) ; il soutient que la doctrine de l'École nouvelle, telle qu'elle a été présentée jusqu'alors et limitée à combler les lacunes des sources formelles, ne peut donner que des résultats insuffisants (4) ; dès lors, il renverse, en quelque sorte, les positions, acceptées jusqu'alors, et affirme la primauté du droit libre (*Primat des freien Rechts*), laissant le droit coutumier à la base des institutions, telles qu'elles se présentent effectivement, réservant à la loi écrite les uniformités de formulaires, les règles d'organisation, les innovations administratives, le droit pénal et quelques détails de la fonction judiciaire, mais plaçant, avant tout, le droit scientifique (5), sauf à admettre une libre trouvaille, dépendant de l'appréciation subjective, dans le domaine des petites affaires et sous la garantie de l'opinion publique (6) : conception, ambitieuse et vague, qui semble formuler un aperçu de réformes aux contours indécis, plutôt qu'un programme adapté aux éléments positifs en vigueur.

**219.** — Tout cet ensemble de travaux — dont je n'ai pu fournir qu'un aperçu extrêmement superficiel et incomplet — manifeste, avant tout, chez les jurisconsultes austro-allemands, une application, intense et constante, au problème des sources et de la méthode d'interprétation du droit positif. Sans prétendre y découvrir une unité continue de pensée, qui semble, *a priori*, contredite par la variété et l'incohérence des efforts poursuivis en sens divers, on voudrait, du moins, reconnaître, au travers de ces vues si multiples et si complexes, quelques directions nettes, permettant de fixer les

(1) Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., t. I, Methoden = und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912. II Buch, §§ 9-13, p. 112-167.

(2) Voy. ci-dessus, t. II, p. 365, texte et note 3 (n° 214).

(3) Th. STERNBERG, *Einführung*, 2 A., t. I, 1912, p. 112-135 (§§ 9-11).

(4) Th. STERNBERG, *Einführung*, 2 A., t. I, 1912, p. 135-147 (§§ 11-12).

(5) Th. STERNBERG, *Einführung*, 2 A., t. I, 1912, p. 147-162 (§ 13). — Voy., notamment, la formule de la p. 152.

(6) Th. STERNBERG, *Einführung*, 2 A., t. I, 1912, p. 162-167 (§ 13).

courants principaux, dans lesquels se pût engager l'application future des règles juridiques, entrevue par les novateurs.

De ce côté, toutefois, la déception est grande. Car, lorsque, négligeant les controverses de mots et les critiques stériles, on s'attache à dégager seulement, de la masse énorme des matières, accumulées sur le sujet par la science germanique depuis la fin de l'année 1906, des formules, quelque peu précises, capables de fournir une orientation déterminée à la mise en œuvre du droit positif, on ne retrouve guère, reprises et à peine développées, que les idées, déjà écloses dans les périodes antérieures, qui pourtant n'avaient paru constituer qu'une préparation du mouvement (1).

C'est, d'abord, l'idée, qu'en dépit des prétentions d'une logique exaspérée, il existe inévitablement des lacunes dans le système du droit positif, constitué par les textes des lois écrites (*Lücken im Recht*). Définitivement acquise depuis 1902, grâce aux efforts d'E. ZITELMANN (2), cette idée a été, maintes fois encore, établie à nouveau et mise en plus pleine lumière par des travaux plus récents (3). — Mais, si elle justifie la nécessité d'un élargissement des sources ou d'un assouplissement de la méthode, elle ne procure, en réalité, aucun moyen précis, de réaliser l'un ou l'autre de ces objets positifs, et le prétendu progrès, par la reconnaissance des lacunes du droit existant (4), n'est jamais qu'une ouverture plus large vers une réforme à obtenir par d'autres moyens.

(1) Voy. ci-dessus, n° 210, t. II, p. 347-356 et nos 212-216, t. II, p. 357-379.

(2) Voy. ci-dessus, nos 212-213, t. II, p. 357-364.

(3) Voy. notamment : K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. II, Leipzig, A. Deichert, 1907, § 93, II, p. 164-166 et *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1912, § 5. — E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, p. 383-411 (§ 57). — E. DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung*, Jena, G. Fischer, 1912, §§ 26-27, p. 83-92. — E. DANZ, *Zur Auffindung und Ausfüllung der Lücken im Recht*, dans *Das Recht*, 1912, XVI Jahrgang, nos 21-24. — E. DANZ, *Fortschritt durch Erkenntnis der Lücken im Gesetz*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1914, t. XIX, p. 7-13. — HERHARDT, *Lücken im Recht*. Dissertation, Bonn, 1915. — SAENGER, *Lücken im Recht*, dans *Juristische Wochenschrift*, 1916, XLV Jahrgang, nos 16-21.

(4) C'est, à peu près, le titre d'un article d'E. DANZ, signalé à la note qui précède : *Fortschritt durch Erkenntnis der Lücken im Gesetz*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1914, t. XIX, p. 7-13. — On a reproché, à certains jurisconsultes, de chercher, par une interprétation, délibérément restrictive de la loi, à augmenter l'importance des lacunes des textes, pour étendre le champ d'application du « *freies Recht* ». Voy. notamment ce reproche, adressé à E. STAMPE, par E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, t. IV, 1911, p. 201, note 4 (§ 53, n° 1).

Ces moyens se peuvent rencontrer dans les sources formelles elles-mêmes, si, en modifiant leur notion, on parvient à en amplifier le champ. C'est ainsi, que s'est maintenue, chez certains partisans du « droit libre » (1), une conception objective de la loi écrite, qui, voyant dans celle-ci un phénomène social plutôt qu'une expression de volonté, permet plus aisément d'en adapter l'interprétation aux circonstances changeantes des situations juridiques (2). Il semble, pourtant, que cette conception artificielle n'ait pas donné tout le rendement, qu'on en attendait, et soit, en tout cas, restée insuffisante, pour subvenir aux lacunes de l'ordre juridique écrit (3). — Plus exacte, peut-être, mais plus limitée encore dans sa portée, s'est montrée la conception, développée surtout par E. DANZ, et suivant laquelle, tout en laissant à la loi son caractère d'acte de volonté, on s'efforçait d'expliquer cet acte (comme aussi bien tous les actes juridiques en général), moins par la recherche, individuelle et concrète, d'une intention difficilement saisissable, que par l'ambiance générale, qui détermine et précise toute volonté juridique (4).

Devant leur impuissance reconnue, à accommoder la loi à la plénitude des besoins de la vie sociale moderne, les juristes allemands n'ont pu renoncer totalement au droit coutumier. De fait, pareille source, qui avait surmonté les obstacles résultant de l'entrée en vigueur d'une large codification d'Empire (5), est maintenue dans les cadres, où se meuvent les

(1) Voy. notamment : J. KOHLER et KRAUS cités plus haut, t. II, p. 350, note 3 (n° 210) et p. 362, note 2 (n° 213). — Adde M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 1908, p. 43-47 ; p. 73, avec les autorités citées à la note 4 de la p. 43. — Voy. aussi : F. FERRARA (*Potere del legislatore e funzione del giudice*), dans *Rivista di diritto civile*, 1911, t. III, p. 502-503. Adde p. 503-507.

(2) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, n° 97, p. 223-230 : 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 257-264. — Adde Ed. HÖLDER, *Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, München, Beck, 1900, p. 15-24. — R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, Pichon, 1904, p. 92-93, p. 98-102 (§ X).

(3) Comp. Ph. HECK : *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Rede, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1912, p. 38, texte et note 1 : — et (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1914, t. CXII, p. 5-7 (§ 1) ; p. 67-70 (§ 7) ; comp. §§ 17-20, p. 250-301. — Adde C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlin, Liebmann, 1912, p. 22-45 (Kap. II).

(4) Voy. ci-dessus, t. II, p. 355, texte et note 3 (n° 210).

(5) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, n° 135-137, p. 384-391 ; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 438-446.

tendances nouvelles (1). — Il y a lieu de remarquer, toutefois, que cette coutume moderne s'écarte, de plus en plus, du type, mystique et dominateur, jadis rêvé par l'École historique (2), et qu'elle tend à se confondre avec ce conglomérat de phénomènes psychologiques, économiques et moraux, qui semblent constituer comme l'atmosphère vitale du droit positif et, à ce titre, prennent toute leur valeur, dans l'entourage de la loi, qu'ils vivifient en s'y appuyant (3).

Mais, comme, à défaut de la règle générale, qui vient échouer en face des particularités infiniment variables des faits, une autorité vivante, en contact étroit et constant avec les réalités, apparaît seule capable de dégager de celles-ci l'ordre inhérent à la notion même du droit, on se trouve ramené à l'idée féconde, jadis entrevue par O. Bülow (4); et, sous des formes ou avec des modalités diverses, on attribue, dans la création ou le développement des préceptes, un rôle capital à la juridiction (5). Ainsi, on voit, dans le magistrat, comme un intermédiaire indispensable entre la règle et la vie pratique; et on

(1) Voy., notamment : E. EHRlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrecht*. Rektoratsrede, Wien, Deuticke, 1907. — W. ANDERSEN, *Das Gewohnheitsrecht*. Eine rechtsphilosophische Abhandlung, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*, de GAUXHUT, 1910, t. 37, p. 337-374; et *Zwei Nachträge zur Abhandlung über das Gewohnheitsrecht*, même *Zeitschrift*, 1911, t. 38, p. 75-90. — E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, § 54, p. 299-334.

(2) Comp. FR. GENY, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 296-297; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 341-342 (n° 115). — Adde p. 345-346; 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 394-395 (n° 126).

(3) Voy., par exemple : E. DANZ, *Das geltende Gewohnheitsrecht und der Rechtsunterricht*, dans *Deutsche J.-Z.*, 1908, t. XIII, p. 26-33. — E. DANZ, *Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1909, t. 54 (N. F. 18 B.), p. 1-82. — P. CERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, A. Deichert, 1914; et, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1914, t. XIX, p. 649-655.

(4) Voy. ci-dessus, t. II, p. 359, texte et notes 2-8; p. 360, texte et note 1 (n° 210).

(5) Voy., entre autres : KULEMANN, *Recht oder Wissenschaft*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 1176-1180. — G. KLEINFELLER, *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1907-1908, t. 1, p. 199-209. — SCHNEIDER, *Gesetz und Richter*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1908, t. XIII, p. 569-572. — M. BURCKHARD, *Der Richter*, 1909. — A. DÜRINGER, *Richter und Rechtsprechung*, Leipzig, Veit u. C., 1909. — VIERHAUS, *Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1909, t. XIV, p. 1169-1175. — K. SCHNEIDER, *Gesetz und Richteramt*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 1012-1017. — RIEDINGER, *Der Präjudizienkultus der Praxis*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1911, t. 107, p. 189-197. — E. DANZ, *Richterrecht*, Berlin, C. Heymann, 1912. — C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlin, Liebmann, 1912. — LITTEN, *Die Rechtsprechung als Rechtsschöpfung*. Vortrag, dans *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 1913, LIV Jahrgang. — L. WITTMAYER, *Richter als Gesetzgeber*. Aufsätze, Wien, Hölder, 1913. — LENT, *Die Möglichkeit einer Rechtsentwicklung durch Rechtsprechung*, dans *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 15 juli 1914, t. VIII, nos 14-15, p. 1241 et sq.

lui confie hardiment la mission, qui dépassait les forces et les moyens du législateur. — Il faut cependant maintenir séparés le pouvoir d'établir les règles générales et celui de les appliquer aux faits. Aussi, s'appuie-t-on volontiers sur les indications ou suggestions de la loi elle-même, pour ne reconnaître au juge, que, suivant leurs données précises, une libre appréciation (*freies Ermessen*), qui, admise sans limites, risquerait de faire triompher l'arbitraire (1). Finalement, on arrive, à peu près, à reconnaître, à côté des sources formelles, une sorte de droit non écrit, essentiellement issu de l'autorité du magistrat (2).

Encore, à peine de consacrer ici un subjectivisme ruinant toute sécurité, est-il clair, que la mission de la méthode ne se peut achever, que si elle propose au juge des critères assez nets, pour assujettir son appréciation à des termes, que les intéressés puissent faire entrer d'avance dans leurs combinaisons d'affaires. Et, c'est à ce tournant, seul vraiment décisif, de toute interprétation juridique, que se montrent singulièrement incertains, incomplets, et, pour tout dire, défailnants, les efforts, tentés en Allemagne ou en Autriche-Hongrie, par les partisans, les plus modernes, de l'élargissement du droit. — Sans doute, nous voyons revenir, sous leur plume, les notions, bien connues, d'équité (*Billigkeit*) (3), de sentiment du droit (*Rechtsgefühl*) (4), de droit juste (*richtiges*

(1) Voy. STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, aus Laband-Festgabe, 1908. — R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig u. Wien, F. Deuticke, 1910. — P. CERTMANN, *Freies und unfreies Ermessen*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVIII, p. 186-191. — Comp. F. REGELSENGER, *Gesetz und Rechtsanwendung*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1911, t. 58, p. 146-174. — Voy. aussi : G. AUER, *Ueber die Freiheit des richterlichen Ermessens im Vorentwurfe zu dem ungarischen bürgerlichen Gesetzbuche*, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1912, t. XXIX, p. 299-314. — v. SCHEY, *Das österreichische allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch nach den Teilnovellen*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1917, t. XXII, p. 56.

(2) Voy., notamment, G. KISS, *Gesetzesauslegung und « ungeschriebenes » Recht*, dans *Jherings Jahrbücher*, t. 58 (N. F. 22 B.), p. 413-486. — Comp. A. v. PERETIATKOWICZ, *Methodenstreit in der Rechtswissenschaft*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* (de GRÜNHOFF), 1912, t. XXXIX, p. 555-574.

(3) Voy. par exemple : K. SCHÖLDER, *Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts*, Hamm, 1907. — S. BRIE u. H. REICHEL, *Billigkeit und Recht, mit besonderer Berücksichtigung der Freirechtsbewegung*, dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-1910, t. III, p. 526-555 : et. à la suite, G. KISS, *ibid.*, p. 536-550. — S. RUNDSTEIN, *Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins*, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1910, t. XXXIV, p. 1-40.

(4) Voy., par exemple, E. JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig,

*Recht*) (1), de jugement de valeur (*Werturteil*) (2). Mais, l'insuffisance de ces notions a été mille fois démontrée (3). Et, ce n'est pas en leur surajoutant l'appoint de la psychologie (4), des méthodes pratiques (5), voire de considérations politiques et sociales (6), qu'on y peut trouver des directions, assez fermes et assez souples, en même temps, pour satisfaire aux besoins de la vie moderne.

Ainsi s'explique, que le nombre et la variété même des idées, mises en avant, afin de définir le « libre droit », aient souvent suscité la défiance plutôt que recommandé la réforme, faute d'un système, d'ensemble et bien lié, capable d'harmoniser tous les efforts en vue du but unique à atteindre.

**220.** — On peut, cependant, au milieu de cette banalité décourageante d'opinions se multipliant, se croisant, se contredisant, se répétant surtout sans profit sérieux, découvrir

Duncker u. Humblot, 1912, *passim* ; — et, là-dessus : R. MÜLLER-ERZBACH, *Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle ?* dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 1913, t. 73, p. 429-457. — Comp. F. BEROLZHEIMER, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart*. Rechtsgrundsätze für freie Rechtsfindung, dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1910-1911, t. IV, p. 595-610 ; et. à la suite ; *Diskussionsbeiträge* de J. KOHLER et F. LEONHARD, *ibid.*, p. 685-686. — Adde L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, § 6, p. 101-111.

(1) Voy., notamment : R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle, 1911, p. 740 (§ 17). Rapp. §§ 15-19, p. 719-750. — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, §§ 7-12, p. 112-214.

(2) Voy., par exemple, M. RUMPF, *Gesetz und Richter*, Berlin, O. Liebmann, 1906, Kap. VII-XI, p. 50-96, *passim*. — Adde L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 71 (§ 4).

(3) Voy., encore : M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 1908, p. 50 (§ 4, III). — R. MÜLLER-ERZBACH (*Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle ?*), dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1913, t. 73, p. 423-436, p. 452-455. — Adde E. FUCHS, *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braun, 1912, Dritter Abschnitt, Gefühlsjurisprudenz, p. 37-50.

(4) Voy., par exemple, M. RUMPF, *Gesetz und Richter*, Berlin, 1906, p. 32-49 (Kap. IV-VI), *passim*. — Adde Th. STERNBERG, *Allgemeine Rechtslehre*, 1 A., Leipzig, Göschen, 1904, Erster Theil, p. 146-152 ; comp. p. 141-142 (§ 12).

(5) Voy. notamment : LEIST, *Die Einschränkung der Irrthams- und Täuschungsanfechtung in der Praxis*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1907, t. CII, p. 215-281. — A. N. ZACHARIAS, *Gedanken eines Praktikers zur Frage der « juristischen Modernismus »*, Berlin, J. Guttentag, 1910. — E. EERLICH, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 1911, t. 35<sup>1</sup>, p. 129-147. — SCHNEIDER, *Die Verwertung der praktischen Lebenserfahrungen durch den Juristen*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 1377-1384.

(6) Comp. : Th. NIEMEYER, *Recht und Politik*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 28-31. — P. OERTMANN, *Gute Sitten und Sozialpolitik*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 435-438.

quelques courants plus généraux, inspirés d'un méritoire effort de synthèse, qui ont tenté d'entraîner l'interprétation du droit, détournée de ses voies primitives, en des directions, mieux capables de supplanter celles, dont l'insuffisance avait été reconnue.

J'ose à peine signaler, à ce titre, une manière de voir, légèrement esquissée par A. Bozi, et suivant laquelle la jurisprudence moderne devrait être renouvelée par la méthode des sciences naturelles, soit au moyen d'inductions, d'hypothèses, d'expérimentations basées sur les faits, au lieu de principes *a priori*, mis en œuvre par le raisonnement déductif (1). — Pareille conception, si on la prenait à la lettre, ne pourrait être que délibérément écartée, comme reposant sur une confusion, aujourd'hui définitivement reconnue, entre deux domaines scientifiques, nettement séparés par leurs buts comme par leurs moyens (2). — En réalité, d'ailleurs, et, quand l'on va au fond des choses, l'assertion, témérairement émise par ces prétendus « naturalistes du droit », ne se traduit plus, au point de vue pratique, que dans la nécessité de multiplier et d'affiner les observations de fait, en vue de mieux poser et de plus nettement résoudre les problèmes juridiques. Or, s'il y a là une vérité incontestable, et toujours plus universellement reconnue, il est difficile d'y découvrir le principe d'une méthode, apte à renouveler les procédés de la jurisprudence moderne (3).

Cette vue superficielle mise à part (4), on peut, je crois,

(1) Voy., notamment, A. Bozi : *Die natürlichen Grundlagen des Strafrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1901. — *Die Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, dans *Das Recht*, 1906, t. X, p. 206 et sq. — *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*, Hannover, Helwing, 1907. — *Die Schule der Jurisprudenz. Eine Einführung in die Elemente der Rechtswissenschaft auf Grund der induktiven Methode*, Hannover, Helwing, 1910. — *Einführung in das lebende Recht als Fortsetzung der « Schule der Jurisprudenz »*, Heft I. Der Geschworene, Hannover, Helwing, 1912. — *Im Kampf um ein erfahrungswissenschaftliches Recht. Gemeinverständliche Aufsätze zur Justizreform*, Leipzig, Unesma 1916.

(2) H. U. KANTOROWICZ (*Die Bewegung in der Rechtswissenschaft*), dans *Frankfurter Zeitung*, n° 48 du 17 février 1911, col. 1, *initio*. — Rappr. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, n° 22, p. 67-70, et n° 57-67, p. 165-211.

(3) Comp. F. VIERHAUS, *Über die Methode der Rechtsprechung*, Hannover, Helwing, 1911, p. 69-70 (§ 15. Naturwissenschaftliche Methode).

(4) Rappr., à titre de « curiosum » : W. OSTWALD, *Die energetischen Elemente des Rechtsbegriffs*. Vortrag, publié dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1909, V Jahrgang, p. 173-190.

discerner deux tendances, suivant lesquelles les jurisconsultes austro-allemands, partisans d'un droit plus libre, se sont efforcés de synthétiser leurs idées positives de réforme.

L'une de ces tendances paraît directement issue, de la critique des conceptions et constructions juridiques, dès longtemps entreprise par R. von JHERING (1), et poursuivie sans relâche par toute une lignée de juristes, pénétrés des idées du maître (2). Ayant qualifié jurisprudence de concept (*Begriffsjurisprudenz*) — ou parfois jurisprudence de construction (*Konstruktionsjurisprudenz*) — la méthode, si longtemps en honneur, qui traitait les faits de la vie juridique par le moyen des idées générales, tenues pour nécessaires à l'effet de les représenter, et ayant découvert la vanité et l'impuissance de cette méthode, en face des réalités impérieuses, qu'elle dénaturait à plaisir, ces jurisconsultes lui ont opposé une jurisprudence d'intérêts (*Interessenjurisprudenz*) (3), qui s'attacherait à bannir le plus possible les abstractions et à considérer, face à face, pour les rechercher (*Interessenforschung*), les comparer (*Interessenvergleichung*) et les équilibrer (*Interessenabwägung*), les intérêts humains, dont est constitué le fonds essentiel de l'organisation juridique positive. — Suivant ces vues, toute une partie — la plus importante, au début du moins, — des controverses soulevées par le mouvement du « *freies Recht* », a consisté en un débat sans fin entre la jurisprudence de concepts (*Begriffsjurisprudenz*) et la jurisprudence d'intérêts (*Interessenjurisprudenz*) (4), où l'on a fait intervenir parfois les arguments les plus inattendus, et jusqu'à l'autorité de

(1) Voy. ci-dessus, t. II, p. 345-346, texte et note 1 de la p. 346 (n° 209). — Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>re</sup> éd., 1899, p. 78 (n° 4) et p. 44-45 (n° 25).

(2) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos 60 81, 1<sup>re</sup> éd., p. 111-174, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 124-193; — n° 158, 1<sup>re</sup> éd., p. 464-468, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 82-87, avec les références, *passim*.

(3) On a dit aussi quelquefois, de façon moins précise : jurisprudence de but (*Zweckjurisprudenz*); et jurisprudence réaliste (*Realjurisprudenz*).

(4) Voy., par exemple : R. SOHN, *Ueber Begriffsjurisprudenz*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1909, t. XIV, p. 1019-1024. — Ph. HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz die wir bekämpfen*, *ibid.*, 1909, t. XIV, p. 1457-1461. — R. SOHN, *Begriffsjurisprudenz*, *ibid.*, 1910, t. XV, p. 114-118. — E. STAMPE, *Rechtsfindung durch Konstruktion*, *ibid.*, 1905, t. X, p. 417-422. — *Rechtsfindung durch Interessenabwägung*, *ibid.*, 1905, t. X, p. 713-719. — *Gesetz und Richtermacht*, *ibid.*, 1905, t. X, p. 1017-1022. — Ph. HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzstrennung*, *ibid.*, 1905, t. X, p. 1140-1142.



notre PASCAL (1). — Au fond, réserve faite d'une certaine nécessité des concepts pour permettre à l'esprit de saisir les réalités et de les harmoniser suivant l'ordre qui reste le but dernier du droit, il ne paraissait guère douteux, qu'une considération directe des intérêts en présence restât le guide le plus sûr du jurisconsulte, appelé à aplanir les conflits de droits entre les hommes (2). Mais, la difficulté consistait à établir, qu'en dehors d'une solution impérativement fournie par les sources formelles (loi ou coutume), l'appréciation des intérêts offrît, en soi, des éléments objectifs assez nettement déterminés, pour entraîner une conviction ferme, et qui pût garantir la sécurité des relations sociales (3).

Or, cette difficulté n'a été sentie que par un petit nombre des auteurs de la jurisprudence d'intérêts (4). Et, il reste douteux qu'aucun d'eux soit parvenu à la vaincre. — Sans doute, la notion d'intérêt juridique a été exposée, de façon très pénétrante, par Ph. HECK, qui, en dernier lieu, s'est efforcé de combiner l'interprétation de la loi avec la jurisprudence d'intérêts (5). Mais, les explications de cet auteur se sont trop

(1) A. BAUMGARTEN, *Blaise Pascal und seine Stellung zu dem Problem der Begriffs- und Zweckjurisprudenz*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, t. XV, p. 60-61. (D'après BAUMGARTEN, certains passages des « *Pensées* » témoigneraient en faveur de la jurisprudence de concepts.)

(2) C'est bien le résultat, qui se dégage de l'intéressante controverse, poursuivie, entre R. SOHN et Ph. HECK, dans les trois articles de la *Deutsche Juristen-Zeitung*, cités en premier lieu, ci-dessus, t. II, p. 394, note 4 (n° 220). — Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *passim*, notamment 1<sup>re</sup> éd., p. 113-115, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 127-130 (n° 61) ; — 1<sup>re</sup> éd., p. 117-118, 2<sup>e</sup> éd., p. 131-133 (n° 63) ; — 1<sup>re</sup> éd., p. 129-131, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 144-147 (n° 68) ; — 1<sup>re</sup> éd., p. 133, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 148-149 (n° 69) ; — 1<sup>re</sup> éd., p. 153, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 170 (n° 75) ; — 1<sup>re</sup> éd., p. 172-174, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 190-193 (n° 81) ; — 1<sup>re</sup> éd., p. 465-468, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 83-87 (n° 158). — Adde Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, chapitre quatrième : Du rôle des éléments intellectuels en toute élaboration de droit positif, nos 35-56, p. 101-164, *passim* ; et surtout, t. III (à paraître) chapitre consacré aux procédés intellectuels de la technique juridique.

(3) Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos 173-174, 1<sup>re</sup> éd., p. 539-548, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 167-177.

(4) A ceux, qui vont être indiqués au texte, il y a lieu d'ajouter, entre autres : R. MÜLLER-ERZBACH : *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt*, Berlin, Guttentag, 1905. — *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1912, t. LXI, p. 343-384. — *Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle ? Zur Aufklärung über die Interessenjurisprudenz*, dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 1913, t. LXXIII, p. 429-457. — M. RÜMELIN (*Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B. G. B.*), § 14. Kritische Würdigung des geltenden Rechts, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, t. 98 (N. F. 48), p. 316-337.

(5) Sur les premiers travaux de Ph. HECK, voy. ci-dessus : t. II, p. 352, note 4

souvent cantonnées dans un domaine abstrait et théorique, qui laisse incertaine leur valeur pratique et ne permet pas de mesurer l'adaptabilité du système à la vie. — L'effort a été poussé plus loin par E. STAMPE, qui, après une série d'études, consacrées à établir les défaillances de la construction et la supériorité de la considération téléologique dans la création ou le développement des règles de droit par la libre action du jurisconsulte (1), s'est attaché à exposer et justifier une transformation de points de vue, fondée principalement sur la fonction des institutions juridiques et combinant les cercles d'intérêts (privés ou publics), les valeurs sociales, les procédés destinés à enchaîner ou à dissocier ces valeurs, pour aboutir aux droits subjectifs, considérés comme l'expression des rapports qui unissent les cercles d'intérêts aux valeurs (2). Ces développements ne sont pas sans jeter quelque lumière sur le fonctionnement des règles du droit, et ils suggèrent parfois des solutions intéressantes. Il faut bien reconnaître, pourtant, qu'ils valent plus par la finesse de leurs détails, que par l'idée générale, à laquelle ils sont artificiellement rattachés. Et, si l'ensemble des travaux d'E. STAMPE représente, à mes yeux, l'effort le plus complet et le plus cohérent, qu'ait tenté la science allemande, dans la voie de la « libre trouvaille du droit » (*freie Rechtsfindung*), je ne puis dire, qu'il nous ait montré, dans la « jurisprudence d'intérêts » (*Interessenjurisprudenz*), la formule féconde, à la fois suffisante et assurée, qui pût nous conduire au but.

**221.** — Aussi bien, c'est vers une direction, plus large, mais moins précise encore et d'une malléabilité déconcertante,

(n° 210) et p. 364, note 4 (n° 214). — Adde : *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Rede, Tübingen. J. C. B. Mohr, 1912. Mais voy. surtout l'étude importante du même auteur : *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (extrait de l'*Archiv für die civilistische Praxis*, 1914, t. CXII, p. 1-318), Tübingen, J. C. B. Mohr, 1914, dont il sera parlé ci-après, t. II, p. 403, note 3 (n° 222).

(1) E. STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*. Greifswald, J. Abel, 1907 : les 4 premières études (publiées, en divers recueils, en 1905 et 1906). — Adde E. STAMPE, *Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung*, Berlin, F. Wahlen, 1911.

(2) Voy., déjà, E. STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, Greifswald, J. Abel, 1907 : la cinquième étude (nouvelle) intitulée : *Der Dilettantismus in unserer juristischen Begriffsbildung*, p. 38-89 ; — et surtout : *Aus einem Freirechtslehrbuch*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1911, t. CVII, p. 274-275 ; — 1912, t. CVIII, p. 42-277 ; — 1913, t. CX, p. 119-218.

que s'orientent volontiers les dernières recherches des protagonistes du « *freies Recht* ». La plupart nous parlent de *sociologie* (1), et nous annoncent qu'une méthode, largement *sociologique*, est seule capable de fournir, à l'application et à l'interprétation du droit positif, les éléments, dont elles ont besoin, à défaut des anciens appuis, reconnus inopérants ou insuffisants, en face des conditions modernes.

La formule une fois mise en avant, on est loin d'être d'accord, sur sa portée et ses conséquences.

Pour SINZHEIMER, l'interprétation sociologique doit simplement compléter l'interprétation dogmatique, qui conserverait la première place (2). A l'inverse, KORNFIELD tendrait plutôt à dépouiller la science juridique de tout caractère normatif et à la transformer en une pure sociologie du droit, sauf à y joindre une technique, qui élaborerait les solutions normatives (3). KANTOROWICZ demande une sociologie du droit, nettement distincte de la sociologie générale (4). Et c'est aussi, sous des dehors plus troubles, l'idée déterminante d'E. EHRlich (5). Tandis que la plupart des partisans du même point de vue général, E. FUCHS (6) et J.-G. GMELIN (7), notamment, introduisent brutalement la sociologie dans le droit, sans viser à maintenir le caractère spécifique de celui-ci.

Mais, c'est la notion même, et, pour ainsi dire, la substance, de cette sociologie, destinée à fournir les éléments de la for-

(1) Voy., par exemple, — en dehors des auteurs, attachés à cette tendance, qui sont signalés dans la suite de mes développements — : Z. M. PERITSCH (*Die gegenwärtige Richtung der privatrechtlichen Studien in Frankreich und Deutschland*), dans *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1906, t. II, p. 375-380, *passim*. — NEUKAMP (*Der gegenwärtige Stand der Freirechtbewegung*), dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 45 ; p. 46.

(2) H. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, München, M. Rieger, 1909.

(3) I. KORNFIELD, *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Recht auf soziologischen Grundlage*. Wien, Manz, 1911.

(4) H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, p. 21-35.

(5) Cons., notamment, E. EHRlich : *Soziologie und Jurisprudenz*, Czernowitz, 1906. — *Soziologie des Rechts*, dans « *Die Geisteswissenschaften* », Leipzig, Veit u. Cie, I Jahrgang, 1913-1914, p. 202-205 et p. 230-234. — *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München u. Leipzig, Duncker u. Humblot, 1913.

(6) Sur l'œuvre d'E. FUCHS, voy. ci-après, t. II, p. 399-400 (n° 221), avec les références.

(7) J. G. GMELIN, *Quousque ? Beiträge zur soziologischen Rechtsfindung*, Hannover, Helwing, 1910.

mation et du développement du droit positif, qui demeurent, jusqu'alors, entourées d'une indétermination et d'une inconsistance défiant tout emploi utile. — En opposant l'une à l'autre, dès 1906, la jurisprudence et la sociologie, E. EHRLICH se proposait, surtout, d'attirer l'attention des juristes, sur les « formes d'organisation », nécessaires pour compléter les « règles de décision », qui représentent comme le sédiment de l'élaboration des sources. Et, il voyait, dans les recherches sociologiques, telles que les avait définies A. COMTE, les bases d'une morphologie sociale, où la jurisprudence pratique pût trouver le principe de son rajeunissement (1). — En 1911, H.-U. KANTOROWICZ étudie la question de plus près, devant le premier congrès des sociologues allemands. Et, parti du mouvement du « droit libre » (*freirechtliche Bewegung*), il considère la sociologie, comme devant surtout animer l'investigation historique, qui éclairera les situations à régler par le droit, sans jamais se confondre avec lui (2).

La pensée se dégage, un peu mieux, de nouveaux et importants travaux d'E. EHRLICH, publiés en 1913, et qui tendent à poser les fondements de la sociologie du droit (3). Ici, EHRLICH sépare nettement le droit proprement dit, envisageant les règles de conduite sociale, de la sociologie, qui étudie les conditions de fait de la société des hommes, d'où surgiront les formes destinées à la régir. Il montre, dans les éléments fonciers des groupes humains, les substructions nécessaires à la discipline, que constitue le droit et qui se traduit en faits avant de passer en préceptes. Sa sociologie du droit n'est donc qu'une science descriptive, aucunement normative. Elle domine le droit positif, sans pouvoir le pénétrer. Et, de fait, au milieu de ces considérations, copieuses et saisissantes, qui nous font sentir le jeu respectif du mouvement social et du droit vivant, on n'aperçoit aucun principe de solution positive,

(1) E. EHRLICH, *Soziologie und Jurisprudenz* (Sonder-Abdruck aus der « *Österreichische Richter-Zeitung* » ; — article publié, d'abord, en raccourci, dans la « *Zukunft* » de HARDEN.

(2) H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (aus den Verhandlungen des ersten deutschen Soziologentages, vom 19-22 oktober 1910, in Frankfurt a. M.), Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911 Voy., notamment, p. 10-35.

(3) Voy. surtout : E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig, Duncker u. Humblot, 1913.

des conflits d'intérêts, surgissant chaque jour entre les hommes. Bref, la sociologie est ramenée à sa pureté primitive. Et, si elle peut passer pour le fondement scientifique de la jurisprudence et de la politique du droit, elle semble renoncer à servir d'instrument à l'interprétation positive (1).

En réalité, pour voir comment la Sociologie peut intervenir dans l'application même du droit positif, il faut s'adresser à certains novateurs extrêmes, dont le représentant, le plus qualifié, demeure assurément E. FUCHS (2). Chez celui-ci, d'ailleurs, la Sociologie n'apparaît que comme l'un des nombreux éléments d'un système critique, fort mêlé et très violent, qu'on peut tenir, jusqu'ici du moins, pour la position la plus avancée de l'agitation du « *freies Recht* ». — E. FUCHS poursuit, avec acharnement, les procédés de l'École encore dominante, basés sur le fétichisme de la loi écrite et le culte des concepts et constructions logiques, qu'il flétrit d'un bloc sous le nom de Pandektologie, et dont il découvre l'influence dans les cercles les plus éminents de la justice allemande. Il critique sévèrement aussi la procédure judiciaire en usage, et spécialement tout ce qui s'y rattache à la production ou à l'examen des preuves. Au lieu et place de ces institutions archaïques, et funestes à la vraie justice, il prône la psychologie et la sociologie, la première destinée surtout à reconnaître en toute sûreté les faits juridiques rapportés en preuve, l'autre pour suggérer

(1) E. EHRlich, *Soziologie des Rechts*, dans la publication hebdomadaire : « *Die Geisteswissenschaften* », Leipzig, Veit u. C., I Jahrgang, 1913-1914, p. 202-205 et p. 230-234.

(2) Voy., notamment, E. FUCHS : *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schu! = und Justizreform*, Leipzig, Teutonia, 1907. — *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* (aus Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1907, mit Ergänzungen und Erweiterungen), Berlin, C. Heymann, 1908. — *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (publié en partie dans Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1908), Karlsruhe, Braun, 1909. — *Die soziologische Rechtslehre*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, t. XV, p. 283-288. — *Klassische Einwendungen gegen die soziologische Rechtslehre*, dans *Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen* (de HOLDHEIM), 1911, t. XX, p. 82 et sq. — *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braun, 1912. — *Übersichtliche Darstellung der Judikatur des obersten Gerichtshofes in Zivilsachen*, dans *Allgemeine österreichische Gerichts Zeitung*, XIV Jahrgang, 1913, nos 27-42. — *Die moderne Rechtsfindung*, dans *Juristische Wochenschrift*, 1914, XLIV Jahrgang, nos 5-6. — *Stellung der sogenannten Freirechtsschule zur der Formvorschriften*, dans *Zeitschrift der deutschen Notarvereine*, 1916, XVI Jahrgang, Heft 7. — *Grundbegriffe des Sachenrechts*, Berlin, Mœser, 1916. — *Zur juristischen Neuorientierung*, dans *Juristische Wochenschrift*, XLVI Jahrgang, nos 16-21.

infailliblement les meilleures solutions de droit. — Il distingue trois principales tendances méthodologiques. L'une, appuyée presque exclusivement aux concepts, a définitivement trahi son impuissance irrémédiable. La seconde, où domine le sentiment, cherche péniblement à déguiser des solutions, parfois justes, sous le couvert des moyens classiques; aussi mérite-t-elle le nom de « kryptosociologie ». La troisième seule découvre franchement la réalité, en pratiquant une psycho-sociologie, qui lui permet de mesurer exactement les intérêts en présence et de régler leur conflit suivant les exigences les plus évidentes de l'économie moderne. — Tout pénétré d'un radicalisme intransigeant, que l'auteur affiche dans le titre éclatant d'un de ses ouvrages (*Juristischer Kulturkampf*) (1), ce système, parfois qualifié de « modernisme juridique » (2), réunit, en réalité, comme en un faisceau mal soudé, tous les moyens propres à adapter, fût-ce brutalement, notre organisation de droit positif aux besoins contemporains. Et, parmi ces moyens, la place, la plus large, semble appartenir à la sociologie, qui, seule, permet de pénétrer les réalités sociales, en vue d'y découvrir les exigences mêmes qu'elles révèlent. Pour nous convaincre de sa puissance, E. FUCHS a multiplié les exemples et les applications pratiques, en opposant, sur chacun, les résultats féconds de sa méthode aux solutions de l'interprétation classique, boiteuses et souvent déplorables, quand elles ne sont pas déguisées ou corrigées par la « kryptosociologie » (3). — On ne peut manquer d'être frappé de la justesse de certains aperçus de l'auteur, et l'on se sent aisément incliné à approuver un grand nombre des solutions qu'il propose. Mais, si ces solutions sont le plus souvent facilitées par la liberté d'allures qu'il se donne, on n'aperçoit pas qu'elles se justifient, grâce aux arguments d'une sociologie exactement déterminée, et l'on ne peut s'empêcher de penser, que, ce que FUCHS nous présente comme un ensemble d'éléments réalistes se ramène purement à des

(1) E. FUCHS, *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braun, 1912.

(2) « *Juristischer Modernismus* ». Tel est le titre du premier chapitre de l'ouvrage d'E. FUCHS, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, Braun, 1909.

(3) Voy., surtout, pour un aperçu d'ensemble des idées d'E. FUCHS, son ouvrage capital : *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braun, 1912.

impressions ou des sentiments, qui ne sauraient assurer une base objective à l'interprétation juridique. En définitive, et malgré ses prétentions à la fermeté scientifique, le système de FUCHS demeure, avant tout, essentiellement impressionniste et subjectiviste. Et, ce caractère se traduit, de la façon la plus naïve, dans les formules, par lesquelles l'auteur, imitant l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse de 1907, a tenté de synthétiser ses vues (1).

D'autres partisans des tendances nouvelles ont su compléter et affiner encore les moyens contenus dans la conception sociologique du droit, pour en dégager une synthèse cohérente, où pussent trouver place tous les procédés, aptes à procurer une interprétation, capable de satisfaire au mieux les intérêts, si complexes et si variés, de l'ordre juridique contemporain (2). Aucun d'eux n'est arrivé à découvrir le critère objectif, qui pût transformer le « libre droit » en cet instrument de sécurité sociale, que postule énergiquement la notion même de droit positif.

---

**222.** — Aussi, comprend-on, qu'après les enthousiasmes excessifs des débuts, certain désenchantement se soit manifesté, en présence des résultats, infructueux, ou, du moins, incomplets, de l'agitation du « *freies Recht* » (3).

Tous les efforts poursuivis, tous les travaux accumulés, toutes les discussions entreprises, sur ce thème, par les juristes allemands, n'ont pas abouti à une synthèse, qui valût même la formulé, si simple et si pleine à la fois, de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse.

(1) E. FUCHS, *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braun, 1912, p. 6. — Comp. *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, Braun, 1909, p. 14-15.

(2) Il y a lieu de signaler surtout la tentative, extrêmement intéressante, de H. WÜSTENDÖRFER, *Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1913, t. CX, p. 219-380.

(3) Voy., entre autres témoignages de cette lassitude : *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, t. XV, p. 283, note 1 (de la Rédaction), sous un article d'E. FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, qui doit clore le débat pour la Revue. — F. REGELSBERGER (*Gesetz und Rechtsanwendung*), dans *Jherings Jahrbücher*, 1910, t. LVIII, p. 146. — G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, Quelle u. Meyer, 1913, p. 84, *initio*.

L'explication de cet échec, plus éclatant dans les pays germaniques que partout ailleurs, tient assurément, pour partie, à des causes spéciales à l'Allemagne. La méthode d'interprétation, par voie de concepts et de constructions, s'y était enracinée, depuis SAVIGNY surtout, trop profondément et avec trop de vigueur, pour ne pas donner l'illusion d'une fermeté difficile à remplacer. D'autre part, l'idée, essentiellement allemande, suivant laquelle l'État, puissance publique, absorbe et domine tous les intérêts particuliers, rend évidemment fort malaisée toute tentative d'émancipation juridique, supposant chez l'interprète une indépendance, peu compatible avec cette souveraineté du « Prince », poussée au paroxysme.

Mais, le principal motif de l'insuccès du mouvement du « *freies Recht* », réside, suivant moi, en des circonstances qui, si elles se sont plus particulièrement manifestées en Allemagne, ont eu une extension assez universelle, pour produire, un peu partout, des résultats analogues. En réalité, jusqu'aujourd'hui, ceux, qui ont vivement senti les faiblesses et lacunes de l'interprétation juridique en honneur et se sont proposé d'y chercher le remède adéquat, ont trop manqué de largeur et de pénétration, dans l'examen objectif du problème. C'est, en prenant le droit positif, sous l'aspect étriqué et décharné où nous l'offre la conception, courante, du positivisme juridique (1), qu'ils ont cherché à y insérer des éléments de rajeunissement et de vie. — Cette manière de faire est très sensible, dans la plupart des travaux allemands, qui, critiquant le système des sources ou la méthode d'interprétation du droit, n'envisagent le plus souvent que la situation; constituée par les conceptions, étrangement étroites, de l'École historique. Quelques auteurs, il est vrai, parmi lesquels R. STAMMLER, G. RADBRUCH, Th. STERNBERG, E. JUNG, L. BRÜTT, A. BOZI, H.-Ü. KANTOROWICZ, E. FUCHS, d'autres encore, ont, parfois, fait effort pour s'élever plus haut, et parsemé, du moins, de vues générales, leur analyse strictement positive. Mais, en dehors de l'essai, trop peu remarqué et d'ailleurs insuffisam-

(1) Cons. Fr. GENT, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, n° 75, p. 31-39. — Mais voy. G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique* (Annales de la Faculté de droit d'Aix, nouvelle série, n° 1), Marseille, Barlatier, 1918.



ment approfondi, de L. BRÜTT (1), je ne sache pas qu'aucun des nombreux travaux, consacrés à la mise en œuvre du droit positif, ait traité ce problème, en remontant méthodiquement aux fondements premiers de la discipline juridique et en cherchant à découvrir, comment prennent naissance et se développent, suivant leur nature ou leur but propres, les éléments essentiels qui la constituent (2).

Tant que ce travail n'aura pas été fait (3), on manquera des bases indispensables, pour asseoir fermement une théorie positive de la méthode juridique.

(1) L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907. — Voy. l'analyse sommaire de cet ouvrage, ci-dessus, t. II, p. 384, texte et notes 1-7 (n° 218).

(2) Comp. ce que j'ai dit déjà, sous forme plus générale, dans *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, nos 3-4, p. 9-13. Adde nos 5-5 bis, p. 14-18.

(3) J'estime que le travail, ici envisagé, ne résulte même pas de la récente et savante étude de Ph. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (extrait de l'*Archiv für die civilistische Praxis*, 1914, t. 112, p. 1-318), Tübingen, J. C. B. Mohr, 1914. — Toutefois, cette étude mérite d'être signalée particulièrement, comme constituant l'effort, peut-être le plus poussé, à l'effet de présenter, d'un point de vue personnel (point de vue de la jurisprudence d'intérêts), une haute critique des principaux courants, qui ont alimenté le mouvement du « freies Recht », et de synthétiser, de façon originale, les vues, si divergentes, de la doctrine allemande. — Cette étude est suivie, dans l'*Archiv für die civilistische Praxis*, 1914, t. 112, p. 319-366, d'une consultation curieuse, du même auteur, qui a été l'occasion de son étude théorique (voy. p. 8, note 23), et qui en forme, en même temps, une illustration intéressante (*ibid.*, p. 319, en note ), sous ce titre : « Ist die Württembergische Ministerialverfügung vom 4 Juni 1862, insoweit sie die Ablieferung von Armenleichen an die anatomische Anstalt in Tübingen verfügt, durch Art. 1, Abs. 1 des Württembergischen Gesetzes von 17 April 1893 zur Ausführung des Reichsgesetzes betreffend den Unterstützungswohnsitz aufgehoben ? »

## Résumé général et vues d'avenir

SOMMAIRE : 223. Exposé de thèses, résumant les résultats acquis du présent ouvrage. — 224. Nécessité, pour aller plus loin, de remonter aux principes fondamentaux de l'ordre juridique. — Distinction possible entre la *science* et la *technique* du droit.

**223.** — Je voudrais, en terminant cette seconde édition, — afin d'établir nettement ma situation personnelle dans le débat, et pour éviter des méprises regrettables, tout en ménageant la patience ombrageuse des critiques, qui prétendent juger un auteur, sans prendre la peine de suivre tous les développements de sa pensée, — résumer, sous la forme de quelques thèses, aussi pleines et précises que possible, l'ensemble des conclusions (1), auxquelles je suis arrivé, sur le point précis des sources du droit positif et de la méthode de son interprétation, qui constitue l'objet unique du présent ouvrage :

I. — L'ordre juridique positif, d'un pays donné, n'est jamais pleinement satisfait par les dispositions de ses lois écrites. Alors même qu'on développe celles-ci au moyen d'une logique serrée, et qu'on en tire tout ce que peut donner une application intensive des facultés intellectuelles à la pénétration d'un texte rédigé par des hommes, on reste en dessous des besoins, auxquels répond l'idée intégrale du droit. Les rapports humains sont trop nombreux, trop complexes, trop changeants, pour trouver un règlement suffisant, en quelques formules verbales, édictées à un moment fixe et en présence d'une situation impossible à embrasser d'un seul coup d'œil, soit qu'il s'agisse de distinguer, entre les faits de la vie sociale, lesquels méritent la sanction publique, soit qu'il y ait lieu de déterminer les conditions, la nature et les effets de cette sanction. — La thèse contraire ne pourrait être acceptée, que

(1) Ces conclusions se déduisent, naturellement et rationnellement, de l'enchaînement des idées présentées successivement au cours de ce livre. Je me contenterai, donc, d'indiquer, entre parenthèses, à la suite de chacune des thèses, qui les résument, les n<sup>os</sup> des paragraphes dont les développements se réfèrent plus spécialement à la thèse formulée.

sur la base, tout artificielle, d'une fiction introduite ici, à titre de moyen purement technique ; mais cette fiction, longtemps admise, ne paraît pas avoir été justifiée par ses résultats, qui ont trop souvent heurté le sentiment de la justice ou les exigences les plus manifestes de l'utilité sociale ; il convient, donc, de l'écarter franchement aujourd'hui (n<sup>os</sup> 7-83).

II. — Dès lors, il est nécessaire, de multiplier les voies et moyens de recherche des règles juridiques, et, avant tout, de reconnaître, qu'au-dessus des procédés très variés, par lesquels elles s'élaborent, s'impose une appréciation, discrétionnaire, de l'interprète, seule vraiment susceptible d'adapter, *in concreto*, le droit au fait. — Cette appréciation discrétionnaire, qui entre en jeu, tant pour faire valoir les autres procédés que pour les suppléer, n'a pas toujours complète indépendance. Elle est bridée par certaines directions, dont les plus précises proviennent des sources formelles du droit positif (n<sup>os</sup> 84-87 ; 91 et 176 bis).

III. — Au premier rang des sources formelles, obligatoires pour l'interprète du droit, apparaît la loi écrite, disposition formulée, catégoriquement, par le pouvoir, ayant qualité pour porter des injonctions qui s'imposent à tous les sujets. Au fond, la loi n'est pas autre chose, qu'un des moyens de la technique juridique. Mais, l'expérience en a démontré la nécessité ; et l'histoire, créant les institutions, a précisé les conditions de son efficacité. Sous ces conditions, la loi écrite doit être exactement suivie par l'interprète, tant qu'elle subsiste, non abrogée par une loi différente, et dans les conditions essentielles de fait qui répondent à ses termes (n<sup>os</sup> 92-94).

IV. — Or, en soi, la loi est l'expression d'une volonté, émanée d'un homme ou d'un groupe d'hommes, à la lumière de leur intelligence. Par suite, et pour lui assurer toute son efficacité, on la doit interpréter, suivant la volonté intelligente qui l'a produite, et en se plaçant au moment où elle a été formulée. Aucun autre criterium n'est acceptable, si l'on veut rester fidèle à la nature de la loi et maintenir ses avantages techniques. — Notamment, l'on ne saurait admettre, que la loi, une fois formée, constitue une entité indépendante, qui se

détacherait de la pensée de son auteur et se développerait à part, suivant un sort propre, de façon que sa signification pût changer au gré des circonstances ambiantes et de l'évolution de la vie sociale. Pareille conception se ramènerait à une véritable fiction, et, loin qu'elle soit justifiée par la pratique, elle se trouve, *a priori*, condamnée par le caractère technique et, en quelque sorte, utilitaire, de la législation écrite. — D'ailleurs, il ne faut pas plus appliquer la loi, avec l'idée préconçue d'en restreindre le champ, qu'avec celle de lui donner une large extension. Il suffit de reconnaître exactement, en fait, la portée limitée de son action (nos 95-106).

V. — De là résulte encore, que l'analogie, qui s'autorise des éléments contenus dans les textes légaux, pour en tirer des solutions, voisines mais distinctes de celles précisément fournies par le législateur, et qui outrepassé manifestement la volonté de celui-ci, étendant sa décision à des cas qu'il n'avait aucunement considérés, ne rentre pas dans l'interprétation proprement dite de la loi, et ne peut être admise que parmi les moyens d'une recherche plus libre, avec la latitude de jeu inhérente à ces moyens et la moindre énergie des solutions qui en proviennent (voy. ci-après VIII et IX) (nos 107-108 et 165-166).

VI. — A défaut de la loi écrite, une autre source peut s'offrir, qui fournisse à l'interprète une solution toute prête et indiscutable : la coutume. — Il s'agit d'une institution, antérieure historiquement à la loi, répondant à des instincts profonds de notre nature dans l'état social, et dont les traits essentiels, tels que les analyse la raison, d'après l'observation des faits, se ramènent à deux :  $\alpha$ ) l'usage de fait, ayant persisté pendant une durée de temps suffisante à l'établir comme acquis ;  $\beta$ ) la conviction, chez les intéressés, que cet usage s'impose sous la sanction du droit. Quand ces éléments sont justifiés par celui qui se réclame de la coutume, et s'ils ne se trouvent pas mis en échec par des obstacles supérieurs, tels que l'irrationnabilité évidente de l'usage, il en résulte une règle de droit coutumier, qui vaut subsidiairement à la loi. — Elle peut donc suppléer ou compléter celle-ci, mais ne saurait, dans l'état actuel de notre civilisation, et pour des rai-

sons techniques décisives, y porter atteinte, y déroger à un titre quelconque. — La coutume juridique s'interprète par les éléments mêmes qui la constituent. — Elle ne doit pas être confondue avec les usages de la vie, qui, provenant d'habitudes sans prétention à la contrainte, peuvent seulement, parfois, éclairer une intention obscure, dans l'interprétation des contrats et autres actes juridiques privés (usages conventionnels) (n<sup>os</sup> 109-137):

VII. — Seules, la loi et la coutume, dans la mesure qui vient d'être indiquée, sont sources formelles de droit positif. On ne peut reconnaître, comme telles, avec force obligatoire, l'autorité et la tradition, qui souvent éclaireront l'interprétation ou inspireront le juge, jamais ne s'imposeront à lui. — L'autorité, jurisprudentielle ou doctrinale, pourra encore être initiatrice de coutumes; mais, tant que celles-ci n'auront pas été formées, sur semblable base, avec leurs caractères nettement spécifiques, même les décisions judiciaires, les plus fermes et les plus suivies, ne vaudront, dans le domaine de la création des règles juridiques, que par leur mérite intrinsèque (*rationis imperio*), non par la vertu de leur forme (*ratione imperii*) (n<sup>os</sup> 138-154).

VIII. — En l'absence de loi ou de coutume appropriées au cas en litige, intervient donc la libre appréciation du juge, qui a été précédemment (II) signalée, comme l'organe central de tout le système de l'interprétation positive. Faute de sources formelles pour la limiter, et par conséquent à côté de celles-ci, elle joue un rôle indépendant. D'ailleurs, elle ne doit pas s'exercer arbitrairement, mais conformément au type d'un législateur idéal, suivant des directions objectives, que lui fourniront d'abord la science, et, subsidiairement, la technique propre du droit. D'où, la dénomination de « libre » recherche scientifique », que j'ai proposé de lui appliquer: dénomination assurément incomplète, mais qui met en relief le but d'objectivité, auquel doit tendre cette investigation. — Elle se sépare, d'ailleurs, des sources formelles, en ce que son effet, même en tant que pure décision de droit, demeure limité à l'espèce résolue et ne peut valoir comme règle géné-

rale, s'imposant pour l'avenir. Ainsi, se trouve écartée l'objection, qu'on voudrait tirer, du principe de la séparation des pouvoirs, contre cette dernière ressource assurée à l'interprétation juridique (nos **155-176**; comp. n° **85**).

IX. — D'une façon plus générale, entre les résultats des divers moyens de l'interprétation du droit positif, s'établit une hiérarchie de valeurs, qui se traduit notamment dans la portée du contrôle, exercé par la juridiction suprême de cassation ou de révision. Cette juridiction possède, en vertu de son rôle propre, souveraineté de décision sur l'ensemble du domaine juridique. Mais, en remplissant toute sa mission, elle peut ne pas imposer une solution ferme, pour les questions abandonnées à la libre recherche du juge, et laisser ainsi une indépendance, plus complète, au pouvoir discrétionnaire, dont les décisions échappent à l'emprise des sources formelles, seules qualifiées pour fournir des moyens de cassation catégoriques (nos **177-182**).

X. — Toutes ces directions, rationnellement déduites des principes mêmes de la formation et du développement des règles juridiques, valent en un pays quelconque, du moment qu'il est au niveau de la civilisation contemporaine. Non seulement, elles n'ont pas besoin d'être consacrées par la loi. Mais, en principe, la loi ne peut y porter atteinte, parce qu'il s'agit de sa propre compétence, que le législateur ne peut prétendre régler lui-même, et que ce sont là matières d'un ordre supérieur à la loi positive. Tout au plus, cette dernière peut-elle confirmer les préceptes, issus de la nature des choses, et les compléter sur quelques points de détail (nos **88-90**).

**224.** — Cette esquisse suffit à montrer, qu'à mes yeux, le problème, des sources et de la méthode d'interprétation du droit positif, ne se résout pas, au moyen d'une clef, unique et insuffisamment adaptée à sa fin, sous la dénomination, — trop souvent mal comprise, — de « libre recherche scientifique », mais qu'il comporte un ensemble indivisible de solutions, complexes et complémentaires les unes des autres ; solutions de tout temps pratiquées *en fait* et par la force des choses, qu'il s'agit seulement de reconnaître *en droit*, comme l'a fait

ouvertement le Code civil suisse de 1907, et qui convergent toutes autour de cette idée, presque naïve à force d'évidence, que le droit est chose infiniment compliquée, qui ne peut trouver satisfaction en une formule simpliste, et qui a besoin, pour s'épanouir pleinement suivant son but propre, de toutes les ressources, que comportent les diverses branches de l'activité des hommes, acharnée à la poursuite du « juste », avec les valeurs différentes, méritées par chacune d'elles.

Ces conclusions, qui nous paraissent à la fois simples, larges, et, avant tout, issues des nécessités mêmes de la vie sociale, restent pourtant énergiquement contestées. C'est que, nous nous heurtons à un préjugé, très vivace et très profond (1). Beaucoup de jurisconsultes persistent à penser, que le système classique, de mise en œuvre du droit positif, basé sur la fiction de la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite, — dût-on, au besoin, le corriger par cette autre fiction qui isole la loi de la volonté de son auteur, pour en faire un organisme indépendant, — assure seul, de façon suffisante à la pratique, la fermeté et la sécurité des relations juridiques. Nous estimons, au contraire, que ces postulats, essentiels, de toute vie sociale, sont compromis, plutôt que sauvegardés, par une conception, qui s'écarte outrageusement de la vérité, et qu'il faut en revenir franchement à celle-ci, si l'on veut ramener le droit positif aux voies, seules capables de garantir ses effets. — En pénétrant plus au fond du débat, on pourrait, je crois, y découvrir une lutte entre les prétentions de l'État, à régenter toute la vie sociale par ses seules prescriptions impératives, et les efforts de l'individu, pour maintenir, sous la tutelle indispensable de l'autorité publique, sa part irréductible d'autonomie. — En tout cas, dans le domaine pratique, il s'agirait d'apprécier l'efficacité des fictions, qui soutiennent, seules, le système encore dominant, en ce qui touche les exigences fondamentales de l'ordre juridique. Faute de criterium supérieur, auquel nous puissions mesurer les résultats des expériences acquises, nous restons, jusqu'ici, à cet égard, coincés

(1) Aux nombreux témoignages, que j'en ai fournis en maints passages de ce livre, j'ajoute encore celui, qui résulte d'une étude (en cours de publication), fortement documentée, de J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil*, dans *Revue générale du droit*, 1918, t. XLII, p. 212-227 ; p. 261-284 ; p. 339-352.

dans une opposition d'affirmations également indémontrables.

Aussi, tous les développements de pensée, auxquels m'a entraîné une réflexion constamment penchée sur ces problèmes depuis nombre d'années, m'ont-ils convaincu, que, pour aboutir, il est indispensable d'élargir le terrain du débat et de remonter jusqu'aux principes, qui dominent le droit positif dans son ensemble, et d'où ressortent les lignes directrices de cette discipline, indispensable, de la vie sociale.

Il est clair, que pareille investigation demandera de nombreux et persévérants efforts, qui ne sauraient être le fait d'un seul. Mais, chacun peut tenter de tracer son sillon.

Pour ma part, j'ai cru entrevoir, parmi tous les éléments constituant ou alimentant l'organisme juridique, une distinction féconde, entre ce qui est *donné*, provenant de la nature des choses, susceptible par suite d'être saisi par la connaissance ou pressenti par la conscience morale, et ce qui est *construit*, résultant de procédés artificiels, objet de volonté plutôt que d'intelligence, dès lors plus directement soumis à l'action incessante de la vie. De là, la séparation à faire, entre l'élaboration scientifique du droit, scrutant les réalités qui constituent l'essence de l'ordre juridique, et son élaboration technique, consistant toute en procédés, par où s'exerce l'ingéniosité de l'homme placé en face du problème du droit (1).

Certes, je ne me dissimule pas la difficulté d'établir nettement cette distinction, d'en poursuivre jusqu'au bout le développement, d'en déduire pleinement les conséquences, et, surtout, de concilier ou de combiner entre elles les déductions divergentes, qui se tirent de ses termes opposés. Encore moins, m'imaginé-je, qu'elle puisse fournir, à elle seule, la panacée capable de remédier aux incohérences des systèmes d'interprétation et d'application du droit. Je n'y rencontre qu'un point de vue, particulièrement intéressant, que je cherche à découvrir de mon mieux, et sous lequel prendront place, recevant de lui une lumière plus vive, les résultats acquis par le fait du présent travail.

(1) Voy. FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. I, 1914. Introduction. Première Partie. Position actuelle du problème du droit positif. Éléments de sa solution : — t. II, 1915. Seconde partie. Élaboration scientifique du droit positif (*L'irréductible droit naturel*). — Les t. III (à paraître) et IV (en préparation) traiteront de l'élaboration technique du droit positif et des rapports entre la science et la technique.



# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

## TOME PREMIER

Nos	Pages
AVERTISSEMENT POUR LA SECONDE ÉDITION. . . . .	V-XI
PRÉFACE DE R. SALEILLES . . . . .	XIII-XXV

### INTRODUCTION

1.	Idées courantes sur les études juridiques . . . . .	1-3
2.	Défaveur actuelle de ces études. . . . .	3-4
3.	Nécessité d'une critique de la méthode d'interprétation . . . . .	4-7
4.	Mouvement récent d'idées en ce sens . . . . .	7-12
5-6.	But de la présente étude. . . . .	12-15

## PREMIÈRE PARTIE

### EXPOSÉ ANALYTIQUE DE LA MÉTHODE TRADITIONNELLE D'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

7.	Pauvreté des recherches philosophiques sur la méthode juridique . . . . .	17-20
----	---	-------

#### CHAPITRE PREMIER

##### Évolution de la méthode juridique

8.	Coup d'œil sur les origines . . . . .	21-22
9.	Influence de la codification moderne sur la méthode . . . . .	22-24
10.	Conception contemporaine de cette méthode . . . . .	24-26
11.	Esquisse de la méthode juridique traditionnelle . . . . .	26-27

#### CHAPITRE SECOND

##### Reconnaissance et interprétation des sources

12.	Postulat de la méthode traditionnelle : la loi écrite doit suffire à tout. . . . .	28-29
13.	Première conséquence : développement de l'interprétation des <i>textes</i> . . . . .	29-30
14-16.	Principales règles de cette interprétation. . . . .	30-36

	Pages
17.	Seconde conséquence : exclusion de la coutume et de l'équité. . . . . 36
18.	Idées dominantes sur la coutume. . . . . 36-38
19.	Idées dominantes sur l'équité. . . . . 38-40

### CHAPITRE TROISIÈME

#### Élaboration de la matière juridique en dehors des sources

20-21.	Caractère et portée de cette élaboration . . . . . 41-43
22.	Conceptions et constructions juridiques . . . . . 43-45
23.	Rôle de la logique. . . . . 45-47
24.	Applications du procédé des constructions juridiques. . . . . 47-51
25.	Essence de ce procédé. — Comment il se rattache au postulat indiqué . . . . . 51-53

### CHAPITRE QUATRIÈME

#### Synthèse de la méthode traditionnelle

26.	Les philosophes la ramènent à la déduction pure . . . . . 54-55
27.	Les juristes ne pensent pas autrement. . . . . 55-56
28-29.	Influence attribuée à la codification sur la méthode . . . . . 56-59
30.	Critique à faire. . . . . 60

## SECONDE PARTIE

### CRITIQUE NÉGATIVE DE LA MÉTHODE TRADITIONNELLE

#### PROLÉGOMÈNES

31.	Précision de mon point de vue . . . . . 61-64
32.	Avantages de la méthode traditionnelle . . . . . 64
33.	Ses infirmités et ses vices irrémédiables . . . . . 64-67
34.	Division de ma critique négative . . . . . 67-69

#### CHAPITRE PREMIER

#### Exagération de l'élément légal dans la méthode juridique traditionnelle

35-36.	Position de la question et analyse de ses éléments . . . . . 70-73
--------	--

#### SECTION I

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

##### I

#### *Notion originare de la codification*

37.	Exposé général . . . . . 73-74
38-39.	Influence des origines révolutionnaires de la codification moderne. . . . . 74-77

	Pages
40. La séparation des pouvoirs et le référé au législateur. . . . .	77-79
41. Conception originaire du Tribunal de cassation. . . . .	79-82
42. Synthèse du système . . . . .	82-84

## II

*Sort du système bâti sur cette notion originaire.*

43. Étude purement historique de ses résultats . . . . .	84-85
44. Disparition progressive du référé au législateur . . . . .	85-88
45. Évolution dans le rôle du Tribunal (puis de la Cour) de cassation . . . . .	88-97

## III

*Notion définitive de la codification chez le législateur français.*

46. Évanouissement rapide des illusions primitives . . . . .	97-98
47-49. Comment les rédacteurs du Code civil ont compris la codification . . . . .	98-103
50. Résumé sur ce point. — Évolution postérieure . . . . .	103-105

## SECTION II

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

## I

51. <i>Position de la question sur ce nouveau terrain</i> . . . . .	105-108
---	---------

## II

52-53. <i>Notion rationnelle de la codification et conséquences.</i> . . . .	108-112
--	---------

## III

*Rôle propre de la Législation dans l'élaboration juridique.*

54. Question . . . . .	112-114
55. Limites naturelles de la compétence législative. . . . .	114-115
56. Notion de la loi écrite. . . . .	115-116
57. Conséquences de son origine . . . . .	117-118
58. Conséquences du mode dont s'exerce l'action législative . . . . .	119-120
59. Conclusions contre la méthode traditionnelle . . . . .	120-123

## CHAPITRE SECOND

**Abus des abstractions logiques dans la méthode juridique traditionnelle**

60. Importance de cet élément . . . . .	124-127
61. Caractère de l'abus que je signale . . . . .	127-130
62. Comment le combattre? . . . . .	130

## I

*Critique rationnelle de l'importance attachée aux conceptions.*

63. Confusion à dissiper . . . . .	131-133
64. Vanité de la logique purement abstraite . . . . .	133-134

	Pages
65.	Application à la conception du sujet juridique . . . . . 135-138
66.	id. de l'objet des droits privés . . . . . 138-141
67.	id. du patrimoine . . . . . 141-144
68.	Vices d'une pareille technique . . . . . 144-147

## II

*Critique des constructions juridiques d'après leurs résultats.*

69.	Restriction des résultats, tant législatifs que juridiques . . . . . 147-149
70.	Application à la construction juridique de la masse sociale. . . . . 149-156
71.	Application à la construction juridique de l'inaliénabilité dotale . . . . . 156-158
72.	Stérilité du procédé. — Application à la règle : En fait de meubles, la possession vaut titre . . . . . 158-160
73.	Application en matière d'actes juridiques. — Assurance sur la vie. . . . . 160-164
74.	Erreurs résultant du procédé. — Application à la solidarité passive . . . . . 164-166
75.	Autres exemples. — Résumé de la critique sur ce point. . . . . 166-171

## III

*Des conceptions et constructions en droit romain.*

76.	Résumé sur ce point . . . . . 171-172
77.	Importance des catégories en droit romain . . . . . 172-174
78.	Relativité des conceptions juridiques romaines. . . . . 174-178
79.	Excès du droit romain dans cette tendance . . . . . 178-182
80.	Progrès à poursuivre en droit moderne . . . . . 182-186

## IV

81.	<i>Conclusions sur le rôle des abstractions logiques dans l'élaboration du droit positif</i> . . . . . 186-193
[81 bis.	Théorie rationnelle, susceptible d'expliquer les erreurs de la méthode classique : « La plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite ». Exposé et appréciation]. . . . . 193-199
[81 ter.	Examen de deux autres arguments, qui conduiraient aux mêmes conséquences] . . . . . 200-203
82.	Résultats de ma critique négative . . . . . 203-204

## TROISIÈME PARTIE

## ESQUISSE D'UN PLAN DE RECONSTITUTION DE LA MÉTHODE ET D'UNE THÉORIE DES SOURCES

## PROLÉGOMÈNES

## I

*Point de vue général.*

83.	Objet de la présente esquisse . . . . . 205-206
84.	Prise de position dans le problème proposé. — Objections. . . . . 207-208

	Pages
85. Réponse à l'objection, tirée du principe de la séparation des pouvoirs . . . . .	208-215
86. Examen de l'objection, tirée du danger d'arbitraire . . . . .	215-219

## II

*Mesure de notre liberté dans la solution du problème.*

87. Sources et moyens de l'interprétation juridique. . . . .	220-222
88. Le législateur peut-il régler obligatoirement le problème de l'interprétation ? . . . . .	222-226
89. Attitude des sciences, française et allemande, dans cette question. . . . .	226-229
90. Essai d'une solution de la difficulté . . . . .	230-235

## CHAPITRE PREMIER

## Les sources formelles du droit privé positif et leur interprétation.

91. Indication et classification de ces sources, à l'heure actuelle. . . . .	237-240
--	---------

## SECTION I

## LA LOI ÉCRITE ET SON INTERPRÉTATION

## I

*La loi envisagée comme source de droit.*

92. Notion et importance de la loi écrite, à l'heure actuelle . . . . .	240-242
93. Fondement et domaine d'application de la force obligatoire de la loi. — Autonomie législative ? . . . . .	242-247
94. Définition de la loi écrite. — Conditions de sa mise en vigueur et de son maintien. — Détermination de sa formule et critique de son texte . . . . .	247-252

## II

*Principes directeurs de l'interprétation de la loi.*

95. Objet de la présente recherche . . . . .	253-255
96. Système d'interprétation supposant plénitude et perfection de la loi écrite . . . . .	255-257
97. Système tendant à interpréter la loi, en la séparant de son origine, et suivant les changements subis par le milieu social. . . . .	257-264
98. Système qui envisage la loi comme un acte de volonté humaine . . . . .	264-268
99. A quel moment doit-on se placer pour interpréter la loi ? . . . . .	269-275

## III

*Mise en œuvre du principe d'interprétation adopté.*

100. Distinction . . . . .	275-276
101. Interprétation par la formule du texte . . . . .	276-284
102. Rôle de la logique dans l'interprétation du texte légal . . . . .	284-287
103. Interprétation de la loi, à l'aide d'éléments étrangers à sa formule . . . . .	287-292

		Pages
<b>104.</b>	Rôle des travaux préparatoires dans l'interprétation de la loi.	293-297
<b>105.</b>	Résultats généraux de cette interprétation . . . . .	298-300
IV		
<i>Limites de l'interprétation proprement dite de la loi</i>		
<b>106.</b>	Peut-on valablement suppléer ou compléter l'intention du législateur ? . . . . .	300-304
<b>107.</b>	L'analogie rentre-t-elle dans l'interprétation de la loi écrite ?	304-314
<b>108.</b>	Intérêt des questions résolues dans les deux paragraphes qui précèdent . . . . .	314-316
SECTION II		
LA COUÛME		
I		
<i>La coutume envisagée comme source formelle.</i>		
<b>109.</b>	Importance relative du problème de la coutume . . . . .	317-318
<b>110.</b>	Notion de la coutume juridique. . . . .	318-324
<b>111.</b>	Son rôle dans la vie juridique actuelle . . . . .	324-329
<b>112.</b>	Comment se pose, pour nous, le problème de la coutume ? .	329-332
II		
<i>Force obligatoire du droit coutumier.</i>		
<b>113.</b>	Valeur de la coutume, comme source de droit, aux diverses époques . . . . .	332-334
<b>114.</b>	Fondement rationnel de la force obligatoire de la coutume, dans l'opinion traditionnelle . . . . .	334-340
<b>115.</b>	Théories allemandes, proposées depuis l'École historique, sur le fondement rationnel du droit coutumier . . . . .	340-345
<b>116.</b>	Théorie adoptée à ce sujet . . . . .	345-350
III		
<i>Conditions d'un droit coutumier obligatoire.</i>		
<b>117.</b>	Questions à résoudre . . . . .	350-351
<b>118.</b>	A qui incombe la preuve de la coutume ? . . . . .	352-355
<b>119.</b>	Conditions positives qui constituent la coutume juridique .	355-366
<b>120.</b>	L'erreur fait-elle échec à la formation d'une coutume obligatoire ? . . . . .	367-371
<b>121.</b>	Circonstances qui peuvent écarter la force obligatoire de la coutume. . . . .	371-374
<b>122.</b>	Sphère de formation géographique de la coutume. . . . .	375-383
<b>123.</b>	Application du droit coutumier dans notre état de civilisation.	383-387
IV		
<i>Effets et portée du droit coutumier, à l'heure actuelle</i>		
<b>124.</b>	Position de la question après nos lois de codification . . .	387-390
<b>125.</b>	La difficulté se restreint à la coutume <i>contra legem</i> . . . .	390-393
<b>126.</b>	Conclusions de la science allemande sur cette question . . .	393-397

	Pages
<b>127.</b> Tendances de la doctrine française. . . . .	397-400
<b>128.</b> Limitation de la difficulté et éléments légaux de sa solution. . . . .	401-406
<b>129.</b> Solution proposée . . . . .	406-417

## V

*Usages conventionnels.*

<b>130.</b> Notion des usages conventionnels . . . . .	418-422
<b>131.</b> Différence de nature, qui les sépare de la coutume juridique. . . . .	422-424
<b>132.</b> Différences pratiques de mise en œuvre . . . . .	425-428
<b>133.</b> Transformation éventuelle des usages conventionnels en coutume juridique . . . . .	429-432

## VI

*État actuel de la question du droit coutumier en Allemagne.*

<b>134.</b> Mouvement législatif hostile au droit coutumier . . . . .	432-437
<b>135.</b> Solution proposée par le premier projet du <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . . . . .	438-439
<b>136.</b> Critiques soulevées. — Solution définitive. Ses conséquences. . . . .	439-443
<b>137.</b> Tendances actuelles de la science allemande sur ce point. — Conclusion à en tirer . . . . .	443-446

TOME SECOND

TROISIÈME PARTIE

ESQUISSE D'UN PLAN DE RECONSTITUTION DE LA MÉTHODE  
ET D'UNE THÉORIE DES SOURCES (Suite)

CHAPITRE PREMIER

Les sources formelles du droit privé positif et leur interprétation (Suite).

SECTION III

AUTORITÉ ET TRADITION ?

I

*Problème à résoudre.*

	Pages
138. Comment l'autorité et la tradition peuvent être comptées parmi les sources. . . . .	1-4
139. Position de la question . . . . .	4-9
140. Distinctions à faire. . . . .	9-13

II

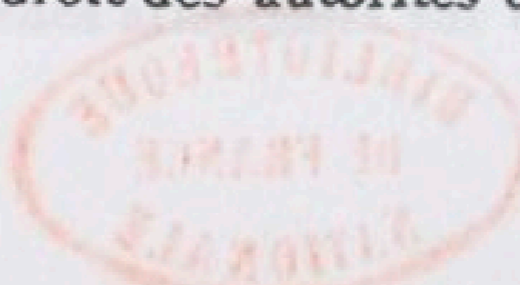
*Valeur actuelle des traditions anciennes.*

141. Force obligatoire de la tradition dans l'ancien droit . . . .	13-14
142. Résultat de la codification quant à ce point . . . . .	14-20
143. Importance de l'élément historique dans l'interprétation . .	20-26
144. Conclusion. — Application au droit international privé . . .	26-29

III

*Valeur des autorités modernes.*

145. Historique de la question jusqu'à l'époque actuelle . . . .	29-33
146. Pour et contre le <i>pouvoir prétorien</i> de la jurisprudence . . .	33-39
147-148. Tendances nouvelles en faveur d'une autorité créatrice, reconnue à la jurisprudence . . . . .	39-48
149. Conclusion sur ce point : Jurisprudence initiatrice de coutume . . . . .	49-53
150. Même question à l'endroit des autorités doctrinales . . . .	53-56





## IV

*La question du Juristenrecht et du Gerichtsgebrauch en Allemagne.*

	Pages	
151.	Position, importance et historique de la question . . . . .	56-60
152.	La doctrine de l'École historique . . . . .	60-63
153.	Évolution postérieure dans la doctrine et dans la législation. . . . .	63-66
154.	Doctrines récentes. — Résultat de l'élaboration du <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . — Conclusion . . . . .	66-73

## CHAPITRE SECOND

*La libre recherche scientifique.*

155.	Nécessité et nature de la libre recherche . . . . .	74-76
156.	Direction générale qu'on doit lui assigner . . . . .	77-79
157.	Éléments objectifs d'une investigation scientifique. — <i>Quid</i> de l'opinion publique ? . . . . .	80-82
158.	Rôle de la systématisation logique et côté technique de notre science. — Conceptions et constructions abstraites . . . . .	82-87
159.	Nature des choses. — Idée du but. . . . .	88-93

## I

*Éléments de libre recherche puisés dans la raison et la conscience.*

160.	La doctrine du droit naturel et sa fortune à l'époque contemporaine . . . . .	93-97
161.	Part relative et nécessaire à faire à la notion du juste objectif. . . . .	97-102
162.	Application et précision de cette idée . . . . .	102-109
163.	Rôle de l'équité dans l'interprétation du droit positif. . . . .	109-113

## II

*Éléments positifs de la libre recherche.*

164.	Aperçu des éléments à tirer de l'organisation positive . . . . .	113-117
165.	L'analogie. — Son fondement. — Son rôle dans la libre recherche . . . . .	117-122
166.	Applications de l'analogie. — Sa portée comme moyen d'investigation . . . . .	122-130
167.	Les divers éléments de notre civilisation actuelle. . . . .	131-136
168.	Les directions tirées des sciences ou disciplines sociales . . . . .	136-144

## III

*Mise en œuvre pratique de la libre recherche.*

169.	Comment devra procéder la libre recherche . . . . .	144-148
170.	Esquisse d'une application large de ces procédés . . . . .	148-151
171.	Développement à donner à l'autonomie de la volonté. . . . .	151-156
172 et bis.	Portée du principe qui consacre la volonté autonome. . . . .	156-166
173-174.	Principe de l'équilibre des intérêts en présence. . . . .	167-177
175.	Principe de l'ordre public ou de l'intérêt supérieur . . . . .	177-180
176.	Autres applications de la libre recherche. . . . .	180-182
[176 bis.	<i>Le pouvoir discrétionnaire du juge et la libre recherche]</i> . . . . .	182-190

## CHAPITRE TROISIÈME

## Valeur respective des divers moyens de l'interprétation.

	Pages
177.	Hierarchie des moyens d'interprétation. — Différence de leur efficacité respective . . . . . 191-195
178.	Portée générale du contrôle de la Cour de cassation . . . . . 195-200
179.	La méconnaissance ou la violation d'une coutume donne-t-elle lieu à cassation ? . . . . . 200-205
180.	Limite nécessaire du contrôle de la Cour de cassation . . . . . 203-208
181.	Comment la Cour de cassation doit exercer son contrôle sur le droit . . . . . 208-213
182.	Application de ces idées dans la jurisprudence suprême. . . . . 213-220

## CONCLUSION

183.	Pensée maîtresse de la présente étude. — Ses conséquences . . . . . 221-223
184.	Objections et réponses . . . . . 223-225
185.	Nécessité d'une interprétation riche en moyens, pour satisfaire à la mission sociale du droit positif. . . . . 225-230
186.	Importance de la méthode, au point de vue scientifique . . . . . 230-233
187.	Résumé final . . . . . 233-234

## ÉPILOGUE

## ajouté à la seconde édition

## CHAPITRE PREMIER

## Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899.

188.	La lutte des opinions, touchant la méthode du droit, a été, en France et en Belgique, principalement doctrinale. Explication. Conséquences. — Aperçu d'ensemble . . . . . 235-239
189.	Mouvements d'idées parallèles, confirmant nos conclusions négatives : Droit public. Codification. Notion de la loi. Logique. Concepts . . . . . 240 246
	Directions positives proposées pour suppléer à ces destructions :
190.	I. Tendances générales, de la doctrine française ou belge, en matière d'interprétation juridique. — Système de l'assouplissement des textes. — Interprétation purement sociologique du droit positif. . . . . 246-253
191.	II. Mise en saillie de certains éléments, pour élargir les bases de la méthode : a) considération de la pratique ; — b) psychologie ; — c) économie politique ; — d) histoire du droit. . . . . 253-259
192.	e) Jurisprudence érigée en source créatrice de droit. M. PLANIOL. Ed. LAMBERT. Conclusion sur cette tendance. . . . . 259-267
193.	f) Droit comparé, proposé comme élément d'interprétation. R. SALEILLES. Ed. LAMBERT. Appréciation de leur effort. . . . . 267-275
194.	III. Systèmes tendant à la reconstruction synthétique de la méthode. Efforts, en ce sens, d'Ed. LAMBERT, de R. SALEILLES.

	Pages
La méthode positive de l'interprétation juridique de P. VAN- DER EYCKEN . . . . .	276-284
<b>195.</b> Place qui reste à mon effort personnel en tout ce mouve- ment d'idées . . . . .	284-286

## CHAPITRE SECOND

## Une passade de jurisprudence : le « phénomène Magnaud »

(Pour répondre à l'objection fondamentale dirigée contre la méthode critique d'interprétation).

<b>196.</b> Objection fondamentale contre la méthode critique. Son accentuation du fait du « phénomène MAGNAUD ». — Néces- sité de l'examiner. . . . .	287-291
<b>197.</b> Hésitation possible au sujet de cet examen. — Position à prendre . . . . .	291-294
<b>198.</b> Résultats positifs de la jurisprudence MAGNAUD. . . . .	294-298
<b>199.</b> Procédés qui caractérisent cette jurisprudence . . . . .	298-303
<b>200.</b> Appréciation du « phénomène MAGNAUD », du point de vue de la méthode d'interprétation . . . . .	303-307

## CHAPITRE TROISIÈME

## Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907

<b>201.</b> Position prise par le législateur suisse de 1907, au regard du problème des sources et de l'interprétation du droit. Intérêt qu'elle offre pour nous . . . . .	308-312
<b>202.</b> Résumé objectif des dispositions de la législation fédérale concernant les pouvoirs du juge. . . . .	312-321
<b>203.</b> Profit à tirer de cette législation par voie de comparaison. Objections et réponses . . . . .	321-326
<b>204.</b> Comment cette législation confirme et complète nos conclu- sions propres . . . . .	326-329

## CHAPITRE QUATRIÈME

Le mouvement du « freies Recht » (libre droit) dans les pays  
austro-allemands.

<b>205.</b> Délimitation du problème du « <i>freies Recht</i> » . . . . .	330-334
<b>206.</b> Mouvement qu'il a suscité. Son caractère principalement doctrinal. Son évolution . . . . .	334-337

## I

(1840-1900)

<b>207.</b> Point de départ, de la science allemande du XIX <sup>e</sup> siècle, rela- tivement aux sources et à la méthode d'interprétation. . . . .	337-340
<b>208.</b> Doctrine affirmée par SAVIGNY, en 1840. — Objections qu'elle suscite . . . . .	340-344
<b>209.</b> Développement de cette doctrine jusqu'au positivisme extrême de BERGBOHM. . . . .	344-347
<b>210.</b> Contradictions et oppositions, de 1870 à 1900 . . . . .	347-356
<b>211.</b> Maintien, dans le Code civil allemand de 1896, de l'idée de la plénitude logique de l'ordre juridique positif ( <i>die logische Geschlossenheit des Rechts</i> ) . . . . .	356-357

## II

(1901-1906)

212. La théorie des lacunes du droit (*Lücken im Recht*), principalement d'après E. ZITELMANN . . . . . 357-361
213. Nécessité d'une voie nouvelle, pour l'interprétation juridique. 361-364
214. Premiers tâtonnements, en ce sens, de 1902 à 1904. — Accentuation du mouvement, en 1905. — Travaux d'E. STAMPE et de Ph. HECK, en 1905. — Réserves et protestations . . . . . 364-369
215. Un tournant nouveau, en 1906. — Les travaux d'approche: G. RADBRUCH, M. RUMPF . . . . . 369-372
216. Le manifeste de Gnaeus FLAVIUS: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. — Réaction qu'il suscite contre le mouvement du « *freies Recht* » . . . . . 372-379

## III

(1907-1914)

217. Abondance et complexité du mouvement du « *freies Recht* », à partir de 1907. — Ses principales manifestations . . . . . 379-383
218. Ouvrages ou travaux plus importants, qui font saillie dans l'ensemble . . . . . 383-387
219. Idées principales se dégagant du mouvement . . . . . 387-392
220. Courants plus généraux dans le sens d'une synthèse. — La méthode des sciences naturelles dans le droit. — La jurisprudence d'intérêts (*Interessenjurisprudenz*) . . . . . 392-396
221. Méthode sociologique du droit. Ses aspects très divers . . . . . 396-401
222. Échec relatif du mouvement du « *freies Recht* ». — Comment l'expliquer? Enseignement à en tirer . . . . . 401-403

## Résumé général et vues d'avenir.

223. Exposé de thèses résumant les résultats acquis du présent ouvrage . . . . . 404-408
224. Nécessité, pour aller plus loin, de remonter aux principes fondamentaux de l'ordre juridique. — Distinction, possible, entre la science et la technique du droit . . . . . 408-410



L.G.D.J. - E.J.A.  
N° Editeur 2784

IMPRIMERIE BOSC FRÈRES  
69600 OULLINS

—  
DÉPÔT LÉGAL N° 9333  
SEPTEMBRE 1995



1875  
1876

1877  
1878  
1879  
1880



8

D2 MON

2062

FR

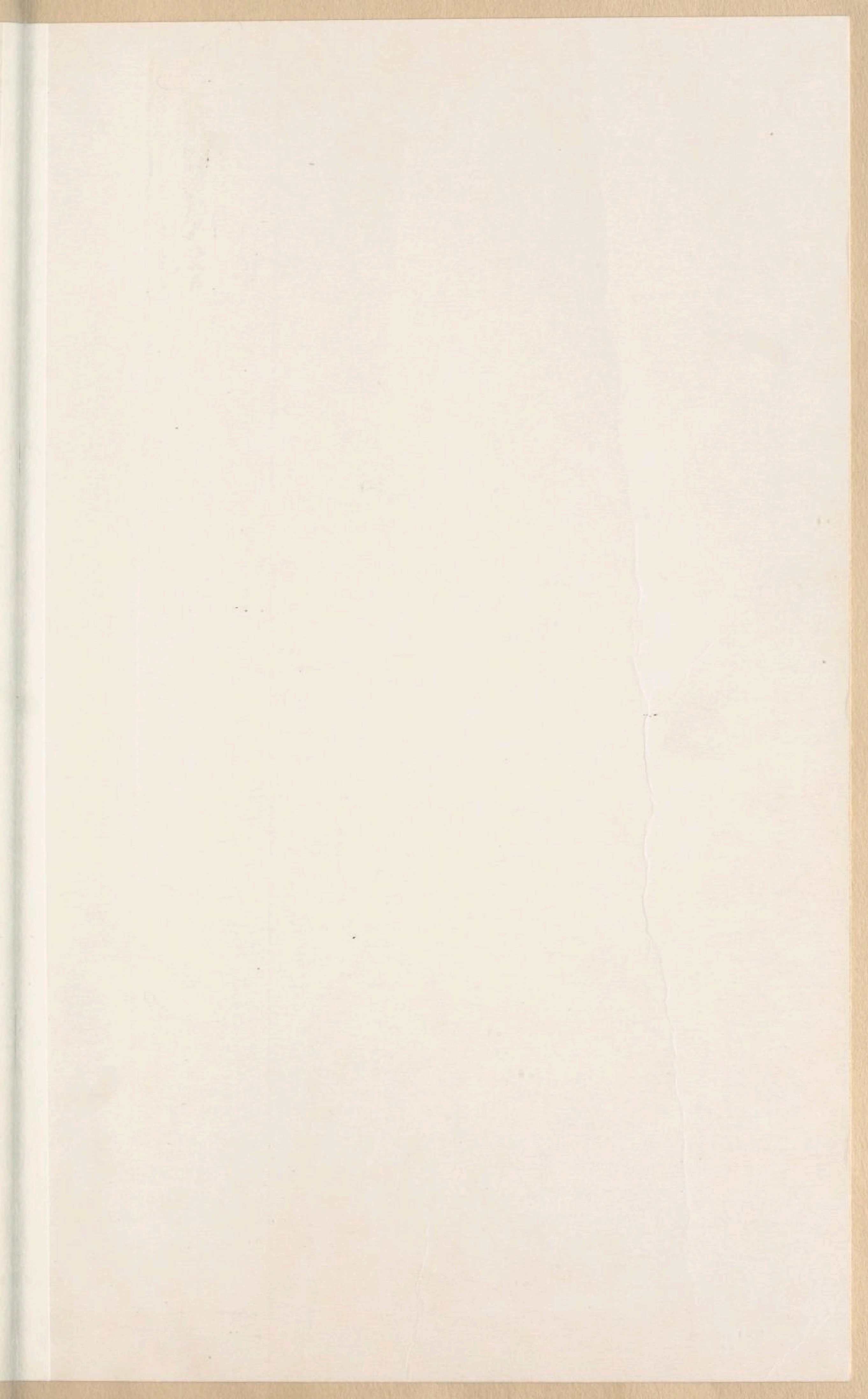
MÉTHODE D'INTERPRÉTATION ET SOURCES EN DROIT

\*\*

L.G.D.J

1 9 1 9







9 782275 002590

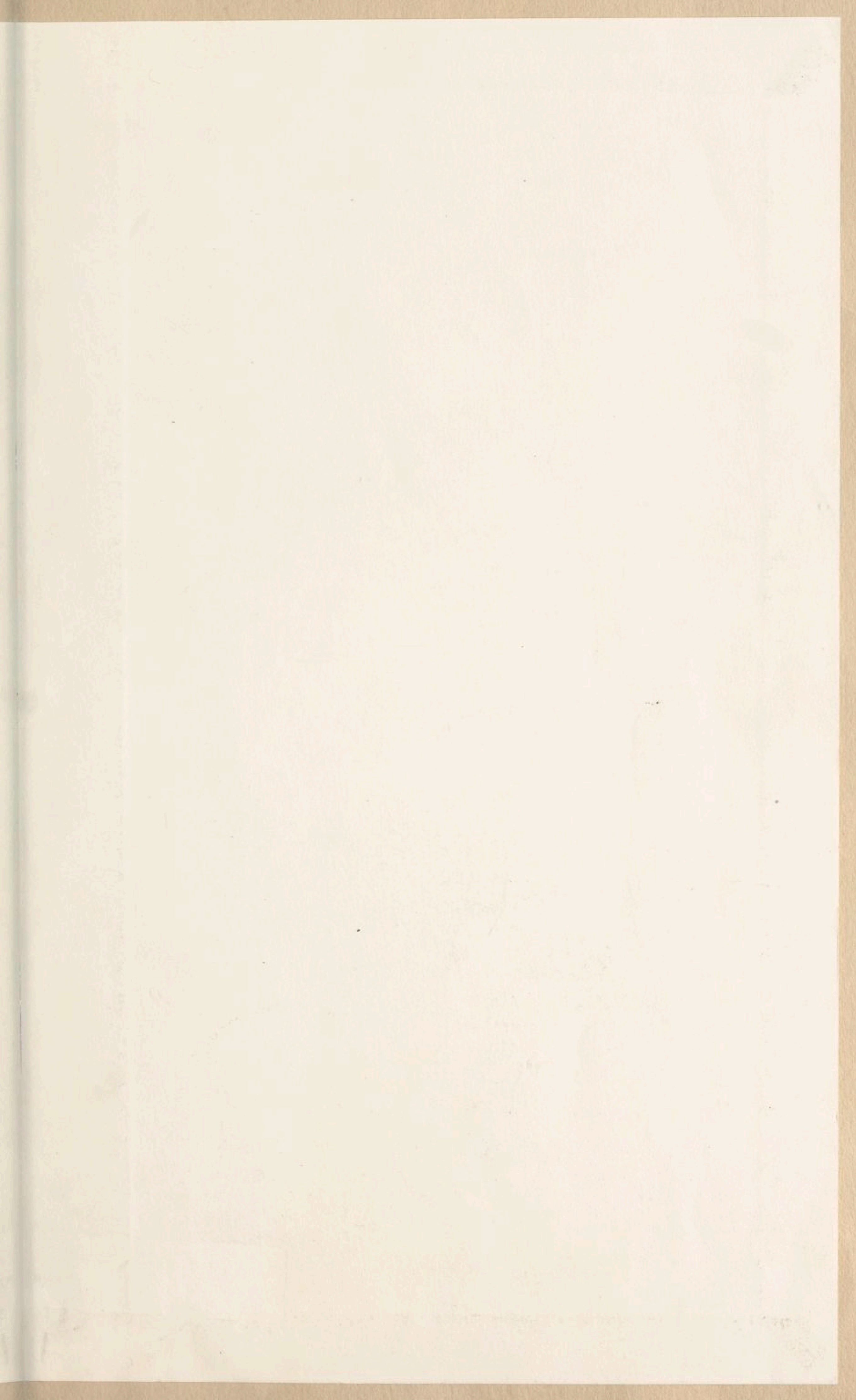


BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE

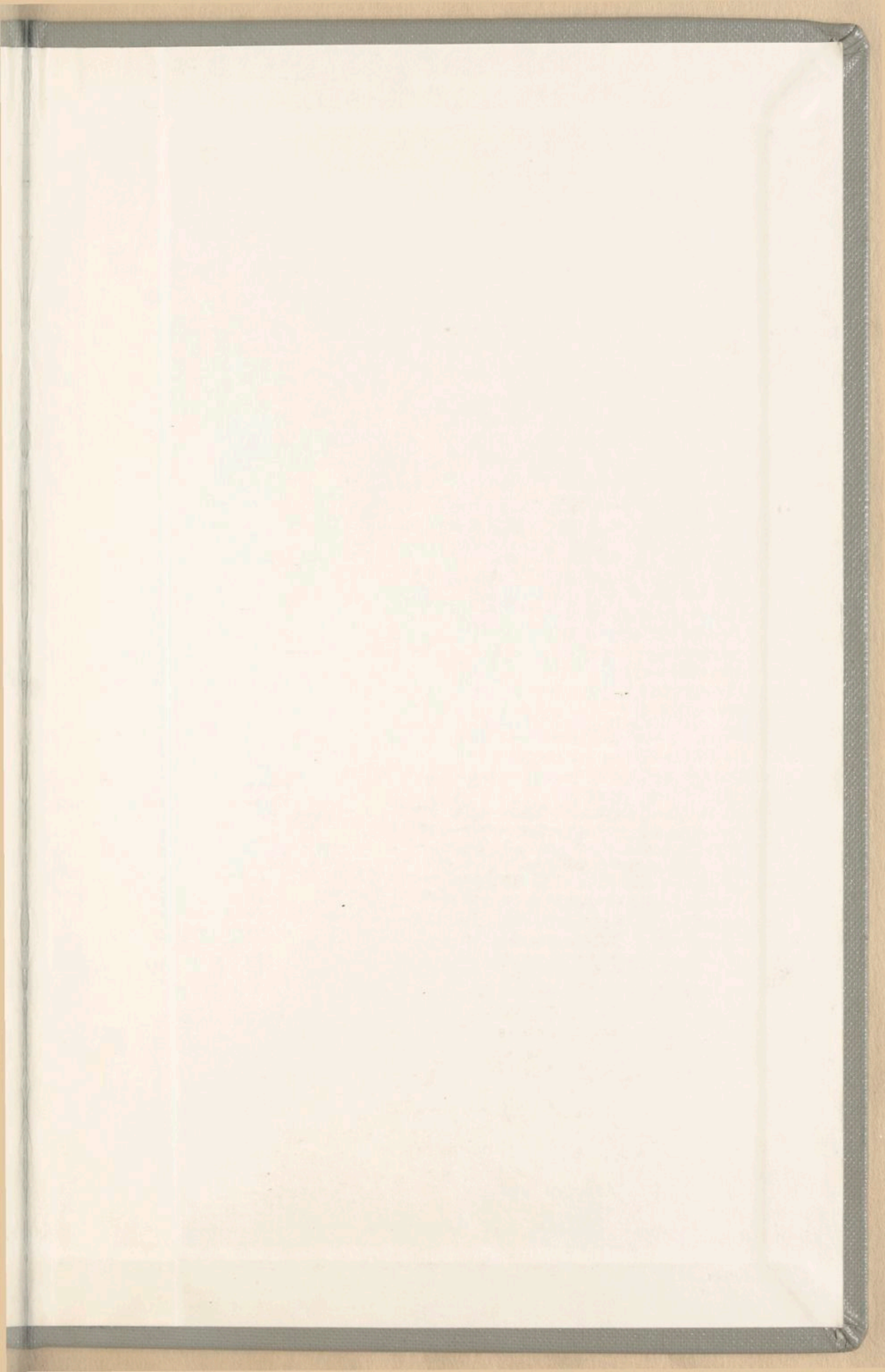
3 7502 04490358 3

ISBN 2.275.00259.6

330 F







BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE



3 7531 03028562 2