MÉTHODE D'INTERPRÉTATION

ET SOURCES

EN DROIT PRIVÉ POSITIF

II

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 thi...
« Than are dre...
(S...

SECONDE ÉDITION REVUE ET MISE AU COURANT

TOME SECOND

POLITIQUES DE TUNIS

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie 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 (5e ARRt)

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° Raison écrite, 5e éd., t. XIV, 1830, p. 70. — Cons., là-dessus, A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 3e 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 infaillible (1). En cela, d'ailleurs, la jurisprudence positive semble

(1) Voy. notamment : α, 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^er^, 1897, p. 192. — Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n^os^ **280-281**. — *Avant-projet de révision du Code civil*, sur l'art. 28 de l'avant-projet, n° **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^e^ édition, t. I, 1902, n^os^ **245-245 *bis***, p. 191-194.] — Cpr. Dalloz, *Rép. alphab.*, v° Lois, n° **47**, sur la jurisprudence ancienne ; — β, et quant à l'autorité de la doctrine : Demolombe, t. I, n° **117**, *in fine*. — Dalloz, *Rép. alphab.*, v° 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^e^ 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^e^ 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'autorité plus que la raison qui a cimenté l'édifice. Et, quoique « ceci puisse avoir une saveur paradoxale, il n'est pas exagéré 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 convaincre et d'être convaincus par le raisonnement, que dans « notre capacité d'influencer et d'être influencés par l'autorité » (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 sciên-

(1) A.-J. Balfour, *Les bases de la croyance*, trad. G. Art, p. 183. — Voy. d'ailleurs, tout le chap. II de la 3^e^ 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^e^ 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 apparat, 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 déprendre 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 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II, 1, note 429, 4e éd., 1880, p. 275 ; *L'esprit du droit romain*, 3e 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 réclamées 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. I², 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, *Œsterreich. Privatr.*, § 6, *initio*, t. I², 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 Flécière, « ... la pratique judiciaire est, à « la pratique extrajudiciaire, ce que la maladie, qui réclame des secours artifi- « ciels, 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. preuszischen Privatrechts*, t. Ier, 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'intro« duire dans leur administration les innovations que les circonstances com« mandent ».]

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. 12e 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. Ier, 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, n^os^ 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 Bemmelen, *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 : BOURIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XIII, n°s 48-50; cpr. n°s 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, n°s **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'ambiguité 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° Arrêt, n° VIII et *Questions de droit*, v° Arrêt de règlement, § I), 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° 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*, 3e 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. preusz. Privatr.*, § 4, t. Ier, 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 1er avril 1837, dans Sirey, *Lois annotées*, 2e 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 : Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, § 305 t. 1er, 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. period.*, 1897-2-33. Voy. surtout l'argumentation des p. 34-35.

(2) [A. Lonewski, *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 1er, 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 decisions 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 unsrer Zeit*, 3e éd., 1840 p. 74-80. — *Traité de dr. rom.*, trad. Guenoux, 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-même, 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, 2e 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 XIXe 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 jarisprudence 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 XVIIIe 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 dominent, 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[er], 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*, 3e éd., 1840, p. 115-118. — Sur cette caractéristique essentielle de l'*École historique* du XIXe siècle, cons. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I[er], 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 « au progrès de la science du droit actuel. » C. Bufnoir, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1881, 1er, t. I, p. 179.

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, méconnaîtrait 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

(1) Voy. notamment : A. Menger. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 2e 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[er], 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*, 1re éd., Giessen, 1803.

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

(4) C'est ce que reconnaît 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, XXVe 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).

141. — 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, IVe 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, 2e, t. XXXIV, p. 388-397. — Voy. aussi : C. Turgeon, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900, 1e, t. XIX, p. 285-286, et 1895, 2e, 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) Rappr. 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*, ne 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. : Fœlix, *Traité du droit internat. privé*, 3e 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. I, 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*, 2e 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; [2e 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*, 2e 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, *Œsterreich. Privatrecht*, § 6, note 3, t. I[1], 1876, p. 42. — HEILFRON, *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[er] 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 C[ie], 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 (*Präjudicienkultus*).]

(2) Voy. notamment É ALGLAVE, *Action du Ministère public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile*, t. I[2], 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 sainement organisée, on ne devrait pas reconnaître à la jurisprudence 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.

(1) Comp. L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I², 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 1er 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°s 13-15 ; et, là-dessus, A. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, 1892, p. 14-17.

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 (nos **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*, 2e 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 prêteur 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 Cie, 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 mon 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 semblables 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).

(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, *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*, 3e 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 de cassation, le 5 novembre 1813, et connue sous le nom de Note du Président BARRIS, dans DALLOZ, *Rép. alphab.*, v° Question préjudicielle, sursis, n° 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*, 2e éd., 1898. Préface de P. BEAUREGARD, p. XIV-20. — Voy. pourtant : DEMOLOMBE, t. I, n° **110**. — F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° **262**.

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 1er 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

(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[1], 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 influer 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*, 2e 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 XIXe 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, n^os^ **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, sui- « vant 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 remarquée, 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^e^ 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°, 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^e^ siècle*, dans *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1855, t. VI, p. 83-88 ; — et la réponse d'ANGELOT, *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 éloi-
« 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 Hudelot 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°, 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-
« respondre 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'environne 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, n^os^ **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, reparaissent non satisfaites. Un mot, trop facile à trouver, ne peut remplacer les réalités nécessaires (1).

148. — Peut-être, sans s'arrêter aux difficultés théoriques qu'elle soulève, et sans s'embarrasser 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, sainement 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 Cie, 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. Hauriou, 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*, 2e 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 : *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**).]

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,

(1) Comp. Aubry et Rau, § **39**, *in fine*, texte et note 11, t. I[5], 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, n^os^ **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^er^ 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^e^ 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, n^os^ 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^e^ éd., t. II, 1912, n^os^ 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. CHAMPCOMMUNAL, *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 prétorienne, 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).

(1) [Comp. M. Mornet, *Du rôle et des pouvoirs de la jurisprudence en matière civile* ; thèse de doct. Droit. Paris, 1903-*1904*, n°s **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, n°s **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, la loi du 2 juillet 1907, relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels.]

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 résou-

(1) Voy. Ed. Lambert, *De l'exhédération et des legs au profit d'héritiers présomptifs*, 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[6], 1911, n° **3093**, p. 979-980 et t. III[2], 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. Œrtmann, *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°, 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, n°s **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° 116, 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 cer-* « *tum 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, n^os^ **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 judicium jurisperitorum in* « *illa magnam inducit probabilitatem, ideo etiam in hac legum humanarum inter-* « *pretatione 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, n^os^ 67-89, p. 178-233 et *passim*, d'après l'*Index alphabétique*, v^is^ 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*, 3e 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 (1er 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 preuszischen 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. I², 1891, p. 1. — O. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § **10**, t. I², 1882, p. 50-53. — H. Dernburg, *Pandekten*, § **1**, t. I², 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° par l'*Allgemeines Landrecht* ; 2° par le Code civil français de 1804 (divers pays de la rive gauche du Rhin et Alsace-Lorraine) ; 3° 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, I², 1899, p. 22-23.

(2) Windscheid, *op. cit.*, § **5**, 3, t. I², 1891, p. 14. — O. Stobbé, *op. cit.*, §§ **1-3** et **14** ; t. I², 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 preuszischen 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. I², 1887, p. 14-16. — Voy., d'ailleurs, pour plus d'explications sur ce point : ci-dessus, n° **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° 115, 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. I², 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. I², 1891, p. 2. — Dernburg, *Pandekten*, t. I², 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) Savigny, *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, réprouve 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. I², 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. I², 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. I², 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. I², 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[5], 1887, p. 80-81.

(3) Dans son *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts* (1re éd. 1832-1834), MAURENBRECHER soutenait encore, de la façon la plus extrême, la valeur impérative de la *communis opinio*. Voy. t. I[2], 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*, 12e 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, 12e 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[7], 1891, p. 45. — DERNBURG, *Pandekten*, § 29, note 4, t. I[5], 1896, p. 65, l'écarte nettement, comme précaire et conduisant à de mauvais résultats pratiques.

(3) SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3e 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), 12e 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. I², 1891, p. 25-26, p. 45. — *Adde* encore : H. DERNBURG, *Pandekten*, § 29, note 4, t. I², 1896, p. 65.
(4) Comp., à cet égard : O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 22, *in fine*, t. I², 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. I², 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. I⁶, 1879, p. 55-57. — Voy. des idées, plus singulières encore, chez MAURENBRECHER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*, t. I², 1840, §§ 30, 31, 114.

vité vraiment productive, se retrouve, plus embarrassée encore, dans ses conclusions, chez des jurisconsultes, qui écrivaient vers le milieu du XIXe 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*, (1re éd. 1821), § 10, trad. PELLAT, 1841, p. 20-22.

(4) J. UNGER, *Œsterreichisches Privatrecht*, § 6, texte et notes 3-4, t. I[4], 1876 (la 1re éd. est de 1856), p. 42.

(5) J. UNGER, *op. cit.*, § 6, texte et notes 5-8, t. I[4], p. 43.

(6) Art. 10 du Code de 1811. — Voy. J. UNGER, *op. cit.*, t. I[4], 1876, p. 42, *in fine*.

(7) Art. 12 du Code de 1811. — Voy. J. UNGER, *op. cit.*, § 6, texte et note 11, t. I[4], p. 44. — PFAFF et HOFMANN, *Commentar zum österr. allgem. B. G.*, t. I, 1877-1882, p. 282 à 297. [— M. von STUBENRAUCH, *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[7], 1891 (la 1re 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[2], 1882, p. 165-166.

(3) Voy., notamment, à ce sujet : O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 24, texte et notes 9-6, t. I[2], 1882, p. 166-168. — L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, § 34, texte et note 8, t. I[2], p. 306-307. — J. UNGER, *Œsterreich. Privatr.*, § 6, *in fine*, texte et note 13, t. I[4], 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[5], 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 *Civilprocessordnung*, 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[2], 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, *Handbach des Handelsrechts*, t. I², 1874 (la 1re 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. I², 1882 (la 1re 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. I², 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. I², 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 (1re éd., 1884; 5e éd., 1896), § 29.
(2) H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I², 1896, p. 65; cpr. p. 52.
(3) H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I², 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 pratique, 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).

(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.

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. I², 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 Zivilprocessrechts*, 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. ŒRTMANN, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, p. 35-37.

(2) PLANCK et ŒRTMANN, *locc. citt.* — 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. I², 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. I², 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 TUHR, *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 Prinzipienlehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, t. IV, 1911, § **54**, n°s 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 coutumière, 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.

---

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. GMÜR 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 1er 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 aporte à dresser les loix et les cou-« tumes, il n'est pas possible qu'elles pourvoient à tous les cas ; ni qu'elles s'ex-« pliquent 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 prononçent sur les affaires sui-« vant leurs lumières, et qu'il leur paraît plus juste et plus conforme à la raison. « Les cours supérieures y rendent quelquefois des arrêts de réglements ; c'est « quand la matière est de conséquence, qu'elle arrive souvent, et que leur auto-« rité 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. Cepen-« dant, 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 inter-« pretationem 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 jugements 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 har-« diesse 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 plu-« sieurs fois à son propre sentiment : à moins qu'elle n'emporte quelque absur-« dité, qu'elle ne blesse les grandes règles, ou qu'il ne soit arrivé quelque chan-« gement général et notable, qui fournisse un juste motif à changer de jurispru-« dence. » (*Traité des Prescriptions*, 1re partie, chap. XIII, *in medio*, Dijon, 1730, p. 105-106). — Comp. encore, sur l'autorité de la jurisprudence et de la doctrine : VAN BEMMELEN, *Les notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 29-30.

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, n^os^ **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, n^os^ **102-105**, **112-122**), 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. I², 1882, p. 46, p. 144. p. 149. — Fr. Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 7, p. 43-44. — H. Dernburg, *Pandekten*, t. I³, 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 échèvins : 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 Bemmelen, *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 conseque-* « *bantur, 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*, 1900-2⁰, 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° **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. n^os^ **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 dominent 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*, n^os^ **23-51**, p. 53-102 ; n^os^ **59-64**, p. 109-117 ; n^os^ **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, ΗΘΙΚΩΝ 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. BARTHÉLEMY SAINT-HILAIRE, *Morale d'Aristote*, 1856, t. II, p. 184. — Rappr. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, v° Equité, 5e 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 Wissenschaft*, 1892, p. 150-151. — R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. Ie, 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 1er, al. 2, du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (entré en vigueur le 1er 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 acte 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. GMÜR, *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. Ie, 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. Ie, 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. Ie, 1874-1875, p. 305. — ENDEMANN, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 11, note 2, t. Ie, 1899, p. 48.

(2) Comp. BROCHER de la FLÉCHÈRE, *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 jurisconsulte 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. Ie, 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. Ie, 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. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, § 6, *Die Gefühlsjurisprudenz und die ihr verwandten Richtungen*, p. 101-111.]

(3) [M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, p. 102-103 (§ 6, I) et p. 106-108 (§ 6, II, 2), considère que la formule, adoptée par l'article 1er, 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. Gmür, *op. cit.*, p. 108-109 (§ 6, II, 2, a-c), cherche à fournir quelques éléments à cette précision.]

(1) [Le travail, que j'entrevoyais ici, sous des traits encore bien indécis, en 1899, a été entrepris depuis lors, et se trouve en cours d'exécution, déja 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. I⁷, 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. Regelsberger, *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 1er 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, cons. M. Deslandres (*Étude sur le fondement de la loi*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1908-1°, 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 critérium, 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 purèment logiques (ci-dessus, n^os^ **60-88**). 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 : É. 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*, 2e 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, n^os^ **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*, 1890-1e, 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*, 1891-1e, 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 Scherz 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 extraparlementaire 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[5], p. 48-58, t. III[4], p. 322-333 ; *Esprit du droit romain*, 3e 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 (5e A., 1891), p. 39-40 ; II 2 (4e A., 1883), § 39, p. 334-352, et § 41, p. 370-386 ; III (4e A., 1888), p. 322 ; *Esprit du droit romain*, trad. franç. de MEULENAERE, 3e 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, 1er, 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 (5e 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, 3e 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 (5e A., 1891), p. 39-40 ; II, 2 (4e A., 1883), p. 386-388 ; *Esprit du droit romain*, 3e éd., de Meulenaere, 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. Gény (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, nos 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 Santerre, *Cours analyt. de Code civil*, t. V, n° 26. — J'en dirais de même de la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre », sur laquelle, voy. ci-dessus, n° 72. — *Adde* Fr. Gény, 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) Rappr. 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*, 3e éd., Paris, Pedone, 1912, p. 83-84. — L. Huguenet, 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. Desserteaux 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, 1er, 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° du 1er 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. E. 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, 4e éd., 1883, p. 388 ; 3e 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*, 2e éd., 1889, t. I, § 32, notamment, p. 106 et 113. — O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 25, I, *in fine*, t. Ier, 1882, p. 169. — L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. Ier, 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. Ier, 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 Fortentwickelung der Rechtswissenschaft*, Berlin, Guttentag, 1900, p. 40 (§ 15, II). — H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens*, 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. Ier, 1891, p. 58 : « einem « allerdings etwas verschrieenen, und nicht mit Unrecht verschrieenen Aus- « drück ». — Cpr. § 22, note 8, et § 28, note 4, t. Ier, p. 57 et p. 67. [— Mais voy. l'addition, de Th. KIPP, à la note 8 du § 22, dans la 9e 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°, 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. Ier, 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. I³, 1891, p. 1-16 ; 3e éd. de MEULENAERE, t. I, p. 1-16.

(3) R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I², 1893, t. II², 1886.

(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. I³, Vorrede, p. VIII et p. 442 ; t. II², 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 révèlera 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. I², 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. I², 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^e, 1876, p. 66-67.

(4) Cpr. Wächter, *Württemb. 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 Fortentwickelung der 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.]

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-

(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^e^ siècle et définitivement affirmée au XVIII^e^ (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° **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^os^ **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^1^, 1876, p. 68-70. — *Adde* K. Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, § **6**, 1, a, t. I^2^, 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^os^ **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^3^, 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^1^, 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. Bonnot, 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 droit du naturel, dans l'interprétation du Code civil, voy. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit.*, 3^e^ 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^2^, 1899, p. 18-19.

(2) Comp. K. Cosack, *op. cit.*, § **6**, 1, b, et 2, b, t. I^2^, 1899, p. 18-19.

(3) *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3^e^ éd., 1840, p. 5, 7, 18, 23, 45.

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

(5) Voy. notamment : K. Cosack, *op. et locc. supra citt.* — 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^1^, 1876, p. 4, p. 66-67, p. 70-71. — Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § **23**, note 1 *a*, t. I^7^, 1891, p. 58 ; cpr. § 22, note 8, et § **28**, note 4, p. 57 et 67. — H. Dernburg, *Pandekten*, § **38**, *in fine*, t. I^5^, 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 (*Naturrechtlerei*), 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. I², p. 18-19.

(2) Notamment, dans : 1°) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. Romanistische Abtheilung, 1885, t. VI, p. 84-89 ; — 2°) *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule*. Akademische Rede, am 22 November 1886, Heidelberg, p. 18-23 ; — 3°) *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°) *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892 ; — 5°) *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, 2e, 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, 4e 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^e 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^2, 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 C^ie 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^er 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. CROISET, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1898, 2^e, 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 1er 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°, t. XXII, p. 44-45.

(4) [En faveur d'un retour aux préoccupations du droit naturel, voy. notamment : 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°, 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*, Moutpellier et Paris, 1910. — E. Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1912.]

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 peu- « vent 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 qua- « lité 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 manière- « res... » 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-

(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 1re 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-Pétersbourg, 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. PILLET, *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. HAURIOU, *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°, t. XVII, p. 352-353. — R. Stammler, *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*, 6e édition, t. I, Paris, 1911, nos 5-7, p. 2-3. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e 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, ΗΘΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ, lib. V, cap. X (XIV), § 4. — Voy. encore : C. Sigwart, *Logik*, t. II², 1893, p. 737.

(5) Cons. Sigwart, *Logik*, t. II², 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 doive 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. — Cpr. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, 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. I², 1893, p. 443 et sq., p. 512 et sq.

(3) Comp. F. Endemann, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I², 1899, p. 6-7.

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

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 tout 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. — Rappr. encore : DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 8. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 2, note 2, t. Ier, 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 Ire et la IIe 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-IX. — *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, *passim*, notamment p. 115-130.

(3) Voy. les boutades, bien connues, de MONTAIGNE, PASCAL, GŒTHE, rappelées par Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, 1891, p. 13-14. — *Adde* : A. DANTEN, *De la Nature des choses*, 1886, p. 174-177. — L. DUGUIT, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, 2e, 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.]

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 XVIIIe 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-

(1) Cpr. Ch. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État*, p. 15-16, p. 37-38. — *Adde* : F. BRUNETIÈRE, dans *Revue des Deux-Mondes*, 1er 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° du 1er 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 dévé« lopper 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° 29, t. I, p. 45. — Voy., aussi, dans le sens des idées que je développe : ARISTOTE, ΗΘΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ, lib. V, cap. VII. — Et, rappr. 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'immutabilité 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, *Œsterreichisches Privatrecht*, t. Ier, 1876, p. 67. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 23, note 1a, t. Ier, 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[e], 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[e], 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[os] **512-513**. — Delamarre et Le Poitvin, *Traité de droit commercial*, t. I, 1861, n[os] **29-30** et n[os] **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[e] éd., 1874, n[os] **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[e] 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 *epikia* 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, 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., 1er 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*, 2e 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°, t. Ier, 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, ΗΘΙΚΩΝ 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, 12e 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. Ier, 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. Ier, 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 dominent 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 nos **95-108**), 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 reconnaissions 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 dominent ». — 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*, 3e 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, 12e éd. SCHIRMER, 1877, p. 29-30. — *Kritik von Beseler's Volksrecht*, 1844, p. 17. — WÄCHTER, *Württemb. Privatr.*, t. II, 1842, p. 61. — J. UNGER, *Œsterreichisches Privatrecht*, t. I, 1876, p. 66 et 71. — Comp. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 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 : « *Jus enim quæsitum 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*, 12e 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 influer, 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, n°s **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, suivant 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) Sur tout cela, comp. : C. G. Wächter, *Würtlemberg. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 55-57. — J. Unger, *Œsterreichisches Privatrecht*, t. I⁴, 1876, p. 61-63. — *Adde* A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I³, 1884, p. 148-149. — Voy., encore, A. A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, n° **22**, t. I. 1851, p. 34-35.

(1) [L. Michoud, *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) Ἀνὰ 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, 4ᵉ éd., 1883, p. 341-343 ; 3ᵉ 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. I², 1874-1875, p. 304-305. — A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I³, 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. I³, 1899, p. 45-46. — Et, sur l'analogie, envisagée comme procédé logique : C. Sigwart, *Logik*, t. II², 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 dominent 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 comporterait pas son texte : comme, par exemple, lorsqu'on fait profiter du privilège du vendeur, consacré par l'art. 2103-1° 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).

« 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. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, Bern, Stämpfli et Cie, 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 Gmür : ci dessus, t. I, p. 268, 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.

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[4], p. 169 [; 5e éd. t. III, p. 284.]

(2) Aubry et Rau, § **442**, texte et note 21, IV[4], p. 733. — Demolombe, t. XXXI, n°s **321-323**.

(3) Aubry et Rau, § **323**, texte et note 37, t. IV[4], p. 209 [; 5e éd. t. IV, p. 343. *Adde* note 28 *bis*, p. 339.] — Demolombe, t. XXVIII, n° **407**.

(4) Civ. rej., 6 février 1860, Sir. 60, 1, 337. — *Contra :* Aubry et Rau, § **323**, texte et note 44, t. IV[4], p. 210 [; 5e éd., t. IV, p. 345.] — Demolombe, t. XXVIII, n° **444**.

(5) Aubry et Rau, § **753**, texte et notes 9-11, 22-23, t. VIII[4]. p. 186, 188-189. — Demolombe, t. XXX, n°s **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, *Œsterreich. Privatrecht*, § **10**, texte et note 23, t. I[4], 1876, p. 63-64. — A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I[2], 1884, p. 149. — Endemann, *Einführung in das Studium des B. G.*, t. I[5], 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[5], 1897, p. 196. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, t. I, 1896, n° **264-1°**, 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, 4e éd., p. 337; 3e éd. franç., t. III, p. 30.

(3) Comp. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § **29**, note 3, t. I[7], 1891, 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.

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 quelqu'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 fournit 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,

(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[5], p. 33; cpr. § **39**, II, 2, 4e éd., 1883, p. 338-339; 3e 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[os] **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° **105**, 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. I², 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, *Œsterreich. Privatrecht*, t. I⁴, 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. I², 1884, p. 150 : « *Lücken*, « die namentlich die Analogie ausfüllen soll, existiren im Recht überhaupt « nicht. »

(4) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I⁷, 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 preuszischen 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. — Cpr. 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) *Prolokolle 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 cou- « vrirait 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 Verhältniz als Rechts- « verhältnisz nur dann begründet werden, wenn es in dem B. G. B. bez. in ande- « ren 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. I², p. 169 ; cpr. p. 170.

(3) H. DERNBURG, *Pandekten*, § **38**, t. I⁵, 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. I², 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^e^ siècle, sur la plénitude de puissance de la législation écrite (voy. ci-dessus, n° **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° **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° **107** : J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, § 42, V, p. 137-138. — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n^os^ **179-191**, p. 302-322 ; p. 381-382 (n° **232**) ; n^os^ **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. SPASSOÏEVITCH, *L'analogie et l'interprétation*. Contribution à l'étude des méthodes en droit privé ; thèse de doct. Droit, Paris, 1910-*1911*.]

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, n^os^ **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,

(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 *Juristisches Litteraturblatt*, 1895, t. VII, p. 199. — Voy. aussi X, *Monsieur C. Bufnoir* (notice nécrologique), dans *Archivio giuridico*, 1898, 1^e^, 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 juridique positive constitue, dans sa masse imposante, un élément 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'équilibre 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. TAINE, *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^e, 1899, p. 433-434.

(1) Voy. GUIZOT, *Histoire générale de la civilisation en Europe*, 4^e 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^e éd., 1888, p. 266 ; 3^e 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, *Du 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^e 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^e 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^er, 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 « erfaszt 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^er, 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. Sorel, Discours de Lille, le 3 novembre 1897, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1897-2°, 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, Œsterreich, 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 études 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. Gaucker, *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 connaître 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 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*, 2e éd., 1898, notamment p. 72-74. [— W. Wundt, *Völkerpsychologie*, Leipzig, Engelmann, puis A. Kröner, 9 vol., 1900-1917.]

(1) [Sur les aspirations, d'ailleurs fort vagues, de l'éthique contemporaine, voy. *Morale sociale*, Paris, Alcan, 1899, avec préface d'É. 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, 4e 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, 5e 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°, t. XIX, p. 293-301, et 1895-2°, 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, 21e éd., Pöhlmann, 1897, p. 44. — L. Goldschmidt, *Handbach des Handelsrechts*, t. I2, 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*, 3e 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°, t. XXII, p. 265-277. — Sigwart, *Logik*, t. II², 1893, §§ 101-102, p. 659-694, et p. 719-720. — Comp. E. Picard, *Le droit pur*, 1899, § CXCV, 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 « rosseries » (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*, I⁵, 1891, p. 15 ; 3e 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°, 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°, t. XIX, p. 303-304. — F. Despagnet, *même revue*, 1891-2°, t. XXII, p. 11-12. — Voy., encore, à un point de vue plus large : A. H. Post, *Einleitung in das Studium 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° 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° 191, II, a, et les références.]

(3) Voy. G. Bonjean, *Traité des ordonnances sur requête et sur référé*. 1re 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 Beurtheilung 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[5], 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, la 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. 285-286.

(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, no **16**, p. 47-52. Comp. nos **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. Bufnoir*, 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 Bemmelen, *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. Taine, *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) défaillan-

(1) Comp. SALEILLES, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 497-498 et p. 485-486. — C. APPLETON, *même revue*, 1891-1°, t. XXI, p. 241-246. — DESPAGNET, *même revue*, 1891-2°, t. XXII, p. 16-19. — TURGEON, *même revue*, 1895-2°, 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. II², 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) Rappr. 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 Scherz 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. Ohsier) : « Les lois pénales et celles qui sont restrictives « du libre exer- « cice 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 technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, n° 16, p. 47-52. *Adde* nos 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 Cie, 1908, p. 103-104 (§ 6, II, 1) ; p. 130 (§ 8, I, 2).]

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

(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 partout, 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.

(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, n°s 173-174 : et rappr. ci-dessus, n° 128, t. I, p. 402.) [— Comp. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, A. Pedone, 1912, p. 35-45 (Première partie, Chapitre III).]

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 XIIIe 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, *Œsterreichisches Privatrecht*, t. Ier, 1876, p. 24. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, n° 266, t. I, 1896, p. 177. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, p. 21-22 [; 3e éd., 1912, p. 35.] — Endemann, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 8, I, t. Ier, 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, 4e éd., 1880, § 31 *in fine*, p. 147-155 ; cpr. § 30, p. 122-133 ; 3e 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° 2 : « Toutes « convenances sont à tenir, et por ce dit on « Convenence loi vaint »..... »

(4) Comp. P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2e 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, nos 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*, 1re 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. I², 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. I², 1899, p. 33-34. — R. Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1897, § 14, p. 55-58. [— K. Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts*, 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. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, 1897, p. 21, *in fine* et p. 22, *in fine*. — Stammler, *op. cit.*, p. 69. [— K. Hellwig, *op. et loc. citt.* — 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 Rechtssprechung*. 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. 73-1-289, note 3. — *Adde* Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du 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°, 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., 1er 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, 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 révèlera, 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. II3, 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 défaillant (1). — On aperçoit ainsi comment, dans ce domaine, la libre recherche du jurisconsulte, procédant par les voies que j'ai indiquées précédemment (n^os^ **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 réprouve, 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^e^, 1896, p. 216.

(2) Comp. Laromb ière, *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1134, n° **5**, t. I^er^, 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^er^, 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 allèguera une clause tacite, une fixation d'usage, devant être suppléée

(1) Voy. notamment : Req. rej., 1er septembre 1813, dans MERLIN, *Répertoire*, v° Vente, § I, art. III, n° 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° 21, t. Ier, 1885, p. 20-21. — A. GIRAULT, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, *passim*, notamment nos 65, 69, 94, 165, cpr. n° 54 ; p. 86, 92-95, 133-137, 254-255, cpr. p. 71-73. — J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, 1895, *passim*, notamment, nos 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. IVe, p. 315. Cpr. p. 337-339 ; [5e éd., t. IV, p. 535. Cpr. t. V, p 15-18.] — DEMOLOMBE, t. XXIV, nos 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 adoucirait heureusement les contours et en élargirait 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. IIe, 1879, p. 59-60. — Cpr. *ibid.*, p. 142, § 248, texte et note 43.

(2) Voy., par ex., la note d'E. CHAVEGRIN, sous Req. rej., 21 avril 1896, SIR. 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, n°s **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° ; — renonciation à divers droits réels immobiliers art. 1-2° et 2-2°, 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° **9**, t. I[e], 1885, p. 6-7. — Aubry et Rau, § **343**, 2°, t. IV[4], p. 291-293 ; [5e éd., t. IV, p. 479-483.] — Demolombe, t. XXIV, n°s **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, n^os^ **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, n^os^ **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^4^, p. 292 ; [5^e^ édit., p. 482.] — (*Contra* LAROMBIÈRE, sur l'art. 1101, n° **14**, t. I^2^, 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, n^os^ **141-142**, p. 142-144 ; [2^e^ éd., 1901, p. 147-149.] — COLMET de SANTERRE, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1892, 2^e^ 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^er^ 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^2^, 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 rattacher 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 avisions 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) 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, *locc. citt.*), 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.

(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., 1er 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. période.*, 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° Souscription, n°s **1-2**. — *Contra*, pour les offres de concours, en matière de travaux publics : A. Christophle, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, 2e édit. Auger, t. II, 1890, n°s **1909**, **1912-1913**, **1915**, p. 168-171. Mais, voy. n° **1919**, p. 172-173.

(5) Voy. Th. Tissier, dans *Répertoire du droit administratif*, v° Dons et Legs, n°s **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 doive 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) Ulpien, 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 cbn. §§ 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*, 3e éd., Paris, A. Pedone, 1912. p 45.]

(2) [Com. H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouverānität*. 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 hiérar- « chie 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° **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 rechtsmässigen Handlungen*, Straszburg, Trübner, 1895. [— E.-R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, Tübingen, 1911, p. 426-427 (§ 57, n° 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 1er 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° 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. I², 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° **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*, 6e éd., t. I, 1911, nos 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, nos 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 Besitzesschutzes*), § 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; 3e 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. Regelsberger, *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. Ier, 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 : *Malitiis non est indulgendum* (4). Je suis, quant à moi, plutôt porté

(1) Voy. notamment : Aubry et Rau, § **194**, t. II[e], 1897, p. 302-309. — Demolombe, t. XII, n[os] **646-663**. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, 2[e] éd., 1899, n[os] **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. Bufnoir, *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 législ.*, 1898, p. 139, p. 141, p. 143-144. — Demolombe, t. XI, n° **66** ; t. XII, n[os] **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 proprieta*, 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 n[os] **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. période.*, 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[e], 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[e] éd., t. II, 1912, n[os] **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, 1re 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 outrepasse 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. — Rappr. 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 gesammte 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 ministère public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e 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 dominent 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*, 3e 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. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, p. 25-26.]

(2) J'ajouterai, 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. 1re, *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. I2, 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. I², 1893, p. 443-452. — Et, pour l'application, *ibid.*, p. 512-551. — *Adde* E. STOCQUART, dans *Revue du Droit public*, 1896-2°, t. VI, p. 467-468, [et 1899-1°, t. XI, p. 432-443.] — Comp. aussi R. von JHERING, *Esprit du droit romain*, 3e 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*, 3e 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°, 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. PERCEROU, *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. — Cpr. DUMAINE, *Du contrat d'assurance sur la vie en droit civil et en droit fiscal*, 2e 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. HAURIOU, sous Conseil d'État, 24 décembre 1897 et 28 janvier 1899, dans SIR. 99-3-17 et 73. — *Adde* encore : M. HAURIOU, *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 circonstances, 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, dant tout l'ensemble du Code civil suisse de 1907 (3). Et, si mis à part le domaine administratif, où elle a tou-

(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 2e 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**, no **84**, no **155**.

(3) Comp. ci-dessus, t. I, p. 219, texte et note 1 avec les références (no **86**).

(1) Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. I, Paris, 1911, no **204**, p. 83.

(2) Voy., entre autres, le fameux § **138** al. 1, sur lesquel 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 (no **85**) et les références. — H. Dernburg. *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens*. 3. A., t. I, 1906, § **19**, I, p. 55-56. — K. Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts*, 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. Gmür. *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 XIXe siècle, que, contrairement au mouvement des idées suscité par l'école philosophique du XVIIIe 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 1er 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 Hâvre, 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*, 2e 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 : *Nullam crimen sine lege. Nulla pœna 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 212-214 (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. Œrtmann, *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. Gent, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, n° **16**, p. 47-52. *Adde* n°s **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 dégageait 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) Rappr. 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. ŒRTMANN (*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 Rechtsfidung », 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 (nos **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. I², 1874, p. 306-307. — Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. I², 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. I², 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°; cpr. p. 7, 2°. — R. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, § **11**, *initio*, 5e éd., 1894, p. 29. — van Bemmelen, *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. Hauriou 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°, 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 filosofischen 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 doive 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-1er décembre 1790, jus-

(1) Ce point à 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*, 3e éd., 1840, p. 78. — *Adde* F. Endemann, *Einführung in das Studium des B. G.*, § 1, IV, t. I², 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° 85) et t. II, p. 34-38 (n° 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 Cie, 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 1er 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, 2e 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.-1er 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 Cie, 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° **140**), 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, n^os^ **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, n^os^ **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^er^ 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 hié- « rarchiques 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. Hauriou, 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°, du Code de procédure civile, du 17 mai 1898 (reproduisant les §§ **512** et **516**, 1°, 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 Zivilprocessrechts*, 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 *purement 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^2^, 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, 3e 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. Ier, 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° 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., 29 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° 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° 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° 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, 2e espèce, Goux c. Rabineau, 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° Legs, sect. VII, n° II. *Questions de droit*, v° Intérêts, § 2. — Toullier, *Le droit civil français*, t. Ier, 1839, n° 163, p. 129-130. — Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, 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. Ier, 1897, p. 75-76. — Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, n° 83, t. Ier, 1874, p. 72. — Boistel, *Cours de droit commercial*, n° 22, 4e éd., 1890, p. 15. — Cpr. Garsonnet, *Traité de procédure*, § 1105, 3°, texte et note 16, t. Ve, 1894, p. 572-573. [— *Adde* M. Planiol, *Traité élém. de droit civil*. 6e éd., t. I, 1911, p. 6, texte et note 4 (n° 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° 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° 52, p. 60-61.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 85, t. Ier, 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 n^{os} **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 ; [4e 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. Œrtmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, A. Deichert, 1914, §§ 56-59, p. 488-520.]

(3) Lyon-Caen et Renault, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *locc. citt.*

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).

Finalement, 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, 3e 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 Fenet, t. V, p. 92. [— *Adde* M. Lefebvre, *La coutume comme source formelle de droit en droit français contemporain*, thèse de doct. Droit. Lille, 1905-1906, 1re 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*, § **89** cpr. § **40** ; t. I, 2e éd., 1898, p. 165-166 cpr. p. 78-79. *Adde* § **1108**, 2° et 3° ; t. V1, 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 1er 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 légaux 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-1er 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.-1er décembre 1790. — E. Garsonnet, *Traité de procédure*, 2e éd., § 95, t. I, 1898, p. 172-174.

(2) Art. 3, al. 3 loi des 27 novembre-1er 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. 3e 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, 1er, t. XXI, p 241.

(3) [Comp. ce qui a été dit plus haut (n° **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*, 3e 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.