124023

REVUE INTERNATIONALE

DE

L'ENSEIGNEMENT

PUBLIÉE

Par la Société de l'Enseignement supérieur

COMITÉ DE RÉDACTION

M. BROUARDEL, Membre de l'Institut, Doyen de la Faculté de Médecine de l'Université de Paris, Président de la Société.

M. LARNAUDE, Professeur à la Faculté de droit, *Secrétaire général* de la Société.

M. HAUVETTE, Professeur adjoint à la Faculté des Lettres, *Secrétaire général adjoint.*

M. DURAND-AUZIAS, éditeur.

M. BERTHELOT, Membre de l'Institut, Sénateur.

M. G. BOISSIER, de l'Académie française, Professeur au Collège de France.

M. BOUTMY, de l'Institut, directeur de l'Ecole libre des Sciences politiques.

M. BRÉAL, de l'Institut, Professeur au Collège de France.

M. BUISSON, professeur à la Faculté des Lettres de Paris.

M. ALFRED CROISET, de l'Institut, doyen de la Faculté des lettres de Paris.

M. DARBOUX, secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences, doyen de la Faculté des Sciences de Paris.

M. DASTRE, Professeur à la Faculté des Sciences de Paris.

M. EDMOND DREYFUS-BRISAC.

M. GAZIER, professeur adjoint à la Faculte des Lettres de Paris.

M. E. LAVISSE, de l'Académie française, Professeur à la Faculté des Lettres de Paris.

M. CH. LYON-CAEN, de l'Institut, Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

M. MONOD, de l'Institut, Directeur à l'École des Hautes-Études.

M. MOREL, Inspecteur général de l'Enseignement secondaire.

M. L. PETIT DE JULLEVILLE, Professeur à la Faculté des Lettres de Paris.

M. SALEILLES, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

M. A. SOREL, de l'Académie française.

M. SOUCHON, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

M. TANNERY, maître de conférences à l'École normale Supérieure.

M. TRANCHANT, ancien Conseiller d'Etat.

RÉDACTEUR EN CHEF

M. FRANÇOIS PICAVET

TOME QUARANTIÈME

Juillet à Décembre 1900

PARIS

A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT

1900

UNE RÉFORME NÉCESSAIRE
DES
ÉTUDES DE DROIT CIVIL (1)

Le livre sur lequel j'attire l'attention du lecteur est destiné à marquer, j'en suis convaincu, une date essentielle dans l'histoire de la science du droit civil français. Il marquera l'heure précise où commence le déclin d'une école de civilistes qui a règné chez nous sans rivale pendant tout le cours du siècle ; qui a produit depuis longtemps les quelques résultats utiles qu'elle était susceptible de donner ; qui ne saurait désormais sortir de l'état de stérilité où elle est tombée, l'*école des interprètes du Code civil*. Depuis quelques années la conviction se fait impérieusement jour dans l'esprit de quelques-uns de mes collègues des Facultés de droit, qu'il est indispensable, pour arrêter la décadence des études de droit civil à laquelle nous assistons avec tristesse, de répudier toutes les traditions de cette école. Nous avons tous dû nous plier à ses méthodes pendant notre passage sur les bancs des Facultés. Mais nous n'avons pas tous réussi à perdre entièrement conscience de l'absurdité des postulats sur lesquels reposent ces méthodes ; à nous résigner à leurs déplorables résultats.

Cette école attribue une sorte de vertu magique à un petit livre rédigé au début du siècle, qui porte pourtant déjà bien visible l'empreinte du temps, le code Napoléon. Elle érige en dogme intangible l'aptitude de ce livre à fournir, soit directement, soit grâce au travail de l'interprétation la solution de toutes les difficultés, de tous les conflits d'intérêt qui chaque jour surgissent autour de nous, alors même que ces conflits sont dus au développement de besoins économiques ou d'institutions juridiques inconnues lors de la rédaction de ce livre. Elle prétend faire sortir de toutes pièces la réglementation juridique des multiples créations si variées de la pratique contemporaine de ce code du début du siècle qui ne les a pas prévues, qui ne pouvait même pas en soupçonner l'éclosion future. D'après elle, la codification de 1804 aurait définitivement tari toutes les sources du droit, sauf la législation, et dès lors radicalement transformé

(1) A propos du livre de M. Gény : Méthode d'interprétation et sources en dr it privé positif ; Bibliothèque de jurisprudence civile contemporaine, Chevalier-Marescq, 1899.

la fonction du droit civil. Le droit civil avait été jusque-là une science d'observation, ayant un objet vivant, en perpétuel devenir ; la codification en aurait fait une science exacte. A l'étude des mouvements incessants de la vie juridique désormais superflue, elle aurait substitué l'analyse ou la synthèse des textes inertes d'une législation écrite. Cette école n'admet pas que, sous l'empire de la codification, le jurisconsulte puisse revendiquer d'autre mission que celle qui consiste, soit à fixer le sens grammatical ou le sens voulu de chaque article, soit à rapprocher et coordonner les décisions d'espèce du Code civil et des lois postérieures, en vue d'en dégager les règles plus générales dont le législateur s'est inspiré, et d'appliquer ces règles aux hypothèses non prévues par les textes, sans avoir à se préoccuper d'ailleurs si cette application est équitable ou non, en harmonie ou non avec les besoins de la pratique. Les adeptes de cette école pouvaient vivre en dehors du monde réel, s'abstraire des contingences de la vie juridique : leur méthode leur fournissait une solution prompte et facile aux problèmes les plus nouveaux et les plus délicats qui pussent être soumis à leur examen. Ils n'avaient qu'à ouvrir leur code, et à en déduire pour ainsi dire mathématiquement, par une série de raisonnements syllogistiques, la réponse demandée. Peu leur importait que cette réponse fût satisfaisante ou non. La responsabilité ne leur en incombait pas. Ils étaient abrités derrière leur Code comme le théologien derrière ses livres saints. Tant pis si les complications toujours croissantes de la vie moderne faisaient naître des relations juridiques impossibles à classer dans l'une des catégories admises par le code, si les créations spontanées de la pratique débordaient en dehors des cadres trop étroits de ce code. La vie avait tort de revêtir des formes non prévues par la loi. L'interprète, retranché derrière ses textes saints, avait le droit d'ignorer les modifications de la vie sociale, les transformations du milieu économique. L'école des *interprètes du Code civil* paraît être partie de ce postulat singulier que, par l'effet de la codification, le droit cesserait désormais d'évoluer librement ; que ses lignes essentielles se figeraient dans une perpétuelle immobilité, que le législateur avait pu endiguer à sa guise le cours jusque-là libre et capricieux de la vie ; que la société attendrait pour recommencer à vivre et se transformer que le législateur lui en eût accordé l'autorisation.

L'expérience du passé n'est-elle pas là pour dissiper une pareille illusion ? Est-ce que les enseignements de l'histoire ne mettent pas en pleine évidence l'impuissance de l'homme à empêcher l'évolution continue des institutions juridiques ? La méthode des *interprètes du Code civil* est fondée sur la négation de la plus certaine des lois sociologiques.

D'autres avant eux étaient déjà tombés dans la même erreur, et leur exemple prouve qu'on ne saurait méconnaître impunément les lois de la nature. Les Romains également ont prétendu douer de l'aptitude à l'application indéfinie leur antique codification des XII Tables, les constructions de leurs pontifes ou de leurs premiers prudents. A la fin de la république ou dans les premiers siècles de l'empire, parvenus à une civilisation relativement affinée, ils se déclaraient encore soumis à cet ensemble de règles élaborées jadis pour l'usage d'une société à demi-barbare, d'une population dont les concepts juridiques n'étaient pas sensiblement plus complexes que ceux de nos ancêtres Germains à la veille de leur établissement dans les Gaules. Ils continuaient à présenter ces monuments du

passé comme l'expression toujours fidèle du droit de leur époque. Quel a été l'effet de cette fiction de perpétuité du droit ? D'entraver le travail naturel d'adaptation de la jurisprudence aux transformations du milieu social et économique ? Non pas. L'évolution des institutions juridiques a été aussi continue chez les Romains que chez n'importe quel autre peuple. Le seul résultat de cette fiction de perpétuité a été la scission du droit romain en deux systèmes juridiques, profondément opposés dans leur esprit, ayant presque sur chaque matière chacun leur réglementation différente ; le système du *jus civile*, c'est-à-dire l'ensemble des doctrines surannées de l'antique tradition, système qui demeurait théoriquement en vigueur, qui restait toujours l'expression officielle du droit ; mais dont le magistrat chargé de l'administration de la justice s'efforçait de paralyser l'application par une série de procédés ingénieux ; et à côté le système du *droit prétorien* ; c'est-à-dire l'ensemble des règles nouvelles élaborées par la jurisprudence en vue des besoins de la société contemporaine, système que le magistrat s'ingéniait à substituer à celui du droit civil ; système qui seul était réellement vivant. La tentative faite par les Romains pour arrêter la marche naturelle du droit n'a abouti qu'à dissimuler les institutions vivaces du présent derrière les institutions mortes du passé ; à obscurcir par conséquent le système juridique romain ; à en rendre la connaissance inaccessible au public, pour la réserver à une classe de privilégiés.

Nos voisins d'Outre-Manche se sont aussi bercés de l'illusion que leurs lois — leurs *statuts* — maîtriseraient l'avenir le plus lointain. Cette illusion s'est même compliquée chez eux de la superstition du *cas*, c'est-à-dire du précédent judiciaire. Les Anglais ont de tous temps attribué une vertu singulière à la sentence du juge. Dès le haut moyen âge, ils se sont habitués à l'idée que la réponse faite par le juge à la question de droit qui lui était soumise ne s'imposait pas seulement aux parties qui l'avaient sollicitée, mais aussi aux juges qui désormais pourraient être saisis du même problème, tout au moins aux juges inférieurs. Ils ont attribué au jugement la force non seulement de prouver la coutume, mais de la fixer pour toujours. Ces précédents judiciaires, combinés avec les plus anciens statuts, ont formé dès le moyen âge tout un corps de doctrine, la *common law*, auquel les jurisconsultes anglais ont prêté le caractère de perpétuité ; de sorte que ce corps de doctrine né en grande partie du milieu féodal, approprié aux besoins simples de ce milieu, s'impose encore théoriquement à la civilisation si compliquée de l'Angleterre contemporaine. L'effort fait par les jurisconsultes anglais pour immobiliser le droit a abouti à peu près aux mêmes résultats que la tentative analogue des jurisconsultes romains ; il n'a pas pu empêcher la lente, mais complète transformation de la société anglaise. Il n'a eu d'autre effet que d'entraîner une discordance de plus en plus criante entre le droit théoriquement en vigueur et la vie juridique qu'il avait pour mission de guider. Quand cette discordance devint trop sensible, le magistrat chargé en Angleterre de présider à l'administration de la justice, le chancelier fut amené à intervenir à l'exemple du préteur romain pour paralyser, par tous les moyens en sa puissance, l'application de celles des règles de la coutume antique que le progrès des mœurs avaient rendues trop choquantes. La régularisation de ces interventions du chancelier donna plus tard naissance à de nouvelles juridictions. A côté des tribunaux de droit commun

qui continuaient à statuer d'après les principes trop souvent surannés de la *common law*, s'introduisirent les cours d'équité qui substituèrent dans leurs jugements aux solutions que semblait imposer le droit strict des décisions plus conformes aux exigences de la pratique. Ces cours d'*equity* créèrent du XVIe au XVIIIe siècle, un système complet et original de jurisprudence sur toutes matières dont elles pouvaient être saisies. Et le jour vint où les jurisconsultes s'aperçurent qu'il fallait renoncer à employer le singulier en parlant de la coutume anglaise ; qu'il y avait désormais deux coutumes anglaises, la *common law* et l'*equity*. La réforme judiciaire de 1873 (Statut 36 et 37 Victoria 66), en supprimant la séparation absolue jusque-là établie entre les cours de *common law* et les cours d'*equity*, n'a pas fait disparaître cette division fondamentale de la coutume anglaise. Trop souvent une même matière est réglée à la fois et de deux manières naturellement très différentes par la *common law*, et l'*equity*. La théorie de la *common law*, du vieux droit archaïque demeure alors lettre morte. Paralysée par l'*equity*, elle n'en reste pas moins théoriquement debout. Les constructions de la *common law* quoique dépourvues dans ce cas de toute valeur pratique, continuent à embarrasser et à compliquer la doctrine anglaise. On assiste en Angleterre au même phénomène qu'à Rome ; la coexistence théorique des institutions du présent et d'institutions qui en réalité appartiennent déjà au domaine de l'histoire. Ce dédoublement de la coutume est l'une des causes principales de l'infériorité si marquée du droit civil anglais par rapport aux législations des principaux pays du continent ; de la lenteur avec laquelle progresse la science du droit privé. Il a surtout contribué à faire de la jurisprudence anglaise une énigme absolument impénétrable aux profanes ; que parfois les initiés eux-mêmes ne déchiffrent pas sans difficulté. Enfin en rendant plus difficile, plus incertain dans ses résultats, le travail de recherche et de constatation de la coutume auquel seul le praticien peut songer à se livrer, il a par là même notablement diminué la sécurité et la stabilité des relations juridiques. Ce dédoublement si regrettable a été l'effet inévitable et le seul effet durable de la fiction de perpétuité créée en faveur de la *common law* anglaise.

Chez tous les peuples qui ont nourri la même croyance à la possibilité d'immobiliser le droit, on peut observer invariablement le même phénomène qu'en Angleterre et à Rome. Ce phénomène a été souvent étudié pour le droit musulman (Voir notamment les articles de Kohler et Goldziher dans la « Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft », VIII, p. 406 et suiv.). Les exemples pourraient en être multipliés. Toutes les fois qu'on tente d'imposer au présent la législation du passé, sans adaptation préalable, on ne peut maintenir à cette législation qu'une autorité purement nominale ; on ne saurait empêcher que, derrière elle et la rendant lettre morte, il ne se forme tout un système indépendant de droit approprié aux conditions nouvelles de la vie juridique. C'est un des enseignements les plus clairs que fournisse l'histoire du droit comparé.

L'école des *interprètes du Code civil* n'a pas su profiter de cet enseignement. A son tour elle a prétendu douer le Code civil de la perpétuité. Elle affirme que la codification du début du siècle, accrue de quelques lois postérieures, contient encore en 1900 l'expression complète de notre droit civil. Assurément elle ne dénie pas d'une façon absolue toute faculté de critique à l'interprète ; mais elle ne l'autorise à l'exercer que sous forme

de remontrances ou de suppliques au législateur. Elle l'invite, dans le cas où il constate qu'une règle de droit a cessé de correspondre aux nécessités de l'heure présente, à en proclamer plus haut que jamais la pleine autorité, et à se contenter de former le vœu stérile que le législateur daigne intervenir pour l'abroger. Elle se refuse à admettre que les transformations subies par la société française depuis 1804 aient pu d'elles-mêmes produire une réaction sur le système juridique du code et y entraîner des modifications.

Renouvelant à son tour l'erreur déjà commise par les jurisconsultes romains, puis par les jurisconsultes anglais, l'école des *interprètes du Code civil* ne pouvait récolter que les mêmes résultats. Impuissante comme eux à arrêter l'évolution des institutions, elle a malheureusement réussi, comme eux également, à empêcher l'adaptation de son système juridique aux situations nouvelles nées de cette évolution, à l'écarter par conséquent chaque jour un peu plus de la réalité ; à nécessiter son remplacement dans l'usage par un autre système juridique d'esprit plus moderne, plus souple aussi, susceptible de perfectionnements. D'où un éloignement progressif entre le droit théoriquement en vigueur et le droit réellement vivant, entre celui qu'exposent les auteurs et celui qu'appliquent les tribunaux, entre la *doctrine* d'une part et la *jurisprudence* de l'autre.

La scission du droit civil français en deux systèmes représentant l'un le passé, l'autre le présent, la *doctrine* et la *jurisprudence* n'est pas encore aussi absolue que la scission du droit romain en *jus civile* et *droit prétorien* ou la scission de la coutume anglaise en *common law* et *equity*. Mais il a fallu de longs siècles pour donner toute sa netteté à ce dédoublement du droit romain ou de la coutume anglaise ; et il n'y a pas encore cent ans que nous subissons les méthodes de l'école des *interprètes du Code civil*. Cependant le phénomène de dissociation du droit et de la pratique apparaît déjà chez nous en pleine lumière. Nous avons vu naître ou se développer depuis le Code civil des formes nouvelles de la propriété mobilière, des types de contrats jusque là inconnus, comme les assurances terrestres, spécialement l'assurance sur la vie, toute une luxuriante frondaison de créations juridiques. Tandis que les *interprètes du Code civil* se refusaient à modifier, pour leur faire place, l'aménagement de leur système, les tribunaux s'efforçaient de leur assurer un traitement conforme à leur but et à leur rôle économique. La jurisprudence n'a pu mettre en valeur cet immense domaine juridique d'apparition récente qu'en secouant le joug de la doctrine. L'attitude prise par la doctrine a contraint également la jurisprudence à se séparer d'elle dans la réglementation des institutions juridiques prévues par le Code civil, mais dont la structure économique a depuis subi des transformations. Le régime dotal de la pratique actuelle diffère profondément du régime qualifié du même nom par le Code civil. Les types de dispositions sont plus variés et ont d'autres effets dans le testament, tel que l'organise la jurisprudence contemporaine, que dans le testament tel que le connaît encore la doctrine. Mais je ne veux pas m'attarder ici à dresser la liste de toutes les matières de droit qui revêtent aujourd'hui une physionomie opposée dans la doctrine et dans la jurisprudence. Cette liste serait trop longue. Dans un grand nombre de domaines, la formation de deux systèmes juridiques rivaux, *doctrine* et *jurisprudence* est déjà un fait accompli : dans les autres elle se prépare. Si le règne de l'école des *interprètes du Code civil* devait durer longtemps,

si d'autre part la revision de nos codes se faisait attendre, le phénomène que je viens de signaler prendrait certainement en France la même acuité qu'il a eue à Rome, qu'il a encore en Angleterre.

Dès aujourd'hui les fâcheux effets de ce dédoublement du droit civil français sont vivement ressentis par l'interprète lui-même, par l'étudiant, par le public : Par l'interprète qui voit son action sur le mouvement de la pratique décroître chaque jour, qui cesse de plus en plus d'exercer dans l'œuvre quotidienne de dégagement du droit la part de collaboration qui lui appartient naturellement ; Par l'étudiant qui dans nos facultés, dont les programmes sont encore sous l'influence tyrannique de la méthode des *interprètes du Code civil*, ne reçoit pas, ou tout au moins ne reçoit que très insuffisamment l'initiation à la jurisprudence, au droit sous l'empire duquel il devra vivre, qu'il sera appelé à mettre en œuvre ; qui en revanche est contraint de s'astreindre presque exclusivement à l'étude ingrate de ce système juridique déjà en partie sorti de l'usage qu'on nomme la doctrine ; enfin par le public pour qui cette coexistence de la doctrine et de la jurisprudence épaissit le mystère du droit.

Ces funestes résultats de la méthode actuelle sont-ils au moins rachetés par les services rendus? Pas une minute je n'hésiterai à répondre non. L'unique mérite, précieux entre tous, il est vrai, attribué à leur méthode par *les interprètes du Code civil* n'existe que dans leur imagination. A les entendre leur méthode seule serait apte à faire produire à la codification son maximum de bienfaits ; elle aurait la vertu spécifique d'assurer la *sécurité des relations juridiques*. Voici leur raisonnement : L'utilité propre de la codification est de permettre dans tous les cas la révélation certaine du droit. Cet avantage a été obtenu au lendemain de la mise en vigueur du Code civil, puisque l'interprétation pouvait faire aisément jaillir de ce livre la solution de ceux même des problèmes juridiques qui n'y avaient pas été formellement prévus. Assurément le travail d'interprétation souvent indispensable pour obtenir la révélation du droit exigeait quelque discernement ; il était prudent pour le profane d'en charger un homme de l'art. Mais la codification assurait tout au moins à l'individu qui avait soin de s'éclairer des conseils d'un jurisconsulte la certitude d'arriver à une connaissance précise de ses droits et obligations en tant que membre d'une famille, en tant que propriétaire ; de prévoir à l'avance au moment où il passait un contrat tous les effets juridiques qui en sortiraient; au moment où il entamait un procès, la solution que les tribunaux donneraient inévitablement aux questions de droit mises en jeu dans l'affaire. Pour éviter que cet inestimable bienfait de la codification ne fût éphémère, il était indispensable d'attribuer au système du Code civil dans ses moindres détails la plus rigide immobilité ; de ne point y tolérer la plus légère retouche, si ce n'est par voie de correction législative. Seul ce dernier genre de correction permet de respecter la sécurité des relations juridiques ; grâce à la publicité dont est entourée la loi ; grâce à son absence d'effets rétroactifs. L'intervention d'une loi nouvelle n'empêchera pas que les transactions antérieures à sa mise en vigueur ne produisent les effets sur lesquels leurs auteurs ont pu compter. Quant aux transactions passés depuis, elles sont l'œuvre de personnes qui connaissaient la loi nouvelle ou devaient la connaître, elles ou leurs hommes d'affaires. Toute personne diligente et bien renseignée, n'est exposée à aucune surprise par les

innovations législatives. Il en sera autrement si on admet que le système juridique du Code civil évolue en même temps que les institutions ; qu'il s'adapte spontanément aux besoins nouveaux de la société ; qu'il soit en perpétuel mouvement. Le praticien qui se tient si aisément au courant du travail législatif ne percevrait souvent qu'avec difficulté ces sourdes et lentes transformations ; il ne serait pas toujours en mesure d'en révéler l'existence à ses clients. En présence de ces évolutions clandestines du droit, le public serait démuni de la protection que lui offre contre les variations législatives la non-rétroactivité des lois. A ces modifications internes et spontanées du droit, on tenterait vainement d'assigner comme aux modifications législatives une date déterminée ; elles n'en comporteraient point, se réalisant insensiblement ; et dès lors elles réagiraient aussi bien sur les relations juridiques déjà existantes que sur celles qui ne s'établiront que dans l'avenir. Leur admission exposerait chacun de nous à voir attribuer à son acte juridique, le jour où il l'invoque en justice, des effets différents de ceux qu'il avait pu en attendre légitimement au moment où il l'accomplissait. Le souci de la sécurité des relations juridiques conduit donc à ne plus reconnaître sous l'empire de la codification qu'une source unique du droit, la loi ; à imprimer à la loi un caractère d'essentielle immobilité ; à la soustraire à l'effet des variations du milieu social et économique. Si la doctrine, affirme-t-on, se pénètre bien de cette nécessité, elle réussira à augmenter constamment la somme de sécurité déjà procurée par la codification aux relations juridiques. Chaque jour elle l'accroîtra, soit en précisant le sens des dispositions obscures du Code ou des lois postérieures, soit en découvrant la conciliation des textes contradictoires, soit en dégageant des théorèmes contenus dans la loi un nombre de plus en plus grand de corollaires.

Est-il besoin de longues réflexions pour sentir le vide d'un pareil raisonnement ? L'argumentation présentée par les adeptes de l'*école des interprètes du Code civil* est vraiment trop facile à réfuter. Je leur répondrai : Oui, l'immobilisation que vous avez imposée au système juridique du Code civil eût été de nature à merveilleusement sauvegarder la sécurité des relations juridiques si, par le fait même de cette immobilisation, vous n'aviez condamné ce système à sortir de l'usage. Oui, votre méthode vous a permis d'élaborer tout un corps de doctrine qui protégerait très efficacement la sécurité des relations juridiques s'il régissait encore ces relations ; mais, par l'effet de cette même méthode, il a cessé de les régir. Vous étiez pourtant prévenus par l'exemple de vos devanciers Romains et Anglais qu'en entravant l'adaptation naturelle de votre système juridique aux formes nouvelles de la vie sociale et économique, vous alliez nécessiter la création spontanée d'un système tout différent qui progressivement se substituerait au vôtre ; et votre exemple à son tour fournira le même avertissement à ceux qui plus tard songeraient à renouveler la même tentative. A quoi bon travailler à donner plus de logique et de clarté à vos principes, si en même temps vous les faites tomber en désuétude ? Depuis près de cent ans que, vous abstenant de parti pris de tout contact avec la réalité, vous vous êtes enfermés dans l'étude de vos dispositions législatives, vous avez laissé se développer en dehors de votre action un système touffu et complexe de jurisprudence. C'est uniquement du fonctionnement de ce système, seul appliqué par les tribunaux, et non pas du fonctionnement du vôtre que dépend le plus ou moins de sécurité

des relations juridiques. Or il est certain que le mode de formation de ce nouveau système de droit, la formation coutumière ou jurisprudentielle, présente les deux inconvénients que vous avez vous-mêmes signalés. Vous étiez impuissants à les supprimer radicalement en tarissant toutes les sources du droit autres que la législation. L'expérience n'a pas tardé à vous le démontrer. Avez-vous alors essayé de tempérer au moins ces inconvénients. Non. Et pourtant cela vous le pouviez. C'était à vous jurisconsultes qu'incombait naturellement la mission d'étudier les continuelles transformations de la vie juridique, de suivre les moindres mouvements de la jurisprudence, de les annoncer aux praticiens et au public, d'alléger ainsi pour eux la difficulté de constatation de ce droit de formation spontanée. Votre action pouvait aussi utilement combattre le second inconvénient; l'impossibilité d'organiser pour la protection des droits acquis une garantie correspondante à celle qui résulte de la non-rétroactivité des lois. Parmi les phénomènes que la production extra-législative du droit est susceptible de provoquer, les plus dangereux assurément, dans cet ordre d'idées, sont les sautes de jurisprudence, les mouvements trop précipités de marche en avant suivis de brusques retours en arrière. Si la doctrine, au lieu de nier la nécessité du travail continu d'adaptation du droit, et de laisser la jurisprudence s'y livrer seule, y avait pris sa part de collaboration; si elle s'était efforcée d'éclairer la marche de la jurisprudence, d'en régulariser le cours, sans doute la plupart de ces regrettables phénomènes eussent été évités. Votre école a préféré fermer les yeux sur ce mouvement continu de génération spontanée du droit. Ne nous parlez donc plus des prétendus services qu'elle aurait rendus à la cause si digne d'intérêt de la sécurité des relations juridiques ! Ceux que vous lui attribuez sont imaginaires. Ceux qu'elle aurait pu rendre, elle a dédaigné de les rendre. Bien plus aux dangers que présente pour la sécurité des relations juridiques le développement inévitable du droit par d'autres voies que la législation, votre méthode a ajouté une cause nouvelle d'insécurité en attribuant une existence fictive à un système juridique déjà disparu. L'emploi de votre appareil d'interprétation devient dangereux pour le public qui y recourt dans le but d'obtenir la révélation du droit actuellement appliqué devant les tribunaux, et n'en tire que la révélation d'un droit de pure convention. Vos opinions risquent d'entrainer à de cruelles déceptions ce même public qui n'y attache d'importance que parce qu'il s'imagine encore qu'elles lui permettent de préjuger l'opinion des magistrats chargés de dire le droit. Vos manuels, vos traités de droit civil vont tromper le lecteur qui croit à tort y trouver l'expression du droit actuel. C'est surtout dans l'intérêt de cette sécurité des relations juridiques dont vous vous êtes érigés défenseurs officiels, mais qu'en réalité vous avez compromises, que nous entendons répudier toutes vos traditions.

Depuis longtemps déjà des efforts ont été tentés pour assouplir la méthode des *interprètes du Code civil* et en tempérer les inconvénients. Efforts stériles. On ne saurait tirer d'effets satisfaisants d'une méthode dont le point de départ est la méconnaissance des conditions fondamentales de développement de la science qu'elle est destiné à mettre en œuvre. M. Labbé a prouvé dans ses savantes notes du Sirey qu'il l'avait déjà compris. Mais c'est surtout depuis une dizaine d'années que nous prenons la conscience très nette de l'urgence, pour l'avenir de nos études de droit civil, d'une complète reconstitution de nos méthodes en vue de

leur adaptation à la nature de science d'observation, de science de la vie qui appartient au droit civil. La nécessité d'accommoder nos méthodes à la loi de perpétuelle mobilité qui continue à dominer le droit depuis la codification comme elle l'avait dominé jusque-là, a été dans ces dix dernières années bien souvent affirmée, par M. Saleilles en 1890 et 1891 dans cette Revue (1), par M. Bartin en 1892 dans l'introduction à ses études sur le régime dotal, par moi-même en 1893 dans la préface de mon livre sur le contrat en faveur de tiers ; par d'autres encore. Dans ces dix dernières années nous avons vu paraître un certain nombre de monographies consacrées exclusivement à l'analyse de la jurisprudence, à l'histoire de son évolution, à la systématisation de ses solutions. Nous pouvons aisément constater chez l'élite des jeunes gens sortis de nos facultés depuis quelques années un goût de plus en plus prononcé pour ces études de jurisprudence. De longues énumérations d'arrêts, parfois même une esquisse, toujours rapide et superficielle de la marche de la jurisprudence commencent à se glisser dans les traités de droit civil, attestant que leurs auteurs, sans rompre avec les procédés de leurs devanciers, se rendent déjà compte de ce mouvement d'opinion. Et cela est encore plus sensible pour les ouvrages écrits à l'usage des débutants. Le dernier paru, celui de M. Planiol, le tome premier de son *Traité élémentaire de droit civil* marque, quand on le compare à ceux qui l'ont précédé, un très remarquable progrès dans la voie scientifique. La préface contient un paragraphe dont l'intitulé est significatif : *De la nécessité de rapprocher l'enseignement de la jurisprudence.* J'y relève ces lignes symptomatiques : « *Il s'est formé dans nos facultés une doctrine, souvent originale, mais rarement suivie dans la pratique. Aujourd'hui que la jurisprudence est fixée sur beaucoup de points, à quoi bon enseigner encore comme étant la formule du droit français actuel, des théories qui ne sont ni écrites dans les lois, ni admises en jurisprudence? C'est donner à notre enseignement une apparence théorique et fausse, qui en ruine l'autorité quand nos élèves se trouvent ensuite en contact avec une réalité contraire à ce qu'ils ont appris à l'école. Prenons donc la jurisprudence pour ce qu'elle est, pour un droit coutumier de formation récente, et enseignons ses solutions, sauf à dire ce que nous en pensons* ». Enfin, grâce aux heureuses démarches dont M. Bartin a pris l'initiative, une publication a été créée en 1899 dont le nom seul vaut un programme : *Bibliothèque de jurisprudence civile contemporaine* : publication destinée à jouer dans l'ordre des recherches scientifiques de jurisprudence un rôle correspondant à celui qu'occupent par exemple dans le cercle de l'histoire du droit les *Untersuchungen* de Gierke, dans d'autres domaines les bibliothèques de l'école des chartes ou de l'école des hautes études ; recueil échappant à la périodicité, ouvert aussi bien aux travaux de longue haleine qu'aux courtes monographies. Le livre de M. Gény fait précisément partie de cette collection. La nouvelle école de civilistes dont une série de symptômes annonçaient depuis une dizaine d'années la prochaine apparition, a été par là munie à l'avance d'un organe, M. Gény a voulu la doter en outre d'un programme et d'une méthode.

Après une rapide description, dans une 1re partie, de la méthode qu'il

(1) 1890, 1° t. XIX, p. 482 et suiv. 1891 ; 2° t. XXII, p. 39 et suiv.

appelle *méthode traditionnelle* et que j'ai appelée *méthode de l'école des interprètes du Code civil*, dans une deuxième partie l'auteur nous fournit l'explication et aussi la complète justification des répugnances que nous inspirait d'instinct l'emploi de cet méthode ; puis, dans une troisième partie, il s'efforce d'élaborer pour notre usage une méthode entièrement nouvelle ; en nous indiquant au passage les résultats de l'enquête très approfondie à laquelle il s'est livré sur l'évolution des procédés d'étude du droit privé à l'étranger, particulièrement en Allemagne. Je n'oserais point affirmer d'ailleurs que M. Gény ait rempli avec un aussi complet succès l'une et l'autre des deux tâches qu'il s'est assignées, la tâche de destruction et la tâche de reconstruction. L'heure n'était peut-être pas aussi propice pour l'une que pour l'autre de ces deux entreprises.

La partie la plus remarquable de l'ouvrage, celle qui, à mon sens, est destinée à demeurer vraiment définitive, c'est l'œuvre de destruction ; c'est la critique de la méthode traditionnelle, critique pénétrante, et dont toutes les conclusions à peu près, appuyées sur une discussion solide et serrée, me paraissent incontestables.

L'auteur reconnaît l'existence de deux graves défauts dans cette méthode traditionnelle, l'*exagération de l'élément légal*, et l'*abus des abstractions logiques*.

Je crois avoir suffisamment prouvé combien est fondé le premier de ces reproches. Pour combattre le dogme de la disparition de toutes les sources du droit autres que la loi par l'effet de la codification, M. Gény ne se borne pas, comme je viens de le faire, à constater simplement l'existence de lois sociologiques contre lesquelles se brise la volonté du législateur humain. Il démontre que c'est à tort qu'on a prêté au législateur de 1804 la croyance à ce dogme : il en saisit la genèse dans la période révolutionnaire ; il étudie dans le droit intermédiaire, puis suit, dans leur progressive décadence, les deux principales manifestations de ce dogme, l'institution du référé législatif, la conception primitive du rôle du tribunal de cassation en matière civile, rôle très étroit, rôle de stricte surveillance du fonctionnement du mécanisme judiciaire dans l'application des lois ; signale les protestations des rédacteurs du Code civil eux-mêmes contre la prétention d'attribuer à la loi l'aptitude à tout régler, et spécialement les belles pages écrites à ce sujet par Portalis. Dans ce premier chapitre il dévoile très clairement l'erreur fondamentale, peut-être en réalité la seule erreur, commise par les constructeurs de la méthode traditionnelle, erreur consistant à croire que la loi peut devenir de nos jours l'unique source du droit.

Quant à l'abus des abstractions logiques, abus dont les dangers sont fort bien mis en lumière dans le second chapitre, ce n'est que l'une des conséquences naturelles, qu'un des corollaires inévitables du premier vice de la méthode traditionnelle. Du moment où l'on accepte ce postulat que la loi suffit à tous les besoins de la pratique, qu'on doit en faire sortir indéfiniment et exclusivement la solution de toutes les difficultés juridiques ; comme, d'autre part, la loi ne tranche directement et expressément qu'un petit nombre de problèmes, un travail propre de l'interprète est indispensable pour dégager de la loi la solution des questions non prévues. Ni le raisonnement *a contrario*, ni l'analogie, procédés très finement analysés par M. Gény ne suffiront toujours. Dès lors l'interprète

est nécessairement obligé de se livrer à ce qu'on appelle la recherche des principes. Il rapproche les unes des autres les décisions rendues par la loi sur des cas voisins ; cherche à deviner au moyen de ce rapprochement l'idée plus générale dont le législateur s'est inspiré. Le résultat de ce travail d'induction c'est la découverte du principe commun qui domine plusieurs des décisions d'espèce renfermées dans la loi. Le principe connu, pour en déterminer la portée, l'interprète est amené à en chercher l'explication, la raison d'être, le but poursuivi par le législateur, la conception à laquelle celui-ci a obéi. Derrière le principe apparaît la conception ou construction juridique qui l'éclaire. Quand l'interprète est parvenu à dégager du rapprochement des textes de la loi un certain nombre de principes ; quand il a fixé la portée d'application de chacun d'eux au moyen de concepts juridiques, il doit procéder à une opération inverse de déduction, dégager de chaque principe toutes les conséquences logiques qu'il comporte.

Désormais, en présence d'un cas nouveau, il se bornera à puiser dans son arsenal de principes celui dont l'une des conséquences naturelles fournit la solution du cas. Comme le fait très justement remarquer M. Gény, les résultats obtenus au moyen de cette double opération d'induction et de déduction ne sont pas uniquement dus au législateur lui-même ; ils sont le produit d'un travail personnel de l'interprète. Ce procédé ne permet pas d'obtenir la révélation certaine de la volonté du législateur, mais seulement de supposer ce qu'il aurait voulu dans telle ou telle hypothèse s'il l'avait prévue. Supposition dont le degré de vraisemblance dépend de la sagacité et de l'impartialité personnelle de celui qui manie l'appareil d'interprétation. En fait celui-ci substitue souvent ses propres idées à celles du législateur, spécialement l'établissement des concepts juridiques. Et pourtant les partisans de la méthode traditionnelle croient traduire fidèlement la volonté même des auteurs de la loi et se considèrent comme de simples porte-paroles. Ils sont convaincus que l'autorité des principes est consacrée par les textes qu'ils en considèrent comme l'application ; que les conceptions juridiques exposées par eux existaient bien réellement dans l'esprit du législateur. Les principes et les concepts prennent à leurs yeux la même valeur que les dispositions mêmes de la loi. Mais cette attitude leur est dictée par le postulat fondamental de leur méthode. Ce postulat les obligeant à trouver toujours dans la loi la solution des problèmes même non prévus par elle, ils ne peuvent pas se dispenser de recourir, pour remédier à ses lacunes apparentes, à leur double procédé d'induction et de déduction. Et d'autre part la nécessité de respecter ce même postulat les contraint à déclarer que les résultats ainsi obtenus sont imposés par la volonté du législateur. Ils font participer leurs principes, concepts et déductions de la même immutabilité qu'ils attribuent aux dispositions de la loi. Le travail quotidien de la doctrine, en tirant continuellement du tréfond de la loi de nouvelles règles, aboutit à resserrer chaque jour plus étroitement les vides du système du code par où la vie juridique eût pu se développer ; à multiplier ainsi les dangers de l'immobilité de la loi.

C'est surtout à l'abus des concepts juridiques que s'attaque M. Gény. Cet abus consiste, dit-il, « à envisager comme douées d'une réalité objective permanente des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature » p. 115. L'interprète attribue à tort une existence réelle à

ces créations de son esprit. « Victime de sa formation juridique le juriste n'aperçoit pas toujours l'irréalité de ces constructions » p. 119. La croyance à l'objectivité des concepts l'amène à n'admettre que ceux qu'il croit découvrir derrière les dispositions législatives. Il est entraîné « à faire tenir *a priori* tout le système du droit positif, en un nombre limité de catégories logiques qui seraient prédéterminées par leur essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie. » p. 115. « *L'objectivation absolue et immuable des concepts* » conduit inévitablement à la « *limitation a prioristique des catégories juridiques* » p. 115. La formule de l'auteur est peut-être un peu abstraite ; mais sa pensée est claire. Le postulat fondamental de leur méthode imposant aux interprètes du Code civil la croyance à l'aptitude de la loi à tout régler, par conséquent à l'existence réelle des principes et des concepts qu'ils prétendent y trouver, d'une part ils ne font pas plus céder leurs principes ou leurs concepts que les dispositions mêmes de la loi devant l'équité ou les besoins de la vie économique ; et d'autre part ils n'admettent pas que le nombre de ces principes ou de ces concepts puisse s'accroître. Ils ne tolèrent pas d'autres types de droits réels, d'obligations, de relations juridiques que ceux qu'ils croient découvrir dans leur code. Ils contraignent, avant de leur reconnaître le droit à l'existence, toutes les créations nouvelles de la pratique à se présenter sous l'un des types consacrés, dussent-elles pour cela se dénaturer profondément. Les plus importantes institutions de formation récente se sont heurtées dans leur développement, se heurtent encore à des concepts de ce genre. Il est indispensable, pour assurer la marche continue du progrès juridique, de restituer à ces constructions logiques leur véritable caractère. « Elles n'ont en elles-mêmes qu'une valeur toute subjective, comme conclusions d'une pure hypothèse scientifique, devant rester prêtes à céder sur une plus profonde intuition des besoins de la vie juridique » p. 124. Elles ne sont « que de simples hypothèses toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence » p. 131. « Elles ne peuvent fournir qu'un instrument de découverte sans valeur objective, qui peut suggérer des solutions, mais incapable à lui seul d'en démontrer le bien fondé, ni d'en éprouver le mérite intrinsèque et la vérité durable » p. 175. Ce second chapitre très fouillé, fort original est d'une lecture captivante.

Tout en en acceptant les conclusions générales, je sens cependant le besoin de faire une réserve. Je m'associe volontiers à l'idée maîtresse de ce chapitre ; mais quelques-unes de ses formules m'inquiètent. Je crains que, dans son ardeur à combattre l'abus des constructions juridiques, M. Gény n'aboutisse à inspirer à son lecteur le dédain de ces constructions. Lui-même d'ailleurs proteste à plusieurs reprises contre l'intention de les proscrire entièrement, p. 114, p. 169. Il leur attribue même un rôle possible d'idées forces, p. 130. Mais cette reconnaissance incidente de la légitimité d'un usage modéré des concepts juridiques risque de passer inaperçue au milieu du long réquisitoire dressé contre eux. Et ce qui m'inquiète surtout c'est que ce réquisitoire ne vise pas seulement les constructions juridiques proprement dites dont l'auteur se défie plus particulièrement ; il est dirigé aussi contre les principes. Une distinction, il est vrai, est établie dans ce chapitre entre la construction juridique et le principe, p. 132, 168 à 174.

Mais les principes dont il est question dans ces passages, ce ne sont pas nos principes de droit positif, ceux auxquels j'ai fait allusion jusqu'ici, c'est-à-dire les règles générales dégagées du rapprochement de diverses solutions légales, ce sont les *principes de la nature des choses* : « les principes de justice ou d'utilité universelle, immuables dans leur essence, mobiles seulement dans les détails de leur application et suivant les conditions sociologiques » p. 132 ; ce sont, légèrement rajeunis, les principes idéaux sur lesquels l'école du droit des gens avait bâti ses doctrines. Dès lors les critiques adressées aux conceptions juridiques portent aussi à l'encontre de nos principes de droit positif. Je redoute fort que, de cet ardent réquisitoire et d'une série de formules qui présentent les concepts et principes comme des créations de l'esprit de l'interprète, comme de pures hypothèses, comme des instruments de découverte qui ne doivent être utilisés qu'avec prudence, le lecteur ne conclue que l'emploi de notre appareil traditionnel d'interprétation est entièrement facultatif, que l'interprète n'est aucunement lié par des principes qu'il a lui-même créés. Et les développements présentés par l'auteur dans sa troisième partie montrent que telle est bien sa propre conclusion.

Une pareille conclusion serait profondément regrettable. N'exagérons pas l'activité créatrice de l'interprète dans le dégagement du principe. Si une large place est laissée à son imagination dans la recherche des concepts, il n'en est plus de même pour la recherche des principes. Oui, le principe est l'œuvre de l'interprète ; mais une œuvre construite avec des matériaux fournis par la loi et que l'interprète n'est pas libre de combiner arbitrairement. Manié avec discernement et sans esprit préconçu, l'appareil d'interprétation pourra révéler dans chaque cas nouveau, à défaut de la volonté du législateur, la solution qui concorde le mieux avec l'ensemble des dispositions déjà édictées par la loi. En imposant à l'interprète l'obligation de recourir d'abord et principalement à l'emploi de cet appareil d'interprétation, on assure le maintien d'une certaine précision de lignes, d'une réelle netteté de contours dans le système du droit positif ; on lui permet de s'enrichir constamment de règles nouvelles sans briser pour cela ses cadres traditionnels ; on en facilite par là la connaissance et la révélation ; on augmente d'autant la stabilité et la sécurité des relations juridiques. Je proteste avec M. Gény contre l'attitude de *l'école des interprètes du Code civil* qui, pour satisfaire plus complètement ce désir d'équilibre et de précision du droit, a essayé d'entraver la marche du progrès, contre la prétention des adeptes de cette école d'imposer toujours à la pratique les solutions obtenues par le moyen de leur appareil d'interprétation alors même qu'elles sont contraires aux exigences les plus manifestes de la vie juridique. Mais je ne protesterais pas avec moins d'énergie contre toute tentative tendant à soustraire l'interprète à cette féconde discipline qui le contraint, avant de laisser les créations quotidiennes de la pratique se développer en marge de notre système juridique traditionnel, à rechercher s'il n'est pas possible, sans les dénaturer, sans gêner leur fonctionnement économique, de les fondre dans l'harmonie générale de ce système. Je comprends aisément que l'attention de M. Gény, qui, pendant l'élaboration de son livre a vécu dans le commerce intime des interprètes allemands du droit romain moderne, ait surtout été attirée sur les inconvénients de l'abus des constructions juridiques. Mais combien ces inconvénients sont minimes quand on les compare à ceux que présente tout système de droit

positif où les principes directeurs sont rares, où manquent les règles générales et les constructions juridiques autour desquelles puissent se grouper les solutions de détail. C'est le cas de la jurisprudence anglaise contemporaine. Je crois qu'aucun de ceux qui ont pu être amenés à étudier simultanément les systèmes juridiques allemands et anglais ne me démentira quand j'affirme que le danger le plus redoutable ne consiste pas dans l'exagération du nombre des principes ou concepts, mais dans leur trop grande pauvreté.

Pour ma part, je n'attribue pas deux défauts à la méthode traditionnelle : je ne lui en reproche qu'un seul ; mais capital : son dogme de l'immobilité de la loi, sa croyance à la rigidité indéfinie du système juridique du code. C'est par la faute de ce dogme que les principes et les conceptions du début du siècle n'ont pu se transformer et s'assouplir; que les catégories juridiques sont restées fermées et limitées alors que les formes de la vie économique se multipliaient. C'est contre ce dogme que sont dirigées mes seules revendications. Que l'on consente à reconnaître qu'aucun système juridique ne peut rester longtemps en vigueur qu'à condition de s'accommoder continuement aux transformations de la société qu'il régit que l'interprète proclame avec M. Gény que ce n'est pas à la vie sociale à se plier devant la théorie juridique, que c'est au contraire la vie juridique qui se doit accommoder aux faits et aux exigences de la vie ; et l'emploi des principes et des constructions juridiques devient à mes yeux un réel mérite de la méthode traditionnelle. Du moment où l'on écoute les démentis de l'expérience, ils suffisent à débarrasser la science des conceptions dues à l'imagination ou l'esprit de système de l'interprète. Le jeu des principes et des constructions permet au jurisconsulte d'assigner à chaque institution nouvelle, quand elle s'y prête, sa place naturelle dans notre système juridique et par là même sa réglementation. Si, dans son développement normal, cette institution sort par quelques points des cadres anciens de la loi, le jurisconsulte constatera que tel ou tel principe trop étroit a été ainsi élargi. Par cette brèche pourront se glisser ensuite d'autres créations de la vie. Enfin quand l'interprète se trouvera en face de constructions nouvelles de la pratique, qui se refusent à entrer dans l'un des types connus de relations juridiques, alors seulement, il reconnaitra que le système traditionnel s'est enrichi d'une catégorie de plus. Les principes et les concepts juridiques s'élargiront et se renouvelleront d'eux-mêmes, mais seulement dans la mesure nécessairé pour leur accommodation aux transformations du milieu social. C'est ainsi, qu'en utilisant l'appareil d'interprétation pour appliquer aux problèmes de l'heure présente des solutions en harmonie avec l'ensemble du système juridique français, non pas tel qu'il était en 1804, mais tel qu'il est devenu, on pourra assurer le maximum de sécurité des relations juridiques compatible avec le fonctionnement inévitable de la loi de perpétuel renouvellement du droit.

Cette réserve faite, je me sens plus de liberté pour admirer la belle œuvre critique renfermée dans la seconde partie du livre de M. Gény. En démasquant les vices de la méthode traditionnelle, en préparant ainsi pour un avenir prochain, je l'espère, la disparition de cette méthode, M. Gény a rendu à la science française un précieux service et mérité la reconnaissance de tous ceux que passionnent encore les études de droit civil.

Une fois débarrassés de cette stérile et encombrante méthode, qu'allons-nous mettre à la place ? Telle est la question examinée dans la troisième

partie de l'ouvrage : *Esquisse d'un plan de reconstitution de la méthode et la théorie des sources.* Problème singulièrement délicat. L'auteur ne s'est pas dissimulé qu'il était difficile d'arriver dès aujourd'hui à des conclusions définitives. Dans cette nouvelle entreprise il a fait preuve d'une rare ingéniosité d'esprit, d'une rare finesse d'analyse. Ses idées sont toutes séduisantes, mais toutes ne m'ont pas convaincu ; et je ne suis pas disposé pour ma part à accepter la discipline d'esprit qu'il nous propose.

M. Gény n'ose pas, comme moi, s'insurger ouvertement contre le dogme de l'immobilité de la loi, reconnaître que souvent la loi se trouve éliminée par le jeu de l'évolution de la vie; que son application ne peut pas toujours s'imposer indéfiniment à l'avenir. Il admet avec *l'école des interprètes du Code civil* que la loi reste effectivement en vigueur tant qu'elle n'a point été l'objet d'une abrogation législative. Il concentre exclusivement ses attaques contre le postulat de l'ancienne méthode prêtant à la loi l'aptitude à tout prévoir. Son attitude était dès lors indiquée. Pénétré par l'expérience des désastreux effets de l'immobilité de la loi, mais croyant toujours à cette immobilité, il s'efforce de restreindre le plus possible le cercle d'action de la loi. Il travaille à réduire son domaine au profit de celui des autres modes de formation du droit.

Il reconnaît quatre sources possibles du droit, sources de très inégale valeur, la loi, la coutume, l'autorité ou la tradition, la libre recherche scientifique.

I. — *La loi.* — Elle se compose exclusivement des prescriptions écrites dans les textes. Quant à cet ensemble de principes et de déductions que les interprètes ont cru en dégager ; quant aux solutions obtenues par le moyen de l'analogie, tout cela est absolument étranger à la loi ; tout cela est le produit de la libre recherche scientifique et jouit dès lors non pas de l'autorité attachée à la loi, mais seulement de celle que comportent les résultats de la libre recherche scientifique. J'ai déjà signalé la part d'exagération que contiennent ces idées. Je n'y reviens pas. Ayant ainsi très étroitement restreint le domaine de la loi, M. Gény lui attribue une autorité absolue, indéfinie. Il soutient même le dogme de perpétuelle immobilité de la loi avec plus d'ardeur que certains des adeptes de *l'école des interprètes du Code civil.* Il interdit d'employer l'interprétation pour tirer de la formule de la loi plus que n'a voulu y mettre le législateur.

Il ne défend pas d'éclairer le sens voulu de la prescription législative par des éléments étrangers à sa formule, empruntés soit à la logique, soit à l'atmosphère sociale dans laquelle a vécu le législateur, soit même aux travaux préparatoires ou à la tradition, pourvu qu'on étudie les premiers dans leur ensemble et la seconde dans son dernier état. Mais il n'admet pas qu'on puisse apporter dans l'interprétation de la loi d'autre préoccupation que celle de découvrir la volonté de son auteur. Il s'élève contre l'emploi d'une méthode d'interprétation que pour ma part je considère comme très féconde, qui consiste à isoler le texte législatif de la volonté de son auteur, de façon à lui permettre de s'accommoder le mieux possible à l'évolution de l'ensemble du système juridique dans lequel il figure, méthode dont l'esprit a été résumé en une formule saisissante par M. Percerou. « La meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente. » D'après M. Gény l'interprète ne doit pas étudier les dispositions de la loi dans le milieu social et économique actuel pour constater la physionomie qu'elle y revêt ; il doit la repla-

cer dans le milieu où elle est née pour se rendre compte de la physionomie qu'a voulu lui donner le législateur.

L'auteur résume ainsi le but qu'il a poursuivi dans cette partie de son travail : p. 275. « Restreindre la portée de la loi écrite à la mesure de la volonté subjective du législateur, seul fondement rationnel de sa force impérative : dans cette mesure appliquer la loi jusqu'au bout, sans déformation, ni correction de façon à maintenir la fermeté indispensable à son effet. »

II. — *La coutume.* — L'ouvrage contient une véritable monographie très développée sur le fonctionnement technique de la coutume. De cette monographie je ne retiendrai que deux points sur lesquels il est indispensable de connaître les opinions de l'auteur pour comprendre et apprécier le fonctionnement de sa méthode, 1° Définition et mode de révélation de la coutume, 2° Solution des conflits possibles entre la loi et la coutume.

1° *Définition et révélation de la coutume.* — L'historien donne généralement au mot coutume un sens très large ; il désigne par là toute formation des règles juridiques s'opérant en dehors de la loi. Il oppose la loi et la coutume. M. Gény repousse d'un mot cette première acception en la déclarant vicieuse. Il accepte comme s'imposant, comme seule exacte la définition que les interprètes du droit romain fournissent de la coutume, en mettant en œuvre les textes des compilations romaines et canoniques sur la matière (1). Il reproduit l'analyse quelque peu subtile et artificielle de la coutume qui a été dégagée de ces compilations. La coutume se compose de deux éléments : un élément de fait, la répétition d'actes semblables établissant une pratique constante ; un élément intellectuel qui seul différencie la coutume d'un simple usage sans nature juridique ; la croyance au caractère obligatoire de cette pratique, à l'existence d'une sanction, l'*opinio necessitatis*. La coutume suppose « par définition l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit » p. 301. L'élément psychologique qui transforme en coutume un usage, c'est le sentiment chez ceux qui le pratiquent, « qu'ils agissent en vertu d'une règle non exprimée, s'imposant à eux comme règle de droit objectif » p. 317. Dès que l'un des deux éléments manque, pratique ou *opinio necessitatis*, il n'y a plus coutume. Comment se révélera la coutume ainsi comprise ? L'auteur n'étudie pas spécialement ce problème. Il n'en examine qu'un aspect. La jurisprudence est-elle un mode de révélation de la coutume ? Il signale p. 251, pour l'écarter dédaigneusement, l'opinion d'après laquelle la vraie coutume juridique ne résulterait que des décisions judiciaires. « Je ne croirais pas même devoir faire allusion, dit-il, à une opinion aussi singulière si je ne tenais à relever une fois de plus l'idée vraie qu'elle dissimule sous une apparence trompeuse de nécessité. Ce qui est exact, c'est que les jugements par leur répétition constante et uniforme, ou, comme nous disons plus volontiers, par la jurisprudence qui s'en dégage, prépareront bien souvent l'usage » p. 319. J'avoue que, ne me croyant nullement astreint à me représenter la coutume sous l'angle particulier sous lequel l'envisagent les romanistes, je me sens tout naturellement porté à penser que, sous l'empire de la codification, et dans un pays qui possède un appareil

(1) Siegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*. Breslau, 1899.

judiciaire aussi perfectionné que le nôtre, la jurisprudence devient sinon le seul mode, tout au moins le mode normal de révélation de la coutume ; que la forme habituelle de l'*opinio juris*, c'est la croyance à la consécration d'une règle ou d'un usage par la jurisprudence. M. Gény n'admet même pas que la jurisprudence la mieux établie puisse figurer parmi les modes de formation de la coutume, p. 337, pp. 440 à 455. Ainsi, nous dit-il, la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière ne saurait en elle-même être considérée comme une coutume ; mais elle a donné naissance à une coutume créée seulement par l'usage notarial qui a substitué dans les contrats de mariage au régime dotal du Code, un régime en harmonie avec cette jurisprudence. Et l'auteur insiste avec grand soin sur cette indépendance de la coutume et de la jurisprudence. D'après lui on dénature nécessairement les caractères de la coutume si on reconnaît qu'elle puisse s'établir par la seule répétition des précédents. Sans doute s'en fait-il une conception trop étroite? Car les progrès de l'histoire comparée des institutions nous révèlent de plus en plus nettement l'importance des précédents dans la formation de la coutume, de l'intervention du juge dans sa fixation. Il me suffira de renvoyer sur ce point aux pages classiques de Summer-Maine sur les thémistes grecs, sur la *common law* anglaise, aux études de Schröder et de Lehmann sur le *logman* scandinave, sur l'*asega* frison, sur les *sapientes* et les *judices* des autres races germaniques (1). L'histoire du droit français dans les siècles qui précèdent la rédaction officielle des coutumes fournirait d'ailleurs sur ce sujet un enseignement assez clair. Mais je ne veux point m'attarder dans la discussion du concept de la coutume. Je me borne à prendre acte que d'après M. Gény le vaste ensemble de règles juridiques qu'on appelle la jurisprudence ne fait pas partie de la coutume, et ne participe pas de l'autorité qu'il attribue à celle-ci. La reconnaissance de la valeur obligatoire de la coutume pour l'interprète n'aura pas dès lors grande importance pratique. Elle n'apportera aucun contrepoids sérieux à l'indépendance assurée au jurisconsulte par sa libération de la tyrannie des principes. L'auteur avoue lui-même, p. 304 que la coutume sera relativement exceptionnelle. Il ne peut en signaler p. 284 que de très rares exemples.

Solution des conflits possibles entre la loi et la coutume. — Une coutume nouvelle a-t-elle la force d'abroger ou de modifier une loi antérieure ? Je ne parle pas des dispositions légales purement interprétatives. Le développement de clauses contraires suffit évidemment à les faire tomber en désuétude. Je suppose qu'il s'agisse de règles prohibitives ou dispositives. Si cette question est tranchée affirmativement la coutume retrouvera un champ assez large d'application. Elle servira à éliminer les lois dont l'expérience a démontré les dangers, à en corriger d'autres. La coutume abrogatoire ou modificative de la loi sera l'un des procédés naturels d'adaptation du système juridique aux transformations du milieu. L'auteur examine attentivement ce problème pp. 338 et 366. Mais, non sans hésitations et après quelques menues concessions, il se prononce pour la négative. Il maintient l'autorité indéfinie de la loi, nonobstant toute coutume contraire.

(1) Schroder, *Gesetzsprecherant und Priesterthum bei den Germanen* dans *Zeitschrift der Sav. Stif.* G. A. IV, p. 214 et suiv. — Lehmann, *Zur Frage nach dem Ursprunge des Gesetzsprecheramtes*. id. t. VI, p. 193.

Dès lors la coutume placée par l'auteur au second rang, immédiatement après la loi, dans le classement par ordre de valeur des sources juridiques, ne jouera jamais dans son système de reconstruction qu'un rôle accessoire.

III. *L'autorité et la tradition.* — Sous cette rubrique M. Gény englobe divers éléments qui à ses yeux ne constituent plus des sources formelles du droit, mais seulement d'utiles directions pour l'interprète, des bases de recherche ; qui présentent ce caractère commun d'exprimer seulement le sentiment d'individualités, l'opinion non pas de la communauté, mais de personnalités plus ou moins marquantes et ne sont que des témoignages sujets à erreurs et à variations.

La tradition. — C'est le passé de notre législation ; c'est l'ensemble des règles juridiques qui ont été successivement en vigueur avant nos lois actuelles, et des autorités antérieures à la codification ; c'est le vaste corps de doctrine constamment accru par l'expérience des siècles, d'où le législateur de 1804 a extrait une partie des principes consacrés par lui ; c'est la série des milieux juridiques où ces principes sont nés et se sont développés. M. Gény trouve qu'on lui attache généralement trop d'importance. La liquidation juridique que la codification a eu pour but d'opérer a enlevé leur autorité à ces précédents. « L'interprète peut et doit s'en servir pour éclairer ses recherches et pour 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 » p. 407. Il ne faut consulter la tradition que, soit pour y observer le résultat d'expériences déjà faites dans le passé, soit à titre de raison écrite en n'attachant à ses règles d'autre valeur que celle qu'elles tirent de leurs motifs. Sauf quelques rares matières pour lesquelles le législateur a fait un renvoi certain, quoique tacite, au droit antérieur, la tradition ne lie pas l'interprète. Je ne discuterai pas ces conclusions, ce qui ne veut pas dire que je les adopte. Je constate toujours le même souci de réduire au minimum les éléments susceptibles d'imposer une conviction au juge ou au jurisconsulte afin de laisser un champ plus large à l'action de la libre recherche scientifique. La tradition n'est tolérée, en dehors de cas exceptionnels, qu'à titre d'instrument pour cette libre recherche.

Les autorités. — Sous ce nom l'auteur englobe la doctrine et la jurisprudence contemporaines dans le but avoué de les assimiler. Les deux systèmes juridiques dont j'ai rappelé la coexistence, la doctrine et la jurisprudence, le système sorti de l'usage et celui qui l'y a remplacé, sont ramenés à la même mesure. Les solutions consacrées par une longue série de décisions judiciaires, celles-là même qu'on ne discute plus au Palais ne s'imposent pas plus à l'interprète que les solutions préconisées par les auteurs. L'opinion maintes fois exprimée par les magistrats chargés officiellement d'appliquer le droit et dont les sentences sont sanctionnées par l'intervention éventuelle de l'autorité publique pour en assurer l'exécution, n'a pas plus de valeur que l'opinion du particulier qui entreprend sans mission d'interpréter le droit. M. Gény se refuse à mettre la jurisprudence moderne prise en soi et quelque ferme qu'elle puisse être, au rang des sources formelles du droit. La jurisprudence peut seulement dans certains cas préparer l'établissement d'une coutume au sens étroit du mot, coutume qui seule sera obligatoire ; mais pour cela il est indispensable que les particuliers se créent des usages destinés à mettre la jurisprudence en œuvre.

D'où une distinction entre les règles de jurisprudence selon qu'elles sont ou non susceptibles d'entraîner la formation de pratiques : les premières seules pourraient être transformées par l'effet de la consolidation du temps en règles de droit; les secondes au contraire demeureraient indéfiniment réduites à la valeur de pures opinions individuelles. Nous avons tort de croire que l'efficacité des maximes de jurisprudence dépend uniquement de leur degré de fixation ou de stabilité ; elle dépendrait surtout de leur aptitude ou de leur absence d'aptitude à provoquer l'établissement de pratiques. Cette distinction n'a pas d'autre raison d'être que de permettre d'assigner une certaine place à l'action de la jurisprudence sans reconnaître pour cela qu'elle est devenue chez nous, sous l'empire de la codification, le mode normal de production du droit coutumier. La formation par le simple jeu de la longue répétition des précédents judiciaires de principes universellement respectés par les tribunaux se produit avec une telle abondance autour de nous, que l'esprit le moins perspicace découvre aisément ce phénomène. L'auteur a beau fermer les yeux : il ne lui est pas possible de ne pas le constater. Mais il se croit obligé de n'en tenir aucun compte dans son travail de reconstitution sous peine de violer nos lois constitutionnelles. La nécessité de continuer à refuser à la jurisprudence, malgré les enseignements de l'expérience, la puissance de fixer les points de droit lui paraît imposée : 1° par le principe de la séparation des pouvoirs et les textes qui défendent la fonction législative contre les empiétements de l'autorité judiciaire ; 2° par les lois abolitives de la pratique des arrêts de règlement p. 424. Enfin M. Gény invoque p. 425 que la valeur acquise en Angleterre par les décisions judiciaires tient à une conception moins rigoureuse de la séparatiou des pouvoirs dans ce pays que dans le nôtre.

J'écarte de suite le rapprochement factice ainsi établi entre des procédés de formation du droit profondément distincts : la jurisprudence telle que nous la comprenons aujourd'hui, et d'autre part les arrêts de règlement de l'ancien droit, le système anglais du jugement sur cas. La jurisprudence s'établit progressivement par une série de décisions conformes, à la suite de constatations maintes fois renouvelées des exigences de la pratique, souvent après de longs tâtonnements. Elle offre par là de précieuses garanties d'opportunité, de conformité au but à atteindre. Ni le système du jugement sur cas, ni celui de l'arrêt de règlement ne présentent ces avantages. On ne retrouve ni dans l'un, ni dans l'autre, la même consultation répétée de l'expérience, ni l'échelonnement dans les étapes d'établissement de la règle juridique. L'autorité est attachée à une décision unique. La souplesse de la jurisprudence lui permet de se modifier spontanément en même temps que les besoins de la vie juridique. Au contraire l'arrêt de règlement participait de la rigidité de la loi. La décision du juge anglais conserve indéfiniment sa valeur. On continuera à l'invoquer longtemps après la disparition des besoins qui l'ont imposée. Ne confondons pas les précédents et la jurisprudence. La jurisprudence ne se forme que par la répétition des précédents et l'uniformité de leurs décisions. Autant la superstition du précédent lui-même est dangereuse — l'exemple du droit anglais le démontre assez — autant l'établissement d'une jurisprudence fixe est désirable.

Reste donc uniquement l'argument tiré du principe de la séparation des pouvoirs, principe qui serait violé, si le juge, chargé seulement de

l'application de la loi, participait à l'élaboration du droit. L'objection me paraîtrait naturelle émanant des partisans de la méthode traditionnelle, qui maintiennent à l'abri de tout tempérament le dogme de l'omnipotence législative. Sous la plume de M. Gény, elle m'étonne : car il consacre de longs développements à la démonstration de cette vérité que le législateur ne peut rien contre les lois de la nature et est impuissant à élargir son cercle naturel d'action en tarissant pour l'avenir toutes les autres sources du droit. Or ce fait que, quand les tribunaux ont statué longtemps d'une manière uniforme sur une même question, ils cessent de l'étudier à nouveau et que leur jurisprudence se fixe, n'est-il pas un des phénomènes les plus inévitables ; une des lois les plus constantes, et d'ailleurs les plus heureuses de l'évolution du droit. Pourquoi donc admettre que, si nos lois constitutionnelles ont tenté d'empêcher désormais ce phénomène, elles l'ont pu, ou que tout au moins nous devons nous abstenir de constater leur impuissance ? M. Gény leur reconnaîtrait-il sur la nature un empire qu'il refuse aux lois ordinaires? Et d'ailleurs est-il bien sûr que le principe de la séparation des pouvoirs contienne la condamnation de toute révélation du droit par voie jurisprudentielle ? Ce principe n'exclut pas la possibilité d'une certaine collaboration de chacun des pouvoirs à la fonction de l'autre. Il est singulièrement élastique. Il n'a pas mis obstacle en Angleterre au maintien de larges pouvoirs entre les mains du juge. Il faudrait nous démontrer qu'il est réellement conçu par nos constitutions comme ayant la force d'entraver la production jurisprudentielle. Démonstration qui n'a point été faite.

IV. — *La libre recherche scientifique.* — C'est vers elle que tout converge. Le livre entier tend à son exaltation. La préoccupation constante de l'auteur a été de réduire au minimum l'activité des autres sources pour augmenter d'autant la productivité de cette dernière. Il a cantonné la loi dans des limites très étroites, réduit la coutume à fort peu de chose, et détruit simultanément l'autorité des deux systèmes juridiques élaborés par la jurisprudence et par la doctrine. Le domaine ouvert à la libre recherche scientifique devient immense ; il n'est plus limité que par un petit nombre de dispositions législatives et de coutumes. La grande majorité des problèmes juridiques est désormais abandonnée au travail de l'interprète. L'auteur définit ainsi cette libre recherche scientifique qui domine tout son système p. 460. « *Libre recherche scientifique* : recherche *libre* puisqu'elle se trouve 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 ». L'interprète ne se servira qu'accessoirement, en leur reconnaissant le caractère d'hypothèses, soit des principes et déductions de la méthode traditionnelle, soit des matériaux jurisprudentiels. « Au lieu et place de ces conceptions subjectives que leur origine rend inconsistantes et incertaines, l'interprète a besoin de découvrir des principes fermes que seul l'examen attentif de la *nature des choses* peut lui donner » p. 468. Cette *nature des choses* dont M. Gény fait le fond commun où le juge et l'interprète devront puiser leurs solutions évoque immédiatement à notre pensée le souvenir d'une école qui eut jadis son heure de célébrité, mais dont les doctrines sont depuis longtemps abandonnées, l'école du droit des gens. Cette école, en s'assignant à elle-même comme objet d'études la nature des choses en tira tout un système de philoso-

phie du droit qui exerça autrefois sur les législations positives une influence parfois utile, mais plus souvent malheureuse. M. Gény va-t-il donc nous proposer comme conclusion de son travail un retour aux méthodes de l'école du droit des gens ? La conclusion serait peu séduisante. Aussi l'auteur déclare se séparer de l'école du droit des gens en reconnaissant plus de complexité à la nature des choses. Il ajoute à l'étude du *droit naturel*, de la *notion de la justice*, seule entreprise par l'école du droit des gens, l'étude de la *nature des choses positive*. « 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* représentée par l'ensemble des conditions qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure ; la première reposant sur un fonds plus intime qui échappe à l'observation et à l'expérience sensible, mais qui n'en impose pas moins ses exigences à la réalisation pratique du droit » p. 472.

Des deux bases offertes à l'interprétation il en est une sur laquelle nous sommes suffisamment fixés : le *droit naturel*, la notion prétendue immuable de la justice plus ou moins clairement révélée à la conscience individuelle. L'expérience de l'école du droit des gens nous a démontré son impuissance. Les doctrines de cette école ont été trop souvent réfutées, et d'une manière trop définitive, pour que je m'attarde à reprendre cette réfutation.

La seconde base va-t-elle être plus solide ? La *nature des choses positive*. C'est l'accommodation des principes supérieurs de justice et d'utilité générale à un milieu donné. Dans une société déterminée, tous les éléments de la vie sociale qui s'y rencontrent ont entre eux des rapports naturels, préexistants à toute réglementation du droit positif. L'ensemble de ces rapports constitue la *nature des choses positive*. Tandis que le droit naturel n'est révélé que par la conscience, cette nature des choses positive est révélée par le travail scientifique. Quels moyens de recherche l'interprète aura-t-il pour opérer ce travail ? Ce sont d'abord les procédés traditionnels et notamment l'analogie. Mais ils ne suffisaient pas. Il faut y joindre toute une série de directions que l'auteur énumère p. 508 et suiv. L'interprète devra se préoccuper dans la mise en œuvre du droit de l'organisation morale et religieuse, de l'organisation politique et sociale, de l'organisation économique du pays ; tous éléments que chacun de nous apprécie d'une manière très différente selon ses croyances, ses passions ou de ses intérêts. L'appui solide, la ligne précise de directions que prétend nous offrir M. Gény, c'est l'ensemble des problèmes perpétuellement agités qui nous divisent le plus. Ce qu'il appelle la *nature des choses positive* c'est la réglementation qui, dans une société déterminée, doit être nécessairement donnée, si l'on ne s'inspire que du sentiment de la justice et de l'utilité générale, à chacun des conflits d'intérêts que soulève le fonctionnement politique, économique et moral de cette société. Ce prétendu rapport nécessaire se présente dans nos esprits sous la couleur que lui imprime le reflet de nos passions religieuses ou politiques. Unique en théorie, il sera présenté en fait à peu près sous autant de formes, qu'il y aura de personnes à se livrer à sa recherche. Aux bases

anciennes de l'interprétation M. Gény substitue les opinions variables de l'interprète sur l'ensemble des problèmes sociaux. Quant à ces sciences, la plupart à l'état embryonnaire, sociologie, psychologie collective sociale, droit public rationnel, et même économie politique que M. Gény nous offre comme des directions subsidiaires, sont-elles dès aujourd'hui parvenues à des conclusions assez précises pour remédier à la diversité des opinions individuelles sur les questions brûlantes soulevées par le jeu de la vie sociale ? Non, certainement. L'interprète se trouve livré à toutes les fantaisies de sa raison individuelle.

Je rejette donc la méthode proposée par M. Gény pour deux raisons ; parce qu'elle ne remédie pas suffisamment aux vices de la méthode traditionnelle ; parce qu'elle sacrifie trop la sécurité des relations juridiques.

Le défaut essentiel de la méthode traditionnelle est le dogme de l'immobilité du droit ; la méconnaissance de la nécessité d'une adaptation continue de la législation aux transformations du milieu comme condition de son maintien en vigueur. C'est pour arrêter le mouvement de séparation entre la doctrine et la jurisprudence qui en est résulté, et qui aboutirait infailliblement à un dédoublement complet de notre droit comme à Rome et en Angleterre, qu'il me paraît urgent d'abandonner les procédés d'étude de *l'école des interprètes du Code civil*. La méthode de M. Gény restreindrait, il est vrai, l'étendue de ce mouvement de dédoublement du droit, mais elle est impuissante à l'arrêter complètement. Les règles tirées indirectement de la loi par le moyen de l'appareil d'interprétation pourront, grâce au caractère de subjectivité qu'il leur attribue, se renouveler ou s'éliminer aisément. Mais il n'en sera plus de même pour les dispositions de la loi proprement dites. Elles conservent toute leur rigidité, puisque non seulement elles ne sauraient tomber en désuétude, mais échappent à toute adaptation ou transformation aussi bien par voie d'interprétation que par suite d'établissement de coutumes ou de jurisprudences contraires. Alors même que nombre d'anciennes maximes de la loi auront été étouffées sous le flot montant de la vie, l'interprète ne pourra pas tenir compte de ce phénomène dans son travail de systématisation du droit. En nous soumettant à la discipline proposée par M. Gény, nous ne réussirions pas à éviter que l'éloignement progressif entre le droit officiel et la pratique ne s'accentue continuellement.

En revanche nous sacrifierions sans nécessité la stabilité des relations juridiques. Assurément le rêve de leur assurer la certitude absolue qu'avaient conçu les *interprètes du Code civil* était irréalisable. Les phénomènes d'élaboration spontanée ou d'évolution jurisprudentielle du droit que la volonté humaine est impuissante à conjurer ne s'accomplissent point sans imposer quelques sacrifices aux droits acquis. Mais tout au moins devons-nous nous efforcer de restreindre ces sacrifices au minimum possible. Or, la méthode de M. Gény les multiplierait à l'infini en remettant subitement en discussion une bonne partie des règles que la pratique considère comme acquises, toutes les solutions produites par l'appareil d'interprétation ; toutes les règles de jurisprudence qui n'ont point donné naissance à des usages proprement dits ; tous les principes qui ne vivent que par la force de la tradition. Et pour trancher cette multitude de questions tout à coup devenues litigieuses, l'interprète serait amené à recourir à la recherche, variable dans ses résultats selon les opinions et les croyances de celui qui y procède, de la nature des choses positive.

Je regrette de ne pouvoir suivre M. Gény dans son travail de reconstruction. La lecture de la troisième partie de son livre m'a procuré quelques heures de rare jouissance intellectuelle. L'ouvrage est certainement destiné à un retentissement durable. C'est pour cela que j'ai tenu à signaler avec insistance les dangers que recèlent quelques-unes des idées qui y sont renfermées.

Si je refuse de me soumettre à la discipline décrite par M. Gény, ce n'est pas avec l'intention d'en tracer moi-même une autre. A mon sentiment l'heure est encore prématurée pour arrêter les méthodes d'une nouvelle école. Une besogne plus urgente nous incombe : c'est de faire reconnaître au droit civil son véritable caractère de science d'observation, de lui restituer son objet réel ; le système juridique complexe et mobile de l'heure présente. Abandonnons l'étude, trop bornée dans ses horizons, du Code civil et des lois complémentaires, et entreprenons l'étude autrement féconde de la jurisprudence ; mais sans nous dissimuler que ce nouvel objet de nos travaux n'échappe point à la loi de perpétuelle évolution. Nous donnerons ainsi satisfaction à l'étudiant et au public qui nous demandent l'initiation au droit réellement appliqué. Par cette substitution de la jurisprudence au droit civil, nous ramènerons dans le champ normal de nos recherches toute une série d'institutions juridiques, particulièrement vivaces, et qui pourtant restaient exclues jusqu'ici des programmes de nos enseignements, de nos traités et nos manuels parce que, nées depuis le Code civil, elles n'avaient pas de place marquée dans les cadres de ce Code. Cette substitution n'implique pas d'ailleurs abandon complet du Code civil. Nous le retrouverons, mais vu au travers de la jurisprudence ; nous en apparaissant comme la base, comme le point de départ de son travail. Les tribunaux n'ont pas en effet la prétention de créer librement le droit ; ils s'efforcent de mettre fidèlement en œuvre la loi ; ils ne la modifient, ne la tournent, ou ne la négligent que sous la pression d'impérieuses exigences de la pratique. Nous étudierons donc dans la jurisprudence toutes les règles du Code civil ou des lois complémentaires qui y sont encore appliquées ; mais en ne leur consacrant dans nos exposés que des développements proportionnés, non pas à l'importance qu'elles ont eue au moment de leur mise en vigueur, mais uniquement à celle qu'elles ont conservée dans la pratique contemporaine. Nous rechercherons le sens qu'a voulu leur attribuer le législateur, mais uniquement pour mieux éclairer l'histoire de notre jurisprudence. Nous ne tiendrons compte dans la construction du système juridique actuel que du sens qu'elles ont revêtu en passant dans le milieu juridique d'aujourd'hui. Mais, pour les parties de plus en plus nombreuses du droit civil où la séparation de la jurisprudence et de la doctrine est déjà accomplie, nous délaisserons l'analyse du système vieilli de la doctrine, ou du moins ne l'envisagerons plus que comme matière d'étude historique, pour nous attacher à l'observation de la jurisprudence.

L'une des principales tâches qui nous incombent est la systématisation de l'ensemble déjà très complexe et très touffu des règles jurisprudentielles, systématisation qu'il faudra reprendre chaque jour, les maximes de la jurisprudence se modifiant ou se renouvelant perpétuellement en même temps que la société. Le jurisconsulte contribuera par là à diminuer les inconvénients qu'entraine pour la sécurité des relations juridiques la formation spontanée et coutumière du droit, en révélant au public l'état

actuel de la jurisprudence, ses lignes directrices, les points sur lesquels elle est déjà fixée, ceux sur lesquels elle demeure encore incertaine. Pour éclairer la portée des règles jurisprudentielles, faciliter l'appréciation de leurs chances de stabilité, préjuger dans la mesure du possible la solution des problèmes encore ouverts, nous suivrons soigneusement l'histoire de la jurisprudence avant et depuis la codification qui n'est que l'un des points marquants de cette histoire, avec la préoccupation de découvrir d'où vient la jurisprudence, où elle va. Nous rendrons un service déjà appréciable à la stablité des relations juridiques pour laquelle l'école des *interprètes du Code civil*, en aspirant à trop faire, n'a rien fait.

Est-ce à dire que nous devons nous borner au rôle d'observateurs et d'historiens de la jurisprudence ? Non. Du moment où nous prenons conscience que l'objet de notre étude est le complexus mouvant des relations juridiques actuelles, nous redevenons en état de prendre utilement dans l'œuvre continue d'adaptation du droit la part importante de collaboration qu'avaient eue constamment nos anciens auteurs. La jurisprudence même fixée n'est pas à l'abri de l'évolution. Nous pouvons travailler à provoquer cette évolution future. Nous avons plus de chances d'être écoutés nous adressant à la jurisprudence que les *interprètes du Code civil* qui s'adressaient au législateur. Le législateur ne daigne que rarement reprendre à nouveau l'examen des questions qu'il a déjà tranchées ; la jurisprudence est au contraire amenée par la répétition des mêmes litiges à recommencer souvent l'étude des mêmes problèmes. Quand nos critiques seront réellement fondées ; si elles démontrent l'injustice ou le caractère antiéconomique d'une solution jurisprudentielle, elles prépareront souvent l'élimination de cette solution. Mais notre collaboration au travail quotidien de dégagement du droit s'exercera surtout sur les nombreuses questions qui restent encore ouvertes. Leur existence est une grave menace pour la sécurité des relations juridiques. L'intérêt public demande que loin d'entraver la fixation de la jurisprudence comme l'a fait l'école des *interprètes du Code civil*, nous nous efforçions de hâter cette fixation en guidant la jurisprudence, dans la découverte de la solution satisfaisante.

Dans cette recherche, nous devrons nous inspirer à la fois de la préoccupation de maintenir dans notre droit l'harmonie indipensable à sa révélation facile et à la sécurité des relations juridiques et du souci de ne point méconnaître les exigences de la vie sociale et économique.

Pour maintenir dans la mesure du possible l'harmonie générale du droit nous continuerons à recourir à l'appareil traditionnel d'interprétation. Mais nous ne l'emploierons plus comme les *interprètes du Code civil* dans le but de découvrir la volonté du législateur sur des questions qu'il n'a pas prévues et ne pouvait pas prévoir. Nous l'utiliserons comme un moyen de découvrir, sur chaque problème nouveau, la solution la mieux eu harmonie avec l'ensemble des règles de notre droit ; avec le système juridique en vigueur, non pas en 1804, mais à l'instant précis où fonctionne l'appareil d'interprétation. Par conséquent la matière que nous soumettrons à notre travail d'induction pour en faire sortir les principes sera fournie non pas seulement par la loi, mais par la masse de la jurisprudence contemporaire.

Mais la connaissance que nous avons de la mobilité de l'objet sur lequel portent nos études, nous prévient assez de la valeur toute relative des

résultats obtenus par ces procédés. Nous savons que ces résultats ne peuvent prévaloir contre des exigences contraires de la pratique. Et nous n'attendrons pas que l'expérience des affaires ait révélé ces exigences. Nous chercherons constamment à nous éclairer sur la valeur sociale et économique des règles jurisprudentielles afin d'attirer l'attention des tribunaux sur les inconvénients de certaines d'entre elles. Nous utiliserons dans ce but toutes les sciences, toutes les disciplines d'esprit groupées par M. Gény sous le nom de libre recherche scientifique. Les dangers tenant à l'absence de bases suffisamment claires et certaines pour cette recherche disparaissent du jour où on l'entreprend non plus pour révéler directement le droit, mais pour provoquer de nouvelles orientations de la jurisprudence. Tant que ce travail n'aura pas abouti à des conclusions suffisamment précises et concordantes, la jurisprudence s'en tiendra à ses règles actuelles et à leurs conséquences logiques. Et elle ne consacrera les résultats de la libre recherche scientifique que progressivement, après le contrôle d'une série d'expériences répétées. Nous n'aspirons pas avec M. Gény, à révéler directement le droit naturel positif; les rapports nécessaires tirés de la nature actuelle des choses. Nous nous contentons du rôle d'interprètes du droit positif. Mais nous prétendons désormais interpréter au lieu du Code civil le système juridique de l'heure présente, l'interpréter avec la préoccupation de guider sa marche.

Où trouverons-nous les directions, les points d'appui indispensables pour pouvoir guider ainsi la marche de la jurisprudence ? Dans la science du *droit civil comparé* ou du *droit commun législatif*.

Sous l'action stérilisante de l'*école des interprètes du Code civil*, la doctrine française a oublié pendant tout le siècle d'exercer sa mission sociale traditionnelle. Nous sentons qu'il est urgent qu'elle recommence à la remplir; encore faut-il qu'elle la remplisse tout entière. Or, cette mission sociale de la doctrine a toujours été double. C'est en premier lieu la direction de la jurisprudence dans son travail continu d'accommodation des législations positives aux changements survenus dans les mœurs et dans les conditions économiques. C'est en vue de l'exercice de cette première mission que nous nous efforçons aujourd'hui de développer les études de jurisprudence française. Mais de tous temps la doctrine a eu une seconde et plus importante mission sociale : provoquer la pénétration réciproque des droits positifs; diminuer constamment le nombre des territoires distincts d'application du droit, des diversités entre les jurisprudences internes. Je ne veux pas insister sur les enseignements pourtant décisifs que fournit à cet égard l'histoire romaine et l'histoire du moyen âge. Je me borne à rappeler des exemples plus proches de nous, mieux présents à la mémoire de tous. Et d'abord le mouvement doctrinal qui a suivi chez nous la rédaction officielle des coutumes provinciales au XVIe siècle. Nos anciens auteurs ont été amenés à comparer entre elles ces coutumes rédigées dont la connaissance devenait désormais plus facilement accessible ; à dégager leurs tendances communes, à mettre en lumière leurs ressemblances et leurs diversités. Ils sont parvenus à faire sortir de ce travail de comparaison tout un système de *droit commun coutumier*, composé des règles les plus souvent consacrées dans ces coutumes, de celles qui paraissaient le mieux adaptées aux besoins du temps et vers lesquelles s'orientait la pratique des diverses provinces; droit commun qui n'était pleinement en vigueur dans aucune région, mais qui, dans presque

tous les pays coutumiers, était reçu pour suppléer au silence de la coutume. Puis peu à peu, dans chaque province, la jurisprudence interpréta restrictivement les dispositions contraires au droit commun coutumier ou leur prêta le sens qui les en rapprochait le plus. Maintes diversités du droit disparurent ainsi ; et l'on vit se former à côté et au-dessus des droits provinciaux, de moins en moins riches en dispositions, un droit général de la France coutumière, de plus en plus touffu. Cette œuvre d'élaboration du droit commun coutumier continuée pendant trois siècles contribua largement à frayer la voie au législateur de 1804. Nous avons pu suivre de nos jours le même phénomène en Allemagne où le travail de codification poursuivi de 1874 à 1896 avait été longuement préparé par l'action d'une puissante école de jurisconsultes qui, du rapprochement des systèmes de droit si nombreux et si variés entre lesquels se divisait le territoire des divers Etats, avait réussi à dégager un droit général, un droit civil allemand.

La doctrine française doit-elle considérer sa seconde mission comme entièrement terminée par suite de l'unification du droit national réalisée en 1804 ? Non, certainement. Jusqu'à la rédaction officielle du XVIe siècle, nos anciens jurisconsultes avaient travaillé à diminuer la diversité des coutumes locales de leur province ; ce résultat obtenu, ils ne s'en contentèrent pas et s'efforcèrent de restreindre les variétés existantes entre les coutumes du royaume. A son tour l'unification du droit national n'arrêtera pas notre travail de pénétration réciproque des droits positifs ; il ne pourra qu'en changer l'objet. Nous devons désormais diriger nos efforts vers un rapprochement entre notre législation et les législations parentes, c'est à-dire celles qui sont arrivées à peu près au même degré d'élaboration scientifique que la nôtre, et régissent des peuples parvenus au même stade de développement social et économique que nous. L'heure est aujourd'hui propice pour entreprendre cette œuvre. Elle est favorisée en effet par le phénomène d'unification plus ou moins complète des droits civils nationaux qui s'est opéré pendant ce siècle dans les principaux pays latins et germaniques. Presque tous nos voisins seront bientôt dotés de codes civils. L'Allemagne vient de s'en donner un en 1896 ; la Suisse se prépare à suivre son exemple. Seule l'Angleterre demeure rebelle à ce mouvement de codification. D'ailleurs le particularisme de son droit, son esprit archaïque et conservateur ne permettent de rapprochement entre ce système juridique et ceux des autres pays européens que sur des points assez rares. Mais, sauf cette exception, la comparaison de notre code civil et des codes plus récents nous révèle de multiples similitudes entre notre législation et celle des pays voisins. Les divergences ne sont guère plus nombreuses et plus profondes entre les codes européens du XIXe siècle qu'elles ne l'étaient entre nos coutumes rédigées du XVIe siècle. Pourquoi dès lors la codification contemporaine ne serait-elle pas le point de départ d'un travail de pénétration réciproque des principales législations européennes, comparable à celui que la rédaction officielle avait provoqué entre nos anciennes coutumes ? Pourquoi ne dégagerions-nous pas de la comparaison des divers droits civils, un *droit commun législatif*, de même que nos anciens auteurs avaient tiré du rapprochement de leurs coutumes, un droit commun coutumier ?

Pour arriver à la révélation du *droit commun législatif*, il nous fau-

dra procéder d'abord à l'analyse de chaque législation positive à l'aide des procédés dont j'ai préconisé l'emploi pour l'étude du droit civil français. Nous devrons donc chercher l'expression de chaque législation dans le dernier état de sa jurisprudence en en scrutant soigneusement l'orientation. Puis nous aurons à comparer les solutions obtenues sur chaque problème. Très souvent — l'expérience de quelques années d'enseignement du droit civil comparé me l'a démontré — nous constaterons à défaut de l'unité de réglementation, l'unité de tendances. Nous rencontrerons d'une part, une première règle formulée par un ou plusieurs codes récents, et de l'autre une règle ou des règles contraires admises par des codes plus anciens, mais que la jurisprudence issue de ces codes tend à éliminer pour se rapprocher de la solution consacrée par les codes les plus modernes. La première règle s'impose alors comme *droit commun législatif*. Nous obtiendrons ainsi sans difficulté un très grand nombre de maximes incontestables de *droit commun législatif*. Mais souvent aussi notre travail de rapprochement aura pour effet d'affirmer l'existence de plusieurs groupes de législations, groupes donnant chacun à la même question une solution différente ou s'inspirant de tendances opposées. Il y aura d'abord lieu de rechercher si ces divergences sont accidentelles ou si elles tiennent à des différences profondes et durables dans la constitution politique, dans l'organisation économique, morale ou religieuse des divers pays régis par ces législations. Recherche qui devra être entreprise à la lumière de l'histoire du droit comparé, de l'histoire juridique, politique, religieuse et économique, du droit constitutionnel et administratif de chaque pays. Si cette recherche nous révèle l'existence de causes durables expliquant cette variété de tendances, nous ne pourrons que proclamer l'impossibilité de dégager sur ce point un *droit commun législatif*. Il faudra toutefois examiner au moyen des mêmes procédés s'il n'est pas possible de découvrir, à défaut d'un droit commun général, un droit commun pour chaque groupe. Si nous ne constatons pas l'existence de raisons permanentes justifiant les divergences des droits positifs, nous devrons peser la valeur intrinsèque de chacune des solutions en présence. Opération parfois délicate et incertaine dans ses résultats. Cependant l'économie politique fournira parfois une raison décisive d'option entre les systèmes contradictoires. Les résultats produits par le fonctionnement des diverses règles, révélés par la statistique, par les travaux des publicistes de chaque pays, et divers autres moyens d'enquête, prouveront peut-être la supériorité de l'une d'entre elles. D'autres solutions s'éliminneront d'elles-mêmes à la lumière de l'histoire du droit comparé qui montrera leur caractère de survivances du passé. Quand nous constaterons la supériorité certaine de l'une de ces solutions, et alors seulement, nous lui prêterons le caractère de disposition de *droit commun législatif*. Nous n'obtiendrons pas dès aujourd'hui, nous n'obtiendrons même jamais un système absolument complet de *droit commun législatif*. Il y aura dans ce système des lacunes durables ; celles qui tiennent à la dépendance étroite de certains problèmes juridiques avec la constitution politique, ou l'organisation économique des divers peuples ; et des lacunes provisoires, dues à l'impuissance où nous nous trouvons aujourd'hui de nous prononcer en connaissance de cause sur le mérite comparé des diverses solutions données par les législations à un même problème. La révélation d'un droit commun *législatif* n'est donc pas de nature à pouvoir jamais

entraîner l'unification de la législation civile des principaux peuples européens. Mais tout au moins peut-elle produire les mêmes conséquences heureuses qu'à produit dans l'ancienne France, l'établissement d'un droit commun coutumier ; c'est-à-dire diminuer progressivement le nombre des points de divergences entre nos divers droits positifs, par suite de leur rapprochement continu de ce système juridique idéal.

Son action unificatrice s'exercera par les mêmes moyens qui ont autrefois permis l'action du droit commun coutumier. La réformation opérée au XVIe siècle fit passer dans nos anciennes coutumes un assez grand nombre des dispositions du droit commun coutumier. Les revisions rapprocheront également les codifications modernes du *droit commun législatif*. De même que le droit commun coutumier fut progressivement accepté dans le silence de nos coutumes, il est vraisemblable que le *droit commun législatif* s'introduira peu à peu dans chaque pays pour suppléer aux lacunes de la jurisprudence interne. Le travail de l'interprétation rapprocha continuellement les dispositions de nos anciennes coutumes de celles du droit commun coutumier. Pourquoi le même phénomène ne se renouvellerait-il pas en faveur du *droit commun législatif* ?

Indépendamment de son incontestable utilité sociale, l'enseignement du droit civil comparé ou *droit commun législatif* présente-t-il en lui-même un caractère assez scientifique pour permettre à l'étudiant qui a subi sa discipline d'esprit, d'apporter quelque largeur de vue et quelqu'indépendance d'esprit dans les études plus pratiques de jurisprudence interne ? Oui. Car il s'ouvre très largement à la pénétration d'autres sciences et tout particulièrement des sciences économiques et de l'histoire du droit privé. Il est impossible en effet de réduire cet enseignement à une sèche analyse des principes du *droit commun législatif* ; chacun de ces principes doit être replacé dans le milieu où il s'est développé. A mon sens, l'enseignement du *droit commun législatif* ne peut guère être isolé de l'étude des origines de chaque institution et des formes qu'elle a successivement revêtues dans chaque pays avant d'y prendre sa physionomie actuelle. Il habituera l'étudiant à utiliser, pour parvenir à une plus nette perception des conditions de développement de notre jurisprudence interne, le secours de toutes les autres sciences sociales. Sa valeur éducative est indéniable.

J'estime donc qu'il est urgent de faire disparaître des programmes de nos facultés l'enseignement du Code civil dont un siècle d'expérience a démontré l'irrémédiable stérilité et de l'y remplacer à la fois, et par les études de jurisprudence interne indispensables à l'éducation professionnelle de l'étudiant, et par l'enseignement du *droit commun législatif* nécessaire pour assurer le maintien de la culture scientifique.

Edouard Lambert,

Professeur agrégé
à la Faculté de droit de Lyon.