Édouard Lambert

Intervention d'Édouard Lambert : « Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit »

Extrait du *Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux des séances et documents.*
Vol I, Paris LGDJ 1905, pp. 26-61

juridiques. Il pense qu'une commission composée de 20 à 24 membres pourrait être nommée pour l'étudier : la nomination de ces membres est renvoyée à la fin de la séance, sur la demande de M. Daguin. M. Kelly s'en rapporte à l'appréciation du bureau.

M. Losseau rappelle qu'une institution analogue existe déjà à Bruxelles, mais que ses résultats sont encore incomplets, vu le manque de fonds.

Puis, la parole est donnée à M. Lambert pour la lecture de son rapport sur les communications d'ordre général concernant la deuxième section, qui ont été adressées au Congrès.

M. Lambert s'exprime ainsi :

Messieurs,

Les questions inscrites à votre programme, et surtout la première, ont suscité de nombreuses et importantes communications. L'étendue et la variété de ces communications ont obligé vos rapporteurs généraux à diviser entre eux la tâche de vous en rendre compte. Mon collègue, M. Gaudemet, a bien voulu se charger de grouper et de vous présenter l'ensemble des travaux ayant trait, soit à la fonction du droit comparé par rapport aux diverses branches du droit, soit aux modes d'information relatifs à la connaissance et à l'application des lois étrangères. Mon rôle se bornera donc à exposer rapidement les vues qui, jusqu'ici, ont été échangées à l'occasion du congrès, soit sur les trois premières subdivisions de la première question de votre programme : *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, soit sur la seconde question : *le droit comparé et l'enseignement du droit.*

Les matériaux que j'aurai à mettre en œuvre se ramènent à trois groupes. Ce sont : 1° ceux des rapports spéciaux annoncés dans la circulaire de la commission d'organisation du congrès qui sont consacrés aux questions d'ordre général que je viens d'énumérer : le rapport sur la conception générale du droit comparé, auquel il faut joindre un rapport adressé à la commission d'organisation du congrès, œuvres de mon cher maître M. Saleilles, à l'heureuse initiative duquel a été due l'organisation de cette section, qui a dirigé et inspiré nos travaux avec une activité, une énergie et un dévouement de tous les instants dont tous ceux qui s'intéressent à l'avenir de la science du droit comparé lui garderont une profonde reconnaissance; c'est ensuite le rapport de M. le professeur Kohler de l'Université de Berlin sur la *méthode de la science du droit comparé*; celui de sir Frédéric Pollock, professeur à l'Université d'Oxford, sur *le droit comparé et l'enseignement du droit*; 2° les rapports spéciaux relatifs à l'emploi du droit comparé dans chacune des branches de la science juridique. C'est à mon collègue, M. Gaudemet,

qu'incombe la mission de vous rendre compte des conclusions de cette seconde catégorie de rapports spéciaux. Mais il m'est impossible de remplir complètement ma propre tâche sans empiéter parfois sur le domaine réservé à mon collègue. Les matières qui forment l'objet de la première question de votre programme n'ont été distinguées et isolées les unes des autres que pour la commodité de nos débats, pour leur tracer un cadre dans lequel ils puissent se dérouler logiquement. En réalité, toutes ces matières sont indissolublement liées. Aussi les rapporteurs chargés d'étudier les modes d'utilisation du droit comparé dans chacun des compartiments de la science juridique ont-ils été amenés à nous révéler leurs conceptions personnelles de la fonction du droit comparé. Enfin, en troisième lieu, de nombreux aliments et des directions précieuses ont été fournis aux débats dont les problèmes d'ordre général placés dans le cercle de ma compétence devront être l'objet, par diverses communications émanées de savants français et étrangers. Ces communications très variées dans leur objet, quelques-unes très développées, contiennent une étude d'ensemble sur le droit comparé envisagé sous ses divers aspects. Tel est le caractère du travail adressé au congrès par M. le professeur Zitelmann de l'Université de Bonn : *des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé, propositions présentées sous forme de thèses au congrès international de droit comparé*; de la communication de M. de la Grasserie, juge au tribunal civil de Rennes : *conception générale et définition du droit comparé*, où l'auteur examine en outre si, et dans quelle mesure, le droit comparé mérite la qualification de science; quelle est sa situation par rapport aux études de droit étranger, au droit international privé, à la sociologie; de la communication de mon Collègue de l'Université de Lyon, M. Josserand, sur la *mission du droit comparé comme instrument de révélation de l'orientation de la vie juridique*. Les relations de la sociologie et du droit comparé ont formé l'objet de deux communications, l'une de M. Tarde, professeur au Collège de France : *le droit comparé et la sociologie*; l'autre de M. Kowalewsky, membre correspondant de l'Académie des sciences de Saint-Pétersbourg : *la sociologie et l'histoire comparée du droit*. Des notions, dont la connaissance nous sera fort utile pour déterminer les fonctions possibles du droit comparé, sont contenues dans diverses communications sur le mouvement législatif moderne : M. le professeur Sohm, de l'Université de Leipzig, sous ce titre : *le code civil français et le code civil allemand*, dégage les tendances communes dont se sont inspirées les deux grandes œuvres législatives du début et de la fin du siècle. M. le professeur Mentha, de l'Université de Neuchâtel, nous initie à la marche du mouvement d'unification du droit civil suisse dans une *notice sur l'état des travaux préparatoires d'un code civil suisse et une analyse sommaire des deux premiers livres du projet d'un code civil suisse*. Une brochure de M. Harvey Whitten, professeur à l'Université d'Albany, nous retrace

le mouvement législatif aux États-Unis. Enfin des indications historiques destinées à éclairer le passé du droit comparé, à nous faire connaître les causes susceptibles d'entraver ou de favoriser l'action de cette science sont présentées dans les communications de M. le professeur Brie de Breslau sur la *puissance unificatrice du droit coutumier*, de M. Meynial, professeur à l'Université de Montpellier, sur le *rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la révolution, en particulier dans la succession aux propres*; de M. Mordché Rapaport, l'un des collaborateurs de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, sur *l'esprit du Talmud et son influence sur le droit judaïque*. L'énumération de ces nombreux travaux et des sujets qui y sont traités vous explique assez les raisons qui me détournent d'en entreprendre l'analyse détaillée. D'ailleurs, la plupart de ces documents, les rapports spéciaux, les communications de MM. Sohm, Tarde, vous sont déjà connus grâce à leur publication dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*. Les autres ne tarderont pas sans doute à être livrés à l'impression. J'estime dès lors qu'il sera préférable, pour éviter d'allonger démesurément ce rapport et pour mieux dégager le terrain sur lequel se dérouleront les débats de notre section, d'extraire du rapprochement de tous ces mémoires, en les complétant par quelques observations personnelles, un tableau aussi complet que je le pourrai des conclusions qui y ont été émises sur la manière dont il convient d'envisager soit la *fonction*, soit la *méthode*, soit l'*histoire*, soit l'*enseignement* du droit comparé.

De ces quatre parties générales de votre programme que je passerai successivement en revue, en leur consacrant d'ailleurs des développements fort inégaux, c'est la première — *fonction du droit comparé* — qui a provoqué de beaucoup le plus grand nombre de communications. Là, en effet, réside le problème fondamental, celui qu'il est indispensable de trancher tout d'abord pour aborder utilement l'examen de la méthode, de l'histoire, de l'enseignement du droit comparé. Si nous réussissons à nous mettre d'accord sur la détermination de la fonction spécifique du droit comparé, nous devons nous attendre à ne plus rencontrer que des divergences de détail dans l'établissement soit de nos méthodes, soit de l'histoire de notre science; dans l'appréciation de la place qui lui appartient légitimement dans les cadres de l'enseignement des facultés de droit. Si, au contraire, nous ne parvenons pas à réaliser l'entente sur cette question primordiale, nous sommes condamnés à d'irréductibles dissentiments sur les trois autres points; nos méthodes se diversifieront en vue de leur adaptation aux buts variés que nous assignerons au droit comparé; nous chercherons dans des directions différentes les premiers précédents de cette science; nous ne nous entendrons pas sur l'importance qu'il est juste d'attribuer à cette branche de l'enseignement.

I. — *La fonction du droit comparé.*

Les nombreuses communications consacrées à l'examen de ce problème fondamental, révèlent l'existence de très profondes divergences de vues entre leurs auteurs. Cette constatation démontre victorieusement la justesse des observations présentées par mon cher maître M. Saleilles dans son rapport à la commission d'organisation du congrès en faveur de l'institution d'une section spéciale chargée d'élucider les questions de méthode et de conception, et qui formerait en quelque sorte le point central du congrès. Mais, en même temps qu'elle prouve que M. Saleilles n'avait point exagéré l'importance des services que vous pouvez rendre à la science du droit comparé, en fixant la fonction et la définition de cette science, elle est de nature à faire craindre que vous ne vous heurtiez dans l'accomplissement de cette œuvre à de très graves obstacles et qu'il ne soit difficile de transformer en réalité l'entente que nous avons rêvée.

Cependant, dès aujourd'hui, avant même que vos délibérations n'aient commencé, l'initiative prise par les organisateurs du congrès a déjà eu un premier résultat bienfaisant. Vous savez combien divers par leurs tendances et leurs méthodes sont les travaux que l'on a pris l'habitude de classer sous la rubrique *droit comparé*; il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir notamment le très utile recueil bibliographique que M. le professeur Meili, de Zurich, a publié en 1898 sous le titre un peu trompeur d'*Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft*. La même étiquette recouvre les produits les plus variés. A l'heure présente, le droit comparé ne constitue pas une branche unitaire de la littérature juridique. Sous ce nom collectif sont rassemblés plusieurs types nettement distincts de travaux ayant chacun leur objet et leur but propre. L'enquête instituée par la commission d'organisation en vue de préparer vos délibérations a tout au moins établi la nécessité de rejeter, en dehors du domaine du droit comparé, l'un de ces types de travaux, celui qui, jusqu'ici, a été le plus largement représenté dans la littérature, les *études de droit étranger*.

J'appelle ainsi les travaux simplement destinés à initier les jurisconsultes d'un pays à la connaissance, soit de la législation, soit de la jurisprudence d'un, de plusieurs, ou même de l'ensemble des pays étrangers. C'est à ce type que se rattache une grande partie des publications des sociétés de législation comparée de Paris et de Londres ou de l'*Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre* de Berlin, notamment les traductions de codes et de lois étrangères provoquées par notre société française de législation comparée et par le comité de législation étrangère institué en France depuis 1876 au ministère de la Justice; l'ensemble des documents renfermés dans l'*Annuaire de législation étrangère* de la Société de législation comparée de Paris, les enquêtes sur le mouve-

ment législatif et doctrinal dans chaque pays qui occupent chaque année la dernière et principale partie du *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft* de Berlin, et enfin les nombreux ouvrages dus à l'initiative privée où se trouvent analysées les réglementations données par les principales législations ou jurisprudences étrangères à tel ou tel problème juridique.

Loin de moi la pensée de déprécier la valeur de ces travaux. Ils préparent l'œuvre propre du comparatiste qui, avant de pouvoir songer à entreprendre la tâche qui lui incombe, doit d'abord s'initier à la connaissance des divers droits internes objet de sa comparaison. Assurément le comparatiste ne peut pas se contenter de ces matériaux. Nos habitudes d'esprit critique l'obligent à se reporter directement aux sources pures de chacun des droits étrangers. Mais, impuissants à remplacer la connaissance immédiate des monuments originaux des littératures juridiques étrangères, de pareils travaux peuvent, tout au moins, guider les premiers pas du comparatiste au travers de ces littératures étrangères. Ils sont surtout destinés à rendre d'appréciables services aux praticiens que l'application des principes du droit international privé oblige à chaque instant à se renseigner sur le fonctionnement de législations étrangères dont les sources leur sont trop souvent rendues inaccessibles par une insuffisante possession des langues étrangères. Le rôle de ces études de droit ou de jurisprudence étrangères dans l'élaboration ou la mise en œuvre des règles du droit international privé a été soigneusement marqué dans les communications de MM. Zitelmann, Weiss et Kahn dont mon collègue M. Gaudemet vous rendra compte. Enfin M. de la Grasserie a fait en outre ressortir dans quelques pages fort intéressantes de sa communication l'influence féconde que le contact de l'étude des droits étrangers peut exercer sur l'orientation de la doctrine de chacun des droits internes, comparant à ce point de vue l'action des études de droit étranger sur la formation professionnelle du juriste à l'action des voyages et des séjours à l'étranger sur la formation intellectuelle générale.

Mais, en même temps que les diverses communications adressées au congrès font ressortir la valeur intrinsèque de ces études de droit étranger, elles nous mettent en garde contre la tendance à les confondre avec les études de droit comparé. L'existence de deux domaines complètement séparés pour chacune de ces deux disciplines d'esprit, études de droit étranger, études de droit comparé, est proclamée notamment par M. Saleilles dans ses deux rapports, par M. Zitelmann, par M. de la Grasserie. L'auteur qui rassemble dans un livre l'analyse des diverses réglementations données à une même matière, par exemple : par les législations française, italienne et allemande, présente à la fois des exposés de droit français, de droit italien, de droit allemand, non pas un exposé de droit comparé. Le seul fait de réunir ces divers exposés sous un même titre et dans un même ouvrage ne saurait avoir la vertu d'en

transformer la nature. Selon l'expression que me fournissent divers mémoires, il n'y a là qu'une juxtaposition de législations, et non pas une comparaison entre législations. Plusieurs communications font remarquer que le rapport entre la connaissance de chacun des droits en vigueur et la science du droit comparé offre une singulière similitude avec le rapport qui existe entre la science du langage et la connaissance de chaque langue en particulier; ou encore entre la grammaire comparée et la connaissance de plusieurs grammaires (1). De même qu'en apprenant plusieurs langues ou plusieurs grammaires nous n'acquérons pas pour cela l'initiation à la science du langage ou de la grammaire comparée; en nous familiarisant avec plusieurs législations nous ne nous instruisons pas nécessairement dans la science du droit comparé.

Des échanges de vues qui ont précédé vos délibérations ressort donc l'existence d'une entente à peu près unanime pour reconnaître que le rôle du droit comparé n'est pas d'initier les jurisconsultes de chaque pays à la connaissance des législations étrangères. Le comparatiste doit poursuivre un autre but. Mais lequel? Sur ce point les opinions les plus diverses se sont fait jour. On peut dire qu'il y en a autant que de communications. Je m'efforcerai de contribuer, dans la limite de mes faibles forces, à l'œuvre de coordination et de conciliation qui vous incombe en essayant de classer ces multiples conceptions de la fonction du droit comparé d'après leurs affinités naturelles, et en même temps, de découvrir les raisons d'être de ces divergences de vues, et les moyens de les faire cesser ou de les atténuer.

Un essai de classification des buts variés que peuvent poursuivre les écrivains qui s'adonnent à l'étude du droit comparé, et par conséquent des conceptions possibles du rôle du droit comparé, a déjà été tenté en 1895 par M. le professeur Bernhöft, dans son article programme en tête du premier volume du *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft*, article où il a repris et précisé quelques-unes des idées déjà émises par lui en 1878 au début du premier volume de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. M. Bernhöft distingue trois directions générales des études de droit comparé : la direction *ethnologique*, la direction *historique* et la direction *dogmatique*. Mais il résulte de la suite des explications de M. Bernhöft que la direction historique n'est autre chose que l'utilisation, pour éclairer l'histoire juridique d'un peuple déterminé, des données de la science du droit comparé envisagée dans sa direction ethnologique; que, par conséquent, elle n'est qu'une variante de cette première direction. La classification tripartite des conceptions du droit comparé tracée par M. Bernhöft doit donc logiquement être ramenée à

(1) Cette comparaison a déjà été développée d'une façon fort intéressante dans un article du *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergl. Rechtswiss.*; 1896, II, p. 95.

une classification dualiste. Sous cette réserve, elle me paraît exprimer fort bien le groupement naturel d'après leurs affinités des diverses façons d'envisager la fonction du droit comparé qui se sont manifestées dans les communications adressées au congrès.

De ces communications les unes — constituant un premier groupe qui correspond aux directions ethnologique et historique distinguées par M. Bernhöft — assignent au droit comparé un but exclusivement scientifique et spéculatif; les autres — qui forment un second groupe correspondant à ce que M. Bernhöft nomme la direction dogmatique — lui attribuent un rôle pratique, un but d'action, y voient l'un des instruments ou des organes de création, de révélation ou d'application du droit. Dans le premier groupe, le droit comparé est envisagé comme l'une des branches de la science sociale; comme constituant, au même titre que la science du langage ou la science des religions, une science au sens technique et élevé du mot, une *science du droit*. Dans le second groupe, il est considéré comme l'un des éléments du droit positif, élément plus souple, moins aisément saisissable que les droits internes, mais vivant et agissant comme eux; il est conçu comme l'une des formes de cette branche de la connaissance humaine qu'on appelle, en termes peut-être impropres, la science juridique. Je dois ajouter, pour être exact, que quelques communications s'inspirent simultanément des deux points de vue et les combinent. Telle est, notamment, la communication de M. de la Grasserie, beaucoup trop développée, beaucoup trop abondante en vues originales, pour qu'il me soit possible de la résumer en quelques lignes.

Le premier groupe présente plus d'unité extérieure que le second. Il se compose plutôt de variantes d'une même conception que de conceptions diverses. L'idée commune à toutes les communications de ce groupe, c'est que le droit comparé a pour mission de révéler au jurisconsulte les lois naturelles auxquelles obéissent ces manifestations de la vie sociale dont l'ensemble compose le droit, de lui faire saisir le lien et la raison d'être des transformations de la vie juridique, de lui permettre de découvrir quelles sont pour chaque institution les formes qui correspondent aux diverses phases du développement social, aux divers régimes économiques. C'est de cette conception que s'inspirent particulièrement les communications de MM. Kowalewsky, Tarde, Pollock et Kohler. Ainsi comprise, la science du droit comparé ne saurait borner le champ de ses investigations aux seuls systèmes juridiques actuellement en vigueur; elle doit nécessairement l'étendre aux systèmes qui ont régi des sociétés aujourd'hui disparues. L'histoire est inséparable du droit comparé ainsi entendu. Le droit comparé envisagé sous cet angle est à la fois la comparaison des diverses législations et de l'histoire juridique des divers peuples. La connaissance des lois du développement de la vie juridique ne peut être obtenue que par un travail de comparaison s'exerçant simultanément dans le temps et l'espace.

Cette conception exclusivement scientifique du droit comparé a, depuis longtemps, fait ses preuves de vitalité et de fécondité sous les noms variés d'ethnologie, jurisprudence ethnologique, histoire comparative des institutions, etc. Les résistances et les défiances provoquées jadis par les généralisations trop hâtives des premiers constructeurs de cette science, Bachofen, Bastian, Post, etc., ont depuis longtemps fléchi, et, parmi les historiens du droit de la génération présente, il n'en est plus guère qui se refusent à utiliser, pour tenter de dissiper les obscurités de leur droit national, surtout dans les périodes les plus anciennes, les lumières fournies par cette incomparable collection d'études de droit comparé que contient la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. Et vraiment il est difficile de méconnaître, après examen attentif des plus anciens monuments des vieilles coutumes germaniques, qu'ils ne fournissent la justification des conclusions admises par la science de l'histoire comparative des institutions, notamment quant à la détermination de la place occupée par la co-propriété de tribu, par les diverses formes de la co-propriété familiale dans l'évolution de la propriété immobilière; quant à l'antériorité de la famille matriarcale sur la famille patriarcale; au rôle joué par le mariage générateur de puissance maritale dans le passage de l'un à l'autre de ces types d'organisation familiale. Cette variété du droit comparé a fourni de son titre à l'existence la justification la plus décisive. Elle l'a démontré comme on démontre le mouvement, en marchant.

Les dissentiments qui se sont traduits dans les diverses communications à l'occasion de cette première conception n'ont trait qu'à sa mise en œuvre.

Jusqu'ici les savants qui ont défriché le domaine du droit comparé et qui ont déjà abouti à de si remarquables résultats, n'ont guère abordé l'étude de cette science que dans le but de restituer la physionomie véritable, soit des institutions préhistoriques, soit de celles qui appartiennent à des époques de l'histoire de nos législations sur lesquelles nous ne possédons que des renseignements trop fragmentaires. Cette tendance est particulièrement apparente dans l'ensemble des articles de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, et aussi dans les publications, malheureusement trop peu développées, d'une société de législation comparée qui a été fondée à Berlin fort peu de temps avant l'*Internationale Vereinigung* : la *Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft*. Cette Société a fait figurer à partir de 1897, dans le titre même de son organe, l'indication que l'étude du droit comparé y était spécialement entreprise dans son application aux sociétés primitives et aux peuples de demi-civilisation. Vous trouverez dans la communication de M. le professeur Zitelmann quelques indications sur les précieux résultats que peut donner le droit comparé ainsi employé à combler les lacunes de l'histoire juridique d'un peuple.

La préférence marquée des constructeurs de l'histoire comparative

pour les phases obscures de la civilisation avait conduit Sumner-Maine à préconiser, pour désigner cette branche de la littérature, l'emploi de l'expression *archéologie juridique*. Cette préférence a été traduite en une formule saisissante dans une lettre échangée avec M. Saleilles à l'occasion du congrès par M. le professeur Georg Cohn, de Zurich. M. Georg Cohn y développe l'idée que la science du droit comparé a deux pôles : le *Weltrecht*, le droit mondial, le rapprochement des droits existants, et l'*Urrecht*, la préhistoire. C'est, en effet, vers ce dernier pôle, que se sont jusqu'ici orientés les savants qui ont envisagé le droit comparé comme l'instrument de révélation des lois naturelles de la vie juridique : M. Tarde a protesté dans sa communication contre ce fâcheux esprit d'exclusivisme. Il nous a montré de quelles sources de renseignements fécondes sur les conditions de la vie juridique se prive le comparatiste qui dédaigne l'observation de la lutte pour le droit qui s'accomplit sous ses yeux dans nos sociétés modernes. Mon éminent maître, M. Esmein, a mis en relief la valeur éducative du droit comparé dans son application à la recherche des lois qui régissent la vie juridique des sociétés contemporaines. Mais je ne voudrais pas déflorer par l'analyse les belles pages que vous avez eues sous les yeux.

Un second dissentiment s'est produit à l'occasion de la mise en œuvre de cette première conception. Les écrivains, qui jusqu'ici se sont livrés à l'étude du droit comparé ainsi compris, ont été dominés et dirigés dans leurs recherches, par la préoccupation de tracer la trajectoire de l'évolution des sociétés humaines. Ils se sont inspirés de cette idée qu'il existait une série d'états successifs, une série de formes d'organisation sociale ou juridique par lesquelles toutes les sociétés, malgré des diversités de détail, passaient avec plus ou moins de rapidité. La comparaison de l'histoire des divers peuples et des mœurs des peuplades encore sauvages a été entreprise par eux dans le but de restituer, grâce à ce rapprochement, la série des phases de l'évolution sociale que l'histoire isolée d'un peuple ne révèle que fragmentairement.

C'est cette croyance à l'enchaînement réglé, uniforme dans ses grandes lignes et inévitable, de l'évolution du droit qui a provoqué l'apparition de cette littérature de droit comparé à laquelle j'ai fait allusion tout à l'heure. Cette conception dominante est représentée dans les communications de M. La Grasserie et de M. Kohler. M. Kohler constate que des peuples qui n'ont jamais eu aucun rapport mutuel et dont l'évolution fut entièrement autonome sont arrivés aux diverses phases de leur développement à des résultats identiques, et nous fournit au passage quelques preuves de cette affirmation. Il proclame que les civilisations des divers peuples constituent les échelons variés du processus évolutionniste et les stades divers de la transformation du monde. Puis il examine les divers facteurs qui peuvent, dans une société déterminée, briser le cours naturel de l'évolution, en accélérer la marche, comme la

force individuelle des grands hommes ou les phénomènes de réception du droit étranger.

M. Tarde s'élève contre cette hypothèse de l'existence d'une courbe unique pour l'évolution juridique des sociétés. Selon lui, il n'y a pas une seule évolution naturelle du droit, il y en a plusieurs. La marche de la vie sociale peut décrire des trajectoires fort diverses. Le rôle du comparatiste consiste à découvrir les types et sous-types auxquels peuvent se ramener ces formes variées d'évolution; à élaborer une classification scientifique des types juridiques, des embranchements et des familles de droit comparable à la classification botanique ou zoologique.

Enfin diverses communications, celles de MM. Saleilles, Tarde, Kowalewsky, La Grasserie, cherchent à déterminer les rapports et les frontières naturelles de la science du droit comparé ainsi comprise et de la sociologie. Trois de ces rapports étant déjà sous vos yeux, il sera inutile que j'insiste sur ce problème. Je signale seulement la distinction proposée par M. de La Grasserie d'après qui la mission du droit comparé consiste uniquement à établir la série des faits, la série des relations de cause à effet entre les phénomènes juridiques; la mission de tirer de ce rapprochement entre la série des causes et des effets des lois, des règles générales expliquant le développement juridique des sociétés étant réservée à la sociologie juridique. En appelant votre attention sur la distinction préconisée par M. de la Grasserie, je ferai remarquer toutefois que de nombreux travaux, ceux de Post par exemple : ses *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, ses *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft* démontrent que le comparatiste se résignerait difficilement à une pareille division des fonctions, qu'il ne laisserait pas volontiers à d'autres le soin de tirer les conclusions de son travail. M. Tarde nous rend sensibles les rapports qui relient le droit comparé à la sociologie générale en constatant que la sociologie est la comparaison de ces diverses comparaisons dont le droit comparé n'est qu'une variété, comparaison des droits, des langues, des religions, etc. J'aperçois moins aisément, pour ma part, les frontières qui sépareraient le droit comparé d'une branche particulière de la sociologie à laquelle on donnerait le nom de sociologie juridique. Je me demande si le droit comparé, considéré comme une science des manifestations de la vie juridique, n'est pas la sociologie juridique elle-même, établie sur des bases expérimentales, dotée de cette méthode scientifique qui, de l'avis de M. Tarde, fait encore défaut à la sociologie générale.

A première vue, il paraît exister des divergences profondes, — mais elles sont peut-être plus apparentes que réelles — entre les conceptions du second groupe : celles qui font du droit comparé une branche, non plus de la science sociale, mais de la science juridique; qui lui assignent un but, non plus d'observation et de découverte, mais d'action. Les conceptions de ce groupe me paraissent pouvoir être ramenées à trois

variétés, qui rarement, d'ailleurs, se présentent isolément dans les communications envoyées au congrès.

« La première variété cherche l'action du droit comparé dans une influence exercée sur le travail législatif dans chaque pays; l'envisage comme l'élément principal de ce qu'on a appelé dans plusieurs communications la politique juridique ou la politique législative, expression mise à la mode par la retentissante brochure de M. le professeur Anton Menger sur la mission sociale du droit et qui a eu une si rapide fortune. Non seulement cette expression trouve aujourd'hui droit de cité en France, mais elle a fait en même temps son apparition dans les programmes officiels de l'Université de Berne. Cette Université qui a la bonne fortune de posséder parmi ses maîtres l'éminent jurisconsulte qui a préparé et qui continue à diriger l'œuvre d'unification du droit civil suisse, en a profité pour organiser l'enseignement de la *Gesetzgebungspolitik*, de la politique législative. C'est principalement, quoique non exclusivement, au développement de cette première conception qu'est consacrée la lumineuse communication de mon collègue M. Josserand. M. Josserand constate que la comparaison des autres législations est de nature à faire connaître au législateur de chaque pays beaucoup plus sûrement que des mouvements d'opinions souvent factices « la route à suivre et sur laquelle doivent s'échelonner ses réformes ». L'étude du droit comparé révèlera au législateur l'existence d'un certain nombre de grands courants juridiques « qu'il peut descendre plus ou moins rapidement, mais auxquels il ne saurait résister impunément ».

M. de la Grasserie, à son tour, nous présente l'ensemble des législations étrangères comme un vaste champ d'expérimentation où le législateur peut observer les effets des réformes qui ont été tentées dans les divers pays civilisés. M. le professeur Zitelmann, dans sa communication, insiste avec grand soin sur cette forme d'utilisation du droit comparé, montrant le rôle que la connaissance des législations voisines peut jouer, non seulement pour faciliter la solution des questions législatives ouvertes, mais pour en provoquer de nouvelles en faisant naître des doutes sur la valeur des solutions adoptées par le droit national. Et M. Zitelmann ajoute que le législateur a intérêt à examiner, non seulement les dispositions de fond, mais aussi la forme et les procédés de rédaction des codifications étrangères, et que l'élément technique des codes est susceptible de former lui-même l'objet d'études comparatives. Ces études comparatives seraient destinées à provoquer le dégagement d'une science de la *technique législative*, science qui déterminerait par exemple si les auteurs d'un code doivent préférer les formules générales ou les solutions d'espèce, la concision ou le caractère populaire de la forme.

Il est impossible de méconnaître l'importance de ce premier point de vue. Dans l'ordre du droit privé surtout, le droit comparé peut fournir

de très précieux renseignements au législateur. Assurément cet instrument de recherche demande à être manié avec discernement; les réformes qui ont produit des résultats heureux dans un pays déterminé peuvent produire dans un autre pays des effets très regrettables. Vous trouverez dans le rapport de M. Kohler une très remarquable tentative de détermination des conditions sous lesquelles la réception du droit étranger peut produire des effets féconds et des écueils à éviter dans cette adaptation au droit national d'emprunts faits au droit étranger. Une série de causes d'erreur dont doit se défier le législateur sont, d'autre part, énumérées dans le rapport de M. Lepoittevin sur le droit criminel. Et surtout les emprunts au droit étranger deviennent plus dangereux dès que l'on entre dans le domaine du droit public. Cependant les questions d'application mises à part, l'utilité de l'emploi du droit comparé en matière de politique législative est des plus apparentes. Mais, comme le constate M. Saleilles, le droit comparé ne se confond pas avec la politique législative. Il n'est envisagé ici que comme l'un des instruments d'élaboration d'une autre science. Cette première conception ne peut donc viser que l'une des applications et non pas la fonction spécifique du droit comparé. Les divers auteurs cités tout à l'heure ne présentent pas d'ailleurs l'intervention du droit comparé en matière de politique législative, comme son seul rôle, mais comme l'un de ses rôles principaux.

« La seconde variété de conceptions assigne au droit comparé une action, non plus seulement sur la législation, sur la *lex ferenda*, mais sur la *lex lata*, sur le droit positif interne. Le droit comparé y est considéré comme un moyen de fécondation des doctrines et des jurisprudences internes. Il arrive fréquemment, soit par suite de phénomènes d'imitations ou d'emprunts législatifs, soit par suite de la communauté ou de la similitude des conditions de la vie économique qu'une institution soit réglementée à peu près de la même manière dans un certain nombre de pays. L'étude de ces législations parentes pourra révéler aux juristes de chacun de ces pays de nouvelles conséquences des principes admis par leur propre législation, leur suggérer de meilleures explications ou de plus heureuses conciliations de leurs textes législatifs, des formules ou des définitions plus exactes, des constructions plus élégantes et rendant mieux la structure des institutions. La légitimité de cette utilisation du droit étranger à la mise en œuvre du droit national, vivement contestée dans le domaine du droit public, cesse de l'être dans le domaine du droit privé. Le savant professeur de l'Université de Paris, M. Weiss, admet même que la jurisprudence civile peut utiliser et, en fait, utilise dans le silence de la loi, et pour en combler les lacunes, les règles consacrées par les législations étrangères quand elles lui apparaissent comme l'expression de la raison écrite. Mais sur ce point particulier ses conclusions sont discutées par mon collègue, M. Josserand, qui estime qu'à l'heure actuelle, en France notamment, la jurispru-

dence se désintéresse du mouvement des droits étrangers et n'en subit l'influence qu'indirectement, par l'intermédiaire de la doctrine interne. Certes cette seconde forme de l'action du droit comparé est des plus fécondes. Mais, pas plus que la première, elle n'assigne une mission propre au droit comparé ; elle n'en vise encore manifestement qu'un des modes d'emploi.

Seule, dans ce groupe, la troisième variété de conceptions érige vraiment le droit comparé en discipline indépendante, lui assigne une fonction nettement spécifique. Cette fonction est de provoquer un rapprochement continu entre les législations qui forment l'objet du travail de comparaison, de dégager, dessous la diversité apparente des législations, le fond commun d'institutions et de conceptions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes communes à ces législations et de l'enrichir constamment par des empiètements successifs sur le domaine du particularisme. En fait, comme je le montrerai bientôt, le droit comparé ainsi entendu ne peut guère produire ses effets que dans le domaine du droit privé.

A l'occasion de cette conception, je ne peux m abstenir de mentionner le système particulier de M. de la Grasserie d'après qui le droit comparé, en faisant sentir combien sont artificielles les divergences entre les divers droits nationaux, serait destiné à provoquer l'unification totale ou partielle des législations commerciales ou civiles, soit de tous les peuples de même civilisation, soit de quelques-uns d'entre eux; la substitution aux codes nationaux, nés de la fusion des droits provinciaux, de codes internationaux nés de la fusion des droits nationaux. Mais, dans cette pensée d'unification, M. de la Grasserie demeure absolument isolé. Parmi les autres écrivains qui vous ont adressé des communications, quelques-uns estiment que cette unification ne serait pas souhaitable, M. Weiss, M. Saleilles, M. Kohler, par exemple; tous déclarent qu'à l'heure actuelle elle constitue un rêve dont la réalisation ne saurait être encore entrevue.

L'action unificatrice attribuée au droit comparé par la majorité des défenseurs de cette troisième conception est plus modeste. Elle se bornera à effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation, s'appliquant à des milieux économiques analogues, à raréfier le nombre des divergences législatives qui n'ont pas leur raison d'être intime dans la constitution politique, morale ou sociale des peuples, qui ne sont dues qu'à des hasards de la formation historique, ou à des causes passagères et superficielles. C'est à cette troisième conception que j'ai pour ma part obéi dans l'élaboration d'un travail qui, dans ma pensée, est destiné à embrasser l'ensemble du droit civil comparé et dont le premier volume est à l'heure actuelle sous presse. J'ai essayé d'exprimer le but poursuivi, — dégagement et fécondation des éléments d'unité et d'harmonie qui rapprochent un certain nombre de législations contemporaines — en intitulant ma publication : *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Je suis heureux de constater que la même expression s'est rencontrée tout naturellement sous la plume de mes collègues, M. Josserand et M. Pic et avec une légère variante sous celle de mon maître, M. Saleilles, dont le rapport nous parle d'un droit commun de l'humanité. Cette étiquette attachée aux produits du droit comparé, *droit commun législatif* m'a paru de nature à faire saisir rapidement le caractère de la mission que cette troisième conception attribue au droit comparé en évoquant dans la mémoire du lecteur français le souvenir du rôle célèbre qu'a joué jadis le droit commun coutumier, ou le droit commun de la France; dans la mémoire du lecteur allemand le souvenir encore plus récent de l'influence bienfaisante qu'a eu le droit commun allemand, le *Deutsches Privatrecht*, la coutume générale allemande. Il est utile de relier ainsi la forme nouvelle que revêt aujourd'hui le droit comparé, instrument de rapprochement entre les droits particuliers, aux formes qu'il a successivement revêtues dans le passé, et de rappeler la longue carrière qu'il a déjà fournie pour contribuer par là à dissiper les résistances et les préjugés dont il est actuellement l'objet.

C'est une idée assez courante aujourd'hui, et je la trouve développée avec une très grande netteté dans la communication de mon collègue de Dijon, M. Deslandres, que la connaissance par les jurisconsultes de chaque pays des systèmes juridiques voisins, ne peut guère provoquer de rapprochement et d'interpénétration entre droits internes que, soit dans l'ordre du droit commercial, soit dans la théorie connexe des obligations, tandis que le droit des personnes et le régime successoral sont rebelles à tout internationalisme législatif. M. le professeur Zitelmann, au contraire, affirme que, dans l'ensemble du droit privé, les divergences vraiment irréductibles entre législations, celles qui tiennent à des différences de tempérament entre les nations, sont beaucoup moins nombreuses qu'on ne le croit. Le travail auquel je me suis livré depuis quelques années me conduit aux mêmes solutions que M. Zitelmann. J'ai cherché, pour ma part, à combattre l'opinion courante dont M. Deslandres s'est fait l'écho en adoptant, comme premier objet de mes études de droit commun législatif, le régime successoral. J'ai pensé que ma démonstration de l'existence effective d'un droit commun législatif serait plus probante, si je choisissais d'abord, pour y procéder, le terrain qui est généralement indiqué comme s'y prêtant le moins, le régime successoral. Je crois pouvoir affirmer que, même en cette matière, il existe, à côté de diversités irréductibles, un large champ d'action ouvert au droit commun législatif. Mais ce ne sont là que des affirmations. Si l'action unificatrice du droit comparé est dès aujourd'hui expérimentalement démontrée, pour le domaine du droit commercial, par de remarquables études présentes à notre mémoire à tous, il n'en est pas de même en ce qui concerne le domaine du droit civil. Mais, tout au moins, les inesti-

mables services déjà rendus par le droit comparé au droit civil dans le passé, sous d'autres formes que celles que nous voulons lui faire revêtir aujourd'hui, sont-ils garants des services qu'il pourra encore rendre dans l'avenir.

M. Meynial a mis en pleine lumière, dans son savant rapport, le rôle fécond joué par la doctrine du droit commun coutumier ou droit commun de la France en faveur d'un rapprochement continu, soit de nos anciennes coutumes entre elles, soit de ces coutumes avec la jurisprudence des pays de droit écrit. Il a même suivi de préférence les progrès de cette œuvre d'unification dans celle des parties du droit privé que l'on nous présente comme la plus profondément rebelle à l'action du droit comparé. Cette doctrine du droit commun coutumier ou du droit commun de la France n'était que l'une des formes du droit comparé tel qu'on l'entend dans notre troisième conception. C'était le droit comparé prenant exclusivement comme objet de sa comparaison les divers droits en vigueur en France, envisagé comme moyen de rapprochement et de pénétration entre les divers systèmes juridiques consacrés dans chaque coutume rédigée, systèmes dont les ressorts n'étaient pas moins distincts que ceux de nos codifications de droits nationaux. Tous ces illustres jurisconsultes qui, depuis Dumoulin et Guy Coquille jusqu'à Pothier, ont collaboré à l'élaboration d'un droit commun coutumier ou même d'un droit général de la France, ont été des comparatistes. Est-il utile de rappeler quelle supériorité intrinsèque et surtout quelle supériorité d'action sociale a eu leur œuvre par rapport à celle qu'ont accomplie les commentateurs des coutumes internes?

Non moins démonstratif est l'exemple de cette école de jurisconsultes allemands qui, suivant la voie ouverte par Hermann Conring et Beyer, a développé pendant le XVIII^e^ et surtout pendant le XIX^e^ siècle, tout un système de droit commun allemand tiré de la comparaison des droits particuliers, des *Landrechte* locaux; système qui, même et surtout dans les parties de l'Allemagne pour lesquelles les effets de la réception du droit romain au XVI^e^ siècle n'avaient point été officiellement effacés ou tempérés, dans les pays de *gemein Recht*, est entré en lutte avec le droit romain et a arraché un nombre chaque jour plus grand de matières juridiques à l'autorité de cette législation d'importation étrangère. Tous les auteurs de traités de droit commun allemand ou de droit privé allemand, aussi bien ceux qui, comme Paul von Roth et comme Stobbe, ont abordé cette branche de la science juridique sans aucun esprit préconçu d'hostilité contre le droit romain que ceux qui, comme Beseler et comme M. Gierke, en ont fait un instrument de germanisation du droit allemand, ont été eux aussi des comparatistes et de très remarquables comparatistes. Leurs ouvrages sont des livres de droit comparé présentant seulement cette particularité que les éléments de comparaison y sont exclusivement fournis par les nombreuses législations en vigueur en Allemagne pendant ce siècle. Qui donc songerait à

nier l'utilité de l'action exercée par cette littérature du *Deutsches Privatrecht*, l'importance du rôle qu'elle a joué dans la préparation de l'œuvre d'unification du droit civil allemand poursuivie de 1874 à 1896?

Et enfin nous pouvons encore aujourd'hui étudier, dans son fonctionnement pratique, une de ces formes anciennes du droit comparé, le droit civil suisse, qui, de l'analyse des multiples législations des cantons suisses, dégage les tendances qu'elles recèlent et contribue ainsi à faciliter ce lent travail d'unification du droit civil suisse dont M. le professeur Mentha nous a si bien retracé les étapes. Nous avons le bonheur de posséder, parmi nous, le plus éminent représentant de cette branche particulière de la science du droit comparé, M. le professeur Eugen Huber, l'auteur de ce beau livre, le *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*.

Pourquoi n'accomplirions-nous pas à notre tour sur ceux des droits nationaux modernes qui s'y prêtent, qui sont reliés par une sorte de parenté, le même travail de fécondation et de rapprochement auquel se sont livrés, sur les coutumes provinciales de l'ancienne France, les constructeurs du droit commun coutumier, sur les droits particuliers allemands, les constructeurs du *Deutsches Privatrecht*, auquel se livrent aujourd'hui d'autres jurisconsultes sur les droits cantonaux suisses? Le grand phénomène juridique qui a marqué le XIX^e^ siècle ne nous y invite-t-il pas? Le mouvement de codification des droits nationaux, commencé en France au début du siècle, s'est propagé depuis dans presque tous les pays voisins. L'une des dernières, l'Allemagne a complété en 1896 la série de ses codifications en adoptant un code civil. La Suisse, il y a tout lieu de l'espérer, ne va pas tarder à suivre cet exemple. Seuls les droits, si profondément particularistes, de l'Angleterre et de l'Écosse semblent devoir échapper encore longtemps à ce phénomène. Ces codifications ne créent-elles pas un milieu aussi favorable à une nouvelle floraison des études de droit comparé que celui qui a été créé au milieu du XVI^e^ siècle par la rédaction officielle de nos coutumes? Il est vrai que, même entre sociétés vivant sous le régime de la coutume peuvent s'opérer des phénomènes d'interpénétration du droit. C'est à la démonstration de cette vérité qu'est consacrée la communication de M. le professeur Brie. Mais j'estime cependant, avec M. le professeur Zitelmann, que le régime de la coutume est moins favorable au rapprochement progressif des droits que le régime de la codification. Assurément ce rapprochement serait entravé par les codifications, si celles-ci étaient douées, comme on se l'est trop souvent imaginé au lendemain de leur mise en vigueur, de la puissance d'immobiliser le cours de la vie juridique et de figer en quelque sorte chacun des droits nationaux. Mais c'est là une illusion dont un siècle de pratique du régime de la codification a suffi en France à nous guérir. Les remarquables évolutions jurisprudentielles que nous avons vu s'opérer pendant ce siècle nous démontrent suffisamment que l'adoption du régime de la codification ne

peut que modifier les conditions dans lesquelles s'opèrent les mouvements naturels du droit sans en arrêter le cours.

Les codifications ne mettent donc point obstacle à l'interpénétration des droits sous l'action de la doctrine et de la jurisprudence. En revanche elles donnent une base plus solide, un point d'appui plus stable au travail du comparatiste. La remarquable littérature de droit comparé provoquée chez nous par la rédaction des coutumes en fournit la preuve péremptoire. A moins que nous ne renoncions à continuer cette œuvre d'effacement progressif des diversités juridiques accidentelles qui, de tous temps, a constitué l'une des missions sociales essentielles de la doctrine, et à laquelle se sont consacrés avec une particulière prédilection tous ceux des jurisconsultes qui ont tracé, dans l'histoire des variations de la vie juridique, leur sillon lumineux, la codification des droits nationaux doit être le point de départ de la constitution d'un droit commun législatif, comme la rédaction de nos coutumes fut le point de départ de la formation d'un droit commun coutumier. De même que la rédaction des coutumes a stimulé l'activité du jurisconsulte qui jusque-là avait travaillé au rapprochement des diverses coutumes de sa province, en lui proposant un nouvel et plus large objet : le rapprochement des diverses coutumes provinciales, de même les codifications contemporaines doivent provoquer une nouvelle floraison de la littérature du droit comparé en substituant, comme matière première du travail du comparatiste, les droits unitaires nationaux aux droits particuliers d'un même pays.

L'idée que je viens de développer peut se heurter à quelques objections. Il sera bon d'y répondre.

On pourrait tirer une première objection des constatations faites par M. le professeur Sohm dans sa communication sur le code civil français et le code civil allemand. Le savant professeur constate que, d'une part, ces deux œuvres législatives ont fait prévaloir le droit bourgeois, le droit du tiers état, droit du commerce et des transactions, sur le droit des campagnes, sur le droit agraire, et que, d'autre part, ils consacrent l'un et l'autre le triomphe de l'idée du droit national. Au moyen âge s'était implanté dans l'Europe chrétienne un droit universel, un droit de la chrétienté, le droit romain augmenté du droit canonique qui seul portait en lui-même sa légitimité. En face de ce droit universel il n'y avait qu'une série de droits particuliers, de coutumes territoriales fragmentaires dues au hasard de la formation historique, droits que le juriste considérait volontiers comme des anomalies regrettables. L'histoire de nos divers droits européens pendant les derniers siècles se résume dans un lent effort des jurisprudences internes pour substituer à ce droit universel, à ce droit de la chrétienté, un droit né sur le sol de chaque pays, un droit national. Le code civil français et le code civil allemand ont l'un et l'autre incarné cette pensée du droit national.

Je crains que quelques personnes ne soient tentées de conclure de ces

remarques, si judicieuses, de M. le professeur Sohm, qu'il y a incompatibilité entre l'esprit des codifications modernes et notre prétention d'en faire sortir un droit commun international ; que nous nous mettons en travers de la marche naturelle du droit contemporain. Ce droit commun que vous poursuivez, peut-on nous dire, a déjà existé dans le passé. Cette fonction a été occupée par le droit romano-canonique. Nos codifications modernes marquent, en même temps que le terme de l'empire du droit romain, la défaite de l'idée du droit commun international incarnée en lui. A cette objection, nous répondrions aisément que, si le droit romain a occupé longtemps le rôle de lien juridique entre les peuples, de droit commun de la chrétienté, il l'a rempli fort mal. Ce n'est pas seulement un droit commun législatif au sens où j'ai pris ce mot, c'est l'unité de législation que les légistes propagateurs du droit romain ont tenté de procurer au monde chrétien, et cela en lui imposant le joug d'un système juridique modelé sur la civilisation romaine, adapté, à l'origine, aux besoins d'une société profondément différente par sa structure économique et politique, par les conditions de sa vie morale et intellectuelle de la société dans laquelle il était ainsi artificiellement transplanté. Ces légistes faisaient payer singulièrement cher les prétendus bienfaits de l'unité du droit, en provoquant un éloignement chaque jour plus grand entre la législation et les mœurs, entre la vision populaire et la vision scientifique du droit. La réaction contre le droit romain s'explique suffisamment par le désir d'accommoder le droit aux besoins du milieu social et économique qu'il régit. La preuve que cette réaction n'est pas due uniquement à l'esprit de particularisme, c'est que les juristes qui ont le plus contribué à préparer la disparition du droit romain ont été en même temps des comparatistes. Le droit commun coutumier, le *Deutsches Privatrecht* ont constitué les plus précieux instruments de lutte contre la tyrannie du droit romain. Les constructeurs de ces deux doctrines n'ont pu faire pénétrer dans la pratique les règles dégagées par eux de la comparaison des droits autochtones, qu'en combattant les prétentions des pandectistes à ériger la législation romaine en droit universel. Non seulement la tendance des législations modernes à s'affranchir du joug du droit romain n'est nullement en contradiction avec nos tentatives de dégagement d'un droit commun législatif, mais elle les favorise.

Vainement prétendrait-on, d'autre part, que la formation des types de droit commun coutumier auxquels j'ai fait allusion n'a été rendue possible que par l'unité politique du milieu social où ils sont nés. Il suffirait de faire remarquer que le *Deutsches Privatrecht*, le droit commun allemand est arrivé avec Beseler à sa plénitude d'activité, à son maximum de rendement, à l'époque où précisément l'unité de vie politique a été le plus complètement rompue en Allemagne, entre l'époque de la dissolution du saint Empire romain et celle de la reconstitution du nouvel Empire d'Allemagne.

semble que nous pouvons légitimement escompter la reproduction du même phénomène en faveur du droit commun législatif.

Les deux premières variétés de la conception qui envisage le droit comparé comme une branche de la science juridique, au sens usuel du mot, nous apparaissent dès lors comme des compléments, comme des aspects particuliers de la troisième. L'emploi du droit comparé en matière de politique législative, son utilisation pour la mise en œuvre des droits positifs internes se présentent à nous comme les principales applications et comme les principaux moyens d'action du droit commun législatif dont le dégagement constitue la fonction vraiment spécifique du droit comparé en tant qu'instrument d'action sur la marche du droit. Vous m'excuserez, Messieurs, de m'être attardé peut-être trop longuement à l'exposé de cette dernière conception et d'avoir essayé de vous communiquer la conviction ardente et née de longues réflexions dont je suis animé.

Finalement, les efforts auxquels je viens de me livrer pour classer rationnellement les opinions, extrêmement variées dans le détail, qui vous ont été soumises, aboutissent à la constatation de l'existence de deux conceptions fondamentales absolument irréductibles de la fonction du droit comparé : dont l'une en fait la science du droit, c'est-à-dire des phénomènes juridiques et des lois qui les régissent; dont l'autre en fait un instrument de rapprochement continu entre les législations ou les droits parents. Faut-il choisir entre ces deux conceptions et sacrifier l'une à l'autre? Non, je crois vous avoir assez prouvé que l'une et l'autre ont droit à l'existence, que l'une et l'autre ont une réelle valeur intrinsèque.

Il me reste, comme conclusion de cet exposé, à vous soumettre la question suivante : Ne sommes-nous vraiment en présence que de deux manières différentes d'envisager une même science, de deux directions d'une science unique, pour parler le langage de M. Bernhöft, d'une science ayant deux pôles naturels selon le mot de M. Georg Cohn ; ou ne faut-il pas reconnaître, au contraire, que l'expression droit comparé englobe deux sciences absolument distinctes?

Je n'hésite pas personnellement à opter pour la seconde branche de cette alternative et j'estime qu'il y aurait très grand intérêt à faire cesser une confusion qui jusqu'ici a été préjudiciable surtout au droit comparé, instrument de dégagement du droit commun législatif. Les deux sciences ne sauraient, sans inconvénient, se mouvoir dans le même cadre. Le domaine du droit comparé, science des phénomènes juridiques, est infiniment plus vaste que celui du droit comparé, mode de dégagement du *droit commun législatif*. Le droit comparé, science sociale, ayant pour but la connaissance des lois de la vie juridique, embrasse toutes les législations, mortes ou vivantes, celles qui se rattachent aux types inférieurs de civilisation, aussi bien que celles qui se rattachent aux types supérieurs. Le droit comparé, élément du droit

positif, doit, sous peine d'improductivité, sérier son action et la limiter à un certain nombre de droits vivants et reliés par un lien de parenté. La matière première sur laquelle s'exerce son travail varie selon les temps, selon les lieux.

Dans le cercle du droit comparé, science sociale, science du droit, rentrent au même titre le droit public et le droit privé. Dans le cercle du droit comparé, instrument d'unification ou de rapprochement, droit commun législatif, ne rentre que le seul droit privé. Les deux communications relatives à l'application du droit comparé au droit public, qui sont parvenues au Congrès, le rapport de mon éminent maître, M. Larnaude, celui de mon collègue, M. Deslandres, malgré de profondes divergences sur d'autres points, aboutissent ici à des conclusions assez semblables. M. Deslandres s'élève avec énergie contre toute tentative pour infuser dans notre droit public l'esprit des droits étrangers. M. Larnaude, tout en attribuant au droit comparé un rôle assez important dans la construction doctrinale du droit public interne, n'envisage que comme un rêve l'unification des droits publics et constate que cette unification serait loin de présenter l'utilité pratique qu'elle offre dans le domaine du droit privé. Il peut y avoir place dans l'ordre du droit public pour une utilisation plus ou moins large des droits étrangers; il n'y a pas place pour le droit comparé envisagé comme l'un des éléments du droit positif, comme procédé de révélation du droit commun législatif.

Messieurs, si vous adoptez, à l'occasion de ce premier et fondamental problème la conception générale du droit comparé, les conclusions que je vous soumets ; si vous estimez, vous aussi, que le groupe d'études auquel on applique actuellement le nom de droit comparé correspond, en réalité, à deux sciences ou à deux disciplines d'esprit absolument indépendantes l'une de l'autre, vous allez voir se dédoubler les trois autres questions d'ordre général mises à l'ordre du jour de vos délibérations : méthode, histoire, enseignement.

La méthode du droit comparé.

Chacune des deux sciences que je viens de dissocier, poursuivant un but distinct, doit avoir sa méthode propre.

C'est à la méthode du droit comparé, considéré comme science des phénomènes juridiques, du droit comparé histoire comparative des institutions, qu'est consacré le savant rapport de M. le professeur Kohler; vous trouverez également des indications sur la méthode de cette première science, soit dans la communication de M. Tarde, soit dans le rapport de notre éminent président, M. Esmein, qui a envisagé cette méthode au point de vue particulier de son application à l'enseignement.

Sur la méthode de la seconde science, sur la méthode du droit comparé, élément du droit positif, il ne vous a été adressé aucun rapport

d'ensemble; mais d'utiles directions pourront être tirées, soit du rapport de M. Saleilles sur la conception générale du droit comparé, soit de deux communications adressées à d'autres sections, la communication de M. le professeur Eugen Huber sur les régimes matrimoniaux des cantons suisses, et la communication de M. le professeur Thaller, sur la nécessité en droit comparé d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions avec application particulière à la lettre de change. Je signale seulement, et sans chercher à les approfondir, les principaux problèmes que soulève la constitution de la méthode de cette seconde science, le droit comparé instrument de révélation du droit commun législatif.

C'est en premier lieu la détermination de ceux des systèmes juridiques que le comparatiste devra embrasser dans son travail. Ici, surtout, s'atteste, avec une énergie toute particulière, l'opposition naturelle entre les méthodes des deux sciences du droit comparé. Notre éminent président, M. Esmein, a abordé l'examen de ce premier problème en ce qui concerne le droit comparé, histoire comparative des institutions. Partant de l'idée que cette branche de la science est destinée à révéler les lois du développement juridique, M. Esmein constate que chaque institution doit, autant que possible, être envisagée sous les divers aspects qu'elle a revêtus dans chacun des systèmes originaux de droits qu'a produits l'humanité, qu'il faut classer les législations des différents peuples en les ramenant à un petit nombre de groupes dont chacun représente un système de droit original; et il propose, réserve faite de l'étude si importante des coutumes primitives, et pour s'en tenir à la civilisation occidentale, d'arrêter quatre groupes principaux : le groupe latin, le groupe germanique, le groupe anglo-saxon, le groupe slave, auxquels il faudrait peut-être ajouter, comme un cinquième groupe, le droit musulman. Ce cadre si judicieusement établi en vue de l'enseignement de l'histoire comparative des institutions, pourrait-il servir également à l'enseignement du droit comparé, élément du droit positif?

Non, incontestablement, parce que, je l'ai montré précédemment, le travail du comparatiste, ainsi compris, ne saurait être fructueux qu'autant qu'il s'exerce sur des législations appartenant au même stade de l'évolution, ou, dans la théorie de M. Tarde, à la même famille de droits. Dans la seconde conception fondamentale du droit comparé, il ne peut être question de faire entrer parmi les éléments du travail de comparaison ni le droit musulman, à qui ses origines religieuses ont imprimé de singuliers traits de ressemblance avec ce droit judaïque dont la communication de M. Mordché Rapaport fait si bien ressortir l'opposition profonde avec l'esprit de nos législations, ni même les coutumes ou les législations slaves adaptées à des civilisations et à des milieux économiques encore trop différents des nôtres. Au contraire, j'ai eu l'occasion de l'indiquer déjà, la comparaison pourra être établie très utilement entre le groupe latin et le groupe germanique. Peut-elle comprendre

aussi le groupe anglo-saxon, malgré l'esprit particulariste et la tendance conservatrice des droits anglais et écossais? C'est là une des questions de méthode les plus délicates qui surgissent sous les pas du comparatiste et dont l'exposé demanderait de longs développements. Je crois, pour ma part, que les droits anglo-saxons doivent être embrassés par les comparatistes du continent dans le champ de leurs recherches, mais à titre accessoire, à une place plus effacée. Entre les groupes germaniques et latins, d'une part, et le groupe anglo-saxon, il y a des éléments d'interpénétration, plus visibles d'ailleurs au travers des législations filiales du droit anglais que dans le droit anglais original; le jurisconsulte ne saurait les négliger; mais ces éléments sont infiniment moins nombreux, tout au moins dans l'ordre du droit civil, qui m'est plus familier, que ceux qui existent entre le groupe latin et le groupe germanique. M. Esmein a signalé l'inconvénient que présente ici l'abus des transpositions, et combien il est dangereux de vouloir ramener de force les catégories originales de la pensée juridique anglaise dans les catégories juridiques francaises ou allemandes par exemple. Peut-être, d'ailleurs, cette opposition sera-t-elle peu à peu atténuée par le mouvement législatif qui, de jour en jour, prend plus d'importance en Angleterre. J'en vois un symptôme dans les réformes apportées au régime successoral par le *Land transfert Act* de 1897.

Des difficultés analogues surgissent aussi pour quelques autres systèmes juridiques; ainsi, pour ceux des cantons de la Suisse centrale vivant sous le régime coutumier. Je ne puis entrer dans ces questions d'application. Il me suffit de mettre en lumière l'impossibilité de faire mouvoir dans le même cadre les deux sciences confondues aujourd'hui sous le nom de droit comparé. Cette confusion a trop souvent entraîné les écrivains qui abordaient l'étude du droit comparé avec l'esprit juriste, avec la préoccupation de l'action et de l'application, à étendre démesurément l'horizon de leurs recherches, et les a ainsi empêchés d'aboutir à autre chose qu'à un simple recensement ou une simple statistique des diversités législatives. Pour que le droit comparé science juridique, élément du droit positif, puisse se constituer sur des bases solides, et aboutir à des résultats féconds, il est indispensable que cette confusion soit dissipée, que le comparatiste juriste se rende enfin compte que les systèmes juridiques dont l'étude lui est le moins utile sont ceux précisément qui intéressent le plus le comparatiste historien. Tandis que le comparatiste historien doit, pour atteindre le but qu'il s'est assigné, choisir comme objet de sa comparaison les législations dont l'opposition est le plus tranchée, le comparatiste juriste, pour remplir sa tâche, doit choisir les législations les plus semblables. Si le second prétend se servir, comme il l'a fait trop souvent, d'un classement opéré par le premier, il se condamne à une irrémédiable impuissance.

Cette première tâche accomplie : la sélection des systèmes juridiques qui seront comparés entre eux, le comparatiste rencontre dans l'élabo-

ration de sa méthode un second problème : les procédés à suivre dans l'étude interne de chacune de ces législations, étude qui est le préliminaire indispensable de toute comparaison. Sur ce point encore, les procédés du comparatiste juriste ne sauraient concorder avec ceux du comparatiste historien. Le comparatiste historien, dont la vue s'étend sur toutes les législations vivantes ou mortes, dont le seul souci est d'intégrer chacun des systèmes juridiques dans l'un des échelons de l'évolution générale de l'humanité ou de fixer sa place naturelle dans la classification des droits, se contentera de dégager les lignes directrices, la structure générale, le squelette en quelque sorte de chacun des systèmes juridiques. Le comparatiste juriste, dont l'horizon est infiniment plus borné et qui poursuit des résultats pratiques immédiats, doit entreprendre une étude beaucoup plus détaillée, une étude analytique des systèmes juridiques qu'il a pour mission de rapprocher. Sans s'attarder, comme le fait trop volontiers l'interprète du droit interne, aux controverses secondaires, aux questions de pure réglementation, le comparatiste juriste parcourra, un à un, les mêmes problèmes ; mais en examinant successivement les solutions qui leur ont été données dans chacune des législations comparées. Il est bien certain que, comme le fait remarquer mon cher maître, M. Saleilles, ces solutions ne devront point être cherchées uniquement dans les codes ou dans les lois. Les codes, surtout quand ils ne sont pas fréquemment revisés, vieillissent très vite. L'interprétation jurisprudentielle, le mouvement naturel de la pratique les transforment peu à peu en les accommodant aux variations du milieu économique et social. Si le comparatiste se bornait à chercher l'expression du droit dans les codes et lois étrangères, il n'obtiendrait souvent que la révélation d'un droit vieilli et déjà tombé en désuétude. Ce qu'il doit étudier, ce n'est pas seulement la structure théorique de chaque système juridique, mais la physionomie qu'a prise ce système par l'usure du temps et de l'usage.

La connaissance matérielle des solutions effectivement admises par les tribunaux de chaque pays ne saurait encore lui suffire. Il a besoin, pour procéder utilement à son travail de comparaison, de connaître l'esprit et la raison d'être de chaque solution. Cette solution ne prend son sens et sa physionomie véritable que quand on la replace dans l'ensemble de la législation dont elle fait partie. Il se peut que la solution donnée à tel ou tel problème particulier en un pays déterminé soit la conséquence nécessaire de la construction juridique d'une institution générale telle que l'interprète la dégage de l'analyse des conceptions juridiques solidement enracinées dans la conscience nationale. Le plus souvent, au contraire, la solution d'un problème particulier n'apparaît que comme le résultat d'une appréciation plus ou moins arbitraire par le législateur des convenances de la pratique. Dans le second cas, le rapprochement entre cette législation et les législations divergentes sera beaucoup plus facile que dans le premier. Telle est l'idée que vous trouverez exposée avec un relief très saisissant dans la communication de M. le professeur Thaller et précisée par une application pratique à la théorie de la lettre de change.

Enfin, l'esprit de chaque solution, le plus ou moins de solidité des racines qui la rattachent au fond général du droit national ne peuvent être clairement perçus qu'autant que ce droit est replacé dans le milieu aux besoins duquel il s'est accommodé. Certaines solutions peuvent trouver leur explication dans les conditions naturelles ou économiques de la vie nationale. Il est inutile que j'insiste sur cette dernière face des études internes de législation étrangère qui a été esquissée de main de maître dans les dernières pages de la communication de M. Huber.

Les solutions données par les diverses législations à un même problème ainsi éclairées et rassemblées, il reste au comparatiste à en faire jaillir, quand cela est possible, l'élément d'unité ou de rapprochement, ce que j'ai appelé le droit commun législatif. Très souvent — l'expérience de quelques années d'enseignement du droit civil comparé m'en a convaincu — le comparatiste constatera, à défaut de l'unité de réglementation, l'unité de tendances. Il rencontrera, d'une part, une première règle formulée par un ou plusieurs codes récents, et, d'autre part, 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 plus modernes. La première règle s'imposera alors comme droit commun législatif. Très fréquemment, le simple rapprochement des jurisprudences étrangères permettra de distinguer, derrière les diversités apparentes des textes officiels, l'existence de courants communs de la vie juridique. Un assez grand nombre de règles certaines de droit commun législatif se trouveront ainsi directement établies.

Souvent aussi le travail de rapprochement auquel se livre le comparatiste aura pour effet de lui révéler l'existence de plusieurs groupes de législations obéissant chacun à des tendances différentes. Il faudra alors rechercher si ces divergences sont accidentelles ou si elles tiennent, au contraire, à des causes intimes et profondes, soit à l'une de ces oppositions irréductibles dans la manière d'établir le schéma et la structure générale d'une institution dont M. Thaller a si justement signalé l'importance, soit à ces différences dans les conditions de la vie naturelle, économique, morale ou religieuse, ou dans la constitution politique des divers pays dont M. le professeur Eugen Huber a si bien marqué la valeur. Dans cet effort pour déterminer le caractère durable ou accidentel des divergences entre législations, l'histoire comparative des institutions et l'histoire juridique interne de chaque nation joueront un rôle particulièrement efficace. Si cette recherche révèle l'existence de causes durables expliquant la diversité de tendances entre législations, le comparatiste ne pourra que proclamer l'impossibilité de dégager sur ce point un droit commun législatif s'étendant à toutes les législations

comprises dans le cercle de ses recherches. Mais, tout au moins, devra-t-il examiner s'il n'est pas possible de découvrir, à défaut d'un droit commun général, un droit commun pour chaque groupe de législations.

Si le comparatiste ne constate pas l'existence de raisons permanentes justifiant les divergences des droits positifs, il devra peser la valeur intrinsèque des solutions en présence. Opération délicate et souvent incertaine dans ses résultats. Cependant, les données acquises de l'économie politique fourniront 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, prouveront peut-être la supériorité de l'une d'elles. D'autres solutions s'élimineront d'elles-mêmes à la lumière de l'histoire comparative des institutions, du droit comparé science des phénomènes juridiques qui révélera leur caractère de survivance de stades aujourd'hui dépassés de l'évolution juridique. Quand, à l'aide de ces instruments, le comparatiste constatera la supériorité certaine de l'une de ces solutions — et alors seulement — il lui prêtera le caractère de disposition du droit commun législatif.

Jamais il n'aboutira à constituer un sy stème absolument complet de droit commun législatif. Il y aura dans ce système des lacunes irréméiables, celles qui tiennent à la dépendance de certains problèmes avec la constitution politique ou l'organisation économique particulière des divers peuples, ou même à l'opposition entre les conceptions populaires du droit dans les divers pays.

Il y aura aussi des lacunes provisoires dues à l'impuissance où nous nous trouvons momentanément de nous prononcer en connaissance de cause sur le mérite comparé des solutions données par les diverses législations à tel ou tel problème. La révélation d'un droit commun législatif n'est donc pas de nature à jamais entraîner l'unification des législations civiles dont ce droit commun est extrait. Mais, tout au moins, peut-elle produire les mêmes conséquences heureuses qu'a produites dans l'ancienne France l'établissement d'un droit commun coutumier; dans l'Allemagne moderne le dégagement d'un droit commun allemand, c'est-à-dire diminuer progressivement le nombre des points de divergences entre nos droits positifs par leur rapprochement de ce système juridique idéal.

Les deux sciences englobées sous le nom de droit comparé n'ont pas seulement leurs méthodes distinctes; elles ont aussi chacune leur histoire propre.

Histoire du droit comparé.

L'histoire du droit comparé, science des phénomènes juridiques, vous a été magistralement retracée dans le beau rapport de notre éminent président, sir Frédéric Pollock, qui constate qu'il faut arriver à Montesquieu pour trouver dans cette histoire un point de repère vraiment solide, autre chose qu'un précédent confus et discutable; que Montesquieu lui-même, à raison de l'insuffisante précision de ses connaissances historiques et parce qu'il lui manquait encore le sens de la continuité de l'évolution, n'a pu édifier ni une doctrine, ni une méthode définitive. Comme le dit si justement sir Frédéric Pollock, le droit comparé, entendu dans ce premier sens, est une science des plus modernes. Des hommes vivants l'ont vu naître. Et, en effet, il n'est pas besoin de remonter un long cours d'années pour retrouver les véritables créateurs de cette science, en Allemagne, avec Bastian, Bachofen, Post; en Angleterre, avec Sumner-Maine; en France, avec des écrivains trop connus pour qu'il soit utile de rappeler leurs noms.

L'histoire du droit comparé, considéré comme instrument de dégagement d'un fond juridique commun à un certain nombre de législations ou de systèmes de droit, s'étend, au contraire, sur un long cours de siècles. Sans remonter au précédent discuté de la loi des douze tables ou à d'autres exemples que relatent les traditions de l'antiquité, on trouvera déjà l'image — grossière encore — de notre droit commun législatif dans ce *jus gentium* romain dont vous ont entretenu dans leurs rapports sir Frédéric Pollock et M. Kowalewsky.

Les écrivains du moyen âge qui ont travaillé à dégager, de la comparaison des multiples coutumes locales de leurs pays, des traits généraux : Beaumanoir, Eike de Repgow, Bracton, tant d'autres ont aussi fait œuvre de comparatistes. Quant aux phases lumineuses de cette histoire, vous les connaissez suffisamment. Elles correspondent au règne de notre ancien droit commun coutumier, puis du *Deutsches Privatrecht*, puis du droit privé suisse. Il y a là tout un passé glorieux dont nous devons recueillir l'héritage. Les difficultés que nous rencontrons dans nos efforts pour l'édification d'un droit commun législatif ont déjà été éprouvées par ces grandes écoles de jurisconsultes qui ont travaillé à rapprocher les divers droits d'un même pays. Nous pouvons profiter de leurs expériences, pour éviter bien des tâtonnements, et nous trouverons de précieux modèles à suivre, soit dans les grands traités de *Deutsches Privatrecht*, comme celui de Stobbe par exemple, soit dans l'œuvre monumentale consacrée par M. Eugen Huber à l'élaboration de cette forme si intéressante du droit comparé qu'on appelle le droit civil suisse : *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes.*

Mais, je ne puis m'attarder à l'étude si passionnante de cette histoire, et j'ai hâte d'arriver à la dernière partie de ce trop long rapport.

L'enseignement du droit comparé.

Sur ce point encore il serait dangereux d'essayer de solidariser les deux sciences confondues sous l'expression droit comparé. Leur esprit

et leur rôle sont trop profondément différents pour que la place qui convient à l'une dans l'enseignement puisse convenir à l'autre.

C'est à l'enseignement du droit comparé, science des phénomènes juridiques, science du droit au sens élevé du mot, mais envisagé particulièrement comme moyen de révélation des lois du développement des sociétés modernes, qu'est consacrée la belle étude de notre président, M. Esmein, *sur le droit comparé et l'enseignement du droit*. Je n'aurai pas la témérité de faire un choix dans le faisceau d'idées si séduisantes qui y sont exposées. Je me borne à vous rappeler la conclusion de ce rapport que vous avez tous lu. M. Esmein estime que l'enseignement du droit comparé devra avoir pour siège principal, en première ligne, le droit privé; en seconde ligne, le droit administratif; en troisième ligne, le droit commercial et maritime; que, dans les pays où les études juridiques sont réparties entre deux cycles, un cycle d'études élémentaires, un cycle d'études approfondies, il sera utile de classer l'enseignement du droit comparé dans le cycle approfondi. Je ne me sens pas qualité pour reprendre à mon tour l'examen d'un problème tranché avec une aussi haute compétence par ce maître respecté. Je laisserai de côté tout ce qui concerne l'enseignement de cette première forme du droit comparé, le droit comparé, science des phénomènes juridiques.

Reste l'enseignement du droit comparé conçu comme élément du droit positif, comme mode de dégagement du droit commun législatif. En l'absence de communication sur ce sujet, vous me permettrez de me faire l'interprète des revendications des représentants de cette branche de la science juridique proprement dite. Je ne viserai, d'ailleurs, que le point principal sur lequel portent ces revendications. Notre science se cantonne dans le domaine du droit privé. Or, il est une des branches du droit privé, le droit commercial, qui s'ouvre largement à la pénétration du droit comparé. L'enseignement du droit commercial comparé conquerra aisément sa place naturelle et l'a déjà conquise dans plus d'une université. Il n'en est pas de même du droit civil. C'est sur l'enseignement du droit civil comparé que j'appellerai votre attention. Je ne me dissimule pas que le rôle que nous aspirons à faire jouer au droit comparé dans l'enseignement de nos universités vous paraîtra peut-être quelque peu démesuré. Nous aspirons pour lui à une place dans le cycle des études élémentaires, et à une place prédominante. Il est donc indispensable de vous indiquer les titres que nous faisons valoir pour obtenir à l'enseignement du droit civil comparé cette situation privilégiée.

Un large développement de cet enseignement me paraît nécessité à la fois par l'intérêt social et par l'intérêt bien compris de notre clientèle d'étudiants.

L'intérêt social. — Ce fond général d'idées juridiques, ce droit commun législatif que la seconde variété de droit comparé dégage entre

législations voisines et parentes, peut exercer une action bienfaisante sur le commerce, sur les transactions internationales, sur les conditions de la vie économique en aplanissant les divergences entre ces législations; en faisant disparaître peu à peu celles qui sont superficielles et accidentelles; en éliminant ainsi un nombre toujours plus grand de causes de conflits de lois. Mais à ce point de vue, le droit comparé, le droit commun législatif ne peut produire ses pleins effets qu'à condition de pénétrer très largement dans l'enseignement des facultés des divers pays liés par ce droit commun législatif. Les moyens naturels d'action dont dispose le droit commun législatif demeureront peu agissants tant que l'enseignement ne viendra pas les galvaniser. Celui de ces moyens sur lequel nous fondons le plus d'espérances est le travail de la doctrine et de la jurisprudence interne de chaque pays tendant à rapprocher, par l'interprétation, le droit national du droit commun législatif, comme jadis le même travail avait rapproché la coutume locale française du droit commun coutumier, le *Landrecht* allemand du *Deutsches Privatrecht*. Il est évident que nous ne pourrons compter sur cette collaboration des doctrines et des jurisprudences internes que du jour où le magistrat, l'avocat, l'interprète recevront sur les bancs des facultés de droit une initiation sérieuse à la connaissance des principes du droit commun législatif. Tant que l'enseignement lui reste fermé ou ne lui est qu'insuffisamment ouvert, le droit comparé est condamné à ne produire que très lentement et très incomplètement ses effets naturels. Cet intérêt social ne légitimerait-il pas déjà la concession d'une large place à l'enseignement du droit comparé?

Mais l'intérêt social concorde ici avec l'*intérêt de l'étudiant*. Le contact de l'enseignement du droit comparé est de nature à renouveler et féconder l'enseignement des législations ou des jurisprudences internes. Pour plus de clarté, j'envisagerai désormais la situation particulière des Universités françaises dont les besoins me sont mieux connus. Depuis quelques années, la réforme de nos méthodes d'enseignement du droit civil est à l'ordre du jour. Nous avons conscience qu'elles ne permettent de donner suffisamment à l'étudiant, ni les connaissances professionnelles qu'il vient nous demander, ni la culture juridique supérieure que l'intérêt public exige que nous lui donnions pour le mettre en état de collaborer, comme magistrat ou comme écrivain, à l'œuvre d'accommodation continue du système juridique au milieu social qui incombe à la doctrine et à la jurisprudence. Nous commençons à sentir que nous étouffons dans l'horizon trop fermé des dispositions du Code civil et des lois complémentaires. Nous éprouvons le besoin de suivre les mouvements spontanés du droit, de les comprendre et d'exercer une direction sur eux. Sous l'action de ce travail des idées, nos programmes se sont ouverts de plus en plus largement à de nouvelles disciplines d'esprit, à l'économie politique destinée à faire comprendre au juriste les besoins du milieu dans lequel le droit est destiné à vivre; à l'histoire

du droit destinée à faire naître chez l'étudiant le sens de la continuité des phénomènes juridiques, des lois qui président à leur évolution. Mais ces nouveaux groupes d'enseignement se sont de plus en plus développés à part et leur contact n'a entraîné que des transformations fort peu sensibles dans nos méthodes d'études du droit civil. Bien plus, la comparaison de leurs disciplines plus scientifiques nous a fait cruellement sentir, à nous juristes, l'étroitesse de nos propres méthodes. Je puis sans inconvénient rappeler l'état de malaise que subit aujourd'hui en France l'enseignement du droit civil, puisqu'il a été dévoilé dans le livre, qui a eu un si juste retentissement, de notre collègue, M. Gény.

Ce que l'histoire et l'économie politique n'ont pu faire, l'enseignement du droit civil comparé, j'en suis persuadé, le fera. C'est par son intermédiaire que s'opérera la réaction nécessaire des nouvelles sciences acclimatées dans les Facultés de droit sur l'enseignement du droit civil. Dans l'enseignement du droit civil comparé se groupent et s'harmonisent, en effet, les diverses connaissances scientifiques dont la possession est indispensable au juriste pour exercer, avec discernement et dans un sens heureux, son action sur la marche des jurisprudences internes.

L'enseignement du droit civil comparé s'ouvre d'abord à une large pénétration de l'économie politique et de ses sciences accessoires. Le comparatiste ne doit pas seulement constater les divergences législatives, mais peser la valeur des solutions en présence. Pour procéder avec compétence à ce travail d'appréciation, il est nécessaire de demander un appui continu à l'économie politique et à quelques sciences complémentaires, comme la statistique. D'autre part, le système juridique idéal qui se dégage de la comparaison des législations, *le droit commun législatif* obéit assez aisément aux indications fournies par la science économique. C'est surtout par l'intermédiaire du droit civil comparé que se fera sentir sur les jurisprudences internes le contre-coup de tous les progrès de l'économie politique.

L'enseignement du droit civil comparé ne se prête pas moins largement à la pénétration de l'histoire du droit privé. On ne saurait comprendre le fonctionnement actuel d'une institution de droit privé et les divergences de réglementation dont elle est l'objet selon les pays, sans profiter de la lumière fournie par le rapprochement des origines de cette institution et des formes successives qu'elle a revêtues avant de prendre sa physionomie présente. D'autre part, l'histoire, soit l'histoire locale, soit l'histoire comparative, facilitera la reconnaissance des courants communs de jurisprudence en révélant le caractère accidentel ou le caractère de survivance historique de certaines solutions divergentes. Dans l'accomplissement de sa tâche, le comparatiste a même plus souvent l'occasion d'utiliser l'histoire du droit que l'économie politique. Aussi jusqu'à présent les principaux comparatistes ont-ils été en même temps des historiens; l'étude interne des législations, objet de

comparaison, et l'étude de leur histoire commune ont rarement été séparées. C'est ainsi que Stobbe écrivant un traité de *Deutsches Privatrecht*, de droit comparé allemand, a dû y fondre un véritable traité d'histoire du droit civil allemand; que M. Eugen Huber, à son tour, élaborant un traité de droit comparé suisse, a été amené nécessairement à y joindre une histoire du droit civil suisse. Les mêmes nécessités s'imposeront aussi bien au professeur qu'à l'écrivain.

Par là, les cours de droit civil comparé sont de nature à combler l'une des plus graves lacunes que présentent les programmes actuels des Universités françaises, l'absence, dans le cycle des études élémentaires, d'un enseignement de l'histoire du droit civil français. Dans le cours général et semestriel d'histoire qui figure au programme de la première année, on ne pourrait donner à l'étudiant, à côté des notions d'histoire du droit public, qui en forment l'objet principal, que des notions d'histoire du droit privé beaucoup trop superficielles pour être utiles. Aussi préfère-t-on d'ordinaire les éliminer complètement. La grande majorité de nos étudiants, ceux qui nous quittent après leurs études de licence, ceux qui se dirigent ensuite vers le doctorat politique, emportent, en sortant de nos facultés, quelques données précises sur l'histoire de la législation romaine, mais demeurent dans l'ignorance absolue de l'histoire de la législation française. L'introduction des cours de droit civil comparé remédierait à ce regrettable état de choses. C'est même dans ces cours que les premières notions d'histoire juridique peuvent être le plus utilement présentées. Fondues dans l'exposé des institutions modernes, elles deviennent plus accessibles. La comparaison continue des conceptions du présent et de celles du passé permet à l'étudiant de mieux comprendre les unes et les autres. D'autre part, les grandes lignes de l'histoire de notre droit civil n'apparaissent dans toute leur netteté qu'autant qu'on rapproche notre évolution juridique de l'évolution parallèle des législations européennes qui ont passé à peu près vers les mêmes époques par les mêmes phases, qui ont de plus subi les mêmes influences germaniques, féodales, canoniques, romaines; législations qui forment précisément la base principale du travail du comparatiste. Ce rapprochement fécond entre l'histoire de notre droit et celle des principales législations voisines est inévitable dans les cours de droit civil comparé; car l'histoire de notre droit n'y figure que comme partie intégrante de l'histoire commune de ces législations. L'enseignement de l'histoire du droit privé, quoique donné incidemment au cours de droit comparé, s'y présente dans des conditions favorables entre toutes.

Malgré la complexité de ses éléments, l'enseignement du droit civil comparé me paraît beaucoup plus apte que l'enseignement du droit civil interne tel qu'on l'a compris jusqu'ici en France, à fournir à l'étudiant l'initiation première; à lui faciliter, en même temps que l'accoutumance à nos méthodes, la compréhension immédiate du rôle scienti-

fique des études auxquelles nous le convions à se livrer. Combien de débutants ont été déroutés et rebutés par ces controverses de texte, par ces discussions grammaticales, cette série d'opérations de logique, cet appareil purement technique au milieu desquels l'enseignement du droit interne les lance sans préparation, et n'ont pu deviner les réalités vivantes, les problèmes passionnants que cachent ces abstractions et cet apparat logique ! Le débutant se familiariserait plus aisément avec les principes et les concepts juridiques sous la forme où ils lui sont exposés dans l'enseignement du droit civil comparé, éclairés par l'histoire de leur formation, par le rapprochement des concepts ou des principes différents admis dans les pays voisins, par l'analyse des raisons économiques et sociales qui les justifient.

Enfin l'introduction des cours de droit civil comparé dans nos programmes de licence y ramènerait la cohésion et l'harmonie qui y font actuellement défaut. En présence de la tendance des enseignements économiques et des enseignements historiques à s'isoler de plus en plus au sein des facultés de droit, la plupart des aspirants à la licence ne parviennent pas à comprendre l'utilité que peuvent présenter, pour la préparation à l'exercice de leurs professions, les nouveaux groupes d'enseignements qu'on leur impose. L'enseignement du droit civil comparé, en habituant nos étudiants à utiliser constamment dans leurs études de droit privé les notions scientifiques qui leur sont fournies dans les cours d'économie politique et dans les cours d'histoire, rendra sensible à leurs yeux l'unité intime de nos programmes et fera reparaître le lien étroit de dépendance qui rattache les autres branches de l'enseignement à l'enseignement du droit privé comme à leur centre naturel.

Mais l'enseignement du droit civil comparé ainsi compris ne peut se développer que dans un vaste cadre. Nous ne saurions nous contenter pour lui de la place qui lui a été faite dans les quelques universités françaises qui ont reconnu son droit à l'existence. Je ne parle pas des universités comme celles de Paris, Aix, Caen, Dijon, Poitiers qui ont organisé seulement des cours de droit civil approfondi et comparé, où la comparaison des droits étrangers n'est qu'un des moyens d'éclairer la législation interne, qui ne font pas encore place au droit comparé proprement dit. Mais d'autres universités, Lyon, Bordeaux, Rennes, Toulouse, ont établi l'enseignement du droit civil comparé comme science autonome; quelques-unes même — Lyon et Bordeaux — ont créé, côte à côte, des cours de droit civil approfondi et des cours de droit civil comparé pour marquer l'indépendance absolue de ces deux sortes d'études. Mais ces cours, facultatifs d'ailleurs, ne profitent qu'à une partie de nos étudiants, ceux qui poursuivent le doctorat juridique. Limités à une durée de quarante leçons, ils ne permettent d'entreprendre l'étude que d'une branche extrêmement restreinte du droit comparé. Leur utilité est seulement de montrer à nos étudiants combien pourrait être précieux pour eux l'enseignement que nous ne leur donnons pas

et de leur inspirer le désir de remédier par leur propre travail à cette lacune de nos programmes.

L'enseignement du droit civil comparé ne produira les effets féconds que j'ai énumérés, que le jour où il aura conquis dans nos programmes une place égale à celle qu'y occupent actuellement les études de droit civil interne; que quand il s'étendra sur la durée totale du cycle des études élémentaires. En doublant ainsi la part assignée au droit civil — au sens large du mot — sous ses deux formes: droit civil interne, droit civil comparé, on donnerait à peine à ce groupe d'études la place matérielle et l'importance proportionnelle par rapport aux autres enseignements qui lui sont accordés en ce moment dans les Universités allemandes; on rétablirait, d'autre part, l'équilibre naturel de nos enseignements rompu par la pénétration d'une série de nouvelles disciplines d'esprit.

Pendant que les enseignements économiques et politiques se multipliaient chez nous, le domaine du droit civil se restreignait de plus en plus. Il s'est restreint d'une double manière. D'une part, par suite d'une évolution dans les habitudes d'enseignement. Jadis, les cours de droit civil duraient une heure et demie; peu à peu la durée de ces leçons s'est réduite, le plus souvent, à une heure. Le droit civil a ainsi perdu un tiers de la place qu'il occupait autrefois. Et surtout l'enseignement du droit civil a été exproprié sans compensation d'un élément important de son ancien domaine par la transformation des cours de droit romain. Les cours de droit romain qui jadis duraient deux ans — cours exégétiques — étaient conçus comme une face spéciale de l'enseignement du droit civil. Le droit romain y était étudié comme la source commune de notre droit et des législations voisines, comme un moyen de dissiper les obscurités et de suppléer les lacunes de notre propre législation. A ce point de vue, les cours exégétiques de droit romain jouaient, par rapport aux cours de code civil, un rôle analogue à celui que doivent prendre les cours de droit civil comparé. Le mouvement qui a provoqué leur remplacement par des cours d'histoire du droit romain a entraîné un appauvrissement notable du domaine de l'enseignement du droit civil. Ce que nous réclamons, ce n'est pas, à vrai dire, une innovation, c'est un retour au passé. En établissant un cycle de trois années complètes d'étude du droit civil comparé, on restituerait seulement à cette forme supérieure de la science du droit civil le terrain qu'elle a perdu sous ses deux formes anciennes, soit par l'abréviation de la durée des leçons de code civil, soit par la disparition de ces cours exégétiques de droit romain dont il serait juste que la succession fût recueillie par les cours de droit civil comparé qui sont destinés à remplir avec plus de succès le même rôle d'instruments de rapprochement entre les diverses législations et de moyen de fécondation des jurisprudences internes.

Nos collègues étrangers m'excuseront de m'être attardé à ces questions d'organisation universitaire française. Il est indispensable d'ailleurs,

pour la satisfaction de l'intérêt social que j'ai mis en lumière, que l'enseignement du droit civil comparé pénètre simultanément dans les divers pays intéressés. Le problème que je viens de soulever se posera pratiquement à peu près dans les mêmes termes pour les diverses nations latines. Nos collègues allemands pourront peut être indiquer par quels moyens, et dans quelles conditions, il serait susceptible d'être résolu dans leur pays.

Messieurs, parvenu au terme de ce beaucoup trop long rapport, il me reste à exprimer deux vœux.

Le premier, c'est de voir débarrasser définitivement la seconde des sciences du droit comparé, le droit comparé, élément du droit positif, du lien de solidarité artificielle avec la science des phénomènes juridiques qui a jusqu'ici paralysé son essor. Il serait même très désirable que vous fixiez une terminologie qui empêchât désormais la confusion dont nous avons trop longtemps été victimes. Il serait à souhaiter que chacune des deux sciences reçût un nom distinct. Peu importeraient d'ailleurs les termes que vous choisiriez. Je ne préconise même pas, pour désigner la seconde science, l'expression droit commun législatif que j'ai adoptée pour mon usage personnel; c'est une expression de combat, qui vise plutôt le produit de cette science que cette science elle-même. J'adopterais volontiers pour cette seconde science l'expression *législation comparée* employée par mon maître, M. Esmein, qui réserve le nom de *droit comparé* à la science des phénomènes juridiques. Une seule chose me paraît indispensable : l'attribution à chacune des deux sciences d'un nom distinct. Peu importe quel il sera.

Le second vœu que je formulerai, c'est que vos travaux réussissent à provoquer un mouvement d'opinion en faveur de l'établissement simultané, dans les principaux pays intéressés de l'enseignement, de la seconde science du droit comparé, du droit comparé élément du droit positif.

Tels sont les deux plus grands services que vous puissiez rendre à cette science qui, j'en suis profondément convaincu, est destinée à prendre prochainement sur le mouvement de nos principales législations une influence profondément féconde et profondément bienfaisante.

Après la lecture de ce rapport, une discussion s'engage à propos des conclusions de M. Lambert.

M. Duguit se demande si le droit comparé est une science indépendante de la science du droit, s'il mérite cette qualification de « science ».

Sir F. Pollock appuie les paroles de M. Duguit et est d'avis que le droit comparé n'est pas une science propre, mais qu'il n'est que l'introduction de la méthode comparée dans le droit.

M. Saleilles appuie la distinction établie par M. Lambert, dans son rapport, de deux domaines du droit comparé : l'un consistant à étudier les institutions anciennes et qui font partie de la sociologie, l'autre étant

plutôt le « droit commun législatif » destiné à dégager, dans les droits d'origine ou d'évolution parentes, les notions communes et celles qui se forment peu à peu par l'interprétation du droit. M. Saleilles insiste en outre sur l'importance de l'interprétation du droit.

M. Lambert répond à M. Duguit qu'il ne prétend pas trancher la question de savoir si le droit comparé est une science, mais qu'il se borne à distinguer le droit comparé, science de l'évolution des institutions, et le droit comparé, comme droit comparé législatif, élément du droit positif.

M. le Président met aux voix une proposition ajournant au jeudi 2 août, à 3 heures et demie, la suite de la discussion.

Puis on procède à l'élection de la Commission chargée d'examiner la proposition de M. Kelly. Il est entendu que cette Commission provisoire ne sera chargée que de prendre en considération cette proposition, s'il y a lieu, et de la soumettre alors au Congrès, à sa séance de clôture.

M. Daguin propose une liste de 20 membres devant composer cette Commission.

Cette liste est acceptée par l'assemblée.

La séance est levée à quatre heures trente-cinq.

2e Section. — *Droit international privé.*

La séance est ouverte à quatre heures et demie, sous la présidence successive de M. Lehr et de M. L. Renault.

M. Lachau appelle l'attention du Congrès sur les méthodes à employer en vue d'aboutir à des ententes internationales en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements étrangers : le temps n'est pas encore venu, pour lui, de conclure des unions internationales en ces matières particulièrement délicates. L'exemple de l'insuccès des tentatives faites par l'Association pour la codification du Droit des gens lui paraît probant, les ententes de peuple à peuple sont plus faciles à réaliser : la conclusion du récent traité entre la France et la Belgique montre bien ce que l'initiative individuelle peut faire en ces matières.

M. Uppström fait connaître les règles suivies en Suède en matière d'exécution des jugements étrangers.

M. Renault estime que le meilleur procédé à employer pour aboutir plus sûrement et plus rapidement à la conclusion de nouveaux traités relatifs à l'exécution des jugements étrangers consiste à améliorer les règles de compétence édictées par la législation interne de chaque État.