ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
NOUVELLE SÉRIE
II. *Droit, Lettres.* — Fascicule 32.

L'ENSEIGNEMENT
DU
DROIT COMPARÉ

SA COOPÉRATION AU RAPPROCHEMENT
ENTRE
LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE
ET
LA JURISPRUDENCE ANGLO-AMÉRICAINE

PAR
M. ÉDOUARD LAMBERT
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon.

LYON
A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
4, Rue Gentil.

PARIS
LIBRAIRIE A. ROUSSEAU
Rue Soufflot, 14

1919

ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
NOUVELLE SÉRIE
II. *Droit, Lettres.* — Fascicule 32.

L'ENSEIGNEMENT
DU
DROIT COMPARÉ

SA COOPÉRATION AU RAPPROCHEMENT
ENTRE
LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE
ET
LA JURISPRUDENCE ANGLO-AMÉRICAINE

PAR
M. ÉDOUARD LAMBERT
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon.

LYON
A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
4, Rue Gentil.

PARIS
LIBRAIRIE A. ROUSSEAU
Rue Soufflot, 14

1919

L'ENSEIGNEMENT

DU

DROIT COMPARÉ

SA COOPÉRATION AU RAPPROCHEMENT

ENTRE

LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

ET

LA JURISPRUDENCE ANGLO-AMÉRICAINE

Lyon. — A. REY, Imprimeur de l'Université, 4, rue Gentil. — 77079

EXEMPLAIRE N° 276

ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
NOUVELLE SÉRIE
II. *Droit, Lettres.* — Fascicule 32.

L'ENSEIGNEMENT
DU
DROIT COMPARÉ

SA COOPÉRATION AU RAPPROCHEMENT
ENTRE
LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE
ET
LA JURISPRUDENCE ANGLO-AMÉRICAINE

PAR

M. ÉDOUARD LAMBERT
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon.

BIBLIOTHÈQUE LILLE UNIVERSITAIRE

LYON
A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
4, Rue Gentil.

PARIS
LIBRAIRIE A. ROUSSEAU
Rue Soufflot, 14

1919

L'ENSEIGNEMENT

DU

DROIT COMPARÉ

SA COOPÉRATION AU RAPPROCHEMENT

ENTRE

LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

ET

LA JURISPRUDENCE ANGLO-AMÉRICAINE

INTRODUCTION

UN PROJET D'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

La création d'un Institut de Droit comparé figure depuis longtemps déjà au premier plan des préoccupations d'avenir de la Faculté de Droit de Lyon. Aussi ne saurait-on voir une simple improvisation de lendemain de guerre dans le programme que le Conseil de la Faculté, après en avoir lui-même arrêté les lignes essentielles, a renvoyé pour mise au point des détails à une Commission qui m'a chargé d'exposer et justifier ses conclusions, Commission composée de MM. Jean Appleton, Huvelin, Lévy et Lambert.

I. — LES ORIGINES DE CE PROJET

Ce projet n'est, en réalité, que la résultante de toute une série de tendances qui, depuis une vingtaine d'années, se sont dessinées de plus en plus énergiquement dans la marche gé-

nérale de nos enseignements : tendance à l'interprétation sociologique du droit, si nettement affirmée par la persévérante coopération à *l'Année Sociologique* de deux des nôtres, MM. P. Huvelin et Emmanuel Lévy, dont les contributions ont représenté l'apport des Facultés de Droit à l'œuvre collective de synthèse sociologique dirigée par le regretté professeur Durkheim : emploi chaque jour croissant de la méthode comparative pour dégager l'originalité du droit français, peser la valeur sociale et économique de ses dispositions et marquer la place de chacune des branches de notre jurisprudence nationale dans le mouvement d'ensemble des législations contemporaines : tendance enfin à envisager le droit romain et l'histoire du droit français comme des ramifications de l'histoire comparative du droit et à considérer ces enseignements comme de grands miroirs historiques destinés à nous permettre d'observer, dans leur réfraction au travers de deux civilisations exceptionnellement lumineuses, les lois générales de concomitance et de succession qui régissent le déroulement des phénomènes juridiques. Notre Faculté s'est ainsi créée une humeur scientifique propre : humeur accommodée aux besoins économiques d'une ville qui doit sa prospérité à ses relations commerciales internationales, influencée aussi par les goûts d'une clientèle d'étudiants qu'attirent volontiers les longs séjours aux colonies et à l'étranger, entretenue et développée par un mouvement incessant d'interpénétration entre les recherches personnelles de ses professeurs.

Sous le régime de rigoureuse centralisation qui caractérise l'organisation universitaire française, la vocation scientifique individuelle d'une Faculté ne saurait, toutefois, se traduire par des réalisations durables d'enseignement qu'autant qu'elle est approuvée et encouragée par le pouvoir central, dispensateur souverain des instruments matériels de travail et des moyens pécuniaires d'action. Par une orientation comparative et sociologique, soit d'enseignements de droit positif français, soit même d'enseignements historiques, nous ne pouvons

qu'aiguiller la curiosité de nos étudiants vers les choses du droit comparé. Pour satisfaire cette curiosité une fois éveillée, c'est à un enseignement direct et principal de l'histoire comparative et de la législation comparée qu'il conviendrait de faire appel. Et c'est en vain que nous nous adresserions, pour solliciter l'institution de ces enseignements de coordination et de synthèse juridiques, au Conseil de l'Université de Lyon qui, pendant toute la durée de la guerre, s'est vu contraint à laisser sommeiller la plupart de ses créations anciennes d'enseignements. Le cours universitaire de droit civil comparé, qui figurait jusque-là dans le programme de notre Faculté à titre de pierre d'attente, comme une sorte de proclamation théorique du droit à l'existence universitaire de la science comparative, a lui-même sombré dans la crise créée par le tarissement subit de la plupart des ressources universitaires. Et, d'autre part, les efforts que nous avons faits pour adapter notre préparation antérieure aux tâches nouvelles que les transformations de la société internationale ouvrent désormais à l'action de la jurisprudence comparative, risquent fort d'être rendus stériles par la situation de nos bibliothèques, si gravement éprouvées par les répercussions économiques de la guerre. Si le budget national ne vient point à leur secours, ces bibliothèques resteront d'ici longtemps impuissantes à nous fournir les moyens de donner à nos études le coup de barre résolu dans la direction du rapprochement entre jurisprudences latines et jurisprudences anglo-américaines, qui pourtant s'imposerait à l'heure présente. Il est de toute évidence que les disciplines juridiques à bases comparatives et internationales sont appelées à jouer un rôle essentiel dans le tournoi scientifique que le retour de la paix va établir entre toutes les Universités des pays alliés, également soucieuses les unes et les autres de propager l'attirance de leurs cultures scientifiques nationales. C'est parce que nous connaissons, grâce à nos sondages antérieurs, toute l'importance du rendement que pourrait offrir, au point de vue du développement de notre expan-

sion intellectuelle, une exploitation méthodique de ces disciplines que nous avons été amenés l'an dernier à soumettre au Ministère un vœu relatif à la création d'un Institut de Droit comparé, vœu que l'état du budget de l'Instruction publique ne permit pas de prendre en considération. Depuis les événements ont marché. Partout autour de nous, les Universités étrangères se préparent activement aux tâches de l'avenir. Nous risquerions de nous laisser irrémédiablement distancer si nous retardions notre mobilisation scientifique. Aussi la Faculté a-t-elle pensé que le moment était venu de reprendre, avec plus d'insistance, son vœu de l'an dernier et de faire valoir auprès des Pouvoirs publics les raisons qui lui font souhaiter une prompte modernisation de son outillage d'enseignement et de documentation technique.

II. — LES FONCTIONS GÉNÉRALES D'UN INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

Cet organisme est d'abord nécessaire pour assurer une complète adaptation de nos enseignements aux exigences de la clientèle étrangère. Les courants d'influence intellectuelle, dont le jeu combiné réglait hier la distribution de la clientèle cosmopolite entre les Universités des vieilles nations occidentales, sont aujourd'hui mêlés et bouleversés. Le mouvement qui poussait vers l'Allemagne tant d'étudiants étrangers va dériver dans d'autres directions. Une partie de la population scolaire que la guerre a libérée de l'attraction scientifique allemande s'orientera tout d'abord vers les Universités françaises. Elle s'y fixera si nous consentons à tenir compte de ses goûts. Mais, si nous nous obstinions à lui imposer des produits intellectuels façonnés uniquement en vue de l'utilisation pour notre usage personnel, nous ne devrions pas être surpris de la voir reprendre peu à peu les routes qui lui furent familières ou s'aiguiller vers les pays qui lui offriraient une hospitalité plus

éclairée. Pour recueillir définitivement une part appréciable dans l'héritage de l'influence intellectuelle allemande, il est indispensable que nous puissions offrir aux anciens clients de l'Allemagne ce qu'ils étaient habitués à aller chercher chez elle. Si, pendant les années qui ont précédé la guerre, nombre de futurs professeurs des Universités étrangères se sont astreints à un stage de préparation professionnelle dans les Facultés de Droit et de Science sociale d'outre-Rhin, c'est surtout parce qu'ils trouvaient dans ces Facultés des séminaires où le droit germanique leur était présenté dans un encadrement de législation comparée, de façon à prêter aux productions de la législation d'empire, et notamment au Code civil de 1896-1900, l'apparence d'une cristallisation récente de la jurisprudence comparative européenne, — et où ils pouvaient s'exercer à adapter, soit au champ général de l'histoire comparative, soit au terrain spécial de leur histoire juridique nationale, les méthodes enseignées dans les cours de droit romain et les cours d'histoire du droit allemand. Les visiteurs étrangers, qui demain viendront vérifier l'aptitude de nos Facultés à satisfaire leurs aspirations intellectuelles, nous demanderont principalement de les guider dans l'étude de ce système juridique idéal que nos collègues des Universités américaines appellent la *jurisprudence continentale* en désignant sous ce nom un ensemble de règles juridiques modernes que le travail de la science d'Occident a fait sortir du fond commun du droit romain, système juridique qui ne s'applique nulle part dans son intégralité ; — dont nous apercevons surtout les diversités et les contradictions, parce que nous le suivons dans les menus détails d'application, — mais qui, vu de l'autre côté de l'Atlantique, avec la perception plus nette des lignes que donne l'éloignement, se présente comme un tout relativement harmonieux. L'emploi des disciplines comparatives nous permettrait de leur faire discerner plus aisément, sous la masse compacte des dispositions de notre droit positif, ceux de ses éléments qui lui donnent une portée mondiale et de les con-

vaincre, par expérience, que la jurisprudence française, pour peu qu'on l'envisage dans l'ensemble de ses relations historiques, apparaît comme l'expression la plus claire et la plus saisissante du droit continental.

L'étude méthodique du droit comparé rendrait des services beaucoup plus appréciables encore à ceux de nos étudiants qui songent à se consacrer à l'exportation de l'enseignement du droit français. L'apparition, dans la société internationale de demain, d'une série d'Etats nouveaux qui profiteront de leur libération pour édifier leurs droits nationaux et reviser leurs régimes d'enseignement public, ouvrira de ce côté d'importants débouchés à l'activité des juristes français. C'est là, d'ailleurs, une direction déjà familière aux étudiants issus de notre Université, car c'est dans leurs rangs qu'a été recrutée la majeure partie du personnel qui a coopéré à la fondation à Beyrouth d'une filiale de la Faculté de Droit de Lyon. Par leur intermédiaire, notre science juridique peut être appelée à nouer des relations nouvelles d'une réelle solidité. Mais encore convient-il, pour atteindre pleinement ce but, qu'on les arme pour les tâches qu'ils auront à remplir dans les pays où ils seront appelés; qu'on les prémunisse contre la tentation d'y importer, sans filtrage préalable, des cours de Code civil, de Code pénal ou de pur droit administratif français ; qu'on les exerce à présenter les textes de notre législation dans leur parure de droit comparé et à donner à notre histoire juridique sa signification d'histoire comparative. Ils trouveraient dans la fréquentation d'un Institut de Droit comparé et dans la participation à ses exercices pratiques la préparation la plus directe à leur délicate besogne de missionnaires de la jurisprudence française.

Gardons-nous, toutefois, de considérer l'enseignement du droit comparé comme un simple article d'exportation. Sa raison d'être essentielle est de parfaire, en l'élargissant, l'éducation technique de notre clientèle normale d'étudiants : celle qui se dirige vers les diverses carrières que nos voisins d'outre-

Manche ont pris l'habitude d'englober sous cette dénomination synthétique : la *profession juridique*. On peut, en effet, se demander si le régime de nourriture intellectuelle offert à cette clientèle est complètement approprié aux exigences du temps présent, s'il tient un compte suffisant des besoins créés par la multiplication croissante des échanges économiques internationaux, qui établit entre les peuples un réseau de plus en plus serré de liens juridiques et les rend tous sensibles aux répercussions des expériences législatives ou judiciaires poursuivies chez chacun d'eux. Il n'est plus désormais possible aux doctrines juridiques nationales de demeurer impunément sourdes aux bruits du dehors. Pour défendre son attraction scientifique et l'influence mondiale de sa jurisprudence, une nation telle que la nôtre doit se préoccuper de développer, dans toutes les sphères de sa profession juridique, l'aptitude à surveiller efficacement la marche des jurisprudences concurrentes. C'est en grande partie sous la pression de cette nécessité que les enseignements politiques et économiques ont pénétré dans les programmes de la licence en droit. Encore conviendrait-il que les disciplines de science sociale et les cours d'ordre professionnel ne soient pas logés dans ces programmes à la façon de locataires d'une même maison qui peuvent vivre côte à côte sans être obligés de se fréquenter. Pour s'unir dans une action éducative cohérente, ils auraient besoin du concours de ces enseignements de liaison que sont la législation comparée et l'histoire comparative.

En dehors de ces missions d'ordre permanent, un Institut de Droit comparé remplirait aussi, si nous en étions dotés à temps, une fort utile besogne de lendemain de guerre.

III. — LA COOPÉRATION D'UN INSTITUT DE DROIT COMPARÉ AU RAPPROCHEMENT DES JURISPRUDENCES LATINES ET ANGLO-AMÉRICAINES

Le droit est peut-être celui des compartiments de l'activité scientifique où il serait le plus désirable, pour la stabilité de nos relations internationales, qu'un commerce intime et suivi vînt consolider les amitiés nouées sur les champs de bataille. Ce n'est pas seulement entre provinces d'un même pays, comme le disait au XVI^e^ siècle Charles Dumoulin, c'est aussi entre membres d'un même groupement d'Etats que la communauté du droit ou, à son défaut, la similitude des aspirations juridiques et la communion dans un même idéal de morale sociale peuvent constituer le plus fort des liens et le ciment le plus agissant de cohésion durable. Malheureusement, — si l'on excepte les champs de bordure entre la jurisprudence et la science sociale que sont le droit constitutionnel, l'histoire des institutions politiques, la législation ouvrière et quelques autres disciplines accessoires, — l'ensemble des domaines du droit ne paraît guère avoir été préparé pour ce travail de rapprochement. Pendant le quart de siècle qui a précédé la guerre, la science juridique française s'était laissée entraîner dans d'autres directions. Entraînement dû en partie à la loi du moindre effort, aux facilités de comparaison entre jurisprudences latines et jurisprudences germaniques que crée l'existence d'un vocabulaire et d'un fond commun de dispositions empruntées à la législation romaine, mais dans lequel il est entré aussi quelque part de snobisme scientifique. Nous n'avons pas assez pressenti le but, — si franchement dévoilé depuis, dans le fameux manifeste des quatre-vingt-treize intellectuels, — que poursuivait l'Allemagne en travaillant à établir son contrôle sur la production mondiale dans celles des branches de la

science juridique qui constituent les organes naturels de liaison entre les jurisprudences nationales : branches historiques et comparatives. Nous ne percevions pas avec assez de clarté que la puissance d'expansion de la science allemande ne tenait pas uniquement à la vocation fort méritoire des érudits d'outre-Rhin pour les entreprises de longue haleine, telles que les éditions critiques de textes ou les publications encyclopédiques ; qu'elle était due aussi, pour une forte part, à une discipline universitaire qui, en habituant le commun des travailleurs intellectuels à l'abdication du libre examen individuel et à une obéissance quasi-religieuse aux directions d'un petit nombre de guides officiels, permettait à l'érudition allemande de bâtir une orthodoxie scientifique d'une impressionnante unité. En dépit de nos instincts traditionnels d'individualisme et de libre pensée scientifique, nous commencions, quand les événements de 1914 ont sonné le réveil, à nous laisser influencer par le prosélytisme bruyant et autoritaire de cette orthodoxie germanique.

Nous ne retrouverons jamais une heure aussi propice que l'heure actuelle pour nous dégager définitivement des ornières de l'avant-guerre. Il ne saurait être question, bien entendu, de relâcher le contact avec l'érudition allemande. Plus que jamais, nous aurons besoin de surveiller de près toutes ses initiatives et ses orientations ; mais il nous faudra soumettre désormais à une vérification attentive non plus seulement ses conclusions de détail, mais avant tout ses postulats, ses méthodes, ses canons de critique, tout cet ensemble de tendances et de préjugés, souvent intéressés, que nous étions tentés, hier, d'accueillir avec une confiance quelque peu aveugle. Si nous tenons à nous débarrasser des modes scientifiques dangereuses pour l'indépendance de notre pensée qui se sont dessinées vers la fin du siècle dernier, il importe que nous élargissions notre horizon d'esprit et que nous contrebalancions l'influence de nos rapports nécessaires avec la science allemande par l'établissement de relations aussi étroites que

possible avec la science anglo-américaine. Tout nous convie à entrer dans cette voie : les affinités intellectuelles de peuples qui, en s'unissant pour la défense du droit, forment dès aujourd'hui le premier noyau de la société des nations ; le rôle que sont destinés à prendre dans la communauté internationale de demain ces deux groupes de législations, latin et anglo-américain, dont les zones d'influence s'étendent déjà sur la plus grande partie du monde civilisé et qui se rencontrent sur tant de points du globe ; enfin, l'homogénéité relative de chacun de ces groupes et la richesse de leurs traditions. Le rapprochement de la science française et de la science anglo-américaine est depuis longtemps un fait accompli sur le terrain particulier du droit constitutionnel. La présence dans nos programmes de cours de droit constitutionnel comparé en est une preuve péremptoire. Pourquoi ne se réaliserait-il pas également dans le domaine du droit privé et dans les compartiments du droit public qui sont limitrophes au droit privé? Les traits d'union entre ces deux groupes de législations ne font défaut ni dans le cercle de leurs histoires respectives, ni dans le cercle de la jurisprudence pratique ou de la *lex ferenda*.

CHAPITRE PREMIER

LE RAPPROCHEMENT SUR LE TERRAIN DE L'HISTOIRE DU DROIT

SECTION I

LA SIGNIFICATION MONDIALE DU COMMON LAW ANGLAIS

Le relief avec lequel le groupe anglo-américain se détache dans la géographie juridique de la communauté internationale est dû avant tout au passé commun de ces peuples. Il trouve son explication, non pas dans l'histoire de leurs institutions politiques, mais dans la partie de l'histoire de leurs annales que, par opposition à l'histoire constitutionnelle, on appelle en Angleterre et en Amérique l'*histoire de la loi*. L'histoire de la loi anglaise sous toutes ses formes, — l'*equity* aussi bien que le *common law*, le fond ancien du *statute law* aussi bien que le *case law*, — représente le patrimoine familial d'institutions juridiques, non pas seulement de tous les comtés de l'Angleterre et de l'Irlande, mais aussi, — l'Ecosse et quelques colonies exceptées, — de tous les peuples parlant anglais. Résultat dû à cette extraordinaire puissance de diffusion en dehors du terroir natal qui, pendant les XVIII^e^ et XIX^e^ siècles, a été l'une des caractéristiques de la jurisprudence anglaise et que James Bryce, dans l'un des chapitres de ses *Studies in History and Jurisprudence*, a si justement comparée à l'expansion de la jurisprudence romaine pendant

les premiers siècles de notre ère. Pionniers, commerçants et fonctionnaires britanniques ont véhiculé, partout où ils s'implantaient, en même temps que la langue, le droit de la mère-patrie.

Il est vrai que, dans d'importants territoires du domaine colonial anglais, la pénétration de ce droit a été ralentie, parfois même arrêtée, par la résistance de systèmes juridiques préétablis : droit français, droit musulman, vieux usages de la population indigène. Il est exact aussi que, même sur celles des terres de peuplement britannique où le *common law* s'est le plus aisément acclimaté, il est allé se diversifiant et se ramifiant par le travail des législatures coloniales ou à raison de l'autonomie conservée par les divers groupes de juridictions locales dans le maniement du mécanisme des cas de loi. Mais le *common law* n'en demeure pas moins le roc solide et homogène sur lequel la plupart des législatures de langue anglaise ont bâti leurs édifices particuliers. Ses traditions techniques, son vocabulaire, ses classifications légales ont établi entre les juristes de toutes les parties du Commonwealth anglais une véritable communauté de culture professionnelle. Que cette communauté de formation scientifique ait jusqu'ici résisté victorieusement à la réaction des instincts séparatistes du *statute law*, je n'en veux d'autres preuves que la place tenue dans le mouvement actuel de la littérature juridique métropolitaine par les productions d'hommes, comme Sir John W. Salmond, par exemple, qui ont senti s'éveiller leur vocation d'auteurs de manuels de droit anglais en enseignant dans les universités d'Australie ou de Nouvelle-Zélande.

L'histoire de la loi anglaise est devenue aussi le fond principal de l'histoire du droit américain, grâce à la réception progressive de la majeure partie du *common law* dans les Etats de l'Union américaine. Les résultats définitifs de ce phénomène de réception ont été résumés dans une formule déjà ancienne, mais toujours fréquemment invoquée devant les cours fédérales et les cours d'Etats. « Le *common law* d'Angleterre, a dit

le juge Story, ne doit pas être tenu à tous les égards comme étant celui de l'Amérique. Nos ancêtres l'ont apporté avec eux dans ses principes généraux et s'en sont prévalu comme de leur droit de naissance ; mais ils n'en ont apporté et n'en ont adopté que la portion qui était applicable à leur condition ». Si ce dictum judiciaire définit assez bien l'attitude actuelle de la jurisprudence et lui fournit une justification théorique, il ne donne, en revanche, qu'une idée fort inexacte des conditions dans lesquelles s'est opérée la transplantation sur l'autre bord de l'Océan de la jurisprudence anglaise. Dans la mesure où il suppose que les émigrants ont, dès la première heure, considéré le droit de la mère-patrie comme applicable, au moins en l'absence de dispositions des coutumes locales, dans leurs nouveaux établissements, il rencontre le démenti de toute une série de faits relevés par les spécialistes de l'histoire coloniale et, en particulier, par M. Reinsch dans sa savante étude : *The english common law in the early american colonies*[1]. Il va de soi que la reconnaissance de la subsidiarité du *common law* ne s'est produite qu'à une date relativement récente, et comme une conséquence de l'absorption dans la vie de l'Union, pour ceux des Etats qui ont connu d'autres colonisations européennes avant de passer sous le régime de la colonisation anglaise. Mais, même dans les régions où il ne s'est pas heurté aux règles déjà assises des droits espagnol, français ou hollandais, là où il n'a rencontré en face de lui que les coutumes amorphes et incoordonnées des tribus indiennes, le *common law* a eu plus d'un obstacle à surmonter dans sa marche de pénétration et a dû subir divers émondages avant de conquérir l'autorité incontestée dont il jouit aujourd'hui.

Les conditions du peuplement colonial et les exigences de régimes agraires de tendances résolument égalitaires n'ont point permis l'acclimatation dans les treize colonies, soit du système des tenures avec son cortège compliqué d'incidents

[1] *Select Essays in anglo-american legal history*, I, 367-415.

féodaux, soit des règles aristocratiques de la *descent* qui, dans l'Angleterre contemporaine, travaillent encore à assurer la dévolution de la fortune immobilière de chaque famille dans l'aînée de ses lignes mâles[1]. La conscience ombrageuse des colons puritains semble s'être difficilement résignée à tolérer l'étrange accumulation de contre-vérités judiciaires et de fictions légales qui est demeurée, jusqu'aux approches du règne de Victoria, l'une des bases de l'édifice procédural anglais. Elle paraît avoir longtemps répugné à l'emploi de l'attirail de procédés obliques, de cérémoniaux à l'allure frauduleuse, de cautèles tendant à tourner avec la complicité des juges les prohibitions de la loi, qui tenait une si large place dans la jurisprudence anglaise des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles. Il est probable, notamment, que les scrupules du puritanisme ont contribué, dans une certaine mesure, à retarder l'apparition, sur la scène des tribunaux du nouveau monde, de ce curieux dialogue, — préliminaire à l'engagement des contestations relatives à la propriété immobilière, — où un fermier fictif du demandeur et un non moins imaginaire dépossesseur de ce fermier, — presque toujours les mêmes, John Doe et Richard Roe, — se donnaient la réplique, et qui, depuis le temps du Commonwealth jusqu'à 1833, a constitué en Angleterre le lever de rideau obligatoire de tout procès en revendication de terres[2]. Dès le début de la période coloniale, avec le temps de Jacques I^er^ et d'Edouard Coke, le *common law* était arrivé à un degré d'élaboration technique tel qu'il revêtait une physionomie très accusée de droit fait par les juristes et destiné à ne pouvoir être manié que par eux. Comment ses distinctions raffinées, ses constructions subtiles et ses formes individualisées d'actions auraient-elles pu être appliquées dans les milieux simples et rudes des plantations où les tribunaux avaient une

[1] Cf. Andrews, *The influence of colonial conditions as illustrated in the Connecticut intestacy law*, dans *Select Essays*, I, 341 et s.

[2] Sedgwick et Wait, *The history of the action of ejectement in England and United-States*, dans *Select Essays*, III, 640 et s.

composition exclusivement laïque et où régnait une défiance générale à l'égard des légistes? Aussi a-t-on pu dire, — en donnant aux faits le léger grossissement que comporte toute comparaison, — que l'époque coloniale est pour l'histoire américaine, l'équivalent de ce que représente, pour l'histoire d'Angleterre, la période anglo-saxonne : le temps de la domination des droits populaires.

Mais, pendant la fin du XVII^e^ et la première partie du XVIII^e^ siècles, l'intervention de nouveaux facteurs économiques agissant dans le sens d'une complication croissante des relations sociales, a créé à l'intérieur des communautés américaines, un régime de vie juridique beaucoup plus propice à la pénétration des données techniques de la jurisprudence anglaise. On peut suivre alors le développement d'une classe de praticiens qui se développe sur le modèle de la profession juridique métropolitaine et qui s'est d'autant plus aisément assimilée la mentalité traditionnelle du légiste anglais qu'une partie de ses membres s'est formée à l'école des *Inns of Court* et des universités d'Angleterre[1]. Dès leur naissance, les barreaux coloniaux ont exercé d'instinct, par la force même de leurs attaches originelles avec le barreau britannique, une action de propagande pratique en faveur de la diffusion des principes du *common law* si agissante et si continue qu'elle a fait dire à M. Stone[2] que la profession légale américaine est restée jusqu'à nos jours « la plus anglaise des institutions américaines ». L'influence, souvent prédominante, que les juristes ont prise dans les assemblées politiques régionales, a amené ces assemblées à considérer la coutume d'Angleterre, telle qu'elle existait au moment de la constitution de leurs communautés, comme le palladium naturel des franchises coloniales et à chercher dans ses principes l'instrument juridique de résistance à l'ingérence de la législation statutaire

[1] Warren, *History of american bar*, 1912, p. 188.

[2] *Law and its administration*, 1915, p. 160.

métropolitaine dans la direction de la vie économique et administrative des plantations [1]. Le transfert progressif de la jurisprudence anglaise dans cette partie du nouveau monde a encore été accéléré par l'action attractive de la littérature juridique du XVIII[e] siècle, et en particulier par la vogue des commentaires de Blackstone dont un nombre considérable d'exemplaires s'est écoulé, dès le début, en Amérique [2].

En dépit du développement historique indépendant qu'avaient eu, — et qu'ont conservé jusqu'à l'heure présente, — les législations des treize colonies, l'Union américaine a été ainsi dotée, dès sa fondation, d'un bagage commun de conceptions juridiques, qui s'est ensuite communiqué plus ou moins vite, et surtout plus ou moins complètement, aux nouveaux Etats successivement agrégés à la fédération primitive. Après avoir résisté victorieusement, pendant la première moitié du XIX[e] siècle, au travail de vérification critique suscité par les préventions antianglaises nées du souvenir des guerres de l'Indépendance, par la réaction des tendances rationalistes de la démocratie française, par les traditions particularistes apportées dans la communauté américaine par les populations de la Louisiane pliées à la pratique du droit français, et surtout par le mouvement de réforme et de codification dont l'Etat de New-York a été le centre, le *common law* a vu, pendant la fin du siècle dernier, sa domination se consolider en Amérique sous la triple action : 1° de praticiens et de juges habitués, dans le silence de la jurisprudence de leur État et de la jurisprudence fédérale sur un point de droit, à en demander la solution tout aussi volontiers, — peut-être même plus volontiers, — aux *law reports* anglais qu'à ceux des autres Etats de l'Amérique [3];

[1] Silussat, *The theory of extension of english statutes to the plantations*, dans *Select Essays*, I, 416-430.

[2] Maitland, *English law and renaissance*, dans *Select Essays*, I, 204.

[3] Cf. l'enquête significative du juge Dillon, *The laws and jurisprudence of England and America*, 1894, p. 249 et les documents analysés dans le livre de M. Nerincx, *l'Organisation judiciaire aux Etats-Unis*, 1909, p. 380 et s.

2° des auteurs des commentaires et des manuels devenus classiques dans les cercles juridiques américains, qui ont puisé une bonne partie de leur documentation dans l'étude de la littérature ancienne et moderne du droit anglais [1] ; 3° de celles des grandes facultés de droit qui ont pris la tête du mouvement de progression de l'éducation légale et qui, dans leur effort pour élever la vision des étudiants au delà de l'horizon borné de leurs jurisprudences locales et les guider vers l'étude comparative de l'ensemble des droits d'Etats américains, ont fait porter principalemement leur enseignement sur le fond commun de notions juridiques fourni par la tradition anglaise [2].

L'un des représentants de ces grandes universités, M. Hazeltine, a retracé, dans une communication au meeting annuel de 1917 de la *Society of public teachers of law of England and Wales*, — communication reproduite dans un remarquable encadrement de documentation par *Law Quarterly Review* [3], — un tableau saisissant des facteurs divers qui tendent actuellement à assurer l'homogénéité du *common law* anglo-américain. Le tableau est peut-être un peu apprêté. Il y manque les ombres : celles qui résultent des amputations que la jurisprudence importée d'Angleterre, pour s'adapter à un sol nouveau, a déjà subies et devra sans doute subir dans l'avenir. Mais il existe, tout au moins, un terrain sur lequel l'unité de la science juridique anglaise et américaine est définitivement réalisée : c'est celui de l'histoire de la loi. Il suffirait déjà, pour le prouver, de rappeler la part qu'ont prise au défrichement de l'histoire du droit anglais des savants américains, tels que le juge Holmes, les professeurs Melville Bigelow, J. Bradley Thayer, J. Barr Ames, J.-H. Wigmore et tant d'autres de leurs compatriotes ou encore la précieuse coopération donnée par un maître de

[1] C'est la constatation qu'enregistre notamment le travail collectif publié par les professeurs d'Harvard à l'occasion du centenaire de leur Ecole de Droit, *Harvard law school*, 1817-1917, p. 155.

[2] Cf. le *Centenial Pamphlet* d'Harvard précité, p. 68-69.

[3] 1917, p. 317-334, et 1918, p. 82-100.

l'université d'Harvard, M. Charles Gross, à la *Selden Society*, dans la poursuite de son œuvre admirable d'édition des textes juridiques de l'histoire anglaise médiévale.

Mais beaucoup plus démonstratif encore est le témoignage fourni par l'*Editorial Committee* de l'Association des écoles de droit américaines. L'*Association of American Law Schools*, qui groupe comme adhérentes collectives les écoles de droit des universités et collèges et compte, en outre, parmi ses cotisants individuels, la majeure partie du personnel enseignant de ces facultés, a déjà beaucoup fait pour défendre la culture professionnelle moyenne des barreaux américains contre l'action compromettante des écoles de nuit et des écoles par correspondance. Dans ce pays d'initiative et de liberté qu'est l'Amérique, elle est appelée à conquérir un véritable contrôle sur la marche générale de l'éducation légale, si elle arrive, comme le désir en était exprimé à l'un de ses derniers congrès annuels par son président, M. Cook [1], a créer et maintenir un organe de coopération entre elle et la société plus ancienne, plus nombreuse et légitimement fière des services déjà rendus, qu'est l'*American Bar Association*. L'association des écoles de droit américaine s'est, notamment, préoccupée de réimprimer, traduire et grouper dans des éditions aisément accessibles les monographies, livres ou parties de livres dont la réunion peut donner aux étudiants américains une vue d'ensemble de l'état de la science juridique mondiale. Le comité institué dans ce but a abordé sa tâche par le chapitre de l'histoire du droit national en publiant de 1907 à 1909 cette collection des *Select Essays in Anglo-American legal history* qui, comme le constate Edward Jenks dans un de ses manuels [2], a contribué à réveiller et stimuler le goût de l'histoire légale aussi bien en Angleterre qu'aux Etats-Unis. Sur les soixante-seize monographies que renferment les trois volumes compacts

[1] *A Council of legal education*, dans les *Reports* de l'Association, 1917, IV, p. 244-254.

[2] *A short History of English Law*, 1912, p. VIII.

des *Select Essays*, sept ou huit au plus sont consacrés aux particularités de l'histoire du droit américain, et quelques autres à l'analyse du mouvement spécial de la législation et la jurisprudence en Angleterre pendant le XIX^e^ siècle. La grande masse, près des trois quarts, expose l'évolution du droit anglais depuis ses origines jusqu'à la fin du XVIII^e^ siècle.

Notons au passage que, dans cette chrestomathie de travaux relatifs à l'histoire de la loi anglo-américaine, l'apport de la science française est représenté par une unique étude, faite d'extraits, — légèrement remaniés en vue de la traduction, — d'une thèse de doctorat préparée et soutenue devant notre faculté en 1901, à l'époque où a commencé à se dessiner avec énergie l'orientation de nos enseignements vers les directions comparatives. Et nous ne pouvons pas nous dissimuler que nous sommes seuls responsables de la faible étendue de la participation qui a alors été demandée aux historiens français. Car le comité éditorial, nommé au meeting de 1909 pour procéder à une publication du même genre dans le domaine de l'histoire des droits européens, a réservé, dans le plan d'ensemble de ses *Continental legal history studies*, une large place aux représentants de la science française, notamment à nos collègues, MM. Garraud et Huvelin. Il faut bien confesser que, pendant les années d'avant-guerre, notre curiosité s'était trop exclusivement concentrée sur l'histoire des institutions politiques de l'Angleterre et des Etats-Unis et que nous n'avions pas suivi d'assez près, pour nous y associer autrement que par accident, le remarquable travail de l'érudition anglo-américaine qui, depuis un quart de siècle, a si profondément renouvelé les parties les plus importantes de l'histoire du droit privé anglais. Et, pourtant, quel fécond et solide terrain d'entente cordiale scientifique entre juristes anglo-américains et juristes français nous pourrions trouver sur ces terres trop délaissées par nous, dont bon nombre sont des terres communes à l'histoire de nos deux civilisations. Cette histoire de la loi anglaise, qui constitue une propriété indivise entre l'Angleterre et les Etats-Unis, est

reliée, en effet, à l'histoire de la loi française par une parenté qui levient de plus en plus étroite à mesure que l'on remonte dans e passé. Et c'est précisément par l'intermédiaire de ces deux istoires mitoyennes du droit privé que s'établissent tous les apports essentiels d'ordre historique entre le groupe des légis- ations latines et le groupe des législations anglo-américaines.

Section II

LES RELATIONS ENTRE L'HISTOIRE DU COMMON LAW ANGLAIS ET L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

Les productions maîtresses de la littérature juridique de ces ernières années attestent l'importance des sympathies et des ttaches que la science historique allemande avait réussi, à la eille de 1914, à se créer aussi bien en Angleterre qu'aux tats-Unis, grâce à la ténacité dont elle avait fait preuve dans exploitation méthodique des éléments de rapprochement ue lui offraient les origines germaniques ou scandinaves des nstitutions anglaises de la période anglo-saxonne. Ce terrain, e seul qui lui fût favorable, paraît pourtant bien ingrat, quand n le compare à ceux qui s'ouvrent si naturellement à nous. Si l'apport de l'époque anglo-saxonne peut être suivi presque usqu'à nos jours dans l'infrastructure économique du régime graire de certaines régions de la Grande-Bretagne[1]; s'il a doté l'une bonne partie de ses cadres circonscriptionnels, et même le quelques-uns de ses organes judiciaires, le gouvernement ocal de l'Angleterre[2], et, par contre-coup, celui des Etats-Jnis, il n'a certes pas exercé la même influence durable sur le lomaine de l'histoire de la loi. On en trouvera l'aveu sous la

[1] Holdsworth, *History of english law*, 1909, II, p. 46.
[2] Pollock et Maitland, *History of english law*, 2e édition, I, p. 107.

plume de sir Frederick Pollock qui, tout en protestant de son respect pour le dogme de la continuité de l'esprit des institutions anglaises au travers de toutes les phases de leur histoire, clôt une brève étude consacrée, dans *Law Quarterly Review*[1] à « la loi anglaise avant la conquête normande » par cette conclusion significative : « Finalement faible est la portion des coutumes anglo-saxonnes qu'on peut dire avoir survécu dans une forme reconnaissable. » Si faible qu'on en est réduit à l'identifier avec des usages de clocher, tels que les coutumes de *Gavelkind* ou de *Borough English* et divers autres résidus d'un particularisme juridique depuis longtemps bridé par l'action dominatrice du *common law*. Sans doute, les coutumes anglo-saxonnes se sont maintenues, en dépit de leur inconsistance, et tout en subissant de rapides déformations, pendant le siècle qui suit la conquête normande. Mais, avec le règne de Henri II, le dégagement d'une jurisprudence originale des tribunaux du roi a commencé à en cantonner l'application dans les cours populaires de hundred et de comté ou dans les cours manoriales et féodales, et à les réduire ainsi au rôle de simples pratiques locales, destinées, pour la plupart, à disparaître au cours des siècles suivants sous la poussée du puissant agent d'unification du droit qu'a été la théorie classique de la coutume locale. Les étapes, encore fort obscures, de cette lente décadence du droit des temps anglo-saxons n'intéressent guère que l'histoire régionale de l'Angleterre. Ce sont là problèmes qui restent extérieurs à l'histoire de la loi anglaise, sous la forme où elle a affirmé sa puissance de diffusion et sa signification d'histoire comparative : sous la forme du *common law* au sens large du mot.

L'étude des droits populaires anglo-saxons ne peut, en bonne logique, être traitée que comme une simple préface à l'histoire du *common law*. Cette histoire, en réalité, ouvre sa

[1] 1898, XIV, p. 291-306.

première page en l'année 1066, avec les débuts de la domination normande. Elle n'arrive à la clarté et à la précision de lignes, qui deviendront ses caractéristiques essentielles, qu'à partir du moment où se consolident les organes de centralisation judiciaire créés par les monarques normands et angevins. Le premier fond du *common law* n'est autre chose que la jurisprudence de la cour du roi, guidée et activée dans son développement, à la fois par l'intervention des grandes assises de Henri II et par la coopération du système des writs — cette œuvre originale de la chancellerie royale. Il se présente comme la première manifestation d'un droit royal — droit plus moderne, plus équitable et surtout plus agissant — qui, avant de les supplanter définitivement, entre d'abord en concurrence avec les rudes et archaïques coutumes placées par la foi populaire sous le patronage d'Edouard le Confesseur. C'est la jurisprudence élaborée, sous l'impulsion des rois normands et angevins, par des barons, des évêques, des abbés d'origine française, pensant et s'exprimant dans notre langue médiévale, imbus des traditions procédurales normandes — et cette jurisprudence seule, — que décrit, dans le dernier tiers du XIIe siècle, le plus ancien des *text-books* de l'histoire du droit civil anglais, le livre dit Glanville. Ce sont les décisions, soit du Banc commun et du Banc du roi, soit des juges itinérants — ces actifs artisans de la décadence des cours populaires, — et en particulier les décisions recueillies dans le manuscrit — précurseur de la littérature du reportage de loi — publié par Maitland sous le titre de *Bracton's Note Book,* qui, placées dans un encadrement de littérature latine, ont, vers le milieu du XIIIe siècle, permis à Bracton de tracer, dans son traité, les véritables fondations du droit coutumier anglais. Et, si ce droit coutumier est arrivé à un degré relativement élevé de développement dès la fin du même siècle avec le règne d'Edouard Ier, il l'a dû à l'activité d'une classe de professionnels — juges, conteurs, attorneys — qui a hérité, en les développant et les affinant, des tendances d'esprit techniques des anciens prolocuteurs francs et normands [1].

La pauvreté des sources du XIe et de la première partie du XIIe siècles rend difficile de déterminer l'étendue exacte de l'apport français dans la formation de cette jurisprudence royale. Mais l'importance en est suffisamment établie par les constatations faites par Brunner, dans son *Anglonormannische Erbfolgesystem* et surtout dans le livre classique, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, où il a pu suivre, jusque dans les monuments de notre droit royal carolingien, les premiers antécédents, soit du système des brefs ou writs, origine du réseau compliqué de types d'actions qui, jusqu'aux réformes commencées par l'*Unification of Process Act* de 1832 et terminées par les *Judicature Acts* de 1873-1875, a si curieusement apparenté la procédure des cours de *common law* à la procédure formulaire romaine; soit de l'institution du jury, qui, même après les *Judicature Acts*, demeure l'un des plus solides fondements du droit privé anglais et que la constitution américaine a placée hors de l'emprise des législations d'Etats. Et nous aurons, sans doute, bien des conclusions du même genre à enregistrer le jour où nous nous engagerons résolument dans la voie — frayée par le savant allemand et, avant lui, par David Houard — de l'étude des origines françaises de la jurisprudence anglaise. Car, pendant le XIIIe siècle, l'ensemble du droit anglais présente une coloration normande singulièrement accusée. D'où vient cette coloration? S'explique-t-elle, comme le pense Brunner [2], par la mentalité que des juges et des praticiens, d'origine française, ont apportée dans l'administration de la justice des tribunaux du roi et par l'influence de leur éducation juridique normande sur le *judge-made-law* lentement élaboré par eux? Ou est-il

[1] Cf. Cohen, *Origins of the English Bar*, dans *Law Quarterly Review*, 1915, XXXI, p. 473.

[2] *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, G. A., XVII, 125.

préférable d'en chercher la raison d'être, avec Pollock et Maitland[1], dans les grandes réformes de Henri II et dans le contre-coup qu'elles ont exercé en Normandie? Ce sont là questions qui peuvent rester indéfiniment ouvertes. Mais, si les causes sont discutables, les résultats ne le sont point.

Pollock et Maitland les résument en une formule particulièrement saisissante. Evoquant le voyage que le futur auteur des *Coutumes de Beauvoisis* fit dans leur pays pendant qu'il était page au service de Simon de Montfort, ils se posent cette question : si Beaumanoir était venu en Angleterre au temps de sa maturité, quand il écrivait ses *Coutumes*, qu'aurait-il dit de la loi anglaise? « Beaucoup lui en aurait été familier. Il aurait lu avec facilité nos *plea rolls* latins, hésitant ça et là sur quelques vieux mots anglais, comme *sokemannus*. L'anglo-français de nos légistes, quoiqu'il eut peut-être peiné son cœur de poète, n'était pas encore assez mauvais pour nécessiter un interprète. Il n'eût guère rencontré d'idée qui lui fût étrangère[2] ». Suit l'énumération d'une dizaine de règles importantes du *common law* qui auraient frappé l'attention de Beaumanoir, mais sans aucunement le surprendre, car il aurait relevé des divergences presque aussi profondes entre la jurisprudence de son baillage et les coutumes de certaines autres parties de la France. Aussi, après avoir rappelé leur différend avec Brunner, les deux grands représentants de la science juridique anglaise n'hésitent-ils pas à conclure[3] : « Nous admettons pleinement que, dans tous les cas, notre loi privée et notre loi de la procédure ont beaucoup de traits français. C'est dans la structure politique, par exemple dans la cour de comté non féodale, que l'élément anglais a pris son maximum d'importance ». Arrivés au terme de leur remarquable exposition des institutions légales de l'Angleterre avant le temps

[1] *History of english law*, 2e édition, II, p. 94.
[2] *H. E. L.*, II, 446.
[3] *L. c.*, I, p. 94, note 2.

d'Edouard Ier, ils résument ainsi la signification de la période qu'ils viennent d'étudier plus particulièrement : celle qui s'étend de 1154 à 1272[1] : « Nous nous y trouvons au point de séparation des voies entre les deux plus vigoureux systèmes de loi que le monde moderne ait vu, le français et l'anglais. Ce n'est pas sur ce qui pourrait sembler les plus importantes matières de jurisprudence que les deux sœurs se sont querellées, mais sur de « pures matières de procédure », comme on pourrait les appeler, l'une adoptant l'enquête canonique des témoins, l'autre retenant, développant, transformant la vieille enquête du pays. »

La seconde moitié du XIIIe siècle marque, en effet, un tournant décisif dans l'histoire des relations du droit français et du droit anglais. Au phénomène de diffusion progressive du droit normand qui les avait rapprochés au point de confondre nombre de leurs chapitres ou de leurs règles, va succéder un phénomène inverse de différenciation. L'opposition d'attitude des juristes des deux pays à l'égard du droit romain et de ses efforts de pénétration, l'accentuation constante en Angleterre d'une centralisation judiciaire — qui a permis le dégagement d'un *judge-made-law* arrivé de bonne heure à la maturité, l'apparition précoce d'un système de reportage de loi et une organisation exceptionnellement forte de la profession juridique — opérant en sens inverse de l'esprit de particularisme si longtemps conservé par nos coutumes provinciales, bien d'autres causes encore ont aiguillé les deux droits frères dans des voies si différentes, qu'au bout de six siècles d'évolution parallèle, ils ont peine à reconnaître leur parenté. Même au cours de ces siècles, où les deux jurisprudences issues d'un même tronc médiéval, ont opéré leur croissance dans des directions divergentes, la pensée juridique anglaise et la pensée juridique française ne sont pas demeurées sans contact. Il a subsisté entre elles, pendant une longue portion de cette

[1] *L. c.*, II, p. 673-674.

période, un précieux instrument de rapprochement : la langue.

Ce que vaut cet instrument, nous pouvons encore le demander à Pollock et Maitland. Je ne pense pas qu'il soit possible de citer meilleurs garants. « Parmi les plus considérables et permanents effets de ce grand événement qu'est la conquête normande figure son effet sur le langage des juristes anglais ; car la langue n'est pas un simple instrument que nous puissions contrôler à volonté ; c'est elle qui nous contrôle. Ce n'est pas une chose de minime importance qu'un coutumier produit dans l'Angleterre du XIII^e^ siècle soit vraiment semblable à quelque exposition d'une coutume française et entièrement différent du *Sachsenspiegel ;* et ce n'est point chose insignifiante que, pendant beaucoup des temps postérieurs, les influences étrangères qui ont touché notre loi anglaise aient toujours été beaucoup plus françaises que germaniques[1]. » Par la conquête, le français est devenu le langage des débats judiciaires dans les cours du roi qui, grâce au développement de l'*eyre* et au monopole des actions possessoires — seules rapides et agissantes — constitué à leur profit par les réformes de Henri II, ont progressivement attiré à elles toutes les affaires importantes du royaume.

Il est vrai que les mêmes raisons qui expliquent que la *Très ancienne coutume* ou le *Grand coutumier de Normandie* aient été conçus en latin avant de former l'objet de versions françaises et que nos chartes médiévales ou nos plus anciens records de jurisprudence aient été rédigés de préférence dans cette même langue, ont également assuré, dans l'Angleterre des XII^e^ et XIII^e^ siècles, la prééminence du latin sur le français en tant que langue littéraire du droit et en tant que langage des actes instrumentaires solennels. Le latin n'est pas seulement la langue du *Domesday Book ;* il est aussi celle du *Dialogue de l'Echiquier*, du livre attribué à Glanville, de

[1] *H. E. L.*, I, p. 87.

l'œuvre de Bracton. Il est la langue du grand sceau, des *plea rolls*, et il restera jusqu'au milieu du XIII^e^ siècle la langue des statuts et des ordonnances. Mais ce sont les conceptions de notre droit médiéval que traduit ce latin qui n'est, en quelque sorte, que le français débarrassé de ses aspérités de dialecte vulgaire, et libéré de cette rigidité d'articulation qui longtemps l'a rendu impropre à l'expression d'idées techniques un peu nuancées. Les mots de notre vieille langue juridique se placent spontanément, comme un commentaire naturel, sous chacun des termes légaux des plus anciens rôles de records anglais et transparaissent sous chacune des phrases de Bracton, dès que celui-ci, échappant à la tutelle d'Azo, se met à analyser les décisions de ses maîtres en jurisprudence royale, Martin de Pateshull et William de Raleigh. Une preuve saisissante de la filiation qui relie le latin de la chancellerie anglaise médiévale au français juridique primitif a été fournie par l'un des auteurs de l'édition critique des *Year Books* d'Edouard II, M. W. Craddock Bolland, dans les pages de l'introduction au tome XII[1], où il montre que l'emploi, en apparence fort étrange, que les *writs* font du mot *consanguineus*, trouve son explication dans la nécessité de donner un équivalent conventionnel au terme français *cousin*, pris dans son acception technique extensive. Il saute d'ailleurs à l'œil que la phraséologie légale de la chancellerie et des greffes médiévaux anglais est à peu près intégralement le produit d'un travail de transcription latine du vocabulaire juridique anglo-français.

La fin du XIII^e^ siècle marque la victoire du français. Il devient, pour une longue suite d'années, la langue principale de la législation, de la littérature juridique et de la pratique judiciaire.

Le latin qui, à l'époque d'Henri III, demeurait encore l'organe habituel de la législation, n'est plus placé, pendant le

[1] *Selden Society, Year Books Series*, p. XL-XLI.

règne d'Edouard Ier, — le Justinien anglais, comme l'appelle Edward Jenks dans le titre même d'une de ses monographies, — que sur le simple pied d'égalité avec le français. Des textes fondamentaux pour l'histoire du droit civil et du droit commercial, comme le statut d'Acton Burnell de 1283 ou le statut des Marchands de 1285, sont déjà écrits dans notre langue. Au temps d'Edouard II, la balance commence à pencher en faveur du français et sa prépondérance s'établit solidement avec le règne d'Edouard III. Pendant deux siècles environ, la langue française à été la langue principale du *Statute law*. C'est seulement avec l'avènement de Richard III, et surtout pendant le règne d'Henri VII et les dernières années du xve siècle, qu'elle sera délogée de cette situation au profit de la langue anglaise[1].

Plus profonde et plus prolongée encore a été l'action exercée par notre langue sur tout l'ensemble de la production littéraire des juristes anglais. Le silence relatif, qui s'est fait pendant tant de générations, autour du grand nom de Bracton, est dû tout autant à la langue, dans laquelle il s'est exprimé qu'aux préventions créées par la teinture de romanisme qu'il a répandue sur son œuvre. Dans les dernières années du xiiie siècle, le latin de la *Fleta* et des tracts du Chief Justice Hengham essaie encore de lutter contre le français de *Fet assavoir* et de Britton, mais vainement. La vogue, si intense et si durable, du livre connu sous le second de ces noms, — vogue attestée par le nombre des manuscrits que Nichols a pu utiliser pour l'établissement de son édition critique, — montre combien vivement la grande masse de la profession juridique, sentait le besoin de coutumiers et de formulaires qui fussent écrits dans la langue usuelle de la cour, du banc et du barreau. L'auteur du *Mirror of Justices*,

[1] Cf. le chapitre consacré au « langage originel des statuts » dans l'introduction aux *Statutes of the Realm*, chapitre réimprimé dans les *Select Essays*, II, p. 198-205).

— cet éternel mécontent qui, partant en guerre contre les abus des juges royaux, leur oppose l'idéal légendaire de la loi anglo-saxonne et se sert de l'autorité de son héros, le roi Alfred, pour présenter ses propres vues politiques, — n'hésite pas lui-même à suivre la mode et recourt au français comme instrument de propagation de ses inventions juridiques. Le français se glisse jusque dans les formulaires en usage dans les petites cours locales qui ont été les derniers et modestes foyers de résistance à la domination du *common law*, et le plus important, — celui qui a eu le plus de propagation, à en juger par le nombre des manuscrits existants, — parmi les monuments de la procédure des juridictions manoriales que Maitland a rassemblés dans l'un des volumes de la *Selden Society*[1], *La Court de Baron* est un petit livre écrit en notre langue, probablement dans la fin du xiiie siècle.

C'est vers le temps où le français commence à être expulsé du *Statute Roll* par la langue anglaise, qu'il produit, dans le domaine de la littérature des *text books*, son œuvre maîtresse, les *Tenures* de Littleton, l'un des piliers du *common law*. Les *Tenures*, écrites sans doute vers la fin de la vie de l'auteur, mort en 1481, ont été éditées par Lettou et Machlinia en 1481 ou 1482; elles figurent donc parmi les premiers livres qui aient été imprimés à Londres. Publiées de nouveau en 1483, elles ont formé l'objet de plus de soixante-dix éditions entre cette date et l'année 1628, année où Coke leur a donné un commentaire devenu aussi classique que le texte[2]. C'est une œuvre écrite en français dialectal, — français quelque peu corrompu et amalgamé de mots usuels empruntés au parler populaire local, mais où nous reconnaissons encore le génie de notre langue, — qui, pendant tout le xvie siècle et les premières années du xviie, est restée le livre de chevet des juristes anglais. Sans doute,

[1] Tome IV, *The Court Baron : Precedents of Pleading in Manorial and other local Courts.*

[2] Holdsworth, *H. E. L.*, II, p. 485.

dès la seconde moitié du XV^e^ siècle, sir John Fortescue se sert de la langue anglaise pour discourir sur les choses du droit ; mais il ne les envisage que de très haut. Son œuvre intéresse beaucoup plus la politique que la pratique du droit. Elle plane dans la sphère de la philosophie du droit. Pour trouver un livre technique de droit écrit en anglais, il faut attendre le XVI^e^ siècle qui, d'ailleurs, n'a pas produit d'exposé d'ensemble du *common law*, susceptible d'entrer en concurrence avec l'œuvre de Littleton et d'en ébranler l'autorité.

La domination de la langue française n'a toutefois atteint le maximum d'intensité et de durée que dans un autre compartiment de la production juridique, dans le domaine de ce qu'on a appelé de nos jours, — d'un mot qui caractérise vraiment les réalités anglaises, celles du moyen âge aussi bien que celles du temps présent, — la législation judiciaire. Et il s'agit là de la source la plus riche et la plus importante de l'histoire de la loi anglaise. Ce n'est plus une simple branche, c'est le tronc sur lequel toutes les branches se sont greffées. C'est la fabrique par excellence du *common law*. Car, rares sont les écrivains dont les œuvres ont conquis autorité légale et, si quelques-uns par exception, comme Britton, Littleton et Coke, se sont haussés à cette dignité, ils l'ont dû uniquement à la consécration par les tribunaux, et les statuts eux-mêmes n'ont pris leur force et leur portée pratiques qu'en s'encadrant dans le *judge-made-law* et par le travail de la *construction* judiciaire. Pendant trois longs siècles, le français a régné en maître à peu près absolu sur la littérature des précédents judiciaires, cette source centrale d'où a jailli la grande masse du *common law*, et qui a doté la jurisprudence anglaise de ses caractères spécifiques.

Au lendemain de la conquête, les plaideurs, leurs représensentants et leurs conseils ont dû, pour se faire entendre du roi normand et de ses barons ou prélats français, employer, devant la *Curia regis* et, plus tard, devant ses filiales, la langue maternelle des juges. Puis le parler des tribunaux de Westminster s'est propagé dans les cours populaires, féodales et manoriales. Le français est devenu la langue commune à toute la profession juridique et, en particulier, le langage des *pleadings :* cette machinerie compliquée d'altercations verbales rituelles que les conseils des parties devaient manier, aux risques et périls de celles-ci, pour arriver à l'*issue* de chaque affaire, c'est-à-dire à la délimitation de la question de fait à faire trancher, soit par les vieilles épreuves judiciaires, soit par le verdict du jury. C'est en français que se sont déroulées ces sortes de parties d'échecs judiciaires, au cours desquelles les plaideurs professionnels échangeaient attaques, défenses et ripostes, en tâtant le terrain avant de risquer leurs coups de procédure, en se tendant des embûches et en les déjouant, sous l'œil des juges chargés de veiller à l'observation des règles du sport judiciaire, d'annuler les coups irréguliers, d'arbitrer ceux qui pouvaient être joués licitement et de constater le résultat de chaque partie. Et, quand, finalement, par l'effet d'un processus assez tardif, — d'après Reeves[1], il ne se dessinerait avec quelque clarté qu'au temps d'Elisabeth — les *pleadings ore tenus* feront place aux *paper pleadings*, les débats oraux aux actes écrits échangés entre les porte-paroles judiciaires des parties, le souvenir du rôle si longtemps occupé par notre langue comme organe de la procédure orale persistera — au moins par le canal des archaïques actions réelles — dans la pratique, encore mentionnée pendant la première moitié du XVIII^e^ siècle par Roger North[2], de rédiger les *paper pleadings*, à la fois en latin, pour faciliter la rédaction du record, et en français, afin que les serjeants puissent les marmotter à la barre devant un auditoire devenu inattentif à ce cérémonial de pure forme.

Un effort passager a été fait, il est vrai, dans la seconde moitié du XIV^e^ siècle pour libérer la procédure de cette tutelle

[1] *H. E. L.*, éd. Finlason, II, p. 621 et s.
[2] *Life of the Norths*, éd. de 1826, I, 30.

du français. Edouard III, par un statut[1] qui, par une sorte d'aveu d'impuissance, est lui-même écrit en français, ordonne, — en vue de permettre aux parties de comprendre ce qui est dit pour et contre elles par leurs serjeants et autres conseils, — que « la lange du paiis » soit employée désormais à la place de la « lange français q'est trop desconüe » comme langage oral des tribunaux. Mais les habitudes de la profession juridique étaient déjà trop assises pour que le statut de 1362 eût chance de pénétrer profondément dans l'application. C'est seulement en 1731 que se réalisera la réforme souhaitée et entrevue dans l'acte de 1362 et que l'anglais chassera complètement de l'auditoire des tribunaux, en même temps que le latin, le français judiciaire dégénéré en un jargon incompréhensible pour les laïques. Et, quelque tardive qu'elle nous paraisse aujourd'hui, la disparition de ce jargon, consacrée par le statut 4, Geo. II, ch. xxvi, ne s'est pas produite sans éveiller quelques protestations et quelques regrets dans les couches conservatrices d'une profession juridique habituée à penser avec Roger North, que « réellement la loi ne peut pas être exprimée proprement en anglais[2] ». Jusque dans la dernière moitié du XVIII[e] siècle, l'écho de ces plaintes retentit au travers des dernières pages du chapitre XXI du troisième commentaire de Blackstone. L'attachement obstiné du barreau anglais aux habitudes qu'est venu troubler le statut de 1731, s'est d'ailleurs manifesté, tant qu'ont duré les *moots* des *Inns of Court*, par le fait même que ces exercices, — les ancêtres de notre conférence du stage, — ont eu lieu, je n'ose pas dire dans notre langue, mais, du moins, dans un français de cour et de basoche.

Les monuments de la pratique judiciaire se sont naturellement pliés aux traditions linguistiques de la profession juri-

[1] 36 Edward III, st. 1, ch. xv.

[2] Cf. Maitland, introduction au tome I[er] des *Year Books* d'Edouard II, *Selden Society*, p. XXXIV.

dique. Il est vrai que le latin était encore la langue normale du droit quand, vers la fin du règne de Henri II ou le début du règne de Richard I[er], les cours du roi ont commencé à procéder d'une façon régulière à l'enrôlement des procès-verbaux de litigation; que le latin a dû à cette circonstance de devenir le langage officiel des *records* et qu'il a gardé cette situation jusqu'à l'année 1731. Les records constituent, sans doute, pour la période antérieure au règne d'Edouard I[er], une source historique de premier plan, non seulement à raison de son abondance, mais à raison aussi de sa valeur d'information. Nous pouvons, en effet, grâce aux *Rotuli curiæ regis* et à la publication par Maitland des rôles de Richard I[er], les suivre jusqu'à 1194, ce qui fait d'eux la plus ancienne série de procès-verbaux judiciaires consécutifs que possède l'histoire occidentale[1]. Et, même pour la période que couvrent les *Year books*, la confrontation des records est devenue, entre les mains d'hommes comme L. Owen Pike, Maitland et ses continuateurs, un remarquable instrument de secours et de contrôle dans leur travail d'édition critique des plus anciens *reports*. Mais il n'en demeure pas moins certain que, comme le remarque judicieusement Maitland, l'histoire de la loi anglaise, depuis le temps d'Edouard I[er] jusqu'à nos jours, doit d'abord être cherchée, non pas dans les records proprement dits, mais dans les reports. Par là-même que le record était destiné à guider les agents financiers du roi dans la perception des profits de justice et à conserver le souvenir des décisions judiciaires et des actes de procédure en vue de l'application aux parties, il lui fallait s'ouvrir à l'enregistrement d'une série de détails dénués de toute valeur d'exemplarité qui le rendaient impropre à servir à la propagation de la connaissance des précédents judiciaires. Les points de droit que la cour a pu résoudre s'y perdent dans la masse des mentions banales et souvent même ne s'y laissent pas entrevoir. Et, d'ailleurs, les records de cour n'étaient faits

[1] Pollock, *First book of jurisprudence*, p. 276 de la première édition.

ni pour la circulation, ni pour la consultation publique. Inaccessibles aux simples praticiens, ils ont vite cessé de pouvoir être librement compulsés pour leurs travaux personnels par les juges royaux, moins favorisés que leur prédécesseur Bracton[1]. Aussi la tenue des records judiciaires est-elle restée sans influence appréciable sur le développement de la science du droit. Le dégagement du *case law*, c'est-à-dire du fond même du droit anglais, a été l'œuvre d'un instrument plus léger, plus souple et plus mobile, le *report*, compte rendu vivant et animé de l'audience judiciaire où le reporter, éliminant où reléguant à l'arrière-plan les particularités concrètes de la cause, met en relief, soit les principes du droit qui ont joué et se sont heurtés dans chaque affaire, soit les points nouveaux que la cour a eu à résoudre et nous fait assister aux péripéties mouvementées de la lutte procédurale. Le report est ce qu'il y a de plus spécifiquement anglais dans l'histoire du droit anglais et dans la vie juridique des peuples parlant anglais. C'est une production de la pratique anglaise qui ne trouve d'équivalent dans l'histoire d'aucune des nations continentales. Et c'est d'elle qu'est faite l'originalité du droit anglais.

Dès la prime enfance, le report a parlé français. Si, au début, quelques éléments empruntés au record, ayant conservé le vêtement latin du record, se sont glissés à sa surface, presque immédiatement il les a éliminés et, pendant plusieurs siècles, le reportage de loi anglais et la langue française sont demeurés choses inséparables. C'est en français — un français colonial et quelque peu rude, mais d'une rudesse faite de franchise et de spontanéité, — que sont écrits les premiers monuments de l'énorme littérature des *Law reports*, ces *Year books* qui, comme le nom l'indique, retracent le mouvement de la jurisprudence des cours royales année par année,

[1] Cf. les renseignements sur la conservation et la consultation des *Plea Rolls* rassemblés par M. Craddock Bolland dans son introduction au tome XII les *Year Books* d'Edouard II, p. XI-XVII.

session par session, et dont la série régulière, commençant avec la vingtième année du règne d'Edouard Ier[1], court presque sans interruption jusqu'au règne de Richard III, pour devenir de plus en plus intermittente pendant les règnes d'Henri VII et Henri VIII, avant de se tarir définitivement dans la vingt-septième année d'Henri VIII, vers 1536.

Nous sommes loin du temps où le fondateur de la doctrine américaine du *Common law*, James Kent, osait écrire que ces *Year Books* ne valaient pas la peine d'une édition critique. Ils n'ont pris aux yeux des juristes anglais et américains du XIXe siècle leur véritable signification de sources maîtresses de l'histoire de leur droit qu'à mesure qu'ils cessaient d'être cités devant les tribunaux comme autorités du droit positif existant. Mais, ni les incommodités de lecture dues à l'emploi des caractères gothiques, ni les obscurités, ni les non-sens qui déparent l'édition courante de 1678-1680[2], — la seule édition d'ensemble que nous possédions, celle dont il faudra se contenter pendant longtemps encore pour la majeure partie de la période des *Year books*, — n'ont pû empêcher que ces documents ne deviennent, depuis plus d'un quart de siècle, l'un des instruments de travail préférés de l'historien du droit. C'est l'étude approfondie des *Year Books* qui, en Amérique, a permis au juge Holmes de faire de son *Common law* une œuvre apte à résister à l'épreuve du temps, au professeur Thayer de reprendre derrière Brunner, sur des bases indépendantes et en la renouvelant à fond, l'histoire du jury; à James Barr Ames de donner des modèles de monographies d'histoire procédurale, tels que ceux qu'il a fournis, entre autres, dans ses

[1] 1292-1293.

[2] *Les Reports des cases*, Londres, onze parties. Sur les origines de cette édition et le travail antérieur de publication des *Year Books*, qui se lie étroitement à l'histoire des premiers développements de l'imprimerie en Angleterre: Soule, *Year Book Bibliography*, dans *Harvard Law Review*, XIV, p. 557 et s. — Holdsworth, H. E. L., II, p. 447 et s. ou *Select Essays*, II, p. 99 et s.; et, sur les graves défauts que présente cette édition: Maitland, Introduction au t. I des *Year Books* d'Edward II, p. XXI-XXVIII.

articles sur l'action d'*Assumpsit* et sur l'action de *Trover* ou sur la *Dessaisine des chattels*[1], ou à J.-H. Wigmore de projeter un jour nouveau sur quelques-uns des recoins de l'histoire de la responsabilité délictuelle[2]. C'est aussi l'utilisation méthodique des *Year books* qui, en Angleterre, à procuré à Maitland — et cet exemple dispense d'en citer d'autres — une bonne partie des matériaux de quelques-unes de ses premières et de ses plus remarquables études — comme la curieuse série de ses articles sur la saisine[3].

Les *Year Books*, — ces sources de langue française, — ont pris, dans ces dernières années, une action encore plus franchement prédominante sur l'élaboration de tout l'ensemble de l'histoire du droit anglais, grâce à l'impulsion nouvelle donnée à leur étude par l'intervention de Maitland et de la *Selden Society* dans l'œuvre d'édition critique des plus anciens d'entre eux. Le travail, commencé dans *Rolls series*, à la fois pour le règne d'Edouard Ier et pour le règne d'Edouard III, de 1863 à 1883 par l'organe d'Horwood, et depuis 1885 par celui de M. Pike, ne s'était poursuivi que bien lentement avant le moment où la *Selden Society* est venue le stimuler en prenant en mains, en 1903, l'édition des *Year Books* d'Edouard II. Maitland a pu, par bonheur, publier lui-même les trois premiers volumes de cette remarquable collection et placer, en tête du premier et du troisième, des introductions pleines de faits et d'idées qui resteront au premier plan de l'œuvre, toute entière admirable, du plus grand des historiens de la loi anglaise. Et depuis, la *Selden Society* n'a jamais cessé de travailler, avec une inlassable régularité dans la production, à l'achèvement, qui demandera de longues années, d'une publi-

[1] Parus dans les tomes II, III et IX d'*Harvard Law Review* et réimprimés avec quelques additions dans *Select Essays*, III, 259-303. 417-445, 541-590.

[2] *Responsability for the tortious acts*, dans *Select Essays*, III, 474-537.

[3] *Seisin of chattels. — Mystery of seisin. — Beatitude of seisin. — Possession for year and day*, dans *Law Quarterly Review*, I, 324-341; II, 481-496; IV, 27-39, 286-299; V, 253-264.

cation qu'elle considère à juste titre comme le testament scientifique de celui qui fut son premier directeur littéraire. A mesure qu'on avance dans la lecture de ces volumes au travers desquels se dessinent, dans une allure vivante et mobile, les silhouettes des juges et des avocats et qui, à l'occasion de leurs démêlés juridiques, nous font pénétrer dans l'intimité même de la vie économique, sociale et familiale des parties, — où, presque à chaque ligne, nous rencontrons des tournures de phrases et des mots restés familiers au parler de nos paysans normands et manceaux ; — plus nous pouvons nous convaincre que Maitland n'a surestimé ni leur valeur nationale, ni leur valeur d'histoire comparative, et mieux nous comprenons qu'il ait pu dire de ces textes fondamentaux de l'histoire de la loi anglaise qu'ils seraient dignes de figurer dans la *Collection des documents inédits de l'histoire de France* comme d'incomparables monuments de l'histoire populaire de la langue française.

La littérature de petits livres de pratique procédurale qui, pendant la fin du Moyen Age, gravite autour de la masse imposante des *Year Books*, appartient aussi en général à la langue française. Si le *Register Brevium* et les *Articuli ad novas narrationes* sont en latin, — un latin qui emprunte son vocabulaire à l'anglo-français, — c'est en français qu'ont été rédigés, — soit ces recueils de modèles de *contes* ou déclarations judiciaires qui sont aux *Year Books* l'équivalent de ce que les formules sont aux chartes; les *Brevia Placitata*, ce formulaire de plaids qui précède les premiers *Year Books* comme un messager annonçant leur prochaine apparition, et cet autre formulaire, probablement du temps d'Edouard III, qu'on appelle les *Novæ Narrationes*, — soit des documents qui, pourtant, ont pour objet de commenter le texte latin des *writs*, *la Vieux* et *la Novelle Natura Brevium*, ou le complément qu'est pour ces commentaires du registre des *writs* le tract intitulé *Diversité des Courtes*. C'est en français qu'ont également été écrits ces premiers digestes de la jurisprudence

nglaise qui prolongent les *Year Books* en en résumant le ontenu dans des sortes de dictionnaires alphabétiques, les *Abridgements*. C'est en français qu'à la fin du XV^e^ siècle la littérature des *Abridgements* procède avec Statham à ses premiers tâtonnements. Et c'est toujours en français qu'elle donne les fruits de sa maturité pendant le cours du XVI^e^ siècle. Au français appartient la plus illustre de ces œuvres : *la Graunde Abridgement*, publiée en 1514 par Fitzherbert. Au français aussi le plus étendu des *Abridgements*, celui de Brooke, publié après la mort de l'auteur en 1568, maintes fois réédité pendant la fin du XVI^e^ siècle, et dont un choix d'extraits, ne comprenant que les cas les plus récents, est encore donné, toujours en français, en 1578[1]. Et, lorsque les *Year Books* anonymes ont fait place aux reports du type moderne, ils ont légué leur français de cour comme héritage aux plus anciens de ces reports. Les deux principaux initiateurs, — avant Coke, — du reportage de loi moderne, Plowden et Dyer, écrivent l'un et l'autre en français. Si le français de Dyer est déjà un mélange informe de latin, d'anglais et de français, il n'en est pas de même de Plowden, dont la langue reste encore articulée et reconnaissable[2]. Et la date même de l'édition classique d'ensemble des *Year Books*[3] montre combien tardivement les avocats et les juges anglais ont continué à chercher les éléments de leurs plaidoiries et de leurs jugements dans les textes français du reportage de loi[4].

Nous avons donc dans notre langue la principale clef lin-

[1] Cf. Holdsworth, *H. E. L.*, II, p. 459, et l'introduction de Turner au tome VI des *Year Books* d'Edouard II (S. S.), p. XXIX-XXXVI.

[2] Cf. Pollock, *First Book of jurisprudence*, p. 282-284 de la première édition.

[3] 1678-1680.

[4] La littérature de langue anglaise du reportage de loi a opéré ses véritables débuts sous la forme de traductions. C'est ainsi que les reports de Dyer, les onze premières parties des reports de Coke, — les seules qui aient été imprimées du vivant de l'auteur et jouissent de la plénitude d'autorité, — ceux de Yelverton, de Saunders, etc., ont été publiés en français ou en latin avant de devenir l'objet d'éditions anglaises. Si, à la suite de l'énergique réaction

guistique des sources de l'histoire du *common law* pour la longue période qui s'étend du début du règne d'Edouard I^er^ jusqu'au seuil du XVII^e^ siècle, période qui termine la partie entièrement commune de l'histoire de la loi américaine et de l'histoire de la loi anglaise. Car le moment où elle se clôt est aussi celui où, avec le début de la phase coloniale de l'histoire des Etats-Unis, les deux grands rameaux du *common law* se détachent du tronc jusque-là unique. Cette période représente précisément la phase critique de l'histoire de la législation anglaise, celle qui a décidé de son orientation finale, celle au cours de laquelle les institutions féodales, telles que les décrit Bracton, s'effacent insensiblement pour dégager les premières assises de la jurisprudence anglaise moderne, assises fixées par Edouard Coke, qui publie la première partie de ses reports en 1600[1], et dont l'œuvre, si profondément traditionnaliste, projette ses deux principales racines historiques, par l'intermédiaire de Littleton et de Fitzherbert, dans la littérature française du reportage de loi médiéval. La reconstitution de cette période est peut-être la principale des tâches, — en tous cas, la plus longue et la plus difficile, — qu'auront à remplir dans l'avenir les historiens du droit anglais.

Les institutions civiles de la période précédente se dessinent déjà — avec autant de clarté que le permet l'état des sources parvenues jusqu'à nous, — grâce aux nombreuses publications de

exercée par le Commonwealth en faveur de la langue nationale, les éditeurs se sont astreints, à partir du milieu du XVII^e^ siècle, à présenter en anglais leurs éditions de reports, il leur a fallu, pour cela, se livrer à un travail préalable de transcription, quand ils éditaient les œuvres de reporters antérieurs au Commonwealth. C'est ainsi que les reports de Croke, Winch, Leonard, Hetley et beaucoup d'autres, quoique originairement écrits en latin ou en français, sont parus pour la première fois en anglais. Les obscurités et les fautes, si fréquentes dans ces recueils, trouvent le plus souvent leur explication dans les méprises commises par les éditeurs au cours du déchiffrement ou de la transcription de l'original. Cf. Van Vechten Veeder : *The English Reports*, 1537-1865, dans *Select Essays*, II, p. 127.

[1] Cf. Van V. Veeder, *The english reports*, dans *Select Essays*, II, 130.

textes dès aujourd'hui terminées, grâce aux savantes introductions qui accompagnent la plupart de ces publications, — en particulier celles de la *Selden Society*, — grâce à l'abondance des travaux critiques qui ont mis en valeur l'ensemble de cette documentation. La magistrale *Histoire de la loi anglaise avant le temps d'Edouard I^er^*, due à la collaboration de Pollock et Maitland, fournit de ces institutions un tableau d'ensemble qui, dans ses grandes lignes, est sans doute destiné à demeurer définitif. Quant aux institutions de la période qui commence avec Edouard Coke, dont l'autorité légale reste toujours intacte, elles sont plus qu'un simple objet d'études historiques. Elles se fondent dans la vie même du droit positif actuel et chacun de leurs chapitres forme le frontispice naturel du chapitre correspondant de la jurisprudence moderne. Le travail de sondage et de jalonnement auquel l'un des meilleurs élèves de Maitland, M. Holdsworth, a procédé dans les tomes II et III de son *History of english law*, laisse assez prévoir quel profit l'histoire comparative, et non pas seulement l'histoire du droit anglais, pourra retirer d'un dépouillement méthodique des sources de cette période centrale de l'histoire du *common law* qui coïncide avec le temps de la domination du français comme langage des textes juridiques anglais. Ce dépouillement sera long. Il demandera à être repris de temps à autre, à mesure que s'avancera la publication critique des *Year Books*, publication qui, même limitée aux règnes des trois premiers Edouard, excède évidemment les forces de petites équipes de travailleurs comme celles de la *Selden Society* et des *Rolls Series*. Aussi Maitland, en tête du premier volume de sa collection, a-t-il exprimé le vœu qu'un certain nombre de jeunes juristes anglais se préparent à participer à leur tour à l'édition des *Year Books* en allant étudier à l'Ecole des Chartes ou à l'Ecole des Hautes Etudes le français médiéval. Il n'y a pas qu'à Paris qu'on puisse l'étudier. Nos Facultés des Lettres, même en province, possèdent des chaires de langue et littérature françaises du Moyen Age. Dans une Université comme

la nôtre, où la Faculté de Droit et la Faculté des Lettres vivent dans le même bâtiment, si l'étude de l'histoire du droit anglais pouvait se glisser, sous le couvert d'un Institut de Droit comparé, à l'intérieur de la Faculté de Droit, un pont se trouverait par là même jeté par dessus les vieilles et désuètes murailles qui la séparent de sa voisine, la Faculté des Lettres. L'historien du droit et l'historien de la langue française ne tarderaient pas à se rencontrer sur le terrain commun de l'étude des monuments français de l'histoire de la loi anglaise.

Les deux disciplines historiques qui se disputent les programmes des Facultés de Droit, — droit romain et histoire du droit français, — auraient, d'ailleurs, quelque profit à retirer d'un frottement avec l'histoire du droit anglais. C'est de toute évidence pour l'histoire du droit français. Les répercussions que la loi anglaise a exercées, même en dehors des coutumes normandes, sur l'évolution du droit privé de quelques-unes de nos plus importantes provinces, ressortent assez, dès aujourd'hui, des recherches que M. Petit-Dutaillis a rappelées en un tableau d'ensemble dans un de ses articles de la *Revue de Synthèse historique*[1]. Et le contact de l'histoire du droit anglais serait tout aussi bienfaisant pour notre enseignement de l'histoire du droit romain. Il nous aiderait à l'aiguiller dans des directions moins étroites que celles où l'a enlisé l'attraction de l'école de Mommsen. J'ai essayé, dans un petit livre écrit en 1901[2], de montrer comment les origines, soit de la *devise* ou testament de *real property*, soit de l'exécution testamentaire anglaise et des modes de transmission à cause de mort du *copyhold*, peuvent nous aider à saisir les raisons d'être et la signification primitive des étranges cérémoniaux que les classiques latins décrivent comme leurs plus anciennes formes de

[1] VII, p. 388 et s. Cf. aussi la bibliographie plus récente donnée par Hazeltine, *Law Quarterly Review*, 1917, p. 311.

[2] *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative.*

testament. Il est peu de chapitres de l'histoire de la formation première de la jurisprudence romaine, histoire si obscure, si conjecturalement reconstituée par les procédés trop exclusivement philologiques des disciples de Mommsen, dont quelques-uns des recoins mystérieux ne puissent être éclairés par la confrontation d'une jurisprudence dont le processus d'élaboration technique, si étroitement apparenté à celui de la jurisprudence romaine, s'est, à la différence de ce dernier, poursuivi dans le plein jour de l'histoire. Le rapprochement des productions correspondantes du Moyen Age anglais nous faciliterait aussi la compréhension du fonctionnement pratique, la pénétration de la vie réelle des institutions romaines de l'époque classique que nous ne connaissons guère que dans leur surface technique de formules, de cérémoniaux et de règles dogmatiques. La voix prophétique d'un des plus grands génies historiques qu'ait possédé l'Angleterre, Maitland[1], nous indique ce que nous serions en droit d'attendre d'un travail comparatif poussé dans cette direction.

« Nous pouvons affirmer, écrit-il, qu'alors même que l'Angleterre n'aurait d'autre apport que ses *Year Books* à fournir à la masse des matériaux de l'histoire générale du droit, sa contribution serait encore de valeur inestimable. Un stage de l'histoire de la jurisprudence y est peint pour nous, photographié pour nous dans ses détails minutieux. Le stage parallèle dans l'histoire du droit romain n'est représenté et ne peut être représenté que par d'ingénieuses conjectures qui, quelques fines et prudentes qu'elles puissent être, ne seront jamais que des conjectures[2]. Notre « système formulaire », tel qu'il s'est

[1] Introduction au tome Ier des *Year Books* d'Edouard II, p. xvii.

[2] Même constatation dans un article de sir Frederick Pollock : *Judicial Reports* lans *Law Quarterly Review*, 1913, XXIX, p. 211. Qu'est-ce que les romanistes modernes pourraient bien mettre en balance, non pas avec l'ensemble de la documentation des reports et records anglais, mais avec la dîme de cette documentation ? « Maintes séries de volumes savants ont été ouvertes sur la procédure de la loi romaine de la République ou du début de l'Empire. Une portion considérable de ce qui a été écrit avant le xixe siècle a été rendue surannée, quand le palimpseste de Vérone a donné tout ce qu'il était possible à force de labeur de faire revivre du texte enseveli de Gaius. Combien plus grande serait notre illumination si nous pouvions retrouver un record complet des procédures dans une seule action sous le système formulaire ! Ce n'est guère manquer de charité que supposer que les trois quarts environ de ces savantes monographies perdraient leur importance. »

établi et développé dans le xive siècle, peut être connu si exactement qu'un juriste moderne l'ayant étudié serait en état de donner des avis profitables à un client hypothétique. Nous pouvons mettre le tissu de la loi ancienne sous le microscope ; le processus intime de nutrition et d'assimilation peut être suivi année par année. Nous avons souvent entendu dire qu'il faut voir dans la loi romaine les pelotons de fil qui peuvent nous guider à travers le labyrinthe anglais. Il est grand temps de prêcher la doctrine inverse et complémentaire, et l'on peut sans risque prophétiser que le jour viendra où quelque grand interprète de l'histoire du droit romain exprimera sa profonde gratitude aux *Year Books* anglais. »

N'oublions pas que les textes dont Maitland parle sur ce ton d'enthousiasme, qui ne paraîtra excessif à aucun des lecteurs des éditions modernes des *Year Books*, sont, en même temps que des sources de la loi anglaise, des monuments, et des monuments de tout premier ordre, de la langue française.

Il importe, enfin, de rappeler que le triomphe de la langue anglaise qui, pendant la période finale de l'histoire de la loi qu'inaugure Edouard Coke, impose sa maîtrise dans toutes les branches de la littérature légale, n'a pas fait disparaître l'empreinte que, pendant ses longs siècles de domination, la langue française avait frappée sur tout l'ensemble de la jurisprudence anglaise. Car la langue qui a recueilli l'héritage du français n'est ni l'anglais usuel, ni l'anglais littéraire ; c'est un anglais étroitement technique, tout aussi inaccessible à la compréhension des non initiés, — que le langage de l'algèbre ; c'est un anglais de cour qui ressemble à l'anglo-français juridique

comme le fils ressemble au père. Il lui a emprunté, en effet, tout son vocabulaire technique, tantôt en gardant aux termes scientifiques leur allure ouvertement française, tantôt en dissimulant leur origine sous des terminaisons anglaises. Mais, ici encore, il convient de laisser la parole à des juges anglais et aux plus autorisés des juges anglais. Il n'est pas excessif, écrivent Pollock et Maitland[1], « de dire que, à l'heure présente, presque tous nos mots qui ont une portée légale définie sont, en un certain sens, des mots français. Le juriste germain est en état d'exprimer les doctrines de la loi romaine en des mots purement germaniques. Sur plus d'un thème, un homme de lettres anglais peut, par voie d'exploit, écrire un paragraphe ou une page et n'employer aucun mot qui ne soit en tous sens un mot purement anglais; mais un juriste anglais ou américain qui tenterait ce tour de force de puritanisme se condamnerait lui-même au silence. » Et la constatation que l'on parle, à l'heure actuelle, dans tous les tribunaux de l'Angleterre et des Etats-Unis, un langage technique dont, pour recourir à une formule des mêmes auteurs, « chaque mot cardinal est d'origine française », doit nous encourager à poursuivre le rapprochement avec la science juridique anglo-américaine sur un terrain moins naturellement préparé, mais d'une plus haute importance pratique que celui de l'histoire du droit.

[1] *H. E. L.*, I, p. 80.

CHAPITRE II

LE RAPPROCHEMENT SUR LE TERRAIN DE LA JURISPRUDENCE PRATIQUE ET DE LA CRITIQUE LÉGISLATIVE

SECTION I

LES FACTEURS NATURELS DE RAPPROCHEMENT ENTRE LA SCIENCE JURIDIQUE FRANÇAISE ET LA SCIENCE JURIDIQUE AMÉRICAINE

§ I. — Les Influences françaises.

Si c'est par l'intermédiaire de l'Angleterre et de ses institutions médiévales que s'établissent les principales affinités historiques entre la législation française et les législations de langue anglaise, c'est, en revanche, par l'intermédiaire de la branche américaine du *common law* que notre jurisprudence positive a le plus de chances d'arriver à se créer des relations suivies et agissantes dans le cercle des jurisprudences anglo-américaines. Les conditions dans lesquelles s'est opérée la croissance des Etats-Unis ont fait surgir sur le sol américain de nouveaux facteurs de rapprochement entre le *common law* et les jurisprudences latines en englobant dans la vie de l'Union des populations qui, jusque-là, avaient été régies par des coutumes d'origine française ou espagnole : telles les populations de ces régions des Grands Lacs, occupées aujourd'hui par les Etats d'Illinois, Michigan, Wisconsin, etc., où nos missionnaires et nos trappeurs avaient transporté la coutume de Paris

et qui, après avoir suivi en 1763 le sort du Canada cédé par nous à l'Angleterre, furent rétrocédées à l'Union naissante par les traités de 1782-1783, ou celles du vaste domaine de colonisation française de la vallée du Mississipi, abandonné par Napoléon en 1803 ; — telles encore les populations de la Floride, arrachée à l'Espagne en 1819, ou celles des territoires annexés en 1848 : Texas et anciennes provinces mexicaines de New-Mexico et Californie. L'attachement, — plus ou moins fort, plus ou moins durable selon les régions, mais en soi inévitable, — de ces populations aux habitudes juridiques contractées avant leur entrée dans l'Union américaine a dû fortement contribuer à activer et prolonger l'action attractive exercée pendant la première moitié, et surtout pendant le premier tiers du XIX^e^ siècle, dans tout l'ensemble des Etats-Unis, par nos codifications des temps napoléoniens.

Dès le lendemain de leur promulgation, nos Codes ont fait sentir leur influence persuasive sur la jurisprudence américaine, que le petit nombre des précédents judiciaires laissait encore souple et aisément accessible aux suggestions du dehors. C'est ce qu'atteste notamment un passage souvent cité d'une curieuse lettre de James Kent publiée dans le *Green Bag* de 1897[1] et reproduite dans les *Select Essays*[2], où l'auteur du plus ancien et du plus célèbre des *text books* de la loi américaine, le rival de Blackstone, comme l'appellent ses compatriotes[3], évoque la partie de sa carrière judiciaire qui s'est déroulée autour de l'année 1804, c'est-à-dire au moment même de l'apparition de notre Code civil. « J'ai fait, dit-il, un large usage du *Corpus Juris* et, comme les juges (Livingstone excepté) ne savaient rien de la loi française, j'ai eu un immense avantage sur eux. J'ai pu généralement battre mes collègues et imposer ma solution par un mystérieux besoin du droit français ou

[1] IX, p. 206-211.
[2] II, p. 837 et s.
[3] Dillon, *Law and jurisprudence*, p. 397.

civil. Les juges étaient alors républicains et excellemment disposés pour tout ce qui était français et cela m'a permis, sans exciter aucune alarme ou jalousie, de faire libre usage de ces autorités et d'enrichir ainsi notre loi commerciale. J'acquis graduellement une influence prépondérante sur mes collègues et les volumes de Johnson postérieurs au moment où je devins *Chief-Justice* en 1804, en font preuve. » Et, si Kent à cherché des inspirations judiciaires dans les principes du droit français pendant que se poursuivait encore la discussion législative de nos Codes, on devine aisément quelle aide ces codifications, une fois achevées, ont pu lui fournir pour la préparation de ses *Commentaries on American law*, parus de 1826 à 1830[1].

Un exemple peut-être plus caractéristique encore de l'attirance exercée par les Codes français, alors dans toute leur fraîcheur, sur quelques-uns des leaders du mouvement général de la vie juridique aux Etats-Unis, pendant le premier tiers du XIX^e^ siècle, est celui d'Edward Livingstone, un juriste né et élevé à New-York, qui vint se fixer en Louisiane vers le temps où, en 1804, les tribunaux furent appelés à examiner si les dispositions de la constitution fédérale sur le droit au jugement par le jury imposaient à cet Etat, nouvellement annexé, la soumission à tout l'ensemble de la procédure du *Common law*, ou si les principes du fédéralisme ne garantissaient pas à la Louisiane le libre usage, non seulement de son droit substantiel antérieur, mais aussi d'une procédure d'origine française et espagnole. Livingstone ayant réussi à faire triompher devant les juges la solution favorable au maintien des traditions latines prit, pendant une quinzaine d'années, la tête du mouvement législatif en Louisiane. Il traça, dans un projet de

[1] Cf. les renseignements de Siméon Baldwin, dans *Two Centuries of growth of American law*, sur les emprunts faits aux jurisprudences française et latine par d'autres grands jurisconsultes de la première moitié du XIX^e^ siècle, comme le *Chief-justice* Marshall, p. 32, et surtout le juge-écrivain Story, p. 290.

statut étendu, un véritable Code de procédure civile, — adopté par la législature le 10 avril 1805, — et, sur mandat officiel, rédigea en 1821 des Codes de droit pénal et de procédure criminelle qui, quoique n'ayant jamais été promulgués en Louisiane, n'en eurent pas moins dans l'Amérique entière une profonde influence doctrinale[1]. Livingstone, correspondant et disciple de Jérémie Bentham, — dont la principale œuvre, le *Traité de Législation civile et pénale*, est parue d'abord en 1802 dans le français de Dumont et reflète les tendances législatives de notre Révolution, — a travaillé, avec un succès, il est vrai, très limité, à faire passer dans la pratique américaine les conceptions essentielles de son maître. Pendant toute cette première période de l'histoire du mouvement de réformation législative aux Etats-Unis, auquel se lie le nom de Livingstone, la lutte pour la codification et l'effort vers un rapprochement avec le droit français ou latin ont été choses inséparables. Il est resté, d'ailleurs, un souvenir durable de ces efforts dans le Code civil de la Louisiane, code imité du nôtre et qui émerge aujourd'hui dans la masse du *Common law* comme un ilôt résistant de droit français.

Ce sont ces phénomènes de diffusion de notre pensée juridique pendant le début du XIX^e^ siècle qui ont fait croire à Sumner-Maine que le droit romain, par l'intermédiaire de ses formes modernes, était appelé à avoir aux Etats-Unis de hautes destinées et l'ont amené, dans une étude[2] publiée en 1856, à écrire, en parlant du Code civil de la Louisiane, des phrases telles que celles-ci : « Actuellement c'est ce Code, et non pas le *Common law* d'Angleterre que les plus récents Etats d'Amérique sont en train de prendre comme le substratum de leurs lois... La loi

[1] Cf. Hepburn, *The historical development of code pleading in America and England*, dans *Select Essays*, II, 655-656, et Dillon, *Law and jurisprudence*, p. 337, n. 1.

[2] *Roman law and legal education*, étude réimprimée dans *Village Communities*, 7^e^ édition, p. 359-361, et traduite en français dans ses *Etudes sur l'histoire du droit*, Paris, 1889, p. 402 et s.

romaine est donc en voie de devenir la *lingua franca* de la jurisprudence universelle. » Il faut bien reconnaître que les prévisions formulées par sir Henry Maine n'étaient déjà plus guère vraisemblables en 1856. L'évolution postérieure de la jurisprudence américaine ne semble pas les avoir confirmées. Analysant divers articles sur l'histoire, encore trop peu fouillée, des influences juridiques françaises et romaines en Amérique, parus soit dans *Harvard Law Review*[1], soit dans l'*Illinois Law Review*[2], M. Hazeltine, dans *Law Quarterly Review*[3], en tire les conclusions suivantes : « La loi hollandaise a prévalu dans le New-Netherlands avant qu'il devienne New-York; les lois françaises et espagnoles ont été en vigueur dans les énormes aires de la vallée du Mississipi, du sud-ouest et de l'ouest, au temps où l'expansion américaine en a fait des territoires ou des Etats de l'Union. Mais, au jour présent, peu est resté de la loi hollandaise en New-York, et toute trace de la coutume de Paris, dans les parties du Michigan, du Wisconsin et de l'Illinois, où elle fut autrefois la loi, semble s'être évanouie; tandis que, dans les Etats du sud-ouest et de l'ouest, les vestiges de la loi française et espagnole sont vraiment faibles. En Louisiane seulement la loi civile a une vitalité du temps présent et, même dans cet Etat, la loi anglo-américaine a exercé beaucoup d'influence. »

Conclusions exactes en elles-même, mais incomplètes. Si, dans la première moitié du XIX^e^ siècle, des juristes américains ont pu songer à une sorte de réception partielle des droits romain et français et recommander l'acceptation ou l'imitation d'une partie des textes officiels de ces droits, l'avortement final de leurs efforts est le fait accompli depuis plus d'un demi-siècle. Les préventions et les craintes que le souvenir de ces tentatives, déjà lointaines, paraît avoir laissées dans quelques-

[1] Hove, *Roman and civil law in America*, XVI, 1902-1903, p. 342 et s.

[2] Pound, *The influence of French law in America*, II, 354 et s. — Robinson, *American recognition of roman or civil law*, IX, 400 et s.

[3] 1918, XXXIV, p. 97, n. 4.

uns des cercles de la profession juridique, et qu'on sent tout particulièrement percer dans la très intéressante étude de M. Hazeltine, ont depuis longtemps perdu toute raison d'être. Mais cela ne veut pas dire que le long travail de frottement entre des cultures juridiques différentes qui, par le fait des extensions territoriales successives de l'Union, s'est produit, pendant tout le XIX^e^ siècle, au sein de la Confédération des Etats-Unis, ait été sans conséquences appréciables sur l'orientation finale de la jurisprudence américaine. Cette jurisprudence s'est insensiblement enrichie d'éléments nouveaux qu'elle a extérieurement harmonisés avec son système général, en les coulant dans les moules techniques de la science juridique anglaise, en employant pour les décrire le vocabulaire traditionnel de cette science; mais dont l'assimilation n'en a pas moins eu ce double effet de la différencier sur des points importants de la branche anglaise du *Common law* et de la rapprocher des jurisprudences latines.

De ce processus obscur d'absorption progressive dans le *Common law* américain de matériaux d'origine latine, qui constitue la contre-partie des faits seuls retenus par M. Hazeltine, je ne veux donner qu'un exemple. Mais je l'emprunterai précisément à celui des chapitres du droit anglo-américain qui est le plus profondément familier à M. Hazeltine. Il lui a consacré plusieurs monographies, et notamment un travail étendu paru dans les publications du séminaire de Gierke à Berlin[1]. C'est le chapitre du *mortgage* de *real property*, l'équivalent de notre titre des hypothèques, chapitre relatif à un problème qui est aujourd'hui au premier plan des préoccupations de tous les législateurs : l'utilisation de la propriété immobilière comme instrument de crédit. Je crois pouvoir dire, sans risquer le moindre démenti, que, par l'effet d'un développement dont les germes spontanés remontent jusqu'à

[1] *Die Geschichte des Englischen Pfandrechts*, n° 92 des *Untersuchungen zur deutschen Staats-und Rechtsgeschichte*, 1907.

l'époque coloniale, mais que le voisinage des conceptions juridiques françaises a singulièrement activé, le mortgage immobilier américain, tout en conservant son vêtement juridique de coupe anglaise, est devenu dans la majorité des Etats de l'Union une institution économique beaucoup plus proche de l'hypothèque latine que du mortgage anglais.

L'historien peut, à la lumière de l'évolution antérieure du mortgage, entrevoir, comme point logique d'aboutissement de cette évolution, le jour où le mortgage anglais lui-même se transformera en hypothèque. Mais ce jour peut être lointain. Pour l'instant, dans le mortgage, tel qu'il fonctionne en Angleterre, l'hypothèque des temps à venir reste encore enfermée sous sa bogue de gage immobilier. La construction anglaise du mortgage repose sur la combinaison de deux doctrines, l'une d'origine médiévale, la doctrine du *Common law* au sens strict du mot, l'autre élaborée au cours des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, la doctrine de l'*equity*. Le *Common law* que les conseils techniques des parties continuent, par attachement à des traditions séculaires, à prendre pour base de leurs actes instrumentaires, construit le mortgage comme un transfert de la propriété même de la chose engagée pour sûreté d'une dette, comme une aliénation que le débiteur consent au créancier en la frappant d'abord d'une sorte de condition résolutoire par une clause de retranslation en cas de paiement à l'échéance, mais une aliénation qui se transformera *ipso facto* en un transfert définitif et incommutable, si la dette n'est pas acquittée au terme prévu. Et, comme le dit Maitland[1], « il est extrêmement rare, il est presque inouï » que ce ne soit pas la seconde de ces éventualités qui se réalise. Car les formulaires, dont se servent les *conveyancers*, prévoient que le terme, dont l'expiration sans remboursement entraînera contre le débiteur déchéance du droit de rachat, est habituellement un terme de six mois, alors que, d'ordinaire, créancier et débiteur sont d'accord pour

[1] *Equity*, p. 269.

envisager pratiquement, l'un un placement plus stable, l'autre un crédit plus long. De sorte que, six mois après la constitution du mortgage, le créancier voit ordinairement sa propriété résoluble se consolider *at law*, au regard du droit strict, en une propriété absolue, alors que le débiteur qui, le plus souvent, garde la terre entre ses mains, n'est plus considéré par le *Common law* que comme un *tenant at will*, c'est-à-dire comme un détenteur précaire. Pour corriger le désaccord entre leurs intentions réelles et celles que les rédacteurs d'actes leur font exprimer, les parties s'en remettent à l'équité.

La chancellerie anglaise est venue de bonne heure au secours du débiteur exproprié *at law*, par le seul fait du défaut de paiement à l'échéance, en lui ouvrant, par des moyens d'équité, le droit de recouvrer sa terre tant qu'il n'en a pas été dépouillé définitivement par l'exercice d'une action en forclusion. L'*equity of redemption*, ainsi introduite, a donné naissance à une nouvelle propriété du débiteur, la propriété équitable, rivale de la propriété légale du créancier et la paralysant dans la plupart des cas, propriété susceptible d'aliénation et pouvant, à son tour, être offerte comme sûreté, mais par des mortgages de qualité inférieure et n'ayant que la consécration de la seule équité, alors que le premier mortgage, — mortgage légal — jouit de la double protection du *Common law* et de l'équité. Cette construction, assez mal appropriée par elle-même aux fonctions modernes des sûretés immobilières, a encore été compliquée, d'une part, par l'absence dans la majeure partie de l'Angleterre de toute publicité des constitutions de mortgages, et, d'autre part, par deux créations étranges de l'*equity*, la doctrine de la soudure (tacking), et celle de la consolidation des mortgages, qui exposent un second créancier mortgagiste à se voir primé, soit par un créancier usant de son premier mortgage pour faire valoir des garanties postérieures en date à celles de son concurrent, soit par un troisième ou subséquent créancier mortgagiste arrivant à lier son propre mortgage au mortgage légal — premier mortgage — et à le

couvrir de la priorité de ce dernier. Les résultats économiques de cette structure juridique donnée au mortgage ont été fort bien définis dans cette remarque, souvent citée[1], d'un juge anglais, le vice-chancelier Wood : « It is a very dangerous thing at any time to buy equities of redemption or to deal with them at all. » Ce qu'on pourrait transposer en langage juridique français, en disant qu'un administrateur diligent doit s'abstenir d'acquérir des immeubles hypothéqués ou de prêter sur seconde hypothèque.

Dès qu'on a présent à l'esprit le mécanisme actuel du mortgage anglais, il devient aisé de comprendre quels pas décisifs le mortgage américain a déjà fait dans la voie du rapprochement avec les droits latins. La marche générale de son évolution au cours des deux derniers siècles a été retracée à très larges touches, en un tableau où n'apparaissent que les lignes réellement directrices, par M. Edwin-B. Gager, dans l'un des chapitres du recueil collectif publié par les professeurs de l'Ecole de Droit de Yale à l'occasion du centenaire de leur Université[2]. Il ressort de cette étude qu'au début du XX^e^ siècle les législations des Etats américains, en ce qui concerne le mortgage immobilier, se ramènent à trois groupes d'inégale importance, dont les conceptions représentent trois phases logiques de l'évolution du mortgage, continuant à se dérouler côte à côte dans le temps présent par suite de l'inégalité de développement des divers corps de statuts. Quelques législations s'inspirent encore de la construction d'ensemble du droit anglais, non sans lui apporter des retouches de détail, ne fût-ce que par l'introduction de la publicité des constitutions de mortgage. A vrai dire, même, aucune d'elles ne suit jusqu'à ses conséquences extrêmes la tradition qui veut que le créancier mortgagiste ait, *at law*, un titre de propriété légale

[1] Williams, *Real Property*, 22^e^ édition, 1914, p. 591. — *Beevor v. Luck*, L. R. 4. Eq. 537, 549.

[2] *Two centuries, growth of American law*, 1902, p. 153-166.

qui ne puisse être détruit que par le strict accomplissement de la condition résolutoire de paiement. Un second groupe, déjà plus important, dont les treize colonies originaires, New-York excepté, ont formé le noyau primitif, tout en acceptant théoriquement la combinaison de la doctrine du *common law* et de la doctrine de l'*equity*, développe la seconde au détriment de la première et transforme profondément la nature et les effets de la propriété attribuée par le *common law* au créancier mortgagiste. Alors qu'en Angleterre la propriété légale du créancier existe à l'égard de tous, dans les législations de ce groupe, elle ne peut plus être invoquée qu'à l'encontre du débiteur mortgagiste et de ses ayants-cause. Au travers de cette forme retouchée et modernisée de la théorie combinée de loi et d'équité se dégage déjà le sentiment, juridiquement conscient, que les droits du créancier, malgré leur élévation à la dignité de droits de propriété, n'ont, en réalité, qu'une fonction de garantie et doivent se limiter à la mesure compatible avec cette fonction.

C'est un troisième système qui tend de plus en plus à l'emporter dans la majeure partie de la Confédération. Sur quarante-cinq Etats que comptait l'Union en 1900-1902, au moment où M. Gager clôturait son enquête, vingt-quatre, d'après lui, y avaient déjà donné leur adhésion. Ce système écarte de la réglementation légale du mortgage l'apport du *common law* — la conception du transfert au créancier de la propriété légale de la terre engagée, — et ne retient que l'apport de l'équité, en le rajeunissant et en l'épurant. Il ne laisse plus au créancier mortgagiste que le droit d'arriver par une procédure appropriée à faire vendre la terre qui lui a été assignée comme sûreté et à obtenir paiement par préférence sur le montant du prix de vente. Les premières origines doivent, d'après M. Gager, en être cherchées dans l'Etat de New-York, ce qui ferait penser que les influences latines, jadis agissantes, sur cet ancien sol de jurisprudence hollandaise, n'ont pas été étrangères à son premier dégagement. Il est en tous cas incontestable que sa marche de diffusion a été fortement secondée par la coopération du droit français et romain dont la conception, dit M. Gager, « en substance n'est pas grandement éloignée de la conception de l'*equity* ». L'idéal, vers lequel s'orientent les législations de ce troisième et principal groupe, a trouvé sa meilleure définition dans un Code, dérivé des nôtres, le Code civil de la Louisiane, dont la section 3290[1] définit ainsi le mortgage conventionnel : « un contrat par lequel une personne oblige l'ensemble de sa propriété, ou une partie seulement de celle-ci, à la garantie de l'exécution de quelque engagement, mais sans se dévêtir elle-même de la possession ». Plus significatif encore, pour caractériser la tendance de ce groupe, est le texte de l'article 2920 du Code civil de Californie qui donne cette définition du mortgage : « un contrat par lequel une propriété déterminée est *hypothéquée* pour l'accomplissement d'un acte sans la nécessité d'un changement de possession[2] ».

L'emploi du terme *hypothéquer* par le Code civil de Californie, — code rédigé en 1872, alors que la Californie participait depuis près de vingt-quatre ans à la vie générale de l'Union, — montre assez l'exactitude de la conclusion suivante de M. Gager : « Il est généralement admis que les doctrines fondamentales d'équité sur lesquelles notre loi du mortgage est fondée sont dérivées de la loi romaine. Ce système est passé par un processus de développement entièrement analogue à celui qui s'est en partie opéré chez nous. Mais notre loi, comme système d'ensemble, n'a pas encore atteint le stage que la loi romaine avait atteint dans le *Corpus Juris Civilis*..... La transition de la théorie combinée à la théorie d'équité seule, dans la mesure où elle s'est produite, a été principalement due à la législation et l'achèvement de cette transition doit être l'œuvre de la législation. Mais les résul-

[1] *Merrick's Revised Codes.*

[2] Cf. Chaplin, *Story of mortgage*, dans *Harvard law review*, IV, p. 8 et s.

tats finaux ne diffèrent pas grandement des résultats atteints dans la loi romaine. La définition tirée du Code de la Louisiane, elle-même dérivée de la loi romaine, est déjà pratiquement appliquée à la grande majorité de nos Etats. La théorie d'équité prévaudra finalement, parce qu'elle est fondée sur la raison et proportionnée au but que le mortgage se propose d'atteindre[1] ». Cette constatation, si formelle et si précise, faite à l'occasion d'un des chapitres essentiels de la loi, n'atteste-t-elle pas l'importance réelle des points de contact que l'absorption dans le groupement des États-Unis de nombreuses populations, ayant reçu leur première éducation juridique à l'école du droit français ou du droit romain, a établis entre le *common law* américain et les jurisprudences latines?

§ II. — L'émondage du Common Law anglais.

Le processus interne d'adaptation de la branche américaine du *common law* aux conditions économiques du nouveau monde a contribué plus efficacement encore que les infiltrations françaises, à frayer les voies à la compréhension mutuelle entre notre science juridique et la science juridique américaine. Nous avons pu constater, en effet, que la marche de pénétration du droit anglais en Amérique n'a abouti qu'à une réception sous bénéfice d'inventaire. Ou, plus exactement, s'il y a eu finalement une réception d'ensemble, c'est la technique juridique qui en a formé l'objet, et non pas les réalités sociales qu'elle met en œuvre. Les matériaux économiques du droit anglais n'ont été acceptés qu'un à un. Et le travail incessant de sélectionnement auquel ils ont été soumis a tantôt réalisé, tantôt préparé l'élimination de ceux des éléments du *common law* anglais qui, sur bien des points, le mettent en état d'incompatibilité d'humeur avec les jurisprudence latines.

[1] *L. c.*, p. 165.

C'est ainsi que la jurisprudence américaine s'est notablement rapprochée de nos conceptions juridiques continentales, grâce à ses efforts persévérants pour se débarrasser, soit du système des tenures et des ramifications projetées par lui dans les divers chapitres du droit, soit de l'*estate tail* et de ses substituts, ces proches parents de nos anciennes substitutions fidéicommissaires. Elle a ainsi poursuivi avec plus de lenteur et de timidité un travail similaire à celui que notre Révolution a accompli en quelques années, brutalement, radicalement, quand elle a tranché toutes les entraves féodales et familiales qui paralysaient la circulation de la propriété immobilière dans l'ancienne France et continuent à la paralyser dans l'Angleterre contemporaine. Si, écartant les formules officielles, on s'en tient aux réalités de la pratique, on peut dire que l'épais et encombrant tissu des survivances juridiques anglaises d'institutions féodales et nobiliaires est déjà presque complétement disparu en Amérique, et le peu qui en reste est regardé avec défiance, non seulement par une opinion publique éprise d'égalitarisme, mais même par les professionnels du droit. Caractéristique à cet égard est l'attitude prise par le juge Dillon dans un livre, — *Laws and jurisprudence of England and America*, — qu'il déclare[1] avoir écrit pour démontrer l'excellence de la loi anglaise et réagir contre les tendances à la *continentalisation* du droit américain, — c'est-à-dire au rapprochement avec les jurisprudences latines, — et où pourtant il n'hésite pas à dénoncer les « effets empoisonnés » de la doctrine féodale des tenures, qui a envahi presque chacun des chapitres du *common law*, et les méfaits de l'*estate tail* qui, « pour servir l'orgueil familial et ancestral, enchaîne la propriété dans des liens de fer[2] ». « Nous n'avons pas, finalement, écrit-il, pleinement échappé au système compliqué d'*estates* qui caractérise la loi anglaise.

[1] P. VIII et IX de la préface.
[2] *L. c.*, p. 355.

Nous devons nous en libérer; nous devrions déjà l'être. Primogéniture, *entails*, *family settlements* sur le modèle anglais sont ici inconnus; la terre est abondante et à bon marché, et le résultat est que nous sommes une nation de propriétaires, et non de tenanciers[1]. »

En échappant aux *family settlements* du type anglais, la pratique américaine s'est aussi libérée, comme l'a fait notre droit, de cette répugnance à ouvrir au grand jour des registres publics la constitution de la propriété familiale, qui a fait avorter en Angleterre toutes les tentatives pour créer une publicité des constitutions et des transferts de droits réels immobiliers, y compris celle du *Land Transfert Act* de 1897. Elle a, du même coup, réalisé une notable simplification dans le *conveyancing*, cette méthode de rédaction des actes instrumentaires qui, en fournissant sa matière première à la jurisprudence anglaise, a tant contribué à lui imprimer ce caractère d'extrême technicité qui la ferme à la compréhension du public national, même cultivé, et la rend si difficilement accessible aux juristes étrangers, quand ceux-ci ne sont pas doublés d'historiens. Dès aujourd'hui, une bonne partie des obstacles auxquels se heurte notre travail de comparaison, quand nous abordons le *common law* par le côté anglais, disparaissent dès que nous l'envisageons sous son angle américain. Et ceux qui subsistent tendent pour la plupart à s'abaisser.

Tel est le cas de l'obstacle, si redoutable — parce qu'on s'y heurte presque à chaque instant, — qui résulte de la scission de la jurisprudence anglaise en deux doctrines rivales, de provenances fort différentes et de tempéraments généralement opposés, le *common law* au sens strict du mot et l'*equity;* doctrines qui, chacune, ont leur système propre de preuves et de procédure et leur conception particulière de la propriété, des droits réels, des contrats, des successions *ab intestat* et

[1] Cf. G.-E. Beers, *Real Property*, dans *Two Centuries*, p. 48-65.

testamentaires, de la protection des incapables, des rapports économiques entre les parents et les époux; doctrines qui, par leur coexistence, maintiennent simultanément en force les institutions des temps anciens, à demi paralysées, et les institutions du temps présent, à demi réalisées. Quelques-uns des inconvénients les plus apparents du développement indépendant de ces deux doctrines, en particulier les frais, les lenteurs, les incertitudes de la procédure, ont, il est vrai, provoqué l'intervention du législateur anglais. Le *Judicature Act* de 1873 a fait disparaître la dualité des juridictions chargées chacune d'appliquer l'un de ces systèmes à l'exclusion de l'autre et a confié aux nouvelles juridictions qu'il instituait la disposition cumulative des armes du *common law* et des armes de l'équité. Quelques esprits, trop prompts à l'illusion, avaient même un instant espéré que cette fusion des juridictions allait entraîner une fusion des droits. La disposition, qui avait fait naître cet espoir fugitif, est la section 25, sous-section 11, du *Judicature Act* de 1873 qui, après avoir réglé divers conflits secondaires entre l'équité et le *common law*, prévoit que, pour tous les autres cas « dans lesquels il y a conflit ou variance entre les règles de l'équité et les règles du *common law*, au sujet d'une même matière, les règles de l'équité prévaudront ». Cette disposition a déjà fourni les preuves décisives de son inaptitude, non seulement à réaliser, mais même à préparer une disparition progressive du *common law* au profit de l'*equity*. Maitland a démontré qu'elle était restée, et devait rester, sans effets appréciables. C'est même cette démonstration qui forme le *leit motiv*, la pensée directrice des lumineuses leçons sur l'équité que, pendant dix-huit ans, il a données à l'Université de Cambridge, et que ses élèves ont pieusement recueillies et publiées en 1909[1].

[1] *Equity, also the forms of action at common law*, spécialement p. 16-17, et la lecture XII, p. 156 et s. Cf. Underhill, *Changes in the English law of real property during the nineteenth century*, dans *Select Essays*, II, p. 703.

Même en Amérique, la fusion du *common law* et de l'*equity*, surtout sur le terrain du droit substantiel, est encore loin d'être un fait accompli. Mais, tout au moins, le problème est-il franchement posé devant l'opinion professionnelle. Le travail des législations et des jurisprudences locales a déjà beaucoup fait pour en préparer la solution. D'ailleurs la distinction entre ces deux corps de doctrines et les deux groupes de juridictions les appliquant et les développant n'a jamais été aussi rigoureuse et aussi consistante qu'en Angleterre dans la majeure partie des Etats-Unis. Même parmi les treize vieilles colonies, il en est, comme la Pennsylvanie, qui, de très bonne heure, dès l'époque coloniale, ont laissé aux tribunaux de droit commun la mission de tempérer les rigueurs du droit strict par le recours à des pouvoirs d'équité et ont ainsi favorisé une certaine pénétration entre les deux systèmes[1]. L'évolution antérieurement signalée du mortgage américain permet de présager l'évolution future des autres productions combinées du *common law* et de l'*equity* et rend vraisemblable la réalisation dans un avenir plus ou moins proche du programme tracé dès 1894 par l'écrivain pondéré, sagement conservateur, qu'est le juge Dillon[2]. « Dans aucun autre système, écrivait-il, nous ne rencontrons la concurrence et le conflit de règles qui caractérisent notre division des droits et remèdes en légaux et équitables. La séparation de ce que nous appelons aujourd'hui l'équité par rapport à la loi a été originairement accidentelle..... et le développement d'un système indépendant de droits et de remèdes d'équité est anormal et ne repose sur aucun principe. Le maintien en existence de ces deux groupes de droits et de remèdes n'est pas seulement sans nécessité, mais son effet inévitable est d'engendrer confusion et conflit. La diversité existante de droits et de remèdes

[1] Cf. Fisher, *The administration of equity through common law Forms in Pennsylvania*, dans *Select Essays*, II, p. 810-823.

[2] *Laws and jurisprudence of England and America*, p. 386.

doit disparaître et être remplacée par un système uniforme de droits aussi bien que de remèdes; ce que nous appelons un droit légal doit cesser d'exister quand il est en conflit avec ce que nous appelons un droit d'équité. » De son côté, M. Gager, après avoir signalé les difficultés — parmi lesquelles une difficulté d'ordre constitutionnel — qui risquent de ralentir l'achèvement d'une réforme si désirable, clôt le chapitre qu'il consacre à l'équité dans la publication de centenaire de l'Ecole de Droit de Yale[1], en exprimant l'espoir que la jurisprudence du XX^e^ siècle accomplira « l'amalgamation du *common law* et de l'*equity* en un système unique aussi bien de loi substantielle que de procédure ».

Une autre préoccupation qui, depuis longtemps déjà, s'affirme chez quelques-uns des leaders de la profession juridique américaine est la préoccupation de combler le fossé, — le gouffre, dit Maitland[2], — qui sépare le droit de la *real property* de celui de la *personal property* et de réagir contre tout ce qu'il y a d'archaïque et d'artificiel dans une classification des biens qui est le produit combiné d'une distinction entre les actions réelles et les actions personnelles remontant jusqu'au temps de Bracton, — périmée depuis des siècles, — et de la série des accidents de la vie économique médiévale sous l'action desquels s'est opérée la distribution des fortunes entre les héritiers, d'une part, et les exécuteurs testamentaires ou administrateurs de successions, d'autre part[3]. Ce dédoublement traditionnel du droit en deux branches, que les auteurs des dernières éditions des livres de J. Williams, de Goodeve et autres manuels d'étudiants continuent à traiter comme entièrement indépendantes, est certainement l'un des facteurs qui contribuent le plus à créer autour de la jurisprudence civile anglaise une atmosphère d'isolement. Il semble bien que la science

[1] *Two Centuries*, p. 152.

[2] *The seisin of chattels*, L. Q. R., I, 325.

[3] Cf. Cyprian Williams, *The terms real and personal property in English law*, dans *Law quarterly review*, IV, p. 394-408.

américaine n'ait accepté qu'à titre provisoire cette partie de l'héritage de Littleton, de Coke et de Blackstone et que John Dillon réflète assez fidèlement l'opinion moyenne de l'élite professionnelle en exprimant dans les pages finales du livre déjà souvent cité[1] le jugement suivant : « Notre loi de la *real property* est encore empoisonnée par la souillure féodale. Elle est artificielle, compliquée et excessivement technique — absolument comme le système presque entièrement éteint des *pleadings* de *common law*. Le remède doit être radical. En fait, la division de la propriété en réelle et personnelle, où chaque classe possède des qualités distinctes et est gouvernée par des règles différentes quant à l'acquisition, aux modes de transfert, à la dévolution, etc., est en grande partie, quoique non entièrement artificielle, et, dans la mesure où elle est artificielle, elle doit être abrogée, et la loi de la *real* et de la *personal property* doit, dans la mesure où c'est praticable, être rendue uniforme dans le fond et, par conséquent, simplifiée ».

§ III. — Les droits d'États et le Case-Law américain.

Toute avance de la jurisprudence américaine dans la double voie, déjà nettement marquée, de la fusion du *common law* et de l'*equity* et de la réconciliation entre le droit de la propriété réelle et le droit de la propriété personnelle constituera, d'ordinaire, une étape dans la voie du rapprochement avec les jurisprudences latines. Et nous pouvons prévoir que la progression dans cette double direction sera, sinon rapide, du moins constante. Car la jurisprudence civile américaine ne saurait opposer à l'action des facteurs naturels d'évolution la même résistance, ou les mêmes freins ralentisseurs, que la jurisprudence anglaise. Elle ne

[1] *L. c.*, p. 385.

présente ni la solide homogénéité, ni la précision de détails, ni la rigidité d'allures de cette dernière. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'à la différence du droit anglais, le droit privé américain n'a, en quelque sorte, qu'une existence de raison et que le produit de la pensée scientifique auquel nous appliquons cette appellation, — produit mobile et constamment perfectionnable, parce qu'obtenu par un travail de comparaison, d'abstraction et de généralisation, — présente quelque communauté de nature avec celui que nos collègues américains désignent de leur côté sous le nom de jurisprudence continentale. En dehors du cercle très limité des questions qui mettent en jeu l'application de la constitution fédérale, on ne rencontre pas aux Etats-Unis un droit positif unique, mais autant de droits distincts qu'il y a d'Etats, quarante-huit par conséquent, et même un peu plus, si l'on compte les législations du district fédéral et des territoires. Il existe un droit de l'Etat de New-York, un droit de Pennsylvanie, un droit de l'Illinois, un droit de la Louisiane... Quant au droit américain, il n'est pas autre chose que l'ensemble des conceptions prédominantes et des courants principaux de jurisprudence qui se dégagent à l'intérieur du groupement naturel que forment ces quarante-huit législations autonomes. S'il existe un droit privé des Etats-Unis, c'est au sens où il existait un droit coutumier français avant la codification de Napoléon et un droit privé allemand avant la mise en vigueur du Code de 1896, avec cette différence, toutefois, qu'alors que nos coutumes provinciales et les anciens corps de droit civil allemand étaient soudés les uns aux autres par des ordonnances royales ou des lois d'empire, et même par de véritables codifications du droit commercial et de la procédure civile ayant force impérative dans toute la France ou dans toute l'Allemagne, les quarante-huit législations, qui se disputent le territoire de la grande confédération américaine, ne sont guère unies entre elles que par le *common law* anglais, dont les dispositions ont une valeur plutôt persuasive que strictement obligatoire.

Les rapports de chacune de ces législations d'Etats avec le *common law* ont été clairement définis par le juge M'Lean, à l'occasion d'une décision de principe de la Cour suprême des Etats-Unis[1] dans le *dictum* suivant : « Personne ne prétendra que le *common law*, tel qu'il existe en Angleterre, ait toujours été en force dans toutes ses dispositions dans chaque Etat de cette union. Il n'a été adopté que dans la mesure où ses dispositions étaient appropriées aux conditions des colonies ; et par cette circonstance nous voyons que ce qui est *common law* dans un Etat n'est pas considéré comme tel dans un autre. Les décisions judiciaires, les usages et les coutumes des Etats respectifs doivent déterminer dans quelle proportion le *common law* a été introduit et sanctionné dans chacun d'eux. » Dans ces conditions, le jurisconsulte américain, qui veut étendre le champ de sa vision sur l'ensemble de la communauté juridique nationale, est obligé de faire œuvre incessante de comparatiste. Et les matériaux sur lesquels il exerce son effort de synthèse sont des matériaux d'une certaine souplesse. Ils doivent, tout d'abord, cette souplesse relative à l'action des législatures d'Etats qui interviennent dans le domaine du droit privé d'une façon beaucoup plus suivie, et surtout avec beaucoup plus de hardiesse, que ne le fait la législature anglaise, et qui arrivent même à donner une sorte de continuité réglée à leur production grâce à ces travaux d'ensemble de consolidation et de coordination du droit statutaire que sont les *Revised Statutes*[2]. Et surtout les jurisprudences d'Etats américains ne cherchent pas aussi systématiquement que la jurisprudence anglaise à se fermer à tout changement d'orientation, s'opérant autrement que par la voie législative. Elles n'ont accueilli, qu'en lui faisant subir dans la pratique d'importants tempéraments, cette doctrine du *stare decisis* qui constitue la cause la plus apparente, — mais non la cause unique, — de la lenteur de la jurisprudence anglaise à se plier aux transformations du milieu social et économique[1].

[1] Wheaton v. Peters, 8, Peters, U. S., *Supreme Court Reports*, 659.

[2] Cf. Nerincx, *l'Organisation judiciaire aux Etats-Unis*, p. 190-191.

Ni l'intervention des décisions judiciaires comme l'un des facteurs principaux de l'élaboration de la loi, ni par conséquent le dégagement d'un *judge-made-law* à côté du droit fait par le législateur, ne sont, par eux-mêmes, des traits spécifiques du droit anglais. Ils apparaissent, au contraire, à l'historien comme le résultat nécessaire de quelques-unes des lois les plus générales et les plus claires de l'évolution juridique des sociétés humaines. Aussi l'autorité du précédent est-elle affirmée au moyen âge par notre Beaumanoir[2], par les *Assises de Jérusalem*[3] ou par les *Schöffensprüche* des *Oberhöfe* allemandes avec plus d'énergie que dans Bracton[4]. Le *case law* anglais n'a pris sa physionomie propre et n'est entré en opposition de tendances avec les autres jurisprudences judiciaires

[1] Les inconvénients de la rigidité avec laquelle fonctionne en Angleterre la notion de l'autorité du cas jugé ont bien été dénoncés, dans ces derniers temps, et même avec quelque énergie, par divers écrivains (Julius Hirschfeld, *Judiciary and Statute-Law*, dans *Journal of the Society of comparative Legislation, New Series*, IX, 2, 1909, p. 305, et surtout Tudsbery, *Law Merchant and Common Law*, dans *Law Quarterly Review*, 1918, XXXIV, p. 392-393; 400-401). Mais ce ne sont encore pour l'instant que des voix isolées.

[2] Ch. XXIV, § 693, éd. Salmon.

[3] Philippe de Novare, ch. XLVIII, Jean d'Ibelin, ch. VII et IX.

[4] M. Craddock Bolland, introduction au tome XII des *Year Books*. Edw. II, p. XVIII et XIX, a même cru devoir présenter Bracton comme ayant ignoré l'autorité du cas, parce qu'il ne l'envisage pas encore, — et pour cause, — sous la forme très spéciale qui est devenue familière au praticien anglais. Cette confusion instinctive entre la notion générale du *Judge-made-law* et la variété originale de droit judiciaire qui s'est développée dans l'Angleterre moderne, est, sans doute, la principale cause qui explique que les discussions passionnantes, dont le problème de la nature des *Year Books* a formé l'objet depuis quelques années, aient apporté si peu de lumière sur la question, pourtant connexe, de l'origine de la conception anglaise de l'*Authoritative Precedent*. Les controverses, si documentées, qui se sont poursuivies entre les spécialistes de l'édition des *Year Books*, dans leur savantes introductions aux volumes des *Rolls Series* ou de la *Selden Society*, semblent bien avoir établi l'inexactitude de la tradition, longtemps acceptée comme un dogme, qui faisait des *Year Books* l'œuvre d'une sorte de collège permanent de quatre reporters institués et

que par l'action séculaire du reportage de loi. C'est par le travail de nombreuses générations de conteurs ou plaideurs professionnels, — d'apprentis en droit, dit Maitland, en parlant des plus anciens d'entre eux[1], — qui ont tracé au jour le jour, pour leur propre éducation et celle de leurs amis, les multiples croquis d'audience dont sont formés les *Year Books* ; plus tard par la diffusion donnée à cette masse de renseignements techniques grâce à la large propagation par l'impression de la littérature des *abridgements*[2] ; enfin par l'impulsion finale de Coke et de ses continuateurs dans le *law reporting*, que s'est opérée l'évolution, — dont les détails sont encore mystérieux, — qui a substitué au précédent anonyme médiéval, — dont la propagation restait incertaine et instable, — le précédent individualisé, étiqueté du nom des parties, authentiqué par les *law reports*, et qui a dégagé ainsi le concept actuel de l'*authoritative precedent*.

Cette doctrine anglaise, de formation relativement moderne, sous la forme où l'exposent les livres classiques de doctrine, qui, parfois, en exagèrent quelque peu la précision, en laissant

payés par le roi. Maitland a rassemblé, en tête du tome I (p. XI-XV) et surtout du tome III (p. XI-XCIX), des *Year Books* d'Edward II, une série d'indices qui paraissent attester le caractère d'œuvres purement privées de ces premiers monuments des *Law Reports* (cf., sur la valeur de cette démonstration : Pollock, *Judicial Records*, dans *Law Quarterly Review*, XXXIV, 1913, p. 211. — Holdsworth, *H. E. .L*, II, p. 451 et s.). Et les vues pénétrantes de Maitland ont trouvé une éclatante confirmation dans l'insuccès même des efforts qui ont été successivement tentés, soit par M. Pike, dans *Year Books* de 20 Edward III, part. 2 (n° 31 des *Rolls Series*, vol. II), p. LXXII et s., et par M. Turner (Introduction au tome VI des *Year Books* d'Edward II, S. S. p. IX-XXIX et LXIII-XCV), pour découvrir un fond de vérité sous la légende de l'entreprise officielle des *Year Books* et sauver ainsi la face des auteurs qui l'avaient accréditée : Plowden, Coke, Bacon, Blackstone. Le travail de déblaiement, ainsi poursuivi sous l'impulsion de Maitland, permettrait d'aborder aujourd'hui, dans des conditions relativement favorables, la reconstitution de l'histoire de l'*Authoritative Precedent* anglais. Mais c'est là, toutefois, un sujet qui demanderait à être traité à la lumière de l'histoire comparative.

[1] Introduction au tome III des *Year Books* d'Ed. II, p. IX et s.

[2] Cf. Turner, introduction au tome VI des *Year Books*, Edw. II, p. XII-XVII.

dans l'ombre les soupapes d'échappement qu'elle comporte inévitablement dans son fonctionnement pratique[1], présente un contraste saisissant avec la méthode française et, en général, la méthode continentale de développement du droit judiciaire. Car nous possédons, nous aussi, un corps très développé de *case law* judiciaire, représenté, non pas seulement par la théorie du contentieux administratif, — qui est l'œuvre de notre Conseil d'Etat, au même titre que le *common law* a été l'œuvre des trois grandes cours royales ou l'*equity* l'œuvre de la chancellerie, — mais aussi dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui trouve dans notre procédure civile les moyens décisifs d'imposer aux tribunaux subordonnés le respect de ses décisions de principe. Chez nous, tout comme en Angleterre, les volontés du législateur, aussi bien que les volontés des contractants, sont mises en force, par conséquent contrôlées et parfois déformées, par l'interprétation ou la construction judiciaire[2].

Mais le mécanisme anglais de dégagement de la jurisprudence des tribunaux se différencie du mécanisme français correspondant par deux traits essentiels.

1° Alors que la pratique jurisprudentielle ne se fixe chez nous que par la répétition des décisions judiciaires, après une période de tâtonnements pendant laquelle la doctrine peut faire ses objections contre la solution donnée par les juges à chaque point de droit, le cas de loi anglais se trouve, par l'effet de la première décision judiciaire dont il est l'objet, — sauf fonctionnement dans des cas très exceptionnels des soupapes de sûreté auxquelles je faisais allusion tout à l'heure[3] — résolu d'une

[1] Cf. John W. Salmond, *Jurisprudence or theory of law*, 1902, ch. VIII. — Sir Courtenay Ilbert, *Common law and Statute law*, dans *Journal of the Society of comparative legislation*, New Series, 1899, III, p. 407 et s., et surtout Pollock, *Essays in jurisprudence and ethics*, ch. XI, et *First Book of jurisprudence*, ch. VII.

[2] Cf. Lefroy, *Judge-made law*, dans *Law quarterly Review*, 1914, p. 399-414.

[3] Pollock, *First Book*, p. 319.

façon obligatoire pour toutes les Cours subordonnées (ou d'autorité inférieure dans la même juridiction) — à celle dont émane la décision, et même, — sous les distinctions compliquées qu'expose le *First book of jurisprudence* de sir Frederick Pollock — pour les Cours d'autorité coordonnée. Il ne peut plus être modifié que par l'intervention d'une Cour supérieure, seule qualifiée pour substituer un nouveau règlement à celui qu'avait établi la juridiction subordonnée.

2° Alors que notre jurisprudence, même fixée, — ne tirant son autorité que de la consécration des tribunaux, — peut être abrogée comme elle a été établie par eux, et que notre Cour de cassation, notamment, se reconnaît le droit, dont elle n'use pas volontiers; mais dont elle a fait cependant de nombreuses et d'importantes applications, de revenir, non pas seulement sur des décisions isolées, mais même sur sa propre pratique, les juges anglais, — partant, au contraire, de ce point de vue que l'action obligatoire d'exemplarité de leurs sentences, ou des sentences de leurs prédécesseurs, n'est pas l'œuvre de leur volonté, mais de celle de la loi, — ne s'estiment pas libres de jamais s'écarter de la règle juridique créée par le précédent et considèrent que ce qui a été fait par eux dans l'exercice de la fonction judiciaire ne peut plus être défait que par une autorité judiciaire supérieure ou par le législateur lui-même. C'est ainsi que la Cour d'appel instituée par les *Judicature Acts* s'est regardée comme astreinte à ne point se départir de ses propres décisions, et même, — sous certaines réserves et après quelques hésitations, — de celles des anciennes Cours de même autorité, dont elle est l'héritière. Et la grande Cour régulatrice de l'ensemble de la jurisprudence anglaise, celle contre les décisions de laquelle il n'y a plus de recours possible, la Chambre des Lords semble avoir finalement adopté comme règle de conduite en pareille matière l'opinion, soutenue dès 1852 par Lord Campbell, que « toute décision émise par la Haute Cour, en point de droit, est conclusive pour la Cour elle-même aussi bien que pour tous les Tribunaux inférieurs », que « c'est le

mode constitutionnel dans lequel la loi est déclarée et que, après qu'un tel jugement a été prononcé, il ne peut plus être altéré que par un acte de la législature[1] ».

La jurisprudence américaine a toujours réagi contre le second de ces traits caractéristiques de la conception anglaise de l'*authoritative precedent*, — trait qui n'a pris, d'ailleurs, toute sa brutale précision que postérieurement à la scission du *common law* en deux grands rameaux. Dès 1826, James Kent signalait, dans ses *Commentaries on american law*, lecture XXI, quelques-uns des dangers de la superstition du cas, du respect attaché aux décisions trop anciennes. Et, depuis lors, la résistance est allée constamment s'accentuant. La Cour suprême fédérale des Etats-Unis n'a jamais consenti à se considérer comme liée par ses propres décisions. Elle a fait, notamment, une application retentissante de ce pouvoir de reconnaître ses propres erreurs et de les réparer d'elle-même dans une espèce où se trouvaient intéressées, par le contre-coup de l'exemplarité du cas, toute une série de tractations juridiques importantes engagées sous la foi et la protection d'une de ses décisions antérieures[2]. Les Cours suprêmes des divers Etats ont sur ce point suivi l'exemple de la grande Cour fédérale et n'hésitent pas à se départir de leurs anciennes décisions dans les cas où elles ont trop visiblement cessé de correspondre aux conditions du milieu social[3]. L'inclination générale des tribunaux du nouveau monde à s'affranchir ouvertement de l'influence de précédents trop notoirement surannés est, depuis longtemps, signalée par les observateurs du dehors comme l'un des caractères qui différencient le tempérament juridique américain du tempérament anglais[4].

[1] Pollock, *l. c.*, p. 312.

[2] *The legal tender cases*, 1870, 12 Wallace, 457. — Cf. Pollock, *First Book of jurisprudence*, p. 319.

[3] Gray, *Judicial precedents : a short study of comparative legislation*, dans *Harvard law Review*, IX, p. 40. — Simeon E. Baldwin. *Private Corporations*, dans *Two Centuries*, p. 276-277 et 284.

[4] Rüttiman, *Das nordamericanische Bundesstaatsrecht*, I, p. 339 et s. —

Et les jurisprudences américaines ne se sont pas complètement appropriées, non plus, l'autre trait essentiel de la conception anglaise de l'autorité du cas, celui qui rend le règlement légal du premier juge saisi d'une question de droit strictement obligatoire pour tous ceux qui lui sont subordonnés ou même coordonnés et assure ainsi la fixation immédiate, sans sondages préalables, de tous les cas de loi, par le seul jeu des premières décisions judiciaires dont ils sont l'objet. Ceux des écrivains anglais qui s'intéressent au développement de la littérature juridique américaine, comme sir Frederick Pollock par exemple[1], constatent que les écrivains des Etats-Unis discutent et critiquent les autorités judiciaires avec une liberté qu'on ne tolérerait point en Angleterre. Et ce n'est pas seulement dans la doctrine qu'on les discute, c'est aussi devant les tribunaux eux-mêmes. L'attitude des magistrats américains à cet égard, — attitude qui, aux yeux du praticien anglais, paraît aisément révolutionnaire, — est assez bien caractérisée dans une note « sur le rôle et l'usage des cas jugés » rédigée par un juge de la Cour Suprême fédérale et reproduite dans Dillon[2]. Après avoir écarté les cas qui peuvent être réglés par des principes incontestés et n'ont pas besoin de l'appui d'autorités judiciaires, puis ceux qui touchent à des questions de droit constitutionnel ou statutaire, — cas dans lesquels les solutions données par les Cours Suprêmes, prennent une valeur exceptionnelle, — l'auteur de cette note, le juge S.-M. Miller constate que, dans tous les autres cas, l'autorité et le poids respectifs des précédents invoqués dépendent à la fois de la place hiérarchique et du renom moral des juridictions dans lesquelles ils ont été rendus, ainsi que du crédit personnel des juges qui en sont les auteurs, et conclut sur cette remarque : « Après tout, le pouvoir convaincant de l'opi-

Kempin, *Die Rechtsquellen der Gliedstaaten und Territorien der Vereinigten Staaten von America*, Zurick, 1892, p. 8.

[1] *Essays in Jurisprudence and Ethics*, p. 245, n. 1.

[2] *Laws and Jurisprudence of England and America*, p. 261-263.

nion ou de la décision, dans un cas reporté, doit dépendre très largement de la force du raisonnement sur lequel elle est basée, et de ceci chaque juriste et chaque Cour doit nécessairement être son propre juge. » Visiblement le système anglais du *case law*, en s'acclimatant en Amérique, non seulement a désormais cessé d'évoluer, comme il a continué à le faire en Angleterre, dans le sens d'une rigidité croissante, mais à même perdu beaucoup de cette ancienne rigidité et s'est, par là, rapproché des jurisprudences continentales[1].

Les jurisprudences particulières des Etats américains ne s'établissent pas avec la même précipitation et ne s'immobilisent jamais aussi complètement que la jurisprudence anglaise. Quant à cette jurisprudence comparative qu'est le droit américain envisagé dans son ensemble, elle ne se fixe qu'avec beaucoup plus de difficultés et de lenteurs que la jurisprudence française, et elle ne peut atteindre la cohésion et la stabilité, qu'assure à cette dernière l'action régulatrice de la Cour de Cassation. Elle est même dans un état encore quelque peu chaotique qui tient, dans une certaine mesure, à l'inexistence en Amérique d'un organe général de coordination du reportage de loi similaire au *Council of Law Reporting* anglais et à l'extraordinaire multiplication de la masse étouffante des volumes de reports qui, depuis si longtemps, a éveillé les préoccupations légitimes de l'*American Bar Association*. Mais l'instabilité relative de la jurisprudence américaine à laquelle les grandes enquêtes analysées dans le livre de M. Nerincx[2] ont cherché, jusqu'ici sans succès, à trouver des remèdes, tient surtout à une cause autrement profonde que la

[1] Le droit américain a subi, à ce point de vue, une évolution inverse de celle du droit écossais, qui est parti de la méthode continentale d'élaboration judiciaire du droit — encore exposée, au milieu du XVIII[e] siècle, par Erskine : *Principles of the Law of Scotland*, liv. I, titre I, § 16-17 — pour évoluer depuis, de plus en plus franchement, vers la conception, spécifiquement anglaise, de l'autorité du cas. (Cf. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 199-202.)

[2] *Organisation judiciaire*, passim, mais surtout ch. XVII, et appendice.

production excessive des reporters. Cette raison d'être plus intime est fort bien caractérisée dans les lignes suivantes du juge Dillon. Il faut envisager, dit-il, quelle est notre situation : « Les populations de quarante-quatre Etats légifèrent pour elles-mêmes en ce qui concerne les sujets sur lesquels le Gouvernement national n'a pas par bonheur un contrôle. Avec quarante-quatre Cours d'Etats de dernier ressort et autant de Cours fédérales, siégeant dans ces Etats et exerçant, en général, une juridiction concurrente sur la même population et les mêmes matières, le développement d'un système harmonieux et symétrique de jurisprudence se heurte à des difficultés extraordinaires. Le conflit d'opinion est inévitable, et il n'y a point de tribunal commun supérieur, sauf dans une classe limitée de cas touchant à des questions fédérales — c'est-à-dire aux questions mettant en jeu la constitution fédérale, les traités et les actes des congrès qui peuvent aller devant la Cour Suprême des Etats-Unis pour règlement d'autorité[1]. »

M. Dillon nous donne ici l'explication de la physionomie si caractéristique que présentent, par opposition avec les travaux de droit anglais, celles des monographies de nos collègues des Etats-Unis qui sont vraiment, et au sens national du mot, des études de jurisprudence américaine. Qu'on se reporte, par exemple, à l'article si paradoxal, mais si suggestif, de J. Barr Ames sur la dessaisine des chattels[2] ; on sera immédiatement frappé par une similitude d'allures avec les plus récents et les plus documentés de nos travaux de jurisprudence française. Même effort pour dégager sous la diversité des arrêts une doctrine d'ensemble, des principes directeurs capables d'expliquer les solutions déjà acquises et de résoudre les questions qui demeurent encore ouvertes; et, sous le texte, mêmes notes compactes où défilent les mêmes séries d'autorités à l'appui des systèmes qui, sur tel ou tel problème particulier, se disputent encore les préférences de la pratique.

[1] *Laws and Jurisprudence*, p. 219-220.
[2] *Select Essays*, III, p. 541-591.

§ IV. — Les premiers éléments d'un droit commun national.

Il semble, au premier abord, que, dans cette jurisprudence de formation comparative, il n'existe aucun autre élément d'unité que le *common law* anglais, lui-même accepté, répudié, interprété, modifié en toute liberté par chacune des législatures et des pratiques judiciaires locales. Mais un examen plus attentif y révèle l'existence de facteurs agissants de dégagement d'une pensée juridique nationale. Tel est déjà, dans une certaine mesure, le rôle de la jurisprudence fédérale, quoique la Cour Suprême des Etats-Unis se soit imposée comme règle de conduite de ne pas chercher à influencer le développement des jurisprudences d'Etats et paraisse s'astreindre, quand elle les rencontre sur sa route, à les interpréter en conformité avec la pratique des Cours Suprêmes des Etats intéressés.

Tel est aussi, et d'une façon beaucoup plus apparente, le rôle de la législation. Rôle indirect évidemment, puisque, par son mécanisme local, la législation civile semble devoir être, au contraire, le facteur de diversité par excellence. Mais il est inévitable que, dans une nation comme les Etats-Unis, chacune des grandes expériences législatives, que peut tenter l'un des membres de la Confédération, éveille la curiosité et provoque facilement l'imitation dans les autres parties de la communauté juridique. Nous savons quel écho ont trouvé, au début du XIX^e^ siècle, les idées réformatrices de Livingstone et les réalisations partielles dont elles avaient été l'objet dans la Louisiane. Qu'on se rappelle aussi l'action attractive qu'ont exercée, non seulement les codifications et revisions de codifications, mais jusqu'aux projets de codifications ou de revisions de l'Etat de New-York, et la rapidité avec laquelle se répandit notamment ce fameux Code de procédure de 1848, auquel reste lié le nom de David Dudley Field, Code qui, dans les cinq premières années de son existence, fit pénétrer ses prin-

cipes dans sept autres états, tout en provoquant de profondes transformations dans trois autres et parvint, au cours des vingt années qui suivirent, à se faire recevoir dans ses lignes principales par les législatures de seize autres Etats[1]. Ces exemples montrent assez que les réformes d'un Etat particulier font aisément boule de neige, et peuvent arriver, sinon à réaliser l'unité complète du droit américain sur un point déterminé, du moins à créer un courant d'idées assez nettement prédominant pour qu'on puisse dire qu'il existe en la matière un droit commun américain.

Des organismes se sont d'ailleurs créés pour exploiter cette puissance naturelle d'interpénétration des législations d'Etats et activer ainsi la formation d'un fond national d'institutions juridiques communes. Telle est notamment l'œuvre que poursuit la *Commission for the promotion of uniformity of legislation in the United States*, dont le titre même indique assez les aspirations, et qui a déjà réussi à réaliser la quasi-uniformité du droit en Amérique sur l'une des branches les plus usuelles du droit commercial, le droit de la lettre de change, du billet à ordre et des chèques. Le projet-type de statut, rédigé par l'un de ses membres, M. John W. Crawford, sous le titre de *Negotiable Instruments Law*, à l'imitation du *Bills of Exchange Act* anglais de 1882, adopté après discussion et avec quelques modifications par les commissaires[2], fut, dans les deux ou trois années qui suivirent sa publication, successivement accepté par seize Etats[3], et il est devenu aujourd'hui, par le développement de ce phénomène d'attraction législative, le droit de la grande majorité des pays de l'Union[4].

[1] Cf. Hepburn, *The historical development of code pleading in America and England*, dans *Select Essays* II, p. 655-672.

[2] Norton, *Bills and Notes*, 3e édition, p. 432 et les articles critiques de Ames, dans *Harvard Law Review*, XIV, 1900-1901, p. 241-257, et XVI, 1902-1903, p. 255-261.

[3] W. F. Foster, *Contract*, dans *Two Centuries*, p. 74-75.

[4] Hazeltine, *op. cit.*, *Law Quarterly Review*, 1918, p. 89.

Indépendamment de cette Commission, mais parallèlement à elle, un certain nombre de grandes Associations qui se recrutent dans l'ensemble de la Confédération et poursuivent des visées nationales, sont aussi intervenues, mais en se spécialisant chacune sur un terrain plus limité, pour travailler à la réalisation du même idéal d'unification pratique du droit : par exemple la *Society to promote efficient administration of justice*, qui s'est constituée en 1913 pour guider elle aussi, par la rédaction de modèles de statuts réformateurs, les législatures d'Etats dans la voie d'une amélioration générale et uniforme de l'organisation judiciaire, ou, — sur le terrain du droit pénal, — l'*American Institute of criminal law and criminology*, et, — en ce qui concerne la question, si actuelle et si délicate, de l'organisation du barreau et la réglementation législative de ses conditions d'accès, — l'*American Bar Association* avec son *Committee on Legal Education*, l'Association des Ecoles de Droit américaines, et la *Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching* qui, en 1913, a cherché, à son tour, à préparer le terrain pour un régime national en commençant une importante enquête sur l'organisation générale de l'enseignement du droit dans les Etats-Unis. En dehors de l'action réfléchie et systématique de ces Commissions et Associations, il existe une série de facteurs naturels et permanents qui aiguillent déjà, et aiguilleront de plus en plus, les législatures d'Etats dans la voie de la codification, soit globale, soit surtout partielle, chapitre par chapitre, et, en même temps, dans la voie du rapprochement mutuel.

Mais, à vrai dire, dans l'évolution vers le dégagement progressif de ce droit commun américain, qui est la seule forme de droit national pouvant se concilier avec le fédéralisme tel qu'on le pratique aux Etats-Unis, les jurisprudences judiciaires et les législatures elles-même ne peuvent, à raison de leur nature d'institutions locales, jouer que le rôle d'instruments accessoires, et d'instruments qui n'agissent qu'autant qu'une force supérieure vient les actionner. Cette force supé-

rieure c'est la doctrine, la science du droit, avec tous ses organes naturels de diffusion, l'enseignement, le livre, la pénétration de ses représentants dans les Cours de justice, dans les législatures et dans les Associations qui se proposent de stimuler et contrôler le travail législatif. Elle seule jouit de la liberté d'allures nécessaire pour planer au-dessus de l'énorme masse des *law reports*, — masse insondable pour qui la regarde de trop près, — et dominer, grâce au recul, l'infinie diversité du *Statute law*. Elle seule peut discerner, sous les innombrables contingences locales, les lignes générales et directrices de la pensée juridique nationale et reconnaître les buts communs vers lesquels les législatures d'Etats sont plus ou moins consciemment orientées par la pression des réalités économiques.

Mais cette fonction sociale n'a été jusqu'ici que très imparfaitement remplie par la doctrine américaine. Les premiers initiateurs, James Kent et ses émules, étaient venus trop tôt pour pouvoir l'engager dans les voies définitives. Les droits d'Etats étaient encore de leur temps trop peu formés pour qu'ils pussent en faire sortir un droit vraiment national et pleinement approprié aux conditions particulières de la vie américaine. Leurs successeurs, pendant que s'édifiaient lentement les jurisprudences locales, pour parer à la hâte aux inconvénients de leur diversité, se sont adressés aux traditions du *common law* britannique, qui leur apparaissaient comme la seule sauvegarde possible contre l'émiettement du droit, et se sont, pour la plupart, résignés à vivre dans la dépendance étroite de la doctrine anglaise. Que cette résignation n'ait point eu les effets bienfaisants qu'ils en attendaient au point de vue de la sécurité des relations juridiques entre ressortissants des divers Etats américains, c'est ce qu'attestent les récriminations contre l'incertitude du droit qui, depuis le rapport Dudley Field-John Dillon de 1885[1], reparaissent périodique-

[1] *Am. Bar As. Reports*, 1885, p. 323-450.

ment dans les volumes annuels de l'*American Bar Association*. Il est devenu visible, pour les chapitres les plus vivants, et par conséquent les plus mouvants, du droit américain, que ce n'est plus dans une invocation des principes anciens du *common law* anglais, — qui a cessé d'être entendue dans la pratique, — mais dans une étude comparative et critique des productions des législations locales, que la doctrine peut trouver les moyens de remplir, vis-à-vis de ces législations, la tâche de coordination et de conciliation qui lui incombe.

La doctrine américaine se trouve aujourd'hui dans une situation profondément différente de celle où elle était au temps de James Kent. Elle ne se plaint plus comme lui de l'indigence des sources ; elle se plaint, au contraire, d'une accumulation effroyable de décisions judiciaires faisant autorité et d'une production trop rapide, et surtout insuffisamment cohérente, des législations statutaires. Elle se plaint de la coexistence de quarante-huit droits d'Etats, — au moins, et même un peu plus, — droits, en général, quelque peu fragmentaires, mais déjà développés, et développés souvent dans des sens différents. Elle se plaint d'avoir à dépouiller un matériel de documentation si abondant et si chaotique qu'il faudra un très long effort de classement, de critique et de systématisation pour arriver à y introduire l'ordre et la lumière. Et elle a bien tort de se plaindre. Car, si cette situation est grosse d'inconvénients, et pour le public, et pour les praticiens, elle est, en revanche, favorable entre toutes au développement de la science du droit, au sens le plus élevé du mot. C'est un état de choses du même genre, — le voisinage, au sein d'une même patrie, d'une soixantaine de coutumes apparentées, mais différentes sur beaucoup de points, déjà assez formées pour être l'objet d'une comparaison suivie, mais encore assez instables pour s'ouvrir largement à l'interpénétration mutuelle, — qui a permis dans la France du XVI^e^ siècle la plus remarquable floraison de grands jurisconsultes que notre pays ait jamais eue, et ce sont des circonstances quelque peu similaires qui

ont valu à l'Allemagne du XIX^e^ siècle une abondante production de travaux sur le *Deutches Privatrecht*. Aussi me semble-t-il fort probable que, contrairement aux conclusions pessimistes de l'enquête, si documentée, de M. Nerincx[1], le moment approche où la littérature du droit privé américain, franchissant le stade des livres de pratique et des publications de *Select Cases*, verra éclore les grands *Text-Books* qui nationaliseront la branche américaine du *common law* et lui permettront de dégager son tempérament et son originalité propres.

Sous les phénomènes apparents qui ont frappé l'œil de M. Nerincx, on aperçoit, en effet, de nombreux symptômes qui font présager une transformation décisive, et à assez brève échéance, dans l'orientation de la doctrine américaine. C'est d'abord la formation dans le personnel enseignant des Facultés de Droit, — jadis recruté d'une façon à peu près exclusive parmi les barristers et les juges, — d'un ilôt grossissant de spécialistes qui s'astreignent à consacrer tout leur temps à l'œuvre de l'éducation légale et qui n'abordent l'enseignement qu'après une longue préparation technique que quelques-uns ont même été parfaire à l'étranger[2]. Il se crée ainsi un premier noyau, appelé à se développer très vite, d'hommes professionnellement aiguillés vers les patientes recherches que nécessite la rédaction d'un *Text-Book* et possédant l'éducation méthodologique nécessaire pour imprimer à ces recherches un esprit scientifique. Grâce à l'action de ces spécialistes, les voies qui conduiront à une vue synthétique du droit américain se dessinent déjà dans certaines études monographiques, comme le magistral traité de Wigmore sur la preuve[3].

Non moins significative est la préoccupation affirmée dans

[1] *Organisation judiciaire*, p. 128, n. 1.

[2] Hazeltine, *l. c.*, *Law Quarterly Review*, 1918, p. 86.

[3] *A treatise on the system of evidence in trials at common law*, Boston, 1904-1905.

les prospectus des grandes Ecoles de Droit de donner à leurs étudiants une éducation qui les prépare pour la pratique, non pas dans tel ou tel état déterminé, mais dans tous les lieux où prévaut la loi anglo-américaine[1]. Cette préoccupation a fortement contribué à l'intense mouvement de discussion critique qui, depuis de longues années déjà, se déroule en Amérique autour du problème des méthodes de l'enseignement du droit. La méthode du *case-system* qui, grâce à l'influence d'Harvard, sa première initiatrice, est sortie triomphante du choc de ces discussions et qui, en ce moment, joue le rôle prédominant — et peut-être un rôle trop exclusif — dans la direction de l'éducation légale[2], en forçant les étudiants à vivre dans le contact incessant des textes judiciaires de leur droit, en même temps que de ceux du droit anglais, les a déjà préparés à la perception des réalités économiques nationales qui doivent pousser de plus en plus impérieusement la science juridique américaine vers un développement autonome. Il y a tout lieu de penser que cette méthode frayera les voies à d'autres procédés de travail qui, en se combinant avec elle, assureront la fécondation, par une étude comparative et synthétique, des éléments originaux que recèlent en si grand nombre les législations d'Etats[3].

C'est enfin un indice tout aussi impressionnant que les deux précédents que cette attirance vers la « politique du droit » qui, depuis le début du siècle, va s'exerçant avec une énergie toujours croissante sur les professeurs des grandes Ecoles de Droit, ces fournisseurs naturels de la doctrine, et leur fait

[1] Cf. *Official register of Harvard University, Law School*, 1918-1919.

[2] Cf. la publication de centenaire d'Harvard, *Harvard Law School*, 1817-1917, p. 31 et s., le rapport publié en 1914 par la *Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching : The common law and the case method in american university law schools*, ainsi que la bibliographie de Hazeltine, L. Q. R., 1917, p. 333; 1918, p. 99, et, pour la critique de cette méthode, Nerincx, *Organisation judiciaire*, p. 120-130.

[3] Cf. l'article de J. Wigmore dans *Harvard Law Review*, 1917, XXX, p. 812-829.

envisager comme l'un des devoirs primordiaux de leur profession la critique des institutions existantes, la dénonciation de leurs lacunes ou de leurs vices et la recherche des moyens efficaces d'en corriger les imperfections. Un maître-écrivain qui, par son enseignement à Harvard, d'abord comme professeur, puis comme doyen, a exercé une influence décisive sur la formation d'une grande partie du personnel des Ecoles de Droit américaines, James Barr Ames a précisé ces aspirations de l'enseignement vers la critique législative et vers l'action sociale dès 1901, dans un discours sur la « vocation du professeur de droit », où il signale « l'influence bienfaisante que le professeur peut exercer comme expert-conseiller en législation, en retenant ou en guidant la main du législateur[1] ». M. Hazeltine, qui rappelle les paroles d'Ames, constate que, depuis qu'elles ont été prononcées, l'activité déployée « dans une contrée démocratique par une législature fédérale et quarante-huit législatures d'Etats », fonctionnant parallèlement, a créé un besoin de plus en plus apparent d'avis d'experts techniques et conduit le corps professoral à prendre plus fortement conscience que par le passé de la « saine et directrice influence » qu'il peut et doit exercer sur la marche de la législation.

Toutes ces tendances convergent visiblement vers une direction unique, dans laquelle elles sont destinées à se fondre, direction que marquait et jalonnait d'avance l'Ecole de Droit de Yale University, la rivale d'Harvard en ancienneté et en influence, quand, à l'occasion de son centenaire, elle dressait l'inventaire rapide des doctrines originales que la jurisprudence américaine a, pendant les XVIII[e] et XIX[e] siècles, greffées sur le fond anglais du *common law*. C'était là un travail de sondage et de reconnaissance en vue de cette grande œuvre de la constitution d'une science du droit commun américain

[1] Cf. Ames, *Lectures on the legal history*, ainsi que le mémoire placé en tête de cette publication, et Hazeltine, *l. c.*, L. Q. R., 1918, p. 88-90.

qu'auront à accomplir, pendant les années qui vont venir, les jurisconsultes et les universitaires du nouveau monde.

L'importance des répercussions que le droit privé américain, une fois systématisé et nationalisé, est appelé à exercer sur le mouvement futur de la science et de la législation mondiales, peut d'avance être mesurée grâce à l'expérience du passé. Les courants, vraiment généraux et durables, de réforme légale qui, au cours du XIX[e] siècle, se sont dessinés dans la communauté des Etats-Unis, ont fait sentir tôt ou tard leur attraction sur le continent européen. C'est ainsi que le travail de revision critique que la vieille procédure anglaise a subi en Amérique à partir de 1848, sous l'impulsion de Dudley Field et du Code de procédure civile de New-York, a brusquement accéléré le mouvement de réformation, si timidement entamé en Angleterre par l'*Uniformity of Process Act* de 1832 et les statuts de 1833, et, en fournissant l'idée première d'une partie des mesures réalisées dans les *Common Law Procedure Acts* de 1852 et 1854, a frayé la voie à la transformation plus radicale du *Judicature Act* de 1873 qui, à son tour, a eu un rejaillissement dans la procédure de la plupart des colonies anglaises[1]. John Dillon[2] note aussi, avec une légitime fierté, que l'acte de la législature du Mississipi qui, dès 1839, a libéré la femme mariée des incapacités que le *common law* faisait peser sur elle, et les nombreux statuts des états de l'Union qui ont un à un suivi cet exemple, ont fourni l'inspiration première des *Married Women Property Acts* anglais de 1870 et 1882, actes dont on connaît assez l'influence sur la législation française postérieure. Et il est à peine utile de rappeler les suggestions que l'institution américaine du *Homestead* a fournies aux initiateurs, soit de notre législation du bien de famille, soit de la loi, dite des cinq feddans, qui restera, dans l'histoire

[1] Hepburn, *l. c.*, dans *Select Essays*, II, p. 675. — Baldwin, *Pleading in civil actions*, dans *Two Centuries*, p. 317 et s.

[2] *Laws and Jurisprudence*, p. 364.

contemporaine du droit égyptien, comme le principal legs de l'administration de Lord Kitchener.

Ces exemples datent d'un temps où la doctrine américaine se bornait à annoter les théories du *common law* anglais. Ils se multiplieront inévitablement quand cette doctrine concentrera ses efforts principaux sur l'exploitation du filon des institutions juridiques spécifiquement nationales. Le droit américain deviendra alors, grâce à l'action combinée de ses traditions techniques et des conditions économiques de son développement, le trait d'union naturel entre le droit anglais et les droits continentaux. Par son intermédiaire, des institutions d'origine latine pourront — comme cela s'est déjà produit pour l'hypothèque — être offertes au juriste anglais sous une patine de *Common law*, et des produits juridiques de provenance anglaise se présenteront à nous débarrassés de leurs attaches historiques médiévales, épurés de leurs éléments trop exclusivement techniques et surtout accommodés à l'humeur égalitaire de notre droit.

Section II

LA SIGNIFICATION MONDIALE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE. L'AVENIR DE SES RELATIONS AVEC LE COMMON LAW ANGLO-AMÉRICAIN

Pour se préparer à la tâche qui leur incombe dans la construction d'un droit privé national, les jeunes générations de jurisconsultes américains ont besoin d'une culture générale plus large que celle qui pouvait suffire au reporter de loi ou à l'annotateur d'arrêts. Les leaders du mouvement de réforme de l'éducation légale sentent que ce complément d'instruction professionnelle doit être demandé, avant tout, à la jurisprudence comparative; que, pour qu'ils aient chance de former,

parmi leurs étudiants, des juristes qui soient en état de discerner, sous les innombrables et contradictoires décisions d'espèce des *law reports* et des statuts locaux, les véritables lignes directrices de la jurisprudence nationale, il faut qu'ils les exercent à rapprocher cette jurisprudence — qui présente encore la mobilité et l'imprécision de structure des organismes jeunes et en pleine sève de vie — des systèmes juridiques plus anciens et plus formés du continent européen, dont la codification a, en quelque sorte, dessiné et extériorisé l'ossature et la musculature; que cette comparaison est indispensable à l'observateur américain pour lui révéler, tantôt, par les similitudes enregistrées, le point d'aboutissement naturel des directions où s'engage la jurisprudence de son pays, tantôt, par les oppositions auxquelles il se heurte, le génie propre de sa jurisprudence nationale. De là le développement, dans les milieux universitaires américains, de cette attraction vers l'étude des institutions juridiques européennes qui s'affirme si vigoureusement, non seulement dans les publications collectives de l'Association des Ecoles de Droit, telles que les *Continental Legal History Studies*, mais aussi dans l'orientation imprimée à leur cycle d'études juridiques supérieur par celles des Universités qui donnent le ton et créent la mode aux Etats-Unis. J'ai en ce moment sous les yeux l'*Official Register* de l'Université d'Harvard pour l'année scolaire 1918-1919, qui nous intéresse tout particulièrement à raison de ce fait qu'Harvard est devenu une sorte d'Ecole Normale où vient se former une partie du personnel enseignant des autres Universités. Dans la portion de ce programme qui correspond à nos études de doctorat, un cours fait par le doyen, M. Pound, et portant sur « la loi romaine, les principes de la loi civile et les Codes modernes en tant que leurs développements », forme l'élément central de l'enseignement, ou tout au moins, le seul élément strictement obligatoire — les aspirants au doctorat jouissant, en dehors de là, d'une très large liberté dans le choix de leurs matières d'examens.

Le titre même de cet enseignement d'Harvard nous indique assez dans quelles directions la science américaine est portée à aller chercher le stimulant de jurisprudence comparative indispensable pour l'aider dans l'accomplissement de sa tâche nationale. Car nous retrouvons dans ce titre l'accolement traditionnel de deux expressions : *droit romain* et *droit civil* — ce dernier terme visant d'une façon principale, mais non exclusive, les principes de nos Codes napoléoniens — que la littérature juridique américaine a toujours traitées comme inséparables et comme désignant un seul et même système juridique envisagé, tantôt dans ses origines historiques, tantôt dans sa dernière expression. C'est dans cette source, en apparence géminée, en réalité unique, que James Kent déclare avoir puisé, comme l'ont fait aussi Marshall et Story, l'inspiration de quelques-unes des sentences qui ont fixé les premières voies de la jurisprudence américaine. C'est l'exemple ou l'autorité du « droit romain ou droit civil » que Livingstone et ses continuateurs ont invoqué pour seconder leurs efforts de revision législative et de codification. Dans les incessantes luttes d'opinion qui se sont poursuivies pendant tout le XIX^e^ siècle entre les groupes traditionalistes et les groupes réformateurs de la profession juridique américaine, le même *droit romain ou civil*, est toujours apparu comme le véhicule habituel de la pensée juridique européenne, comme l'organe de pénétration de l'influence scientifique étrangère que les uns s'efforçaient de combattre et dont les autres cherchaient à se servir. Jusque dans la fin du XIX^e^ siècle, c'est encore contre ce système juridique à double dénomination que John Dillon croit devoir batailler pour défendre le droit américain contre la tendance à la « continentalisation ». Et c'est toujours contre lui que, sous l'empire des mêmes préoccupations, M. Hazeltine polémique dans une longue et savante note de son étude dans *Law Quarterly Review*[1].

[1] 1918, p. 96-97.

La science américaine s'est, dès le début et d'instinct, adressée, pour féconder et éclairer le *common law* par sa comparaison, à un corps de jurisprudence de même ordre, appartenant, lui aussi, à la catégorie des droits devenus communs à un vaste groupe de peuples, ayant déployé la même puissance d'expansion hors du terroir natal que la jurisprudence anglaise, et s'étant haussé, comme elle, au rôle d'un instrument international de communication des pensées juridiques. A ce système, elle a appliqué la quadruple qualification : droit romain, droit français, droit civil, droit continental. Droit romain, parce que la jurisprudence romaine a fourni à ce corps de droit, en même temps que son vocabulaire technique et ses classifications légales, une portion relativement importante de ses règles de fond et de procédure. Droit français, parce que ce système juridique n'a commencé à prendre sa signification actuelle de jurisprudence comparative qu'en s'acclimatant sur notre sol où, dès le temps de sa réception, et comme condition de cette réception, il a dû se combiner avec une forte proportion d'éléments empruntés à ces mêmes coutumes françaises du Moyen Age qui, transportées de l'autre côté de la Manche par les Normands, y ont formé le premier fond solide du *common law*. Droit civil, parce que l'œuvre d'unification et de codification du droit réalisée chez nous au début du XIX^e^ siècle, à la lumière des expériences législatives de la Révolution, par un travail de sélectionnement entre les traditions romaines et les traditions coutumières, est apparue aux contemporains comme la dernière métamorphose de la jurisprudence scientifique édifiée par les commentateurs du droit romain ; parce que notre Code civil de 1804 s'est créé dans la société internationale du XIX^e^ siècle la situation d'un continuateur et d'un héritier du *Corpus Juris civilis*. Droit continental, parce que le « nouveau droit écrit », le « droit romain moderne », consigné dans les Codes de Napoléon, s'est propagé sur notre continent, soit directement ou dans des éditions légèrement remaniées comme en Belgique, en Hollande, en

Allemagne même, — où sa persistance dans les pays rhénans jusqu'à la fin du XIX^e siècle en a fait le principal inspirateur du Code civil allemand, au moins pour ceux des chapitres qui donnent à ce Code sa valeur de droit comparé : la partie générale, la théorie des obligations, — soit par l'intermédiaire de codifications filiales, comme en Italie, en Portugal, en Espagne.

La dernière de ces dénominations, — droit continental, — ne donne d'ailleurs qu'une vue superficielle et incomplète des faits. Car la jurisprudence française n'a pas seulement maintenu ses attaches historiques avec les législations de quelques-unes des colonies anglaises; elle a aussi, pendant le cours du XIX^e siècle, développé son influence — dans l'Empire ottoman par l'intermédiaire des codifications qui se lient à la réforme législative de 1856; — en Egypte à l'occasion de la réorganisation judiciaire de 1875 et par le canal des Codes des tribunaux mixtes; — au Japon grâce au rôle joué par M. Boissonade dans la rédaction du Code civil de cet Etat. Elle a fourni aussi le point de départ et la matière première des diverses codifications des Républiques Sud-Américaines. Elle n'a donc pas simplement la valeur d'une jurisprudence continentale européenne. Elle a une portée de jurisprudence mondiale au même titre que le *common law* anglais, avec cette différence qu'elle jouit d'une force de diffusion qui ne se cantonne pas dans le cercle d'expansion d'une race ou d'une langue déterminées. Elle constitue le sol stable et profond sur lequel se sont édifiées les législations particulières des pays latins, et de beaucoup d'autres peuples encore, comme le *common law* constitue la terre nourricière d'où sont issus les multiples droits statutaires des Etats-Unis et du Commonwealth britannique. Elle a fourni aux juristes d'une bonne partie du continent européen, de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud, de certaines régions de l'Asie et de l'Afrique et même d'un coin de l'Amérique du Nord, la province de Québec, ce même bagage de mots techniques, de concepts, de classifications, de procédés de travail, cette même communauté d'éducation professionnelle

que le *common law* a fourni aux juristes de toutes les parties, — ou de presque toutes les parties, — du monde parlant anglais. Elle établit ainsi entre les légistes de tous les pays latins et des pays à législations d'origine latine, — quand ils ont vaincu les difficultés, d'ordre non technique, nées de la diversité de leurs langues usuelles, — les mêmes facilités de compréhension mutuelle dont bénéficient, dans leurs rapports entre eux, les juristes élevés à l'école du *common law*.

La fonction de monnaie juridique internationale que le droit français a ainsi conquise dans une partie du monde civilisé est excellemment définie, quoique sous une forme ironique, par une boutade de sir Frederick Pollock. Dans son *First Book of Jurisprudence*[1], il note au passage la propension inévitable des magistrats coloniaux à transposer les catégories du droit hindou ou du droit musulman en catégories juridiques anglaises, et, pour l'expliquer et l'excuser, il ajoute : « C'est là une tendance qui ne se confine aucunement aux légistes britanniques ou de langue anglaise. J'ai vu une consultation d'un distingué avocat français sur une question de droit s'élevant au Pérou et dans laquelle il affirmait simplement que le Code civil français était applicable. En fait, le Code péruvien, dans ce chapitre de la loi, était pratiquement une translation du Code français; mais le juriste français ne s'y référait pas du tout et il ne semblait pas qu'il eût fait une enquête ou une vérification quelconque. »

Je ne suis pas bien sûr que la méthode suivie par l'avocat français soit aussi critiquable que le pense l'éminent écrivain anglais et qu'elle puisse être équitablement comparée au procédé qui consiste à interpréter par référence au droit anglais des systèmes juridiques aussi profondément différents de ce droit que le sont les jurisprudences hindoue ou musulmane. Je suis convaincu, au contraire, qu'en agissant ainsi, le spécialiste consulté se conformait aux désirs d'un client péruvien

[1] Part, II, ch. VI, *in fine*.

qui n'éprouvait pas le besoin de se renseigner à Paris sur les dispositions, sans doute muettes ou obscures, de son Code national, mais obéissait, en sollicitant cet avis d'expert, à des préoccupations fort semblables à celles qui, au Moyen Age, dans les villes à coutumes ou à chartes importées, ont poussé si fréquemment les juges à demander, à l'*Oberhof* de la ville d'origine de leur droit, des parères sur le contenu de la législation-mère et qui nous ont valu ainsi l'une de nos meilleures sources de renseignements sur le droit coutumier de l'Allemagne médiévale. La fréquence même des consultations demandées à des praticiens ou à des professeurs français par des clients ou des confrères de l'Amérique du Sud, de l'Egypte, de la Grèce, de la Turquie, de tant d'autres pays, nous fait mesurer la force des liens qui aujourd'hui encore continuent à relier la jurisprudence française à ses nombreuses filiales.

Dans le premier et solide noyau de la Société des Nations, formé par les peuples dont la coalition vient d'assurer le triomphe du droit, par les populations arrachées au joug ottoman ou austro-hongrois et par ceux des neutres qui donnent des gages de leur sympathie à cette ligue initiale de paix, deux grands systèmes généraux de jurisprudence, deux corps de droit commun ou de *common law* se trouvent face à face et se partagent presque tout l'ensemble de cette communauté internationale : le droit commun aux peuples de langue anglaise qu'est le *common law* d'origine britannique et le droit commun aux peuples latins, ainsi qu'à un grand nombre d'autres, qu'est le droit français. Mais le droit français qui constitue le *common law* de notre groupe n'est pas écrit uniquement dans nos Codes déjà vieillis du début du XIX^e^ siècle, ni dans la masse des lois spéciales que nos Parlements sont venus greffer sur ces codifications initiales, ni même dans l'abondante jurisprudence civile et administrative qui constitue le fond principal et l'expression la plus moderne de notre droit positif national. Sur bien des points il a été développé, retouché ou même transformé par le travail des législations plus récentes qui sont

issues de notre Code civil, de notre Code de commerce, de notre Code de procédure, de notre Code pénal, et qui ont tantôt inspiré, tantôt suivi certaines de nos lois spéciales. Il va constamment s'enrichissant d'éléments nouveaux apportés par la doctrine italienne, belge, espagnole, hispano-américaine, etc., en même temps que par la nôtre, ou dus à l'activité de la pratique judiciaire des autres pays de notre groupe aussi bien qu'à l'activité de nos tribunaux. Mais tout ce travail vient naturellement se fondre ou se condenser dans la littérature juridique française, parce que notre législation est la législation-mère de toutes les législations de ce groupe, parce que c'est par l'intermédiaire de notre Code civil que tous ces droits se relient au droit romain, ou plutôt à la jurisprudence élaborée par les postglossateurs et les civilistes des XVI^e^, XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, qui s'interpose elle-même entre nos Codes et le droit romain original ; parce que, par sa masse, notre doctrine attire à elle les doctrines filiales moins compactes et en absorbe peu à peu l'essentiel ; parce que la cohésion et la précision relative de lignes, que l'action régulatrice de la Cour de Cassation donne à notre jurisprudence, assurent son influence sur la marche des jurisprudences travaillant de façon plus discursive.

Ce *common law* français est le produit d'une comparaison entre toutes les législations d'origine française et d'une comparaison qui, naturellement, ne fait état que des éléments réellement vivants, de ceux qui représentent, en même temps que les institutions du présent, les bases sur lesquelles s'édifieront les institutions de demain, et qui abandonne aux curiosités de l'historien du droit comparé les survivances, dont fourmille toute législation, ou même les normes de droit et les rouages législatifs dont l'expérimentation locale a définitivement démontré l'impuissance ou la nocivité. C'est ainsi que ce droit commun ne saurait inscrire, par exemple, parmi les productions qu'il offre à la comparaison avec le *common law* rival, je ne dirai pas notre méthode même d'organisation par noms de personnes de la publicité des constitutions et trans-

ferts de droits réels immobiliers, — qui peut à la rigueur se défendre comme un pis aller, — mais les diverses règles, vestiges d'un régime antérieur de clandestinité, qui se greffent sur ce système et créent autant de fuites dans la publicité qu'il organise; ou encore certaines dispositions de notre procédure civile ou criminelle, — comme la réglementation française de la théorie du défaut, — dont nous avons trop l'habitude pour en sentir l'humour, mais qui inspirent à l'observateur anglais la même curiosité amusée que nous éprouvons en lisant dans les manuels, où elle traîne encore, la description de l'ancien cérémonial des *common recoveries* ou de l'*action of ejectement*. Le droit français peut, somme toute, être enseigné de deux façons bien différentes : 1° par le point de vue interne et strictement national, comme une législation positive, dont toutes les dispositions en vigueur, quelle qu'en soit la valeur, méritent également examen; c'est sous cette forme que nos Facultés, qui sont avant tout des écoles professionnelles, doivent l'enseigner, au moins dans leur cycle de licence, aux étudiants qu'elles ont la mission de préparer pour la pratique devant les tribunaux de notre pays; 2° par le point de vue international, comme l'un des deux grands systèmes de jurisprudence, à bases et à fonctions comparatives, qui se présentent dans la Société des Nations, telle qu'elle est composée pour l'instant, comme les deux guides concurrents de la vie juridique commune. C'est sous cette seconde forme que le droit français se recommande surtout à la clientèle étrangère de nos Universités.

La Société des Nations se trouve, à l'heure de sa naissance, divisée entre deux cultures juridiques qui, pendant longtemps, n'ont pas pu ou n'ont pas voulu se connaître et se comprendre. Régime peu propice à la consolidation de l'union morale entre ses membres; régime quelque peu compromettant pour la sécurité des relations commerciales entre les deux groupes de populations régies par ces cultures opposées; régime qu'il faudrait bien accepter pourtant avec la résignation passive que l'on éprouve en face de tant d'autres imperfections inévitables de l'organisation sociale, s'il nous était démontré que les contradictions entre le *common law* anglo-américain et le *common law* latin soient toutes dues à des divergences dans la vision populaire du droit, à l'incompatibilité des mœurs et des tempéraments nationaux ou aux conditions particulières de la formation économique des divers peuples. Mais si, parmi les trop fréquentes oppositions de vues qui séparent les deux jurisprudences directrices, il en est, — et en forte proportion malheureusement, — qui découlent de ces origines profondes et ont, par conséquent, des raisons d'être durables, beaucoup plus nombreuses encore sont celles qui apparaissent comme le produit d'accidents historiques de l'évolution des divers droits nationaux ou tiennent à la présence, dans chacun des deux systèmes, d'une série de survivances que l'autre a déjà éliminées. La dissemblance d'esprit et d'allure générale des deux corps de droit commun est, avant tout, l'œuvre de la technique. C'est parce qu'ils ne se servent pas du même outillage professionnel et parce qu'ils restent trop exclusivement attachés à leurs traditions d'écoles particulières, que les représentants des deux jurisprudences rivales aboutissent le plus souvent, même quand ils travaillent sur les mêmes données économiques et mettent en œuvre les mêmes conceptions populaires, à des réglementations juridiques en apparence inconciliables.

Pour étayer cette affirmation d'un appareil de preuves consistant, il faudrait entrer dans une analyse comparative des deux techniques juridiques et de leurs méthodes traditionnelles d'action. Analyse qui ne saurait trouver place ici, mais que j'espère entreprendre ailleurs. Qu'il me suffise, pour l'instant, de constater que l'on ne peut évidemment attribuer à l'influence de divergences populaires dans la façon de se représenter le droit, ni la réception par les juristes français de la majeure partie du vocabulaire et des classifications du droit romain, ni l'adaptation à leur usage personnel par les juristes anglais d'un vocabulaire et de classifications empruntés

à notre Moyen Age normand, puisque, en même temps que les praticiens élevaient par là des barrières internationales entre leurs techniques, ils en dressaient d'autres, à l'intérieur de leurs pays, entre leur langue professionnelle et la langue des laïques. Ce n'est certes pas, non plus, sous la poussée de l'opinion publique que se sont développées, dans le *common law*, ces survivances[1] et ces fictions légales, — qui, même après les réformes du XIX^e^ siècle, au cours desquelles il en est tant disparu, restent aussi nombreuses dans la jurisprudence anglaise que dans le droit romain des temps classiques, — ces *devices*, ces *evasions*, ces *common forms*, — qui maintiennent les règles modernes du droit liées aux expédients et aux cérémoniaux grâce auxquels elles se sont jadis glissées sous les règles abandonnées, — et toutes ces *technicalités* du *Conveyancing : règles techniques de construction* (ou d'interprétation des actes), mots légaux, *formal words*, comme les mots de limitation ou de procréation, subtilités et *refinements* doctrinaux, — qui, pour reprendre une formule familière aux auteurs anglais, condamneraient à la *défaite* à peu près inévitable de leurs volontés celles des parties qui prétendraient se soustraire à la tutelle du *conveyancer*, seul en possession de la connaissance des mots doués de la vertu, en quelque sorte magique, de produire les effets juridiques souhaités par les contractants. Si les justiciables anglais se résignent, parce qu'ils y sont depuis longtemps habitués, aux lenteurs des procédures, à l'incertitude et à l'ésotérisme du droit et surtout aux frais, qui sont les conséquences inévitables de ces productions de la technique, il n'en est plus de même des populations absorbées après coup dans la vie commune de la culture britannique. C'est la répugnance des laïques à se plier aux *technicalités* du droit anglais qui explique que la jurisprudence

[1] Le puissant livre de Holmes : *Common Law*, est d'un bout à l'autre une saisissante démonstration du rôle joué par les survivances dans la jurisprudence anglaise et dans son histoire.

romaine ou française ait réussi à résister à l'attraction du *common law* dans des milieux où elle se présentait sous des formes pourtant bien vieillies, soit sous la forme du droit français d'avant la Révolution, comme au Canada, dans la province de Québec, soit sous la forme de la jurisprudence romano-hollandaise du XVIII^e^ siècle, comme dans les colonies de l'Afrique du Sud, à Ceylan, dans la Guyane britannique[1].

Le droit français a, lui aussi, ses survivances, ses *devices*, ses cautèles ou ses *common forms;* notre pratique notariale n'est pas plus dégagée que la pratique des *conveyancers* de l'attachement aux vieilles formules et aux routines ancestrales ; elle doit, elle aussi, mettre en mouvement tout un jeu de « mots légaux » et de « règles techniques de construction ». Ces « technicalités » de notre jurisprudence ne frappent pas autant notre attention que les « technicalités » de la jurisprudence voisine, non seulement parce qu'elles sont entrées dans le cercle de nos traditions, mais surtout parce qu'elles n'affirment pas d'ordinaire leur véritable caractère avec la même franchise. Mais elles n'en entraînent pas moins, pour les justiciables, les mêmes charges, les mêmes déceptions ou les mêmes incertitudes dans l'application du droit. Les phénomènes, qui ont isolé l'une de l'autre les techniques juridiques anglaise et française, ont donc, dans bien des cas, — peut-être même dans la majorité des cas, — contribué du même coup à créer une discordance entre les conceptions populaires du droit et la mise en œuvre judiciaire de ces conceptions. Il n'est pas un seul des droits nationaux actuels auquel ne puisse être appliquée, dans une certaine mesure, la

[1] L'influence des « technicalités » sur cette résistance offerte à la pénétration du *common law* a été signalée, notamment, par l'écrivain très informé qu'est le professeur Lee, aujourd'hui doyen de la Faculté de Droit, de l'Université Mac Gill, à Montréal, dans ses articles du *Journal of the Society of comparative Legislation, New Series*, XVI, 1907, p. 356-370 ; XX, 1909, p. 305-317, et dans un livre postérieur : *An introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, 1915.

remarque que formule M. Tudsbery dans l'un des derniers fascicules de *Law Quarterly Review*[1], en parlant du droit anglais : « Si l'on peut dire que c'est le *common law*, la véritable essence de notre système judiciaire, qui est la cause des retards et des dépenses dans l'obtention de la justice, peut-être le temps est-il venu où la loi doit donner place à un système moins encombrant dans lequel l'équité et la raison, le *jus gentium* et le *jus naturale* des Romains et des Stoïques aura la place principale. »

Le moment n'est-il pas venu pour la science du droit de réagir, par une orientation de ses disciplines dans le sens de l'universalisme, contre les causes de mésintelligence juridique qu'elle a semées entre les nations par la dispersion antérieure de son travail? N'a-t-elle pas maintenant le devoir de rapprocher ses ramifications locales et de leur infuser une humeur internationale? Puisque les deux grandes jurisprudences de groupes se dessinent déjà suffisamment dans leurs lignes essentielles, ne conviendrait-il pas de les soumettre, à leur tour, à un travail systématique et persistant de comparaison qui puisse dégager les conceptions, les règles, les aspirations communes qu'elles recèlent, et constituer ainsi les premiers linéaments, — encore fort maigres, mais qui se développeraient avec le temps, — d'un droit commun à la Société des Nations? J'en suis profondément convaincu. Et j'ai longuement exposé les raisons d'être de cette conviction dans un volume écrit en 1903[2]. Cette conception de la jurisprudence comparative, à l'époque où je la développais, est sans doute apparue à la très grande majorité de mes lecteurs comme la rêverie d'un esprit chimérique. Et pourtant ce que l'on considérait alors comme une anticipation téméraire sur des perspectives d'avenir extrêmement reculées, va, après écoulement de moins d'une vingtaine d'années, commencer à entrer dans le domaine

[1] 1918, XXXIV, p. 392.

[2] *La Fonction du Droit civil comparé.*

de la réalisation partielle. Car il semble, dès aujourd'hui, certain que les traités qui mettront fin à la mêlée guerrière des peuples sont appelés à créer, en même temps qu'une charte fondamentale de la législation ouvrière, un rouage international d'application et de développement de cette charte. Consacrant et fortifiant, sous la poussée de tous les groupes organisés du prolétariat mondial, un mouvement qui, depuis quelques années, se dessinait énergiquement et dont on a pu suivre notamment la marche progressive au travers des éditions successives du *Traité élémentaire de législation industrielle* de notre collègue Paul Pic, ces actes diplomatiques vont réaliser l'internationalisation d'une des branches les plus vivaces du droit privé ou, tout au moins, la doter d'un solide fond commun d'institutions internationales.

Le surcroît de forces que les classes ouvrières puiseront dans cette unification des grandes lignes de la législation du travail contraindra-t-il les classes industrielles et commerçantes à se défendre, à leur tour, par les mêmes armes? Les amènera-t-il à réclamer, de leur côté, la pénétration de l'ordre et de la lumière dans les parties du droit qui régissent leurs relations internationales? Leur inspirera-t-il, au moins, la volonté d'obtenir la substitution d'une méthode vraiment internationale de règlement des conflits de loi à la multitude de réglementations nationales, qui aboutit à greffer, sur les conflits entre les dispositions internes des lois civiles et commerciales des Etats, des conflits encore plus compliqués entre leurs règles de droit international privé? Sauront-elles, à leur tour, imposer l'incorporation, dans le cadre organique de la société internationale, d'un rouage d'élaboration législative du droit international privé moins rudimentaire que ne l'étaient les conférences de la Haye et obtenir la création d'un tribunal inter-étatique des conflits qui, en exerçant sur les juridictions nationales, pour la mise en œuvre du droit international privé, un contrôle semblable à celui que notre Cour de Cassation exerce, sur les Cours d'appel, pour l'application du droit

interne, puisse à la fois assurer l'unité dans l'interprétation judiciaire des règles posées par le législateur international et résoudre le problème des qualifications, problème insoluble par toute autre voie? C'est le mystère de l'avenir ! Mais nous pouvons, dès aujourd'hui, tenir pour certain, à raison de l'interdépendance qui existe entre toutes les branches du droit, que l'internationalisation des fondements de la législation ouvrière aura nécessairement des répercussions sur tout l'ensemble de la jurisprudence. Elle facilitera ainsi le développement de nouveaux traits d'union entre ces deux robustes systèmes de *common law* que sont le droit anglo-américain et le droit romano-français.

Les terrains de coopération scientifique ne manquent donc pas entre les juristes français et les juristes d'Angleterre ou surtout des Etats-Unis. Les grandes voies de commerce juridique international que l'Allemagne avait su établir entre ses Universités et le monde scientifique anglo-américain se trouvent pour l'instant interrompues. Il nous serait aisé, pendant les années qui vont venir, de fixer définitivement chez nous une partie importante du trafic scientifique international qui s'établissait par leur intermédiaire. Il suffirait pour cela que nous nous décidions à tirer parti des atouts incomparables que nous avons dans notre jeu : les relations séculaires de l'histoire de notre droit et de l'histoire de notre langue avec l'histoire du droit anglais et les nombreux points de contact qui s'ouvrent actuellement entre la jurisprudence américaine et la nôtre. Mais il ne dépend pas de nous de les mettre librement en valeur. Nous ne pouvons le faire qu'avec le concours des autorités qui règlent notre travail. Et ce concours ne peut nous être donné utilement que sous la forme de mise à notre disposition des instruments de recherche scientifique.

CONCLUSION

LES ORGANES D'UN INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

Un Institut de Droit comparé ne peut pas plus fonctionner sans bibliothèque d'études que sans enseignements.

I. — BIBLIOTHÈQUE D'ÉTUDES

C'est l'organe primordial. Il ne faut pas oublier, en effet, que les bibliothèques sont, pour les Facultés de Droit et des Lettres, l'équivalent de ce que sont les laboratoires pour les Facultés des Sciences, les cliniques et les hôpitaux pour les Facultés de Médecine. Si, à la rigueur, certains enseignements d'ordre professionnel peuvent être tenus à jour avec le seul secours de la bibliothèque personnelle du professeur, il n'en saurait être de même des enseignements d'ordre purement scientifique. Prétendre les créer sans les doter, au moment même de leur institution, de l'outillage de livres strictement indispensable, ce serait céder, une fois de plus, à la fâcheuse tendance qui pousse trop souvent les réformateurs scolaires à s'imaginer qu'il suffit de coller une étiquette complémentaire sur nos programmes pour imprimer du même coup une orientation nouvelle à nos enseignements.

Les enseignements de droit comparé, il est à peine besoin de le faire remarquer, par là même qu'ils exigent le rapprochement, — autant que possible au moyen de matériaux de

première main, — de diverses histoires juridiques nationales et d'un grand nombre de jurisprudences modernes, ont des besoins de documentation livresque fort étendus et, par conséquent, très coûteux. Nos bibliothèques universitaires générales ne sont pas en état de faire face à ces besoins. Elles passent elles-mêmes par une période de crise. La disparition de la majeure partie de leurs ressources et les difficultés du commerce international du livre n'ont même pas permis, pendant ces dernières années, d'y entretenir complètement les collections existantes. A plus forte raison, leur a-t-il été impossible de s'accommoder aux directions nouvelles que les transformations dans l'armature de la société internationale imposent à nos disciplines juridiques. Ces bibliothèques datent de l'avant-guerre et reflètent fidèlement l'état de nos relations scientifiques internationales à la veille de 1914. Or, sur le terrain du droit romain, de l'histoire générale du droit, de la jurisprudence comparative, — comme sur beaucoup d'autres d'ailleurs, — ces relations s'établissaient surtout avec l'Allemagne. Aussi notre bibliothèque universitaire est-elle infiniment mieux montée en collections allemandes qu'en collections de langue anglaise. Les productions de la science anglo-américaine, dans le cercle ouvert à l'activité des Facultés de Droit françaises, n'y sont guère représentées que par des revues et des livres de droit constitutionnel et de science politique et économique. Le rayon des monuments, soit de l'histoire de la loi anglaise, soit des jurisprudences anglo-américaines, y est à peine amorcé.

L'amorçage n'est même commencé que pour la littérature du droit anglais, et bien faiblement. Si nous trouvons dans nos casiers les *Chronicles and Memorials (Rolls Series)*, c'est en vain que nous y cherchons les collections antérieures des *Records commissionners*, ce qui nous prive de textes aussi élémentaires que le *Domesday Book* ou les *Statutes of the Realm*. Si notre bibliothèque a pu s'abonner, dès la première heure, aux précieuses publications de la *Selden Society*, ses res-

sources, en revanche, ne lui permettront pas d'ici longtemps de nous doter de collections qui sont également de toute première nécessité pour l'historien du droit comparé, comme celles de la *Camden Society*, de la *Pipe Rolls Society*, de l'*English Historical Society*, etc., et de nous procurer les cartulaires, *extents*, rôles et entrées judiciaires, etc., même les plus importants, qui se trouvent épars dans des publications provinciales comme celles de la *Surtees Society*, par exemple. En dehors des éditions critiques de *Year Books* des *Rolls Series* ou de la *Selden Society*, il n'y a même pas trace dans nos bibliothèques de cette imposante littérature française du reportage de loi qui serait pourtant, si nous le voulions, un si précieux trait d'union entre la science anglaise et la science française. Pour pouvoir vérifier une référence dans l'édition classique des *Year Books* de 1678-1680, il faut que nous attendions les hasards d'un voyage de vacances.

A défaut de l'ensemble des sources de l'histoire du droit anglais mises à la portée du grand public par les éditions anciennes ou modernes, et en dehors de la disposition desquelles nul ne peut songer à prendre part au déchiffrement de l'histoire du *common law*, nous possédons, tout au moins, des spécimens de quelques-unes de ces sources, grâce auxquels il nous est possible de préparer, dans une certaine mesure, nos étudiants en vue de travaux de dépouillement à poursuivre dans des dépôts de livres plus favorisés. Nous n'avons même pas cette possibilité en ce qui concerne la jurisprudence anglaise contemporaine. Nous ne pouvons en suivre le mouvement que de très loin au travers, soit de *Law Quarterly Review*, — un excellent guide pour les études historiques, mais qui n'a pas la prétention de nous donner une vue d'ensemble des événements juridiques du jour, — soit de manuels anglais, que nous devrions le plus souvent consulter dans des éditions vieillies si nous n'acquérions pas pour nos bibliothèques personnelles des éditions tenues au courant des modifications de la législation et de la jurisprudence. Tant que nous sommes à

Lyon, nous devons nous contenter d'un travail de seconde ou troisième main. L'accès des sources statutaires ou judiciaires nous est absolument interdit. Autant il nous est aisé de diriger nos étudiants dans des travaux sur le droit allemand, autant il nous serait difficile de les guider d'ici dans des études de jurisprudence anglaise. La composition actuelle de nos bibliothèques aboutirait donc, si nous n'arrivions pas à en obtenir la modernisation, à canaliser nos rapports de jurisprudence comparative dans la direction allemande et nous empêcherait d'établir sur ce terrain des relations directes avec l'Angleterre.

A fortiori, en est-il de même des Etats-Unis ? Je souhaite, pour ma part, que les jeunes Américains qui vont venir d'ici quelques jours s'installer dans nos Universités, ceux du moins qui s'aiguilleront du côté du droit, ne fréquentent pas nos bibliothèques avec trop d'assiduité. Elles risqueraient de leur donner l'impression que ceux des historiens et des comparatistes français, qui travaillent dans le champ du droit privé, n'ont pas encore découvert l'existence de leur pays. Impression trompeuse. Nous suivons, au contraire, avec une vive curiosité, au travers de ce qui filtre jusqu'à nous de la production juridique des Etats-Unis, le travail de constitution de ce droit commun américain que nous savons être appelé, par sa sève de jeunesse, par sa nature comparative, par la complexité de ses éléments, par sa force encore chaotique, mais disciplinable, à devenir un jour l'une des grandes influences directrices de la jurisprudence mondiale. Mais nous avons dû renoncer à poursuivre même le simple amorçage de la représentation de la littérature américaine de la loi, parce que nous ne pouvions pas nous dissimuler qu'il n'était pas matériellement réalisable dans les cadres de notre bibliothèque générale, qui ne possède ni les ressources financières, ni même la place nécessaire pour tenter pareille entreprise. Notre bibliothèque universitaire, — hypothèse invraisemblable, — pût-elle consacrer la majeure partie de ses crédits à la dotation du droit comparé, qu'elle n'arriverait pas d'ici longtemps à lui constituer

un outillage suffisant de textes américains. Pût-elle le faire, d'ailleurs, qu'elle serait contrainte, par l'état de ses locaux, à reléguer cette littérature volumineuse dans des greniers où elle se trouverait à demi soustraite à la consultation des étudiants.

Rendons-nous bien compte, en effet, de ce que devrait être le rayon de langue anglaise dans la bibliothèque d'une Faculté de Droit qui voudrait accueillir le droit comparé dans ses programmes, non plus seulement *Honoris causa*, mais comme une réalité d'enseignement. Il faudrait, tout d'abord, étant donné que les jurisprudences anglo-américaines sont beaucoup plus étroitement liées que la nôtre à leur histoire, que le rayon anglais fût fourni des monuments essentiels de cette histoire. J'ai déjà indiqué quels sont ceux que nous possédons. C'est très peu de chose, presque rien, à côté de ce qui nous manque.

Ce rayon devrait également comprendre les textes officiels de la loi anglaise contemporaine, dont les deux branches fondamentales, le *Case-law (Common law* et *equity)* et le *Statute-law*, sont des plus touffues.

La première est même si complexe que peu de jurisconsultes anglais ont sans doute pu l'explorer dans ses détails. Ils ont même peine à s'entendre pour faire le dénombrement des *law reports* autorisés. Sir Frederick Pollock, contestant sur ce point les calculs du juge Dillon[1], qui évaluait à 2.944 le total des volumes de reports anglais existant en 1881, arrive, dans la première édition de son *First Book of Jurisprudence*[2] à fixer à 2.000 environ le chiffre des *law reports* anglais et irlandais[3], faisant autorité à la fin de 1895. Je me hâte d'ajouter que ces 2.000 volumes, et ceux qui sont venus s'y joindre depuis, sont loin d'être indispensables à une bibliothèque de droit comparé. Il en est de vieillis ; il en est aussi dont la valeur et le crédit ont toujours été fort limités.

[1] *Law and Jurisprudence*, p. 265.
[2] P. 295, n° 1.
[3] L'Ecosse et les colonies exclues.

Le fonctionnement du reportage de loi s'est trouvé notablement simplifié en Angleterre, à partir de 1865, par le travail du *Council of Law Reporting for England and Wales*[1], poursuivant désormais la publication des reports comme une entreprise collective de la profession juridique associée, agissant à ses risques et périls, en dehors du concours et du contrôle de l'autorité publique[2]. La profession juridique anglaise n'ayant jamais sollicité, ni même souhaité, pour l'organe qu'elle a ainsi créé, un monopole du reportage de loi, d'autres publications ont continué à se développer à côté de la sienne. Mais les *Law Reports* de l'*Incorporated Council* n'en sont pas moins pour nous, beaucoup plus encore que pour les juristes anglais, les *Law Reports* sans épithète. Ils nous permettent de suivre le travail de la jurisprudence anglaise depuis 1865. L'abonnement à cette publication, fixé au début à £. 5 d. 4, ramené ensuite à £. 4 d. 4, s'élève encore aujourd'hui à un peu plus de 100 francs. Il suffit de compter les années qui se sont écoulées depuis 1865 pour calculer approximativement le prix de revient des volumes en nombre imposant qui sont actuellement parus.

Et cette collection doit nécessairement être complétée par une seconde. Car une bonne partie des décisions invoquées quotidiennement devant les tribunaux, et dont la consultation est indispensable pour comprendre le mécanisme actuel du *case law*, sont renfermées dans les reports antérieurs. Cette partie ancienne, mais toujours vivante, du *Judge-made-law*, a été rendue plus commodément accessible, et dans des conditions relativement moins onéreuses, grâce à un Comité dirigé par sir Frederick Pollock, qui a réimprimé, en supprimant les textes sortis de l'usage, les reports de *common law*

[1] Devenu depuis l'*Incorporated Council*.

[2] Cf. l'article du Lord Justice Lindley, *History of Law Reports*, dans *Law Quarterly Review*, I, p. 137-149. — Hemming, *The Law Reports*, même revue, I, p. 287-297, et Pollock, *English Law Reporting*, même revue, XIX, 1903, p. 451-460.

et d'*equity* depuis 1785 jusqu'au moment où commence la série des reports de l'*Incorporated Council*[1]. Cette seconde collection, — les *Revised Reports* — est arrivée en 1915 à son cent quarante-huitième volume. Les *Law Reports* de l'*Incorporated Council* et les *Revised Reports* ne sauraient être séparés. si l'on veut avoir une vue précise du *common law*, de divers recueils antérieurs, comme les *Reports* d'Edouard Coke, l'un des livres de chevet du légiste anglais, et les reports de langue française, comme ceux de Plowden et de Dyer, qui ont leur place tout particulièrement marquée dans une bibliothèque française de droit comparé. Ainsi ramenée au strict minimum par l'emploi d'éditions simplifiées ou abrégées, la documentation officielle du *case law* constitue encore une masse assez impressionnante.

Les textes du *Statute-Law* ne sont pas beaucoup plus maniables. Il se trouvent dispersés dans un certain nombre de collections qui, même quand elles chevauchent l'une sur l'autre, ne font pas double emploi. L'historien est obligé de compulser, pour les années antérieures à 1713, les *Statutes of the Realm* et, pour les temps postérieurs, les *Statutes at Large*. Collections volumineuses. M. Jenks[2] rappelle que, pour la seule période de 1660 à 1868, l'édition courante ne comprend pas moins de quarante-trois volumes. La masse des statuts s'accroît encore plus vite à mesure que l'on avance dans le XIX[e] siècle. Car sir Courtenay Ilbert[3] compte cent dix-huit volumes pour la période couverte par la première édition des *Revised Statutes*, c'est-à-dire des origines à la fin de 1878, et arrive à un total de soixante-dix-sept pour la seule partie du règne de Victoria qui va de son avènement — 20 juin 1837 — au début de l'année 1887, avec laquelle se

[1] Cf. *Law Quarterly Review*, VII, 1891, p. 13 et s. — Randall, *Revised Reports*, même revue XXVIII, 1912, p. 276-282.

[2] *Short History of English Law*, p. 188.

[3] *The English Statute-Book*, dans *Journal of the Society of comparative Legislation, New Series*, IV, 1900, p. 78-79.

clôt le cycle législatif embrassé dans la seconde édition des *Revised Statutes*. Le comparatiste à vues modernes ne saurait se contenter de la dernière édition — déjà ancienne et insuffisante pour les besoins d'une étude doctrinale — des *Revised Statutes* et du complément fourni par les *Annual Statutes* de l'édition à bon marché publiée par l'autorité publique depuis 1887 ou par ceux que le *Council of Law Reporting* insère dans sa collection. Il a besoin, comme le praticien anglais, afin de se débrouiller rapidement dans les sources récentes de la législation anglaise, d'avoir à sa disposition l'une de ces publications annuelles, comme les *Butterworth's Twentieth Century Statutes* ou surtout les *Chitty's Statutes of Practical Utility*, où les statuts nouveaux sont classés par ordre de matières et accompagnés des annotations nécessaires pour en marquer le sens et la portée.

J'ajoute que, dans un pays qui doit, dans une large mesure, ses instincts de conservatisme juridique à l'action exercée sur sa jurisprudence par les rédacteurs d'actes instrumentaires, il existe derrière ces deux sources officielles du droit — le statut et l'*authoritative precedent* — une troisième source effective fort importante : la pratique des *conveyancers*[1]. Il est presque impossible à l'observateur étranger de comprendre le fonctionnement réel du régime de la propriété ou du régime des successions, ou les particularités spécifiques du mécanisme anglais des contrats, s'il n'est éclairé par quelque formulaire, du genre de l'*Encyclopœdia of Forms and Precedents*[2] par exemple, sur les directions données par le *Conveyancing* à la pratique judiciaire.

Sans la disposition de ces sources, on ne saurait faire une étude sincère et de première main du droit anglais. Mais, avant de s'engager dans un pareil dédale de documents, l'étudiant a besoin de chercher une orientation première dans

[1] Cf. Pollock, *First Book of Jurisprudence*, p. 307.
[2] Publiée sous la direction de Underhill.

les manuels de *real property* ou de *personal property*, d'*equity* ou de *common law*, dans les traités relatifs aux diverses branches du droit ou aux divers chapitres de la loi, dans les travaux annuels de dépouillement et de classement du contenu des *Law Reports*, comme le *Mew's Annual Digest* ou le *Butterworth's Yearly Digest of Reported Cases*[1], dans les œuvres de synthèse doctrinale comme le *Digest of English Civil Law* d'Edward Jenks[2], dans les encyclopédies juridiques, comme celles de Wood Renton[3] ou du comte de Halsbury[4].

Qu'on joigne, maintenant, aux exigences d'une étude historique et d'une étude pratique de la loi anglaise, les exigences nouvelles d'une étude critique, qui réclamera la consultation de documents d'un tout autre ordre; — que l'on tienne compte, en outre que nous n'avons même pas mentionné, dans cette énumération, les sources du droit écossais, et celles des droits coloniaux anglais, — et l'on entreverra déjà l'étendue de l'effort financier que nécessiterait la création d'un rayon relatif au *common law* anglo-américain dans une bibliothèque de droit comparé.

Pour achever de mesurer cet effort, il suffit de se rappeler dans quel état se trouve la littérature du droit américain. Les

[1] Et dans les publications des mêmes éditeurs reprenant périodiquement un dépouillement d'ensemble du *case-law* pour un certain nombre d'années.
[2] Cet ouvrage — le plus récent des manuels généraux de droit anglais; le tome V et dernier est paru en 1917, — rédigé suivant le plan du Code civil allemand, dans un esprit très moderne, avec la collaboration d'écrivains, comme Holdsworth par exemple, qui sont, en même temps que d'excellents juristes, des historiens fort avertis, est peut-être celui qui présente les principes du droit anglais sous la forme la plus aisément accessible au juriste continental. M. Jenks a également assumé la tâche difficile — et qui, à vrai dire, ne saurait être complètement réalisée, — de moderniser l'antique *text-book* qui sert toujours de base à la préparation d'une partie des examens de la *Law Society*, les *New Commentaries on the Laws of England* de Stephen, en réécrivant, pour la seizième édition de cette œuvre (1914), le texte de Stephen comme Stephen lui-même avait réécrit en 1841 le texte de Blackstone.
[3] *Encyclopaedia of the Laws of England*, 2e édition et suppléments.
[4] *The Laws of England*.

textes juridiques sortent aux Etats-Unis des *mêmes sources* qu'en Angleterre; mais l'influence du fédéralisme y *rend ces* sources encore plus abondantes. C'est ce qu'on peut constater, d'abord, pour le *case law*. Pour en régulariser et en simplifier la production, il n'a point été pris de mesure analogue à la réforme anglaise de 1863-1865. Non seulement chaque Etat a une collection officielle de reports de sa Cour suprême, mais de nombreuses maisons concurrentes parviennent aussi à propager leurs collections propres, soit parce qu'elles apportent plus de rapidité à leur travail d'édition que ne font les reporters fonctionnaires, soit parce qu'elles embrassent en même temps les décisions d'un grand nombre de juridictions, soit parce qu'elles cantonnent leur travail dans une branche déterminée de la jurisprudence. On arrive à une accumulation effrayante de *law reports*. C'est « une véritable plaie d'Egypte », a dit M. J.-G. Shirley[1]. Dans un appendice à son *Organisation judiciaire des Etats-Unis*, pages 401-403, M. Nerincx aboutit, en comptant seulement les collections annoncées dans les catalogues de la *West Publishing Company* de Saint-Paul, à un total de 5.089 volumes parus à la date de 1901.

Il ne saurait être question d'encombrer une bibliothèque d'études d'une masse, souvent indigeste, de documents, devant laquelle les juristes américains eux-mêmes reculent épouvantés. Mais, parmi les recueils officiels du *case law* américain, il y a cependant quelques éléments qui se détachent et qu'il nous serait fort utile d'avoir entre les mains. Tel est le cas de la collection des arrêts de la Cour suprême fédérale, qui se compose aujourd'hui de quelque chose comme deux centaines de volumes, et où l'on peut suivre les grandes lignes de l'histoire du droit public et privé des Etats-Unis. Peut-être même serait-il bon de posséder aussi les dernières années des *law reports* de quelques Cours suprêmes d'Etats

[1] *American Bar Association Reports*, 1884, p. 195.

dont la jurisprudence a conquis un prestige et une puissance d'attraction exceptionnels dans la majeure partie de l'Union. En tous cas, il y a une branche de la littérature contemporaine du *case law* qui devrait avoir sa place largement marquée dans nos bibliothèques françaises, quoiqu'elle y soit restée jusqu'ici à peu près inconnue; c'est la littérature des *Select Cases*, ces recueils de décisions-types que nos collègues des grandes Universités américaines extraient de l'ensemble des *law reports*, non seulement d'Amérique, mais même d'Angleterre, et qui, après avoir servi de base à leurs cours, sont ensuite souvent introduits par leurs élèves dans un certain nombre d'écoles secondaires. Ces travaux, fort intéressants pour l'étude du mouvement de rapprochement entre les droits locaux, et dont la rédaction a, depuis quelques années, absorbé une forte partie de l'activité professorale des maîtres d'Harvard, pour être des livres de classe, ne sont pas pour cela, bien s'en faut, des livres à prix réduits.

Pour l'instant la partie centrale du rayon américain d'une bibliothèque de droit comparé devrait être constituée par les monuments du *Statute law*. Car c'est là surtout qu'on peut trouver les matériaux que la doctrine est appelée à utiliser pour faire sortir du fond vénérable du *common law* l'édifice imposant d'une jurisprudence moderne et nationale. Ces monuments sont beaucoup plus massifs encore que ceux du *Statute law* anglais. Si nous voulons nous tenir au courant du mouvement législatif Nord-Américain, il est indispensable que nous puissions suivre, au travers des textes authentiques, le fonctionnement, non plus, comme en Angleterre, d'une unique législature, mais de quarante-huit législatures d'Etats, de la législature fédérale et des législatures de territoires ou de district. Et j'ai déjà eu l'occasion de rappeler que la plupart des législatures américaines exercent une action plus constante et plus active que le Parlement Britannique sur le développement des diverses branches du droit privé. Il conviendrait que nous puissions consulter, non seulement les codifications pro-

prement dites qui ont vu le jour dans certaines parties des Etats-Unis, et ceux des projets de Codes qui ont influencé la marche postérieure des législations, mais aussi les dernières éditions des *Revised Statutes* des divers Etats de l'Union. Il faudrait même que nous ayons en mains les collections, — ou la partie moderne des collections, — nécessaires pour nous permettre de nous représenter les législations de ces Etats, non pas telles qu'elles étaient il y a dix, quinze, vingt, trente ans, au moment de la dernière entreprise de consolidation ou de revision, mais telles qu'elles sont à l'heure présente.

Il va de soi que, pour l'étude des sources du droit américain, plus encore que pour celle des sources du droit anglais, le travailleur français a besoin de demander un fil conducteur, soit aux *Text Books* généraux et aux traités connus et classés sur les diverses branches de la jurisprudence, qui ne sont pas, d'ailleurs, en très grande abondance, soit à quelques-uns de ces volumineux parents de nos répertoires de droit, dont l'*American and English Encyclopaedia of Law* est le type. Nous ne saurions surtout nous passer des précieux instruments auxiliaires de travail que sont les périodiques scientifiques du genre de l'*American Law Review*, qui, de 1870 à 1873, fut dirigée par l'un des plus notables jurisconsultes du monde anglo-américain, le juge Holmes[1], et surtout les publications poursuivies par les élèves de quelques grandes Universités, et dans lesquelles nos collègues des Etats-Unis ont fait paraître la majeure partie de leurs travaux d'érudition, comme *Harvard Law Review* et *Columbia Law Review*, qui sont arrivées en 1917, l'une à son trentième, l'autre à son seizième volume, ou encore l'*Illinois Law Review*, pour ne citer que les plus célèbres. Nous ne trouvons même pas, dans nos dépôts de livres lyonnais, l'inappréciable collection d'*Harvard Law Review*, collection

[1] La liste des travaux de Holmes, publiée par sir Frederick Pollock, dans *Journal of the Society of comparative Legislation, New Series*, IV, 1900, p. 9-10, fait assez ressortir la place importante qu'occupent, dans l'œuvre magistrale de l'éminent juge, ses contributions à l'*American Law Review*.

qui a compté parmi ses collaborateurs, à côté de toute la pléiade des maîtres d'Harvard, les plus célèbres représentants de la science anglaise, notamment Maitland et Pollock.

Si nous voulons être renseignés sur les orientations législatives qui se dessinent aux Etats-Unis, sur le mouvement de la science, de l'enseignement, de l'opinion professionnelle nord-américaine, il faut enfin que nous possédions la série imposante des Reports de l'*American Bar Association*, la série plus récente, mais déjà riche en documentation, des Reports de l'*Association of American Law Schools*, et les publications de nombreux groupements et organismes nationaux de travail scientifique et législatif, dont quelques-uns ont été signalés au passage dans ce rapport.

A côté des monuments des droits anglo-américains, plaçons maintenant ceux des législations filiales de la nôtre et des droits indépendants qui, — sauf peut être en ce qui concerne la législation allemande, — sont loin d'être suffisamment représentés dans notre bibliothèque générale ; et nous pourrons fixer approximativement ce que coûterait la création d'une bibliothèque d'étude de droit comparé, outillée d'une façon moderne, et appropriée à l'orientation nouvelle qui s'impose à nos relations scientifiques. Sa constitution exigerait une dépense initiale d'une centaine de mille francs, qui pourrait d'ailleurs être répartie sur un assez grand nombre d'exercices financiers, — les livres appelés à composer une pareille bibliothèque ne pouvant être rassemblés que très lentement, à force de patience et de ténacité[1]. Il faudrait prévoir, en outre,

[1] Pour les sources imprimées de l'histoire du droit anglais, et surtout celles du reportage de loi en langue française, les difficultés de recherche, dues à l'ancienneté même des éditions, sont encore compliquées par l'absence d'un guide bibliographique comparable à celui qu'offre aux travailleurs de l'histoire générale le manuel de Charles Gross : *The Sources and Literature of English History from the earliest Times to about 1485*. Sur l'état de cette bibliographie, en particulier de celle des *Year Books*, cf. Percy W. Winfield : *Some bibliographical Difficulties of English Law*, dans *Law Quarterly Review*, 1914, XXX, p. 190-200.

un crédit annuel d'environ cinq mille francs, pour l'entretien et le développement des collections, et les sommes nécessaires à la rémunération d'un bibliothécaire, qui pourrait être choisi parmi nos candidats à l'agrégation ou les étudiants terminant leur doctorat et assez formés pour pouvoir, en l'absence des professeurs, guider dans le maniement et l'utilisation des livres les travailleurs de cette bibliothèque.

II. — LES ENSEIGNEMENTS D'UN INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

Deux disciplines doivent nécessairement former la base de l'enseignement d'un Institut de Droit comparé : l'histoire comparative du droit et la législation comparée. Ces disciplines sont, en effet, logiquement inséparables. Isolée de la lumière de l'histoire, l'étude comparative des législations du temps présent est condamnée à rester une étude de surface, impuissante à faire pénétrer les raisons d'être et la portée des divergences relevées entre les droits objets de comparaison. Et, réciproquement, l'histoire comparative perd son action utilitaire, si on la sépare de la jurisprudence comparative moderne qui, seule, est en état de dégager les conséquences pratiques de ses constatations. Notons, en outre que, du tronc ancien de la jurisprudence comparative, — droit civil comparé, — s'est détaché un rameau devenu aussi vigoureux, plus vigoureux même, que le tronc primitif : le droit commercial. Le droit commercial, comme le rappellent si volontiers les auteurs anglais[1], a été au Moyen Age, sous la forme de la loi marchande, une véritable loi internationale. C'est encore, à l'heure actuelle, celle des parties du droit privé qui s'ouvre le plus largement au travail de généralisation et de conciliation du comparatiste.

[1] Holdsworth, *History of English Law*, I, p. 301 et s. — Scrutton, *Roman Law influence in Chancery ... and Law Merchant*, dans *Select Essays*, I, p. 237 et s. — Tudsbery, *Law Merchant and the Common Law*, dans *Law Quarterly Review*, 1918, p. 392-401).

C'est peut-être aussi celle dont notre Faculté aurait, par la composition présente de son personnel, le plus de facilité à assurer l'enseignement. La portion centrale du programme d'études d'un Institut de Droit comparé repose donc naturellement sur une triple assise : histoire comparative, droit civil comparé, droit commercial comparé.

Ces trois enseignements ne peuvent être abordés qu'après une longue préparation professionnelle. Chacun d'eux demanderait donc à être confié à un professeur qui puisse lui consacrer la totalité de son activité scientifique. Ils ne sauraient être donnés utilement sous la forme de cours complémentaires. Ils réclament, pour devenir des réalités, la création de chaires magistrales. Et encore conviendrait-il que ces chaires fussent des chaires d'Etat. Car les chaires d'Université, faute d'assurer à leurs possesseurs les mêmes garanties de régularité de carrière que procure l'occupation d'une chaire d'Etat, apparaissent naturellement, dans les Facultés de Droit, comme des positions d'attente que les agrégés ne se résignent à accepter que pour y surveiller plus aisément la première vacance de chaire normale. Ce défilé dans les chaires d'Université de titulaires, que les considérations les plus légitimes d'avenir empêchent de pouvoir songer à s'y fixer, est absolument incompatible avec les exigences d'enseignements qui, plus que tous autres, nécessiteraient, pour se développer utilement, une longue et définitive spécialisation de leurs représentants.

Nous ne nous dissimulons pas que la crise de recrutement, conséquence inévitable de la guerre, par laquelle passe l'Université, rendrait difficile la création simultanée de ces chaires et que nous n'aurions aucune chance d'être entendus, en ce moment, si nous demandions au Ministère de nous adjoindre trois nouveaux collaborateurs. Mais il serait possible, tout au moins, d'assurer, avec les ressources actuelles de personnel dont dispose la Faculté, le fonctionnement d'une chaire mixte d'histoire et de jurisprudence comparatives en attendant que la reprise des concours d'agrégation permette d'élargir notre

cadre professoral et d'assurer le dédoublement ou le fractionnement de cette chaire initiale. Il suffirait, pour cela, de transformer l'une de nos chaires existantes en chaire d'histoire du droit comparé et de législation comparée, et de pourvoir aux enseignements de la chaire sacrifiée par le procédé habituel des répartitions annuelles de cours complémentaires.

Si, plus tard, les disponibilités financières et les disponibilités en personnel s'y prêtaient, ce premier fond stable d'enseignement du droit privé comparé pourrait être développé, soit par la voie de conférences ou de cours spéciaux de droit pénal comparé, de droit administratif comparé, — de façon à assurer la liaison avec le groupe antérieur d'enseignements comparatifs ou à tendances comparatives formé par le droit constitutionnel comparé, la législation industrielle, la législation et science financière, etc., — soit aussi par un rapprochement avec quelques-uns des enseignements de la Faculté des Lettres. Nous avons déjà signalé le précieux trait d'union que pourrait fournir aux Facultés des Lettres et du Droit l'étude en commun des monuments de langue française de l'histoire du droit anglais. Les deux Facultés trouveront aussi, — elles ont déjà trouvé, — un terrain de rencontre dans l'étude des civilisations de l'Orient. La présence à Lyon, pendant les années qui ont précédé la guerre, d'un assez grand nombre d'étudiants en droit, appartenant à des pays de langue arabe, m'avait amené à créer pour leur usage, à titre purement privé, avec le concours d'un collaborateur et ami formé dans les Universités religieuses de l'Orient, le cheikh Abd-el-Razick, un enseignement de l'histoire du droit musulman et de ses sources, et à entrer en relations avec le maître de conférences d'arabe, M. Wiet, pour guider nos auditeurs dans l'utilisation des précieux documents que fournissent à l'histoire comparative du droit les textes de l'histoire de la civilisation arabe pré-islamique et de l'histoire de la civilisation musulmane. J'avais même commencé à grouper les premiers résultats des recherches de ces étudiants de pays islamiques dans une

publication[1] que les événements de 1914 ont interrompue presque à sa naissance. Les rapports étroits que notre Faculté entretiendra désormais avec la Syrie par le canal de sa filiale de Beyrouth et de l'organisateur de cette filiale, notre collègue M. Paul Huvelin, les relations qu'elle a déjà nouées ou est appelée à nouer par l'intermédiaire de ses docteurs avec d'autres régions de l'Orient suffiront à empêcher que la préoccupation des tâches nouvelles qui s'ouvrent à nous nous fasse oublier cette direction antérieure de nos études comparatives. Elle se développerait même avec beaucoup plus d'ampleur, si la création d'un Institut de Droit comparé venait substituer à l'initiative privée de quelques professeurs l'action plus puissante et plus durable de l'organisation universitaire.

Il serait prématuré d'entrer dans de plus amples détails sur un mécanisme d'enseignement comparatif du droit, dont la réalisation ne dépend pas de nous et qui, d'ailleurs, pour donner tous ses fruits, exigerait un assouplissement des programmes du doctorat juridique, et l'introduction dans ces programmes, au moins comme matières facultatives, de l'histoire comparative du droit pour le premier examen, et du droit commercial comparé, à côté du droit civil comparé, pour la seconde année. Notre rôle doit forcément se borner, — nous regrettons amèrement de ne pouvoir faire plus, — à attirer l'attention sur les problèmes vitaux pour l'avenir international de la science juridique française qui se posent à l'heure présente. L'enquête de notre Commission produirait déjà un très appréciable résultat, si, en attendant que ces problèmes soient abordés et résolus, elle permettait au groupe des comparatistes lyonnais d'obtenir, par un commencement de modernisation de leur outillage de bibliothèque, la possibilité d'entrer en rapports de coopération de travail avec la science juridique anglo-américaine.

[1] *Travaux du séminaire oriental d'études juridiques et sociales*, 3 volumes, 1913-1914, Lyon, Georg; Paris, Geuthner.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Un projet d'Institut de Droit comparé . . . 1-10

Les origines de ce projet. — Les fonctions générales d'un Institut de Droit comparé. — La coopération d'un Institut de Droit comparé au rapprochement entre les jurisprudences latines et les jurisprudences anglo-américaines.

CHAPITRE PREMIER. — Le rapprochement sur le terrain de l'histoire du droit 11

SECTION I. — La signification mondiale du *common law* anglais. 11-20

L'expansion du *common law*. — Les étapes de sa réception dans les plantations américaines. — Son rôle actuel aux Etats-Unis. — Communauté absolue d'histoire de la loi pour l'Angleterre et les Etats-Unis jusqu'à la fin du XVI^e^ siècle.

SECTION II. — Les relations entre l'histoire du *common law* anglais et l'histoire du droit français. 20-44

L'exploitation des institutions de la période anglo-saxonne par la science allemande comme instrument de rapprochement avec la science anglo-américaine. — Ces institutions ne sont encore qu'une préface à l'histoire du *common law*. — La formation des premiers éléments du *common law* à la suite de la conquête normande. — La pénétration du droit français en Angleterre. — Sa prédominance dans la seconde moitié du XII^e^ siècle et la première moitié du XIII^e^. — Beaumanoir et Bracton. — L'orientation des droits français et anglais vers des voies différentes à la fin du XIII^e^ siècle coïncide avec l'implantation du français comme langue du droit anglais. — La période antérieure de domination du latin. — Les bases françaises du latin juridique. — Le français, langue principale de la législation pendant deux siècles. —

Le français, langue des *Text-books* du droit anglais pendant trois siècles. — Britton. — Littleton. — Son rôle dans les débats judiciaires. — Dernières survivances du français dans les *pleadings* écrits. — Le statut de 1731. — Persistance du latin dans les *records* judiciaires. — Rôle accessoire du *record* comme source du droit à partir de la fin du XIIIe siècle. — La source principale du droit anglais : le *report*. — Dès le début le *report* judiciaire médiéval a parlé français. — Les *Year Books* français (1292-1293 à 1536). — Les textes complémentaires de la littérature des *Year Books*. — Les *Abridgements* et les premiers monuments français du reportage de loi moderne à la fin du XVe et pendant le XVIe siècle. — La période de prédominance du français ne se clôt qu'avec le début de la phase coloniale de l'histoire de la loi américaine. — Le travail d'édition des *Year Books* français. — Son importance pour l'édification de l'histoire du droit anglo-américain. — La valeur d'histoire comparative des textes français du reportage de loi anglais. — Lumière projetée par eux sur l'histoire du droit français et l'histoire du droit romain. — L'origine française du vocabulaire technique actuel du *common law* anglo-américain.

CHAPITRE II. — Le rapprochement sur le terrain de la jurisprudence pratique et de la critique législative 45

La branche américaine du *common law* s'ouvre plus aisément que la branche anglaise à la comparaison et au rapprochement.

SECTION I. — Les facteurs naturels de rapprochement entre la science juridique française et la science juridique américaine. 45

§ I. — *Les Influences françaises*. 45-56

Incorporation dans l'Union de nombreuses populations ayant pratiqué le droit français ou les droits latins. — L'attraction des Codes français pendant la première moitié du XIXe siècle. — Kent. — Marshall. — Story. — Leur influence sur le mouvement en faveur de la codification. — Livingstone et les codifications de la Louisiane. — Les prévisions de Sumner-Maine en 1851. — Echec final des tentatives pour mettre le droit français en concurrence ouverte avec le *common law*. — L'importance croissante des infiltrations de droit français. — L'exemple du *mortgage* américain de *real property*. — La construction du *mortgage* comme une aliénation sous condition résolutoire par les *conveyancers* anglais. — La théorie combinée du *common law* et de l'*equity*. — L'enquête de M. Gager. — Les trois groupes de législations américaines. — L'évolution du *mortgage* vers l'hypothèque française — L'influence des Codes de la Louisiane et de la Californie.

§ II. — *L'Emondage du* common law *anglais* 56-62

Les facteurs de rapprochement nés de l'adaptation du *common law* au milieu américain. — Elimination des survivances du système des

tenures, des règles aristocratiques de la *descent*, des *Family Settlements* de type anglais. — Simplification du *Conveyancing*. — Efforts vers la fusion du *common law* et de l'*equity*. — Réaction contre le dédoublement du *common law* en droit de la *real property* et droit de la *personal property*.

§ III. — *Les droits d'États et le* case-law *américain* 62-72

L'avenir de ces mouvements spontanés de rapprochement. — Garanties données à leur libre développement par la nature du « droit américain ». — Le « droit américain » est le produit de la comparaison de plus de quarante-huit droits positifs. — Le rapport de chacun des droits d'Etats avec le *common law* anglais. — La formule du juge M'Lean. — Le relâchement des freins mis à l'évolution du droit anglais par la notion de l'*Authoritative precedent*. — Origine de l'autorité du précédent. — Son fonctionnement actuel en Angleterre. — Différences entre le mécanisme anglais et le mécanisme français d'élaboration du « droit judiciaire ». — Tempéraments apportés en Amérique à l'autorité indéfinie du cas. — Fixation moins rapide de cette autorité. — Plaintes du barreau sur l'incertitude du *case-law*. — Les véritables causes de cette incertitude.

§ IV. — *Les premiers éléments d'un droit commun national* . 73-82

Les organes de rapprochement entre droits d'Etats américains. — Action limitée de la jurisprudence fédérale. — Le rôle du *Statute-Law*. — Les grands courants de législation. — La *Commission of Uniformity of Legislation* et le projet-type de *Negotiable Instruments Law*. — La fonction sociale de la doctrine américaine. — Les difficultés et les grandeurs de sa tâche. — La période actuelle de gestation. — Les symptômes d'une renaissance scientifique. — Le recrutement des professeurs des écoles de droit dirigeantes. — L'orientation de l'éducation légale. — L'œuvre préparatoire de la méthode du *case-system*. — L'attraction du corps enseignant vers la « politique du droit ». — Le point de convergence de ces tendances : construction d'un « droit commun américain ». — Les hautes destinées d'une doctrine nationale du « droit américain ». Répercussions probables de sa constitution sur le mouvement des législations européennes.

SECTION II. — La signification mondiale de la jurisprudence française. — L'avenir de ses relations avec le *common law* anglo-américain 82-96

Le développement des études de droit comparé aux Etats-Unis. — L'œuvre de l'*Editorial Committee* de l'*Association of American Law Schools*. — L'enseignement du doyen Pound, à Harvard. — Tendance traditionnelle de la doctrine américaine à rapprocher de préférence son *common law* d'un droit de même nature, également commun à un vaste groupe de peuples. — Quadruple dénomination donnée à ce corps de jurisprudence rival : droit romain, droit civil, droit français, droit continental. — Inexactitude de la dernière de ces dénominations, —

L'expansion du droit français hors du continent européen. — Le droit français n'est pas seulement l'héritier du droit romain ; il a modernisé et multiplié l'apport de ce dernier. — Le *common law* anglais et la jurisprudence française : formes principales de la culture juridique internationale. — A sa naissance, la nouvelle ligue pacifique des peuples se trouve divisée entre ces deux cultures techniques. — Le rapprochement entre les deux corps de « droit commun ». — Perspectives ouvertes à la jurisprudence comparative par le projet de « pacte de Société des Nations ».

CONCLUSION. — Les organes d'un Institut de Droit comparé . 97-1

I. Bibliothèque d'études. — Le rayon anglo-américain d'une bibliothèque de droit comparé. — Sa composition. — II. Les enseignements d'un Institut de Droit comparé.

Lyon. — Imprimerie A. Rey, 4, rue Gentil. — 77079