

ESSAI
SUR LES
PROCÉDÉS D'ÉLABORATION DU DROIT

EMPLOYÉS
PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN DROIT CIVIL

SUIVI D'UN APPENDICE
SUR LA JURISPRUDENCE DU PRÉSIDENT MAGNAUD

PAR
MAURICE SAUZAY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
DOCTEUR EN DROIT (Sciences juridiques)

« La Loi comme la Beauté est
sujette à vieillir. »

(DARBAU François, 1736-1783.)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT-ET RUE TOULLIER, 13

1904

A Monsieur Joseph de Gouvenain

Bien cordial souvenir

M^r Lavray

Genève 11 avril 1904

ESSAI

SUR LES

PROCÉDÉS D'ÉLABORATION DU DROIT

EMPLOYÉS

PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN DROIT CIVIL

SUIVI D'UN APPENDICE

SUR LA JURISPRUDENCE DU PRÉSIDENT MAGNAUD

F. 2. 1783
17833



ESSAI

SUR LES

PROCÉDÉS D'ÉLABORATION DU DROIT

EMPLOYÉS

PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN DROIT CIVIL

SUIVI D'UN APPENDICE

SUR LA JURISPRUDENCE DU PRÉSIDENT MAGNAUD

PAR

MAURICE SAUZAY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
DOCTEUR EN DROIT (Sciences juridiques)

« La Loi comme la Beauté est
sujette à vieillir. »

(DARBAU François, 1736-1783.)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1904

A MON PÈRE

*Je dédie ce témoignage de filiale et reconnaissante
affection.*

Lyon, le 2 mars 1904.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — <i>Rôle de la Jurisprudence.</i>	7
Les antécédents du Code civil — Transformations sociales au cours du XIX ^e siècle. — Rôle de l'autorité judiciaire devant l'impuissance législative. — La jurisprudence en France depuis 1804. — Problèmes qu'elle suscite. — Exposé du but de cette étude.	

PREMIÈRE PARTIE

INFLUENCE DE LA PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

Définition. — Ses caractères et ses diverses formes.

CHAPITRE PREMIER. — Libre jeu de l'autonomie de la volonté	29
---	----

Principe de la liberté des conventions et du respect dû à la volonté privée. — Transformations apportées au régime dotal. — La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. — Le retour légal et l'usufruit du conjoint survivant.

CHAPITRE II. — Extension de l'Autonomie de la volonté. — Divers procédés employés pour tourner la loi.	42
---	----

Importance du rôle joué par les notaires.

1) Décomposition d'un acte prohibé en plusieurs éléments valables. — Les substitutions prohibées. — Les clauses d'exclusion.

2) Clauses de style. — La jurisprudence supplée à la volonté des disposants en les sous-entendant. — Substitutions prohibées. — Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

3) Transformation du caractère de certains textes. — L'exécution testamentaire. — Etude des articles 1558 et 1559.	
4) Changement de classification légale. — L'exécution testamentaire transformée en legs universel.	
CHAPITRE III. — Abandon des textes par désuétude . . .	66
Explication de ce procédé. — Système des preuves. — Abandon des articles 53, 77 et 72. — Théorie de la clandestinité des mariages et de la fraude à la loi : articles 170 et 191. — L'anatocisme : article 1154.	
CHAPITRE IV. — Initiative jurisprudentielle fondée sur l'autonomie de la volonté	76
La pratique : prétexte de la jurisprudence. — Caractère suranné du titre des Donations. — Théorie de la cause impulsive et déterminante, admission de la dispense tacite du rapport, etc. — Assimilation du légataire universel et de l'héritier institué. — Droit de succession reconnu aux enfants de l'adopté envers l'adoptant. — L'autonomie de la volonté en matière d'obligations.	
DEUXIÈME PARTIE	
PROCÉDÉS ORIGINAUX DE LA JURISPRUDENCE	
CHAPITRE PREMIER. — Interprétation extensive donnée aux solutions législatives . . .	91
Caractères de ce procédé.	
1) <i>Supplere legem</i> : Extension donnée à la stipulation pour autrui. — Les assurances sur la vie.	
2) <i>Corrigere legem</i> : Extension des textes du divorce à la séparation de corps. — Article 909. — Filiation naturelle. — Exagérations jurisprudentielles.	
CHAPITRE II. — Mise en opposition de deux textes contradictoires.	105
Les substitutions prohibées. — La recherche de la paternité; historique et évolution.	
CHAPITRE III. — Interprétation des textes dans un esprit différent de celui de leur rédaction. . .	114
Caractères de ce procédé, discussions qu'il soulève. —	

Evolution générale de la notion de responsabilité ; théorie du risque professionnel. — Amélioration du sort des enfants naturels : étude des articles 331, 336.	
CHAPITRE IV. — Véritables créations de la jurisprudence.	129
Théorie de l'héritier apparent. — Théorie des astreintes. — Théorie de la dot incluse. — Extension donnée au droit de rétention. — Atteintes portées à la puissance paternelle.	
APPENDICE. — Que penser d'une jurisprudence basée sur la seule équité	135
Causes qui ont motivé cette théorie. — Idées de Schlossmann. — Examen détaillé de la jurisprudence du Président Magnaud. — Appréciation : part de vérité et exagérations qu'elle renferme.	
CONCLUSIONS	
Avantages de la jurisprudence. — Ses inconvénients ; défauts qu'elle doit éviter. — La jurisprudence, la doctrine et le droit comparé.	157

BIBLIOGRAPHIE

- Ballot-Beaupré.** — Discours de rentrée à la Cour de cassation, 16 octobre 1900.
- Bartin.** — Etudes sur le régime dotal (Préface).
- Beudant.** — Le droit individuel et l'Etat, 1891.
- Brésard.** — De l'adaptation du droit aux mœurs (Discours du stage, Lyon, 1901).
- Bufnoir.** — Propriété et contrat.
- Celice.** — Du pouvoir législatif de la Cour de cassation et de la permanence du droit honoraire (Cour d'Aix, 1888).
- Delaroue.** — Esquisse de la méthode du droit (Thèse Paris, 1901).
- Delisle (Georges).** — Traité de l'interprétation juridique (1849).
- Duguit.** — L'Etat, le droit objectif et la loi positive.
- Faye.** — La Cour de cassation.
- Gény.** — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899.
- Lambert.** — Études de droit commun législatif. — La fonction du droit civil comparé, 1903.
- Langlois.** — Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français (Thèse Caen, 1897).
- Leroy (Maxime).** — L'esprit de la législation napoléonienne (Thèse Nancy, 1898).
- Leyret.** — Les jugements du président Magnaud (1900 et 1904).
- Porte.** — La jurisprudence et l'équité (Discours du stage. Grenoble, 1898).
- Rivière.** — Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile (1862).
- Rouvière.** — Des rapports entre le droit et la sociologie (Thèse Lyon, 1904).
- Robert (Charles).** — L'œuvre de la jurisprudence dans le domaine des questions sociales (Discours de rentrée des avocats près la Cour de cassation, 1899).
- Saleilles.** — De la déclaration de volonté.

Tanon. — L'évolution du droit et la conscience sociale (1900).
Tarde. — Les transformations du droit (1893).

PÉRIODIQUES

- Revue critique de législation et de jurisprudence.** — *Dereux* : Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, 1901, p. 513 ; 1902, p. 105.
- Revue trimestrielle de droit civil.** — *Esmein* : La jurisprudence et la doctrine, 1902, p. 6. — *Saieilles*, 1902, p. 80.
- Revue de Paris.** — *Leroy* (Maxime) : Le centenaire du Code civil, 1903, p. 511 et 753.
- Revue politique et parlementaire.** — *Glasson* : La codification en Europe au XIX^e siècle, 1894, p. 201 et 402, t. II ; 1895, p. 198, t. I.
- Revue internationale de l'enseignement.** — *Gény* : La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle, 1901, p. 15, t. XXXI. — *Lambert* : Une réforme nécessaire dans les études de droit civil, 1900, p. 216, t. II (*Adde* : *Revue générale du droit*), 1902, p. 76. — *Saieilles* : 1890, t. XIX, p. 482 ; 1891, t. XXII, p. 39. — *Souchon* : 1895, t. XXXV, p. 415.
- Revue socialiste.** — *Leroy* : Transformations de la jurisprudence pénale, 1901, t. XXXIV, p. 585. — *Mater* : Sources et origines juridiques du socialisme, 1903, t. XXXVIII, p. 316 et 488.
- Annales de droit commercial.** — *Percey*, 1900, p. 145.
- Revue de Sociologie.** — *Worms* : La sociologie et le droit, 1895, p. 35.
- Réforme sociale.** — *Saieilles* : Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse, 1902, t. IV, p. 865.

ESSAI

SUR LES

PROCÉDÉS D'ÉLABORATION DU DROIT

EMPLOYÉS

PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN DROIT CIVIL

INTRODUCTION

ROLE DE LA JURISPRUDENCE

« Le XVIII^e siècle ne voulait pas borner sa vue au présent ; rien ne lui était plus étranger que cette conception des sociétés humaines, qui sont dans un perpétuel changement.... Il rêve la fixité ; la perfectibilité même ne lui suffit pas, il veut la perfection » (1). Dans ces quelques mots se trouve analysé et décrit d'une façon remarquable, l'esprit de cette phase sociale que traversa la France, depuis la décadence de la royauté, jusqu'à la fin de la Révolution.

Imbus des doctrines des grands philosophes et plus

(1) Ch. Adam, *La philosophie en France*, 1894, p. 55.

spécialement de Jean-Jacques Rousseau, confiants jusqu'à la naïveté dans la nature et la raison, les hommes de la période révolutionnaire crurent sincèrement qu'il était en leur pouvoir de créer une ère nouvelle, d'une félicité et d'une justice aussi parfaites qu'immuables.

La grandeur de l'œuvre qu'ils venaient d'accomplir, et l'étendue illimitée du pouvoir dont ils disposaient, rendaient plus vive encore une illusion, qu'une brutale réalité devait bientôt venir dissiper.

Au lieu de rechercher simplement ce qui pouvait convenir à leurs contemporains dans l'état actuel de leurs mœurs et de leurs idées, les diverses Assemblées révolutionnaires eurent la prétention de marquer toutes leurs lois au coin de la vérité la plus absolue. L'existence possible d'une législation complète, suffisant à tout, ne faisait dans leur pensée l'objet d'aucun doute. Déjà, Montesquieu n'avait-il pas écrit : « Plus le gouvernement approche de la République, plus la manière de juger devient fixe » (1) ? Et un peu plus loin : « Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi » (2).

Au législateur seul appartiendrait donc le pouvoir, non seulement de faire la loi, mais encore de l'interpréter dans tous les cas (3). Cette idée se manifeste claire-

(1) *Esprit des Lois*, liv. VI, chap. III. Edition Garnier, p. 73.

(2) *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. VI. Edition Garnier, p. 144.

(3) Décret des 16-24 août 1790, art. 10 et 12. De l'examen des

ment, dans l'institution du référé législatif, tantôt obligatoire, tantôt facultatif (1), et la création d'un tribunal de cassation, en quelque sorte partie intégrante du pouvoir législatif, et chargé à ce titre de veiller à la stricte application de la loi (2).

Pour ainsi dire cristallisées dans les formules précises des Codes, les lois devaient désormais fournir les solutions de tous les conflits, de tous les problèmes de la vie juridique.

Mais, ainsi que cela s'était produit déjà à l'occasion d'une codification célèbre (3), les faits ne tardèrent pas à démontrer combien était erronée une pareille conception législative.

La suppression du référé législatif facultatif par l'article 4 du Code civil, — les inconvénients pratiques, puis l'abrogation du référé obligatoire — (4), enfin le simple contrôle mécanique de la Cour de cassation se transformant bien vite en une influence directrice et

travaux préparatoires et de la discussion de ce décret semble bien résulter que l'on voulait limiter autant que possible l'interprétation judiciaire.

(1) Décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, art. 21, al. 2, et Constitution des 3-14 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 21.

(2) « Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif », art. 1^{er} du décret ci-dessus. — Comp. discours du rapporteur de ce décret, séance du 25 octobre 1790, dans les *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. XX, p. 22, col. 2.

(3) Voir les Constitutions de Justinien, proclamant la perfection de son œuvre et en interdisant tout commentaire privé, C. 1, § 2; C. 2, § 21; C. 3, § 21; C. 1, 17 et C. 12, § 1; C. 1, § 14.

(4) Voy. Loi du 30 juillet 1828 et surtout loi du 1^{er} avril 1837, art. 4.

souveraine sur l'interprétation juridique (1), suffiraient à prouver l'impossibilité évidente d'un idéal, dont les législateurs de la Révolution avaient cru prévoir et préparer la prochaine réalisation.

Bien plus, longtemps avant cette réfutation par l'expérience, ceux-là mêmes, qui furent chargés de mener à bonne fin la grande œuvre de la codification, appor-
tèrent aux chimères révolutionnaires un très judicieux et catégorique démenti.

Pour voir jusqu'à quel point les rédacteurs du Code civil avaient peu de foi dans le caractère immuable et universel d'une législation, il suffit de lire le fameux « Discours préliminaire », prononcé par Portalis, au nom de la commission du gouvernement (2).

Le savant jurisconsulte critique avec force les utopies d'un grand nombre de ses contemporains, et n'hésite pas à conclure à la nécessité d'une doctrine et d'une jurisprudence novatrices ; « car, dit-il, si la prévoyance des hommes est limitée, la nature est infinie, elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ».

De la part des auteurs d'une réforme si importante et si désirée, on se fût encore expliqué la croyance à la perfection et à la durée quasi-éternelle de leurs travaux remarquables.

(1) Loi du 1^{er} avril 1837, art. 2. Comp. Discussion parlementaire dans le *Moniteur* du 31 mars 1837, p. 739 à 743.

(2) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 467 et suiv.

Et cependant ils n'hésitèrent point à reconnaître les premiers que les lois sont incapables d'arrêter le développement perpétuel des sociétés, la variation constante des mœurs, en un mot le progrès incessant des idées et les nécessités toujours croissantes de la vie économique. « Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen. Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas » (1).

Malgré la courte opposition du Tribunat et les protestations assez vives de quelques tribunaux d'appel, on s'accorda vite à reconnaître l'évidente exactitude de ces idées, si clairement exposées par les commissaires du gouvernement. Le devoir de juger, imposé au magistrat, sous peine de délit, n'en est d'ailleurs que la solennelle et parfaite consécration (2).

Le Code civil eut le mérite inappréciable de doter la France d'un droit unique et vraiment national, de renfermer les grands principes juridiques dans des formules claires et concises. Mais, comme toute œuvre humaine, dès son apparition même, il contenait forcément des imperfections, des obscurités et des lacunes.

Aussi, à peine était-il terminé, qu'en parurent bientôt

(1) Portalis, *loc. cit.*

(2) Art. 4, C. civ. — Sur ces préliminaires de la codification en France, lire dans le livre de M. Gény le très intéressant exposé dont il n'y a ici qu'un rapide résumé (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 64 à 94).

les premiers commentaires (1). Parlant des auteurs de ces ouvrages, Napoléon eut, paraît-il, cette phrase aussi prétentieuse qu'injustifiée : « Ah ! les malheureux ! Ils vont me gâter mon œuvre ! »

Le Code avait réglementé le système des relations juridiques en vigueur au début du XIX^e siècle. Mais il était impuissant à prévoir les modifications profondes que ce système allait subir sous l'influence de toutes les perturbations politiques, économiques et sociales. C'est pourquoi, depuis 1804, le législateur, — « plutôt témoin, qui constate le progrès, qu'ouvrier qui le réalise », — a été obligé d'intervenir souvent et d'opérer des retouches importantes. Des lois nombreuses sont venues compléter le Code civil ; de plus, un dixième de ses articles ont été modifiés ou supprimés.

Aujourd'hui les nouvelles conditions sociales deviennent si impérieuses, qu'il est de toute nécessité d'y accommoder le droit, et, en quelque sorte, de le rajeunir. C'est avec une acuité toute particulière, que se pose le délicat problème de savoir s'il n'y aurait pas lieu de procéder à la refonte complète de notre législation codifiée (2).

Par suite de la dépréciation et du morcellement des grands domaines fonciers, la propriété mobilière s'ac-

(1) Ouvrages de Malleville et de Chabot (de l'Allier), — *Traité de l'état des personnes*, par Proudhon en 1809.

(2) Glasson, « La codification en Europe au XIX^e siècle », dans la *Revue politique et parlementaire*, 1894, t. II, p. 201 et s. ; Projet de résolution, présenté par M. Goujat, député, le 19 décembre 1893.

croît et se développe de jour en jour. La fortune réside dans les valeurs et non plus dans les terres. Et ainsi sont rendues de plus en plus inexactes et fâcheuses, les conséquences multiples d'une distinction surannée, que justifiait jadis la vieille maxime : « *Res mobilis, res vilis.* » — Sous l'influence des idées féministes, la situation de la femme s'est profondément modifiée. La société contemporaine tend à lui attribuer partout une place et un rôle importants (1).

Compagne et non sujette du mari, elle devient, sans oublier ses devoirs, consciente de l'égalité de ses droits, et elle en réclame le respect (2). Déjà son incapacité a été restreinte sur certains points. Des atteintes sérieuses ont été portées au principe de la puissance maritale (3). D'ailleurs, dans cette voie de l'émancipation féminine, les législations étrangères nous ont depuis longtemps précédés, notamment en assurant à la femme la libre disposition de ses salaires (4). Nous sommes donc bien

(1) Loi du 7 décembre 1897, autorisant les femmes à être témoins dans les actes de l'état civil et les actes notariés ; loi du 23 janvier 1898, autorisant les femmes commerçantes à voter ; loi du 1^{er} décembre 1900, permettant aux femmes d'être avocats.

(2) Thèses de Basset et Guntzberge Paris, 1896 ; Thèse de Lucien Leduc, Paris, 1898 et surtout : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, nos 1, 2, 3.

(3) Loi du 9 avril 1881, art. 6, *in fine* et loi du 20 juillet 1895, art. 16, sur les caisses d'épargne ; loi du 20 juillet 1886, art. 13, al. 14, sur les retraites pour la vieillesse ; loi du 27 juillet 1884, sur le divorce ; loi du 6 février 1893, rendant à la femme séparée de corps, sa pleine capacité civile.

(4) Loi suédoise du 11 décembre 1874 ; loi danoise du 17 mai 1880 ; loi norvégienne du 29 juin 1888 ; loi anglaise du 18 août

loin de cette sorte d'asservissement, considéré par Portalis comme de droit naturel. — La condition des enfants naturels a été améliorée. Les pouvoirs d'intervention et de contrôle de l'Etat effacent le grand rôle joué jadis dans la société par la famille et la puissance paternelle.

La création de nombreuses industries et le perfectionnement continu des machines ont amené une transformation notable dans la condition de l'ouvrier. Ce dernier, désormais privé de toute initiative, n'est qu'un simple instrument. Le caractère du louage de services s'est dès lors beaucoup modifié. et les questions de responsabilités se sont présentées sous une face nouvelle. — Les relations du droit et de l'économie politique s'affirment chaque jour davantage ; on comprend que ces deux sciences doivent se compléter réciproquement. La lutte des classes s'accroît et se précise. Pour la défense de leurs droits, de leurs intérêts communs, les revendications collectives des uns amènent l'union étroite des autres. Sous forme de syndicats, de sociétés de secours, de coopératives, la mutualité pénètre partout, et remédie ainsi d'une façon efficace à l'isolement des individus. — Dans le but de parer aux éventualités possibles de la mauvaise fortune, les contrats d'assuran-

1882, établissant la capacité civile complète de la femme mariée ; loi génoise du 7 novembre 1894. L'art. 1365 du nouveau Code civil allemand réserve à la femme mariée la libre disposition des produits de son industrie personnelle. Avant-projet de Code civil suisse.

ces se sont créés et multipliés dans des variétés infinies. — Le développement de la propriété littéraire et artistique réclame une réglementation plus minutieuse (1).

D'une façon générale, le droit se transforme ; d'individualiste, il devient sociétaire et solidariste.

Ces quelques exemples observés au cours d'un siècle ne suffisent-ils pas à montrer les changements que subissent les sociétés ! « L'esprit mène le monde, mais le monde n'en sait rien. Le tumulte des intérêts et des passions étouffe le bruit imperceptible des idées ; ces actives et silencieuses ouvrières n'en sont pas moins toujours occupées à leur tâche : elles font ou défont dans leur travail infatigable, la trame vivante des consciences. Tout d'un coup on s'aperçoit que l'opinion publique, l'éducation, les mœurs sont en train de se modifier profondément... » (2).

Donc, pour le législateur, il ne saurait y avoir une vérité absolue. « Je n'ai pas donné aux Athéniens, disait Solon, les meilleures lois, mais les meilleures qu'ils puissent souffrir ». Conscient des défauts de son œuvre,

(1) Lois des 17-24 juillet 1793, du 3 août 1844, du 8 avril 1854, du 14 juillet 1866. — Sur un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} février 1900 (S. 1900.2.121) réservant propre à la femme le droit de propriété littéraire, et cassé le 25 juin 1902 (S. 02.1.303 et note de M. Lyon-Caen), voir Saleilles, dans la *Réforme sociale* de 1902, t. IV, p. 879 et Thaller, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 55.

(2) Caro, Préface des *Problèmes de morale sociale*. — Sur l'évolution sociale et juridique au cours du XIX^e siècle, M. Maxime Leroy a fait paraître une étude très intéressante dans la *Revue de Paris* des 1 et 15 octobre 1903 (p. 511 et 753).

il ne doit pas hésiter à la corriger avec à-propos, lorsque l'exige une observation judicieuse des faits. Par malheur, les transformations subies par le droit sont tellement constantes et simultanées qu'il est impossible de fixer, au fur et à mesure, les diverses phases de son évolution. Les écrivains, les jurisconsultes n'ont pas de peine à démontrer la persistance de flagrantes injustices et la nécessité urgente des réformes ; mais, leurs réclamations n'aboutissent pas toujours à un résultat pratique. Sans doute des commissions, nommées à grand bruit, se réunissent et excitent un moment l'attention du public (1). De volumineux rapports sont rédigés et publiés. Mais toutes ces études, tous ces efforts vers le mieux n'occasionnent trop souvent qu'une déception plus lamentable, qu'un abandon plus définitif.

Les causes d'un aussi regrettable état de choses sont multiples ; elles se manifestent chaque jour davantage, avec une évidence et une logique incontestables.

Entre autres, il est facile de citer la lenteur du mécanisme législatif : tel projet présenté en mai 1872 n'a abouti qu'en mars 1891 (2) ; — la place prépondérante,

(1) Citons entre autres : la commission de revision du Code de procédure civile, nommée par décret du 10 juillet 1883 ; celle de revision du Code pénal, nommée en 1887 ; la commission de revision du cadastre, nommée en 1891, etc., etc.

(2) Loi du 9 mars 1891, sur les droits accordés au conjoint survivant (art. 767 modifié, C. civ.). Cette loi ne fut votée que grâce à l'activité persistante de M. Delsol. La première proposition en cette

et presque exclusive, occupée par la politique et les inutiles querelles des partis, à ce point que l'on en est arrivé à considérer non plus la compétence de tel ou tel de nos législateurs, mais simplement la couleur de l'étiquette dont il est affublé. — D'autre part, l'abondance extraordinaire des lois ouvrières, votées ou à l'étude, et par contre, le délaissement presque absolu des réformes de pur droit civil, s'expliquent aisément. Et pourrait-il en être autrement de la part d'hommes, qui, consacrés soudain législateurs par les masses populaires, ne voient souvent dans la réalisation des exigences de leurs commettants, qu'une garantie probable du renouvellement de leur mandat ?

Aussi, pour remédier à ces inconvénients, et pallier ces défauts, dans la mesure du possible, propose-t-on de modifier l'organe législatif, et de donner en cette matière au Conseil d'Etat les pouvoirs les plus étendus (1).

Il est donc manifeste que le pouvoir législatif est impuissant à faire des institutions juridiques l'exacte et toujours variable résultante de l'état social du peuple

matière fut faite en 1851 à l'Assemblée législative par M. Bourzat. La loi du 9 avril 1898 fut votée hâtivement à la veille de la séparation des Chambres et à la fin de la législature. Le premier projet avait été présenté par M. Nadaud le 29 mai 1880. Les divers projets présentés à chaque législature, depuis quarante ans, sur l'administration légale, n'ont pas encore pu aboutir. Une intervention du législateur ici cependant est indispensable. Voy. Tissier, *Revue critique*, 1902, p. 599.

(1) Tarbouriech, « Du Conseil d'Etat comme organe législatif », dans la *Revue de droit public*, 1894, t. II, p. 262.

auquel elles s'appliquent. On aurait tort, d'ailleurs, de vouloir reconnaître ici, un trait particulièrement caractéristique de notre époque.

L'histoire et le droit comparé nous permettent en effet de faire pareille observation dans tous les temps et dans tous les pays.

L'application stricte de la maxime : « *Ejus est interpretari legem, cujus est condere* », serait désirable ; mais, à son défaut, il faut bien constater et admettre le grand rôle que les autorités judiciaires ont toujours été appelées à jouer. Institués pour trancher les conflits qui s'élèvent entre les particuliers, les juges ne sont-ils pas les agents les plus aptes à corriger les défauts et les lacunes des lois existantes ?

Le droit romain nous fournit la preuve vraiment décisive de cette importance considérable échue à l'interprétation judiciaire. Il nous est possible d'en suivre tous les développements depuis les premières lois de la République jusqu'aux chefs-d'œuvre de Justinien. « C'est une législation vivante dans toute la richesse de son éclosion successive » (1). Entraîné par les nécessités impérieuses de la pratique, le préteur dut bientôt abandonner les règles juridiques primitives. Leur formalisme rigoureux ne pouvait concorder avec les lointaines relations commerciales et les mœurs nouvelles de la société romaine. Issue de quelques peuplades agres-

(1) Saleilles, *Revue internationale de l'Enseignement*, 1890, t. XIX, p. 485.

tes, elle étonnerait plus tard le monde par l'étendue et la puissance de son organisation.

La loi *Æbutia* donna aux préteurs le pouvoir d'organiser les procès. Dans leurs édits d'entrée en charge, ils indiquent aux plaideurs les moyens qu'ils leur donneront pour la défense de leurs droits. Ces moyens sont créés pour seconder ou corriger l'ancien droit des *actiones legis*.

La *pars translaticia* des édits prit bientôt une place prépondérante et les programmes des magistrats ne tardèrent pas à s'unifier et à se fixer en des sens déterminés. Ainsi se forma le *jus honorarium* et peu à peu disparut l'antique *jus civile*.

Un phénomène analogue se poursuit actuellement en Angleterre. Les tribunaux doivent respecter les lois ou « statuts ». En outre, on admet, depuis le moyen âge, qu'ils sont liés par les précédents judiciaires ou « cas » (1).

Mais ce droit coutumier immuable, la « common law » n'existe plus guère aujourd'hui qu'en théorie. En effet, les besoins sociaux rendant son application chaque jour plus difficile, des Cours nouvelles se créèrent. Leur jurisprudence donna naissance à l'« equity », coutume au caractère beaucoup plus moderne. Malgré les inconvénients de cette dualité, les Anglais ne peu-

(1) Une décision judiciaire est obligatoire pour toutes les juridictions inférieures saisies du même problème. Elles ne peuvent statuer en sens contraire. Voy. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*.

vent se résoudre à supprimer la « common law », droit archaïque qu'ils considèrent comme un glorieux vestige de leur passé (1).

Il ne saurait être question d'établir ici une parfaite assimilation avec l'état actuel de notre pays.

Dans un but d'unification, de clarté et de certitude, notre droit a été codifié. En principe, toutes les législations antérieures ont été abrogées (2). D'autre part, « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (3).

Les juges, quels qu'ils soient, ne peuvent donc plus participer au pouvoir législatif, comme le faisaient nos anciens Parlements. Mais leur action n'en est pas moins certaine, et leur influence est indéniable.

Afin de réglementer et de sanctionner les modifications profondes subies, au cours du XIX^e siècle, par les relations juridiques, il a bien fallu recourir aux tribunaux et leur demander l'adoption d'une méthode de très large interprétation. Ils se sont tout d'abord acquittés de cette tâche avec une certaine timidité et de grandes hésitations. Cependant, plus on s'est éloigné du Code civil, plus leur indépendance et leur hardiesse se sont accrues devant les exigences croissantes de la vie

(1) Lambert, *Revue internationale de l'Enseignement*, 1900, t. XI, p. 218 et 219; article de M. Glasson dans la *Grande Encyclopédie*, au mot « Codification », p. 815, t. XI.

(2) Loi du 30 ventôse, an XII, art. 7.

(3) C. civ., art. 7.

sociale. La Cour de cassation elle-même, instituée pour surveiller l'observation scrupuleuse des lois, a été obligée de céder à ce mouvement. Elle a dû approuver des solutions, dont le résultat évident était de modifier la règle légale et de paralyser les volontés du législateur (4).

Grâce à son contrôle souverain, à sa puissance directrice, les mêmes décisions se sont répétées sur des litiges identiques ; et ainsi, se sont introduites l'unité et la fixité dans la jurisprudence.

On a donc raison de dire qu'à côté des textes législatifs, il s'est développé chez nous une véritable « législation judiciaire ». D'ailleurs, c'est une nécessité sociale dont nous devons plutôt nous féliciter.

En opérant la transformation lente et réfléchie du droit codifié, elle évite aux particuliers des vexations et même des injustices. Dans les rapports entre les hommes, elle maintient cette sécurité que pourrait faire disparaître l'emploi trop sévère de principes démodés et presque inconnus. En général, la jurisprudence actuelle semble être portée à fonder, autant que possible, ses décisions sur des motifs d'utilité pratique et

(4) Celice, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation, ou De la permanence du droit honoraire* (Discours de rentrée à la Cour d'Aix, 1888). — Malgré les lois de l'an VI et de l'an VII, les rentes sur l'Etat sont aujourd'hui regardées comme saisissables. Voy., note de M. Glasson, dans Dalloz, 1894.1.497, et Tarbouriech, *loc. cit.* — Sur le rôle de la Cour de cassation, voyez Gény, *loc. cit.*, p. 557 à 579.

sur les intentions des parties. Elle a donné naissance à des théories remarquables. En les étudiant dans les phases diverses de leur évolution, il est facile d'en saisir la puissante vitalité et l'autorité grandissante.

A l'exacte connaissance de toutes les dispositions du Code, il est aujourd'hui essentiel de joindre l'examen attentif des décisions judiciaires (1). Les praticiens les collectionnent avec grand soin, et ils en font souvent les arguments décisifs, l'*ultima ratio* de telle ou telle de leurs prétentions. Les auteurs, à l'appui ou à l'encontre de leurs doctrines, sont obligés de citer les arrêts et les jugements. L'empire exercé par la jurisprudence est tel, que les juristes cherchent non plus à la combattre, mais à la guider par des règles sûres et méthodiques (2). De savants exposés de la pratique la complètent, et tendent même à remplacer les simples commentaires des articles du Code (3).

Mais une Ecole nouvelle désirerait voir l'interprétation judiciaire s'affranchir d'une façon encore plus absolue de toutes les anciennes méthodes. Prenant pour devise le titre d'un ouvrage de Ihering (4), ses parti-

(1) Les nouveaux *Codes annotés* de Dalloz donnent au dessous de chaque article, les arrêts les plus récents qui s'y rapportent.

(2) Les annotations faites par les auteurs dans les recueils de jurisprudence démontrent cette collaboration, dont M. Labbé donna, l'un des premiers, le signal.

(3) Voy. Lambert, *loc. cit.*, p. 243, *in fine*; Souchon, *Revue internationale de l'Enseignement*, 1888, t. XXXV, p. 415, *in fine* et 416.

(4) *Der Zweck im Recht* (Le but dans le droit), par Rudolph von Ihering. Edition de Leipzig, 1877 et 1883.

sans veulent que le juge fasse une œuvre plutôt sociale que logique et juridique. Son unique but doit être d'acheminer les sociétés vers cet idéal de justice et de solidarité meilleures, auquel ne cesse d'aspirer l'humanité. Ces idées trouvaient une expression quelque peu emphatique dans les paroles prononcées par M. Luzzatti à propos des accidents du travail : « Périssent les principes, mais sauvons la vie des hommes » (1).

Ennemis d'une liberté aussi excessive, les représentants de l'Ecole traditionnelle redoutent l'arbitraire et le retour à la fameuse « équité des Parlements ». Ils blâment le « pouvoir prétorien » de la jurisprudence et en contestent la légitimité. D'après eux, les tribunaux, esclaves de la loi, interprétée selon ses termes et les intentions probables de ses rédacteurs, ne peuvent dans aucun cas devancer l'intervention du législateur.

Un autre problème divise encore les jurisconsultes.

La jurisprudence est-elle une source nouvelle de notre droit? Constitue-t-elle une manifestation véritable d'un droit coutumier empreint d'une valeur quasi-législative, et comportant pour l'avenir des conséquences générales obligatoires?

Les décisions novatrices n'ont-elles au contraire qu'un caractère de relativité spéciale au conflit qu'elles avaient pour objet de résoudre?

(1) Luzzatti (Luigi), ancien ministre italien. *Congrès international des accidents du travail*, Paris, 1899, I, p. 297.

En un mot, quelle en est l'étendue, la force d'application ?

Nous n'avons pas la prétention d'aborder l'examen, à plus forte raison de proposer une solution de ces intéressantes mais très complexes questions. Nous n'avons jugé utile de les indiquer que pour délimiter le champ de nos études, et pour écarter ainsi toute confusion.

Ces préliminaires historiques n'ont eu qu'un but : démontrer par l'évidence des faits, l'existence indéniable de l'action exercée par l'interprétation judiciaire. Son influence se manifeste actuellement sur toutes les branches du droit (1) ; il serait donc puéril de la méconnaître.

Mais comment la jurisprudence est-elle arrivée à plier, à adapter les textes de nos lois à une société et à des mœurs, pour lesquelles ils n'avaient pas été faits ?

Quelles sont les méthodes directrices dont elle s'est servie dans cette œuvre de la rénovation de notre législation ?

Nous allons essayer de faire ressortir les plus ingénieux de ses procédés, et de les mettre en lumière en les illustrant au moyen de quelques exemples choisis dans notre droit civil. Le but de notre étude n'est donc pas la discussion des méthodes rationnelles de l'interprétation des lois, mais la simple recherche des moyens

(1) Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, Thèse Caen, 1897.

— parfois des expédients, — qui ont permis le fonctionnement et la sanction des nouvelles théories juridiques écloses au cours du XIX^e siècle.

Dans une première partie, nous verrons l'influence considérable exercée par la pratique extrajudiciaire sur l'évolution du droit. Sous des formes diverses, elle a été le guide et le modèle de la jurisprudence.

Celle-ci a su trouver elle-même des procédés originaux inspirés d'une façon plus directe par l'intérêt général et les nécessités pratiques. Nous en examinerons quelques-uns dans une seconde partie.

PREMIÈRE PARTIE

INFLUENCE DE LA PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

Mieux que les jurisconsultes, mieux même que les juges, les hommes d'affaires sont appelés à connaître et aussi à satisfaire les nécessités nouvelles d'une société en voie de transformation. En contact journalier avec des individus de toutes conditions, ils sont bien placés pour apprécier l'excellence des lois et la mesure dans laquelle elles cessent de répondre aux aspirations et aux relations de leurs contemporains. Les particuliers s'adressent naturellement à eux, lorsqu'ils jugent les prescriptions légales, incomplètes ou susceptibles de leur causer un grave préjudice. Désireux d'assurer le respect dû aux conventions et de donner pleine efficacité aux volontés des parties, les praticiens cherchent à écarter les dispositions devenues impopulaires et surannées.

La pratique extrajudiciaire n'est autre chose que l'ensemble des actes et des moyens, grâce auxquels ces spécialistes parviennent à vivifier et à douer d'une force obligatoire les intentions de leurs clients. Son but essentiel et prédominant a toujours été d'affirmer et

d'étendre de plus en plus « l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés ». Son action incessante a déterminé de véritables changements dans notre législation moderne. On peut dire avec juste titre que la pratique extrajudiciaire est un des plus importants facteurs de l'évolution du droit (1).

D'ailleurs, ses manifestations ne se produisent pas toujours avec la même hardiesse. Pour répondre aux vœux des particuliers, les spécialistes ont eu recours à des procédés divers, empreints d'un caractère plus ou moins novateur. L'étude analytique de ces procédés est d'autant plus intéressante que chacun d'eux a donné lieu à l'intervention de la jurisprudence, sous une face originale et distincte.

La pratique peut créer certains usages et les généraliser, mais elle ne peut vraiment coopérer au développement du droit qu'à la condition d'être sanctionnée par la jurisprudence.

Les différentes formes de cette sanction feront l'objet des quatre chapitres de notre première partie.

(1) Sur le rôle de la pratique extrajudiciaire et l'importance qu'on doit y attacher même dans les études théoriques, voy. Lambert, *Etudes du droit commun législatif*, « Introduction », t. I, p. 813 à 824.

CHAPITRE PREMIER

LIBRE JEU DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.

La loi écrite n'a cherché le plus souvent qu'à exprimer en des termes nets et concis la volonté probable des particuliers. Celles de ses dispositions qui touchent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont seules revêtues d'un caractère obligatoire. Aucune dérogation ne peut y être apportée. Sauf cette réserve, la convention librement formée constitue la loi des parties. Ce principe a été inscrit dans le Code et il est une règle fondamentale de notre droit (1).

Dans maintes circonstances, cette liberté d'action, admise par le législateur lui-même, a permis à la pratique de donner à la volonté toute la plénitude de ses effets. Sans avoir besoin de tourner ou d'éluder la loi, elle est arrivée à appliquer de remarquables conséquences du libre jeu de l'autonomie de la volonté. Tout en restant dans la légalité, elle a atteint des résultats que les rédacteurs du Code ne pouvaient prévoir. Par une habile combinaison des textes l'esprit de certaines institutions s'est trouvé profondément modifié.

(1) V. art. 6, 1134, 1156 et s., 1387, 1497, etc.

Dans de pareilles conditions le rôle de la jurisprudence se borne à constater un fait accompli dont la validité est indiscutable. Elle ne peut qu'approuver et encourager la pratique.

Les régimes matrimoniaux forment un terrain très approprié au libre développement de l'autonomie de la volonté. Le législateur a pris soin de caractériser chacun d'eux d'une façon très nette et bien délimitée. Mais les particuliers, usant avec largesse du principe de liberté inscrit dans l'article 1387, ont brisé les cadres des conventions qui leur étaient ainsi offertes. Il s'est formé des régimes coutumiers dont le nom seul marque le point d'attache avec les classifications du Code. La transformation subie par le régime dotal est l'exemple le plus frappant de ce phénomène.

Étude du régime dotal d'après la pratique et la jurisprudence.

Après bien des hésitations et sur les instances des représentants des pays de droit écrit, les rédacteurs du Code civil admirent le régime dotal. Dans leur pensée, l'inaliénabilité en était la marque essentielle ; elle ne pouvait être généralisée aux autres régimes et ne s'appliquait qu'aux immeubles (arg. art. 1554 à 1560).

Cette conception ne se trouva bientôt plus en harmonie avec une idée qui prend de jour en jour une extension nouvelle. Toutes les législations cherchent

à fonder au sein de la famille un patrimoine intangible. Soustrait aux atteintes de la spéculation et aux aléas du commerce, il assure toujours aux intéressés un certain revenu. Les subites et complètes disparitions de fortune étant ainsi évitées, le nombre des miséreux et des déclassés se trouve considérablement restreint. L'adoption unanime de la réserve, la reconnaissance d'un droit de succession au profit du conjoint, la création du « homestead » prouvent les progrès déjà accomplis dans cette voie humanitaire.

Les modifications apportées au régime dotal ont eu, elles aussi, pour but la sauvegarde des intérêts collectifs de la famille et la constitution d'un patrimoine dotal. Par l'adjonction de sociétés d'acquêts et de clauses de remploi, la pratique notariale a complètement changé la physionomie de ce régime. Elle lui a enlevé sa rigidité primitive.

La notion de l'inaliénabilité s'agrandit et se transforme. De très bonne heure, elle apparaît en dehors des biens dotaux ; on l'admet sur les paraphernaux (1). L'inaliénabilité cesse d'être particulière au régime dotal elle peut s'introduire sous tous les régimes (2). La même idée de constitution d'un patrimoine dotal conduira à l'établir sur les biens du mari.

(1) Cass., 2 mars 1837, S. 37.1.193 ; Cass., 17 février 1886, S. 86.1.161 et la note de M. Lyon-Caen.

(2) Cass., 24 août 1836, D. 37.1.141 ; Cass., 3 février 1879, S. 79.1.353 ; Cass., 13 novembre 1895, D. 96.1.14.

Dès le début du siècle, on s'aperçut que les dispositions du Code interprétées à la lettre ne pouvaient suffire à donner à la femme une garantie efficace. La dépréciation des immeubles et l'accroissement des valeurs mobilières imposaient la nécessité de rendre les meubles dotaux inaliénables. La pratique extrajudiciaire ne craignit pas de s'insurger sinon contre les termes, du moins contre la pensée du législateur. Dans leur contrat de mariage, les futurs conjoints prirent l'habitude de frapper de dotalité les meubles de la femme. Par la seule force de leurs conventions, ils supplèrent à la protection insuffisante de la loi.

La jurisprudence ne tarda pas à donner sa sanction à des usages dont la parfaite légitimité ne fut jamais sérieusement contestée. Bien au contraire, les tribunaux approuvent l'initiative de la pratique, et dans l'intérêt supérieur de la famille, l'encouragent à persévérer dans cette voie.

L'inaliénabilité de la dot mobilière fut admise non pas en raison d'arguments historiques plus ou moins discutables, mais parce qu'elle répondait aux vœux unanimes des particuliers. Dès 1819, la Cour de cassation déclare « que le régime dotal n'a d'autre objet que d'assurer la dot en garantissant la femme de sa propre faiblesse, pour l'empêcher de se ruiner et de réduire ainsi ses enfants à la misère ». Proclamer ce principe, c'est reconnaître l'efficacité de tous les moyens destinés à atteindre ce but. D'ailleurs, ajoute l'arrêt : « ne pas

admettre l'inaliénabilité mobilière serait pour les femmes n'ayant que du mobilier, supprimer le régime dotal, ce qui serait contraire à l'article 1391 » (1). La jurisprudence est depuis longtemps fixée, et déjà en 1842 Troplong constate qu'il serait inutile de vouloir la discuter (2). Elle répond au désir de conservation qui a dicté le contrat de mariage. Or, il faut en exécuter l'intention si on ne veut pas préparer à la femme les déceptions les plus dures et les plus inattendues.

L'inaliénabilité ne pouvait s'appliquer d'une façon absolue aux valeurs mobilières, aussi a-t-on supprimé certaines de ses conséquences. Le mari conserve ses larges pouvoirs d'administration et il peut disposer de la dot mobilière. Mais la femme possède de ce chef une créance de restitution contre son mari. Elle ne peut la diminuer ou la compromettre par une cession ou par une renonciation. En réalité, la dot mobilière n'est donc inaliénable qu'au regard de la femme qui est incapable d'aliéner soit directement soit indirectement son droit de recours contre son mari, non plus que l'hypothèque légale qui sert de garantie à ce recours (3).

Le plus généralement la pratique a réussi à donner à la femme une protection encore plus sûre. On insère dans le contrat que les meubles dotaux ne seront alié-

(1) Cass., 1^{er} février 1819, S. 19.1.146. — Conf. Cass., 28 juin 1810.

(2) Cass., 31 janvier 1842, S. 42.1.112. — Comp. arrêt décisif du 2 janvier 1837, S. 37.1.97.

(3) Cass., 18 février 1851, D. 51.1.81; Cass., 15 février 1899, D. 99.1.247.

nables qu'à charge de emploi, et on prend soin d'ajouter que les tiers seront responsables du défaut de emploi. Ainsi l'agent de change devra surveiller le placement des fonds suivant le mode indiqué dans le contrat (1). Le libre jeu de l'autonomie de la volonté a même fait valider la clause par laquelle la femme se réserve l'administration et la jouissance de tous ses biens dotaux (2).

Le souci de protéger la famille et de constituer un patrimoine à éléments variables mais à valeur immuable, domine toutes les transformations introduites dans le régime dotal par la volonté des parties. Cette idée se manifeste d'une façon particulièrement nette après prononciation de la séparation de biens. La femme dotale séparée de biens a des pouvoirs beaucoup moins étendus que le mari administrateur. Sa dot mobilière est entre ses mains inaliénable ; aucun acte de disposition ne peut y porter atteinte. L'absence de tout recours ultérieur sert de base à cette impossibilité d'accomplir des actes susceptibles de porter atteinte aux intérêts de la famille (3).

Les grands avantages présentés par les usages de la

(1) Cass., 3 décembre 1888, D. 90.1.71 ; Cass., 20 mars 1894, D. 95.1.45.

(2) Un arrêt du 17 février 1886, basé sur les art. 1387 et 1549, déclare que cette clause doit être réputée licite comme n'étant point contraire aux bonnes mœurs ni interdite par aucune disposition de la loi : Cass., D. 86.1.249.

(3) Cass., 2 février 1879, D. 79.1.246 ; 27 avril 1880, D. 80.1.431.

pratique expliquent le développement du régime dotal dans des régions où il était autrefois inusité (1).

Création de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Le Code civil a fait du mari l'administrateur tout puissant, le chef incontesté de l'association conjugale. Mais contre ses abus de pouvoir possibles il a créé certaines garanties et certains recours. L'hypothèque légale destinée à assurer le recouvrement des reprises est pour la femme l'un de ses droits les plus effectifs. Conçue comme un moyen de défense, cette arme devait nuire aux intérêts mêmes qu'elle avait pour but de sauvegarder. Le législateur avait voulu donner à la femme une protection sûre et efficace ; il n'aboutissait qu'à ruiner le crédit du mari et à rendre souvent impossible la vie du ménage. En effet, quelles sûretés et quelles ressources présente pour les prêteurs un patrimoine grevé d'une hypothèque privilégiée ?

Dans l'intérêt de la famille et sous l'inspiration d'un impérieux besoin de sécurité pour les transactions, la pratique notariale écarta une garantie gênante pour les conjoints. Aucune disposition de loi ne s'oppose à ce

(1) Sur l'influence de la pratique notariale en cette matière, voy. Eyquem, *Le régime dotal, son histoire, son évolution et ses transformations au XIX^e siècle sous l'influence de la jurisprudence et du notariat* (Paris, 1904. Librairie Marchal et Billard) ; Bardin, *Etudes sur le régime dotal* (1892).

que la femme, libre de disposer de ses biens, puisse par une convention spéciale renoncer à son hypothèque légale. Cette liberté fut mise à profit et le rôle créateur de la volonté permit de préserver ainsi le crédit du ménage. L'hypothèque légale cessait donc d'être un obstacle ; bientôt même elle devint un instrument de crédit. La femme se servit de la situation privilégiée que lui faisait la loi pour attirer les créanciers et leur inspirer confiance. Pour leur donner toute sécurité, elle offrit de les mettre en son lieu et place. Elle les subrogea à tous ses droits et actions.

Sans doute, cette pratique n'était pas sans inconvénients. Les subrogations ne recevaient aucune publicité. Le sous-ordre hypothécaire prohibé par l'article 775 du Code de procédure civile se trouvait reparaître sous une forme nouvelle et inattendue. La femme n'ayant besoin que de la seule autorisation de son mari n'était peut-être pas protégée d'une façon suffisante. Enfin, dans bien des cas il était difficile de déterminer exactement les intentions des parties et l'étendue des droits qu'elles avaient entendu acquérir ou abandonner.

Malgré ces défauts, inhérents à toute œuvre coutumière privée de la réglementation législative, la jurisprudence reconnut la grande utilité des renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale. Non contente de leur accorder droit de cité, elle chercha à les étendre et à leur donner des règles fixes d'interprétation (1).

(1) Cass., 8 août 1854, D. 55.1.337 ; 25 février 1862, D. 62.1.240.

Sanctionnée par les tribunaux, réglée par les lois des 23 mars 1855 et 13 février 1889, la pratique notoriale a eu d'excellents résultats. Non seulement elle facilite le crédit de la famille, mais encore elle permet à la femme d'exercer un contrôle sur l'administration du mari. Libre de prêter ou de refuser son concours, la femme est ainsi appelée à avoir une influence décisive sur la conduite du ménage. Il y a là une des multiples manifestations de cette importance croissante des droits reconnus à la femme. Celle-ci devient vraiment l'associée du mari, chef aux pouvoirs trop absolus dont nous pouvons chaque jour constater la progressive déchéance.

Le retour légal et l'usufruit du conjoint survivant.

Afin d'assurer une situation convenable à l'époux survivant, la loi du 9 mars 1891 lui accorde un usufruit sur la succession du prédécédé. Dans bien des cas le patrimoine du défunt ne se compose à peu près que des biens donnés par ses ascendants. Or, aux termes et conditions de l'article 747 du Code civil, les parents donateurs jouissent du droit de retour légal. L'exercice de ce droit restreint la masse sur laquelle doit porter l'usufruit du conjoint survivant. Il a ainsi pour effet direct de diminuer et parfois même d'anéantir la valeur de cet usufruit.

Lésés par cette inconséquence légale, les particuliers cherchèrent à supprimer le privilège dont jouissent les biens donnés par les ascendants. Les principes admis

sur le retour conventionnel servirent de base à une pratique notariale intéressante. A l'ordre successoral établi par l'article 747 les parties substituèrent la force obligatoire de leurs conventions. Par une clause de plus en plus fréquente, l'ascendant qui dote un de ses enfants par contrat de mariage stipule le retour conventionnel. En outre, il déclare renoncer, pour le cas où son droit au retour s'ouvrirait, à l'exercer à l'encontre du conjoint survivant sur l'usufruit des biens donnés. En d'autres termes, il est convenu que les biens donnés entreront dans la masse successorale pour le calcul de l'usufruit et devront en supporter leur quote-part (1).

L'autonomie de la volonté réussissait donc à donner ici toute son efficacité au vœu de la loi du 9 mars 1891. Le droit de retour légal se trouvait transformé en droit de retour conventionnel et il était ainsi susceptible de subir toutes espèces de modalités.

En 1899, la validité de la pratique notariale fut mise en doute devant la justice. Le tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris n'hésitèrent pas à proclamer le principe de la liberté des conventions et à faire prévaloir l'article 951 sur l'article 747. « Ce n'est plus la loi, mais la volonté des parties qui doit régler le différend. Ce n'est donc plus une question de succession, mais une question de convention. » Par arrêt du 24 juillet 1901, la Cour de

(1) Voy. les termes précis de la clause notariale dans la *Revue du not. et de l'enreg.*, 1899, t. XL, p. 107.

cassation se prononça dans un sens opposé (1). Le retour légal de l'article 747, déclare-t-elle, ne peut être modifié par les clauses des parties, attendu que les biens qu'il comprend forment une succession anormale. Toute stipulation à son sujet constitue donc un pacte sur succession future interdit par l'article 1130. La clause litigieuse est inadmissible. — L'annotateur de l'arrêt constate que cette décision méconnaît l'intention commune des parties et regrette qu'elle apporte un obstacle à une pratique louable qui tendait à se généraliser.

L'arrêt de la Cour de renvoi a une importance considérable. Il repousse la doctrine de la Cour suprême et s'appuie sur la grande utilité de la pratique notariale (2). La clause est jugée échapper à la prohibition des articles 1130 et 791 par inapplicabilité des motifs de ces textes. De plus, la Cour d'Amiens ne voit dans la convention des parties qu'une libéralité éventuelle de l'ascendant au profit de son futur gendre. Celui-ci jouit de

(1) D. 01.1.537, note de M. Sarrut. — *Voy. Rev. du not. et de l'enreg.*, 1901, t. XLI, p. 242.

(2) Cour d'Amiens, 6 mars 1902, D. 02.2.112 : « Considérant, en fait, que la clause dont il s'agit, a été insérée dans la plupart des contrats de mariage postérieurs à la loi du 9 mars 1891, que les notaires l'ont tous considérée comme absolument licite et comme conforme à l'esprit de la loi du 9 mars 1891 ; considérant qu'il y a lieu de rechercher si les principes rigoureux du droit sont inconciliables avec l'équité et s'ils doivent, comme le prétend la dame Ménard appelante, faire proclamer sans valeur une clause imaginée par la pratique notariale dans l'intérêt du mariage, afin d'assurer au conjoint survivant, conformément aux vues du législateur une situation convenable ; considérant que cette clause ne présente dans la pratique que des avantages... »

l'usufruit par l'effet d'une condition réalisée (sa survie à sa femme) qui rétroagit au jour du contrat de mariage.

En réalité, la Cour cherche par tous les moyens possibles à empêcher la disparition d'une pratique conforme aux volontés des parties et à l'esprit de la loi du 9 mars 1891.

La Cour de cassation, ressaisie de la question, vient de statuer toutes chambres réunies (1). Elle maintient la solution de sa chambre civile. Le droit de retour légal est essentiellement un droit successoral dont le mode d'exercice ne peut être régi que par la loi. Les articles 971 et 1130 lui sont donc applicables, même si les inconvénients qui motivent ces prohibitions, n'existent pas. De plus, l'article 767 porte en termes formels que le droit de retour ne devra subir aucun préjudice. Enfin, la Cour suprême voit dans la clause litigieuse une véritable renonciation et non pas un usufruit conventionnel.

Les efforts tentés pour transformer l'institution du retour légal ont donc subi un grave échec. La justesse des besoins sur lesquels ils reposent, et les résistances mêmes qu'ils ont suscitées, font prévoir que cet échec ne sera pas définitif.

Par la force persistante de son activité, par l'autorité que la loi lui reconnaît, la volonté des parties est par-

(1) Cass., 2 juillet 1903, D. 03.1.353 à 367. — *Adde* : article de M. Paul Henry dans la *Rev. du not. et de l'enreg.*, novembre 1903, p. 785.

venue dans nombre d'hypothèses à réaliser d'importantes réformes. Tant que son action s'exerce dans les limites de la légalité, la jurisprudence se borne à en admettre sans contrôle les heureux effets.

Mais le plus souvent la pratique extrajudiciaire se heurte à la volonté du législateur. Nous devons examiner les procédés habiles par lesquels elle a su éluder les prescriptions qui entravaient ses progrès.

CHAPITRE II

EXTENSION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ. — DIVERS
PROCÉDÉS EMPLOYÉS POUR TOURNER LA LOI.

Parmi tous les hommes d'affaires, les notaires ont toujours été appelés à jouer le rôle le plus important. Ces officiers publics sont bien plus les conseillers des parties, les dépositaires de leurs intérêts et de leurs secrets que des magistrats chargés de donner l'authenticité aux actes. Le notaire est uni à ses clients par des rapports si intimes qu'il les suit à travers toutes les circonstances de leur vie. Mêlé à leurs joies et à leurs peines, il règle les conditions des associations conjugales, administre les fortunes, reçoit les dernières volontés des mourants et en assure l'exécution.

On comprend donc aisément que les notaires aient de tout temps occupé une place prépondérante. Au cours du siècle dernier ils ont exercé une grande influence sur le développement du droit. Guidés par la nécessité et par leur intérêt même, ces praticiens se sont ingénies à rendre efficaces les désirs de leurs clients. A l'aide de précautions savantes ils ont écarté des textes contraires à la volonté des particuliers. Les clauses adroites employées par les hommes d'affaires revêtent

parfois le caractère de véritables ruses. Déjà dans notre ancien droit elles recevaient le nom significatif de « cautèles ». Leur répétition successive et surtout la généralisation de leur emploi ont déterminé des usages qui se sont trouvés en opposition avec les prescriptions légales. Les tribunaux ont été obligés d'apprécier ces pratiques, de leur accorder ou de leur refuser une sanction judiciaire. Dans la majorité des cas ils ont dû en reconnaître la grande utilité et par divers expédients leur donner une apparence de légalité.

En fait, la jurisprudence consacre ainsi une coutume déjà bien établie (1). Suivant l'expression aujourd'hui adoptée, le juge fait ici œuvre « de politique juridique ».

SECTION I. — Décomposition d'un acte prohibé en
plusieurs éléments valables.

Soucieux de faire respecter la conception qu'il se faisait de l'ordre public, le législateur de 1804 interdit certains actes à la volonté privée. Mais souvent il ne s'aperçut pas que ses prohibitions heurtaient des besoins légitimes et des préoccupations habituelles chez les particuliers. La pratique ne voulut pas céder devant la loi et elle imagina de décomposer l'opération prohi-

(1) M. Génv pense au contraire, qu'« une fois établie sur un point donné, la jurisprudence détermine fréquemment des pratiques en harmonie avec ses tendances », *Voy. loc. cit.*, p. 436.

bée en plusieurs actes valables. D'habiles subtilités de rédaction permirent d'atteindre le résultat que le législateur avait voulu empêcher. La jurisprudence fut forcée d'entrer dans la voie où la poussait une impérieuse nécessité. Son évolution est particulièrement intéressante en matière successorale.

Les substitutions prohibées. — Il est naturel à l'homme, et plus spécialement à celui qui s'est acquis une fortune par son travail, de vouloir régler dans l'avenir la dévolution de ses biens. De ce véritable besoin est né le testament. Les testateurs désirant conserver la plus large indépendance et faire profiter de leurs libéralités qui bon leur semble, ont toujours cherché à éluder les mesures légales restrictives de cette liberté. De tous temps, ils se sont efforcés de donner une influence souveraine à leurs volontés, non seulement sur leurs descendants immédiats, mais encore sur les générations postérieures. Souvent le gratifié ne reçoit que le simple droit d'user des biens dont il hérite ; il doit les conserver, et à sa mort les transmettre aux personnes désignées par le défunt. Ces dispositions furent les fidéicommiss à plusieurs degrés du droit romain ; dans notre ancien droit elles prirent le nom de substitutions graduelles (1). Elles sont aujourd'hui

(1) Ces substitutions furent limitées à deux degrés par les ordonnances d'Orléans, 1560, de Moulins, 1566, de d'Aguesseau, 1747. — Sous l'empire de motifs politiques, la Révolution les abolit le 14 novembre 1792.

connues sous le nom de substitutions prohibées. L'article 896 interdit en effet toute libéralité qui, grevant le bénéficiaire de la charge de conserver et de rendre, supprime ainsi pour lui la liberté de tester. Et pour mieux assurer la disparition d'une pratique qu'il estimait condamnable, le législateur annule la seconde transmission et même la libéralité faite au grevé. Il y a donc lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat*.

Cependant le résultat désiré ne s'est pas produit, et malgré la sévérité de ces précautions, les particuliers ont continué d'introduire dans leur testament les clauses de substitutions prosrites par l'article 896. La jurisprudence a donc été amenée à diminuer la portée trop grande de la rigoureuse prohibition légale. Elle est parvenue à reconnaître valables des substitutions infirmées au début du siècle, par suite d'une stricte interprétation de la loi. Remarquons d'ailleurs que les clauses ainsi tolérées ne peuvent pas avoir d'effets au delà du premier degré, car l'article 906 exige que le bénéficiaire d'une libéralité soit conçu au moment de la donation ou du décès du disparu.

La jurisprudence tourna d'abord l'article 896 en donnant une grande extension à la théorie du vœu. Elle considéra aussi la substitution soit comme une clause d'inaliénabilité, soit comme une stipulation d'un droit de retour au profit d'un tiers. La validité des fidéicommiss sans inaliénabilité ou *de residuo* fut admise

en 1827 (1). Ces dispositions ne présentent aucun inconvénient économique puisque le grevé ne doit transmettre à l'appelé que les biens non aliénés par lui.

Mais il n'y avait là en somme que des procédés secondaires. Pour respecter la volonté du testateur désireux d'imposer au gratifié l'obligation de ne pas aliéner, la pratique décomposa la substitution à terme en deux legs : legs d'usufruit au profit du grevé et legs de nue propriété au profit de l'appelé. L'article 899 fournissait à la jurisprudence le moyen tout trouvé de sanctionner cette dissociation (2).

Lorsque la substitution, au lieu d'être à terme fixe, était affectée d'une condition (le plus souvent, la mort du grevé dans certaines circonstances fixées par le *de cuius*), l'article 899 n'était plus applicable. Les praticiens suggérèrent alors au testateur de décomposer la disposition en plusieurs éléments distincts constituant chacun un legs conditionnel valable.

Un exemple fera facilement comprendre le processus suivi. Supposons un testateur qui a pour héritier un neveu en bas âge. Il craint que son parent meure célibataire, et, pour éviter que dans ce cas sa fortune passe à une famille étrangère, il désigne les personnes qui en bénéficieront, à la mort de son neveu. Sans nul doute il y a ici une substitution prohibée. Rédigée en ces ter-

(1) Cass., 1^{er} février 1827, D. 27.1.130.

(2) Cass., 22 juillet 1835, S. 35.1.641 ; Montpellier, 6 mai 1846, S. 46.2.573.

mes : « J'institue mon neveu légataire universel ; s'il meurt célibataire, mes biens passeront à X... », cette disposition serait radicalement nulle par application de l'article 896. — Au contraire, le testateur pourra atteindre le résultat désiré par lui, s'il a inséré les clauses suivantes : « J'institue mon neveu légataire de l'usufruit de tous mes biens. Je l'institue légataire de la nue propriété de ces biens, sous la condition résolutoire de son décès en état de célibat. J'institue X... légataire de la nue propriété de mes biens, sous la condition suspensive du décès de mon neveu en état de célibat. » En vertu de l'article 1040, tous ces legs conditionnels sont valables. Dans les deux cas cependant, la situation de l'héritier se trouve la même : s'il meurt célibataire, il n'aura pu ni aliéner entre vifs, ni disposer par testament des biens reçus de son oncle.

La jurisprudence hésita tout d'abord à légitimer un expédient qui transformait une substitution en une série de legs conditionnels. Elle n'admit cette décomposition que pour les legs d'une somme d'argent ou d'un corps certain. Mais la pratique s'affirmant de plus en plus, les tribunaux en reconnurent la validité, alors même que la charge grevait la totalité de l'institution (1). Ils voulurent couvrir leur audace par la volonté expresse du testateur, et comme condition de leur sanc-

(1) Cass., 17 juin 1835, S. 36.1.44 ; 30 décembre 1835, S. 36.1.108.

tion, ils exigèrent qu'il ait fait lui-même dans son testament l'analyse de la disposition litigieuse.

Pour éviter la nullité, le *de cuius* devait donc avoir soin de recourir aux conseils et à l'expérience d'un spécialiste.

Les clauses d'exclusion. — Pour empêcher certains de ses héritiers de venir à sa succession, le testateur peut-il les exclure d'une façon formelle et ainsi instituer tacitement les héritiers des degrés subséquents ? Après la promulgation du Code civil, la doctrine refusait cette faculté au disposant. Elle était influencée à tort par le souvenir de l'exhérédation romaine qui, supprimée durant la Révolution, permettait de priver les réservataires de toute part successorale. D'autre part, on se demandait si la législation nouvelle n'avait pas maintenu l'ancienne action *ab irato* des Parlements.

La jurisprudence sut voir dans les clauses d'exclusion la simple volonté d'enlever la quotité disponible aux successibles. Pourquoi ne pas en admettre toute la valeur puisque : exclusion ou institution d'héritiers aboutissent à un résultat identique, la disposition du patrimoine. La validité des clauses d'exclusion même collectives est aujourd'hui incontestée (1).

En est-il toujours de même lorsqu'elles sont affectées d'une modalité ? Le *de cuius* prévoit le cas où ses héritiers ne respecteraient pas ses dernières volontés et

(1) Cass., 10 février 1869, S. 69.1.153, 15 avril 1885, S. 86.1.453.

il ne confirme leur vocation héréditaire qu'à la condition pour eux de ne pas attaquer le testament. Cette condition est illicite lorsque le testateur veut ainsi assurer l'exécution de dispositions contraires à l'ordre public. Dans toutes les autres hypothèses il ne saurait être question d'appliquer l'article 900.

Ces clauses pénales se sont surtout présentées dans les testaments-partages. Ces actes sont sujets à de multiples causes de nullité et le but que se proposaient les ascendants est bien rarement réalisé. Pour faire tomber le testament, l'un des copartageants n'a qu'à invoquer les articles 826 et 832 qui exigent une égale répartition de meubles et d'immeubles. Dans les actes notariés on inséra alors la stipulation que l'attaque ultérieure du partage par un héritier entraînerait privation de sa part de la quotité disponible. La volonté privée réussissait ainsi à écarter les articles 826 et 832 et tous les inconvénients de liquidations successives. La Cour de cassation décide depuis longtemps déjà que l'article 900 ne vise que les violations de l'ordre public, et après quelques hésitations toute la jurisprudence est aujourd'hui favorable à ces clauses pénales (1).

Cependant les derniers arrêts les rejettent lorsqu'elles ont pour objet de protéger des dispositions portant

(1) Sur la dérogation aux articles 826 et 832 : Cass., 11 juillet 1883, S. 84.1.323 ; 30 avril 1890, S. 93.1.129. — Sur la clause destinée à assurer la disposition des biens de communauté compris dans le partage : Caen, 9 juin 1874, S. 76.2.233 et la note ; Cass., 6 juin 1883, S. 84.1.129.

atteinte à la liberté et non pas à la quotité de la réserve (1). Ainsi, un fils institué légataire de tout l'usufruit de la succession, pourra faire tomber le testament sans avoir à souffrir de la clause, qui en ce cas, le réduisait à sa réserve en pleine propriété. D'ailleurs ces arrêts sont antérieurs à 1880, et il est permis de supposer que la Cour de cassation n'adopterait plus actuellement la même solution. En donnant une interprétation extensive à l'article 917 elle pourrait facilement résoudre toutes les difficultés.

SECTION II. — **Clauses de style. — La jurisprudence supplée à la volonté des disposants en les sous-entendant.**

La plupart des innovations de la pratique répondaient à de réels besoins sociaux. Aussi les oppositions qu'elles avaient rencontrées au début disparurent-elles peu à peu, et leur emploi se répandit-il bientôt d'une façon générale. Non seulement la légalité des clauses destinées à suppléer ou même à déroger à la loi ne fut plus contestée, mais leur grande utilité les transforma presque en véritables principes. Ces usages s'imposèrent aux particuliers dans leurs relations juridiques avec une force telle qu'on ne prit même plus la peine d'en faire mention dans les conventions. Les parties étaient supposées s'y être référées tacitement et les avoir admises

(1) Cass., 6 mai 1878, S. 78.1.319.

comme une conséquence nécessaire et logique de l'acte qu'elles concluaient.

Devant une manifestation aussi formelle de la puissance de la coutume, la jurisprudence juge qu'il est du pouvoir des magistrats de rechercher les intentions des disposants. Elle estime que la volonté privée doit produire tous ses effets, même lorsqu'elle n'est pas clairement exprimée. Bien entendu, les clauses obscures doivent être interprétées dans un sens favorable aux parties. De plus, ne serait-il pas inique de faire souffrir les particuliers de leur ignorance des arguties juridiques ou de la négligence coupable de leur homme d'affaires? La justice ne doit pas se renfermer dans un rigoureux formalisme.

Mentionnées ou non dans les actes, les clauses de style prouvent l'influence exercée par l'autonomie de la volonté, même sous-entendue.

Nous avons vu la jurisprudence admettre les substitutions lorsque le testateur avait pris soin de les décomposer en plusieurs legs successifs. Elle accomplit un nouveau progrès en confirmant les dispositions dans lesquelles l'analyse auparavant nécessaire n'était qu'indiquée et non pas détaillée (1). Mais les tribunaux s'aperçurent bientôt qu'il était injuste de faire dépendre d'une question de terminologie l'exécution des volontés

(1) Cass., 30 avril 1855, D. 55.1.207. — Comp. Cass., 4 décembre 1843, S. 44.1.268.

du défunt. En 1870, la Cour de Paris décida que les juges avaient le pouvoir de sous-entendre la décomposition, lorsqu'il résultait des circonstances de la cause que son omission provenait d'une ignorance ou d'un oubli (1). Ainsi la disposition par laquelle le testateur lègue ses biens à des neveux mineurs en les substituant réciproquement les uns aux autres pour le cas où l'un ou plusieurs d'entre eux décéderaient avant leur majorité, ne constitue pas une substitution prohibée, s'il ressort de la combinaison des clauses du testament que le *de cuius* a voulu faire deux legs conditionnels : l'un de toute propriété, l'autre d'usufruit.

La dissociation, d'abord facultative, fut même rendue obligatoire.

La Cour suprême, le 18 juin 1873, imposa aux juges le devoir de procéder à la transformation qui rendait efficaces les charges de substitution imposées à un héritier. L'arrêt cassait une décision de la Cour de Lyon refusant d'interpréter le testament d'une façon favorable (2).

Avec ce système, l'article 896 disparaissait complètement ; toute substitution était valable, sauf application de l'article 906. Mais, après être allée si loin, la jurisprudence eut peur de son audace. Elle est aujourd'hui hésitante ; tantôt elle annule, tantôt elle valide les

(1) 19 juillet 1870, D. 70.2.215, confirmé en Cass., 19 mars 1873, D. 73.1.55.

(2) Cass., S. 74.1.5 et note de M. Labbé, D. 73.1.283.

testaments dans lesquels le défunt a négligé d'indiquer la série des legs conditionnels successifs. Cette confusion, ce manque d'une ligne de conduite invariable sont fâcheux. Il y a là une source de nombreux procès et, d'autre part, le testateur ne sait jamais comment seront exécutées ses volontés, s'il ne prend pas soin de les faire rédiger par un praticien expérimenté. La nécessité d'une intervention législative se fait ici vivement sentir, car l'intérêt des tiers exige la publicité des substitutions. Si la jurisprudence avait eu le pouvoir d'organiser elle-même cette publicité, elle n'aurait pas reculé au dernier moment. — Malgré tout, son œuvre est excellente, elle a mis notre législation en harmonie avec les mœurs et aussi avec les législations étrangères récentes (1). D'ailleurs, limitée qu'elle est par l'article 906, elle ne se trouve pas en contradiction avec l'esprit des rédacteurs du Code.

Ceux-ci, par l'article 896, voulaient surtout proscrire, dans un intérêt économique, les substitutions graduelles, c'est-à-dire l'ordre successif à plusieurs degrés (2).

Avec beaucoup moins de difficultés, la pratique de la

(1) V. Code espagnol, art. 780 ; Code civil allemand, art. 2100 et s., Code portugais, art. 1777 ; Code civil italien, art. 767.

(2) Nous n'avons fait en cette matière que résumer le savant ouvrage de M. Lambert sur *L'exhérédation et les legs*, nos 771 à 823. — Comp. la théorie de M. Léon Michel sous un arrêt de Cassation du 10 novembre 1896, D. 99.1.209.

subrogation à l'hypothèque légale de la femme entra rapidement dans les mœurs. Cette abdication contractuelle devint une précaution bien rarement négligée, elle pénétra dans les habitudes notariales, dans les habitudes de tous les gens d'affaires. Bien qu'elle ne fût pas toujours écrite, elle était de style dans tous les actes où figuraient des femmes mariées.

Longtemps avant les réformes législatives, une jurisprudence constante admit que la subrogation pouvait être tacite et résulter des circonstances. Tel est le cas où la femme prend part à une obligation renfermant une convention d'hypothèque sur un immeuble du mari ou de la communauté ; elle subroge ainsi implicitement le créancier. Sauf motif spécial, son concours à l'acte ne peut s'expliquer que par son désir de faire abandon de garanties privilégiées dont le maintien nuirait au crédit du prêteur. La même solution était appliquée au cas où la femme intervenait à un acte d'aliénation d'un bien du mari ou de la communauté ; peu importait d'ailleurs que cet acte fût authentique ou sous seings privés. Le plus souvent personne ne se trouvait là pour avertir la femme des graves conséquences qu'entraînait pour elle son assentiment (1).

En matière d'obligations, il est de principe qu'un vendeur peut échapper à la responsabilité de l'éviction

(1) Sur la subrogation tacite et les références, voy. Dalloz, *Jur. gén., Priv. et hyp.*, nos 961 et 967.

qui résulterait d'un de ces faits personnels en signalant à l'acheteur cette cause d'éviction et en stipulant qu'il n'en sera pas garant. La jurisprudence a sous-entendu cette clause lorsqu'il est prouvé que l'acheteur a traité en connaissant la cause d'éviction. Dans ce cas il n'a donc pas droit à garantie (1).

Notre ancien droit nous avait donné l'exemple de l'emploi fréquent des clauses de style. C'est ainsi que la volonté des parties exprimée dans la convention de dessaisine-saisine, transférait par elle seule la propriété, et, de la sorte, disparut la nécessité d'une tradition de fait.

SECTION III. — Transformation du caractère de certains textes.

A voir la réglementation étroite dont le législateur a entouré certaines institutions, on peut penser qu'il ne les a admises qu'à regret. Avec un soin minutieux il en a déterminé le but exact et les modes de fonctionnement. Dans des textes dont il est difficile de discuter le caractère impératif, il a restreint leur utilité par la limitation excessive qu'il assigne à leurs effets. Ces ins-

(1) Cass., 2 mai 1864, D. 65.1.181. — Comme autre exemple de clause devenue de style dans les actes, on peut citer les subrogations conventionnelles à l'indemnité d'assurances au profit des créanciers hypothécaires. Elles ont été sanctionnées par la loi du 19 février 1889.

titutions paraissent ne devoir jouer aucun rôle dans la vie juridique. Loin de constituer un secours et une ressource pour les particuliers, elles ne présentent pour eux que des causes de difficultés et de procès. Il semble que le législateur ait voulu rendre leur emploi inutile ou même dangereux.

Mais ses prévisions ont été souvent démenties par la pratique extrajudiciaire. La volonté privée a su renverser les barrières qu'on avait prétendu lui imposer. Des institutions appelées à disparaître ont reçu par elle une vie nouvelle et se sont développées rapidement. Ce résultat ne pouvait être atteint qu'en modifiant les prescriptions légales. Impératives et strictement limitatives dans la pensée des rédacteurs du Code, elles ont été transformées en dispositions interprétatives de la volonté des parties. La pratique et la jurisprudence n'ont voulu y voir que de simples énonciations citées à titre d'exemples et d'indications.

L'évolution subie par l'exécution testamentaire est peut-être la preuve la plus frappante de cette forme nouvelle de la puissance créatrice de la volonté.

L'exécution testamentaire prit naissance dans les anciennes coutumes germaniques (1). Pour faire parvenir ses biens aux personnes qu'il désirait gratifier, le testateur désignait un homme de confiance : le « Sallmann ». La législation canonique s'empara de cette institution

(1) Sur les origines de l'exécution testamentaire, voy. thèse de M. Robert Caillemer, Lyon.

pour assurer l'observation des testaments contenant des *legata ad pias causas*. Elle fit de l'exécuteur testamentaire un véritable représentant de la personne du défunt, un successeur *in universum jus* temporaire. Avec la renaissance des études de droit romain, ses pouvoirs et son rôle subirent de graves restrictions au profit de l'héritier institué. Néanmoins il gardait toutes ses anciennes attributions lorsque le testament répartissait la succession en œuvres pies et ne contenait nomination ni d'un héritier ni d'un légataire universel. A la fin du XVIII^e siècle ces distributions de biens étaient devenues assez rares, et même pendant un certain temps, la législation révolutionnaire les rendit impossibles en supprimant d'une façon presque absolue la liberté de tester.

Par la force même des choses, les rédacteurs du Code civil ignorèrent ou ne comprirent plus l'utilité de l'exécution testamentaire telle que l'avait conçue le moyen âge. Ils la considérèrent seulement comme une complication embarrassante dont il importait de restreindre les effets. L'exécuteur ne reçut dès lors qu'un rôle très effacé et sa liberté d'action fut limitée par le concours que doit presque toujours lui prêter l'héritier institué. Les larges pouvoirs attachés autrefois à sa qualité de représentant posthume du défunt ont disparu. Ils se réduisent en 1804 à une mission générale de surveillance et de contrôle.

L'étroite théorie du Code allait bientôt devenir insuf-

fisante. Les efforts tentés pour s'en affranchir devaient aboutir à la reconstitution d'un système analogue à celui de notre ancien droit. Afin d'obtenir une exécution exacte et sûre de leurs dernières volontés, les testateurs cherchèrent à rendre plus efficaces et plus étendues les attributions de celui que leur défiance imposait à leurs héritiers ou légataires universels. La défaveur manifeste dont le législateur avait entouré l'exécution testamentaire, et les termes volontairement limitatifs des textes semblaient devoir s'opposer à une semblable extension.

Cependant la jurisprudence donna satisfaction aux désirs des particuliers en adoptant contre la légalité une large interprétation des articles 1026 et 1031.

L'exécuteur testamentaire a pour principale mission d'acquitter les legs mobiliers ; mais cette opération nécessite la liquidation préalable du passif successoral. On permit au testateur d'insérer une clause spéciale d'autorisation à cet effet (1). Le disposant prévoyait souvent le cas où l'actif mobilier ne suffirait pas à payer tous les legs d'argent et il donnait alors à l'exécuteur le pouvoir de faire vendre les immeubles de l'hérédité. Cette clause que la stricte application de la loi aurait dû faire rejeter, fut validée par la jurisprudence, lorsqu'il n'y avait pas d'héritier à réserve (2). Elle est inspirée

(1) Dalloz, *Jur. gén., Disp. test.*, n° 4090.

(2) Douai, 26 août 1847, D. 47.1.209 ; Cass., 8 août 1848, S. 49.1.66. — Adde : Lausel et Didier, *Encyclopédie du notariat : Exécut. test.*, n° 29 ; *Rev. du not. et de l'enregist.*, 1861, p. 197 et s., p. 264 et s.

par le désir légitime d'éviter aux intéressés les lenteurs, les frais et les difficultés que le *de cujus* peut craindre ou prévoir. D'ailleurs il est logique de penser, comme l'écrivait déjà Furgole, que : « quand un testateur a donné le pouvoir d'exécuter sa volonté, il est censé avoir donné la faculté de mettre en usage tout ce qui est nécessaire pour parvenir à une pleine et entière exécution » (1).

La plus grande liberté est laissée au testateur. Ainsi celui qui n'a pas d'héritiers à réserve peut imposer à ses libéralités telle condition qu'il lui plaît de prescrire, pourvu qu'elle ne soit contraire ni à la loi, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Ainsi, il peut stipuler que sa succession soit toute mobilière et que les ventes d'immeubles soient passées sans formalités de justice. Les héritiers ou légataires mineurs, ou majeurs ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, n'ont ni intérêt ni qualité pour critiquer ce mode de réalisation. En effet, pour accepter ou refuser la succession, ils doivent attendre qu'elle ait revêtu le caractère mobilier que la volonté toute puissante du testateur a entendu lui attribuer (2).

L'exécution testamentaire se rapproche donc de l'ancienne distribution de biens ; elle facilite les liquidations et permet d'éviter les inconvénients des partages judi-

(1) Furgole, t. IV, chap. x, sect. IV.

(2) Cass., 17 avril 1855, D. 55.1.201. — Sur la question controversée de savoir si l'exécuteur a le pouvoir de provoquer de plein droit la vente des immeubles, voy. Fuzier-Herman, *Exécut. test.*, n° 194.

ciaires. Nous verrons bientôt que les progrès de la pratique lui ont fait jouer un rôle encore plus étendu et plus important.

Un autre exemple d'énumération légale limitative nous est fourni dans les articles 1558 et 1559. Les transformations apportées au régime dotal ont amené les tribunaux à se montrer très larges dans l'interprétation de ces textes impératifs. Le législateur avait pris soin de citer les quelques cas où à titre exceptionnel serait permise l'aliénation des immeubles dotaux. Peu à peu la jurisprudence a autorisé la vente toutes les fois qu'elle la jugeait utile aux intérêts de la famille. On valide tous les engagements qui ont pour but de procurer des ressources au ménage : hypothèque sur le fonds dotal ; paiement des dettes du mari pour permettre à celui-ci la conservation d'un office ou d'un fonds de commerce ; transformation et mise en culture d'un domaine rural. La formule de l'article 1558 qui autorise la vente « pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206 » est donc de beaucoup dépassée ; de même lorsqu'on permet d'aliéner pour effectuer les grosses réparations indispensables, non pas à la conservation des autres biens mais à leur amélioration. Bien plus, il a été jugé que les frais faits par une femme ayant obtenu la séparation de biens, avaient été exposés utilement dans l'intérêt de la conservation de la dot et qu'ils pouvaient dès lors être recouverts sur les biens dotaux.

La jurisprudence se substitue en réalité à la loi, car elle se fait juge de l'utilité et de l'à-propos de l'aliénation du fonds dotal.

SECTION IV. — Changement de classification légale.

La transformation du caractère des textes n'a parfois pas suffi pour étendre le domaine d'application d'une institution légale. Il a fallu lui donner un nom d'emprunt et ainsi sous le couvert d'une institution analogue, mais plus large, lui faire produire tous les effets exigés par la pratique.

Sous le nom de legs universel la jurisprudence a fait revivre la très ancienne exécution testamentaire. Dans ce véritable changement de catégorisation légale, elle a trouvé le procédé qui permettait la réalisation des libéralités testamentaires inspirées par des sentiments charitables. La législation canonique avait encouragé ces distributions de biens et avait réglementé leur accomplissement. Encore enveloppées dans la prescription générale qui frappa tous les biens de mainmorte, nous avons déjà vu qu'elles ne trouvèrent pas place dans le Code civil. Mais cet élément de progrès et de civilisation ne devait pas disparaître ; le mouvement de solidarité sociale allait pousser les testateurs à faire bénéficier de leur fortune les humbles et les déshérités de la vie.

Aujourd'hui, ils assignent souvent à tout ou partie de

leurs biens une destination stable et utile. Cette affectation perpétuelle de valeurs à la réalisation d'une idée, à la poursuite d'un but déterminé, constitue « une fondation ». Souvent le fondateur adressera sa libéralité à une personne civile déjà existante, apte à l'acquiescer sous les conditions légales. Mais dans bien des circonstances le donateur animé d'intentions libérales peut ne pas trouver de personne civile ayant qualité pour réaliser sa pensée. Ou bien pour des motifs personnels il ne voudra pas s'adresser à un établissement reconnu.

Comment parviendra-t-il à créer et à gratifier une institution qui, selon les principes de notre droit, n'a aucune existence légale et ne peut être sujet de droits ?

Dans certains pays la volonté du disposant est toute puissante ; elle peut fonder un patrimoine doué d'une vie propre et apte à devenir le sujet de droits ou d'obligations. Il n'y a aucune confusion avec le patrimoine d'une personne morale déjà existante (1). Au contraire, notre législation exige l'intervention de l'Etat. Un acte de la puissance publique peut seul donner à une fondation la vie et la capacité civile. L'établissement encore inexistant est incapable d'être institué directement ; mais, par des procédés indirects il peut être gratifié en fait.

Si le fondateur consent à se dépouiller de son vivant,

(1) Sur les « *Stiftungen* » du droit allemand, voy. Saleilles, *Essai d'une théorie de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand* (Paris, 1890, p. 146 et s.) — *Adde* : Loi belge du 19 décembre 1864, art. 18 et Code fédéral suisse de 1881, art. 716.

il organisera lui-même l'œuvre projetée. Après son utilité démontrée par un fonctionnement de quelque durée, il avisera les pouvoirs publics de ses intentions de libéralité, et sollicitera à cet effet la reconnaissance d'utilité publique.

Comment faire lorsque le disposant ne veut pas être privé de ses biens sa vie durant ? Le legs avec charge est le procédé qui permettra de réaliser ses généreux desseins. Le testateur choisira une personne en qui il a toute confiance, il lui léguera les biens qu'il désire attribuer à l'établissement projeté, il lui ordonnera de constituer en fait la fondation, d'exécuter les démarches nécessaires pour lui faire obtenir la personnalité, enfin de la doter avec les biens légués.

L'article 906 ne vient-il pas mettre obstacle à cette disposition qui aboutit en fait à gratifier une personne inexistante au moment de la donation ? La jurisprudence écarta la difficulté en établissant avec soin une distinction entre le legs et la charge. Celle-ci n'est qu'une condition mise à la libéralité faite au légataire et à ce dernier seul doit s'appliquer l'article 906 (1). Durant l'intervalle entre la mort du *de cuius* et la reconnaissance de l'établissement, la propriété des biens héréditaires est fixée sur la tête du légataire. C'est un propriétaire intermédiaire qui représente vraiment le défunt et assure l'observation de ses dernières volontés.

(1) Cass., 21 juin 1870, S. 70.1.365 ; Cass., 8 avril 1874, S. 74.1.258.

La personne morale nouvelle ne peut réclamer l'exécution de la charge, c'est-à-dire de la donation, qu'après la déclaration d'utilité publique (1).

Dans ce système il arrive souvent que le légataire se trouve privé de tout bénéfice par suite de l'application de la charge de rendre à l'universalité du patrimoine. Or, objecte-t-on, la qualité de légataire universel ne comporte-t-elle pas l'aptitude à recueillir en tout ou en partie la fortune du disposant ? Cette condition ne fait-elle pas défaut au cas où la fondation absorbe toute la succession ? La jurisprudence répondit que peu importait le bénéfice retiré de la disposition par le légataire et que celui-ci n'en restait pas moins « le continuateur juridique de la personne du testateur » (2). L'ancienne institution de l'exécution testamentaire se trouve rétablie telle que l'avaient connue le droit germanique et notre droit coutumier. L'étroitesse de notre Code interdisait au testateur de désigner son représentant posthume sous le nom d'exécuteur testamentaire ; un simple changement de dénomination suffira à assurer la réalisation de ses intentions. En définitive, la validité des fondations dépend aujourd'hui d'une question de formalisme.

(1) Cass., 21 juin 1870.

(2) Bourges, 11 janvier 1887, S. 90.2.170, affaire Baron, école d'Azay-le-Rideau ; Cass., 5 juillet 1886, D. 86.1.465 ; Cass., 6 novembre 1888, D. 89.1.414, S. 90.1.241 et note Labbé ; Cour de Roumanie, 9 mars 1892, S. 92.4.17 ; Dijon, 30 juin 1893, S. 94.1.185 et note de M. Saleilles sur la subrogation réelle.

Les débats sur le testament d'Edmond de Goncourt et la fondation de l'Académie d'Auteuil montrèrent bien quels étaient les principes de la théorie jurisprudentielle. Par un codicille, Edmond de Goncourt avait pris soin de transformer ses exécuteurs testamentaires en légataires universels. Le tribunal se basa sur cette substitution pour faire produire au testament tous ses effets (1).

Il est à souhaiter que la jurisprudence renonce bientôt à obliger les particuliers à avoir recours à de telles ruses et qu'elle revienne franchement à la véritable notion de l'exécution testamentaire. Elle n'a plus que ce dernier pas à franchir pour justifier pleinement ces paroles de Furgole : « L'exécution de la dernière volonté des morts a été considérée dans tous les temps comme une chose sacrée... La loi place le testateur au milieu de la famille comme un législateur dont les dispositions doivent être considérées comme autant de lois » (2).

(1) V. Compte rendu des débats et jugement du 15 août 1897 dans le *Recueil des grands procès contemporains*, 1897.

(2) Furgole, *Œuvres*, t. IV, ch. x, sect. IV.

CHAPITRE III

ABANDON DES TEXTES PAR DÉSUÉTUDE.

Pour assurer le respect de l'autonomie de la volonté, ou pour éviter de graves inconvénients pratiques, il n'a pas toujours été nécessaire de suppléer à la loi ou de recourir à des expédients plus ou moins arbitraires. Une attitude passive et un silence approbateur devant les violations légales ont parfois suffi pour atteindre ce double but. La désuétude dans laquelle elle a peu à peu fait tomber certains textes a été pour la pratique extrajudiciaire un précieux et facile auxiliaire. Dans l'état actuel de notre civilisation, que faut-il penser de la légitimité de ce procédé ?

Le droit romain et surtout notre ancien droit furent des législations essentiellement coutumières. Fondée uniquement sur l'usage, la loi devait par contre coup en ressentir toutes les modifications. La disparition des besoins qui l'avaient fait naître entraînait par là même son abrogation. *Consuetudo pro lege custoditur*. Bien à sa place dans un système d'élaboration coutumière continuelle, ce principe ne doit-il pas être supprimé à une époque où fonctionne — ou plutôt devrait fon-

ctionner — un pouvoir législatif omnipotent ? (1). Et en effet, il est admis partout aujourd'hui qu'une loi ne peut être défaire que par l'autorité qui l'avait édictée ou par le pouvoir supérieur. L'abrogation par désuétude, tout au moins en théorie, n'existe donc plus ; quelles que soient leurs dates, les dispositions législatives restent toujours en vigueur et leur rigoureuse application peut toujours être réclamée. C'est ainsi que du fond de l'arsenal de nos textes juridiques, nous voyons parfois exhumer des lois dont personne ne soupçonnait plus l'existence. Vestiges incompréhensibles d'un autre âge, interprètes oubliés d'idées désormais inexplicables, elles ressemblent à ces momies antiques, simples objets de curiosités auxquels un souffle magique ne saurait redonner une force et une vie à jamais éteintes (2). Beaucoup de nos lois n'ont pas été abrogées, et juridiquement elles demeurent applicables. En fait, elles ne reçoivent aucune exécution. Malgré tous les principes, l'abandon par désuétude apparaît donc dans

(1) Quelques auteurs ont soutenu l'abrogation des lois par désuétude : Merlin, *Répert.*, V^o *Appel*, sect. I, § 5 ; Duranton, t. I. p. 69 ; Beudant, *Cours* : « Introd. », n^o 103. Mais l'opinion contraire rallie aujourd'hui tous les suffrages. — Avis de la commission chargée de la revision des lois en 1825, *Moniteur* du 25 décembre 1825 ; Demolombe, *Cours*, t. I, p. 35 et 130. — *Adde* : Cass., 30 juin 1827 ; 25 janvier 1841 ; 4 février 1898.

(2) La loi du 19 janvier 1805 (éducation aux frais de l'Etat de l'aîné de sept enfants vivants) ne fut jamais appliquée, quoique la Chambre des députés ait inscrit au budget de 1885, un crédit à cet effet (*Voy. Journal officiel* du 1^{er} juillet 1885).

la réalité des choses comme un moyen susceptible d'écartier des textes inutiles ou gênants.

Plus spécialement usité en droit commercial et en droit pénal, ce procédé a cependant été aussi employé avec à-propos par notre jurisprudence en matière civile. S'apercevant de l'injustice ou de l'impossibilité d'application de certaines prescriptions du Code civil, les tribunaux, dans un but d'intérêt général, ont peu à peu négligé de les appliquer. Insensiblement, les textes ainsi passés sous silence, sont tombés dans l'oubli le plus complet et la plupart des particuliers en ignorent aujourd'hui l'existence. Aussi le respect absolu de la légalité anéantirait-il bien des droits dont les titulaires, avec la meilleure bonne foi, croient jouir en toute légitimité et toute assurance.

Nous voulons surtout faire ici allusion aux modifications que les nécessités de la vie pratique ont fait subir au système des preuves organisé par le Code civil.

Le formalisme a disparu de notre droit et les particuliers peuvent donner à leurs conventions les formes qu'il leur plaît. Seule la signature manuscrite des parties est requise comme élément indispensable ; elle donne à l'acte sa force probante. Mais cette règle elle-même a été mise de côté en raison du développement et de la rapidité croissantes des relations commerciales. Le plus souvent les chefs des grandes entreprises ne s'engagent vis-à-vis de leurs clients éventuels que par des lettres à signature imprimée, répandues à milliers d'exemplai-

res. Leurs engagements n'en sont pas moins tenus pour valables.

Dans certaines circonstances, il n'y a même pas de signature, manuscrite ou non, pour constater la dette de l'obligé. Une personne verse 200 francs à une Compagnie de chemins de fer pour effectuer un voyage. La Compagnie lui remet en échange un carton, seul titre de créance qui est bien loin de répondre aux exigences du Code civil. Si la Compagnie refusait de transporter le voyageur, il est évident que le juge, sur la production du billet prouvant le contrat passé, condamnerait la Compagnie.

Le même phénomène se produit dans les agences théâtrales, où de simples numéros représentent la créance de celui qui a versé une certaine somme dans le but d'assister au spectacle.

Prenons encore l'exemple d'un individu titulaire d'un chèque de 100.000 francs. Il se présente à la Banque pour en recevoir le paiement. Mais, avant de toucher un numéraire quelconque, il passe à un bureau où il se dessaisit de son titre, contre lequel, comme seul moyen de preuve de son énorme créance, on lui remet un jeton portant un numéro d'ordre. Sur présentation de ce jeton — qui au point de vue juridique n'a aucune valeur — le caissier lui versera les 100.000 francs.

En matière de paiements, il est facile de voir combien ont été délaissés les modes de preuve de droit civil. Au bas des factures acquittées, ne figurent plus que rare-

ment la date du paiement et la signature manuscrite du commerçant. On se contente en général d'apposer la mention « payé » ou un cachet ou timbre humide. Le débiteur n'en possède pas moins un titre libératoire parfaitement valable.

Notre fiévreuse activité commerciale exigeait cette simplification des modes de preuve ; et nous revenons ainsi aux usages des peuples primitifs (1). En effet, tant que l'écriture ne reste connue que des classes riches et lettrées, les conventions et plus spécialement les réceptions de deniers, ne se prouvent que par des cachets apposés à la fin de l'acte. Même au moyen âge, le sceau remplaçait la signature manuscrite, employée seulement par les clercs.

Cette tendance marquée de la jurisprudence à écarter les règles trop rigoureuses sur la preuve, nous la retrouvons dans l'interprétation donnée à l'article 1341. Contrairement à la doctrine, les tribunaux admettent que la prohibition de la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs n'est pas d'ordre public. En conséquence, les parties peuvent y renoncer, même tacitement, ce qui en somme revient à supprimer l'article 1341 (2).

Dans un autre ordre d'idées, des inconvénients graves, surtout au point de vue de l'hygiène publique,

(1) Le Gentil, *Essai historique sur les preuves juridiques*, p. 70-112, 187, 379 (Paris, 1868).

(2) Cass., 1^{er} juin 1893, D. 93.1.445 ; 8 juin 1896, D. 97.1.464.

nécessitérent l'abandon progressif de textes qui de nos jours ne reçoivent plus aucune application. D'après les termes de l'article 55 du Code civil, l'officier de l'état civil a le droit d'exiger que tous les enfants lui soient présentés à la mairie, dans les trois jours de leur naissance. Le législateur a ainsi voulu lui permettre de certifier sans crainte d'erreur la naissance et le sexe de l'enfant. Cette mesure entraînait de sérieux dangers pour la vie des nouveau-nés et de plus en plus s'introduisit la constatation des naissances à domicile. Mais pour les officiers de l'état civil, dans les grandes villes surtout, il y a là une impossibilité absolue ; aussi, les naissances sont-elles aujourd'hui constatées par le médecin de l'accouchée ou par un docteur spécialement délégué par l'administration municipale. Ce système bien préférable à celui du Code est sans doute excellent, néanmoins il constitue une violation certaine de la loi.

Le même phénomène s'est produit au sujet de la vérification des décès. En fait, c'est un médecin et non l'officier public qui constate la mort et délivre le certificat de décès. Les avantages pratiques ont donc également conduit à l'inobservation et à l'oubli actuel de l'article 77.

Adoptées en raison des garanties sérieuses qu'elles présentent, ces innovations consacrées par l'usage ont abouti à l'abrogation tacite des règles légales. On est arrivé ainsi à ce résultat bizarre qu'un officier de l'état civil, menacé cependant de peines sévères, affirme des faits, dont il ne s'est pas rendu compte par lui-même.

Le même phénomène s'est produit à propos de l'article 63. La formalité des publications verbales préalables au mariage n'est jamais accomplie.

Rappelons aussi l'inobservation générale de la loi du 25 ventôse an XI, exigeant la présence effective du notaire en second. La loi du 21 juin 1843 intervint pour sanctionner cet état de choses.

Dans le but louable de favoriser les mariages, la jurisprudence a réussi à écarter la clandestinité comme cause de nullité. L'article 191 détermine les personnes qui ont le droit d'attaquer un mariage qui n'a pas été célébré publiquement. Le défaut de publicité est donc bien une cause d'annulation. Mais il est depuis longtemps admis que les juges jouissent ici d'un pouvoir discrétionnaire absolu et les simples irrégularités de formes ne sont jamais sanctionnées par la nullité (1). Du moment que les conditions essentielles du mariage sont respectées, serait-il juste que l'inobservation de formalités accessoires fît tomber un acte aussi important ? La jurisprudence a appliqué cette théorie d'une façon intéressante, à propos des mariages contractés à l'étranger par des Français. L'article 170 les déclare valables, à condition qu'ils aient été précédés en France des publications, requises par l'article 63. A interpréter stric-

(1) Le dernier arrêt de Cassation annulant un mariage pour simple clandestinité est du 9 mars 1831, S. 31.1.142. — Sur le pouvoir d'appréciation du juge en cette matière, voy. Bourges, 13 juillet 1891, D. 92.2.59.

tement la loi, l'omission des publications devrait donc entraîner la nullité, par application de l'article 191 : vice de clandestinité. Ici encore cependant ce texte a été écarté dans la grande majorité des cas, grâce à la théorie ingénieuse de « la fraude à la loi ». Le défaut de publication n'est pas en principe une cause de nullité. Le mariage qui n'aura pas été rendu public en France, ne sera annulé que si les contractants ont eu pour but de s'affranchir des prescriptions de leur loi nationale (1). Le juge devra donc rechercher s'ils avaient voulu éviter certaines oppositions probables de la part de leurs parents ou d'autres personnes. A supposer prouvée cette intention illicite de frauder la loi, l'union clandestine devra être déclarée inexistante. Le tribunal de la Seine vient de faire une récente application de ces principes. Il s'agissait d'un mariage contracté en Angleterre par un Français mineur, sans le consentement des parents et sans les publications de l'article 170. Le père n'en avait été avisé que douze ans plus tard par une lettre d'un pasteur anglais et il introduisit aussitôt une demande en nullité. Les juges la reconnurent bien fondée en déclarant que le mariage avait été contracté au mépris et en fraude de la loi française (2).

Malgré cette atténuation nécessaire, on voit que le système de notre jurisprudence aboutit, en fait, à la disparition presque totale des articles 170 et 191.

(1) Cass., 28 décembre 1874, D. 76.1.368 ; Cass., 15 juin 1887, D. 88.1.412 ; Anvers, 19 mars 1892, D. 95.2.135.

(2) Trib. Seine, 1^{re} chambre, 11 juillet 1903.

Ces exemples d'abandon de la loi par désuétude se justifient par les considérations d'intérêt général qui les ont motivés. Il n'en est pas de même, selon nous, d'une pratique extrajudiciaire qui constitue une véritable méconnaissance de la loi. Nous entendons ici faire allusion à certaines clauses spéciales aux actes notariés. Employées d'une façon si courante et si habituelle, les parties intéressées et le notaire lui-même ne songent plus à mettre en doute leur parfaite légitimité. Dans bien des études, il est devenu de style d'inscrire comme condition essentielle d'un prêt : « que les intérêts non payés se capitaliseront de plein droit à l'échéance » ; cette convention, conclue en même temps que le prêt lui-même, n'est autre chose que l'anatocisme prohibé par l'article 1154.

En effet, si le Code civil n'a pas reproduit la prohibition antérieure de la capitalisation des intérêts, il a cependant voulu donner des garanties au débiteur. Pour permettre à celui-ci de se rendre compte chaque année de sa situation, le législateur décide que le débiteur ne pourra consentir que la capitalisation des intérêts « échus » d'une année entière. Une convention spéciale est nécessaire pour permettre au débiteur de se grever de cette charge nouvelle en toute connaissance de cause. Il est de toute évidence qu'elle ne saurait intervenir qu'au moment de l'échéance. Renouvelable chaque année, il est illégal de la rendre contemporaine de l'obligation, attendu qu'à cette époque, elle

ne peut porter que sur des intérêts « à échoir » et non sur des intérêts « échus ». Tel est bien d'ailleurs l'esprit de l'article 1154, car il met sur la même ligne la convention et la demande en justice nécessairement postérieure à l'acte.

Comme il est désormais facile de s'en rendre compte, la pratique notariale que nous signalons est une véritable violation de la loi. Elle a eu sa répercussion dans la jurisprudence et pendant longtemps les décisions judiciaires ont consacré cet oubli de l'article 1154 (1). Aujourd'hui encore, subsiste une controverse injustifiée, que la nécessité de protéger le débiteur et les termes formels de la loi devraient faire disparaître.

Dans les législations modernes soumises au régime de la codification, la désuétude est sans doute bien loin d'avoir conservé le rôle qu'elle jouait jadis aux époques de la formation coutumière du droit. Mais elle n'a cependant pas perdu toute son influence, et aujourd'hui encore, il est exact de dire que plus forte que la loi, la coutume sait toujours trouver le moyen de faire tomber dans l'oubli des textes qui ne sont plus en harmonie avec les mœurs (2).

(1) Montpellier, 20 juin 1839, S. 39.2.497 ; Cass., 10 août 1859, D. 59.1.444 ; Nancy, 10 avril 1878, D. 79.2.240. — Dans le sens de la condamnation de la convention anticipée d'anatocisme : Nancy, 16 décembre 1880, D. 82.2.140.

(2) L'article 2103 subordonne l'existence du privilège des architectes et entrepreneurs à la rédaction d'un procès-verbal constatant l'état des lieux avant le début des travaux. De peur de manifester de la défiance envers leurs clients, les intéressés n'y procèdent jamais. Il y a là pour eux une source de forte lésion, car la jurisprudence refuse de tenir compte d'une pratique pourtant générale.

CHAPITRE IV

INITIATIVE JURISPRUDENTIELLE FONDÉE SUR L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.

La pratique extrajudiciaire a eu sur le développement de notre droit une influence si considérable, elle est entrée dans les mœurs juridiques avec une force si pénétrante que les tribunaux ont trouvé en elle un prétexte à de réelles innovations. Ils ont fait de l'autonomie de la volonté un puissant et fécond moyen d'interprétation.

Sans doute, dans son œuvre de lente et continuelle adaptation du droit aux nécessités sociales, la jurisprudence est guidée par le désir de donner la plus grande efficacité à la volonté privée. Toutefois dans certaines branches de la vie juridique, elle a plus vivement senti le besoin de faire respecter toutes les intentions certaines des parties. Sûr de l'appui et de l'approbation des praticiens dont il suivait l'exemple, le juge a pris l'initiative de fonder sur ce seul principe des théories hardies et souvent même contraires à la loi. Au lieu de se laisser guider par la pratique, la jurisprudence l'a imitée et même devancée en s'appropriant ses méthodes et son esprit.

Telle est, croyons-nous, la base rationnelle de ce procédé spécial dont nous allons étudier la mise en œuvre dans quelques hypothèses.

Quoique rédigé dans un sage esprit de conciliation, le Code civil a parfois été influencé par des idées qui n'ont aujourd'hui aucune raison d'être. Le titre des Donations est sans conteste celui qui a le plus vieilli; le régime spécial qu'il organise est devenu incompréhensible et inapplicable. Dans notre ancien droit, les règles restrictives des donations s'expliquaient par le désir des familles nobles de conserver intacts leurs patrimoines. Il fallait avant tout sauvegarder « la splendeur du nom ». Déjà surannées en 1804, ces raisons n'existent plus de nos jours; l'intérêt social et économique exige la libre circulation des biens.

Aussi, notre jurisprudence a-t-elle peu à peu, aux survivances archaïques des textes, substitué des solutions plus conformes aux nécessités journalières et surtout aux volontés des parties.

La validité des dons manuels est admise sans difficulté; les donations indirectes et les donations déguisées sont depuis longtemps dispensées des formalités extérieures imposées par le Code civil. Les solennités dont on entoura les libéralités entre vifs avaient pour objet d'assurer l'irrévocabilité de ces dispositions. Mais la vieille règle « Donner et retenir ne vaut » se trouve sans nécessité en contradiction avec la volonté du do-

nateur ; aussi, les applications en sont-elles restreintes le plus possible (1).

En effet, cette dérogation au principe de la liberté absolue des conventions n'a plus de sens aujourd'hui. On conçoit parfaitement une donation révocable, sauf, bien entendu, à donner une grande publicité à la cause de révocation. Les tiers étant ainsi avertis, leurs intérêts se trouvent sauvegardés ; et, c'est là la question essentielle, car seuls ils ont droit à une protection spéciale. Le donateur et le donataire doivent subir les conséquences de l'accord librement conclu entre eux.

L'article 900 est peut-être le plus curieux et le plus inexplicable de tous les textes qui dans notre Code constituent la législation spéciale des donations. Contrairement à la règle générale de l'article 1172, la condition impossible ou illicite est réputée non écrite, et le donataire peut exiger l'exécution de la libéralité malgré l'inaccomplissement de la condition. Il est difficile de contrecarrer de façon plus évidente la volonté du disposant. Pour expliquer l'article 900, les uns ont voulu voir en lui un texte impératif, simple reproduction d'une loi des 5-12 septembre 1791, qui avait pour but de rendre inefficaces des conditions constituant des atteintes au régime révolutionnaire (2). Les autres, et

(1) Les art. 943 à 946 sont interprétés dans un sens très favorable à la validité des donations. — Voy. par ex. : Douai, 25 mai 1881, S. 83. 2. 215 ; Cass., 1^{er} avril 1895, D. 95. 1. 335.

(2) Cette théorie est fort bien exposée dans les conclusions de l'avocat général Ronjat : Cass., 17 juillet 1883, D. 84. 1. 156. Elle est réfutée par Labbé dans S. 84. 1. 305.

parmi eux Demolombe, ont donné à l'article 900 un fondement interprétatif : ils annulaient alors la libéralité lorsque le disposant avait déclaré que la condition était « de rigueur » (1).

La jurisprudence n'a pas adopté ces théories, et par divers moyens elle a réussi à respecter les intentions des donateurs et à supprimer presque une règle dont la rigueur était excessive et inutile. Si l'impossibilité de la condition faisait présumer la folie de celui qui l'avait imposée, on appliquait l'article 901. Dès lors la nullité était complète. Si la clause pouvait s'interpréter comme une substitution prohibée, on appliquait l'article 896. En cas de connaissance de l'immoralité par le bénéficiaire, on faisait appel à la théorie de la suggestion et de la captation. D'autre part, les tribunaux ont seuls le pouvoir de juger si une clause a un caractère illicite ou immoral, et ils se montrent très larges dans cette appréciation (2). Parfois la jurisprudence a considéré les charges comme l'équivalent des objets donnés ; toute la disposition tombait alors sous le coup de l'article 1172.

Mais la création vraiment originale et qui met bien en lumière le procédé de la recherche des intentions

(1) M. Bartin a adopté un troisième système qui assimile la donation avec charges à un acte à titre onéreux, voy. Bartin, *Conditions illicites*, p. 311 et s.

(2) Sur la condition de viduité : voy. Cass., 18 mars 1867, D. 67. 1. 332 ; Cass., 22 décembre 1896, D. 98. 1. 537. — En somme, cette condition ne sera immorale que suivant les circonstances et suivant les intentions de celui qui l'a imposée.

du donateur a été la théorie de « la cause impulsive et déterminante ». Ce sont les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1863 ; il limite l'article 900 par l'article 1131 édicté pour les actes à titre onéreux. « La forme de l'acte ne répond pas en ce cas, au fond, à la réalité. Ce que le donateur a qualifié de condition, c'est à-dire de modalité, est véritablement la cause, le but essentiel de la disposition. L'article 1131 n'admet pas de mutation de fortune sans cause. Si la condition n'est pas exécutable, la cause de l'aliénation fait défaut : l'aliénation est non avenue » (1).

Dans cette doctrine, l'article 900 est fondé sur la seule analyse des volontés du disposant. Les juges du fond décident souverainement si la condition a eu ce caractère impulsif et déterminant, qui la transforme en une véritable cause. La solution dépend donc d'une simple question de fait. La théorie jurisprudentielle cadre beaucoup mieux avec l'esprit de l'article 900, qui fut sans doute rédigé dans un but d'apaisement et de conciliation. La jurisprudence n'a jamais voulu se déclarer en principe sur le fondement impératif ou interprétatif de l'article 900. Son grand souci a toujours été de s'inspirer des circonstances et de respecter autant que possible la volonté du donateur. — En 1858, la Cour de Paris annule un testament soumis à une condi-

(1) Note de M. Labbé, *loc. cit.* — L'arrêt cité du 17 juillet 1883 applique l'art. 900, car la condition n'avait pas le caractère d'une cause impulsive et déterminante.

tion illicite : « Considérant qu'en maintenant cette disposition, sans que la condition soit accomplie, on arriverait à un résultat directement contraire à la volonté de la testatrice » (1).

Depuis la loi du 30 octobre 1886, la théorie de la cause impulsive et déterminante a joué un rôle très important au sujet des conditions relatives aux écoles congréganistes (2).

La volonté présumée du défunt est dans notre droit le motif rationnel de l'obligation qui assujettit toutes les libéralités au rapport. En principe, l'égalité la plus absolue doit exister entre tous les cohéritiers. Celui qui a été avantagé devra donc joindre à la masse successorale tous les biens provenant de son auteur. Toutefois, il est permis (art. 843 et 919) de dispenser du rapport dans la limite de la quotité disponible. D'après les termes du Code, cette clause n'est valable qu'à la condition d'être expresse (3). D'où la nécessité d'une formule sinon sacramentelle, du moins claire et précise.

Mais là encore une intéressante évolution jurisprudentielle est venue faire échec à la loi et consacrer la pleine efficacité d'une dispense tacite de rapport. Il

(1) Paris, 12 novembre 1858, S. 59.2.131. — *Adde* : les attendus d'un arrêt d'Orléans, 20 mars 1852, S. 53.2.13.

(2) V. Planiol, *Précis de droit civil*, t. III, n° 3044.

(3) Sur le véritable sens de la dispense « expresse » de rapport dans l'esprit des rédacteurs du Code, voy. Rapport au Tribunat, Dalloz, *J. G.*, *Dispositions entre vifs*, p. 40, n° 122 et p. 45, n° 208, *in fine* et au mot, *Successions*, p. 174, n° 96.

suffit, a-t-elle dit, que la volonté du défunt soit reconnue certaine et manifeste. Dans cette recherche aucun critérium spécial ne peut limiter les pouvoirs d'appréciation du juge.

« Il appartient aux juges du fait d'examiner si la volonté du donateur a été de dispenser sa libéralité du rapport à la masse » (1). La même doctrine se retrouve clairement exprimée dans tous les arrêts. Il y est affirmé que les juges du fond ont le pouvoir de tenir compte des circonstances extérieures pour s'éclairer sur les intentions du disposant. Ils écartent l'objection tirée des articles 843 et 919, car si la dispense doit être expresse, il n'est pas exigé qu'elle soit formulée en termes sacramentels (2).

Cette admission de la dispense tacite n'est d'ailleurs que le corollaire obligé de la validité reconnue aux dons manuels et aux donations déguisées. Il était de toute nécessité de respecter la volonté du disposant dans l'intégralité de ses conséquences. Il eût été contradictoire d'exiger du donateur une dispense expresse du rapport dans un acte qu'il lui est justement permis d'employer pour tenir secrète une donation. D'après une jurisprudence constante, les libéralités déguisées ne sont pas par leur nature réputées faites à titre de préciput, mais

(1) Cass., 20 mars 1843, S. 43.1.451 et la note de M. Delvil. — V. aussi Cass., 3 août 1841, S. 41.1.621.

(2) Cass., 5 avril 1854, S. 54.1.541 ; Cass., 28 juin 1882, D. 85.1.27 ; Paris, 13 novembre 1893, D. 94.2.71.

il suffit que l'intention du donateur à cet égard, résulte des circonstances (1). Le Code avait exigé d'une façon générale la dispense expresse du rapport ; toutes les libéralités testamentaires s'y trouvaient donc soumises. L'héritier bénéficiaire d'un legs dans lequel le défunt avait oublié d'insérer la clause de « préciput et hors part », était donc obligé d'en opérer la déduction sur sa part successorale. Il y avait évidemment là un résultat contraire aux intentions certaines du testateur, qui avait voulu donner une situation privilégiée à son légataire. La jurisprudence vint heureusement remédier à cette anomalie du Code, et la loi du 24 mars 1898 ne fit que sanctionner l'œuvre déjà accomplie, en déclarant « que les legs à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part » (art. 843).

Notre système successoral repose sur deux grands principes : la liberté de tester limitée par la réserve, et les intentions présumées du défunt. Le testament est donc une véritable loi dont l'interprétation est laissée au libre examen du juge, basé seulement sur les circonstances variables de la cause : « *Dicat testator et erit lex.* » Le juge doit surtout chercher à découvrir et à réaliser le but désiré par le testateur. C'est donc par une juste compréhension de son rôle, que notre jurisprudence a

(1) Voy. cette doctrine très nette dans l'arrêt précité du 20 mars 1843. — *Adde* : Cass., 11 janvier 1897, D. 97.1.473, et Douai, 8 juillet 1897, D. 99.2.73. — Sur les dons manuels, voy. Cass., 8 février 1898, D. 99.1.153 et les références contenues en note.

assimilé le légataire universel ou « héritier institué », à l'héritier *ab intestat*. Se fondant sur l'article 1004, et trop imbus des idées romaines, les auteurs avaient établi des différences entre le légataire universel « continuateur aux biens » et l'héritier *ab intestat* « successeur à la personne ». Ce dernier seul aurait continué la personnalité du défunt, aurait bénéficié de tous ses droits, et assumé toutes ses obligations (1).

La jurisprudence a eu ici raison d'entrer en lutte avec la doctrine. D'ailleurs, en donnant la même situation à tous les successeurs universels, elle s'est conformée à l'esprit et aux principes du Code civil. Les travaux préparatoires nous montrent que la question a été prévue et formellement résolue dans le sens d'une parfaite assimilation. Légataire universel et institué héritier sont deux expressions synonymes (2). En 1851, la Cour de cassation déclare que telle est bien l'intention manifeste du législateur (3).

Un an plus tard elle condamne la distinction doctrinale en des termes précis : « En droit, le légataire universel, qui par la nature de son titre, se trouve investi de l'universalité des biens de la succession, à la condi-

(1) L'idée de la continuation de la personne rencontre aujourd'hui de nombreux adversaires, parmi lesquels MM. Lambert, Josserand, Bouvier. — Voy. aussi Jallu (Ollivier), « L'idée de la continuation de la personne », *Compte rendu dans la Revue de Sociologie*, 1902, p. 849. Voy. aussi art. 1993 et s. du Code civil allemand.

(2) Sur l'exposé historique et les références, voy. Lambert, *De l'exhérédation et des legs*, p. 104 à 180.

(3) 13 août 1851, S. 51.1.657.

tion d'en supporter les charges et d'en payer les dettes, représente et continue la personne du testateur » (1).

Depuis, la même affirmation se retrouve dans tous les arrêts. En 1874, un héritier institué reçoit même le droit d'intenter une action en désaveu (2).

Grâce à cette heureuse influence de notre jurisprudence, se trouvent supprimées une différence et une inégalité, qui constituaient un véritable mépris des intentions du disposant et une anomalie regrettable vis-à-vis de toutes les autres législations.

Toujours en matière successorale, le désir de se conformer avec soin aux volontés probables du défunt, a conduit les tribunaux à une création logique, mais néanmoins arbitraire.

Le contrat d'adoption ne fut pas admis sans difficulté dans notre droit. On en restreignit autant que possible les effets. L'adopté succède à l'adoptant, mais en cas de son prédécès, ses enfants doivent-ils bénéficier de l'adoption? A dessein, sans doute, le législateur n'a pas tranché la question, et, l'interprétation restrictive s'imposant dans cette matière exceptionnelle, il faut décider que les enfants de l'adopté ne viennent pas à la succession de l'adoptant. La jurisprudence n'en a pas moins consacré la solution opposée. Elle a considéré avec raison que l'adoptant avait évidemment voulu se créer

(1) Cass., 17 mai 1852, S. 52.1.170. — *Adde* : Poitiers, 16 mars 1864, S. 65.2.63 ; Angers, 1^{er} mai 1867, S. 67.2.305 et la note.

(2) Cass., 3 mars 1874, S. 74.1.201.

une famille en tous points analogue à la famille naturelle. Il a reporté sur les petits-enfants l'affection qu'il témoignait à l'adopté ; dès lors, n'est-il pas logique de leur donner les mêmes droits ? Le premier arrêt (Cass., 2 décembre 1822) dit qu'il serait contraire à la volonté du législateur de restreindre les effets de l'adoption à la seule personne de l'adopté. Il invoque encore l'article 740 et le regarde comme étant de droit commun (1). Mais ce sont là des arguments de façade, qu'il est aisé de réfuter. Les décisions ultérieures sont surtout basées sur des considérations morales et des hypothèses sentimentales : « ce qui prouve d'ailleurs la continuité de la famille adoptive, c'est que l'adoptant ne transmet pas seulement son nom à l'adopté, il le transmet encore aux enfants de celui-ci ; d'où, la conséquence qu'en leur transmettant son nom il doit leur transmettre aussi le moyen de le porter honorablement ; que sans cela il s'exposerait à le voir bientôt déchu et arriver peut-être jusqu'à l'indigence ; que l'adoption au lieu d'être un bienfait deviendrait alors un malheur » (2). La Cour de cassation confirma cet arrêt et déclara que les enfants de l'adopté doivent avoir envers l'adoptant les mêmes obligations et les mêmes droits que l'adopté (3). Cette affirmation est conforme au bon sens, mais, il ne faut pas le dissimuler, elle ne repose sur aucun texte.

(1) *Adde* : C. de Paris, 27 janvier 1824.

(2) Nancy, 30 mai 1868, D. 68.2.121 et la note de M. Lyon-Caen.

(3) Cass., 10 novembre 1869, D. 70.1.209 ; S. 70.1.18. — *Adde* : Agen, 1^{er} juin 1885, D. 86.2.63.

Dans la théorie des obligations, une Ecole nouvelle, surtout en Allemagne, voudrait donner à la volonté une puissance encore plus absolue, une efficacité encore plus grande. La « déclaration unilatérale de volonté » devrait être le nouvel élément régénérateur du vieux système du contrat. Une personne serait juridiquement obligée par la simple manifestation de sa volonté. Mais en approfondissant un peu cette thèse, on s'aperçoit que cette volonté ne peut produire d'effets que si elle se rencontre avec une autre. On retombe ainsi dans la notion ancienne (1). Le Code civil allemand a fait des applications partielles de cette théorie dans ses articles 130 et 145 (offres de contracter adressées à un tiers) et article 657 (offres de récompense).

Elle fait même sentir son influence sur notre jurisprudence. Il est admis qu'une offre lie par elle-même son auteur ; en d'autres termes, elle ne peut être révoquée pendant un certain délai soit exprès, soit tacite. C'est ainsi qu'en matière commerciale, une offre est toujours tacitement accompagnée du délai normal, nécessaire à la réponse. D'ailleurs, cet effet obligatoire de l'offre ne commence qu'au moment de sa réception par le destinataire, et cesse, une fois le délai expiré (2). D'autre part, dans les contrats par correspondance, les tri-

(1) Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, p. 118 ; *Théorie générale de l'obligation*, nos 138 et 141. — Worms, *De la volonté unilatérale* (Thèse Paris, 1891).

(2) Les arrêts sont en ce sens très décisifs : Bordeaux, 17 janvier 1870, D. 71.2.96 ; Cass., 28 février 1870, D. 71.1.61.

bunaux tendent, depuis une vingtaine d'années, à admettre la théorie dite de la déclaration. La volonté exprimée par l'acceptant a donc une valeur indépendante et personnelle, puisque le pollicitant ne peut plus se rétracter, malgré son ignorance de l'acceptation (1).

Nous ne saurions mieux terminer cette première partie que par une citation qui caractérise d'une façon parfaite le but poursuivi par la pratique extrajudiciaire et détermine le contrôle que la loi doit lui faire subir. « La règle dominante du droit moderne est celle de l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés. Mais de ce que la volonté privée est souveraine, principe de l'autonomie de la volonté, cela ne veut pas dire que la loi doive se désintéresser de la direction juridique, prise en quelque sorte par la volonté contractuelle, et que la loi ne doive pas chercher à orienter cette volonté dans le sens le plus conforme à l'équité, aux usages et aux nécessités économiques et sociales » (2).

(1) Poitiers, 21 janvier 1891, D. 92.2.249; Lyon, 12 avril 1892, D. 93.2.324; Chambéry, 19 mai 1896, D. 98.2.114. — La Cour de cassation ne s'est pas prononcée d'une façon nette: 1^{er} décembre 1875, D. 77.1.450. — V. Valéry, *Contrats par correspondance*.

(2) Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 196. — Adde: p. 23, 214, 253. Voy. *Exposé sur le rôle du juge*, p. 251 à 291.

DEUXIÈME PARTIE

PROCÉDÉS ORIGINAUX DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence affirme ici son originalité. Elle se dégage complètement et s'affranchit d'une façon absolue de la tutelle de la pratique extrajudiciaire. Son initiative, parfois audacieuse, mais toujours sérieusement motivée, vient suppléer au guide qui lui fait défaut et son rôle perd ce caractère secondaire et un peu effacé que nous avons observé dans la première partie.

Le principe de l'autonomie de la volonté inspire moins directement l'action jurisprudentielle. Les transformations apportées aux textes par le juge se fondent surtout sur l'intérêt général et sur l'impossibilité presque flagrante de s'en rapporter au seul ordre légal. Il est de la nature même de toute œuvre codifiée de comporter des lacunes dont chaque jour fait sentir davantage l'importance et les inconvénients. Témoins des nécessités journalières et des réclamations incessantes de la conscience sociale, les juges sont appliqués à élargir d'eux-mêmes et le plus possible la volonté légale. Pour fonder leurs décisions, ils ont cherché des arguments dans

notre ancien droit, dans les intentions présumées du législateur, dans des textes à portée analogue ou plus compréhensive (1).

En réalité l'intérêt de la collectivité, surtout des considérations d'ordre général et d'utilité pratique ont fait éclore les théories novatrices de la jurisprudence. Leur action bienfaisante a eu pour heureux résultat de corriger bien des situations défectueuses, de réparer bien des injustices, enfin de sanctionner et de régler des institutions jusqu'alors inconnues.

(1) V. par ex. l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, invoqué d'une façon courante par la Cour de cassation : 16 mars 1898, S. 98.1.392.

CHAPITRE PREMIER

INTERPRÉTATION EXTENSIVE DONNÉE AUX SOLUTIONS LÉGISLATIVES.

Devant l'insuffisance de la loi et les exigences de la pratique, la mission du juge peut se présenter sous deux aspects bien distincts. Parfois, il devra suppléer à une disposition législative absente (*supplere legem*) ; souvent aussi, il devra modifier une disposition, déjà existante, mais incomplète ou surannée (*corriger legem*). Pour atteindre ce double but, le raisonnement par analogie est de tous les procédés celui qui vient le plus naturellement à son esprit. Lorsque, dans des hypothèses semblables, il existe un même motif de décider, l'interprète trouve là un excellent moyen de donner une solution équitable à des difficultés connexes à celles visées par les textes.

Pour des situations nouvelles ou obscures, la méthode d'extension et de généralisation des prescriptions légales est donc un précieux élément de réglementation.

Elle tient une grande place dans l'évolution coutumière subie par notre droit. Le rôle que notre jurisprudence lui a fait jouer, suivant qu'il était nécessaire de *supplere* ou de *corriger legem*, va d'ailleurs nous

montrer sa grande utilité, ses différentes formes et ses divers caractères.

I. — *Supplere legem.* — Au moment de la rédaction du Code, le législateur était dans l'impossibilité de prévoir certaines relations juridiques actuellement en vigueur. Elles sont nées et se sont développées spontanément sous la poussée des mœurs et des idées nouvelles. Pour les régler il ne fallait donc pas songer à invoquer un renvoi tacite de la loi.

Cependant la jurisprudence a fait ici appel au procédé d'analogie qui repose sur la présomption que le législateur eût régi de la même façon des matières semblables à celles qu'il a traitées. En cette circonstance, elle a un caractère d'arbitraire très marqué, et son rôle se rapproche beaucoup de la création véritable. L'essor progressif et le libre fonctionnement des institutions nouvelles se trouvent ainsi favorisés par la variabilité même et la constante adaptation des règles coutumières qui les sanctionnent. L'intervention législative s'effectuera dès lors dans des conditions excellentes, attendu qu'elle se bornera à constater et à arrêter les grandes lignes d'une pratique éprouvée, et passée dans les habitudes de tous (1).

Le raisonnement par analogie a été le fondement ra-

(1) La loi du 25 mars 1896 attribuant une réserve aux enfants naturels, celle du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, celle du 26 juin 1902 sur l'emphytéose (Pugnière, Thèse Lyon, 1904), n'ont fait que reproduire la jurisprudence antérieure. De même, la loi du 24 mars 1898 sur les legs dispensés tacitement du rapport.

tionnel permettant de justifier l'extension donnée à la stipulation pour autrui, qui, suivant l'expression de M. Lambert, « est, entre les mains de la jurisprudence, un instrument de création du droit ». En effet, n'est-elle pas la base juridique qui a légitimé et vivifié les cessions de dettes, les fondations, les contrats d'utilité publique, les assurances (1).

Un rapide aperçu sur le développement des assurances sur la vie va nous montrer, qu'en cette matière surtout, la jurisprudence a usé d'une façon toute prétorienne de l'argument d'analogie.

En 1804, les assurances sur la vie, telles que nous les pratiquons aujourd'hui, étaient inconnues. Ces contrats impliquaient une idée de jeu, de pari et même ce *votum mortis* proscrit par les Romains. On les confondait en somme avec les gageures sur la vie que prohibait l'ordonnance sur la marine de 1681. Il est vrai que par arrêt du Conseil du 3 novembre 1787 la Compagnie Royale fut autorisée à pratiquer l'assurance sur la vie, mais elle fut supprimée en 1793 par la Convention.

Suivant la tradition de nos anciens auteurs, Portalis parle avec indignation de « ces pactes odieux où la cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent oisive du crime qui peut les abrégés » (2). Le Code

(1) Lambert (Edouard), *La stipulation pour autrui*, Thèse, Paris, 1893, p. 213 et s.

(2) Bosredon, *Histoire des assurances sur la vie. Origines. Développement en France*, Thèse, Bordeaux, 1900.

civil ne contient aucune prohibition ; ses rédacteurs jugèrent sans doute qu'il était superflu d'interdire une institution tombée dans le discrédit et presque dans l'oubli. Un revirement d'opinion, suscité par les heureux résultats des compagnies anglaises, ne tarda pas à se produire. Après un avis très favorable du Conseil d'Etat en date du 28 mars 1818, « la Compagnie d'Assurances Générales » obtenait, par l'ordonnance du 29 décembre 1819, l'autorisation de passer des contrats d'assurances sur la vie (1). Aujourd'hui ces contrats sont entrés dans les habituelles préoccupations des pères de famille et des conjoints. A défaut de la loi, la jurisprudence eut à organiser tout un système et à trancher toutes les difficultés. Elle se prononça tout de suite en faveur de leur légalité. Le 2 décembre 1836 (2), la Cour de Limoges déclare que l'assurance sur la vie est un contrat aléatoire de la nature de ceux dont parlent les articles 1104 et 1964 du Code civil. La proscrire serait proscrire aussi les rentes viagères, les usufruits. L'arrêt démontre que les deux parties ont chacune un intérêt distinct ; tandis que le jeu et le pari n'offrent d'avantages que pour une seule : celle qui gagne. Le 2 juin 1863 (3), devant la Cour de Lyon, l'avocat général M. Onofrio rapproche l'assurance sur la vie de la constitution de rente viagère au profit d'un tiers, per-

(1) Duvergier, *Collection des lois*, t. XXII, p. 435.

(2) S. 37.2.182.

(3) D. 63.2.119.

mise par l'article 1973. L'une comporte un acte à titre onéreux et l'autre une libéralité, mais les deux sont également licites. Un an plus tard (1), il est vrai, M. le procureur Dupin s'élevait avec violence contre un contrat qui prenait tous les jours une extension nouvelle. Mais son développement ne devait pas être arrêté par ce dernier retour aux idées révolutionnaires ! Aussi bien sa légalité et sa moralité sont depuis longtemps démontrées et indiscutées.

L'œuvre vraiment novatrice de la jurisprudence a été de s'inspirer du but et du mécanisme de l'institution nouvelle. Ne trouvant d'autre appui dans la loi que les principes généraux, elle a regardé l'assurance au profit d'un tiers comme une stipulation pour autrui. Elle a construit toute sa théorie sur l'article 1121, en enlevant à ce texte le caractère restrictif qu'il paraît avoir et que vient démentir d'ailleurs l'article 1973 (2). On peut dire aujourd'hui que la règle romaine : « *Nemo alteri stipulari potest* » n'existe plus. L'article 1119 est devenu l'exception. Notre tradition coutumière, l'intention probable des rédacteurs du Code, surtout les nécessités

(1) Affaire d'empoisonnement La Pommerais : Cass., 4 juin 1864, D. 64.1.497. — Sur la moralité du contrat d'assurances, voy. notamment le rapport de l'avocat général Descoutures : C. de Paris, 5 avril 1867, D. 67.2.221.

(2) Un arrêt de la Cour de Caen du 7 mai 1845 décidait déjà que l'art. 1121 « n'était pas introductif d'un droit nouveau » : S. 45.2.534. Or notre ancien droit, auquel il était fait ainsi allusion admettait la portée générale de la stipulation pour autrui.

journalières de la vie sociale ont contraint les tribunaux à valider la stipulation pour autrui en dehors des deux hypothèses prévues par l'article 1121.

L'arrêt précité de la Cour de Lyon fait ressortir d'une façon lumineuse cette interprétation extensive appliquée aux assurances sur la vie : « Considérant, dit-il, que les contrats d'assurances sur la vie, actes par lesquels on cherche à se garantir des préjudices possibles dans ses affections ou dans l'universalité de son patrimoine par un trop prompt décès, rentrent dans le cas de l'article 1121 et offrent le caractère d'une stipulation licite pour autrui » (1). En 1873 (2), la Cour de cassation donna sa sanction à cette doctrine : « Si la disposition a été faite au profit d'une personne déterminée, c'est l'article 1121 que l'on doit appliquer. » Un arrêt du 10 novembre 1874 n'est qu'une dissidence inexplicable (3). Dans une série d'arrêts en 1888, la Cour de cassation formule sa doctrine en des termes précis et définitifs. Est annulée une décision qui n'avait pas admis l'application de l'article 1121, parce qu'en l'espèce, lui semblait-il, le stipulant n'avait aucun intérêt (4).

(1) Le jugement confirmé par cet arrêt, déclarait que l'assurance sur la vie est un de ces contrats innommés que le législateur n'avait pu prévoir, et qu'en conséquence on doit rechercher et trouver la solution de la question dans les principes généraux.

Nous venons de voir que la Cour avait trouvé ces principes généraux dans l'art. 1121. Elle a donc été loin de l'interpréter au pied de la lettre.

(2) Cass., 15 décembre 1873, S. 74.1.199.

(3) Cass., S. 75.1.107.

(4) Cass., 16 janvier 1888, S. 88.1.121 et note. Autres arrêts in-

La Cour de cassation répond en disant que dans tout contrat d'assurances le stipulant a tout au moins un intérêt moral et que cela suffit pour valider l'opération. Cet intérêt personnel est constitué par le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées dans l'acte. De plus, l'engagement pris par le stipulant de verser des primes annuelles à la Compagnie d'assurances, montre bien qu'il stipule pour lui-même. L'article 1121 est donc applicable en cette hypothèse.

Mais le principe général une fois admis : que deux personnes contractant ensemble peuvent faire acquérir un droit à une troisième, il fallut, pour en déterminer les effets, prendre parti sur la nature de cette opération.

Influencée par la doctrine qui défendait à tort la règle *Alteri nemo stipulari potest*, la jurisprudence admit la théorie qui voit dans l'assurance sur la vie une offre faite par l'assuré au tiers bénéficiaire. Par suite, cette offre doit être acceptée ; elle tombe nécessairement par la mort du stipulant ; le bénéficiaire n'est qu'un ayant cause ; le capital assuré séjourne donc dans le patrimoine du preneur de la police. Or ces résultats sont en contradiction avec les intentions des parties et aussi avec le but économique de l'assurance. Au moyen de ce contrat inspiré par des idées de sacrifice et de prévoyance, on se propose en effet de faire parvenir à un tiers, déterminé ou non, un capital libre de toutes charges et sur lequel il ait un droit immédiat et exclusif.

téressants : S. 77.1.393, 81.1.145 et notes de M. Labbé ; S. 85.1.5 et la note de M. Naquet.

Aussi notre jurisprudence n'a-t-elle jamais adopté toutes les conséquences de la théorie de l'offre (1). Et depuis une vingtaine d'années surtout, elle revient à la théorie traditionnelle de notre ancien droit. Elle ne voit dans l'acceptation que la confirmation d'un droit né directement dès le jour du contrat dans la personne du bénéficiaire. Dès lors, il faut décider que le droit est transmissible avant l'acceptation, et qu'il n'a jamais figuré dans le patrimoine du stipulant. Le point de départ de l'évolution est marqué par un arrêt célèbre du 2 juillet 1884 (2). La Cour de cassation dit « que le capital assuré ne constituait pas une valeur successorale » et que par suite les créanciers du stipulant n'y avaient aucun droit. Dans un arrêt de la Cour de Nancy (3) on trouve la même idée : « le tiers est censé avoir traité directement et sans intermédiaire, avec le débiteur. » En 1891 la Cour de cassation (4) est plus explicite encore, puisqu'elle considère le bénéficiaire comme « étant investi d'un droit personnel et direct qu'il ne recueillait pas dans la succession. » Cette opinion est fondée sur la constatation souveraine faite par les juges du fond de la

(1) C'est ainsi qu'elle déclarait valable une acceptation postérieure au décès du stipulant (V. D. 88.2.1 et la note de M. Thaller). A l'acceptation de l'offre elle faisait produire un effet rétroactif; et elle reconnaissait au bénéficiaire un droit personnel contre le promettant. Il y avait là des contradictions avec le principe du double contrat.

(2) Cass., D. 85.1.150.

(3) 17 janvier 1888, D. 89.2.153.

(4) Cass., 22 juin 1891, D. 92.1.205.

volonté formelle de l'assuré de ne pas faire bénéficier ses créanciers du montant de l'assurance.

Quelques années plus tard a été consacrée une autre conséquence logique de la théorie du droit direct. Le capital assuré ne doit être une valeur successorale, ni au regard des créanciers, ni au regard des héritiers. Il ne sera donc pas soumis à la réduction, ni au rapport (1). Lorsque la jurisprudence aura validé les assurances sur la vie au profit des enfants nés et à naître, elle aura repoussé la théorie de l'offre d'une façon complète.

Il est probable qu'elle traversera cette dernière phase. Elle ajoutera ainsi un nouvel élément à cette législation coutumière qu'elle a fondée et peu à peu transformée en s'inspirant du but et du mécanisme d'un contrat aujourd'hui passé dans les mœurs (2).

II. — *Corrigere legem.* — Sous ce second aspect, le procédé d'analogie apparaît non plus comme moyen d'innovation, mais plutôt de large interprétation. Le juge ne ressemble plus à l'architecte qui élève un nouvel édifice, mais au propriétaire, qui conserve la vieille demeure familiale, et se voit tous les jours obligé de l'agrandir et de la modifier d'après les données des goûts et des progrès nouveaux. Son œuvre se borne ici à faire subir quelques retouches au droit codifié en

(1) Cass., 29 juin 1896, S. 96.1.361, D. 97.1.73. — V. aussi à ce sujet le rapport de M. Thaller dans la *Réforme sociale* de 1897, p. 889.

(2) Les assurances sur la vie. V. *Revue politique et parlementaire*, février 1904, p. 428.

attribuant à certaines de ses prescriptions un sens plus compréhensif et une portée plus étendue. Dans de telles conditions, le prêteur moderne s'appuie avec une exactitude et une vraisemblance meilleures sur la maxime : « *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio.* »

Cependant il arrive souvent que l'extension ainsi apportée à certains textes donne des résultats que leurs rédacteurs, non seulement n'avaient pas prévus, mais encore avaient voulu éviter. L'évolution subie au cours du siècle par la séparation de corps nous fournit un exemple typique de ce phénomène. Les rédacteurs du Code n'avaient admis qu'à regret la séparation de corps, et ils l'avaient conçue comme une situation transitoire devant forcément aboutir au divorce ou à la réconciliation. Mais le divorce une fois supprimé, la jurisprudence fut amenée à faire de la séparation de corps une institution autonome susceptible de constituer un état définitif. Sous son action persistante, les relations juridiques des époux séparés devinrent en grande partie les mêmes que celles des époux divorcés avant 1816. L'extension des articles 301, 302 et 303 se fit sans difficultés, mais l'application de l'article 299 souleva de vives controverses. En 1845, la Cour de cassation trancha la question dans le sens de l'affirmative et fixa la jurisprudence (1). Cet arrêt célèbre est remarquable par la force de son argumentation. Il montra que la sépa-

(1) Cass., 25 mai 1845, D. 45.1.227, S. 45.1.351.

ration de corps n'est en somme qu'un chapitre du titre du divorce. Les règles édictées pour le divorce constituent donc le droit commun de la matière. D'ailleurs les tribunaux ne font-ils pas journellement application des textes relatifs à la pension alimentaire et à la garde des enfants? De plus, dans l'un et l'autre cas, la cause d'indignité qui frappe l'époux avantagé, demeure la même. Elle doit donc produire les mêmes effets.

Après l'analogie des textes, et l'analogie des causes, l'arrêt invoque l'article 1518, qui fait de la déchéance du préciput conventionnel une conséquence de la séparation de corps comme du divorce. *A fortiori*, dit la Cour, l'époux coupable doit perdre tous les autres avantages à lui consentis par son conjoint. L'article 1518 n'est écrit qu'à titre d'exemple, or ce qui est vrai de l'espèce est vrai du genre. Ce raisonnement est une des formes les plus naturelles de l'interprétation extensive. Enfin l'arrêt conclut à l'application de l'article 299 : « Attendu que l'assimilation légale résulte expressément des termes de la loi du 8 mai 1816, qui convertit en demandes et instances en séparation de corps toutes les demandes et instances en divorce alors pendantes devant les tribunaux. » Le domaine de l'article 299 se trouva donc ainsi très étendu ; et, ce point de droit est depuis si bien établi, que le législateur de 1893 a jugé inutile de donner à la question une sanction législative (1).

(1) V. Coudeyrette, *Evolution de la séparation de corps dans la législation et la jurisprudence françaises*, Thèse Lyon, 1901.

L'argument *a fortiori* a été employé encore à juste titre par la jurisprudence dans une hypothèse où il eût été inique d'admettre la solution contraire. L'article 909 frappe d'une incapacité de recevoir les médecins et pharmaciens qui auront traité une personne durant sa dernière maladie. Les tribunaux n'ont jamais hésité à leur assimiler tous ceux qui exercent illégalement la médecine. Les motifs de l'article 909, disent les arrêts, rendent ce texte applicable à tous ceux qui exercent la médecine sans titre légal. Et même l'incapacité qu'il édicte doit frapper surtout les charlatans, empiriques et magnétiseurs. Ne possédant aucune garantie de savoir, ni de moralité, ils acquièrent sur leurs clients une influence plus complète et plus dangereuse que celle des médecins et pharmaciens (1).

En matière de filiation, la tendance du droit moderne est d'assimiler autant que possible l'enfant naturel à l'enfant légitime. Aussi s'accorde-t-on à appliquer aux enfants naturels certains articles écrits pour la filiation légitime (2) ; une réserve leur avait été reconnue bien avant 1896.

Il serait facile de multiplier les exemples où par une habile sollicitation des textes, la jurisprudence a élargi les dispositions légales et a ainsi satisfait aux diverses nécessités pratiques. Mais, nous croyons devoir le re-

(1) Paris, 9 mai 1820 ; 20 juin 1893 ; Lyon, D. 96.2.349, confirmé 17 juin 1896, D. 97.2.419.

(2) Art. 324, 326, 327. — V. Planiol, t. I, n° 2257 et s.

connaître, son œuvre n'a pas toujours été excellente et elle a parfois dépassé le but.

En étendant l'exigence d'une cause licite aux libéralités testamentaires, elle a considéré que les articles 1131 à 1133 édictaient des règles générales pour toute obligation dérivant de la volonté de l'homme. Mais il y a ici une confusion évidente entre la cause et les motifs. La Cour de cassation tourne donc la loi lorsqu'elle annule les libéralités faites à un enfant naturel dont la filiation incestueuse n'est pas établie (1). En effet, elle fait résider la cause illicite non pas dans la filiation que la loi interdit de rechercher, mais dans l'opinion que le donateur avait de sa paternité. De même sont annulées les donations entre concubins.

Il est permis d'attribuer en partie le nombre croissant des divorces à l'extension considérable donnée par la jurisprudence à la notion de l'injure grave. Ces mots contiennent toutes les causes du divorce et ils en effacent toute limitation. Telles n'étaient pas sans doute les intentions des rédacteurs du Code, et peut-être serait-il sage de chercher à remédier à cette trop libre appréciation des tribunaux.

Dans l'interprétation qu'elle a donnée de l'article 1099, la jurisprudence s'est montrée, semble-t-il, d'une sévérité excessive et contraire à l'esprit des tra-

(1) Cass., 31 juillet 1860, D. 60.1.458 ; Pau, 16 juin 1884, D. 85.2.254 et 88.1.295. — V. aussi C. de Limoges, 27 février 1900, D. 02.2.281 et la réfutation dans la note.

vaux préparatoires. Pourquoi anéantir pour le tout des donations dont la loi imposait la simple réduction à la quotité disponible ?

L'utilité pratique et des besoins certains doivent être les seuls guides des juges, lorsqu'ils étendent les prescriptions légales hors des limites étroites de leur texte (1).

(1) Sur le procédé de l'extension par analogie, voy. Geny, *loc. cit.*, nos 107, 165 et 166. — Suivant cet auteur, l'analogie ne doit pas être rattachée à la loi écrite ; il en fait « un instrument indépendant d'élaboration juridique » et la fonde sur un instinct profond de notre nature : « besoin d'égalité juridique, en vertu duquel les mêmes situations de fait doivent comporter les mêmes sanctions juridiques. »

On s'explique dès lors la différence qu'il établit entre l'analogie et l'interprétation extensive de la loi. Voy. n° 103.

CHAPITRE II

MISE EN OPPOSITION DE DEUX TEXTES CONTRADICTOIRES.

Nous abordons ici l'examen d'un procédé très curieux dont la particulière originalité est tout à l'honneur de notre jurisprudence. Le législateur de 1804 édicta certaines prohibitions que le progrès des mœurs et des idées a rendues inutiles et même fâcheuses. Mais le caractère d'ordre public attaché à ces textes et la précision de leur rédaction ne permettent pas une large interprétation susceptible d'en atténuer les funestes conséquences. Néanmoins, pressés par les nécessités sociales, les tribunaux ont dû chercher à restreindre autant que possible l'application de principes contraires au nouvel ordre économique et aux vœux des particuliers. Avec un peu de bonne volonté, ils ont découvert que l'œuvre législative contenait entre certaines de ces parties, des contradictions, tout au moins apparentes, dont il était aisé d'augmenter l'importance et l'étendue. Dès lors, il devenait facile de faire disparaître les textes gênants, en attribuant à ceux qui leur étaient ainsi opposés le caractère de règles essentielles et fondamentales de notre droit.

Ce véritable expédient a servi à justifier les transformations remarquables subies au cours du siècle der-

dernier par les substitutions prohibées et la recherche de la paternité.

La décomposition d'une substitution en plusieurs legs successifs n'a été rendue possible qu'en s'appuyant sur l'article 1040 qui déclare valables les legs conditionnels. Ce texte opposé à la prohibition de l'article 896 constitue la raison d'être juridique de toute l'évolution jurisprudentielle dont nous avons plus haut étudié les diverses phases.

Dans une autre hypothèse les tribunaux attribuèrent à certaines dispositions une contradiction encore plus accentuée et plus manifeste. Ils surent en tirer prétexte à d'excellents résultats.

La recherche de la paternité. — Dans notre ancien droit toute fille en état de grossesse avait le privilège d'en dénoncer l'auteur et d'être crue sur parole. *Virgini prægnanti creditur*. Mais contrairement à l'opinion longtemps admise, il ne suffisait pas qu'une femme accusât un homme pour que celui-ci fût déclaré père de l'enfant. Il devait seulement pourvoir de suite aux frais de gésine, la question de paternité n'était tranchée plus tard que sur des preuves sérieuses (1).

Toutefois, l'adage *Creditur virgini* donnait lieu à des scandales et à des spéculations éhontées. La Convention assimila les enfants naturels aux enfants légitimes dans le but d'établir l'égalité sur terre et de revenir

(1) Baret, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle* (Paris, 1873), p. 10, 39.

à une loi de nature méconnue ! Mais par une inconséquence manifeste, elle supprima la recherche de la paternité (1). Les enfants naturels abandonnés par leur père ont besoin plus que tous les autres de la protection légale, et cependant ils étaient ainsi ignorés et traités comme des parias !

L'article 340 du Code civil n'est donc pas une innovation ; il ne fait que maintenir une prohibition déjà existante. D'ailleurs le principe qu'il édicte ne fut pas admis sans de grandes difficultés ; repoussé par le Tribunat à une énorme majorité, il ne fut voté qu'après l'épuration arbitraire de ce Corps par Bonaparte.

La recherche de la paternité est une des questions qui soulèvent aujourd'hui les plus ardentes controverses. Ses adversaires la repoussent en raison de la grande incertitude de la preuve. L'opinion du juge, disent-ils, ne pourra jamais être fondée que sur de simples présomptions. D'autre part, il est à craindre que des tentatives de chantage ne viennent sans aucun motif jeter le trouble dans les meilleures familles. Ces arguments ont leur valeur, mais il n'en est pas moins vrai que de sérieuses considérations morales et sociales militent en faveur de l'abolition de la règle de l'article 340. Il est injuste de libérer l'homme d'une faute qui le plus souvent lui est imputable et dont les lourdes conséquences ne pèsent que sur une mère dans la misère et un inno-

(1) Loi du 12 brumaire an II.

cent abandonné. L'enfant a le droit à la vie et ainsi que le proclamait Loysel : « Qui a fait l'enfant, le doit nourrir. » Les statistiques démontrent la mortalité vraiment effrayante des enfants naturels (1) et aussi les nombreux crimes commis sur eux. La recherche de la paternité se relie d'une façon intime à l'inquiétant problème de la dépopulation.

Cet exposé préliminaire nous a paru nécessaire pour expliquer et justifier le grand mouvement d'indignation qui s'est élevé contre le principe de l'impunité légalement organisée par l'article 340 (2). Une solution législative n'est pas encore intervenue, mais la jurisprudence a pris une généreuse initiative et elle est parvenue à pallier la rigueur de notre Code. Dès le début du XIX^e siècle, les tribunaux essayent de tourner l'article 340, mais ils se heurtent à l'intransigeance de la Cour de cassation (3). En 1845, un premier revirement se produit. Il est admis que l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsqu'elle a entraîné un préjudice. Les décisions se fondent sur les articles 1142 et 1382 combinés (4).

(1) La mortalité des bâtards est la première année du double de celle des enfants nés dans le mariage.

(2) Alexandre Dumas, *Théâtre*. — Voy. aussi sa lettre à M. Auguste Rivet en 1883 ; Legouvé, *Histoire morale des femmes*.

(3) Voy. arrêts du 19 vendémiaire an VII et du 26 mars 1806. — Comp. Cass., 17 août 1814.

(4) Cass., 24 mars 1845, D. 45.1.177 et les références. — *Adde* : Montpellier, 10 mai 1851 ; Bordeaux, 23 novembre 1852, S. 53.2. 245.

Enfin, en 1864, apparaît la conception définitive, qui fait de la simple séduction un fait préjudiciable, un véritable délit civil. La jurisprudence dès lors n'a plus recours qu'à l'article 1382. Elle pose en principe que cet article proscrit d'une façon générale tout ce qui viole l'équité et elle en fait en quelque sorte une règle constitutionnelle, à laquelle aucun texte ne peut déroger. Le père est coupable, non pas d'avoir procréé l'enfant, comme l'a dit certaine doctrine allemande, mais d'avoir causé un tort considérable à la femme qu'il a séduite. Il y a là à sa charge une source de dommages-intérêts. L'arrêt de la Cour est très explicite : « Attendu que l'arrêt attaqué, loin d'autoriser la recherche d'une paternité adultérine, a déclaré formellement, au contraire, que cette recherche serait positivement prohibée par la loi ; qu'il n'a fondé la condamnation prononcée que sur le préjudice causé à la fille G..., par le fait de L..., et sur l'engagement pris par lui de le réparer ; que considérant cette clause d'obligation comme fondée sur l'article 1382, il a déclaré qu'on ne devait pas la chercher dans des suppositions qui la rendraient nulle comme contraire aux lois et aux bonnes mœurs.... Par ces motifs, rejette..... » (1). L'article 340 était ainsi respecté, mais le moyen d'en éviter la gênante application était trouvé.

Dans la théorie jurisprudentielle, le séducteur doit

(1) Cass., 26 juillet 1864, D. 64.1.347.

avoir commis une faute engendrant sa responsabilité. Mais peu importent les moyens employés par lui pour entraîner celle qu'il a perdue : promesse de mariage (1), abus d'autorité (2), contrainte morale (3), défaut de surveillance (4). Peu importe également que les relations illicites ait été ou non suivies d'une grossesse. La naissance de l'enfant est loin d'être un des éléments constitutifs du préjudice causé, bien au contraire. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'il y aurait violation trop flagrante de l'article 340, si l'action était basée non pas sur le fait précis de la séduction, mais sur les charges de la maternité (5). Bien entendu, s'il y a eu entraînement réciproque, si le consentement a été donné en toute liberté, il n'y a pas de séduction dolosive, et la femme ne peut rien réclamer (6).

Très souvent, le séducteur s'est engagé par écrit à indemniser soit la mère, soit l'enfant à naître. Suivant le principe admis par les tribunaux, il faudrait décider que cette promesse ne constitue en somme que la liquidation amiable des dommages-intérêts dus en vertu de l'article 1382. Mais la jurisprudence accen-

(1) Grenoble, 10 juin 1880.

(2) C. de Lyon, 30 décembre 1890, D. 91.2.309.

(3) C. de Dijon, 16 avril 1861, D. 61.5.423.

(4) Paris, février 1897.

(5) Paris, 16 mars 1892, D. 93.2.541.

(6) Le Président Magnaud a cependant admis encore ici l'application de l'art. 1382 : « En alliant, dit-il, jusqu'au bout le droit et l'équité, dont les conflits trop fréquents étonnent et attristent la conscience. » Sentence arbitraire et faite surtout pour remuer l'opinion publique : Château-Thierry, 23 novembre 1898.

tuant ici le caractère prétorien de son évolution, considère la promesse écrite comme l'exécution d'un devoir de conscience, ou plutôt d'une obligation naturelle analogue à celle de l'article 204 du Code civil. L'engagement pris par le séducteur repose ainsi sur une base très large ; il est valable même pour ce qui excède la dette délictuelle. L'article 1382 se trouve donc ainsi écarté ; mais une atteinte directe est ici portée à l'article 340, qui s'oppose à l'existence de toute obligation naturelle. D'ailleurs la jurisprudence n'est pas sans se rendre compte du côté faible de son argumentation, et elle n'emploie parfois pour la justifier que des formules amphibologiques (1).

En 1902 le tribunal de Gray marquait une nouvelle étape dans cette voie prétorienne. Dans une hypothèse, où de son propre aveu, il ne pouvait être question de séduction, il déclarait l'existence formelle d'une dette naturelle, et malgré l'absence de toute faute, décidait que le seul fait d'être cause d'un accouchement engendre une responsabilité. L'accouchée n'avait pu travailler durant vingt jours ; elle reçut de ce chef une indemnité (1).

Le tribunal de la Seine vient de rendre un jugement analogue. Il s'agissait d'une promesse de mariage faite après la naissance de l'enfant, et d'une reconnaissance

(1) Cass., 15 janvier 1873, D. 73.1.180.

(2) Gray, 5 juin 1902, *Pandectes françaises*, 1903.2.97, références et note de M. Charmont.

de paternité par de nombreuses lettres. Le délit de séduction ne pouvait donc être invoqué par la plaignante. Mais les juges n'en ont pas moins admis l'obligation pour le promettant de remplir ses engagements, à quelque moment qu'ils aient été contractés. Et le refus d'exécution, dit le tribunal, doit dans tous les cas entraîner une condamnation (1). Il n'est donc même plus nécessaire que la promesse de mariage ait été la cause déterminante des relations illicites.

La jurisprudence actuelle consacre une violation évidente de la loi. Il serait puéril de vouloir dissimuler par d'habiles subtilités un résultat imposé par les progrès incessants des idées de justice et de solidarité sociales.

Devant les manifestations de la conscience populaire, le législateur a le devoir de porter remède à une situation jugée défectueuse (2). La politique ne semble pas lui laisser le temps de s'occuper d'une question qui touche cependant au premier chef à la moralité, à la criminalité publiques et au développement même de notre pays.

L'article 340 est un texte vieilli appelé à disparaître de nos lois (3). La plupart des législations étrangères

(1) Paris, 20 mars 1903. — Comp. Trib. de Reims, 31 juillet 1903 (*Gazette du Palais*, 22 septembre 1903).

(2) Des propositions de lois ont été déposées à plusieurs reprises. Une seule a été discutée au Sénat. C'est celle de MM. Bérenger et de Belcastel, déposée le 17 février 1878. Les dernières ont été déposées le 7 décembre 1900 par M. Gustave Rivet et le 24 décembre 1900 par M. Viviani.

(3) Gastambide, *L'enfant devant la famille et l'Etat* (Thèse Paris, 1902).

admettent la recherche de la paternité. Sans doute ce principe exige une minutieuse réglementation ; mais, sur les garanties à donner au défendeur, le système innové par le Code civil allemand pourrait nous servir de modèle (1). Le père n'a qu'une dette alimentaire vis-à-vis de l'enfant ; aucun lieu de parenté civile ne le rattache à lui. Le seul fait prouvé de sa cohabitation avec la mère au moment de la conception, fait présumer de sa paternité. Mais il peut faire tomber cette présomption en invoquant l'exception *plurium constupratorum*, c'est-à-dire en démontrant l'infidélité de la femme dans l'intervalle du temps critique.

(1) Roux, *Condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand* (Thèse Paris 1902) ; Dupré La Tour, *La recherche de la paternité en droit comparé* (Thèse Paris, 1900).

CHAPITRE III

INTERPRÉTATION DES TEXTES DANS UN ESPRIT DIFFÉRENT
DE CELUI DE LEUR RÉDACTION.

Lorsque le législateur dans un texte obscur a exprimé son opinion d'une façon vague et indécise, l'interprète n'hésite pas à lui prêter les idées les plus appropriées aux besoins du moment (1). On comprend qu'il n'éprouve aucun scrupule, car la loi est toujours censée n'avoir rien voulu que de juste et de raisonnable.

Par contre, le problème se complique si aucun doute n'est susceptible de régner sur le sens précis d'un texte, sur les intentions évidentes et certaines de ses rédacteurs. Par suite de la disparition des circonstances qui avaient motivé sa mise en vigueur, il peut arriver que cette disposition si formelle perde toute son utilité. Ou bien, le cadre des hypothèses qu'elle était appelée

(1) Voy. par exemple l'interprétation constante donnée par la jurisprudence à l'art. 789 (prescription extinctive du droit d'option en matière successorale) : Cass., 28 février 1881, D. 81.1.195. De même l'interprétation donnée à l'art. 808. La loi n'a pas défini les formes de l'opposition et la jurisprudence dans un but d'utilité pratique décide que « c'est tout acte de nature à établir que l'héritier avait connaissance de la créance et de la volonté qu'avait le créancier d'être payé » : Cass., 13 mars 1866, D. 66.1.257 ; Cass., 4 juillet 1892, D. 92.1.481.

à régir s'élargit de jour en jour, et ainsi sa réglementation devient notoirement insuffisante.

En présence de cette antinomie regrettable entre l'esprit de la loi et les besoins journaliers, comment concilier tous les intérêts et suppléer à l'intervention législative ?

Cette question préoccupe aujourd'hui tous les juristes. — Selon les uns, dès sa sortie des officines parlementaires, la loi possède une vie propre et autonome. Plus aucun lien ne la rattache au passé. Les volontés de ceux qui l'ont fait naître deviennent lettres mortes. Susceptible de se plier aux multiples et changeantes exigences du milieu social, la loi ressemble — comparaison peut-être vulgaire mais juste, nous semble-t-il — à ces corps dont le volume et la couleur varient sous l'influence de tous les changements de la température (1). — D'autres auteurs plus traditionnalistes se refusent à séparer les textes de leurs origines ; ils estiment que la volonté législative certaine ne doit être ni éludée ni dénaturée. Agir autrement serait lui faire perdre sa valeur et sa raison d'être.

Sans prendre parti dans cette controverse, la jurisprudence a souvent fait subir une véritable déformation à l'esprit du législateur. Nombreuses sont les hypothèses où le souci d'une justice plus équitable a conduit les

(1) Sur cette doctrine et les références, Voy. Geny, *loc. cit.*, p. 223, n° 97. — D'ailleurs cet auteur ne s'en déclare pas partisan, voy. p. 228.

tribunaux à donner aux textes une signification bien différente de celle qu'ils avaient reçue primitivement. — Sans doute par l'application des procédés déjà étudiés, les intentions et le but du législateur se trouvent méconnus ; toutefois, ce résultat n'est atteint que par voie incidente et plutôt comme une conséquence de l'emploi de moyens détournés. — Dans les exemples qui vont suivre, les tribunaux ne se sont même pas donné la peine d'avoir recours à des expédients basés sur des principes ou des textes habilement accommodés aux circonstances. Ils ont violé sans aucun déguisement le sens et la portée de dispositions très précises, et ils se sont autorisés à les appliquer à des hypothèses étrangères et même contraires à leur esprit.

Il y a donc là une face distincte de l'action jurisprudentielle, et c'est à ce titre que nous avons jugé utile de lui consacrer des développements spéciaux.

Evolution générale de la notion de la responsabilité.

— Au moment de la rédaction du Code civil, deux grands principes dominant toute la théorie de la responsabilité. Issus du droit romain, ils se résument dans les adages bien connus : « Pas de responsabilité sans faute » et « la preuve incombe au demandeur ». Les conséquences de ce système ont été bien souvent indiquées : la présomption de faute n'existe pas, sauf dérogation spéciale ; la victime supporte les suites de sa propre faute et des cas fortuits ; une personne ne peut sans

violier l'ordre public, convenir qu'elle ne répondra pas de sa faute, même légère. L'auteur d'un dommage est assimilé à un coupable, et l'indemnité qu'il aura à fournir ressemble plutôt à une amende qu'à la simple réparation du préjudice causé. La responsabilité est donc essentiellement délictuelle.

Les travaux préparatoires des articles 1382 et suivants montrent que c'est bien cet esprit qui a présidé à la rédaction de ces textes. On connaît les paroles du tribun Tarrible au Corps législatif : « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un ; s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances » (1). Le rapport du tribun Bertrand de Greuille nous paraît en complète harmonie avec ces idées. Sans doute, à ne lire que la première phrase de son discours : — « Tout individu est garant de son fait ; c'est une des premières maximes de la société » — on peut être tenté d'y voir la consécration d'une doctrine à portée très générale (2). Mais le contexte nous apprend que ce fait de l'homme doit nécessairement reposer sur un fondement délictuel : « d'où il suit, que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui *par la faute* duquel il est

(1) Discours prononcé au Corps législatif le 19 pluviôse au XII. Fenet, t. XIII, p. 488.

(2) Nous visons ici et nous nous permettons de mettre en doute l'opinion émise par M. Jossierand à la fin de sa savante dissertation insérée au D. 1900.2.289.

arrivé soit tenu de le réparer. Ce principe consacré par le projet n'admet point d'exception. » Plus loin l'auteur déclare d'une façon incidente que : « dans la thèse générale, rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut impunément nuire à autrui » (1). Mais il n'y a là, nous semble-t-il, qu'une simple référence aux idées générales exposées au début du rapport et l'inspirant tout entier. Comme nous venons de le voir, la faute en est la base essentielle.

De l'aveu de tous, les raisons multiples qui ont motivé les doctrines modernes sur la responsabilité, n'existaient pas au début du XIX^e siècle. Dès lors, comment était-il possible de prévoir l'évolution qui allait démontrer l'insuffisance de la théorie aquilienne insérée dans les textes du Code ?

Dès 1840, l'installation de nombreuses industries, le développement considérable du machinisme, les inventions nouvelles créèrent des causes d'accidents jusqu'alors inconnues et même insoupçonnées. La classe ouvrière prit chaque jour une importance grandissante. Force consciente et organisée en face de la puissance patronale, elle réclama avec violence des droits et des garanties. C'est le « quatrième Etat » qui tend à devenir l'élément directeur et prépondérant de notre société contemporaine. Sous l'influence d'idées humanitaires généreuses, les peuples civilisés cherchent à améliorer la situation des classes inférieures. On comprend qu'au-

(1) Rapport au Tribunal, séance du 16 pluviôse an XII. Dalloz, *Jur. gén.*, *Responsabilité*, p. 296, note 1, nos 6 et suiv.

dessus des relations factices créées par les lois pour régir les hommes, il existe pour les unir, des liens d'une vaste et fraternelle solidarité.

En présence d'un bouleversement aussi complet de toutes les conditions sociales, le système des articles 1382 et suivants, interprétés dans leur stricte légalité, constituait une erreur condamnée à disparaître. Subordonner l'obtention de la réparation à la preuve d'une faute commise par l'auteur du dommage, c'était le plus souvent mettre la victime dans l'impossibilité de se faire rendre justice et la jeter dans la misère. Dans la généralité des cas, les deux parties ne se trouvaient pas sur un pied d'égalité, et le malheureux plaignant avait bien peu de chances d'obtenir gain de cause. Enfin les accidents étaient parfois déterminés par une cause inconnue ; il y avait là des cas fortuits dont l'exploitant exempt de toute faute ne pouvait être déclaré responsable.

Avec une acuité toute particulière, la fréquence des accidents du travail faisait impérieusement sentir le besoin d'incliner notre législation vers une plus indulgente équité.

Un arrêt célèbre de la Cour de cassation du 19 juillet 1870 (1) — véritable chant du cygne d'une théorie surannée — applique encore les idées traditionnelles dans toute leur rigueur. Dans une note très documen-

(1) S. 71.1.9.

tée, M. Labbé le présente comme « une remarquable application des principes ». Mais prévoyant les réclamations que cette sentence n'allait pas manquer de soulever, le savant arrétiste se demande « s'il n'est pas injuste d'exiger du demandeur la preuve à peu près impossible d'un fait dont la probabilité va presque jusqu'à la certitude » ? Cette solution, répond-t-il, est imposée par la maxime *Actori incumbit probatio*. Les conséquences en sont regrettables, mais nous ne pouvons en accuser que « l'insuffisance de la science qui fait obstacle à nos efforts soit pour rechercher la cause de l'accident, soit pour le prévenir ». Vingt ans plus tard, M. Labbé devait reconnaître l'injustice de ce raisonnement un peu trop commode et adopter une opinion plus conforme aux nécessités de la vie industrielle (1).

Le mouvement jurisprudentiel eut pour but d'aider la victime à supporter les coups malheureux du sort en lui facilitant les moyens de preuve. Les tribunaux ont étendu chaque jour davantage la notion de faute, et transformant ainsi les articles 1382 et 1383, ils sont insensiblement arrivés à rendre le patron responsable de tous les cas fortuits. — A bien considérer les choses, « le Code réservait ses sévérités pour la victime » chargée du lourd fardeau de la preuve ; « la jurisprudence les reporte sur le patron ». Celui-ci a l'obligation d'ob-

(1) Note sous Cass. Belgique, 28 mars 1889, S. 90.4.17.

server tous les règlements avec la plus scrupuleuse exactitude (1) et de n'employer que des ouvriers expérimentés et vigoureux (2). Avec des soins quasi-maternels, il doit les entourer de toutes les mesures, de tous les appareils de protection ; s'il n'en existe pas, l'ouvrier ne doit cependant pas en souffrir (3). Une surveillance active doit être exercée pour garantir les ouvriers et plus spécialement les enfants, contre leurs propres imprudences (4). Avec un pareil système toute exigence d'un fait positif avait disparu ; une simple abstention, l'omission la plus légère et la moins coupable suffisaient pour engager la responsabilité de l'industriel. Quelle que fût sa prévoyance, il se voyait condamner non plus à raison de sa faute, mais d'accidents à cause inconnue, inhérents à l'exploitation de son industrie.

Cette jurisprudence eut le grand avantage de différencier nettement le point de vue civil du point de vue pénal. Elle aboutit à établir une distinction rationnelle entre les cas fortuits, causés par le fait ou à l'occasion du travail, et les cas de force majeure, dangers auxquels sont exposés tous les hommes (5). Enfin la jurisprudence

(1) Cass., 7 août 1895, D. 96.1.81.

(2) Lyon, 12 juillet 1893, *La Loi*, 16 janvier 1894.

(3) Cass., 7 janvier 1878, S. 78.1.412.

(4) Lyon, 18 mars 1897, *Moniteur judiciaire* 1^{er} octobre 1897. — Pour de plus amples références nous renvoyons aux nombreux ouvrages sur les accidents du travail : Sachet, Tarbouriech, 1896 ; Bigallet, Thèse, 1899 ; Blondet, Thèse, 1901 (nombreux arrêts, p. 80 et suiv.).

(5) Dans une thèse très intéressante et très justement appréciée, M. Bourgoïn a montré la séparation progressive du cas fortuit et de la force majeure (Lyon, 1902).

a préparé et commencé l'introduction dans notre droit de la notion du risque professionnel. Elle n'est en somme que le prodrome de la loi du 9 avril 1898.

Les auteurs voudraient que l'interprétation judiciaire se dégageât d'une façon absolue de l'article 1382. Ils s'entendent pour enlever tout caractère délictuel à la responsabilité en matière d'accidents. Mais les opinions diffèrent sur le nouveau fondement juridique à lui assigner. — La théorie de la faute contractuelle a le mérite de mettre la preuve à la charge du patron. Mais une clause spéciale imposée dans le contrat peut toujours stipuler le retour au droit commun de l'article 1382. Trop spécialisée aux parties contractantes et sans grande utilité, cette thèse n'a jamais été admise par notre jurisprudence (1). Plus séduisante et de portée beaucoup plus étendue, la théorie de la « responsabilité objective » supprime toute notion de faute. Soutenue avec grand talent par MM. Josserand et Saleilles (2), elle s'appuie sur la loi par la généralisation de l'article 1384. Elle enlève au domaine de l'article 1382 tous les dommages causés par les choses inanimées, et ne fonde la responsabilité que sur une idée de garde, sur un simple rapport de cause à effet. Cette doctrine peut à juste titre se

(1) Saintelette, *Responsabilité et garantie* ; Sauzet, *Revue critique*, 1883, p. 596 et 608. — Comp. notes de MM. Labbé, S. 89.4.2 ; Esmein, S. 97.1.17 ; Chavegrin, S. 96.2.223.

(2) Josserand, *Responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, et note dans D. 1900.2.289 ; Saleilles, *Accidents du travail*, 1897, *Réforme sociale*, 1898, p. 634 et note D. 97.1.433.

réclamer de son vaste champ d'application. Elle peut être invoquée par toute victime d'un accident et n'entraîne pas au sein d'un Etat, la formation d'une classe privilégiée.

La loi du 9 avril 1898 a consacré le principe du risque professionnel, et a ainsi fait bénéficier les ouvriers d'un véritable régime de faveur. Cette théorie s'écarte du droit positif d'une façon absolue ; elle ne repose plus que sur des considérations de justice et d'équité sociales (1). Tout individu appelé à retirer des avantages d'une chose ou d'un fait doit par contre-coup en supporter les chances de pertes, le préjudice possible. Tout acte, si minime que soit son importance, est de nature à attirer à son auteur des ennuis, des dommages, voire même des dangers. Le risque n'est autre chose que cette part d'aléa renfermée dans chacune des entreprises de l'activité humaine. Les accidents sont le risque de l'industrie, les charges inhérentes à l'exploitation. Même s'ils ont été occasionnés par la faute de la victime, le patron doit en être considéré comme responsable : *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet*.

(1) « Il y a une justice qui ayant pour objet des relations » plus larges et plus complexes, telles que les relations sociales, est obligée de suivre leurs évolutions et de se plier à leurs exigences. Cette justice est l'équité sociale ; elle n'est pas cristallisée dans les rigides formules de l'ancien droit romain, mais vivante et pénétrée de la vie du pays. Elle a des yeux pour voir les maux sociaux, des oreilles pour écouter les cris de toutes les misères humaines, et surtout un cœur pour les comprendre et les soulager » (Discours de M. Chimirri, ministre italien, au Congrès des accidents du travail à Milan, séance du 6 octobre 1894, t. II, p. 300).

Dans toutes les branches du droit, la notion du risque tend à remplacer et à faire disparaître la notion de la faute. Notre jurisprudence n'a pas limité aux accidents du travail, son influence bienfaisante. Les cas fortuits ont été mis à la charge des transporteurs. Les propriétaires d'établissements incommodes et insalubres ont été déclarés responsables du préjudice causé aux voisins. Le dommage devient pour les tribunaux le principal élément d'appréciation. La Chambre des députés adopta en 1902 une proposition de loi, édictant la responsabilité du fou et de l'enfant en bas-âge (1).

Ihering a démontré que dans le très ancien droit civil romain « l'élément extérieur, comme tel, entraîne par lui-même la peine, sans que son rapport avec la volonté soit ultérieurement pris en considération » (2). Ainsi après une éclipse vingt fois séculaire, l'idée de risque reparaît, et la réparation se substitue à la peine. La jurisprudence a été la source primordiale et directrice de cette remarquable évolution (3).

(1) Proposition de Pourquery de Boisserin (Séance du 19 février 1902, *J. Off.*, p. 770).

(2) *De la faute en droit privé*, Trad. Meulenaere, p. 10. — Comp. p. 24, 46, 50.

(3) Pour de plus amples développements sur cette évolution et surtout pour les références, voy. Bourgoïn, *loc. cit.*, p. 21 et suiv., p. 125 et s. — *Adde* : Teisseire, *Fondement de la responsabilité*, Thèse Aix, 1901. Une évolution jurisprudentielle intéressante a été étudiée par M. Lafay (*Responsabilité des coauteurs de délits ou quasi-délits civils*). L'auteur estime que la jurisprudence tend « à placer le fondement de la responsabilité solidaire non plus dans l'élément subjectif de l'intention ou de l'action commune, mais dans l'idée objective du rapport entre les fautes et le préjudice total » (Thèse Lyon, 1902).

Autres exemples. — Le Code civil a permis la légitimation des enfants naturels, mais l'article 331 a eu soin de formuler une réserve dont les termes précis ne laissent de place à aucun doute. Ne pourront, dit-il, bénéficier de cette faveur les enfants « nés d'un commerce incestueux ou adultérin ». La loi n'ajoute aucun commentaire et elle entend ainsi conserver à l'exception toute sa portée d'application. D'ailleurs, les travaux préparatoires sont unanimes à prouver que le législateur n'a établi aucune distinction entre les différents degrés d'inceste. Dans l'exposé des motifs, Bigot de Préameneu déclare « que l'intérêt des mœurs s'oppose à ce que la légitimation ait lieu si les enfants ne sont pas nés de père et mère libres » (1). « La première condition de la légitimation, dit au Corps législatif le tribun Duveyrier, est que « les deux époux fussent libres, c'est-à-dire qu'ils eussent la faculté légale de se marier au moment de la naissance des enfants que leur mariage postérieur doit légitimer. En effet, cette légitimation est tout à fait fondée sur la supposition gracieuse que ces enfants sont nés du mariage même qui les légitime » (2).

Malgré le sens très explicite de l'article 331, la jurisprudence n'a pas craint de lui donner une interprétation arbitraire. Dans la prohibition relative aux enfants

(1) Dalloz, *Jur. gén.*, *Paternité et filiation*, p. 151, n° 17.

(2) *Eod. loc.*, p. 165, n° 100. — *Adde* : p. 158, n° 57 : « Les enfants adultérins et incestueux ont toujours été considérés comme une telle monstruosité dans l'ordre social qu'on est allé jusqu'à leur refuser des aliments » (Paroles du tribun Lahary).

incestueux, elle n'a voulu voir qu'une superfétation qui se réfère aux seuls enfants nés de parents entre lesquels le mariage est absolument interdit. Dès lors, les enfants nés hors mariage, de deux personnes parentes au degré prohibé, peuvent être légitimés par l'union ultérieure de leurs père et mère mariés après obtention des dispenses prévues par la loi.

Cette théorie est admise en 1838 par la Cour de Grenoble dans une hypothèse où la naissance de l'enfant avait été postérieure à la dispense obtenue par ses auteurs (1). Un arrêt très longuement motivé de la Cour d'Amiens en 1864 nous apprend : « que la rigueur apparente des termes de l'article 331 doit fléchir devant une interprétation que réclament hautement la raison, la justice, l'honneur des familles et l'intérêt des enfants nés d'une faute qui n'est plus et dont les dispenses, par une fiction bienveillante, excluent jusqu'au souvenir » (2).

Les arrêts s'appuient surtout sur des considérations morales pour faire produire à la dispense des effets rétroactifs. Cette solution manifestement contraire au texte et à l'esprit de la loi fut combattue par certaines Cours d'appel (3). La Cour de cassation brisa toutes les résistances par un arrêt très important du 22 janvier

(1) Grenoble, 8 mars 1838, S. 38.2.145 et la note critiquant l'arrêt. — *Addé* : S. 59.2.213.

(2) Amiens, 14 janvier 1864, S. 64.2.11.

(3) Douai, 1^{er} juillet 1864, S. 64.1.182 et surtout Colmar, D. 66.2.60.

1867 (1). Depuis cette époque la jurisprudence est solidement établie et n'est même plus discutée. En 1872 un projet de loi modifiant l'article 331 fut déposé à l'Assemblée nationale. Il donnait à la jurisprudence une sanction légale, mais le rapporteur, jugeant celle-ci « définitivement établie », le fit repousser comme inutile (2). Le législateur eut tort de ne pas intervenir. Il légitimait ainsi la violation de la loi, et c'est en diminuer l'autorité que de permettre de la méconnaître.

Toujours dans le but d'améliorer la situation des enfants naturels, les tribunaux ont été entraînés à interpréter l'article 336 dans un sens contradictoire avec les motifs de sa rédaction.

La reconnaissance d'un enfant naturel est un aveu, par conséquent un acte essentiellement personnel. De plus, elle doit toujours être revêtue de la forme authentique. De l'examen des travaux préparatoires, il résulte clairement que l'article 336 n'apporte aucune dérogation à ces principes (3). Il a été écrit pour rendre l'aveu de la paternité indépendant de la confirmation de cette paternité de la mère.

La jurisprudence a voulu faciliter aux enfants naturels la recherche de leur filiation maternelle. Pour tempérer la rigueur du Code en cette matière, elle a ima-

(1) D. 67.1.5 et note contraire de M. Beudant.

(2) Prop. Mazerat, 6 mai 1872. — *Voy. Revue pratique de droit français*, 1873, t. I, p. 629.

(3) Dalloz, *Jur. gén., Paternité et filiation*, p. 152, nos 27 et s., p. 159, n° 62, p. 167, n° 113.

giné d'argumenter *a contrario* de l'article 336, et de limiter ainsi l'application de l'article 334. Dans la théorie judiciaire, la désignation de la mère naturelle par l'homme qui se déclare le père de l'enfant a des effets considérables. Elle donne à tout aveu de la mère, sous quelque forme qu'il se produise, la valeur d'une reconnaissance authentique de maternité (1). Cet aveu peut n'être que tacite et s'induire de faits montrant bien l'intention de la mère, par exemple : des soins donnés à l'enfant (2). Cette solution contraire à l'esprit de la loi est admise d'une façon unanime.

Dans ce procédé de transformation de la loi, les juges s'appuient toujours sur les textes, mais ils ne leur témoignent qu'un respect apparent et superficiel. En réalité, ils en faussent le sens et en dénaturent l'esprit avec intention. Ils paraissent se conformer aux volontés du législateur, mais ils ont soin de ne lui prêter que des solutions inspirées uniquement par les intérêts et les exigences de l'heure présente.

(1) Cass., 25 juin 1877, D. 78.1.262 ; Liège, 7 janvier 1893, D. 94.2.493.

(2) Dijon, 28 février 1873, Dalloz, *Jur. gén., Supp., Paternité et filiation*, p. 230, note 2.

CHAPITRE IV

VÉRITABLES CRÉATIONS DE LA JURISPRUDENCE.

Les raisons déterminantes de l'action jurisprudentielle n'apparaissent pas toujours avec la même netteté. Les besoins qui la font naître se voilent avec une vraisemblance plus ou moins parfaite sous les apparences trompeuses de raisonnements juridiques. Le juge y trouve une facile justification de sa conduite. Ainsi dissimulée, son indépendance novatrice n'est le plus souvent visible que pour les esprits exercés à toutes les habiletés des discussions de la science du droit. Nous croyons pouvoir fonder cette observation sur les divers procédés dont nous venons de terminer l'étude. Ils sont les dehors superficiels dont se revêtent des motifs supérieurs : leur véritable et unique raison d'être.

Cependant, dans quelques hypothèses, les tribunaux n'ont pu recourir à ces semblants de légalité, aussi ont-ils cherché un appui direct dans l'équité et dans l'intérêt commun. Leurs solutions uniquement basées sur une nécessité évidente et répondant à un sentiment général sont celles qui démontrent avec le plus de force l'influence et le rôle de la jurisprudence moderne. A ce titre elles méritent une place spéciale et il nous a paru

logique de leur réserver le nom caractéristique de « créations de la jurisprudence ».

Théorie de l'héritier apparent.

Au décès d'un individu, une personne se met en possession de ses biens et passe aux yeux de tous pour en être le véritable titulaire. Quelque temps après, survient un héritier qui, par l'action en pétition d'hérédité, démontre la fausseté ou la moindre valeur du titre du possesseur de l'hérédité. Non content d'évincer cet usurpateur, le véritable héritier invoquera l'inviolabilité de son droit de propriété pour reprendre le patrimoine de son auteur dans l'état exact où il se trouvait lors de l'ouverture de la succession. Aussi, si certains biens ont été aliénés, il les poursuivra entre les mains des tiers acquéreurs en vertu de la maxime : « Nemo dat quod non habet. » Ceux-ci exciperont avec raison de leur bonne foi et de l'erreur invincible dans laquelle ils sont tombés. Admettre, diront-ils, la nullité de notre contrat pour une cause qu'il n'était pas en notre pouvoir de connaître, c'est entraver la libre circulation des biens et enlever aux relations juridiques toute confiance et toute sécurité.

Deux intérêts importants se trouvent donc en présence : l'intérêt privé du propriétaire dont la légitimité repose sur les principes mêmes de notre législation et l'intérêt général de la société représenté ici par les tiers acquéreurs. De ces deux droits également respectables,

mais ici contradictoires, lequel doit recevoir la préférence ?

Le Code civil n'a pas répondu d'une façon précise ; mais dans la scrupuleuse rigueur du droit, la solution ne saurait laisser place à aucun doute. Le succès dont a été couronnée la pétition d'hérédité ayant démontré les prétentions injustifiées de l'héritier apparent, tous les actes consentis par lui doivent disparaître. La bonne foi du tiers acquéreur ne saurait suffire à lui faire acquérir la propriété (arg. art. 1599 et 2182). La loi n'accorde en effet que deux avantages à la bonne foi : le privilège d'acquérir les fruits pendant toute la durée de la possession (arg. art. 549) et la réduction de la prescription (arg. art. 2265).

Dans la jurisprudence, a prévalu un système qui fait aujourd'hui échec aux principes du Code civil. Il s'est peu à peu affranchi de tout appui dans les textes et il est intéressant de constater la place chaque jour plus prépondérante prise par les arguments d'ordre pratique.

Nos anciens Parlements statuaient déjà en faveur de la validité des actes passés par l'héritier apparent. Leurs décisions sont motivées par les précédents du droit romain, par la bonne foi du tiers acquéreur, enfin par l'inaction de l'héritier réel considérée comme une faute.

En 1815 la Cour de cassation (1) suivit cette doctrine

(1) S. 15.1.286.

adoptée déjà par la Cour de Caen. Les juges s'en référent à l'ancienne jurisprudence et estiment que les motifs les plus puissants d'ordre et d'intérêt publics obligent d'apporter ici une exception aux règles générales du Code. Jusqu'en 1843, on observe des fluctuations et des arrêts contradictoires, mais à cette époque la Cour de cassation fixe définitivement la jurisprudence (1). Désormais, elle ne donne plus lieu à aucune contestation et les conditions exigées par les tribunaux se limitent et se précisent. Le tiers acquéreur n'est jugé digne de protection qu'à la condition de prouver sa bonne foi fondée sur l'existence d'un titre entre les mains de l'héritier apparent et corroboré par une erreur invincible et universelle. Pour justifier en droit cette solution, les tribunaux prêtèrent au législateur l'intention d'avoir dévolu collectivement la saisine à tous les héritiers jusqu'au douzième degré. On chercha aussi des motifs d'analogie dans les articles 132, 136, 462, 790, 1240. Mais ce sont là des cas exceptionnels non susceptibles d'interprétation extensive. La faiblesse de tous ces arguments conduisit bientôt à leur abandon ; aussi, dans ces trente dernières années surtout, la bonne foi de l'acquéreur et le souci d'une justice plus exacte apparaissent presque seuls dans les attendus des décisions judiciaires (2). Quel que soit le respect dont il a été entouré par nos lois, le droit de

(1) 16 janvier 1843, S. 43.1.97.

(2) Cass., 13 mai 1879, D. 79.1.417 ; 4 août 1885, D. 86.1.310.

propriété doit s'effacer devant l'intérêt public et la libre circulation des biens. Cette idée vient d'être consacrée d'une façon formelle dans une affaire fameuse. Malgré les conclusions de son avocat général, M. Sarrut, la Cour de cassation proclame, qu'à supposer établies l'erreur commune et la bonne foi du tiers, les aliénations consenties par l'héritier apparent doivent échapper à toute action en résolution. En réalité, elle a recours, non plus à une construction juridique, mais au seul principe de la circulation nécessaire des biens : fondement essentiel de toutes les transactions (1).

Pour la rendre parfaite, il serait bon de donner un utile correctif à la théorie jurisprudentielle, en soumettant les droits de l'héritier apparent à une vérification préalable.

D'après le nouveau Code civil allemand, l'héritier reçoit du tribunal de la succession un certificat délivré après enquête (art. 2354 et s.).

Au rebours de notre jurisprudence, les tribunaux belges conservant la stricte observation de la loi annulent les actes passés par l'héritier apparent et se refusent à déroger aux principes généraux (2).

(1) Cass., 26 janvier 1897, *Pandectes françaises*, 1901.1.209 ; Charmont, *Revue critique de législation*, 1902, p. 16.

(2) La théorie de « l'Abus de droit » qui tend à s'implanter dans notre jurisprudence, constitue aussi une grave atteinte aux principes du Code et à l'adage ancien : *Qui suo jure utitur neminem lædit*. Le point délicat est de savoir à quel moment précis commence l'abus de droit, et à quels indices certains on reconnaîtra l'intention illicite du propriétaire qui, par l'exercice abusif de son droit, cause à autrui un pré-

Théorie des astreintes.

Pour obtenir l'exécution d'une obligation, il est souvent impossible d'employer les divers moyens légaux. L'action en résolution de l'article 1184 n'est pas toujours applicable. D'autre part, le créancier hésitera à mettre la force publique au service de son droit. La jurisprudence prenant la défense de ses intérêts a trouvé un système très ingénieux. Là, plus que partout ailleurs, elle a fait preuve de véritable création.

Pour vaincre la résistance du débiteur récalcitrant, le juge procède par voie d'injonctions et de menaces sanctionnées en cas d'inexécution par une peine pécuniaire édictée par lui et augmentée d'autant par chaque jour de retard. Les dommages-intérêts dont s'occupe le Code civil représentent toujours un préjudice réel. Au contraire, l'amende prescrite par le tribunal n'est en somme qu'une tentative d'intimidation exercée sur la volonté du débiteur et elle est à dessein exagérée. Il y a là un « moyen de coercition » (1) qui se justifie, dit un arrêt, par ce fait « que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts ; la forme de ces dommages-intérêts pécuniaires peut être celle que les juges du fond estiment la plus efficace et la plus commode en vue du but à atteindre » (2). Le terme d'« astreintes »

judice. — V. Porcherot, Thèse Dijon, 1901 ; Delucenay, Thèse Dijon, 1902 ; Ripert, Thèse Aix, 1902 ; Charmont, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113 ; Capitant, *Revue critique*, 1900, p. 156 ; Gautier, Thèse Dijon, 1902.

(1) C. Lyon, 9 avril 1859, S. 60.2.429.

(2) Cass., 28 décembre 1886, S. 87.1.112.

ne figure qu'assez tard dans la jurisprudence (1), mais il n'est que la consécration officielle d'une théorie depuis longtemps en vigueur. Dès 1841 il est admis que les astreintes peuvent n'avoir qu'un caractère comminatoire et qu'elles sont dès lors susceptibles d'être augmentées ou diminuées par un jugement ultérieur (2). Prenant leur source dans l'ordre du juge et non dans le préjudice causé, elles ne sauraient se confondre avec les dommages-intérêts compensatoires et moratoires. Ainsi comprises, les astreintes ont permis d'exiger des particuliers l'exécution des obligations dites légales : obligation pour la femme de réintégrer le domicile conjugal (3) ; obligation pour l'époux divorcé ou séparé de corps de rendre les enfants à la personne qui en a reçu la garde en vertu du jugement (4). Outre cela, les applications de ce système sont multiples et elles rendent les plus grands services. Elles permettent de contraindre les plaideurs à restituer les pièces litigieuses ; d'obliger les Compagnies de chemins de fer à exécuter des travaux urgents ; d'assurer l'observation d'un contrat, etc.

Dans une savante étude (5), M. Esmein cherche à démontrer que les astreintes créées par la jurisprudence

(1) Cass., 20 mars 1889, S. 92.1.565.

(2) Cass., 22 novembre 1841, S. 42.1.170, Cass., 1^{er} décembre 1897, S. 99.1.174.

(3) D. 79.1.82.

(4) Affaire de Bauffremont, 7 août 1876 et 13 février 1877, D. 78.2.125.

(5) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 5.

ne sont prohibées ni par les textes ni par les principes. L'auteur montre que, déjà dans notre ancien droit, les juges avaient le droit de formuler des ordres et d'édicter des amendes. L'article 5 du Code civil n'aurait pour objet que d'interdire au juge les règlements généraux statuant à l'égard de tous, et non pas un ordre particulier limité au procès et aux parties en cause (1).

Ces explications ont leur valeur, mais la théorie jurisprudentielle dépourvue de toute attache avec le Code civil n'a conquis droit de cité dans la vie juridique qu'en raison de puissants motifs d'utilité sociale (2).

Théorie de la dot incluse.

Il arrive parfois qu'un fonds dotal ait été aliéné et que les deniers provenant de la vente n'aient pas été réemployés conformément à la loi. Par la mise en œuvre du principe de la subrogation réelle (3), ils se trouvent soumis aux règles jurisprudentielles sur la dot mobilière. A suivre les prescriptions de l'article 1553, les immeubles qui viennent plus tard prendre leur place sont des paraphernaux : biens aliénables sans aucun recours possible de la part de la femme. Mais la juris-

(1) Cass., 13 décembre 1886, S. 87.1.176. — Comp. l'arrêt précité du 22 novembre 1841 qui distingue les *judicia ordinatoria* et les *judicia decisoria*.

(2) Brésard (Marc), *Théorie des astreintes*, Thèse Lyon, 1901.

(3) Sur la subrogation réelle : V. Stora, Thèse ; Demogue, *Revue critique*, 1901, p. 236 ; Saleilles, note S. 94.2.183 ; *Revue bourguignonne de l'enseignement*, 1893, p. 871.

prudence considérant leur filiation a créé pour eux une classification d'une nature spéciale. Sous une forme toute nouvelle, elle a manifesté son constant souci de protéger la femme et de mettre la famille à l'abri de la misère. Les tribunaux se sont écartés et de notre ancien droit qui, à tous égards, traitait les biens acquis comme des immeubles dotaux et de l'article 1553 qui en fait au contraire des paraphernaux. Par la création de leur théorie de la « dotalité renfermée » les tribunaux ont adopté une solution intermédiaire ; les valeurs dotales conservent dans le fonds qui les représente leur caractère originaire et intangible. Lors d'une réalisation ultérieure quelconque : vente amiable ou adjudication sur saisie, la femme aura toujours un droit privilégié pour le paiement de sa créance en reprise contre son mari. Tout acheteur ou saisissant doit lui en assurer par préférence le complet remboursement, et sous sa responsabilité faire en sorte que le prix d'acquisition soit supérieur ou tout au moins égal à la somme due à la femme (1).

Cette théorie ingénieuse a le grand avantage de maintenir un équilibre parfait entre les deux patrimoines distincts de la femme. Ils peuvent changer dans leur composition, mais non dans leur quotité et leur valeur. L'une des masses ne peut s'accroître aux dépens de l'autre.

Mais cette protection donnée à la famille ne s'exerce-

(1) C. d'Agen, 13 août 1891, D. 92.2.569.

t-elle pas au détriment des tiers acquéreurs des biens revêtus de cette nature mixte? La jurisprudence avait tout d'abord décidé que cette dotalité relative leur était de plein droit opposable. Il y avait là une exagération et une injustice, aussi la Cour de cassation vient-elle d'organiser une publicité analogue à celle du remploi. L'acte d'aliénation devra donc faire ressortir le caractère mixte du bien en indiquant la provenance dotale des deniers qui ont servi à l'acquérir (1).

Cette jurisprudence « corollaire logique du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière » est parmi les modifications apportées aux régimes matrimoniaux, l'une des plus utiles et des plus justes (2).

Extension donnée au droit de rétention.

On peut définir le droit de rétention : la légitime résistance d'une personne à la remise d'une chose, avant le paiement de ce qui lui est dû à son occasion. C'est le refus de se dessaisir de la chose avant l'exécution de l'obligation correspondante. Ainsi tout vendeur a le droit de retenir l'objet vendu jusqu'au complet paiement du prix (3).

Le droit romain et notre ancien droit voyaient dans

(1) D. 92.1.13, D. 96.1.313.

(2) Sur l'inclusion de la dot : V. Rousset, Thèse Dijon, 1901, note de M. Lambert dans *Pand. franç.*, 1896.1.321.

(3) Cette idée se trouve traduite en termes populaires dans les proverbes bien connus : « Il ne faut pas lâcher la proie pour l'ombre » ; ou encore : « Un tiens vaut mieux que deux tu l'auras. »

le droit de rétention un principe général applicable à toutes les hypothèses. Mais ils ne le formulèrent pas dans une théorie d'ensemble, se contentant d'y avoir recours dans des cas particuliers. Cette méthode exerça son influence sur notre Code civil qui suivit le même exemple et n'édicte aucune règle générale. Certains auteurs (1) en concluent que le droit de rétention ne doit être accordé que dans les hypothèses formellement prévues par la loi (art. 867, 1612, 1673, 1749, etc.). Ce système repose sur cette idée qu'il s'agit ici d'une cause de préférence non susceptible d'une interprétation extensive. Pour en reconnaître l'inexactitude, il suffit de constater que le droit de rétention ne confère aucun droit spécial sur le prix, ni aucun droit de suite. Ce n'est qu'un moyen indirect de contrainte.

La majorité de la doctrine approuve aujourd'hui la jurisprudence qui, dans la rétention, ne voit que l'application du grand principe d'équité : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Seront donc protégés : le possesseur de bonne foi qui a fait des impenses sur l'immeuble revendiqué ; l'acquéreur dont le titre est résolu ou rescindé, sauf s'il s'agit d'un bien dotal ; l'héritier apparent ; le mandataire ; l'ouvrier chargé d'un travail (2).

Le refus de restituer la chose est la forme moderne

(1) Laurent, t. XXXIX, n° 284.

(2) Le décret du 15 août 1903, art. 103, a consacré pour les avoués le droit de rétention de pièces que leur reconnaissait auparavant la jurisprudence.

de l'ancienne exception de dol opposée à la revendication. Cette exception existe dans tous les cas, attendu que toutes les actions sont de bonne foi ; pour sa délivrance la jurisprudence n'exige pas un lien contractuel entre les parties. La condition de notre ancien droit suffit : c'est le *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire une étroite corrélation entre la chose retenue et la créance réclamée (1).

Atteintes portées à la puissance paternelle.

Le Code civil n'a pris que des mesures fort insuffisantes contre les abus de la puissance paternelle. Le père, chef de la famille, n'a plus sans doute l'omnipotence absolue du *paterfamilias* romain, mais il n'est soumis souvent qu'à un contrôle illusoire. La puissance paternelle établie pour la sauvegarde des droits des parents beaucoup plus que pour les intérêts de l'enfant s'est transformée au cours du siècle dernier. On comprit qu'elle était la source des devoirs dont il importait à l'autorité publique d'assurer l'observation. Des lois ré-

(1) La reconnaissance de la validité du mandat tacite et la généralisation de son emploi ont été imposées dans la pratique par son incontestable utilité. Mandat tacite des préposés : employés, clercs de notaires, avoués, caissiers ; mandat tacite des domestiques ; mandat tacite de la femme mariée, etc.

Sur une hypothèse intéressante (père ayant fait des achats au nom de son enfant majeur vivant avec lui et gagnant sa vie par son travail) : V. Dunkerque, 10 janvier 1901, D. 03.1.305 et note de Planiol.

centes ont montré dans quel sens devait s'exercer en faveur de l'enfance la tutelle vigilante de l'Etat (1).

La jurisprudence a pris une grande part à ce mouvement humanitaire et elle a devancé l'intervention législative. C'est le droit de garde qui a fait l'objet de la plupart des décisions. Les tribunaux décidèrent que le droit de garde pouvait être enlevé au père coupable de mauvais traitements ou d'inconduite, et que l'enfant pouvait être confié à la mère, aux grands-parents ou même à une tierce personne. Bien plus, on permit d'employer ce procédé contraire à la légalité, lorsqu'il avait pour but de prévenir des abus possibles de la part de parents indignes.

Le respect absolu de la loi eût été une violation de la justice et de l'humanité. Le législateur, en organisant la déchéance totale ou partielle de la puissance paternelle, n'a fait que ratifier l'œuvre d'une jurisprudence arbitraire, mais excellente et nécessaire (2).

A eux seuls, ces exemples démontrent combien étaient erronées les idées de Savigny affirmant « que les Codes fixent la législation en l'état où elle se trouve au moment où on la codifie ; ils l'immobilisent et la pri-

(1) Loi du 7 octobre 1874, enfants employés dans les professions ambulantes ; lois des 22 mars 1841, 19 mai 1874, 2 novembre 1892, sur le travail des mineurs dans l'industrie ; loi du 18 avril 1886, qui établit l'omnipotence des tribunaux pour statuer sur le sort des enfants.

(2) Lois du 24 juillet 1889 et du 5 avril 1898.

vent des améliorations successives et nécessaires qu'amène naturellement le progrès du temps et de la science » (1).

(1) Savigny (de), *Traité de droit romain*, Trad. Guénoux, liv. I, p. 45.

APPENDICE

QUE PENSER D'UNE JURISPRUDENCE BASÉE SUR LA SEULE ÉQUITÉ ?

A vrai dire, il ne s'agit plus ici d'un simple procédé de jurisprudence, mais plutôt d'un véritable principe d'interprétation générale. Certains esprits proclament le droit pour le juge de s'affranchir de toute règle juridique et de faire de l'équité la seule base directrice de ses sentences.

Au moment de commencer la critique de cette singulière théorie, il ne faut pas nous dissimuler que ses exagérations ont été en partie causées par l'intransigeance des anciens interprètes du Code civil. Trop fervents partisans des abstractions logiques, ils ne se sont pas assez préoccupés des faits, et ils ont toujours combattu avec violence les innovations nécessaires des tribunaux. Loin de tenir compte des perturbations évidentes subies par les relations juridiques, l'École traditionnelle eut le tort de conserver ses opinions comme un culte et d'accabler les dissidents de la sévérité indignée de son jugement.

Suivant une loi naturelle des choses, cet esprit empreint d'une idéologie et d'une réaction excessives, appelait comme contre-partie une doctrine d'un caractère plus humain et même révolutionnaire.

En effet, les disciples de la nouvelle Ecole, non seulement protestent contre les lenteurs et les lacunes des réformes législatives, mais encore regardent l'action actuelle de la jurisprudence comme incomplète et insuffisante. La transformation des mœurs, disent-ils, est si rapide, qu'il est injuste de borner la libre appréciation du juge par des principes juridiques toujours arbitraires. Le magistrat a une grande mission humanitaire à remplir ; en matière civile comme en matière pénale, il ne doit juger que d'après les faits de la cause à lui soumise. Il n'est lié que par sa conscience !

Dans son livre sur *Le Contrat*, Schlossmann, auteur allemand, s'est fait l'ardent propagateur de ces idées. Il n'admet pas l'existence de l'obligation conventionnelle ; d'après lui, le juge pourra toujours modifier après coup, les termes d'un contrat conclu. L'idée qu'il se fait du juste et de l'injuste sera la seule raison déterminante de son interprétation souveraine. Si l'on objecte à Schlossmann que sans doute il se produira une véritable anarchie juridique résultant de la diversité contradictoire des jugements, il répond qu'« il se produit une sorte d'éducation du peuple entier, la multitude des esprits converge peu à peu vers l'unité de la vérité et l'on peut espérer et entrevoir le moment où l'idée et

le sentiment du juste resplendiront du plus vif éclat dans la conscience de tous » (1).

Moins heureux que le novateur allemand, nous avouons ne pas entrevoir encore cet âge d'or de justice et de fraternité, à travers les discordes et les haines qui divisent les classes de la société. A une époque où la notion de la liberté s'obscurcit, où les citoyens d'une même patrie se séparent en camps rivaux et se traitent plus que jamais en frères ennemis, il nous paraît difficile de voir dans les déclamations prophétiques de Schlossmann, autre chose que le rêve nuageux d'un utopiste.

Le président du Tribunal de Château-Thierry s'est acquis une renommée universelle en se faisant l'apôtre de cette théorie qui transforme le juge en un simple ministre de l'équité.

Ses jugements jouissent d'une notoriété et d'un retentissement considérables. Le « Bon Juge » (2), ainsi appelé à raison de la clémence et de l'humanité de ses sentences, a créé dans son petit fief judiciaire une jurisprudence plus qu'originale (3).

(1) C'est alors sans doute que se trouvera réalisé cet état merveilleux décrit par Diderot « où il n'y aurait ni roi, ni magistrat, ni prêtre, ni lois, ni tien, ni mien, ni propriété mobilière, ni propriété foncière, ni vices, ni vertus ». — Schlossmann, *Der Vertrag* (Le Contrat). — V. la théorie et la réfutation dans la *Revue critique* de 1902, p. 105 et suiv.

(2) Ce nom fut donné à M. Magnaud par M. Clémenceau dans un article de l'*Aurore* (mars 1898).

(3) Leyret Henri, *Les jugements du Président Magnaud réunis et*

Elle constitue, à notre avis, une des plus curieuses manifestations des nouvelles idées sociales, et c'est à ce point de vue que nous avons jugé utile de l'examiner rapidement.

D'une façon générale, le Président Magnaud s'est cru autorisé à faire abstraction des textes légaux et à ne s'inspirer que d'une très indulgente équité. Le plus souvent il ne voit dans les délinquants amenés devant lui que des malheureux inconscients et irresponsables, pauvres hères qui méritent le pardon et non le châtiement. Mais pour le « Bon Juge » il y a cependant une grande coupable. C'est la Société. Ne pouvant lui infliger des peines comme aux simples individus, il dresse contre elle de formidables réquisitoires, il en signale avec indignation les tares et les vices. Dans ses jugements, il n'hésite pas à mettre de côté et à critiquer violemment les principes fondamentaux de l'ordre social et du droit modernes.

C'est ainsi qu'il ne reconnaît plus au droit de propriété ce caractère intangible et sacré que proclament tous nos Codes. On connaît le jugement acquittant cette fille-mère coupable d'avoir volé un pain. Il y est dit que « la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre, et d'amoindrir

commentés (Paris, 1900, Storck, édit.). — Compte rendu de ce livre par M. Rouanet dans la *Revue socialiste*, 1900, t. XXXII, p. 744. Du même auteur, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud* (Paris, 1904, lib. Reinwald).

en lui dans une certaine mesure la notion du bien et du mal ».

En somme il n'y avait dans l'espèce qu'une application de la théorie de la contrainte morale, admise déjà par le droit canonique. La nécessité peut en effet obscurcir notre libre arbitre et innocenter tous nos actes. Le bruit que fit ce jugement ne peut s'expliquer que par les attendus belliqueux qu'il renferme et les discussions politiques qu'il motiva (1).

D'ailleurs, il serait peut-être permis de croire que devant un autre tribunal, la prévenue eût été renvoyée des fins de la poursuite avant tout jugement. Sans doute le justicier de Château-Thierry — et nous ne croyons pas en ceci lui faire injure — a-t-il été assez heureux de saisir une si belle occasion pour remuer l'opinion publique par l'exposé de ses idées novatrices.

L'acquittement d'un mendiant (30 janvier 1899) amena une interpellation à la Chambre. M. Marcel Sembat demandait pourquoi il avait été fait appel du jugement par le ministère public. Les doctrines humanitaires furent discutées avec grand talent et notre Code pénal eut à passer un mauvais quart d'heure. A cette occasion, M. Morlot, député de Château-Thierry

(1) Château-Thierry, 4 mars 1898. Cette affaire suscita un débat à la Chambre des députés le 21 mars 1898. V. la note de M. Josserand, D. 1899.2.329, S. 1899.2.1. Autres exemples d'acquittement pour vol : 27 décembre 1889 ; 9 septembre 1898. — *Adde* : La lettre de félicitation au juge américain Elis Suffolk, qui avait acquitté un homme coupable d'avoir volé du charbon.

monta à la tribune pour faire un éloge enthousiaste de M. Magnaud et de son œuvre (1).

Ainsi que nous l'avons signalé déjà, le « Bon Juge » a aussi des idées particulières sur la recherche de la paternité et la séduction (2). En octobre 1900, une fille-mère, coupable d'infanticide, n'est condamnée qu'à seize francs d'amende « parce que, disent les attendus, la prévenue n'a agi que par crainte de la sourde hostilité et de la stupide et cruelle réprobation dont en général sont l'objet les filles-mères. Donc la société, qui respecte et entretient ce préjugé, est plus coupable que la fille-mère qui mérite d'autant plus d'être respectée qu'elle a toujours été seule à supporter les charges de sa maternité ».

Ces critiques peuvent renfermer une part de vérité, mais n'est-il pas exagéré et même contraire à l'équité, d'adresser presque des félicitations à des filles, qui ne commettent parfois un crime que pour tromper l'opinion et capter plus tard la confiance d'un naïf épouseur ?

Nous devons encore signaler un acquittement récent tout à fait typique. Un pêcheur était poursuivi pour

(1) V. *Journ. off.* du 18 mars 1899. Par une circulaire du 2 mai 1899, sur la mendicité, le Garde des Sceaux donna une sanction à cette interpellation. — *Adde* : La circulaire de M. Monis du 20 février 1900. — Autre acquittement d'un mendiant, Château-Thierry, 3 mars 1899.

(2) Château-Thierry, 27 mai 1898 : acquittement d'une fille, ayant exercé des violences sur la personne de son séducteur ; 23 novembre 1898 : condamnation d'un séducteur, quoi qu'il y ait réciprocity de faute.

tentative de corruption de fonctionnaire. Il avait offert 5 francs à un garde-pêche, espérant ainsi échapper à un procès-verbal. Il est dit dans la décision que par suite « des pharisaïques interprétations de la jurisprudence et des subtilités juridiques », on n'est jamais sûr de son bon droit. Et même, « on n'est jamais bien certain, au cours de la vie journalière, de n'avoir pas commis une infraction quelconque, quand surgit un agent verbalisateur ».

Le prévenu, en cherchant à éviter les ennuis d'un procès, a donc agi sous l'impulsion d'un mouvement bien naturel et très excusable. « Par suite, le tribunal ne saurait voir ici le délit de tentative de corruption de fonctionnaire, et laisse le soin de l'y découvrir, s'il échet, à une jurisprudence plus clairvoyante » (1).

Nous ignorons si le malheureux acquitté paya un peu plus tard les frais de cette condamnation sur appel qu'on lui laissait entrevoir.

Sur le mariage, le Président Magnaud professe aussi des théories qui, à la majorité des esprits, sembleront assez révolutionnaires. Au mois de février 1903, il a profité pour les émettre, d'une affaire dans laquelle le divorce était réclamé par le mari et la séparation de corps par la femme. Dans une longue dissertation, il est question du divorce par consentement mutuel ; de la séparation de corps « qui n'est qu'une solution bâ-

(1) *Gazette du Palais*, 22-23 mars 1903, sous le titre *Un émule de Crainquebille*.

tarde, hypocrite et contre nature » ; il y est même parlé, — on ne voit pas trop pourquoi — des enfants naturels, « que la législation, subissant le joug du stupide préjugé de la société actuelle, traite en véritables parias ».

Un jugement du même mois est encore plus expressif et plus curieux. Un époux coupable d'adultère est acquitté, car : « le manquement à la fidélité conjugale ne présente aucun intérêt au point de vue de la vindicte publique. L'inexécution de l'engagement contracté devant l'officier de l'état civil, ne saurait comporter que des dommages-intérêts et la rupture d'un contrat purement civil. Lorsqu'une loi est aussi partielle et d'un autre âge que celle qui réprime l'adultère, le devoir du juge est de la laisser tomber en désuétude jusqu'à son abrogation inévitable » (1). On ne saurait méconnaître, avec plus de sans-gêne, le respect dû au mariage et les pénalités édictées par nos Codes !

Admettre cette théorie, ce serait aboutir à l'union libre, or heureusement nos mœurs, quelques modifications qu'elles aient subies, ne nous ont pas encore amenés à ce résultat.

En économie politique, M. Magnaud est partisan de la circulation illimitée des richesses. Si on lui demande d'empêcher un prodigue de dépenser toute sa fortune à son propre détriment et à celui de sa famille, il refuse de lui nommer un conseil judiciaire. En effet, les biens

(1) *Gazette des Tribunaux* du 28 février 1903.

ne doivent-ils pas circuler dans l'intérêt social et le prodigue n'est-il pas un agent de la diffusion nécessaire des richesses ? Ne serait-il pas criminel de porter atteinte à sa propriété intangible et, en arrêtant ses excès, de nuire à la société tout entière ? Poursuivant jusqu'au bout cette théorie, son auteur conseille au législateur de supprimer les conseils judiciaires, et par contre de doter les avarés d'un conseil de prodigalité (1).

Petit Paradis terrestre pour les malfaiteurs, la juridiction de Château-Thierry est donc pour les viveurs un vrai Pays de Cocagne.

Ce rapide aperçu de ses principales décisions montre les tendances du Bon Juge. Tout lui sert de prétexte pour partir en guerre contre la société et en faire le bouc émissaire de tous les crimes et de toutes les injustices. Ce n'est pas un magistrat, fidèle observateur de la loi ; c'est un critique sévère qui juge du mérite et de l'excellence des prescriptions légales ; il en proclame bien haut le caractère suranné et prédit leur prochaine abrogation.

La jurisprudence moderne n'est pas davantage épargnée dans l'appréciation suivante où il sera tout au moins difficile de reconnaître le mérite de la modestie : « Je sens que notre petite juridiction fait œuvre d'utilité sociale, en rompant avec les féroces et mécaniques routines juridiques et en donnant de violents coups de pied aux si commodes jurisprudences

(1) Château-Thierry, septembre 1901 et février 1903.

toutes faites que les magistrats se transmettent de génération en génération, sans jamais tenir compte de l'esprit de leur temps, et comme si aucune évolution sociale ne s'était produite depuis la confection des Codes. »

Les chapitres précédents de cette étude suffisent — nous l'espérons du moins — à démontrer l'exagération évidente de ce jugement.

La jurisprudence du Président Magnaud a soulevé des polémiques passionnées, et trop souvent dictées par des raisons politiques. Beaucoup qui apprécient et discutent son œuvre ne se sont jamais donné la peine de lire ses jugements, ailleurs que dans les comptes rendus tronqués des journaux.

Les admirateurs du « Bon Juge » louent son audacieuse initiative comme une révolte contre l'ordre social moderne, comme un signe précurseur des temps nouveaux. Un article de M. Maxime Leroy dans la *Revue socialiste* est à ce point de vue très suggestif (1). L'auteur expose d'abord certaines de ses idées en matière pénale. Il regrette la notion du repentir qu'il trouve « un peu niais » et lui substitue la simple réflexion ; parle « de la véhémence des critiques que mérite le droit de punir », et souhaite l'avènement d'une époque

(1) *Revue socialiste* de 1901, t. XXXIV, p. 585. — Dans sa thèse très intéressante et très documentée sur *l'Esprit de la législation napoléonienne*, M. Maxime Leroy se montre déjà partisan des idées paradoxales que nous combattons ici (Nancy, 1898).

où le droit disparaîtrait « en tant que commandement social ». — « M. Magnaud, dit-il un peu plus loin, est un juge qui pardonne, mais « après avoir prononcé de terribles réquisitoires contre la société. Il n'est pas le soldat muet de la consigne sociale. Il ose répondre ; il critique le galonné ». Enfin ces mots caractéristiques : « Le Tribunal de Château-Thierry est un des agents de la transformation sociale actuelle, il critique les vieux concepts ; il tente d'en créer de nouveaux. Il est essentiellement socialiste par son esprit. Reconnaissons que ses jugements sont une étape de la Révolution » (1).

Laissant de côté ces considérations politiques, tous les juristes reprochent avec raison au Président Magnaud d'interpréter à sa guise les lois existantes ; de les railler, lorsqu'elles ne lui plaisent pas, en un mot de se comporter en censeur et en moraliste et non en juge serviteur de la loi.

Quelques méchantes langues prétendent que le Juge de Château-Thierry n'est pas homme à dédaigner le bruit qui se fait autour de sa personne. Ses considérants tour à tour révolutionnaires, paradoxaux, évangéliques, anarchistes n'auraient d'autre but que d'attirer l'attention du public sur leur rédacteur. Si tel était son souci, le Président doit être pleinement satis-

(1) Dans le même sens : *Adde* : Un article de M. Maurice Zablet dans la *Revue Bleue* des 22 juillet et 9 septembre 1899 et dans la *Revue socialiste* de 1903 (t. XXXVII, p. 651) ; un article de M. Raffaele Majetti (juge au tribunal de Campobasso, Italie) sur le *Phénomène Magnaud*.

fait. Interviewé par les journalistes, chanté par les bardes populaires, reproduit par les cartes postales, le « Bon Juge » jouit d'une notoriété extraordinaire.

Pour tout esprit impartial, son œuvre comporte cependant un enseignement. Les Codes, ne l'oublions pas, ne sont qu'un point de départ ; les institutions évoluent et suivant l'expression de M. Saleilles, « le droit entre les mains du juge n'est pas autre chose qu'un instrument de progrès social » (1). Il ne faut pas hésiter à reconnaître au juge cette délicate mission. Notre jurisprudence, depuis un demi-siècle, s'en est acquittée avec beaucoup de tact et de méthode. Cette discrétion a fait défaut au Président de Château-Thierry. Parti en somme d'une idée fort juste, il a voulu s'affranchir de tous les principes et brûler toutes les étapes. Censeur implacable de la société, il a fulminé contre le capital, contre l'autorité et contre les lois. Il est beau sans doute de proclamer le droit au pardon, mais il faut craindre d'amoindrir du même coup la notion du devoir. D'autre part transformer le juge en ministre de l'Équité, ne serait-ce pas faire disparaître des relations juridiques cette stabilité et cette sécurité dont elles ont tant besoin ?

A tort ou à raison, la politique s'est emparée de la jurisprudence du « Bon Juge » et cette trop grande publicité fait que beaucoup de bons esprits doutent de sa sincérité. Il est certain qu'en dépassant la mesure par ses

(1) *De la déclaration de volonté*, p. 287.

exagérations déplacées, M. Magnaud a causé un grand tort à son œuvre. D'ailleurs, il n'a pas su garder une attitude impartiale entre les partis. En se jetant dans les luttes politiques, il a perdu à sa cause bien des partisans. Et même à lire certain de ses jugements récents (1), dans lequel on est bien loin de retrouver son indulgence si connue, on est tenté de se demander si l'homme de parti ne reparait pas sous la robe du magistrat. Déclarer avec emphase que : « Le Juge a pour devoir, à peine de se rendre complice, d'être ferme et résolu à l'égard des membres d'une congrégation, qui, de propos délibéré, se mettent en révolte contre une loi » ; parler de « l'émancipation des consciences » et de « la rébellion concertée et fomentée sur tous les points du territoire contre l'intangible souveraineté de l'état laïque » est-ce bien le langage d'un juge chargé de dire le droit ?

Quoi qu'en disent les nouveaux théoriciens, la Loi doit toujours rester le guide salutaire et la règle directrice du juge. La lui enlever, c'est laisser son appréciation soumise à ses passions et à tout cet ensemble de sentiments et de sensations, qui constitue la personnalité de chacun. Le Juste pour l'un serait toujours l'Injuste pour un autre !

(1) 11 septembre 1903. Deux anciennes religieuses accusées d'avoir fondé un établissement congréganiste, sans décret d'autorisation, furent condamnées à 1.000 francs d'amende. Les feuilles socialistes attendaient ce jugement avec impatience et même l'une d'elles (*L'Action*) avait envoyé un de ses rédacteurs à Château-Thierry.

Ce jugement n'a pas été approuvé par la Cour d'appel d'Amiens le 4 décembre 1903.

Le système de l'Équité, seule base de tous les jugements, était sans doute possible au temps où Saint Louis rendait la justice sous le chêne de Vincennes. La multiplicité de nos juridictions, et surtout la diversité de nos opinions, n'en font aujourd'hui qu'une utopie irréalisable (1)

(1) Sur le rôle de l'Équité, V. D. 1903.1.366. Conclusions de M. le procureur général Baudouin, *in fine*. — Signalons en terminant que Paris possède aujourd'hui un « Bon Juge » dans la personne de M. Séré de Rivières, Président de la 8^e chambre du Tribunal de la Seine. D'ailleurs sa façon d'agir semble beaucoup plus paternelle et moins bruyante que celle du Président de Château-Thierry.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, nous voudrions, par un rapide coup d'œil d'ensemble, montrer les avantages de la jurisprudence, en signaler les défauts, envisager enfin les services qu'elle peut encore rendre dans notre pays à la cause du droit.

Durant la dernière période du XIX^e siècle, la jurisprudence a eu le mérite de suppléer à l'insuffisance des réformes législatives. Elle a su adroitement transformer notre vieux Code civil, et par une habile sollicitation des textes l'adapter autant qu'il était possible, aux nouvelles conditions de la vie moderne. S'inspirant avec à-propos de la vie journalière, de l'intérêt général et des intentions des particuliers, elle a ainsi réussi à créer des théories dont tous apprécient aujourd'hui l'utilité.

Sous l'influence de passions ou d'idées politiques instables, le législateur est exposé à opérer de brusques réformes, qui ne constituent souvent qu'un recul et non un nouveau pas fait dans la voie du progrès. La loi agit d'une façon brutale et absolue, elle détruit ou elle édifie, en maîtresse dont les ordres impérieux et parfois arbitraires ne se trouvent soumis à aucun recours. La jurisprudence se montre en ceci bien supérieure à l'action législative. Son évolution lente et réfléchie est exempte de toute passion ; elle ne s'appuie

que sur des besoins reconnus et évidents, sur des nécessités éprouvées au creuset de la pratique. Elle possède un caractère fixe mais non pas définitif, et elle se trouve ainsi susceptible de se modeler sur les circonstances changeantes de la vie sociale.

Néanmoins, malgré ces avantages, la jurisprudence ne peut servir que d'adjuvant à la loi. Faite pour l'interpréter et l'appliquer, elle peut quelquefois la préparer, mais jamais la remplacer. Son rôle se borne à parer aux défauts les plus criants par des moyens forcément empiriques et incomplets. A supposer une jurisprudence dont l'unité et la fixité soient bien établies, il lui sera toujours impossible d'organiser un système reposant sur des bases solides et inébranlables. Il lui manquera cette autorité et cette force dont seule dispose la loi. Celle-ci en effet est seule capable de prévoir toutes les hypothèses, de les grouper, et surtout de les entourer des garanties nécessaires pour assurer leur respect et sauvegarder tous les intérêts. C'est ainsi que, se reconnaissant impuissants à créer une publicité pour les substitutions prohibées, les tribunaux n'osent pas depuis 1873 poursuivre l'œuvre si bien commencée. Tout mouvement jurisprudentiel entraîne avec lui des hésitations, des incertitudes dont les relations juridiques ont à souffrir. Il occasionne des déceptions et des surprises en venant rompre des conventions conclues sur la foi de décisions opposées (1).

(1) Pour détails : V. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, « Introduction », t. I, p 15 à 58.

Mais le plus grand écueil qu'ait à éviter la jurisprudence est de faire abandon des principes juridiques pour ne tenir compte que des faits. Les tribunaux de première instance et même souvent les Cours d'appel ont aujourd'hui une tendance marquée à appuyer leurs décisions bien plus sur des arguments de fait que sur des principes juridiques. Les véritables questions de droit débattues dans des discussions scientifiques ne se traitent plus guère que devant la Cour de cassation. Au milieu du choc des opinions et des controverses, les principes généraux du droit doivent être pour le juge une précieuse sauvegarde contre le désarroi et l'arbitraire. Aujourd'hui surtout où certains théoriciens attaquent la famille, la propriété et rêvent d'une égalité chimérique dans une société nouvelle, il est nécessaire d'établir et d'imposer des règles stables et obligatoires, sinon dans leurs termes, du moins dans leur esprit.

Si, dans l'immense majorité des cas, l'influence de la jurisprudence a été bienfaisante, il faut savoir reconnaître qu'elle a parfois donné à la loi une interprétation injustifiée. Comment expliquer par exemple l'application de la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, alors que l'article 2251 a clairement pour but de la supprimer ? La Cour suprême s'est elle-même laissée entraîner et elle admet que l'ignorance de l'existence d'un droit a pour effet de suspendre la prescription au profit du titulaire. C'est rétablir en somme une règle abrogée par le législateur comme

enlevant à la prescription une partie de son utilité (1).

L'interprétation extensive donnée à l'article 2257, c'est-à-dire le point de départ de la prescription, repoussé à l'avènement de la condition en matière de droits réels, ne se comprend pas davantage. Quelque monstrueux que cela puisse paraître, la théorie jurisprudentielle aboutit en fait à la suppression de l'action en reconnaissance de droit ! Un propriétaire sous condition ne peut pas agir contre un tiers détenteur et lui signifier qu'il possède sur l'immeuble tel ou tel droit réel susceptible de se réaliser plus tard ! D'ailleurs, il est illogique de ne pas faire courir la prescription contre un propriétaire conditionnel. En effet, du moment que l'article 1180 lui donne le droit de faire tous les droits conservatoires, il a, au premier chef, la possibilité d'interrompre la prescription.

La jurisprudence ne peut donc suffire seule à la grande œuvre de l'évolution du droit. Elle a besoin d'être aidée et éclairée. Ce rôle échoit tout naturellement à la doctrine, qui peut mieux synthétiser les solutions, en former un tout harmonieux, en montrer les enseignements et aussi les irrégularités. Depuis un demi-siècle, la doctrine commence à comprendre la haute importance de cette mission directrice et à abandonner cet antagonisme funeste qui séparait l'Ecole et le Palais. Les abstractions pures, les raisonnements logiques et l'abus des idées romaines souvent déplacées dans notre droit

(1) Bonifacy, « De la règle : *Contra non valentem et de ses applications en droit civil* », Thèse Paris, 1901.

moderne sont appelés à disparaître. Le devoir des auteurs doit être d'observer plus attentivement les réalités extérieures et d'en dégager les principes susceptibles de diriger le travail judiciaire de l'élaboration coutumière du droit.

La jurisprudence trouvera surtout un excellent guide dans l'étude attentive et approfondie des législations étrangères. A la lumière de l'expérience, elle étudiera l'application des concepts nouveaux et en appréciera les effets. Là où le juge verra les mêmes institutions unanimement approuvées, il pourra sans crainte d'arbitraire en préparer et en commencer chez nous l'introduction. En agissant ainsi, il fera vraiment œuvre de sociologue prudent et avisé, car il aura toujours eu soin de s'assurer si ses idées sont bien en harmonie avec le milieu social.

Le juge, il ne faut pas l'oublier, est institué pour constater le Droit dans la Loi ou dans les faits, mais non pas pour le créer de toutes pièces.



Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
