

L'ESPRIT
DE LA
LÉGISLATION NAPOLÉONNIENNE

ESQUISSE D'UNE ÉTUDE CRITIQUE

PAR

Maxime LEROY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE NANCY

DOCTEUR EN DROIT

NANCY
A. CRÉPIN-LEBLOND, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

21, RUE SAINT-DIZIER, RUE DES DOMINICAINS, 40
(Passage du Casino)

—
1898

Hommage de l'auteur

Marius Leroy

L'ESPRIT
DE LA
LEGISLATION NAPOLÉONNIENNE

T 5025

L'ESPRIT
DE LA
LÉGISLATION NAPOLÉONNIENNE

ESQUISSE D'UNE ÉTUDE CRITIQUE

PAR

Maxime LEROY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE NANCY

DOCTEUR EN DROIT



NANCY
A. CRÉPIN-LEBLOND, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

21, RUE SAINT-DIZIER, RUE DES DOMINICAINS, 40
(Passage du Casino)

1898

INTRODUCTION

Ce travail n'est qu'une esquisse : il n'a pas l'ampleur qui eût convenu et que nous désirions. Nous remettons à plus tard une étude complète.

Il était utile, croyons-nous, d'essayer de dégager l'esprit de la législation napoléonienne, si longtemps régulatrice de l'action sociale de ce siècle. Entre les idées nouvelles et celles qu'elle représente il y avait quelque nécessité de faire la démarcation.

La loi indique d'une façon toujours précise l'état d'esprit d'un temps, elle le symbolise ; elle est l'effet du milieu, des idées et des intérêts. Par nos codes, en particulier, nous pouvons connaître la mentalité de la France du XVIII^e siècle, de la Révolution et de l'Empire, celle de la majorité dirigeante. « Le peuple, comme dit Ihering, est la conscience vivante de l'idée juridique (1). »

(1) *Esprit du droit romain*, II, p. 139.

Nous nous rendrons sans doute mieux compte, après ce voyage aux origines immédiates de notre droit contemporain, que les anciens principes, valables dans la Société passée, ne peuvent plus convenir à la nôtre, avec son industrie, sa science, la concurrence illimitée des appétits. Un retour en arrière nous faisant connaître les anciennes conditions de vie nous facilitera l'appréciation plus juste des moyens destinés aux nouvelles. Aux intérêts nouveaux, aux idées qui s'éveillent dans nos pensées contemporaines, il y a lieu de donner la satisfaction nécessaire : le changement de législation. Il y a quelque stérilité à vouloir restreindre le champ de nos visions idéales ou pratiques, à nous contenter trop longtemps des idées et des principes émis par les penseurs du grand siècle, soit Rousseau, soit Montesquieu, soit Adam Smith. Leur originalité et leur utilité n'ont pu survivre à leur milieu, à un temps de despotisme royal et de médiocre industrie.

Nous ne comprenons pas la question des Droits de l'homme comme les hommes de la Constituante ou du Conseil d'État de Napoléon. Déjà s'esquissent, se précisent les tendances nouvelles : leur expression visible est la nouvelle Loi. Elle indique à son tour, en face de l'ancienne, la transformation qui s'est

opérée dans les idées directrices, en France ; elle est le symptôme précis qu'elle est profonde. Ce pays semble mûr, par cela même, à échéance plus ou moins brève, pour les changements décisifs.

Les esprits les plus divers sont merveilleusement unis dans ce désir ; les audaces fraternisent aux mêmes carrefours de la pensée, comme aux jours de fête qui confondent les hommes les plus étrangers les uns aux autres. La jeune université se mêle à un mouvement qui semblait trop restreint au monde politique et ouvrier.

Nous pouvons citer, en réconfort aux passionnés de vérité généreuse et vivifiante, les noms de M. Jean Izoulet, le nouveau professeur au collège de France, le philosophe social, le penseur aux vigoureuses synthèses (1) que l'on comparait naguère à Michelet ; de M. Andler, maître de conférences à l'École normale supérieure, auteur d'un livre magistral et définitif sur les *Origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, l'un des rédacteurs de la *Revue de métaphysique et de morale*, de M. Hauriou, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, qui, dans des articles publiés dans cette dernière Revue ou dans

(1) Outre *la Cité moderne*, V. *Les quatre problèmes sociaux* *Revue Bleue*, n° du 8 janvier 1898.

son *Précis de droit administratif* (1), montre un esprit largement hospitalier aux idées nouvelles ; de M. Th. Funck-Brentano, professeur à l'École des Sciences politiques, l'un des fondateurs du Collège des Sciences sociales, qui montre l'esprit le plus audacieux, critique vigoureux et compréhensif d'une société désorganisée et divisée (2) ; de M. Gide, professeur d'économie politique à l'Université de Montpellier, penseur de premier ordre, homme d'action, propagateur des coopératives dans le midi de la France ; de M. Albert Fouillée, ancien maître de conférences à l'École normale supérieure, membre de l'Institut, l'un des vétérans de la philosophie, qui dans ses livres : *la Science sociale*, *l'Idée moderne du droit* et dans de notables articles de la *Revue philosophique*, de la *Revue des deux mondes* ou la *Revue parlementaire*, a tenté la synthèse des tendances nouvelles ; de MM. Cauwès et Beauregard, professeurs d'économie politique à l'Université de Paris, dont l'enseignement répandu par de beaux traités s'éloigne hardiment des conceptions traditionnelles de l'école orthodoxe ; de M. Paul Souriau, professeur

(1) V. notamment p. 25 ce que cet auteur pense en principe du régime collectiviste.

(2) *La Science sociale*, V. notamment p. 186 (dernier alinéa), p. 101, 118, 369, 345.

de philosophie à l'Université de Nancy, esthéticien et moraliste, dont l'enseignement et toute l'œuvre, livres ou articles de la *Revue philosophique* ou de la *Nouvelle Revue*, sont humanisés des idées les plus généreuses et les plus vivantes de ce temps, l'un des esprits les mieux informés des nécessités présentes.

Je veux enfin citer les noms de MM. les professeurs G. Belot, Bouglé, Darlu, Gaston Richard, rédacteurs de la *Revue philosophique* ; de MM. les professeurs Séailles et Lichtenberger. Celui-ci auteur d'un ouvrage très remarqué sur les *Origines du Socialisme au XVIII^e siècle*. Je passe bien des noms.

Ces esprits indépendants exercent la plus décisive influence sur les jeunes hommes de ce temps : leur adhésion aux idées nouvelles, sous des formes très différentes, en marque le triomphe définitif.

En dehors du corps enseignant, je veux citer M. Gabriel Tarde, que l'auteur de la *Synergie sociale*, M. Mazel, saluait naguère comme le successeur de Renan et de Taine dans la direction des intelligences. Il est peu d'esprits plus originaux, plus audacieux, destructeur de sophismes et d'erreurs, créateur d'idées fécondes.

* *

Nous voudrions rapidement résumer les tendances nouvelles.

Les critiques contre notre organisation économique sont unanimes. Certains esprits proposent des palliatifs, d'autres plus hardis rêvent la reconstruction de la cité moderne. La concurrence, qui dans l'ordre industriel a produit des effets admirables, en a eu de déplorables dans l'ordre humain. Elle a consacré d'injustes défaites contre lesquelles proteste notre conscience moderne, plus tendre, apitoyée. Spencer qui pense que « souffrance et mauvaise action sont liées » n'est pas suivi ; ceux qui admettent avec lui « qu'une créature pas assez énergique pour se suffire doit périr (1) » sont rares.

Nos instincts en liberté dans la lutte journalière nous ont éloignés de l'idéal de fraternité. La déloyauté, autorisée par cela même que rien ne la reprenait, a vicié ce régime. « Ce ne sont pas, comme le pense très justement M. Funck-Brentano, les crises et les revendications sociales et ouvrières, c'est la concurrence déloyale, ce sont les spéculations

(1) *L'individu contre l'État.*

véreuses qui constituent le grand dissolvant des richesses et de la force des États modernes (1). »

Chacun s'occupe de son intérêt purement personnel. Les conditions de vie ont forcé chacun à vaincre son voisin pour ne pas être vaincu lui-même, chaque défaite réalisant le gain nécessaire à la satisfaction de nos besoins, naturels ou artificiels, tous également impérieux. Chacun a perdu de vue l'ensemble, a oublié les chocs en retour de l'inéluctable solidarité qui unit les activités humaines les unes aux autres.

C'est le régime de la lutte pour la vie ; on veut lui substituer le régime de l'entente pour la vie. C'est la protestation contre les faits, contre les idées de Smith, de Say, de Bastiat, contre la philosophie sociale qui a inspiré la législation napoléonienne.

Il n'est point question de sacrifier la liberté, l'initiative individuelle qui a produit notre science et notre industrie, on veut simplement l'organiser, ne pas laisser absolument libres des instincts qui n'aboutissent qu'à la guerre civile, à l'insécurité sociale : il s'agit d'en réfréner les excès et les abus. C'est ce que pensent le socialiste marxiste Jaurès, le socialiste libéral Andler, le socialiste chrétien

(1) *Op. cit.*, p. 260.

Funck-Brentano, les philosophes Izoulet et Fouillée, le politique modéré Paul Deschanel, le politique radical Léon Bourgeois. Si parfois les théories voilent les intentions il y a lieu cependant de constater unanimité des sentiments sur ce point. Les moyens diffèrent évidemment, mais par cela même que des esprits si divers publient chacun leur *utopie*, on doit en inférer que le mal est profond.

Diminuer la concurrence, l'organiser, n'amènera sans doute pas la paix définitive. Je ne sais si l'humanité est destinée à vivre l'Éden primitif de la théologie judaïque, le règne millénaire du moyen âge ou à retourner à l'âge d'or que prêchait Rousseau. Mais cela aura certains résultats pratiques qui valent l'effort de nos bonnes volontés. Le devoir de chaque génération d'ailleurs est d'améliorer le patrimoine que lui lèguent ses aînés, d'ajouter des actes et des idées à l'histoire du long rêve de justice et d'harmonie. Il y aura des vies humaines plus nombreuses qui seront respectées, un peu plus de joie dans le travail, un peu plus de sécurité dans les relations.

En diminuant cette concurrence il y a lieu d'espérer que chacun pourra obtenir le pain quotidien que les prières quotidiennes ne donnent pas à tous les hommes. Ce sera la liberté économique, la vie du

corps. Il faut avoir aussi l'espoir qu'un certain loisir sera donné à l'homme, entre le travail et le sommeil. Ce sera la liberté intellectuelle et morale, l'homme aura le temps de penser et de se réjouir, de vivre dans l'unité complète de son être. Aux besoins naturels seront données les satisfactions légitimes. Il fallait proclamer les nécessités communes de la vie et notre droit à les satisfaire.

La nouvelle législation tente d'assurer ce minimum de justice par la réglementation des heures de travail (décret des 9-14 septembre 1848, loi du 16 février 1883), les caisses de retraite pour la vieillesse (loi de 1850), les lois scolaires de Jules Ferry (1881 et 1882).

La pratique des idées nouvelles est visible; si la marche est lente vers l'idéal nouveau elle est irrésistible. Cela nous permet d'espérer une révolution économique aussi décisive que la révolution politique de 1789. Les faits en témoignent. Les lois nouvelles, il est vrai, ne sont encore que les « améliorations parcellaires des économistes humanitaires (1). » C'est la phase administrative de la justice moderne. Mais l'idée et la vie doivent tôt ou tard s'équilibrer. L'acte n'est en somme qu'une pensée développée.

(1) *La Science sociale*, p. 375.

Ces lois sont l'aboutissement logique des efforts des premiers socialistes, de Saint-Simon et de Fourier. Et comme l'a montré en un livre précurseur un disciple de Saint-Simon par Comte, Littré, tout le mouvement socialiste moderne n'est que le développement, sous la poussée des nouveaux faits, des idées des révolutionnaires et de la philosophie du siècle dernier (1). La Révolution de 1848 est la première étape de la pratique des idées nouvelles. C'était deux ans plus tôt la première grande critique de la législation napoléonienne par l'illustre économiste Rossi (2).

* * *

Diminuer la concurrence, c'est renforcer les liens sociaux des hommes. La solidarité est une des idées nouvelles. Elle contraste violemment avec l'ancien individualisme de Rousseau ou de Smith. Elle est d'ailleurs l'expression des conditions modernes de la vie sociale.

L'homme ne peut plus être considéré aujourd'hui comme un être isolé, n'ayant que des devoirs négatifs

(1) *Observations sur le droit civil français, considéré dans ses rapports avec l'état économique français. Revue de législation et de jurisprudence*, 1846.

(2) *Les applications de la philosophie positive au gouvernement des sociétés*, 1850.

envers ses semblables. « La justice, dit encore Troplong, en 1848, c'est l'attribution à chacun de ce qui lui appartient. » C'est la théorie des Encyclopédistes.

La science moderne a rétabli l'homme dans sa solidarité. Chacun de nous est considéré comme un produit social. Si la société nous a formés, la famille, l'enseignement, les conditions matérielles, nous sommes attachés à elle par ces liens mêmes. En se plaçant au pur point de vue juridique, cette formation de notre être, ce travail, crée une dette : il y a comme une gérance d'affaires. Cette dette, c'est le devoir social, avec toutes ses conséquences. Nous sommes liés par un quasi-contrat, selon l'originale terminologie de M. Léon Bourgeois. « L'homme naît débiteur de l'association humaine (1). »

De ce point de vue nouveau, mis en lumière par la science biologique, admis par Renouvier (le premier qui ait parlé de solidarité), par Secretan, Fouillée, Gide, Funck-Brentano, Izoulet, Andler, Souriau, jaillissent des conséquences imprévues et peut-être déconcertantes pour certains esprits, particulièrement dans la question de la propriété. Les idées métaphysiques mènent le monde, a dit le philosophe Fouillée.

(1) *La Solidarité*, p. 116.

L'argument classique justifiant la propriété individuelle est qu'étant propriétaire de nos facultés, de nos personnes, de notre moi, nous devons logiquement et justement être propriétaires de l'effet de ces facultés, du fruit de notre travail. Sinon, notre liberté serait illusoire, un *flatus vocis*. Mais si, comme on l'a surabondamment démontré, le moi a une valeur sociale, nous ne pouvons, sans vol ou abus de confiance, nous attribuer justement la propriété exclusive de notre travail (1).

La réorganisation de la propriété est prévue pour cette cause et pour d'autres. M. G. Tarde a des paroles justes sur ce point. « Puisque chaque flot d'inventions industrielles a été suivi à la longue, dans le passé, écrit-il, de quelque modification au régime de la propriété, il serait bien surprenant qu'à la suite de notre siècle inventif... la conception du droit de propriété ne subit pas un remaniement assez profond (2). »

L'expropriation pour cause d'utilité publique, démocratisée depuis les lois de 1833 et de 1842 par l'institution du jury, est une brèche notable à un droit absolu suivant la conception romaine.

(1) Nous empruntons l'idée de ce raisonnement à M. Izoulet.

(2) *Les transformations du droit*, p. 97.

La propriété probablement se généralisera, soit que collective chacun en ait la jouissance, soit que morcellée chacun en ait sa part individuelle. Ce qu'il faut observer, c'est que l'on s'accorde généralement à la considérer « comme un moyen nécessaire à l'exercice du travail de l'homme et une condition de sa vie (1) ».

Les critiques faites à la concurrence et à la propriété amèneront tôt ou tard une réorganisation des principes sur lesquels est fondée la notion de l'ordre social.

La réforme économique est urgente. La réforme morale ne l'est pas moins. Il est nécessaire qu'il y ait une certaine entente consciente entre les hommes, sinon chacun ira dans le sens de son égoïsme. C'est-à-dire, en somme de sa bestialité. Les lois, impératifs extérieurs, ne suffisent pas à assurer le respect mutuel des hommes : il doit être voulu et aimé par les consciences. Incontestablement la loi seule ne réforme pas les mœurs : dans Rome (2) ou dans notre histoire il y eut d'illustres et notoires banqueroutes

(1) *La Science sociale*, p. 43.

(2) *Esprit du droit romain*, IV, p. 258.

d'une telle illusion. L'intervention gouvernementale, réduite à sa seule puissance, n'a pas empêché le désastre du Comptoir d'Escompte et celui de Panama.

Ziegler, dans son célèbre livre : *La question sociale est une question morale*, a merveilleusement compris le pouvoir réformateur, émancipateur des idées et des mœurs. A Rome, l'intégrité des mœurs (1) assura la paix sociale pendant longtemps. La Société romaine déclina avec elles : les lois agraires et caducaires ne les remplacèrent pas. Dans l'ancienne France, les mœurs assurèrent une certaine paix : sans législation formelle sur ce point, les marchands voulurent longtemps éviter la fraude et la déloyauté (2) ; les associations d'aide mutuelle, les fraternités, les corporations, les rapports de clientèle féodale et ecclésiastique atténuèrent l'égoïsme et la faiblesse (3).

Incontestablement il n'existe pas de telles mœurs en France ; nous voulons dire par là que nous ignorons le respect mutuel des hommes, le principe de la dignité personnelle sur lequel Proudhon voulait fonder tout son système social. Il est la vertu nécessaire. La morale catholique n'exerce plus d'influence pra-

(1) May, *Eléments de droit romain*, cf. n° 24, n° 35 (p. 81 *in fine*), etc., les mœurs limitant les droits absolus du père ou du maître.

(2) *La Science sociale*, p. 392.

(3) Janet, la *Philosophie de la Révolution française*, p. 150.

tique aujourd'hui, même chez les croyants, aussi après à la curée que les hommes des autres confessions ou que ceux qui n'appartiennent à aucune. De la résignation, vertu catholique, nous sommes passé à la révolution, vertu moderne, le principe du mieux. M. Izoulet a bien vu sur ce point le changement dans les esprits et la conduite morale.

L'idée féconde de patrie devient toujours un peu plus, comme un syndicat de meunerie ou de métallurgie ; elle est la question commerciale des tarifs douaniers. Elle n'a pas la valeur morale qui est son utilité (1). Elle n'est pas un impératif pratique entre nationaux mêmes : elle n'empêche nullement la lutte farouche des intérêts, la guerre sans merci des industries rivales. Comme l'a remarqué M. Funck-Brenzano, la réussite des entreprises l'emporte sur le respect des vies individuelles.

Ce manque de vie morale nationale — ou entre peuples — a une répercussion frappante sur les choses sociales. Il explique certes le mode de notre concurrence industrielle. « La désorganisation morale et intellectuelle de la classe ouvrière a pour explication la plus simple l'état intellectuel et moral des classes

(1) Cette idée a été exprimée notamment par M. Giard, l'éminent professeur en Sorbonne.

dirigeantes, où il n'y a à peu près plus personne qui sache en réalité ce qu'il fait (1). » Ce qui est triste à constater, c'est que la désorganisation augmentera sans cesse avec le bien-être plus grand et l'instruction toujours plus répandue.

Il faut vouloir la fin des luttes et enfin glorifier la vie. Des mœurs nouvelles pourraient seules équilibrer les forces divergentes, hostiles. Il ne semble pas qu'elles s'orientent dans un sens nouveau. Les lois, qui expriment l'esprit du temps, n'expriment pas toujours sa sentimentalité. Quelque contrainte légale devient urgente pour forcer au respect les activités récalcitrantes ; elle aidera à la prédication morale nécessaire et au sentiment qui se fera toujours plus clair dans les consciences. Il est temps de penser qu'il est absurde de lutter et de se tuer dans le court espace de temps que nous passons sur ce globe.

Cette situation s'explique certainement par le caractère négatif de l'œuvre du xviii^e siècle. Le dogme, la hiérarchie, le gouvernement ne convenaient plus à la société à la veille de la Révolution. La religion catholique avait assuré une certaine paix et une certaine unité morale, utile contre-poids à la grossièreté et à la barbarie du temps. Le despotisme

(1) *La Science sociale*, p. 369 ; cf. p. 301 et 142.

royal avait été le sur ferment de notre unité nationale ; la hiérarchie sociale impliquait des devoirs d'aide et de charité. Les penseurs détruisirent ce passé : il ne pouvait résister à la critique. Les assemblées révolutionnaires tentèrent la reconstruction sociale à l'aide de ces critiques. La destinée de la nouvelle Société était tant bien que mal assurée au point de vue matériel.

Mais il y avait une lacune au point de vue moral. La Constituante ou la Convention ne pouvaient édicter un nouveau code moral. Il était cependant nécessaire qu'il y eût une morale laïque et démocratique, qui fût en rapport avec la nouvelle organisation comme la morale catholique l'avait été avec l'ancienne. La loi seule ne pouvait assurer l'ordre. C'est de cette lacune dont nous souffrons ; c'est elle qui a vicié tout notre régime moderne depuis 1789. Cette tâche que n'ont point entreprise nos pères, c'est à nous à l'entreprendre : les résultats auxquels nous arriverons compléteront l'œuvre nécessaire de la philosophie du dernier siècle. Cette morale nouvelle, seule, abolira définitivement le passé ; il en sortira la société laïque, dont la naissance est retardée par tant de causes. Ce sera seulement, le jour de cette naissance, la fin du moyen-âge.

La réforme économique en donnant la tranquillité matérielle et le loisir bienfaisant préparera le retour nécessaire des esprits sur eux-mêmes, la réflexion lucide sur les choses de la vie. Les lois scolaires y aideront ; les tribunaux jugeant en équité étendront le principe utile de la responsabilité personnelle, en contre-poids à la possible paresse des hommes nouveaux — comme dans son organisation très compliquée du devoir patronal ou du devoir paternel. Le temps fera le reste.

Il s'agit, en résumé, d'assurer la vie pacifique et travailleuse, d'intégrer les individus dans la société, c'est-à-dire empêcher les dispersions et les luttes. « L'intégration sociale, dit M. Izoulet, c'est l'exaltation de la brute en homme. La désintégration sociale, c'est la dégradation de l'homme en brute. (1) »

De cette simple esquisse des idées morales de ce temps, on jugera que le Code civil ne donne satisfaction à aucunes. Il est urgent d'arrêter nos pèlerinages de foi à la législation de Napoléon, de laisser dans l'histoire des principes qui ne sont pas la panacée à nos angoisses et à nos aspirations contemporaines. « Le Code immortel (2) », comme l'appelle l'un de ses

(1) *La Cité moderne*, p. 167.

(2) Locré, *La législation civile*, t. 31, p. 169.

rédacteurs, ne doit pas survivre au milieu d'où il est sorti.

La Révolution de 1848 a clos le mouvement du XVIII^e siècle. Nous sommes dans un monde nouveau, mais, comme Colomb atterrissant en Amérique, nous croyons toucher les Grandes Indes, c'est-à-dire encore le vieux monde.

LIVRE PREMIER

Le Droit dans ses rapports avec le milieu.

CHAPITRE PREMIER

Les Idées directrices du Droit.

SOMMAIRE. — Rapport du droit et du fonds des croyances communes se composant d'un certain nombre de principes premiers, directeurs de la pensée d'une époque, principes qu'elle affirme nécessaires et immuables. Le droit s'inspire de ces principes sans les soumettre à la critique, c'est-à-dire qu'il se développe en dehors de la vie ; il en est une simple déduction. De nouvelles observations de faits créent inductivement un nouveau fonds de croyances échappant à l'influence de l'ancien, il contribue dans une période postérieure à former ces nouvelles idées ; c'est ce que l'on peut appeler une période inductive du droit. Dans ces évolutions le droit tend à tenir compte de plus en plus des faits, d'où vient qu'il évolue de l'abstrait au concret.

Il n'est possible d'étudier les tendances du droit français depuis la codification napoléonienne, qu'en les envisageant dans leurs causes premières ; on ne les néglige que parce qu'elles échappent à un premier

examen. On n'a, que trop souvent, voulu ne voir dans les Codes qu'une adaptation pratique de certaines idées positives par des professionnels de la jurisprudence ; on les a étudiés comme s'ils n'étaient qu'une mise au courant et en articles des ouvrages de Pothier, une édition simplifiée des Coutumiers de Paris et d'Orléans.

Si l'on parle de leurs principes, c'est de leurs principes secondaires, dans leur expression verbale, sans insister sur leur pourquoi, sans chercher ce qui les a orientés dans tel ou tel sens.

Nous allons indiquer ces principes secondaires sur lesquels on voudrait fonder trop exclusivement toute la théorie philosophique du droit. Mais ces principes simplement constatés restent inexplicés quant à leur origine et à leur but.

« Tous les Français, dit notamment Zachariæ (1), sont, d'après le Code civil, égaux devant la loi. La loi civile est déclarée distincte des croyances religieuses de chacun et du droit ecclésiastique ; elle doit respecter et assurer la liberté des personnes, la liberté et la sécurité de la propriété ; elle doit se prémunir contre les conventions particulières qui, en assurant la durée de l'inégalité des positions de fortune, mettraient en danger l'égalité des droits. La loi doit prendre également des dispositions pour assurer le crédit privé.

Tels sont les principes qui servent de point de départ au Code Napoléon », conclut Zachariæ.

(1) *Le droit civil français*, t. I, § 15 (trad. Vergé).

MM. Baudry-Lacantinerie et Houcques-Fourcade résumant ainsi les mêmes principes secondaires (1) :

« 1° L'égalité de tous les Français devant la loi. Ainsi a été consacrée la suppression de tous les privilèges personnels ou territoriaux.

« 2° Le respect de la liberté individuelle.

« 3° L'inviolabilité et la libre circulation de la propriété individuelle.

« 4° La sécularisation du droit... »

Le Code enfin cherche à empêcher que l'on ne puisse « porter atteinte au principe de l'égalité juridique qu'il veut intangible ».

Tels sont les principes auxquels on ramène le droit français moderne. Mais il faut se rendre compte que ces principes obéissent à des idées plus générales encore, comme celle du droit divin avant 1789 (2) par exemple, et depuis à certains autres qui sont dans l'objet de cette étude.

Ces principes supérieurs, s'ils ne sont pas exprimés sous forme précise dans nos Codes, en sont du moins comme un occulte système nerveux qui mène et dirige les gestes, les mouvements extérieurs. Leur étude constitue ce que l'on pourrait appeler comme une métaphysique du droit, l'ensemble des principes des principes du droit. Il y aurait peut-être un certain abus de langage à appliquer une telle terminologie : nous ne voulons l'admettre ici que comme comparaison.

(1) Baudry-Lacantinerie et Houcques Fourcade, *Traité théorique et pratique du droit civil. Des personnes*, n° 64.

(2) Taine, *Ancien régime*, p. 268.

Ces croyances sont impérieuses. Les philosophes croient faire œuvre purement rationnelle et dans leurs œuvres dépasser les contingences et les préjugés de leur époque. Les législateurs croient n'obéir qu'aux nécessités aux besoins auxquels ils donneront des satisfactions dans un sens strictement pratique et utilitaire. « Les vues de la philosophie doivent céder à l'expérience du législateur, » dit de Noailles au corps législatif (1) pendant la préparation des Codes; Berlier exprime la même idée qui revient fréquemment dans la discussion des articles : « La métaphysique et la législation ont des formes et un langage différents (2). »

Il faut bien convenir qu'une œuvre ne peut être strictement rationnelle comme pourrait le désirer un Kant, ou strictement pratique comme pouvaient le penser de nos Codes leurs rédacteurs de l'époque impériale. Il est impossible aux esprits même les plus indépendants d'échapper aux contingences de leur temps, aux suggestions de leur milieu.

De certaines croyances, conscientes ou non, orientent dans un certain sens les œuvres pratiques et théoriques, et régularisent toute l'activité sociale et intellectuelle d'une époque.

Ces croyances empêchent les œuvres d'avoir une portée rationnelle ou pratique pour tous les temps. Elle sont toujours trop abstraites par rapport aux temps qui suivent, négligeant des rapports,

(1) Loqué, *Législation civile*, etc., 30, p. 275.

(2) Loqué, *op. cit.*, t. 29, p. 245, n° 4; dans le même sens, Bérenger, Loqué, t. 20, p. 117.

des faits qui, pénétrant plus tard le cerveau, le transformeront et lui donneront un caractère de plus accueillante compréhension. Ces idées directrices sont en perpétuel devenir, et ils nous semblent peu critiques les penseurs qui croient que la législation contemporaine obéit encore aux tendances qui ont dirigé la législation du commencement du siècle (1). Ils obéissent à un optimisme que les rédacteurs partageaient tous, eux qui comparaient le Code civil à une « arche sainte » et croyaient « qu'il serait cité pendant des siècles (2) ». Les idées changent en même temps que l'aspect des choses, science, intérêt, expérience. C'est cette sorte de métaphysique, œuvre dérivée de l'expérience, vision qu'une époque a de la vie qui donne la clef des tendances de celle-ci, soit en morale, soit en économique, soit en droit. Elle est dépositaire de l'esprit du temps; elle seule permet de comprendre le mouvement du droit positif; le geste ne s'explique pas sans un système nerveux.

« Le droit positif, disait Ihéring, n'est pas une plante, c'est un fragment de la pensée et du sentiment humains, le cœur, la raison de l'homme doivent expliquer ses mystères (3). »

Il faut aller au-delà des circonstances extérieures, jusqu'à l'intimité des choses, jusqu'à la pensée, ne pas se contenter des sources purement juridiques,

(1) Levasseur, *Histoire des classes ouvrières depuis 1789*, p. 233; Acolas, *Manuel de droit civil*, I, p. XXXIX.

(2) Loqué, t. I, p. 48, 112 et 113 et t. XVI, p. 497, *in fine*.

(3) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. I, IV, p. 305.

de l'étude et de la constatation des besoins, des intérêts, de l'analyse et de la critique des seuls textes législatifs. Le droit ne naît pas uniquement du droit.

Comme l'a enseigné Ihéring il n'est pas essentiellement une création de la dialectique juridique. Il y a lieu de s'insurger contre cette conception médiocre. « On semble avoir fait du droit un champ clos ouvert à tous les fanatiques de la subtilité scolastique (1). »

Pour la compréhension du droit postérieur à la Révolution, il faut certainement tenir compte du droit de l'Ancien régime. La métaphysique du xviii^e siècle vient du droit romain, du droit germanique, des critiques de la législation de ce régime, de la philosophie anglaise, mais recréée, renouvelée, transformée dans sa forme comme dans son fond. Le droit civil vient de Pothier et de Domat : l'autorité de ces jurisconsultes est fréquemment invoquée dans les controverses de l'École, mais Domat et Pothier sont adaptés à la nouvelle métaphysique. Les deux droits, ancien et nouveau, se ressemblent au point de vue formaliste, leur caractère intime nous semble différer profondément. Cette différence vient des croyances directrices.

Cette façon de voir était déjà enseignée par Zachariæ : « Il ne faut pas perdre de vue, disait-il, les conséquences résultant des modifications opérées par le Code civil quant à l'ancien droit, même relati-

(1) *Op. cit.*, p. 308.

vement aux principes de ce droit non expressément modifiés par le Code.

« L'inobservation de cette précaution a donné lieu à tant d'erreurs que l'on est arrivé à se demander si l'interprétation du Code civil n'a pas plus perdu que gagné par l'application de la règle qui nous occupe (argument historique) (1). »

Cette remarque faite, nous pouvons définir plus nettement ce que nous entendons par les croyances directrices. C'est le dogmatisme d'une époque, les idées affirmées nécessaires, universelles, éternelles dans leur forme contemporaine ; l'idée théocratique catholique du xiii^e siècle, les conceptions rationnelles du xviii^e siècle, le darwinisme et la solidarité au xix^e siècle.

Il faut se rendre compte que la liberté, l'égalité sont des principes juridiques positifs, puisqu'ils sont affirmés dans nos Codes. Mais ce sont les idées communes qui les organisent et leur donnent un sens qui change suivant les époques. C'est ce sens qu'il est intéressant de rechercher, c'est seule cette organisation, qui, tenant un égal compte des ressemblances et des différences, passant par-dessus le mot, donne le véritable contenu des enveloppes verbales.

L'étude de ces croyances, de ces idées, se distingue de la philosophie du droit, étude de la façon dont sont ou peuvent être organisées la propriété, la famille, les obligations, suivant qu'il s'agit de la philosophie du droit à une époque ou de celle du droit en général.

(1) *Le droit civil français*, trad. Vergé et Massé, 1854).

Diodato Lioy, par exemple, a fait la première étude, Franck et Austin la seconde (1).

D'autre part Kant a écrit la *Métaphysique du droit* (2). Notre but n'est pas de reprendre ou de discuter cette œuvre éminente. Kant a voulu fixer le système rationnel du droit. Il distingua celui-ci du droit pratique ou empirique, le concept pur étant seul susceptible d'une systématisation, le second d'une approximation systématique. La conception Kantienne est purement rationnelle et apriorique.

Notre œuvre a au contraire un caractère historique : rechercher les croyances pratiques d'une époque. Notre thèse aura pour but de montrer la relation de ces croyances avec le droit et d'expliquer les tendances de celui-ci par celles-là.

Nous rechercherons d'abord quelles sont les idées directrices des Codes Napoléoniens ; puis nous indiquerons brièvement, pour mieux isoler l'esprit de ces Codes, leur transformation actuelle, sous l'influence de causes diverses, particulièrement depuis 1848.

Lorsque la philosophie sociale s'est formée, qu'elle constitue un ensemble d'idées, de croyances, acceptées par tous les esprits, sans qu'ils pensent à en faire la critique, elle dirige, sans révolte possible, toute l'activité sociale au nom de ses principes. C'est à eux notamment que le droit se réfère, se développant dans sa tendance sans pouvoir ajouter ou retrancher.

(1) D. Lioy, *La philosophie du droit*, trad. Durand ; A. Franck, *La philosophie du droit civil* ; Austin, *Philosophie du droit positif*, trad. Henry.

(2) Trad. Tissot.

Dans une telle vision des choses, on peut dire qu'il se développe déductivement et constater qu'il s'isole de la vie qui se transforme, de la vie dont on ne cherche plus le rapport avec eux. Constatation facile que l'on peut faire par la seule lecture des travaux préparatoires de nos Codes : tout un groupe d'idées sont acceptées sans discussion, comme vérités certaines contre lesquelles ne peuvent protester que les utopistes ou les révolutionnaires, c'est-à-dire ceux qui ne faisant pas partie de l'élite directrice n'ont pas d'influence sociale générale.

Mais les critiques d'abord isolées et rares deviennent plus nombreuses et plus pressantes ; elles sapent l'ancien ordre de choses par sa base : l'ancien fonds de croyances. Celles-ci sont de moins en moins la souveraine incontestée de la vie ; les accrocs à leur intégrité se multiplient.

Des actions faites en dehors de sa tendance par des aventureux, des nouveaux faits observés dans la vie, des critiques dirigées contre elles, commence à s'élaborer une nouvelle doctrine sociale. Pendant cette période indécise, tout en obéissant spécialement aux anciennes idées, le droit commence à s'inspirer de l'idéal nouveau qu'il contribue en même temps, mais inconsciemment, à former.

S'inspirant moins des idées coordonnées de l'époque précédente il tient compte de nouveaux faits, de nouveaux rapports, prend contact avec la vie qui le renouvelle. Période anarchique du droit, période inductive : les faits débordent les idées reçues.

On peut voir dès 1842 commencer l'évolution moderne du droit dans le sens nouveau, mais timidement, sans plan préconçu, sans le vouloir ni le savoir.

Dans ces évolutions, dans ce rythme — loi qu'il faudrait généraliser pour toutes les périodes — le droit tenant compte de faits plus nombreux on peut dire qu'il évolue de l'abstrait au concret, c'est-à-dire vers la vie. Il y a lieu aujourd'hui de constater que nous sommes à la fin d'une période inductive, — critique, diraient les Saint-Simoniens, — que la doctrine en formation devant nos yeux est à la veille de devenir un dogme au même titre que celle du XVIII^e siècle pour les hommes de l'époque impériale.

Une telle théorie donne à la raison la place qu'elle doit avoir à la base de l'activité humaine, individuelle ou sociale, et explique comment le droit change avec les intérêts et les idées, celles-ci et ceux-là unis dans un rapport inéluctable. La thèse de l'évolution du droit sur lui-même n'est plus guère soutenable aujourd'hui, nous semble-t-il ; les institutions juridiques ne se commandent pas logiquement les unes les autres. Il faut expliquer l'évolution juridique non par quelque force interne mystérieuse, mais, naturellement, par les idées, les intérêts, par le dehors, le milieu d'une façon générale. M. Tarde notamment a fait des critiques définitives à la théorie évolutionniste traditionnelle : — c'est de celles-ci dont nous nous inspirons (1).

(1) *Les transformations du droit.* Tout le livre est dans ce sens.

CHAPITRE II

Le milieu théorique : les Idées directrices de la Législation napoléonienne.

- SOMMAIRE. — § I. Les idées directrices du XVIII^e siècle inspirent la législation napoléonienne. — Rationalisme de ce siècle ; sa méthode déductive. — La théorie et la pratique. Effets législatifs.
- § II. Examen des idées principales. Conception métaphysique de l'homme, Rousseau, Condorcet, Turgot, Vertot, les rédacteurs des Codes, Bentham, Helvetius. Effets législatifs.
- § III. Conception métaphysique des lois de la société. Le jus naturæ. Effets législatifs.
- § IV. Les sciences. La politique ; inégalité politique ; anarchie et autorité gouvernementales, Rousseau et Montesquieu. Effets législatifs.
- § V. L'économique ; inégalité sociale ; la propriété, Adam Smith et les physiocrates ; effets législatifs.
- § VI. Le droit ; la loi d'après Montesquieu et les physiocrates ; la grande Encyclopédie ; le droit et la morale dans la théorie des Codes.
- § VII. Les origines romaines et anglaises de ces idées, le milieu social expliquant le côté autoritaire gouvernemental et le côté libéral anarchique de ces croyances. Les croyances autoritaires et anarchiques préparent la législation autoritaire et anarchique du commencement de ce siècle. Les tendances concrètes de Montesquieu et de Condorcet et de la Convention.

§ I^{er}

Au XVIII^e siècle un monde nouveau s'élabore. Les penseurs, universels critiques, démolissent toutes les traditions, les dogmes, les institutions, culbutent les anciennes formules, ne voulant rien conserver

du passé dans leur construction de la nouvelle croyance.

Cette croyance est la philosophie du temps, celle du XVIII^e siècle proprement dite et celle qui, entre 1789 et 1804, prend particulièrement le nom d'idéologie.

Cette croyance forme comme une métaphysique du droit positif impérial.

La religion, les sciences, le droit, l'économie politique particulièrement, prennent des caractéristiques originales : ce sont vraiment de nouvelles façons de penser, une nouvelle méthode, des idées neuves, toute une reconstruction rationnelle des anciennes croyances, des théories traditionnelles. C'est le milieu théorique de la société future qui s'ébauche, se précise et finit, à la veille de la Révolution, par devenir un ensemble coordonné d'idées, ayant la valeur sociale d'une foi, directrice inéluctable de la vie et de la pensée. Le monde laïque et démocratique est en fermentation, notre droit socialiste, notre organisation générale contemporaine. Il nous semble que l'on ne peut comprendre scientifiquement l'ordre de choses nouveau, qu'en remontant à la cause organisatrice, à l'esprit du XVIII^e siècle.

Ayant tenté de renouveler la pensée et la vie dans tous les sens il est juste de partir d'elle, quitte à rendre plus tard au passé et au milieu pratique leur part nécessaire, mais indirecte, d'influence. Nous partions de la philosophie du XVIII^e siècle formée, organisée, sans en rechercher les origines historiques au-delà du siècle lui-même.



A notre connaissance, on a peu étudié l'influence de la philosophie et de l'idéologie sur la législation civile. Au contraire, il est devenu banal de montrer, au point de vue politique, la filiation évidente de la Révolution vis-à-vis de Rousseau, de Montesquieu, de Mably.

Nous ne connaissons sur le sujet qui nous occupe que de brèves allusions dans Taine, dans Renan, dans Th. Funck-Brentano (1) et un livre sans grande valeur de l'un des idéologues contemporains, Lermier (2), élève direct des philosophes du siècle novateur. Incontestablement les compilateurs du Conseil d'État de Bonaparte ont repris le droit tel qu'il est commenté par Pothier, appliqué par les Parlements, mais ils n'ont pas repris tout le droit existant; ils ont fait un départ, remanié son ouvrage célèbre, retranché, ajouté. Ils ont légiféré avec l'esprit du temps.

En se demandant pourquoi les rédacteurs n'ont rien pris dans les canonistes, par exemple, ni dans les coutumes que n'interprètent ni Domat ni Pothier, ni dans bien des lois romaines en usage journalier, on ne peut répondre qu'en invoquant le fonds commun des idées nouvelles. Le choix des lois,

(1) *La Science sociale.*

(2) *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e siècle.* Cf. Picavet, *Les Idéologues*, p. 478.

le choix même de Pothier, le plus en rapport par ses attaches romaines avec l'esprit classique des philosophes du temps, l'ordonnance rationnelle et simple des Codes s'expliquent par les croyances et par les façons de penser, qui se touchent les unes et les autres.

Par cette vue des choses, la seule scientifique, on peut expliquer l'esprit de la législation napoléonienne.

Ce rapport existe bien évidemment. Si la philosophie du XVIII^e siècle a eu une influence politique, il serait étrange que des idées qui ont pénétré si profondément les cerveaux n'aient pas eu aussi leur répercussion pratique sur la législation civile. Ce sont les mêmes hommes ou leurs contemporains qui, après avoir rédigé dans l'esprit de Rousseau la Déclaration des Droits, rédigeront les Codes de l'époque impériale.

Il est à noter qu'en outre, au point de vue purement spéculatif, l'influence de la philosophie du siècle précédent ne s'arrête pas à la Révolution ou à la mort de ses plus illustres représentants. Les idéologues continuent leurs traditions, reprennent leurs idées en les modifiant plus dans leurs détails que dans leur esprit fondamental. Cabanis, Destut de Tracy, Maine de Biran, Garat, Laromiguière, enseignent, développent et agrandissent dans tous les domaines de la pensée (1), sous le Consulat et l'Empire, non seulement le sensualisme individualiste de Condillac, mais les idées de ses plus notoires contemporains.

(1) Cf. Picavet, *les Idéologues* ; Fevraz, *Histoire de la philosophie pendant la Révolution*.

La persistance de l'idéologisme métaphysique postérieurement à l'Empire, par cette génération de penseurs, explique à nos yeux, pour la plus grande part, le respect persistant dont on entoure la législation napoléonienne. C'est toujours le triomphe de la philosophie rationaliste. C'est de 1846 seulement que date la première critique importante dirigée contre elle ; c'est celle de Rossi. Deux ans après Troplong en fait le panégyrique dans un sens démocratique.

La législation n'est qu'un écho de la mentalité d'un temps, elle n'est pas seulement la suite logique de la législation précédente. Les lois de l'époque postérieure ne sortent pas de celles de l'époque précédente, comme dans ces jeux d'enfants, les boîtes les unes des autres, par ordre de grandeur. Les lois, nous semble-t-il, se développent par l'extérieur, par le dehors, sous l'influence des idées admises par une certaine minorité, élite directrice si l'on veut et qui elles-mêmes sont un reflet des faits, de la structure sociale. Elles sont la cause immédiate, bien saisissable, bien délimitée, facilement isolable ; celle-ci est le résumé de toutes les autres, plus éloignées ou indirectes, dont elle est la systématisation, le milieu, les hommes, etc.

Il était nécessaire de mettre cette idée en vedette : elle nous a inspiré d'une façon décisive dans le cours de ce travail. Dans une telle vue nos lois seront rattachées à leur véritable et directe origine, et non exclusivement soit à l'ancien droit, soit à Pothier, Domat, soit à Napoléon.

Il ne faut pas d'ailleurs oublier que Pothier écrit au milieu du XVIII^e siècle ; qu'il a nécessairement subi l'influence de la philosophie courante.

Les auteurs cités pendant les travaux préparatoires sont, outre Pothier, d'Aguesseau et Domat, ces deux-ci plus souvent même que le premier. Or ces trois jurisconsultes, ont, à des degrés divers, subi profondément l'esprit de leur temps.

Domat est un philosophe déductif, ramenant le droit à quelques principes dont il a tiré les conséquences nécessaires (1).

Le chancelier d'Aguesseau est philosophe autant que jurisconsulte. Dans certains de ses ordonnances il donne satisfaction aux physiocrates. Il partage l'opinion de l'Encyclopédie sur la nécessité d'une loi uniforme. Esprit méthodique, clair, ses œuvres sont marquées de l'esprit classique. Pothier s'inspirera de lui (2).

Pothier est un esprit généralisateur (3). Il procède à la façon de ses contemporains au dire de l'un de ses biographes bien informé, M. le professeur Thézard : « Il procède ordinairement par des énumérations et des divisions générales, par des règles ou des axiomes dont le développement fournit la solution des principales questions (4). »

Pothier certainement a fait œuvre originale ; il systématise notre ancien droit, confus et divers. Il

(1) Thézard, *de l'influence de Pothier et de d'Aguesseau sur le droit civil moderne, Revue historique*, 1866, t. XII.

(2) Thézard, *op. cit.*, p. 30.

(3) Thézard, *op. cit.*, p. 562.

(4) *Op. cit.*, p. 264.

épure les anciens coutumiers, il « résume », selon l'expression de Troplong (1).

Quant au fond des idées, je remarquerai qu'il laïcise le premier le contrat de mariage et qu'il est le premier qui ait donné la théorie abstraite des contrats que nous étudierons dans son ensemble. La est son œuvre originale : elle est marquée des idées égalitaires du temps, s'appuyant sur le principe de liberté conçue abstraitement, rationnellement. Dans cette théorie du contrat il sépare complètement le for intérieur du for extérieur, contrairement aux idées théologiques : ici encore il faut remarquer l'influence de la libre pensée du temps marquant profondément un esprit demeuré néanmoins très religieux.

Napoléon, si fort ennemi des idéologues, n'a pu échapper non plus aux croyances du temps qui le déterminèrent dans le même sens que ceux qui l'entourent. Il est de l'élite directrice.

Il ne faut pas donner aux grands hommes la part trop prépondérante dans la formation des institutions. dans le mouvement de l'histoire. Ils ne sont que les portevois d'une époque ; leur force vient de la communion intime qui existe entre leurs idées et les tendances de leurs contemporains. Ils précisent l'âme de leur temps, mais au lieu de tel ou tel penseur, tel autre eût fait la tâche dont on fait honneur à l'un d'eux. La volonté humaine, claire et raisonnée, n'a sans doute presque aucune part dans la direction des faits ; trop de médiocres conduisent la destinée des peuples pour pou-

(1) *Traité du gage*, préface, p. 41.

voir croire à l'influence individuelle. Des milliers d'hommes disent les mêmes idées : l'un d'eux a un verbe plus magnifique, on le salue comme un génie ou comme un prophète des temps nouveaux.

Nous pourrions aussi affirmer, ce nous semble, que le despotisme de Napoléon a sa justification théorique dans la philosophie du XVIII^e siècle ; naturelle explication du caractère autoritaire des Codes, sans avoir à recourir trop uniquement à la psychologie de ce maître tyrannique. Celle-ci ne pourrait suffire d'ailleurs à expliquer le long succès de ces Codes : ils ont dû nécessairement avoir un appui ferme dans toutes les consciences contemporaines.

Il n'y a lieu de voir dans les rédacteurs que les assimilateurs des croyances générales aux intérêts de leur temps. C'est l'assimilation pratique des idées directrices courantes du XVIII^e siècle. Mais passant par des cerveaux médiocres elles y prendront nécessairement un caractère médiocre qui peut sembler en dehors de la manière large des maîtres du XVIII^e siècle.

Mais cette considération psychologique, secondaire en somme, n'altère pas et ne peut altérer la ressemblance essentielle dont nous devons tenir compte entre les deux groupes d'hommes, ceux qui ont frayé le chemin avec des audaces théoriques admirables et ceux qui les suivent péniblement. La maîtrise des initiateurs persiste ; c'est la même famille.

La méthode que nous voulons suivre est indiquée comme la seule scientifique par Fustel de Coulanges ;

c'est par les croyances qu'il a expliqué et fait revivre la cité antique (1).

Continuant la rénovation scientifique du protestantisme et de la philosophie cartésienne (2), le XVIII^e siècle a fait de la raison la grande maîtresse de la vie, la raison apriorique consciemment dédaigneuse de l'observation, de l'histoire, n'admettant comme criterium que l'évidence, « le dogme de la divinité immanente de l'homme se substituant au dogme de la divinité transcendante (3). » Elle était conçue comme une lumière intérieure, une faculté éthérée, immuable (4), bien isolée de toutes les autres, dominant du haut de son immatérialité la vie extérieure. La raison fonde, détruit, organise à elle seule, suivant des tendances purement logiques. On déduit de principes abstraits, on les applique aux faits. C'est du moins ce que l'on croit faire et ce que l'on veut, mais, bien évidemment, l'homme n'imagine rien, ne raisonne pas en dehors de son expérience et des faits. Ceux-ci sont toujours à la base des théories et des idées.

La Révolution française devait honorer d'un culte symbolique cette raison toute-puissante ; il faut saisir

(1) *La Cité antique*, p. 3 et 4.

(2) Picavet, *Les Idéologues*, Introduction.

(3) Fouillée, *L'Idée moderne du droit*, p. 117.

(4) C'est également une idée romaine que la raison naturelle est immuable. L. 8. D. de cap. min. « La raison en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes s'appelle droit naturel. » Portalis, *Discours préliminaire* ; Loqué, I, p. 266, n. 20.

là d'une façon significative l'intime rapport entre les croyances, la métaphysique et les institutions sociales, la direction nécessaire que celles-là impriment à celles-ci.

Ce rationalisme a donné une allure très caractéristique à tout le XVIII^e siècle, a mené les destinées de la Révolution dans son impérieuse logique, s'est élevé à sa plus haute et plus coordonnée vie sociale dans les Codes napoléoniens.

Cet esprit rationnel du XVIII^e siècle s'explique, comme l'a démontré Taine, par la survivance de l'esprit classique. Il l'a identifié à l'esprit mathématique, peut-être avec quelque exagération. Dans sa formation, il faut rendre à l'esprit latin sa part d'influence, esprit symétrique, étroit, généralisateur, absolu, toujours apriorique et abstrait. Le droit romain, dans l'étude qui nous occupe, en est la plus merveilleuse et plus précise expression. Chez les rédacteurs du Code napoléonien, celui-ci fut naturellement très influent ; il n'a pu que renforcer des dispositions psychologiques courantes. Par leur succès et leur grand développement, les sciences naturelles devaient également amener les esprits à un besoin d'affirmer l'absolu par le seul effort de la raison pure. Celles-ci amènent à la découverte des lois physiques, auxquelles on reconnaît un caractère absolu dans la durée des temps, absolument immuables. Les philosophes, qui en même temps étaient tous des scientifiques, en vinrent naturellement à trouver des lois de même genre dans le domaine moral, chez l'homme, dans la société. Ce qui est reconnu conforme à la logique propre de l'esprit est reconnu comme vrai.

De ces lois insuffisamment induites des faits, affirmées nécessaires, les penseurs déduiront mathématiquement par le pur raisonnement toutes les conséquences qu'elles renferment, vérités incontestables. Elles seront les principes directeurs, les axiomes évidents de la mathématique (1). C'est ainsi que se formera la croyance commune, la loi sociale. La méthode déductive sera en honneur pendant tout ce siècle et le suivant jusqu'à la philosophie positiviste.

Le besoin de systématiser, de simplifier, de généraliser, d'abstraire, propre à cet esprit, nous le retrouverons à l'origine de nos Codes.

L'idée d'un Code uniforme est elle-même l'expression du besoin de généraliser, d'uniformiser, de simplifier, sans tenir compte des différences provinciales, très importantes alors. Elle avait germé plusieurs fois, mais sans aboutir. Au XVIII^e siècle elle est espérée par d'Aguesseau et par les Encyclopédistes (2).

Considérée, il est vrai, comme une chimère par Voltaire, elle est néanmoins si vivace dans les esprits qu'à la Convention quatre projets de Code seront présentés, dont l'un notamment par Cambacérès, que l'on retrouve dans la préparation des lois napoléoniennes.

Ces Codes sont évidemment des systématisations pratiques d'idées. Mais des systématisations hâtives comme toutes celles des penseurs de l'époque. On a bien souvent rappelé l'impatience générale de systé-

(1) Taine, *l'Ancien régime*, p. 262.

(2) V^e Loi. Elle demande pour « chaque monarchie une règle uniforme ».

matiser avec des faits incomplets et la méthode que nous avons indiquée, employée dans des cas où elle n'avait que faire. Le souci de collectionner patiemment des faits, de longuement observer, celui des analyses précises, étaient peu connus ; on construisait sans cesse des théories, des châteaux de cartes sans durée et sans valeur ! Aux généralisations, aux synthèses incomplètes correspondront fatalement des lois qui se ressentiront de ces défauts.

Les lois positives seront faites avec des règles généralisées à l'excès, partant fausses, sans le correctif nécessaire des exceptions ou des détails, règles très simplifiées, très abstraites, pour tout dire rationnelles.

Notre méthode a changé. Au caractère analytique de la méthode expérimentale moderne correspondront des lois de détail et détaillées, point simplifiées, point générales pour tout le peuple, mais visant à légiférer pour des intérêts spéciaux et particuliers : lois pour les différents groupes ouvriers, pour les enfants, pour les femmes....

Un économiste contemporain, le chef de l'école orthodoxe, M. Paul Leroy-Baulieu, reprenant la conception idéologique, disait à l'Institut, il y a une dizaine d'années, dans une discussion sur la nécessité de réformer le Code civil dans un sens favorable aux ouvriers : « La législation spéciale, c'est le privilège et c'est l'injustice (1). » Les idées malheureusement survivent à leur milieu et à leur nécessité pratique.

(1) *Bulletin de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, 2^e semestre, p. 141.

Nous voulons illustrer de quelques exemples historiques cette manière de voir.

En disciples de Descartes et de Condillac, les constituants veulent que les réclamations des citoyens soient fondées « sur des principes simples et incontestables (1) ».

Mably, « l'une des grandes autorités du parti Jacobin » d'après M. P. Janet, demandait des lois générales (2).

C'est ce que répétera Portalis : « Les lois sont faites généralement, *leges, generaliter constituuntur et non in singulas personas*, c'est-à-dire les lois prennent les hommes en masse, elles parlent à la société entière. »

Siméon dira au Tribunal : « Au milieu des obstacles dont nous sommes environnés nous avons cet avantage que nos controverses ne touchent que de loin aux intérêts particuliers qui émeuvent les passions, nous marchons *dans le domaine des idées générales* et de l'opinion (3). »

L'Assemblée constituante, comme l'a remarqué Taine, opérait par déduction, à la manière de Rousseau (4).

Nous verrons également que les rédacteurs s'excuseront de ne pas avoir donné aux Codes le maximum de simplicité : utile indication de leur tendance.

Les tribuns s'étonneront, il est vrai, que le Code civil soit si simple (5). Mais ceux qui protestent

(1) Picavet, *op. cit.*, p. 25.

(2) *Histoire de la science politique*, II, p. 712.

(3) Loqué, I, p. 264, cf. p. 468; II, p. 235.

(4) *La Révolution*, I, p. 161.

(5) Thiers, *Histoire du Consulat*, III, p. 342.

appartiennent surtout à l'école de Condorcet qui fut avec Montesquieu le moins abstrait des philosophes du dernier siècle. Ce n'est pas leur école qui fait la loi, et cet étonnement n'aura pas de portée pratique.

Rapprochons la critique des tribuns d'une définition de Portalis. Elle nous indique la tendance et la méthode de l'un des principaux rédacteurs des Codes : « J'appelle science une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, *déduites des premiers principes*, réunies en corps de doctrines et de systèmes sur quelques-unes des branches principales de nos connaissances (1).

Je rappellerai qu'à la Convention fut présenté un Code, expression parfaite des tendances du temps « d'une concision vraiment extraordinaire où l'on ne trouvait que les règles et les divisions les plus générales et qui n'entraient dans aucun détail pratique (2) ».

A une méthode abstraite correspondra une philosophie sociale abstraite ; à celles-ci une législation abstraite.

Une des grandes idées du XVIII^e siècle fut de croire que la théorie engendrait naturellement la pratique, c'est-à-dire que la raison est souveraine absolue de la

(1) Cité par Thézard. *op. cit.*

(2) *Idem*, p. 274. En présentant le Code qu'on lui attribue Cambacerès disait dans son rapport : « Des règles simples, faciles à saisir, plus faciles à exécuter, voilà quel est le résultat de nos veilles et le fruit de nos méditations. »

vie : c'était notamment une des idées les plus chères de Montesquieu ; il faut y voir une sorte de fatalisme rationnel reliant la pensée à la pratique (1). La Convention, sous l'influence de Condorcet, de Lakanal et de quelques autres, essaya d'organiser la théorie, ne croyant pas à son développement dans la vie par sa seule force. « L'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme, disait la Déclaration des droits de 1789, sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption du gouvernement. » Dans ce sens, Rousseau pensait que la volonté générale est toujours droite, conforme à la raison et tend toujours à l'utilité publique. Comme le remarque M. Fouillée, il identifie à la volonté générale la raison générale.

C'est ainsi que l'on crut qu'une déclaration des droits suffirait à établir la justice, l'harmonie générale ; on oubliait que les inégalités sociales, pour ne parler que d'elles, viendraient rendre illusoire cette espérance. En outre de telles proclamations, il eût fallu organiser les droits qu'elles édictaient, créer, par exemple, des contrepoids entre les hommes, des associations, faire non pas une œuvre rationnelle et abstraite, mais une œuvre organique, vivante. Les hommes ne luttent pas dans la vie comme des arguments dans un raisonnement.

Cette idée qui est à la base de nos Codes n'a pas abouti, en effet, à une pratique respectueuse des droits individuels ; l'empire pratique de la raison seule est illusoire.

(1) Taine, *Ancien régime*, p. 307 ; Faguet, *le XVIII^e siècle*, p. 151.

C'est toujours la méthode déductive, qui du domaine de la spéculation va dans celui de la vie courante; c'est la vie individuelle et sociale que l'on croit devoir découler logiquement des droits, des idées, comme les conséquences nécessaires d'un axiome ou d'un théorème. Philosophie abstraite, législation abstraite.

§ II

En prenant certaines idées du XVIII^e siècle, nous formerons les idées organisatrices de nos lois. L'étude des idées suit l'étude de la méthode.

La première étude que nous voulons aborder est celle de l'homme; elle a en droit une importance capitale sur laquelle il n'est point nécessaire d'insister.

L'homme est pris en général; il est conçu en dehors de son milieu, de sa physiologie, de son hérédité, de son éducation, de ses rapports politiques. On identifie en quelques qualités communes toute la diversité humaine. L'un des philosophes les moins abstraits, Condorcet, le définit « un être sensible, capable de *former des raisonnements*, et d'acquérir des *idées morales* (1) ». Conception peu vivante, d'une allure bien spéculative. Nous retrouvons le même procédé

(1) *Progrès de l'esprit humain*, IX^e époque.

chez Rousseau, chez Condillac, les deux grands chefs de file, l'un en politique, l'autre en métaphysique.

On se rappelle la classique allégorie de la statue de Condillac, dans son *Traité des sensations*. Il y a là une véritable construction métaphysique et artificielle de l'homme, qui supposé inerte prend vie peu à peu au contact des choses extérieures. Construction logique, par le seul effort de la raison de l'auteur, sans qu'interviennent des notions de physiologie, d'histoire, la condition de milieu, d'éducation.

Rousseau, dans son *Discours sur l'inégalité des conditions* et dans son *Contrat social*, construit l'homme d'après des procédés analogues. Lui enlevant tout ce qui en fait un être social, il en arrive à sa conception de l'homme de la nature, privé de tous les attributs et de toutes les caractéristiques qui en font un être vivant. Suivant la méthode mathématique décrite par Taine, il extrait, il isole quelques qualités très simples, très générales, qu'il observe chez l'homme de son temps, puis les combinant en fait un composé artificiel, purement rationnel. Il invente un homme avec un procédé de dialectique mathématique, avec sa raison, non avec l'histoire. Celle-ci eût été bien nécessaire dans la recherche de l'homme primitif.

Cet homme est un être abstrait, sans vie, sans liens; cette conception, comme nous le verrons, entrera dans le domaine social, comme idée directrice de la pratique.

L'histoire est un genre littéraire, académique; le style y a plus d'importance que ce qui en est à nos

yeux contemporains l'essentiel, les faits. L'abbé Vertot est souvent cité comme ayant représenté la cour des rois Francs comme celle de Louis XIV, de même que Racine faisait parler, au siècle précédent, les héros anciens en gentilshommes de la chambre du roi. Le type convenu s'étend à toutes les époques.

Les voyages ne font pas connaître les sauvages ; ceux-ci sont peints par les voyageurs comme des êtres idylliques et bons. La légende du *bon sauvage* fortifie la conception de l'homme de la nature (1).

Leur étude est d'ailleurs jugée en général inutile ; Montesquieu n'est pas suivi dans ses tentatives historiques. Dans son commentaire de *l'Esprit des lois*, Voltaire indique dans l'une de ses remarques l'esprit général du temps à ce sujet : « Laissons là les enfants et les sauvages, n'examinons que bien rarement les nations étrangères qui ne nous sont pas bien connues. Songeons à nous. » On les néglige ou on les fausse.

Dans son *Gouvernement de Pologne*, Rousseau écrira avec cet esprit : « Il n'y a plus aujourd'hui de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on dise : il n'y a que des Européens (2). » « Un Français, ajoute-t-il au chapitre suivant, un Anglais, un Espagnol, un Italien, un Russe, sont tous à peu près le même homme. » En un mot, les différences sont jugées insignifiantes, noyées dans de victorieuses et enveloppantes ressemblances.

(1) Lichtenberger, *Le socialisme au XVIII^e siècle*, p. 6.

(2) Ch. III.

Le cosmopolisme intellectuel encourage inconsciemment dans cette façon de voir les hommes ; Rousseau y trouve sa justification.

« Il n'y a plus au XVIII^e siècle de frontières pour l'intelligence. Les philosophes français sont en relations étroites avec ceux d'Allemagne, de Suisse, d'Angleterre, d'Italie, leur donnent des idées et en reçoivent (1) ».

Les classes sociales n'amènent pas à des différenciations. D'une façon générale on se préoccupe peu des inégalités de conditions. Comme l'a montré M. A. Lichtenberger, les diatribes violentes de Rousseau, de Mably, de Morelly n'ont pas d'écho dans le sensorium social. Ce que l'on pourrait appeler le « socialisme fut généralement dénué de portée pratique (2) ».

Les inégalités sont considérées comme constitutives de la personnalité, contre lesquelles il n'est pas possible de réagir ; les Encyclopédistes s'occupent fort peu de les réformer (3).

Les différences psychologiques ou ethniques sont jugées insignifiantes, les inégalités font partie de la constitution humaine naturelle. Rien n'entame la théorie.

C'est bien volontairement que les philosophes du temps procèdent ainsi ; ils donnent consciemment le rôle prépondérant à la raison. Un élève direct de Condillac, Destut de Tracy, donne une définition de

(1) Picavet, *op. cit.*, p. 16.

(2) Lichtenberger, *op. cit.*, p. 24.

(3) *Id.*, p. 248.

l'idéologie qui en est la preuve : « Les idéologues cherchent la connaissance de l'homme uniquement dans l'analyse de ses facultés et consentent à ignorer tout ce qu'elle ne découvre pas (1) ».

Conséquence de ces idées, l'article 3 de la Déclaration de 1793 dira textuellement : « Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi. »

En résumé, l'homme est considéré comme un microcosme rationnel, bien individualisé, bien maître de lui par sa raison. Construit spéculativement avec l'esprit classique (2), l'homme est conçu comme un être abstrait, chez qui la raison pure est la maîtresse faculté.

Les philosophes reconnaissent quelques qualités communes à tous les hommes, la bonté naturelle, un instinct naturel de l'intérêt et de la justice, celui-ci se confondant avec la raison ; l'homme enfin est libre et indéfiniment perfectible. Ces idées sont partagées par des esprits très différents, par Rousseau, Condorcet, Mirabeau, Turgot, Necker, par Montesquieu et tous leurs contemporains.

Dans la rédaction de nos Codes ces idées sont rappelées fréquemment : Dhaubersat parle au Corps législatif du « sens intime qui rappelle l'homme à la vertu (3) ». Et Portalis, un élève de Montesquieu (4) :

(1) Picavet, *op. cit.*, p. 21.

(2) « Au XVIII^e siècle, l'esprit classique et impropre à figurer la chose vivante, l'individu réel, tel qu'il existe effectivement dans la nature et dans l'histoire, c'est-à-dire comme un ensemble indéfini, comme un riche réseau, comme un organisme complet de caractère et de particularités superposées, enchevêtrées et coordonnées. » Taine, *L'ancien régime*, p. 258.

(3) Loqué, *op. cit.* t. 29, p. 214.

(4) Mignet, *Eloge de Portalis, Eloges*, p. 229.

« Il est sans doute une justice naturelle émanée de la raison seule, et cette justice, qui constitue pour ainsi dire le cœur humain, n'a pas besoin de promulgation. C'est une lumière qui éclaire tout homme venant au monde, et qui, du fond de la conscience, réfléchit sur toutes les actions de la vie. » Plus loin il parlera dans le même discours des « inspirations honnêtes de la nature (1) ».

Reprenant une idée célèbre de Descartes, « que le bon sens est la chose du monde la mieux partagée », la nouvelle philosophie pensait que chacun comprenait bien son intérêt. C'est la célèbre théorie d'Helvétius, celle aussi de Bentham (2), des physiocrates, auxquels les rédacteurs des Codes se réfèrent plusieurs fois. L'homme a naturellement un instinct de raison, l'instinct de son intérêt, « comme les oiseaux ont leurs plumes et comme les ours ont leur fourrure » (3).

Le XVIII^e siècle n'eut pas l'intuition de la relativité de l'homme, c'est-à-dire de la solidarité sociale.

Dans son *Discours sur l'inégalité*, — il le redira dans le *Contrat social*, — Rousseau trouve que l'homme est trop social. Il remarque que la nature « a peu mis du sien dans tout ce que les hommes ont fait pour établir entre eux des liens ». Il pense que dès « qu'un homme eut besoin du secours d'un autre... on vit bientôt l'esclavage et la misère germer ».

(1) Loqué, *op. cit.*, t. 1, p. 569, n. 2.

(2) Berlier cite Bentham, au Corps législatif, comme un auteur bien connu de tous. Loqué, t. 1, p. 423 et 431. Cf. *Traité de législation* de Bentham, ch. XII.

(3) Taine, *Ancien régime*, p. 233.

L'homme a en lui un certain nombre d'instincts qui lui permettent de se suffire à lui-même, la raison, la conscience de son intérêt. Ce qui l'empêche de se développer, ce sont les entraves dont la loi et la religion chargent sa liberté. La raison est le guide naturel de nos actions et la raison est égale chez tous les hommes lorsqu'il s'agit de leur intérêt personnel.

Le XVIII^e siècle ne comprendra pas la réciprocité d'intérêts qui nous unit les uns aux autres. La loi des 14-17 juin 1791, interdisant le droit de coalition, parlera de « prétendus intérêts communs » entre ouvriers et patrons. Cette loi, d'après M. Glasson, « semble en contradiction avec l'esprit libéral » du temps. Elle nous semble en accord parfait avec la théorie individualiste, chaque individu forme un tout absolu se suffisant. Ce qui est conforme à la nature et à la justice, c'est de ne pas créer d'empiétements légaux sur la liberté individuelle. La loi doit empêcher la réunion des intérêts, ce qui créerait un état de dépendance, incompatible avec la valeur absolue de l'individu.

Tout un ensemble de mesures législatives prouve à l'évidence la valeur pratique de cet individualisme : d'une façon générale, on veut supprimer toute l'autorité qui n'a pas son point d'appui dans et la raison la volonté individuelle des hommes. Rousseau voudra que chaque citoyen « n'opine que d'après lui (1) ».

On supprimera les jurandes, les maîtrises, les parlements, les universités, toutes les associations

(1) *Contrat social*, II, 3.

d'assurance mutuelle contre la violence et l'oppression avec logique, dans la philosophie, du temps (1).

Dans le domaine du droit civil, la législation éparpillera la famille : il y a toute une série de lois qui prouvent, par leur nombre, l'importance de cette tendance (2). On la retrouvera dans le Code civil.

Par celle-ci et par d'autres idées fondamentales que nous verrons dans le cours de ce travail, il faudra expliquer par cet optimisme psychologique l'abstention du législateur ; elle est érigée en principe directeur, économique et juridique. La loi doit suivre l'ordre naturel des choses ; or, l'examen de l'homme nous le montre avec des qualités telles qu'une aide extérieure lui devient inutile. Il n'y a lieu d'admettre que le minimum de garanties ; celles qui seront admises seront même considérées comme un peu superflues ; les rédacteurs s'en excuseront quelque peu : « Nous n'avons pas cru devoir simplifier les lois au point de laisser les citoyens sans règles et sans garanties (3). »

Le droit a à sa base une conception abstraite de l'homme, purement rationnelle, ni organique ni concrète. Les mêmes caractéristiques se rencontreront constamment.

(1) Janet, *Philosophie de la Révolution française*, p. 150.

(2) L. 16-24 août 1790 enlève au père droit de correction ; D. 28 août 1792 déclare que les majeurs ne sont plus soumis à l'autorité paternelle ; D. 31 janvier 1793 fixe la majorité à 21 ans ; D. 7 mars 1793 défend de disposer des biens en ligne directe ; L. 5 brumaire, partages égaux entre enfants ; 12 brumaire II met enfants naturels sur le même rang que les enfants légitimes.

(3) Portalis, *Discours préliminaire* ; Loqué, t. I, p. 256 et 257.

§ III

La théorie psychologique de l'homme est optimiste. Cette caractéristique doit revenir en étudiant la façon dont les philosophes ont compris le jeu des relations humaines.

Ils partent tous d'un postulat théologico-métaphysique qui est à la base de toutes les sciences pratiques, le droit, la morale, l'économique, la politique. Ils croyaient à l'existence d'un ordre de choses harmonieux, bienfaisant, à la confusion naturelle des intérêts particuliers pour le plus grand bien de l'intérêt général. « L'individu ne vise que son gain personnel, mais, en ce faisant, « il est conduit par une main invisible » à contribuer au bien public, chose qui n'entraîne pas dans ses intentions. »

Cette idée, nous la trouvons chez Bentham (1), chez les physiocrates, chez Adam Smith lui-même (2), dont les idées eurent en France une extraordinaire popularité à l'époque de la rédaction de nos Codes.

Elle revient à dire que tout est pour le mieux dans ce monde ; nous la considérons comme le dogme de la Providence laïcisé. Il faut se résigner à des injustices qui ne sont qu'apparentes : c'est la résignation chrétienne avec l'espoir de l'équilibre final dans ce monde (3). Elle aboutit à l'abstention législative ;

(1) D'après Fouillée, *Idée moderne du droit*, p. 189.

(2) Ingram, *Histoire de l'économie politique*, p. 85, 130, 131.

(3) « *La Révolution est la transposition positive du Christianisme.* » Izoulet, *La Cité moderne*, p. XI.

la loi, qui n'a qu'à suivre l'ordre naturel, n'a pas à s'occuper des intérêts particuliers, ni des injustices, ni des inégalités foncièrement naturelles. Tout s'arrange, en fin de compte, au mieux de nos intérêts.

Il y a lieu de remarquer que ce postulat cadre bien avec les tendances à ne considérer les choses qu'au point de vue de l'idée universelle, dans leur expression la plus générale, sans souci des particularités, des différences.

Aujourd'hui nous ne croyons plus à la justice immanente des conflits individuels et sociaux ; la loi intervient contre cet ordre naturel, que nous ne pouvons plus concevoir comme harmonique. La loi intervient en faveur des individus, en faveur du faible, de l'indigent, de l'ignorant, en vertu de nouvelles croyances. Nous nous révoltons tous plus ou moins contre le jeu libre des forces humaines dans les relations sociales. La loi intervient parce que la nature libre n'aboutit jamais à la justice, à l'harmonie, au respect mutuel. C'est une vérité élémentaire d'observation journalière. Du droit naturel, c'est-à-dire légalisant ce qui existe dans la nature, nous en sommes au droit socialiste, faisant intervenir l'Etat pour détruire ce prétendu *jus naturæ*.

A une certaine anarchie succède une certaine réglementation légale, à l'abstraction l'organisation. Suivant une tendance très générale du droit qu'a remarquée M. Tarde, on libéralise toujours plus l'homme de son côté animal, de l'accidentel physiologique ou intellectuel par le droit. Celui-ci égalise la lutte. C'est ce que

pensait déjà Rousseau, mais sa pensée est perdue dans le *Contrat social* (1).

La différence des croyances marque bien la différence des législations. La filiation entre elles est constamment visible.

§ IV

La théorie politique du XVIII^e siècle nous donne la clef de notre état social actuel. Théorie à la fois anarchique et autoritaire, elle marquera de ce double caractère toutes les œuvres législatives de la Révolution et de l'Empire. Le XVIII^e siècle n'a pas été seulement le théoricien libertaire que l'on exalte, le philosophe, le politique, l'économiste du *laissez faire, laissez passer*, mais aussi celui du despotisme gouvernemental. Il posera les principes qui, repris et pratiqués par la Convention et Napoléon, aboutiront, par une logique nécessaire, au Comité de Salut public et à l'Empire, à la théorie du droit social de nos Codes de l'Empire.

Le théoricien du nouveau droit politique est Jean-Jacques Rousseau, le maître de la Révolution. Les rédacteurs des Codes se réfèrent constamment à lui. Duveyrier indique le *Contrat social* comme « le livre le plus cher aux républicains (2) ». Il a si bien façonné les esprits à ses théories que celles-ci sont enseignées

(1) II, XI. « C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir. »

(2) Loqué, t. XXVII, p. 327.

officiellement dans les Facultés de droit de l'Université impériale (1). L'empereur comprenait l'affinité secrète entre son régime et les idées du philosophe genevois. Cet idéologue n'était pas dangereux. Il n'y avait d'ailleurs pas d'opposition intellectuelle chez la majorité des idéologues.

Dans le *Contrat social*, Rousseau part de l'individu et le proclame libre par la première phrase du premier chapitre. Les clauses du contrat se réduisent toutes à une seule, savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté (2). C'est toute la théorie, très libérale en apparence, mais très autoritaire en fin de compte ; ce n'est que par un artifice de logique qu'il prétend conserver la liberté individuelle : « Quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera à être libre (3). »

Le droit, la volonté, la liberté sont identifiés les uns aux autres par le terme commun de raison qui les confond. La métaphysique psychologique est à la base de ce système ; la théorie de l'homme déterminera, comme nous le verrons au fur et à mesure, toutes les sciences pratiques.

Si le peuple, comme le veut Rousseau, ne peut jamais se tromper, la loi, expression de la volonté

(1) Taine, *Le Régime moderne*, II, 205.

(2) I, VI.

(3) I, VII. « Celui qui se rend coupable d'un délit, dira Jard Panvillier, viole, à l'égard de la société, le contrat par lequel la société doit le garantir. » Loqué, t. XVII, p. 52.

générale, ne peut jamais être mauvaise ou tyrannique. La loi est par essence la liberté. Cette idée est une règle pratique. La majorité a son expression dans le gouvernement ; celui-ci doit avoir tous les droits pour ce qu'il croira être le bien du peuple (1). Le despotisme d'un seul est remplacé par le despotisme de plusieurs ; constatons une fois de plus la prédominance de l'idée universelle, le dédain des exceptions qu'aujourd'hui, dans le cas qui nous occupe, nous appellerions le droit des minorités. Rousseau pense dans un milieu despotique qui le détermine. Il y a substitution de personnes, non substitution d'idées, comme nous verrons, dans la question de la propriété, non substitution d'idées, mais également substitution de personnes.

Cette théorie de Rousseau se résume dans la célèbre formule *Salus populi suprema lex esto*. Le salut en gros, le salut de la majorité, de la masse sans se préoccuper des cas individuels. A cette idée se réfèrent constamment les rédacteurs de nos Codes, de Ségur, Tronchet, Bigot-Préameneu, Regnault, Jaubert, Treilhard, Portalis (2).

Bruneau-Beaumez parlera du « salut du peuple, loi suprême qui commande et enchaîne la liberté du

(1) « Le système des contre-poids dans un gouvernement est une idée funeste. » Quesnay. « Il faut que l'Etat gouverne suivant les règles de l'ordre essentiel, et quand il en est ainsi, il faut qu'il soit tout-puissant. » Mercier de la Rivière : « L'Etat fait des hommes tout ce qu'il veut. » Bodeau. Cités par Th. Ferneuil, *Les principes de 1789*, p. 59.

(2) Locré, t. 19, p. 536 ; t. 11, p. 141 et 143 ; t. 19, p. 351 ; t. 17, p. 65 ; t. 1, p. 357 ; t. 5, p. 313 ; t. 1, p. 254, et également t. 17, p. 53.

législateur ». Berlier, Bérenger, Noailles (1) se référeront à un prétendu intérêt social, à un intérêt de l'Etat au-dessus de celui des intérêts particuliers.

Ceux-ci même pourront être lésés au nom du droit social ; je n'en donnerai qu'un exemple dans le droit positif napoléonien. Les articles 544 et 552 confèrent un droit absolu au propriétaire sur sa chose, fonds et tréfonds. La loi organique de 1810 sur le régime des mines porte atteinte au droit individuel, à cette propriété ; selon la remarque de M. Béchaux (2), il subordonne l'exploitation à une autorisation de l'Etat qu'il peut accorder à qui bon lui semble.

Théorie qui aboutit à légiférer en leur faveur personnelle par ceux qui détiendront l'autorité gouvernementale, par la majorité supposée légitime par cela seul qu'elle est la majorité (3) dont les intérêts, supérieurs en principe, n'auront à tenir nul compte de ceux de la minorité supposée, souvent la majorité véritable. Ce renversement en pratique de la théorie de Rousseau nous aurons à le constater dans notre étude des Codes.

Il manquait à la base de la théorie de Rousseau une conception organique de l'homme, mais aussi une théorie économique,

En réalité, dans ce système, la liberté n'existe pas : il n'y a pas de vraie liberté politique ou juridique, parce qu'il n'y a pas de liberté à l'égard des facteurs

(1) Locré, t. 2, p. 84 ; t. 20, p. 117 ; t. 30, p. 270 ; etc.

(2) *Le droit et les faits économiques*.

(3) « La volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique. » *Contrat II*, III.

économiques. Les nécessités et les contraintes qu'impose en effet aux hommes mal partagés au point de vue social leur infériorité économique les mettent dans l'incapacité d'user d'une façon pratique des facultés que la loi leur confère abstraitement. On ne savait pas comment entre la liberté juridique et politique il existe un rapport inéluctable. La Déclaration des droits n'était pas suffisante, ni cette loi du 22 germinal an XI qui dans son article 14 recommandait aux ouvriers et aux patrons d'exécuter leurs contrats de bonne foi. Admettre le libre jeu des activités est d'un libéralisme apparent. Il fallait émanciper l'homme des contraintes économiques, organiser la liberté économique et la liberté politique en même temps. C'est un fait acquis à l'histoire qu'il faut une certaine aisance pour être libre, soit pour débattre les conditions d'un contrat civil, soit pour s'occuper des affaires publiques. Rousseau voulait que « nul citoyen ne fût assez opulent pour en pouvoir acheter un autre et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre (1) ». C'est une idée perdue pour les contemporains.

Ce sont ceux qui possédaient la liberté économique qui ont eu la liberté politique, celle de faire des lois. Ce sont leurs intérêts qui ont triomphé en 1804 ; il y a aujourd'hui une légitime revendication contre l'ostracisme de certains droits. Le milieu théorique et le milieu pratique se confondent précisément par J.-J. Rousseau. M. Izoulet nous semble avoir vu

(1) *Contrat social*, II, xi.

juste en trouvant dans ce philosophe un aristophile. On peut faire des citations bien typiques : « La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé ; il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, *quelquefois tels qu'ils doivent lui paraître, lui montrer le bon chemin qu'elle cherche... Tous ont également besoin de guides.* Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison ; il faut apprendre à l'autre à connaître ce qu'il veut... (1). »

C'est l'idée qu'exprime Portalis : « Il n'appartient de proposer des changements (aux lois) qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un Etat (2). »

La conception autoritaire des philosophes converge vers la conception de même caractère des jurisconsultes romains : « L'antiquité romaine avait toujours tenu que le citoyen était constamment et gratuitement à la disposition de sa cité, qui pouvait à volonté imposer toutes les tâches (*munera*) qu'exigeait l'intérêt public : c'était ce principe que l'Empire avait invoqué et développé à son profit (3). » *Quiquid principi placuit*, dit Ulpien dans les *Institutes*, *legis habet vigorem*. Cette autorité du prince passe à la majorité, chez Rousseau. Cette idée est précieuse à noter, car, ajoutée aux autres, elle a eu sa part d'in-

(1) *Contrat social*, III, vi. Cf. également III, iii. « Le pouvoir n'est rien, s'il n'est tout », dira Portalis au Conseil d'Etat.

(2) Locré, t. I, p. 255.

(3) Esmein, *Histoire du droit*, p. 18. Cf. Fouillée, *op. cit.* p. 116 ; Andler, *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, p. 64.

fluence dans la formation de l'esprit des romanistes qui ont compilé la législation du premier Empire.

Ces tendances autoritaires étaient d'ailleurs si parfaitement acceptées, même par les esprits les plus généreux et les plus avancés, que le premier socialiste français, Saint-Simon, fera appel à l'autorité pour la réforme qu'il rêve, à l'autorité de l'élite, les prêtres, les industriels, les savants. Comme l'a très profondément remarqué M. Izoulet, « la philosophie du xviii^e siècle fait appel à l'élite (1) ». Les socialistes, en s'éloignant des idées du xviii^e siècle, deviendront de moins en moins autoritaires en ce sens. Fourier, notamment, voudra réformer au nom de l'union, de l'association de tous les hommes; Proudhon sera complètement libertaire; les socialistes marxistes voudront intégrer tous les hommes dans leurs réformes pratiques.

§ V

L'économie politique nous donnera la caractéristique plus particulièrement anarchique de la métaphysique du droit, son côté autoritaire ayant surtout été mis en lumière par la science politique.

Rousseau ne s'est pas préoccupé des inégalités politiques entre les hommes par suite de leurs inégalités au point de vue des conditions. L'économie des physiocrates et d'Adam Smith jugera celles-ci naturelles. Au pouvoir politique très fort correspondra

(1) *Op. cit.*, p. xvii.

un pouvoir économique légal nul; je dis légal, car, dans les faits, le pouvoir sera d'autant plus violent que la loi n'interviendra pas dans le conflit des intérêts individuels. Ce sera l'hégémonie des forts. Les conséquences de ces deux conceptions seront également aristophiles, contre le bon vouloir sans doute de ceux qui les émirent. Les conceptions ne sont libérales et démocratiques que dans l'apparence; elles ont une beauté plastique qui séduit et qui provoque l'enthousiasme. Mais il faut savoir qu'en réalité il n'y aura d'essentiel, après la réforme physiocratique, « qu'une translation de la propriété » de quelques-uns à quelques autres. Nous sommes heureux que cette remarque fort juste, très importante, ait été faite par Taine (1). Nous pourrions comprendre pourquoi le Code civil est si franchement aristocratique; nous apprécierons avec justice les hommes qui le rédigèrent, ne purent le rédiger que dans la logique de leurs croyances et de leurs intérêts. Et ceux-ci coïncident nécessairement avec celles-là.

L'inégalité des conditions entre les hommes est une loi naturelle. « Ceux qui s'en plaignent, dit la *Grande Encyclopédie*, ne voient pas qu'elle est dans l'ordre de la justice par essence. Chacune acquiert en raison des facultés qui lui donnent les moyens d'acquérir, or la mesure de ces facultés n'est pas la même chez tous les hommes. Elle a sa source dans l'inégalité des pouvoirs physiques, et dans une multitude d'événements accidentels dont le concours est

(1) *Origines de la France contemporaine*, II, 386.

indépendant de nos volontés. » Les détruire, ce serait « détruire toute propriété et, par conséquent, toute société⁽¹⁾ ». C'est ce que pensent également Voltaire⁽²⁾ et les physiocrates. Nous en verrons les conséquences en étudiant les idées du temps sur le rôle du droit. Quant à notre propriété moderne, individualiste, on en a bien souvent fait la remarque, elle vient des physiocrates⁽³⁾. Ils croient qu'elle préexiste à l'Etat, qu'elle est un droit naturel, découlant de la nature des choses. Elle existe comme un phénomène physique; elle n'est point une création arbitraire de la loi.

Cette théorie est contraire à celle de la royauté qu'avait formulée Bossuet au siècle précédent. « Du gouvernement est né le droit de propriété⁽⁴⁾. » Le roi est propriétaire de tous les biens du royaume; la propriété des particuliers est un octroi du roi, elle n'a qu'une valeur civile, conventionnelle. Elle est également contraire à la théorie catholique essentiellement communiste. Reprise par Adam Smith et l'Ecole orthodoxe, la conception des physiocrates passera dans le droit napoléonien. Y subsisteront quelques traces communistes, mais dans son ensemble elle sera individualiste.

Chacun doit être propriétaire de ce qu'il gagne; chacun est libre de travailler comme il l'entend. La

(1) V^o Loi, p. 368 et sq.; Section: Jurisprudence.

(2) *Dictionnaire philosophique*, v^o Egalité; Ingram, *Histoire de l'économie politique*, p. 90 et sq.

(3) Janet, *op. cit.*, p. 687 et sq.

(4) *Politique*, t. III, 4. Cité par Janet.

liberté de la propriété suppose le droit de la transmettre et de la conserver; sinon elle serait illusoire. La propriété est fondée sur la liberté. L'autorité est chargée de les faire respecter, sans rien ajouter à ce que l'on observe dans la nature. Elle n'a pas à protéger, car chacun entend parfaitement son intérêt.

Il n'y a pas lieu d'organiser des garanties en faveur des individus. La liberté ne peut produire de mauvais résultats; de la vie laissée à sa libre expansion ne peut résulter que l'harmonie finale. Il faut supprimer toutes les entraves apportées au travail, au commerce, à l'industrie; laisser les hommes librement lutter. Pas d'organisation: c'est bien là la caractéristique anarchique à laquelle nous arrivons. Il ne faut pas s'insurger contre ce qui est naturel, contre *l'ordre essentiel* ou naturel qui n'a rien d'arbitraire, parce qu'il résulte précisément de la nature des choses⁽¹⁾.

Ces idées reprises par Adam Smith eurent en France, par son célèbre ouvrage: *Traité de la richesse des nations*, une très grande vogue. De 1779 à 1802 il y eut six éditions françaises de cet ouvrage; à l'une d'elles Condorcet ajouta un volume de notes.

J.-B. Say les reprend dans son *Traité d'économie politique* qui eut « une immense circulation » (1803). Dans le même esprit, la même année paraissait *De la richesse commerciale*, de Sismondi.

Ce qu'il y a d'essentiel à conserver de la doctrine physiocratique, c'est la nécessité naturelle des inégalités de conditions et de la propriété individuelle,

(1) Cf. Janet, *op. cit.*, II, p. 692.

toutes deux sous la protection de l'autorité. Ils n'ajoutent guère au droit romain. Les mêmes idées convergent. Il faut laisser à la nature son libre jeu, pas d'organisation de la lutte, chacun connaît son intérêt. « Liberté et propriété, c'est le cri de la nature, » dira Voltaire dans ses *Idées républicaines*.

Il n'y a pas dans tout le xviii^e siècle de conceptions organiques. On veut laisser les droits se développer librement dans la vie sans les aider légalement. Toutes ces conceptions sont anarchiques également par leurs conséquences. Nous ne saurions trop nous rallier à la critique que le génial Bentham a fait des « sophismes anarchiques » des différentes déclarations de droits.

§ VI

La théorie du droit au xviii^e siècle est à la fois mécaniste et naturaliste. Elle est le reflet de la théorie physiocratique ; son rôle est de la faire respecter. La théorie de Rousseau vient renforcer ces idées de ses tendances aristophiles et autoritaires. Cette dualité d'origine donne à la théorie du droit un caractère double.

La loi, d'après Montesquieu, est le rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses. Cherchant les lois de la société, les physiocrates et les encyclopédistes affirmeront que la liberté est naturelle, et l'inégalité des conditions naturelle. Ils prendront, lorsqu'ils édifieront leurs théories, le contrepied de ce qu'ils verront autour d'eux. Faisant la critique du

régime despotique, ils croiront n'en rien conserver dans l'élaboration de leurs idées qu'ils estimeront originales.

La vérité sociale, à leurs yeux, sera précisément le contraire de ce qu'ils observeront : leur raison aura l'orgueil de démasquer la nature, de la débarrasser de tout ce qui l'entravait, l'arbitraire du pouvoir royal, les parlements, les douanes, les corporations. La vie débarrassée de tous liens légaux reviendra à la nature. Les nouveaux droits auront le sens négatif d'abolition des privilèges.

La liberté naturelle est l'ensemble des facultés qui découlent de la nature de l'homme, avec ses inégalités personnelles, physiques ou intellectuelles. La loi qui voudrait les faire disparaître serait arbitraire : ce serait retomber dans la législation des privilèges, des franchises, de toutes les complications légales qui enchaînaient les initiatives individuelles. L'individu devient son maître ; comme conséquence de telles idées, il doit être permis à tout citoyen de tirer tout le parti qu'il voudra de son travail, la liberté des échanges devra être absolue, c'est-à-dire qu'il faut admettre une concurrence absolue, sans entraves, sans monopoles, sans franchises. La liberté individuelle engendre la propriété individuelle : celle-ci est un reflet de la personnalité de l'homme. La propriété devient aussi naturelle que la liberté.

L'autorité, une certaine autorité, est également conçue comme naturelle, celle qui défendra la propriété et la liberté contre la fraude et la violence. « La puissance gouvernementale ne doit pas dépasser

l'intervention strictement nécessaire pour assurer l'exécution du contrat (1). »

Cet ensemble de lois constitue *l'ordre essentiel*, l'ordre naturel. Suivre la nature devient l'objet du droit. Théorie parfaitement juste, si elle était comprise, non comme la justification de l'écrasement des faibles, fait essentiellement naturel, c'est-à-dire courant, mais comme un renforcement de chaque individu, comme un secours aux faiblesses naturelles. C'est aussi suivre la nature, mais autrement.

Ces idées avaient des racines profondes dans la mentalité de ce temps. Comme l'a remarqué Taine, les sciences naturelles et physiques sont à la base des sciences morales, au XVIII^e siècle. Elles remplacent, comme point de départ, le dogme catholique des siècles précédents (2). Le monde moral est considéré, étudié comme le monde physique ; il obéit à des lois inévitables, immuables. Il est impossible d'en déranger arbitrairement le cours naturel. La victoire du plus intelligent, du plus fort, est une loi naturelle comme les lois de la pesanteur ou de la chaleur. Nous ne voulons point prendre parti dans ce débat ; nous nous contentons de constater l'idée dominante. Bornons-nous à constater que si cette idée nous semble juste, les hommes du XVIII^e siècle eurent le tort d'élever à la hauteur de principes définitifs des relations sociales qui n'avaient et ne pouvaient avoir qu'une valeur transitoire. Ces principes, féconds à leur époque, sont

(1) Ingram, *op. cit.*, p. 90. Cf. Lichtenberger, *op. cit.*, p. 277.

(2) *Ancien régime*, p. 230 et sq.

aujourd'hui des dissolvants sociaux. Armes de guerre admirables, on a depuis voulu en faire des instruments de paix, de concorde.

Nous devons certainement nous inspirer des nécessités sociales lorsqu'il s'agit d'échafauder des théories, de construire des pratiques ; mais il ne faut pas oublier le sens tout relatif de nos observations et de nos lois.

A une époque où toute l'énergie des citoyens était nécessaire pour détruire l'ancien ordre de choses, le laissez faire laissez passer était un ferment nécessaire, dont les résultats furent efficaces. Mais une telle doctrine n'avait de valeur que vis-à-vis du régime de privilèges, elle n'avait pas de valeur organique. De fait, du jeu naturel des forces sociales n'est résulté que de nouvelles injustices.

L'économique poussait à l'abstention législative ; la morale, sans préoccupation solidaire, accentue le caractère négatif et individualiste de la doctrine juridique : c'est à elle que nous arrivons.

La philosophie détruit la morale catholique. Le droit était destiné à tenir sa place dans la nouvelle société. L'un et l'autre sont unis par la notion commune de l'intérêt personnel (1). Le législateur doit suivre l'ordre naturel ; en le faisant, il fera régner le bonheur et la vertu. La véritable cause de

(1) Lichtenberger, *op. cit.*, p. 224.

tous les désordres étant le mépris des droits d'après nos assemblées révolutionnaires, c'est par la proclamation du droit qu'il faut préparer la rénovation des bonnes mœurs. La sécheresse, le rationalisme, l'abstraction de toutes les conceptions du XVIII^e siècle sont bien connus. Ils aboutissent à l'exaltation de l'individu isolé, conçu sans rapports positifs et obligatoires avec ses semblables.

La loi civile ne reconnaît pas de devoirs de solidarité, n'organise pas la faculté de renoncer de donner. Le droit n'organise que des règles d'intérêt personnel individuel.

Le droit romain, le droit de l'ancien régime étaient tempérés par les mœurs. La charité catholique avait, dans la société avant 1789, rempli le vide que rien ne comble aujourd'hui. Les mœurs jouaient un très grand rôle, les mœurs même laïques. « Il suffit de les lire avec attention pour se convaincre du soin qu'avaient nos vieux maîtres d'éviter la concurrence déloyale, les accaparements et la spéculation, l'usure commerciale et l'exploitation sans merci du travail d'autrui. Ils connaissaient ces maux, mais à titre d'exception, et, pas un instant, il ne fut question, sous l'ancien régime, de coordonner les usages et coutumes des métiers en des règles simples, applicables à tous, sans distinction. Le résultat fut qu'après avoir été abolis, par suite des excès de leurs privilèges, il ne subsista ni traditions, ni commentaires, ni ordonnance, quels que soient l'esprit et l'ensemble de leur organisation. Les auteurs de nos Codes abandonnèrent donc le travail à lui-même. Cet abandon

en fut l'anarchie... (1). » Ce ne fut pas seulement le travail qui fut abandonné aux lois naturelles, mais toutes les relations humaines. De celles-ci ne sortira ni le bonheur, ni la vertu, ni la félicité publique, objets des vœux des philosophes et des politiques.

Les devoirs reconnus sont bien mesquins ; ils sont abandonnés complètement à la bonne volonté. « Nous sommes forcés de reconnaître, dit la *Grande Encyclopédie*, dans chaque homme, des devoirs d'une nécessité absolue : ces devoirs consistent à ne point blesser les droits de propriété des autres hommes (2). » Ce sont des devoirs négatifs ; ils se résument dans le respect des droits acquis.

Le renoncement est un des éléments de la vertu, l'élément social, qui, dans notre organisation actuelle, est destiné à corriger l'âpreté des luttes individuelles. La religion catholique, si copulative dans l'ancienne société, lui avait donné une place importante dans sa doctrine morale. Elle a disparu, tend à disparaître tout au moins ; dans tous les cas, son caractère largement altruiste, bienfaisant, a été pénétré, dans la plus grande mesure, de l'égoïsme industriel contemporain. La loi civile laïque qui, dans l'esprit des rédacteurs des Codes, tend à la remplacer comme facteur de cohésion sociale, n'a organisé que l'acquisition et la conservation des biens. C'était dans la logique des idées du XVIII^e siècle. « Conservation et tranquillité, disait Filangiéri en tête de sa *Science de*

(1) Funck-Brentano, *La Science sociale*, p. 392.

(2) V^e Loi, p. 368 ; section jurisprudence.

la législation, tel est l'objet unique de la législation. » « La conservation et la félicité sont conséquemment, dit la *Grande Encyclopédie*, les deux grands objets de toutes les lois humaines. » Si une telle théorie peut être admise, il faut que les mœurs, les croyances altruistes très fortes, très senties, en viennent corriger le caractère négatif. Il est résulté des bouleversements trop complets des choses de l'ancien régime, de cette lacune, une civilisation matérielle, une société pécuniaire, aux éléments dispersés dans les sens divers et contradictoires des appétits individuels. Il n'y eut plus de discipline dans la tâche humaine commune, on perdit de vue le but général de l'activité vers la satisfaction des besoins; les instincts de domination reparurent parce qu'il n'y eut de frein ni dans loi, ni dans les mœurs. « L'entente pour la vie est la loi de toute civilisation en progrès; la lutte pour l'existence est la loi de toute civilisation en décadence (1). »

Il serait temps de ne plus prêcher la lutte entre les hommes; à côté de l'effort individuel, il faut considérer ses conséquences sociales, le choc en retour sur toute l'humanité de chaque action, de chaque pensée. Il faut voir enfin l'absurdité d'une vie sans repos donnée en exemple, tout entière vouée à l'effort physique, à la tâche matérielle, sans une pensée de fraternité vers les autres hommes. Devant la vie future qui se dérobe aux angoisses et aux faiblesses des hommes, il est urgent de penser à organiser la cité

(1) Funck-Brentano, *op. cit.*, p. 373.

terrestre en commençant ce que Michelet appelait *la Croisade des hommes à la rencontre des hommes*.

Il y a un problème moral que l'on a trop négligé ou, plus exactement, qui a été compris d'une façon trop négative. Il ne suffit pas de s'abstenir du mal direct à l'égard de nos compagnons de vie, mais il faut penser à l'aide, à l'appui mutuel, au respect positif des énergies que nous côtoyons (1).

Les rédacteurs des Codes n'ont point compris ce qu'avait de fâcheux le côté négatif à l'excès de leurs théories. Ils ont cru à la vertu rénovatrice des articles du Code civil, devenus les ferments de la paix sociale.

Grenier pense que l'observation du Code civil « deviendra la morale universelle ». Portalis croit que « l'objet essentiel » de la loi est de « rendre les hommes meilleurs ». En un autre endroit il reconnaît que la loi est « souvent l'unique morale du peuple ». Constamment il sera fait allusion à une réforme morale par les textes législatifs, notamment pendant la discussion du Code de commerce.

§ VII

L'affirmation du libéralisme de la philosophie du XVIII^e siècle est un des clichés les plus répandus. On s'est laissé prendre à la seule magie des verbes nouveaux, aux mots enthousiastes sous le couvert des-

(1) Comme exemple de renonciation dans le Code civil, on peut citer le droit à une pension alimentaire entre certains parents.

quels ont pu se commettre de belles actions certainement, mais les pires iniquités, les injustices sociales.

L'optimisme de nos pères sur la vertu absolue des idées pures n'a pas survécu longtemps au Code civil ; il y eut même, comme nous aurons occasion de le voir, une réaction sans lendemain contre l'école rationaliste, réaction conduite par l'un des purs héros de la Révolution, Condorcet.

La philosophie du xviii^e siècle est l'expression du milieu, elle est aussi l'aboutissement logique de certaines idées nées en dehors de la France, venues de Rome et d'Angleterre. On s'imagine trop qu'il a fait table rase de tout ce qui l'a précédé ; toutes ses nouveautés plongent de profondes et nécessaires racines dans le passé, proche ou très ancien. Chimère d'ailleurs de supposer un penseur, un artiste, une époque, seuls maîtres de leurs visions et de leurs tendances : y ont collaboré toutes les idées, toutes les sensations que d'autres ont fait naître chez eux par leurs œuvres ; y ont collaboré les souvenirs, le milieu, tous les germes anonymes qui viennent au cerveau du penseur où ils prendront une vie nouvelle, le mouvement sur un mode inédit, la cohésion, avec quelque chose en propre, d'original, qui viendra des profondeurs de la personnalité. Une idée n'est jamais et ne peut être originale par ses origines : le xviii^e siècle ne s'en rendit jamais compte ; on l'oublie trop lorsqu'on le juge.

L'émancipation des esprits est commencée par Descartes ; mais il ne les libéralise ni en matière de

morale, ni en matière de religion. Les libertins du grand siècle continuent la tradition de libre examen, mais sans produire, à cette époque, surtout littéraire, un mouvement général dans les esprits. Au xviii^e siècle, au contraire le mouvement est définitivement orienté dès sa seconde moitié, la critique se généralise, les discussions passionnées deviennent incessantes, élargissant sans cesse le cercle des audaces intellectuelles. Chacun s'examine, réfléchit, raisonne vis-à-vis de lui-même, de ses facultés, des idées traditionnelles. L'individualisme existe en fait, justement parce que l'on rejette les traditions et que la raison, si diverse dans ce qu'elle nous incite à croire évident, divise les esprits. Chaque moi devient, par la force des choses, comme un état indépendant et libre, ne cherchant ni ne recevant le mot d'ordre du dehors.

Cet individualisme, né par la force des choses du rationalisme, renforcé par le sensualisme, est érigé à la dignité d'un principe immuable. Il semble nécessaire ; c'est une loi naturelle. Rousseau et les physiocrates en tirent les conséquences que nous savons.

L'abstention gouvernementale existe en fait, remontant quant à ses origines au xvi^e siècle et renforcé par l'incapacité des successeurs de Louis XIV. On fait la critique d'un gouvernement qui veut être absolu et dont on aperçoit les désastreuses conséquences ; le colbertisme est reconnu insuffisant ; comme il est autoritaire on se croira libéral en en prenant le contre-pied. L'intervention que nous constatons est mauvaise, donc plus d'intervention, jamais d'intervention : tel

en résumé le raisonnement fait par les penseurs du temps.

On constate que l'intervention royale est désastreuse : on fera la théorie de l'anarchie. On exigera en principe la liberté des hommes vis-à-vis les uns des autres, mais en même temps on croira nécessaire l'intervention : elle sera prêchée dans certains cas. Ce seront donc les cas où ceux qui légiféreront le croiront bon pour les intérêts généraux du pays. Au fond ce seront les leurs. Nous arrivons au milieu pratique d'où est sorti en l'an XII la législation napoléonienne.

De la critique et de la vision de ce qui existe les physiocrates feront un dogme économique, Rousseau un dogme politique. Ils théoriseront l'anarchie et l'autorité tout à la fois.

Les philosophes accommoderont les faits et les institutions de leur temps à leur méthode rationaliste, les intentions seules seront libérales. Au fond subsistera la tendance autoritaire et aristophile. Nous l'avons vu dans Rousseau et dans les physiocrates ; le droit romain inspire Pothier et ayant pénétré le droit positif agit sur tous les esprits, le droit romain autoritaire et aristocratique (1). Ce sont des serfs indépendants et généreux qui pensent, mais la vieille âme serve reparait. Nous la retrouverons lors du coup d'Etat de Brumaire, nous la retrouverons chez les idéologues qui se feront les séides de Bonaparte et chez les hommes pratiques qui rédigeront le Code

(1) Fouillée, *Idée moderne du droit*, p. 116.

Napoléon. Les faits et les idées s'enchaînent : nous ne pouvons juger les hommes et les idées d'un temps que vis-à-vis de ce temps lui-même et non avec notre mentalité contemporaine plus avancée et aussi plus libre. Il faut s'abstenir du mépris comme du dithyrambe vis-à-vis des collaborateurs de l'Empereur : ils furent logiques avec les faits et la philosophie.

Les intentions libérales des philosophes vinrent d'Angleterre, par Locke. Dans ce pays la Révolution remontait à 1688 ; les esprits avaient pu progresser dans leurs idées et dans leurs sentiments. Chez nous il y eut un éblouissement devant les idées nouvelles, mais elles ne transformeront pas la façon profonde de penser et de sentir, le milieu resta tout-puissant.

Des sciences naturelles naquit le dogmatisme moral, ce dogmatisme encore si impérieux chez tant de politiques et d'économistes. Nous avons progressé depuis la Révolution, notre mentalité n'est plus la même. Les Droits de l'homme sont conçus tout autrement, concrètement ; on ne croit plus à la toute-puissante et immanente influence de la théorie sur la pratique ; notre législation tourne le dos à l'économie des physiocrates. Seule la politique en est restée à Rousseau, a peu progressé dans le sens d'une organisation du suffrage universel.

Devant les faits nouveaux les théories deviennent plus compréhensives et plus larges ; les anciennes synthèses sont culbutées. Les maîtres de notre pensée, ceux qui ont commencé l'évolution contemporaine sont Saint-Simon et Fourier. Ce sont eux qui commenceront à organiser les intentions libérales de

leurs prédécesseurs, mais avec des survivances longtemps impérieuses de l'ancien régime et de l'ancienne philosophie. Rousseau et Quesnay, la *Grande Encyclopédie* sont vis-à-vis de l'activité pratique de notre temps ce que Descartes est vis-à-vis de l'activité philosophique des ancêtres. Ils sont dans l'histoire.

Le milieu social, les origines romaines et anglaises nous ont semblé parfaitement caractériser les tendances théoriques de l'époque, si visibles dans la législation napoléonienne. La philosophie de ce siècle ne peut avoir qu'une valeur transitoire ; au changement social doit succéder un changement dans les idées philosophiques. Il est stérile de combattre au nom d'idées qui ont fait leur temps. Nous sommes les victimes de ces conceptions surannées, d'un système qui n'est plus en concordance avec nos affinités morales et notre milieu économique. Il faut se décharger de ce fardeau que les morts nous ont légué, répudier au nom de la conscience moderne ce quasi-contrat, comme dirait M. Léon Bourgeois, qui retient dans le passé les efforts qui doivent tendre vers l'avenir.

Condorcet, le premier sociologue, eut des tendances réellement concrètes ; il voulut organiser les idées du temps par l'instruction répandue partout. Il fut aidé dans son œuvre par Lakanal ; nous faisons allusion à la création des écoles normales dont le but était de « former un très grand nombre d'instituteurs capables d'être les exécuteurs d'un plan qui a pour but la régénération de l'entendement humain ». Elles n'eurent point le résultat espéré.

Les tendances concrètes de Montesquieu passeront inaperçues : je veux parler de son socialisme, du droit à l'assistance qu'il proclame en plusieurs chapitres (1) de son *Esprit des lois*. En masse le xviii^e siècle est négatif.

(1) *Esprit des lois*, l. XXIII ; chap. xxix.

CHAPITRE III

Le milieu pratique : le Gouvernement, les
Idéologues, les Rédacteurs des Codes.

SOMMAIRE. — Il y a deux courants dans la philosophie du XVIII^e siècle, l'un autoritaire, l'autre anarchique. La valeur morale et intellectuelle des rédacteurs n'est pas considérable. Les idées et les hommes expliquent le caractère autoritaire et anarchique de la législation.

Les principes métaphysiques que nous avons étudiés ont pris une vie particulièrement visible dans les constitutions politiques qui ont suivi 1789. Leur expression s'y résume en quelques traits, nets, saillants, dessin en raccourci de tout le système d'idées que nous connaissons. Il apparaît beaucoup mieux que dans les institutions juridiques, plus détaillées, aux règles d'une interprétation plus difficile, d'un caractère moins évident à première vue. Aussi croyons-nous nécessaire de faire précéder de quelques mots, très brefs, sur le milieu politique, l'étude directe des différents Codes.

Depuis Montesquieu, c'est une méthode féconde que d'étudier l'esprit d'une législation dans son rapport avec la forme gouvernementale. La Constituante avait bien compris que les droits civils ne sont rien s'ils ne sont garantis par la liberté politique ; à cette

liberté (1) nous ajouterions aujourd'hui la liberté économique.

C'est ce qu'avaient également compris les rédacteurs impériaux. « Le Code civil, dit notamment Portalis, dans le discours préliminaire, est sous la tutelle des lois politiques : il doit leur être assorti. »

Les tendances autoritaires de la philosophie du dernier siècle sont renforcées par les faits, par la forme gouvernementale, sous le Consulat et l'Empire ; l'Empire a plié les esprits à sa toute-puissante influence. Ses adversaires, très rares, parlent trop bas pour être entendus par le pays et le maître est trop impérieux pour tolérer des divergences d'opinions entre ses sujets et lui.

Les idées autoritaires se retrouveront dans les articles des Codes, mais également le servilisme des ralliés de l'ancien régime et de la Révolution, celui des nouveaux venus, empressés à faire leur cour, à encenser le maître et à répandre autour d'eux, par des paroles et des actes, leurs mesquines et viles psychologies.

Tous ces éléments, le gouvernement, les hommes, Napoléon forment ce que l'on peut appeler le milieu pratique.

Les hommes, la philosophie, le gouvernement exercent leur triple et déterminante influence. Les caractères sont communs, ils ne se contrarient point.

On a peu étudié la psychologie des rédacteurs de nos Codes. Ceux qui l'ont étudiée n'ont produit que des études insignifiantes ou de parti pris, générale-

(1) Quinet, *op. cit.*, VI, p. 284.

ment exagérées dans le sens laudatif ; parmi eux, il faut citer Troplong (1) et Bressoles (2). Mignet (3) a consacré une étude dithyrambique à Portalis ; Picavet consacre à quelques-uns de brèves et intéressantes notices dans ses *Idéologues*. On trouvera enfin d'utiles renseignements dans la *Biographie* Michaud ; Acollas les a reproduits dans son très remarquable *Manuel de droit civil*.

Les jurisconsultes historiens les louent partout d'avoir été des hommes pratiques et positifs, d'avoir fait passer la vie avant les théories et la spéculation. Troplong remarque qu'ils « s'étaient formés dans les luttes de nos assemblées nationales et qu'ils y avaient pratiqué, en face des plus grands événements, l'amour de la liberté, de l'égalité, de la Révolution ». On ne sait que penser d'un tel optimisme sur des hommes, qui, au sortir de deux dictatures, Robespierre et le Directoire, offrent une nouvelle dictature à Bonaparte, malgré l'expérience de la veille. Ceux qui les louent oublient également les éloges hyperboliques que tous, dans leurs discours, au Tribunat et au Corps législatif, prodiguent au maître, éloges qui certainement n'ont rien de l'austérité républicaine traditionnelle que Troplong leur attribue bien gratuitement.

Acollas (4) raconte — c'est un fait entre plusieurs — que Portalis proposa à Bonaparte (4 janvier 1806) de

(1) *Esprit démocratique du Code civil*, 1850.

(2) *Les rédacteurs du Code civil*, *Revue Wolowski*, année 1852.

(3) *Eloges académiques*.

(4) *Op. cit.*, p. XLVII ; Lanjuinais, *Constitution de la nation française*, 1819, t. 1 ; Locré, t. 30, p. 313.

décréter que « l'épée d'Austerlitz serait déposée dans un temple, sous la garde d'un chapitre spécial, auquel on attacherait un hospice pour les vétérans ecclésiastiques ». C'est là un de ces petits faits décisifs, chers à M. Taine.

Dans le sens de cette anecdote, une lecture instructive, c'est celle des différents rapports des hommes de Bonaparte, qui ont suivi ou accompagné la résistance républicaine du Tribunat (1) : l'irritation perce sous les mots et c'est bien avec la complicité avouée de tous que Napoléon brisa celle-ci, en arrêtant la discussion du Code civil (an X), puis en supprimant le conseil opposant (1807).

Ce n'était pas de l'obstruction déloyale de la part d'hommes tels que J.-B. Say, M.-J. Chénier, Laromiguière, Desrenaudes, l'un des élèves français d'Adam Smith. Le Tribunat en effet protesta contre la rédaction de l'article 1^{er}, contre la mort civile, la marque, la traite des nègres, contre l'anéantissement en fait du jury, contre un ensemble de mesures qui rendaient les citoyens justiciables du bon plaisir du ministre de la police ; il demanda enfin une législation plus hospitalière en faveur des étrangers. Leurs critiques légitimes ont passé dans les lois postérieures.

Tous les collaborateurs de Bonaparte reconnaissent d'ailleurs parfois combien ils étaient éloignés de l'idéal républicain et révolutionnaire. Un entre autres, Riboud, dans un discours au Corps législatif,

(1) Sur la docilité des assemblées politiques de cette époque, V. les réflexions du baron Locré, secrétaire général du conseil d'Etat, dans la *Législation civile*, t. 1, p. 89, xv.

dit que le Code pénal est fondé, « comme vous l'avez vu dans les deux premiers livres, sur des bases modérées, raisonnables et bien coordonnées avec le système monarchique (1) ». C'est sous la Constitution de Siéyès, celle de l'an VIII, que fut préparé le Code civil : Loqué reconnaît lui-même que cette Constitution a un caractère monarchique (2). Il ne faut pas oublier que les autres Codes furent discutés et publiés sous l'Empire. Il faut constater que la philosophie n'avait pas créé une morale sociale pouvant remplacer la morale catholique ; la Révolution n'avait pas créé de mœurs pouvant amener la pacification sociale. La Révolution, surtout politique, n'avait pas pénétré la sentimentalité du pays ; ce sont là les lacunes notables de son œuvre.

Nous ne voulons pas insister sur la restauration du culte catholique, au dogme autoritaire, ajoutant un nouvel élément, qui n'a rien de libéral dans le fonds commun des croyances du temps. Un décret du 24 messidor an XII (l'année du Code civil) ordonne de rendre les honneurs officiels « au Saint-Sacrement (3) ». En tête des jugements et des lois figurent à partir de l'Empire la formule de l'ancien régime adaptée au nouveau : « Par la grâce de Dieu et les constitutions de la République, Napoléon, empereur, etc. »

(1) Loqué, t. 29, n. 19.

(2) Loqué, t. 7, p. 48, « Il n'est pas une seule ligne dans ce Code, au jugement de Quinet, qui puisse gêner le pouvoir absolu, » IV, p. 177.

(3) Loqué, t. 2, p. 102.

Ce retour de la religion est caractéristique ; elle ne triomphe pas seulement à la surface. La meilleure preuve est dans l'histoire de la Restauration. Liée à l'ordre politique, la religion se lie à la nouvelle philosophie, avec les idéologues de la troisième génération, spiritualistes et chrétiens, dont fait partie Portalis. On en revient au passé, on le remanie avec les idées nouvelles. « La vieille nature se reparaît en 1800, au fond des âmes que tant de forces déchaînées n'ont pu encore ni renouveler, ni réparer, ni éteindre (1). »

Chez les philosophes, c'est le même phénomène qui se produit. Le coup d'État de Brumaire fut fait avec l'assentiment et l'appui de la plupart d'entre eux, les idéologues et les membres de l'Institut, Destut de Tracy, Chénier, Portalis, Cambacérès, Cabanis, Volney, Rœderer, Garat, etc. Dans un mémoire de ce temps, le plus notable d'entre eux, D. de Tracy, expliqua que le nouveau gouvernement donnait satisfaction à la plupart de leurs souhaits (2).

Ce qu'il y a d'essentiel à constater, c'est qu'il n'y a pas contradiction entre les idées théoriques de l'élite intellectuelle et les faits autoritaires et révolutionnaires du premier Consul. L'analogie remontait à Rousseau. Dès l'an VI, de Tracy demande une réorganisation autoritaire du système pénal, avec surtout des gendarmes, une police... (3).

Ce n'est que plus tard que quelques idéologues se séparèrent de Bonaparte, J.-B. Say et M.-J. Chénier,

(1) Quinet, *op. cit.*, I, XXIV, 1.

(2) Picavet, *op. cit.*, p. 309, 320 et sq.

(3) *Idem*, p. 307.

notamment. Mais d'autres lui revinrent, après une brouille plus ou moins longue, comme Daunou et Benjamin Constant. Nous continuons à voir le double courant, vers l'autorité l'un, l'autre vers le libéralisme, se confondant souvent l'un dans l'autre. Cette indécision dans les idées de l'élite sociale se retrouve dans les Codes, avec sa double caractéristique.

Quant à la bourgeoisie, elle accueillit avec enthousiasme le coup d'État de Bonaparte, comme la promesse d'une ère de tranquillité civile et d'activité commerciale et industrielle. Le mouvement bourgeois avait commencé sous le Directoire (1) ; le premier Consul le symbolisa.

La philosophie du XVIII^e siècle fait appel à l'élite ; les philosophes et la bourgeoisie souhaitent un gouvernement fort. La philosophie est abstraite et inorganique. Nous aurons, dans un tel milieu, une législation abstraite et inorganique, une législation en faveur de l'élite bourgeoise. Les conséquences en seront une industrie — le grand phénomène social contemporain — « à forme monarchique », selon l'expression de M. le professeur Gide (2), et la lutte la plus âpre entre les classes. Nous arrivons à l'étude de cette législation.

(1) Levasseur, *Histoire des Classes ouvrières*, I, p. 211.

(2) *Le Contrat de Salaire*, broch., p. 17.

LIVRE II

Le Code civil.

Dans l'impossibilité d'étudier le Code civil en son entier, nous prendrons quelques-unes des matières qui nous sembleront les meilleures illustrations des tendances métaphysiques que nous connaissons. Formeront autant de chapitres, les études : 1^o de l'article I^{er}, 2^o de la propriété, 3^o des obligations et 4^o le régime de la communauté.

CHAPITRE PREMIER

L'article I^{er}.

SOMMAIRE. — Caractère abstrait de cet article ; injuste vis-à-vis de l'ignorant et particulièrement à l'époque du Code civil. En fait, créée pour faire respecter l'ordre public, elle aboutit à sa constante violation.

Encore que sa rédaction le cache par la précision de ses détails, l'article I^{er} est une abstraction ; elle

revient au bref adage : nul n'est censé ignorer la loi. Il est la pierre angulaire de tout l'édifice juridique extérieur, ses murs, ses contre-forts, sa maçonnerie.

Cet article est la première manifestation de cette égalité chimérique de tous les hommes entre eux par leur égalité devant la loi. Celle-ci ne fait point de différence entre les catégories d'hommes, savants, travailleurs et illettrés.

Par ce phénomène sociologique que nous avons noté, chacun trouvera au fond de lui-même l'inspiration du juste, celle même de la loi ; et d'ailleurs par la fiction de politique transcendante de Rousseau, par le pacte social, chacun étant censé avoir fait la loi, chacun est censé la connaître.

Cette loi est en même temps censée la seule en rapport avec l'intérêt de chacun, « le souverain, n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur (1) ». L'instinct de justice inné au fond de chacun de nous, la confusion du particulier et du général au point de vue des intérêts justifient métaphysiquement l'article que nous étudions.

Tous les orateurs, pendant la discussion, insistent sur l'impossibilité matérielle de notifier la loi à chaque individu en particulier (2). « Il serait impossible qu'une loi fût notifiée à chaque individu, dit notamment Portalis, on doit se contenter de la présomption morale que chaque individu a pu la connaître. »

(1) *Contrat social*, I, VII.

(2) Locré, I, p. 416 et 468 (Portalis) ; p. 591 (Grenier) ; p. 515 (Boulay).

D'ailleurs on ne se préoccupera pas de l'individu : on légifère pour la masse, en gros, comme nous l'avons montré plus haut, par quelques citations typiques. Le législateur cependant est moins abstrait que ses paroles ne pourraient le laisser croire : il obéit à des préjugés de castes, il légifère moins pour la masse que pour la classe riche et gouvernante dont il fait partie. C'est en ce sens que parlera formellement Boulay de la Meurthe : « Il suffit que ceux qui ont le plus d'intérêt à connaître les lois, et surtout que la portion instruite de la nation, celle qui propage successivement cette connaissance et la répand sur la masse à mesure du besoin qu'elle en a ; il suffit que cette portion ait le temps et les moyens convenables de s'assurer de l'existence et de la promulgation des lois (1). »

C'est en ce point que la fiction est une injustice, car comme aux temps que Cnaeus Flavius devait clore, la loi est mystérieuse, inconnue de la foule, le secret, la chose des seuls praticiens et de ceux qui peuvent les consulter, s'entourer de leurs conseils. Or, la loi sur l'Assistance judiciaire date du 22 janvier 1851, alors seulement on se préoccupa des différences entre les hommes, on organisa concrètement la fiction. Jusque-là c'était bien l'organisation abstraite de l'adage de l'article I^{er} : tous les hommes mis sur le même rang, sans les différences de fortune et d'instruction.

C'est aussi l'organisation capitaliste et bourgeoise du Code, en rapprochant l'observation de Boulay, de celles que nous avons faites sur les origines bour-

(1) *Op. cit.*, p. 515, 6.

geoises du Coup d'État de Brumaire. Ce que l'on appelle le prolétariat, auquel la loi contemporaine donne des droits spéciaux, avait été vaincu avec la conspiration des Égaux de G. Babeuf, forte de 17,000 affiliés (1), et les républicains des Conseils du Directoire et du Consulat.

L'égalité devant la loi assurera, pense-t-on, dans le domaine des faits, la liberté et l'égalité.

Une telle fiction, mais organisée concrètement, est nécessaire : elle est liée au maintien de l'ordre extérieur ou ordre public, mais sous cette dernière condition seulement. Sinon, elle aboutit à la violation continuelle de ce que, théoriquement, elle doit assurer.

La « présomption morale » de Portalis n'est certes pas suffisante ; dans ce pays il y a encore 15 o/o d'illettrés parmi les conscrits (statistique de 1895). La législation napoléonienne ne fait rien pour rétablir l'équilibre entre des hommes manifestement inégaux en fait et d'une inégalité moins nivelée qu'aujourd'hui.

L'ordre public n'est pas respecté parce qu'il est fondé sur une métaphysique trop abstraite. Bien loin d'être protégée par la fiction de l'art. 1^{er}, il nous semble, au contraire, que cette finalité est constamment tournée par cette fiction même : ce sont les mieux armés qui triompheront. Le droit vient à l'aide des plus intelligents, des plus instruits, des plus riches, par cette ironie des choses, chère aux philosophes allemands.

(1) Levasseur, *op. cit.*, p. 211.

L'édifice entier du droit se trouve ainsi bâti sur une fiction, une pure abstraction, sans rapport avec la réalité vivante ; fiction dont le but est de soutenir cette autre abstraction : l'ordre public, conçu d'une façon extérieure et artificielle.

Le droit conçu ainsi s'analyse uniquement en articles du Code ; celui-là sera respecté si ceux-ci le sont également. Le droit devient simplement le régulateur d'un certain ordre extérieur, sans appui dans la conscience, sans une idée supérieure qui lui donnerait une valeur morale. C'est justement pourquoi cet ordre public est artificiel, aboutissant aux injustices ou aux dénis de justice. Le droit, s'éloignant de sa destination primordiale, sort de son rôle de soutien du faible contre le fort : d'où cette civilisation contemporaine qui n'est qu'une barbarie organisée, où le poing rude et brutal de nos pères est remplacé par l'astuce, la ruse et le respect de la légalité extérieure.

Il n'est pas venu aux législateurs napoléoniens l'idée d'une organisation concrète de l'article 1^{er} par la propagation de l'instruction. La nécessité de la rendre obligatoire était cependant venue à l'esprit de plusieurs des hommes de la Révolution, Condorcet et Lakanal. Mais cela sortait du cadre juridique traditionnel ; on n'apercevait que mal le rapport intime qui relie le droit aux autres phénomènes sociaux ; le droit civil se suffisait à lui-même ; il était un tout.

Aujourd'hui l'idée morale revient au droit ; plusieurs penseurs réclament leur confusion ; la législation les suit dans une mesure appréciable, tournant

le dos aux analyses de Kant et de ses élèves de l'époque impériale. C'est la marche du droit vers une organisation plus concrète.

Et cependant, Beccaria avait déjà demandé — et Bentham aussi — que le Code fût « un livre familial, une sorte de catéchisme (1) ». Le catéchisme laïc de la nouvelle société démocratique.

Il était intéressant de noter le fond abstrait et aristocratique du premier article du Code civil, résumant en lui seul la caractéristique essentielle de l'œuvre impériale.

A cette règle d'airain, le Code ne formule que peu d'exceptions. La plus typique est celle des articles 201 et 202 réglementant le mariage putatif : à un mariage contracté contre les règles juridiques, il donne néanmoins des effets juridiques. Certains motifs, la bonne foi, l'intérêt des enfants, font passer sur l'ignorance des parties.

L'erreur de droit est mise sur le même rang que l'erreur de fait en matière d'annulation de contrat (2) ; de même en matière de répétition de l'indu (3).

Ces exceptions ont un caractère très strict. « Les tribunaux, enseignent MM. Aubry et Rau, ne doivent qu'avec une grande réserve accueillir une pareille allégation. Et dans le cas même où elle leur paraît plausible, ils auraient encore à examiner si la

(1) *Op. cit.*, p. 28.

(2) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, II, p. 563.

(3) Arg. des articles 1110, 1377, 1356, 2052 ; Cf. Zachariæ, trad. Massé et Vergé, I, p. 33 ; Merlin, *Répertoire*, v° Ignorance, § 2, n. 9 ; v° Témoin instrumentaire, § 2, n. 3 et s.

partie qui se fonde sur une erreur de droit pour attaquer une convention ou pour demander la restitution d'un paiement ne doit pas être considérée comme ayant voulu accomplir une obligation naturelle (1). »

On peut noter déjà qu'un tel droit n'a pas de jeu, pas d'élasticité, qu'il est en dehors de la vie. Il prévoit peu de cas et ne tient nul compte des inégalités. « Un Code doit être dogmatique (2) », disait Jaubert au Corps législatif, voulant dire par là que ses règles doivent être absolues et intangibles, d'un dogmatisme uniformément applicable à tous, sans les exceptions psychologiques et sociales qui nous semblent toujours plus nécessaires et justes.

Les idées nouvelles, d'ailleurs, pénètrent lentement. « Tous les hommes étant égaux à ses yeux (la loi), écrit Troplong en 1850, alors dans sa grande vogue de jurisconsulte, tous ont droit à être protégés et respectés dans les conditions d'inégalité qu'ils se sont faites par le légitime emploi de leurs forces naturelles (3). »

Le même sophisme persiste longtemps ; il devient un des dogmes fondamentaux du saint-simonisme.

(1) *Cours de droit civil*, I, p. 55.

(2) Locré, t. I, p. 363.

(3) *Revue Wolowsky*, année 1850.

CHAPITRE II

La Propriété.

SOMMAIRE. — La propriété à Rome et dans l'ancienne législation. Elle est strictement individualiste. A la propriété ne sont attachés aucuns devoirs moraux; elle n'a qu'une valeur matérielle. Quelques exceptions au caractère individualiste de la propriété; quelques idées révolutionnaires de Napoléon et de ses collaborateurs.

M. Tarde, dans *les Transformations du droit*, fait remarquer après Beccaria (1), Rousseau, Ihéring, Lamennais (2), Godin (3) et tant d'autres penseurs, que la loi est toujours la consécration d'une hiérarchie d'intérêts et de privilèges.

Il est impossible, en effet, d'échapper à la suggestion du milieu ou de ses intérêts; cette remarque très juste, que l'on regrette de trouver attaquée indirectement par Aubry et Rau (4) permet seule d'être juste envers les législateurs.

Suivant cette remarque, la métaphysique issue de la classe bourgeoise sera celle de la classe riche, de l'aristocratie foncière: leur relation est particulièrement visible dans l'organisation de la vie civile.

(1) *Op. cit.*, p. 139.

(2) *Le peuple*.

(3) *Solutions sociales*, p. 256.

(4) *Op. cit.*, 1, p. 26 (4^e édition).

C'est une idée que l'on oublie trop. Pour M. le professeur Hauriou (1) « le fait social fondamental », c'est la création « d'une classe de gouvernants et d'une classe de gouvernés... ». Ce sont ces gouvernants qui gèrent les intérêts généraux. Il est difficile de dire où ils sont; ils ne forment pas nécessairement une caste ou un ordre apparent dans l'Etat; ils ne se connaissent même pas tous entre eux, mais ils agissent parallèlement parce qu'ils ont un but commun... Selon les époques, l'action sociale des plus forts s'est exercée grâce à leur habileté à la guerre, ou bien grâce aux richesses qu'ils ont su amasser. »

Le nombre des propriétaires ruraux, grands et petits, était considérable à la veille de la Révolution. Les grandes propriétés s'étaient morcelées dès avant la grande opération de la vente des biens nationaux: c'est-à-dire qu'un grand nombre d'hommes étaient intéressés au maintien de la propriété traditionnelle.

Continuant cette tradition, la Révolution ne fut ni communiste, ni égalitaire: Ed. Quinet (2), en quelques pages lumineuses, nous semble l'avoir démontré définitivement.

D'ailleurs ses actes le prouvent: la Convention par un décret des 18-22 mars 1793 avait « frappé de la peine de mort quiconque proposait une loi agraire ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles ».

(1) *Précis de droit administratif*, p. 5.

(2) *Op. cit.*, XV, 1.

La Constitution de l'an III, dans son article 5, affirme à nouveau la propriété individuelle avec tous ses droits absolus, comme l'article 544 du Code de l'an XII.

A ce point de vue comme à tant d'autres, il n'y aura pas régression en Brumaire ; les mêmes idées et le même droit persistent.

Il ne faut pas oublier non plus que la propriété foncière fut toujours sous l'ancien régime la principale richesse ; elle était même l'objet de spéculations, — comme aujourd'hui sur les métaux ou les blés, etc., — purement fictive, en dehors des transactions immobilières proprement dites. Toute l'organisation féodale, théorique et pratique, la justice elle-même, étaient assises sur la terre (1).

En remontant plus haut, à Rome les atteintes à la propriété envisagée comme un droit individuel et absolu étaient considérées comme des sacrilèges ; dans certains cas, elles étaient punies plus sévèrement que l'atteinte à la personne même (2).

Il ne faut pas s'étonner si dans un tel milieu et avec de telles traditions la propriété a les honneurs du Code civil.

Celui-ci s'occupe d'elle depuis l'article 516 jusqu'à l'article 1110 ; les privilèges, hypothèques, prescrip-

(1) V. les très intéressants renseignements à ce sujet dans d'Avenel, *Histoire de la propriété, des salaires et des denrées*, T. I, l. I, ch. III, notamment p. 85 et 248 ; Ingram, *op. cit.*, p. 39 ; Bonfils, *Traité élémentaire de procédure*, n° 8. Les lois de 1889 et de 1894 viennent seulement, en Angleterre, d'enlever à l'aristocratie terrienne, chère à M. Taine, l'exercice du pouvoir local.

(2) *Revue Wolowski*, 1848, p. 61.

tion des articles 1582 à 1778. Elle est en vedette dans la prescription, dans la tutelle, la communauté, la vente, l'hypothèque, etc.

Le louage de domestiques et ouvriers, c'est-à-dire le travail, le travailleur, par contre, est traité dans des proportions mesquines : deux articles, 1780 et 1781.

Les rédacteurs du Code se sont rendu compte de l'importance de la propriété dans leur œuvre ; mais ils n'ont pas remarqué leur oubli total de l'homme pauvre, du salarié. « Le respect pour la propriété, dit Jaubert, au Corps législatif, se montre à chaque page du Code (1). »

Dans son adresse du 20 brumaire, Cambacérès dira que le but du législateur est « d'établir des Codes sur les bases immuables de la liberté, de l'égalité des droits, du respect de la propriété ».

En exposant au Corps législatif le titre des Donations entre vifs et Testaments, Bigot-Préaumeu dit que les législateurs vont « poser la principale base de l'autorité des pères et mères sur leurs enfants (2) ».

« La plus précieuse maxime d'un Code civil, selon Lahary, la première comme la plus importante de ses dispositions est donc celle qui consacre le droit de propriété ; toutes les autres n'en sont que les suites ou les conséquences (3). »

(1) Loqué, t. 1, p. 357.

(2) Loqué, t. 11, p. 351. Cette manière de voir est défendue encore de nos jours ; cf. notamment, Béchaux, *le droit et les faits économiques*, p. 53 sq.

(3) *Op. cit.*, t. 16, p. 499 ; sur la prescription « le palladium de la propriété », v. *op. cit.*, t. 16, p. 557 et 592.

Ces citations suffisent. Le Code a été fait comme si tous les Français étaient propriétaires, le louage ouvrier n'étant qu'une exception.

La protection de la propriété individuelle est nécessaire dans l'ordre de choses actuel : c'est le postulat social. Elle est la condition de la liberté individuelle : un homme qui possède quelque chose est évidemment plus libre, plus maître de soi qu'un pauvre hère. Mais c'est justement à cause de cela qu'il eût fallu établir des différences de traitement entre le possédant et le non-possédant ; les rédacteurs, tout au contraire, comme toujours, ont légiféré pour l'homme abstrait, sans chercher à « égaliser les inégalités », selon le mot de Montesquieu, sans se préoccuper des heurts inévitables, depuis l'antiquité, entre le riche et le pauvre. Les lois naturelles et la Déclaration des droits de l'homme devaient suffire à maintenir l'égalité universelle.

L'homme n'apparaît pas dans la réglementation de la propriété comme aujourd'hui dans la législation des logements salubres et à bon marché, dans la loi si démocratique du 30 novembre 1894 sur les petites successions. Tout au contraire, elle est réglementée comme une fin en soi, d'une façon plus absolue, en un certain sens, qu'à Rome, avec les distributions de blés (*lex Sempronia*), les lois caducaires (favorisant les pères de famille), les remises fréquentes de dettes ou *notae tabulae* (1) aux citoyens pauvres.

(1) Florus, I, 23; Salluste, fig. 1, 7.

Selon une expression d'Ihering, la propriété est une catégorie juridique. Y sont déterminés les différents droits dont elle est l'expression, l'aptitude et les conditions juridiques pour l'obtenir, la conserver, la transmettre, — mais son rapport avec la vie, la loi n'en souffle pas mot. On ne sent pas, dans cette organisation sèche et minutieuse comme un inventaire de commissaire-priseur, le frémissement, la palpitation sourde de la vie : elle est organisée abstraitement.

Pour bien marquer l'esprit de l'époque, je citerai un décret du 15 octobre 1810, sur les établissements insalubres ou incommodes, réglementés uniquement au point de vue de la propriété avoisinante et non des ouvriers. La préoccupation de l'homme au sujet de la propriété est postérieure, comme nous le verrons (1).

Au point de vue du Code civil, même sous le prétexte d'assurer l'ordre dans les transactions, la lésion n'est une cause de rescision que dans un cas extrêmement rare : lorsqu'elle dépasse les 7/12 de la valeur (art. 1674). La tromperie est permise, dans cette large proportion. Strictement close, chaque propriété est presque une monade, la cellule primaire des physiologistes, tête, estomac, anus, tout à la fois, se suffisant à elle-même. La propriété est, pourrait-on dire, considérée comme un rapport idéal de l'individu à la nature, mais non pas d'homme à homme. Elle n'est pas organisée comme un moyen

(1) Chailley-Bert et Fontaine, *Les lois sociales*, p. 131.

c'est-à-dire qu'elle n'a pas une valeur morale (1). On ne saisit pas son rapport avec le travail qui précisément lui donnerait cette caractéristique.

A l'idée de propriété n'est pas attachée l'idée, selon l'expression des saint-simoniens, « d'une fonction sociale obligatoire (2). » Elle est essentiellement individuelle ; nous verrons quelques exceptions cependant mais qui n'altèrent pas cette caractéristique. On pourrait concevoir quelques restrictions au droit du propriétaire même sous un régime individualiste. Napoléon le pensait, mais ses vues restèrent purement théoriques dans le domaine législatif. « Sans excéder son droit, dit Acollas, il est possible que le propriétaire n'accomplisse pas son devoir. Au point de vue moral, il est tenu non seulement de tirer de sa chose toute l'utilité qu'elle comporte, mais encore d'accroître indéfiniment cette utilité. A plus forte raison le propriétaire manque-t-il à son devoir, lorsqu'il détériore sa chose ou qu'il la détruit. Il en est de même lorsqu'il l'emploie à un mauvais usage (3). »

Elle est, en effet, un droit absolu, opposable à tous, perpétuel, un droit inflexible, indépendant de tous les hommes, sauf de son propriétaire (art. 544) ou de l'État (art. 545).

Par son organisation strictement individualiste, son caractère politique, elle crée en quelque sorte une

(1) Ce reproche lui a déjà été fait par Renan, *Questions contemporaines*, préface, page iv ; Quinet, *Histoire de la Révolution*, III, p. 229 ; Acollas, cf. infra.

(2) Exposition de la doctrine saint-simonienne, 1^{re} année, p. 323.

(3) *Manuel*, I, p. 570.

solution de continuité dans les rapports sociaux des hommes entre eux. Par ces caractères absolus, elle ne suppose point à son occasion des rapports entre les hommes, autres que ceux d'une guerre continuelle.

Cette organisation accentuée, amplifie donc l'individualisme, cette chimère métaphysique que nous a léguée le xvi^e siècle. Les rapports de voisinage sont réduits au strict minimum par la législation des servitudes.

Le titre de propriétaire n'a aucune influence juridique sur les actes, les contrats : celui-ci est absolument sur le même rang que l'indigent. Encore une fois, nous voyons combien ce droit rationnel est éloigné de la vie. L'idée d'une assistance contractuelle, comme il y a une assistance judiciaire (en cas de litige seulement) et une assistance médicale, n'est d'ailleurs pas encore venue au législateur contemporain. Cependant le plus riche est seul en état de discuter dans l'intégrité de sa volonté, ayant du temps, des conseils, de l'argent.

Conception abstraite de l'homme et conception abstraite de la propriété.

Cette propriété est organisée comme fin en soi, plus que comme le moyen pour l'homme d'arriver à la liberté par l'aisance. Il lui est subordonné, par la contrainte par corps, l'homme devient comme un prolongement de ses biens, une dépendance de ses biens mobiliers ou immobiliers.

Le mineur peut s'engager lui-même presque sans assistance ; au contraire sa propriété immobilière est minutieusement protégée par des garanties

très nombreuses, auxquelles il ne peut échapper. (Art. 457, C. civil; 958, pr. civ.) L'ordre social est plus attaché au maintien de la propriété qu'au respect de la personne.

L'homme est subordonné à la société, comme nous l'avons vu, notamment par la propriété; les pauvres aux riches, les enfants au père par la crainte d'être déshérités, selon la remarque de Bigot-Preameneu que nous venons de citer; l'intérêt général, pris en gros, l'emporte sur l'intérêt particulier; les injustices ne sont qu'apparentes, au fond il y a harmonie morale, aux yeux de nos législateurs. La propriété a des conseils; l'homme point ou moins. C'est dans la logique du temps.

L'idée de solidarité humaine a échappé presque totalement aux hommes du XVIII^e siècle. Leur conception des inégalités inéluctables devait les empêcher d'établir entre les hommes un certain rapport de justice et de fraternité.

Napoléon et les rédacteurs du Code ont cependant exprimé certaines pensées bien révolutionnaires, que l'on est étonné de rencontrer dans la bouche de ces disciples des jurisconsultes romains. Elles n'ont eu d'ailleurs presque aucune influence pratique sur l'organisation juridique, mais elles sont précieuses à recueillir, comme les prémisses des théories de Proudhon et de Karl Marx et de certaines lois contemporaines.

« Je ne souffrirai jamais, disait Napoléon, qu'un particulier frappât de stérilité vingt hectares de terres dans un département fromentéux pour s'en former

un parc. Le droit d'abuser ne va pas jusqu'à priver le peuple de sa subsistance⁽¹⁾. » C'est là un point de vue qui a été repris et étendu par les collectivistes. Je citerai en regard une pensée analogue de Fourier : « Laisser la terre en friche, ou lui donner une destination improductive ou nuisible aux intérêts est une faute égale à l'anéantissement ou à l'accaparement des produits nécessaires à l'existence du peuple⁽²⁾. »

Voici encore quelques paroles typiques de Chabot de l'Allier :

« Avant l'établissement des sociétés civiles, la propriété était plutôt un fait qu'elle n'était un droit.

« La nature a donné la terre en commun à tous les hommes; elle n'en a pas assigné à chacun d'eux telle ou telle portion.

« La propriété particulière ne pouvait donc avoir d'autre origine que le droit du premier occupant, ou le droit du plus fort... » Nous reconnaissons ici, délayée, la formule de Proudhon.

« La société civile est la seule et véritable source de la propriété...

« La transmission des biens par succession n'est donc pas de droit naturel, mais de droit civil⁽³⁾. »

C'est-à-dire, que la loi peut légitimement abroger l'héritage, qui n'a qu'une valeur, non pas naturelle, mais juridique, c'est-à-dire artificielle. Cette dernière

(1) D'après Ihering, le censeur, à Rome, pouvait demander compte des négligences dans la culture.

(2) Godin, *Solutions sociales*, p. 82.

(3) Loqué, t. 10, p. 213.

thèse est soutenue également par Portalis, dans le *Discours préliminaire* (1).

Portalis prononce d'autres paroles bien plus dangereuses, sans qu'il ait paru s'en apercevoir ; c'était d'ailleurs un esprit médiocre et pur légiste :

« L'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir ; il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété (2). »

Perdus dans les travaux préparatoires, il était curieux de rechercher ces idées, marquant ainsi la filiation nécessaire des esprits, contre leur volonté. Il est piquant de noter les plus ardents révolutionnaires comme les continuateurs des esprits pondérés et conservateurs de l'époque impériale. Nous verrons également des origines plus précises et alors juridiques, des tendances étatiques de notre législation contemporaine.

En voyant la propriété individuelle inconsciemment détruite par ceux qui l'ont organisée si minutieusement on songe involontairement au catoblepas de la *Tentation de saint Antoine*, ce bizarre animal qui se mangeait les pattes sans s'en apercevoir.

Il y a quelques survivances de l'ancien communisme à noter dans la législation napoléonienne.

L'article 471, 10° C. P., punit d'une amende ceux qui auront grapillé, ratelé, glané « dans les champs

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 313, n. 96. Chabot et Portalis sont cités parmi les meilleurs orateurs, par Ed. Picard. *Evolution historique du droit français*, p. 58.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 310, n. 92.

non encore entièrement dépouillés et vidés de leurs récoltes, ou avant le moment du lever ou après celui du coucher du soleil ». Cet article règle les conditions du droit au grapillage : nous y voyons un droit contraire aux principes de l'appropriation individuelle, un droit contre la propriété d'autrui, sans qu'à ce droit corresponde chez celui qui s'en prévaut une créance civile. La loi du 28 septembre 1790, réglant la vaine pâture et le parcours, accordait, dans son article 14, au pauvre, le droit de faire pâturer un petit troupeau sur les biens soumis à la vaine pâture, quoiqu'il n'eût la propriété personnelle d'aucun de ceux-ci. Ce droit ne devait pas être modifié par les rédacteurs des Codes napoléoniens.

La loi du 12 août 1790 appelait le glanage et les autres droits « le patrimoine du pauvre ».

Troplong considère ces différents droits comme « de légères faveurs ». Mais il les a justifiées par des arguments qui vont absolument contre la thèse qu'il soutient avec tant d'autres jurisconsultes : bannir absolument la bienfaisance du droit (1). « Quand il reste au propriétaire un *surperflu* inutile, écrit-il, la loi n'est pas *injuste* envers lui en faisant de ces miettes tombées de sa table la part *obligée* du pauvre. » C'est, en somme, une expropriation en faveur du pauvre, une assistance légale dont sont tenus tous les propriétaires ruraux.

Quelle que soit la valeur minime des objets donnés, ils en ont une cependant ; il est certain qu'une seconde

(1) *De l'esprit démocratique du Code civil*, Revue Wolowski, 1850, p. 202.

récolte du propriétaire, dans le cas de glanage ou de grapillage, coûterait plus que ne vaudrait le résultat de ce travail, mais il pourrait contre de menues tâches données à des vagabonds les autoriser, comme salaire, à grapiller.

C'est ce que comprirent les rédacteurs du projet de Code rural, en 1808 : « Les épis laissés sur les champs sont loin d'être perdus pour le cultivateur ; ils servent à la nourriture de ses animaux... Le glanage attaque le droit de propriété (1). »

Il est singulièrement dangereux de fonder ces droits sur l'existence d'un superflu. Troplong ajoute, il est vrai : « Dès l'instant qu'il y a doute sur l'existence de cet excédent sans valeur pour le maître, dès l'instant que ces produits délaissés acquièrent un prix et une utilité, la loi doit s'abstenir. » Le principe demeure et il est, en somme, facile de trouver le superflu qui existe précisément au moment où nos besoins essentiels sont satisfaits.

Ceci est incontestable et la tradition communiste ininterrompue depuis les origines trouve une satisfaction, basée précisément sur ce superflu, dans l'existence de l'impôt progressif sur le revenu tel qu'il existe actuellement dans certains pays.

Il est évident, d'autre part, que si les pauvres se dérangent pour user de ce droit, c'est qu'il y a avantage, c'est-à-dire profit, représentant en denrées l'équivalent d'une certaine somme d'argent dont la loi *spolie* le propriétaire.

(1) *Répertoire Dalloz*, V° *Usages ruraux*, p. 103.

La phrase de l'ancien premier président de la Cour de cassation est très révolutionnaire et inconséquente. Toutes les revendications sociales de nos jours aboutissent à créer des *droits* contre le *superflu* des riches, part *obligée* du pauvre. La thèse de Troplong établit un principe qui ne peut se limiter aux seules conséquences qu'il admet, principe qui dépasse les concessions qu'il ne justifie que parce qu'elles existent.

Dans le même sens d'aide sociale je citerai dans le Code civil le droit pour certains parents pauvres à une pension alimentaire, à faire valoir contre un parent plus riche. Il est certain que l'idée familiale intervient ici ; mais cette disposition est également opposée, en contre-sens, au principe de l'appropriation individuelle : celui qui réclame sa part de pain à sa famille réclame sa part dans une fortune qu'il n'a personnellement pas contribué à créer ; ce qui est contre les principes du droit commun.

C'est dans la législation civile qu'il faut rechercher l'embryon des revendications contemporaines, mais aussi dans la Révolution. Déjà Littré, dans un très profond ouvrage qui remonte à 1850, avait marqué la filiation révolutionnaire du socialisme. Il suffit de se rappeler ce célèbre article 21 de la Constitution de 1793 qui déclarait que les secours publics sont un droit et que la société doit la subsistance aux citoyens malheureux en leur procurant du travail. C'est la thèse que reprendra Louis Blanc.

Nous aurons l'occasion, dans notre étude du droit pénal, de retrouver la rénovation originale de ce communisme primitif.

Je noterai également un certain communisme dans l'article 661 C. civ. « *Tout propriétaire joignant un mur a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, etc...* » C'est alors une expropriation pour cause d'utilité privée.

Dans le même esprit, plus familial il est vrai, il y a lieu de citer l'article 841 : « *Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les co-héritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession.* » C'est le retrait successoral, l'expropriation forcée pour cause d'utilité familiale, selon l'expression de Demolombe.

L'article 643 C. civ. n'est pas moins curieux ; il organise le droit d'un groupe contre un seul individu : l'intérêt de la communauté l'emporte sur celui d'un seul, contrairement au droit de propriété individuelle.

« *Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.* »

Ce qu'il était intéressant de noter, c'était certaines phrases des rédacteurs napoléoniens et aussi quelques textes législatifs contraires à l'esprit individualiste du XVIII^e siècle. Mais ce ne sont que des survivances perdues, n'altérant pas essentiellement la caractéristique générale.

Ces dispositions doivent être mises en regard des nombreux articles protégeant le propriétaire contre sa faiblesse, sa bienfaisance, ses prodigalités. Nous renvoyons aux articles 901, 904, 907, 909, 931, 948, que nous retrouvons en étudiant l'organisation du contrat de travail.

CHAPITRE III

Les Obligations contractuelles.

SOMMAIRE. — § I. Définition ; leur valeur au point de vue social et juridique ; la loi de Sumner-Maine ; analyse.

§ II. Les obligations contractuelles dans le Code civil : origines, caractères, contrats admis.

§ III. Etude détaillée de ces caractères : abstrait, financier, bourgeois, individualiste, apriorique, et examen de la théorie des vices du consentement, spécialement de la violence.

§ IV. Le travail et le capital ; leur influence sur cette partie du Code civil.

§ I^{er}

« L'ordre juridique tout entier repose sur cet axiome primordial, à savoir que *naturellement l'homme est un être sociable*, car là où il n'y aurait pas société, il ne saurait exister de rapports sanctionnés par l'action en justice, c'est-à-dire par la force de tous mise à la disposition de chacun pour protéger le droit de chacun.

« Aucune matière n'est plus propre à mettre ce point en évidence que la double matière des contrats et des obligations (1). »

C'est la convention qui est vraiment, en effet, le pivot de la vie sociale moderne, la convention ou

(1) Acollas, *Manuel de droit civil*, II, p. 717.

contrat. Elle est le mode créateur des droits réels comme des droits personnels ; c'est elle la légitimation juridique de la propriété par le plus usité et le plus important de tous les contrats, la vente. Aussi est-il particulièrement intéressant de connaître la façon dont le contrat a été compris et organisé par le législateur.

« Le contrat est une convention.

« La convention est l'accord de plusieurs volontés dans un même but. Si ce but est de créer entre les parties une ou plusieurs obligations, c'est alors qu'elle prend le nom de contrat, sans qu'on n'exige pour cela, dans notre droit, les conditions particulières qui distinguaient, à Rome, les contrats des simples pactes.

« Le contrat, comme toute convention, intervient entre deux ou plusieurs personnes.

« Son effet est de les obliger les unes envers les autres, simplement ou réciproquement.

« L'obligation consiste nécessairement à donner, à faire ou à ne pas faire (1). »

Nécessaire dans toutes les sociétés, le contrat a une particulière importance dans notre régime économique. Celui-ci fondé, en théorie, sur l'autonomie de l'individu, sur la libre concurrence des volontés sur le marché, c'est le contrat qui sera l'expression des besoins et l'intermédiaire entre ceux-ci et leur satisfaction.

Pour se rendre compte de cette utilité économique, rien qu'à un seul point de vue, il suffit de la noter au

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, V, 3.

point de vue des ouvriers, des travailleurs, c'est-à-dire à celui de la grande majorité. « C'est par le contrat que le travailleur qui n'a point d'instrument de travail peut parvenir à se le procurer (*contrat de crédit, louage de terre*) ; c'est par le contrat que le travailleur peut mettre ses services à la disposition d'un autre, moyennant une rémunération (*contrat de prestation de travail*) ; c'est par le contrat que le travailleur peut associer son effort à celui d'un autre (*contrat de société*) ; c'est enfin par le contrat que le travailleur peut échanger son produit (*contrat d'achat, vente et contrat d'échange* proprement dit (1). »

La liberté et l'initiative individuelles remplaçant peu à peu — dans les théories surtout, moins dans les faits évidemment — les commandements arbitraires de l'autorité ; les relations s'étendant incessamment, les obligations ont une tendance assez visible — nous verrons plus tard comment — à devenir toujours plus contractuelles. Nous voulons dire qu'il est tenu toujours plus compte de la liberté réelle, de la volonté effective des contractants. La personnalité humaine, en un mot, joue un rôle toujours plus déterminant, plus créateur, dans la naissance des droits. M. Daresté a déjà prouvé que les contrats consensuels ont suivi les contrats réels ; Sumner-Maine a résumé ce mouvement juridique en une phrase synthétique : le droit va de l'État au contrat.

En analysant l'idée du contrat juridique, on trouve plusieurs éléments, indiqués par l'article 1108 C. civ. :

(1) Acollas, *op. cit.*, p. 721.

le consentement, la capacité légale de contracter, un objet, une cause licite. Leur étude particulière à chacun serait fastidieuse ; ils apparaîtront au fur et à mesure dans celle que nous allons consacrer aux caractères généraux de cette partie du Code Napoléon : plus large, elle ne comportera pas seulement le point de vue juridique, mais encore philosophique et économique. L'étude des éléments du contrat et ses modalités se confondront d'ailleurs dans une large mesure. Nous étudierons en même temps les règles générales (1108) et les règles particulières.

§ II

C'est à la législation romaine (1), revue par Domat et Pothier (2), ce dernier surtout, que nous devons notre théorie des obligations. Théorie sèche, analytique, où le caractère de généralisation abstraite a atteint son maximum.

Le droit romain était un droit autoritaire : la Cité fixait les formes, les modalités des différents droits. La liberté de l'homme, ses désirs variés, multiples, son imagination commerciale et juridique étaient étouffés sous des prescriptions minutieuses et inflexibles. Les solennités, éléments extérieurs, tenaient lieu du

(1) Dans le silence des textes le droit romain était consulté « comme raison écrite, *ratio scripta*, notamment dans la théorie des obligations et des conventions », Zachariæ, trad. Massé et Vergé, *Introd.*, p. xxiv.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, n. 783 ; Thezard, *ct. supra*.

consentement, le prouvaient en justice : à ce point de vue, la moralité était absente d'une telle conception, parce que justement la volonté, la conscience n'avaient point la part prépondérante, et que le dol était couvert absolument si les formes avaient été respectées.

Ce n'est que tard, à la fin de la République, au commencement de l'Empire, que le dol est prohibé dans les relations juridiques (du temps de Cicéron), que se forme la théorie des contrats innommés, laissant, le premier, la faculté de prouver la mauvaise foi malgré les formes, les rites, les seconds, à la volonté de l'homme, la liberté de contracter comme bon lui semble, sans l'enserrer comme jadis dans les quelques formes traditionnelles et seules créatrices de droits effectifs.

C'est indirectement par les fissures, les lézardes d'un droit hermétiquement clos à la vie, le droit des premiers temps de la Cité, que le préteur, les empereurs plus tard, font entrer dans cet édifice de l'air, de la lumière, laissant peu à peu la multitude y prendre place pour donner à ses besoins de légitimes satisfactions ; et cela par la désorganisation de la famille primitive, par la disparition des rites dont le secret était l'apanage des seuls patriciens, par la popularisation du droit, en un mot.

Encore que le droit romain se soit transformé sous l'influence de la pratique ; que les idées traditionnelles aient peu à peu cédé devant les exigences nouvelles, il a conservé une certaine raideur, mais surtout son caractère originel, qui à travers les siècles persistera,

de la compilation justinienne à la compilation napoléonienne. Je veux dire le caractère d'un droit marqué au sceau de l'autorité.

Née de la conquête, Rome a empreint de son histoire son droit tout entier. La conquête ou occupation est la légitimation de la propriété, par ses origines primitives, comme par l'institution de la prescription, que les Anglais ont comprise sous l'influence d'idées plus justes et moins extérieures (*act torrens*). Le travail, dans cette cité militaire, est proscrit par l'orgueil des conquérants du monde et des patriciens.

Le droit du travail, le travail qui légitime seul la propriété est à peine réglementé. Au Bas-Empire l'ouvrier, comme le forçat russe de nos jours, est brûlé de l'effigie servile d'une marque au fer rouge (1).

Qu'est le contrat de travail dans la société du commencement du siècle, héritière du droit romain, le contrat par excellence de ce siècle ? Comment est-il lié à la propriété, à l'autonomie et à la dignité de l'individu ? En réalité le travail est commandé, car la libre discussion ne peut intervenir entre le maître riche et l'ouvrier pauvre et ignorant. Les notions économiques et psychologiques n'ont pas renouvelé ce droit suranné. La métaphysique du XVIII^e siècle ne devait rien changer à la conception primitive (2).

On peut indiquer les tendances de la théorie des obligations par l'étude de ses caractères que nous

(1) *Code théodosien*, 1, 4, liv. X, t. XXII ; 1, 10, C. liv. XI, t. XLII, cité par Acollas.

(2) Dans notre sens, Bastiat, *Petits pamphlets*, t. I, p. 279.

ramènerons à quatre : abstraite, financière, en faveur du riche, individualiste unilatérale et apriorique.

§ III

Le Code Napoléon suppose toujours l'égalité des contractants, le débat absolument libre ; le consentement donné est considéré comme l'expression de la volonté intime, réellement voulue et pensée. En un mot la volonté crée l'obligation, la rencontre des deux volontés, l'offrante et l'acceptante. Elle est la « cause efficiente », selon l'expression de M. Colmet de Santerre.

« On finit par se persuader, dit M. Tarde, qui a employé sa merveilleuse et incisive dialectique à étudier toute cette matière au point de vue de la critique philosophique moderne, que ces rencontres de vouloirs sont l'unique fondement raisonnable des droits et des devoirs, et que, partout où il y a des droits et des devoirs véritables, on doit découvrir, en cherchant bien, quelque contrat précis ou confus, explicite ou implicite. »

Et, ajoute le même auteur, on a admis « sans réflexion une théorie philosophique des obligations où il n'est tenu compte que du contrat, et où, dans le contrat, on ne voit que le concours de deux volontés libres, quelconques, sans nul égard aux exigences impératives, permanentes ou changeantes, du milieu social où elles concourent et qui seul leur a permis de concourir (1) ».

(1) Tarde, *Transformations du droit*, p. 115 et 116.

Ne tenant pas compte des manières d'être nouvelles de la vie, mobile et changeante, la théorie romaine est plus encore qu'autrefois une théorie abstraite, c'est-à-dire ne tenant pas compte des inégalités de conditions ou d'intelligences, des besoins impérieux de la faim et de l'amour ; contraignant la volonté humaine, en dehors de l'hypothèse de liberté et d'égalité du Code. Elle n'est pas adaptée.

La Révolution avait édicté la liberté du travail et de l'industrie en des lois mémorables : la loi des 2-17 mars 1791, la Déclaration des droits de 1793, la Constitution de 1793 (1). Mais elle ne l'organisait pas.

Le droit de coalition, en haine de l'ancien régime, et sous l'influence des idées individualistes, avait été interdit aux patrons comme aux ouvriers. C'était par la loi des 14-27 juin 1791. C'était là créer la liberté du travail et le contrat de travail d'une façon abstraite. La liberté et l'égalité n'étaient que dans les mots ; la chose est trop connue aujourd'hui pour que j'insiste, les patrons peu nombreux pouvaient se coaliser sans que personne n'en sût rien ; les ouvriers trop nombreux et pas disciplinés, ignorants des choses économiques, n'auraient pu échapper aux rigueurs de la loi.

Adam Smith croyait que le taux des salaires est déterminé par une « dispute » ou une lutte d'intérêts opposés entre le patron et l'ouvrier (2). Cette dispute, c'est le contrat, mais dégagé des conditions physio-

(1) Voir ces textes, Chailley-Bert., *op. cit.*, p. 4, 76, 77.

(2) Ingram, *op. cit.*, p. 138.

logiques et économiques, le contrat entre un ouvrier et un patron, entre deux hommes idéaux, maîtres de leur volonté. Conception chimérique, purement juridique, contre laquelle M. Tarde a eu raison de s'élever avec véhémence.

Par le principe des circonstances atténuantes, l'inégalité des conditions sociales a largement pénétré dans le droit criminel. Elles ont pour but de replacer l'homme dans son milieu, de le juger au nom de ce milieu et non pas au regard d'une impersonnelle et métaphysique justice. L'école des criminalistes italiens, notamment Enrico Ferri, a élaboré une théorie nouvelle où il est largement tenu compte de la faim, de l'ignorance, des tares physiologiques héréditaires, etc., où il est plus cherché à prévenir ou à guérir qu'à punir, à frapper.

Ces tendances, faibles au moment de la rédaction de nos Codes, n'ont eu aucune influence dans la législation civile, ou presque aucune.

Par un exemple juridique, il est simple de montrer comment on pourrait tenir compte de ces facteurs, humanisant les conceptions traditionnelles : par les droits de grève et de coalition, par le principe d'association que la République de 1848 avait promulgué comme un devoir pour les ouvriers (1).

Ici le Code pénal est intimement lié au Code civil : ils sont bien tous les deux issus des mêmes préoccupations de liberté et de justice abstraites.

(1) Décret des 25-29 février 1848 : « Le Gouvernement provisoire reconnaît que les ouvriers *doivent* s'associer entre eux pour jouir du bénéfice de leur travail. »

Je veux parler des articles 414, 415 et 416 abrogés par la loi du 25 mai 1864. Ils expriment au point de vue pénal la théorie civile du Code Napoléon, ils défendent les grèves.

Le contrat entre un fort et un faible ne peut exister : il faut voir, dans l'obligation, non l'effet d'une volonté de s'obliger, mais l'obéissance répondant à un commandement. C'est un point mis en lumière par M. Tarde, et déjà remarqué par Bentham et par Rousseau. Luther les avait précédés : « Quand on reproche à Luther de vouloir supprimer le jeu naturel des forces économiques en condamnant le prêt à intérêts, il fait observer que la vraie liberté n'est possible que sur le pied d'une certaine égalité, car le pauvre diable écrasé par la misère est à la merci de celui qui le fera vivre. Que si on lui objecte que cette théorie a pour aboutissant logique la négation de la liberté des contrats, il répond par cet argument topique : Que celui qui a faim est l'esclave de tout le monde, et qu'il est dérisoire de parler de liberté (1) ! »

Ce qui manque certainement à la base de toutes nos théories juridiques, c'est une base philosophique rendant compte des choses, de la réalité, c'est-à-dire des besoins naturels ; au lieu de cela (2), nous avons

(1) Aguiléra. Le mouvement de la réforme au xvi^e siècle et la question sociale (*Revue chrétienne*, n° du 1^{er} mars 1898). C'est une idée admise comme on voit par les esprits les plus divers. J'ajouterai : Kropotkine, *la Conquête du pain*, p. 11.

(2) Godin demande de « remonter aux lois naturelles des besoins propres à l'existence humaine. » *Solutions sociales*, p. 67 ; cf. p. 66 et 216.

des fictions, des abstractions, des métaphores, tout un monde qui n'a pas pied dans la vie.

Dans son très profond *Traité de législation*, Bentham a démontré l'absurdité de la thèse de Hobbes, fondant le droit politique, les obligations du peuple et du roi, sur le contrat. Il n'y a pas contrat à ses yeux parce qu'il n'y a pas égalité entre les contractants. Le peuple, par exemple, n'est pas libre de refuser son consentement sans exposer sa fortune ou sa vie (1). On ne respecte pas les contrats, dit-il en un autre endroit, parce que l'on a promis (2). La force intervient.

Dans ces deux remarques, Bentham, dans l'une, fait intervenir les nécessités économiques, dans l'autre, il proscriit la théorie du contact des vouloirs, il s'élève contre les conceptions traditionnelles.

Rousseau, dans le *Contrat social* (3), a combattu indirectement et sans y penser la théorie du consentement dans la législation.

D'après le Code civil, articles 1109, 1111, 1112, 1113, 1115, la violence est un vice du consentement, c'est-à-dire que celui-ci n'est point considéré comme inexistant, mais simplement vicié et annulable. « La force est une puissance physique, dit Rousseau; je ne vois pas quelle moralité peut résulter de ces effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-t-il être un devoir ?

(1) *Edition Dumont*, Bruxelles, ch. XIII, 6.

(2) *Idem* 9.

(3) 1, 3.

« Supposons un instant ce prétendu droit. Je dis qu'il n'en résulte qu'un galimatias inexplicable; car sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause: toute force qui surmonte la première succède à son droit.

« ... S'il faut obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir...

« Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois, non seulement, il faut par force donner la bourse; mais quand je pourrais la soustraire, suis-je en conscience obligé de la donner? car enfin le pistolet qu'il tient est aussi une puissance... »

L'homme qui a faim n'est pas plus maître de sa volonté devant ce besoin physiologique que devant le pistolet d'un brigand dans l'exemple de Rousseau. Et cependant on ne considère le consentement comme vicié que dans le second cas (1). La violence n'a pas la même apparence, cela est certain, mais ses effets sont absolument les mêmes. C'est à cette violence, courante, journalière, à laquelle le Code ne fait jamais allusion.

Et cependant, s'il fût remonté aux causes physiologiques du droit, il n'eût pas édicté une règle égale pour ceux qui possèdent et pour ceux qui ne possèdent pas.

Nous voulons insister sur la violence dans la formation du contrat.

Pour justifier le Code, on invoque des adages romains: *qui mavult vult; coacta voluntas, tamen*

(1) *Pandectes, Obligations*, 11, n. 7367.

voluntas. De deux maux on choisit le moindre, donc la violence n'est pas exclusive de consentement, sauf dans le cas improbable où, dans un écrit, une partie aurait conduit la main qui signe, par force.

Le Code n'admet que la violence brutale immédiate, venant d'une personne, mais non la violence moderne, qui s'appelle la nécessité du pain, la concurrence, la violence des faits, l'impossibilité de discuter, toutes choses ajoutant leur poids d'airain dans la balance symbolique de l'esprit. Pour vicier le consentement, la violence doit : a) faire impression sur une personne raisonnable ; b) l'exposer à un mal considérable et présent. Comme au viol antique vient se substituer peu à peu la séduction, reconnue elle par la jurisprudence pénale, il est également des formes nouvelles de la violence, sans poing, sans armes, sans menaces directes.

Je disais que le contrat se résolvait en commandement et en obéissance. Voici, après ce que nous venons de dire, un exemple qui fera comprendre l'absurdité de la théorie du Code :

Un homme commet un adultère ; le mari lui fait signer, sous la menace d'un revolver, une reconnaissance de dette. Celui-ci signe, par hypothèse. Il a consenti, dit-on, mais son consentement est vicié (1) : il a consenti, puisqu'il a agi et par conséquent choisi, délibéré.

Je ne vois là, contrairement à la doctrine universellement admise, qu'un ordre, l'obéissance d'un esclave ou d'un chien à son maître.

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, II, n. 805. V. notre exemple tiré de la pratique. S. 79, I, 393.

Je ne vois nulle différence entre ce cas et celui que je citais tout à l'heure d'une main guidée par force. Ce n'est qu'en apparence qu'il y a eu consentement ; il y a eu, en réalité, obéissance passive ; l'esprit ou la main, tous deux conduits sans pouvoir se révolter. Où est la différence ?

Dans l'espèce suivante la Cour de cassation nous semble avoir bien compris l'extensibilité de la violence, sans toutefois être allée jusqu'à notre façon de voir (1).

Un navire échoue par gros temps, non loin du port ; il va périr corps et biens ; le capitaine fait des signaux de détresse ; un remorqueur répond à son appel malgré une mer très dangereuse. Le patron sauveteur se montre exigeant pour les conditions du renflouement : il demande un prix exorbitant que le capitaine du navire en détresse s'engage néanmoins à payer.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 avril 1887 (2), a jugé que cet engagement était annulable pour cause de violence et qu'il y avait lieu seulement d'allouer au remorqueur la juste rémunération du service rendu. « Cette décision, enseigne M. Baudry-Lacantinerie à qui nous empruntons cet exemple, nous paraît vulnérable. Y avait-il dans l'espèce, ainsi que l'exige l'article 1109, un consentement extorqué par la violence ? La formule légale ne donne-t-elle pas très clairement à entendre que la violence doit être

(1) On voudra bien reconnaître dans tous ces développements l'influence des idées de M. Tarde.

(2) Dalloz, 88, I, 263.

l'œuvre d'une personne qui l'exerce en vue d'obtenir le consentement (1) ? »

Cependant, au-dedans de lui-même le capitaine n'a jamais eu l'intention de tenir son engagement ; il eût dit « oui » à n'importe quelles exigences. Cependant la loi suppose un consentement. M. Baudry-Lacantinerie, en s'attachant à une notion étroite de la violence, rejette la décision de la Cour de cassation ; mais celle-ci nous semble avoir parfaitement compris l'élasticité de la notion qu'elle remet dans la réalité des choses, en dépassant les termes trop peu compréhensifs de l'article précité.

En réalité, le capitaine a obéi à la nécessité, au besoin, au désir, absorbant tout l'être, de vivre, il a été commandé par la peur de la mort. Celle-ci est ici l'analogie du revolver de l'exemple précédent. Mais, ajoute M. Baudry, « la violence n'est pas exclusive du consentement, comme on pourrait le croire au premier abord. » Je ne puis que me référer à ce qu'ont pensé, au siècle dernier, Bentham et J.-J. Rousseau, et aux idées qui ont été développées naguère par M. Tarde.

A la théorie du contact des vouloirs il faut substituer une théorie plus sociale, tenant compte des nécessités physiques ou économiques, toutes deux intimement liées ; il n'y a pas seulement la violence humaine brutale d'une volonté sur une autre volonté. Il y a infiniment de nuances et ce sera une question de fait de savoir s'il y a eu consentement vicié ou absence de consentement.

(1) *Précis*, II, n. 86.

Il y a lieu d'ajouter que la lésion n'est pas admise par la Cour de cassation dans le louage de services (1), rarement dans les autres contrats, et seulement dans la vente des immeubles et dans tous les cas au profit des seuls mineurs. « Lorsque dans un contrat essentiellement commutatif, l'un des contractants, écrit M. Larombière, ne reçoit pas le juste équivalent de ce qu'il donne lui-même, on dit qu'il éprouve un préjudice, une lésion ». Mais cette définition très large est restreinte dans ses effets. En effet, cet auteur n'admet « qu'une lésion énorme, telle qu'on soit tenté de dire du contractant qui l'éprouve, qu'il n'a dû consentir que par erreur, dans la fausse supposition d'un juste équilibre de valeurs (2). Mais il faut ajouter à l'erreur la violence qui, elle aussi, a pu produire la lésion.

Les tribunaux de prud'hommes ont essayé de réagir, mais en vain, contre la violence doctrinale. Dans une de leurs décisions il est parlé de la « détresse » comme d'une « contrainte morale » viciant le consentement (3).

La lésion n'est pas admise dans le louage de services, parce qu'il s'agit de valeurs incertaines et non susceptibles d'une juste évaluation. C'est la doctrine enseignée par les Pandectes françaises (4), par Larombière (5), par Demolombe, pour ne citer que ces auto-

(1) S. 53, I, 101 ; 54, I, 133 ; D. 54, I, 20.

(2) *Des obligations*, sur art. 1118.

(3) S. 54, I, 333.

(4) *Les obligations*, n. 7367.

(5) *Les obligations, commentaire de l'art. 1118*.

rités. Il est assez curieux de noter, en passant, que le premier consul demanda que la rescision fût admise normalement dans les contrats, comme « une loi de mœurs » qui devait arrêter l'injustice et l'agiotage.

Quand on dit que le contrat de travail n'engendre que des valeurs incertaines, on oublie que le salaire ne doit pas seulement être considéré vis-à-vis du patron, mais vis-à-vis des besoins de l'ouvrier, que, grâce à lui, il pourra satisfaire. Sans engager ici notre opinion sur la nécessité d'une fixation légale du salaire, comme dans la Rome impériale, ou en Angleterre (par *Son statute of labourers*, de 1350) (1), ou dans la Belgique contemporaine (2), il ne faut pas oublier que le contrat de travail est lié à la vie du plus grand nombre, c'est-à-dire qu'il doit être protégé : la vie est le capital du pauvre, comme la maison ou la rente du riche. Nous verrons que le Code Napoléon en admettant des privilèges ouvriers n'a pas complètement méconnu cette vérité.

Cette façon abstraite de concevoir le salaire rentre dans la tendance de même caractère de l'économie politique du temps. « La richesse étant conçue comme étant ce qui satisfait les désirs, les qualités déterminables d'une manière définie que possèdent certains objets pour fournir des forces physiques et perfection-

(1) Villey, *La question des salaires*, p. 172.

(2) « Le ministère de l'agriculture et des travaux publics de Belgique met actuellement en adjudication divers travaux. L'article 1^{er} du cahier des charges s'exprime ainsi : L'entrepreneur paiera aux ouvriers, apprentis et manœuvres chargés des travaux de maçonnerie et de terrassement des salaires qui ne seront pas inférieurs au tarif suivant, etc. » *Petit Temps*, n° du 22 janvier 1897.

ner la constitution physiologique n'entrent aucunement en ligne de compte. Tout est contrôlé à la pierre de touche des idées et désirs subjectifs... La valeur étant considérée comme le résultat d'une simple appréciation mentale, on passe sous silence la valeur sociale des choses dans le sens de leur utilité objective, laquelle est souvent mesurable scientifiquement, et l'on ne prend en considération que la proportion de l'échange. »

L'économique, comme le droit, se développait en dehors de toute base biologique. D'où ce caractère, cette tendance théologico-métaphysique.

Je terminerai l'étude du premier caractère reconnu à la législation des contrats par une simple remarque.

La théorie du consentement au point de vue des aliénés vient du droit romain (1). Les compilateurs napoléoniens n'ont point tenu compte dans l'énumération des désordres de l'intelligence du *Traité médico-philosophique de l'aliénation mentale* de Pinel, paru en l'an IX ; le titre de l'interdiction fut promulgué deux ans après, le 18 germinal an XI. Il eut un grand succès. Cette simple remarque prouve avec quel souci de la documentation tout le Code Napoléon a été rédigé.

Nous venons de voir comment le contrat est abstrait, en dehors de la vie physique et économique, comment le Code régleme les vices du consentement au lieu de laisser entière latitude aux tribunaux, s'en tenant à la théorie romaine surannée du contact

(1) *Revue Wolowski*, t. 38, année 1850, p. 213.

des vouloirs (1). Il faut absolument donner une base physiologique et psychologique au droit. L'ancienne conception a eu naturellement sa répercussion sur toute la vie courante et c'est péniblement que la jurisprudence contemporaine essaye d'infuser un peu de vie dans les articulations sèches et raides de notre Code romain.

Le caractère financier est aussi visible. « Le patrimoine est un ensemble de droits et de charges appréciables en argent... Le patrimoine n'englobe que les droits de créances et non les autres, bien que tous présentent une utilité incontestable ; mais il ne suffit pas d'une utilité quelconque pour qu'un droit fasse partie intégrante du patrimoine, il faut qu'il procure directement et par lui-même *un avantage appréciable en argent* ; le patrimoine, en d'autres termes, ne comprend que des *biens* ; il n'y a de *biens*, au sens juridique du mot, et d'après la terminologie du Code, que les droits susceptibles de se ramener à l'idée d'une valeur pécuniaire (2). »

Cette idée est incontestablement une survivance du formalisme romain : elle donne à tout notre droit un caractère financier et matériel.

Dans le procès romain, en effet, à un certain moment, celui de la *litis contestatio*, le droit — revendication

(1) Ce consentement est « la cause efficiente des obligations. » C. de Santerre, V, n. 10.

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*. — Des Biens, n. 2., *infra*, n. 10 et 11.

d'un immeuble, demande d'exécution d'une obligation personnelle — se transformait en une dette d'argent. Ce qui définitivement était dû était non l'objet litigieux, mais un équivalent pécuniaire..

Le Code civil a suivi cette façon matérielle et extérieure de comprendre les relations humaines. Les commentateurs distinguent soigneusement les obligations morales des obligations juridiques. Celles-là « n'ont pas leur sanction dans la législation positive et celui qui les méconnaît ne relève que de Dieu et de sa conscience (1). »

Sans nullement entamer le for intérieur, on peut concevoir parfaitement une législation où tous les biens ne soient pas appréciables en argent uniquement, c'est-à-dire — pour rentrer dans la matière des obligations — que les objets de celles-ci n'ont pas besoin au point de vue juridique d'avoir un équivalent monétaire qui seul leur donne la vie juridique. Sans cesser d'ailleurs de soigneusement distinguer le droit et la morale, suivant l'idée traditionnelle.

C'est la théorie qu'ont admise les Allemands dans leur nouveau Code civil. Et, remarque notable, grâce à l'influence du romaniste Ihering, elle a été lumineusement et minutieusement examinée par M. R. Saleilles (2). Ses conséquences sociales morales sont certainement indéniables. Je n'en puis dire qu'un mot.

La principale conséquence, c'est la validité des stipulations pour autrui. « Qu'importe en effet que le fait

(1) Colmet de Santerre, V, 1 bis.

(2) *Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet de Code civil allemand* — cf. notamment p. 7 et suiv.

promis doit se réaliser au profit d'un tiers et que le stipulant n'ait en vue que l'intérêt d'autrui? » Toujours dans le même ordre de tendances, humaines et morales, nulle dette ne porte intérêt de plein droit, dans ce nouveau droit (1) ; la violation de la propriété et la violation de l'obligation constituent un seul délit civil (2).

Au contraire, dans le Code civil, nous avons une théorie purement pécuniaire, ne s'appuyant jamais sur le désir que peut avoir l'homme, être sociable, à agir sans idée de lucre. La stipulation pour autrui n'est pas admise. La réglementation de la donation ne suffit certes pas à donner le reflet de la bienfaisance à ce droit qui vient d'un peuple avare, avide des seuls biens matériels. Et encore le droit de disposer est-il soigneusement limité, sans charité, sans pitié. Il est l'organisation du donnant donnant, *zug um zug*, comme disent les Allemands (3). La différence entre les deux droits va s'accentuer.

On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son nom que pour soi-même, art. 1119, C. civ.

Les articles suivants établissent des dérogations à cette règle en somme absurde, par l'institution du porte-fort. « *Se porter-fort*, c'est déclarer qu'on s'oblige soi-même à déterminer une autre personne à

(1) Saleilles, p. 12.

(2) Saleilles, p. 14.

(3) Il est très rare que le Code accorde action pour la poursuite d'un intérêt purement moral. On peut cependant noter le cas de contestation d'une reconnaissance d'enfant naturel. La jurisprudence admet l'action morale de la part de l'enfant, de celui qui a reconnu. V. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, I, n. 876.

faire quelque chose, et particulièrement à s'obliger. C'est contracter, par conséquent, soi-même une obligation de faire, dont l'inaccomplissement entraînera condamnation à des dommages-intérêts (1). »

Ou encore par l'institution des clauses pénales : celui qui promet le fait d'autrui promet un dédit ou peine en cas de non-exécution. Il promet ici son fait. Le principe est tourné — et sauf.

On n'admet pas que celui qui stipule ait une action en dehors de ces cas, « parce que celui qui a stipulé ne peut agir, *faute d'intérêt pécuniaire* à l'accomplissement de l'obligation (2) ».

Revenons au droit allemand. Les stipulations pour autrui seront valables entre les deux contractants : celui qui stipule pour autrui et le débiteur ; cependant le premier n'a pas d'intérêt dans le sens français.

Quant au tiers non touché, il a le droit d'exiger la prestation conclue en sa faveur, contrairement au droit français, parce qu'ici, suivant nos principes, la convention est à son égard *res inter alios acta*. La solution admise en droit allemand était la solution admise par le droit romain à la veille du Bas-Empire (*benigne juris interpretatione*, il est vrai), dans le vieux droit germanique, sous l'influence de la pratique, de la vie. Cette tendance, comme le remarque M. Saleilles, vise à être celle du droit moderne (3). Les Romains, de l'époque classique, s'étaient tenus, dans la théorie

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, V, 31 bis.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 29.

(3) *Op. cit.*, n. 246 et 247.

de l'obligation, à l'idée d'un acte tout personnel ne pouvant produire d'effets qu'entre les parties (1).

Nous verrons, dans l'étude du caractère individualiste des obligations, le développement de la théorie allemande qui a complètement bouleversé les idées traditionnelles.

* *

Les contrats, que seul le propriétaire, *lato sensu*, peut faire, sont complètement et minutieusement réglés, comme nous avons vu minutieusement réglée la propriété. La vente, l'échange, le prêt, la société, le louage des choses, le dépôt, le séquestre sont réglés des art. 1582 à 1778, de 1782 à 1963, de 2085 à 2091 ; la contrainte par corps, de 2059 à 2070. Par contre, le contrat « de louage d'ouvrage et d'industrie » est réglé par les articles 1780 et 1781.

Il est évident — et c'est une idée admise par tous aujourd'hui — que le travail est la seule légitimation du capital. Idée théorique qui entre dans la législation positive, comme, par exemple, par la création de la Caisse nationale des retraites, organisant un nouveau régime de rentes en faveur de l'ouvrier ; on l'aide à devenir capitaliste et cela en considération du travail qu'il a fourni. Et cependant, par un illogisme qui frappe, la propriété est très réglementée ; le travail laissé à la « libre dispute » d'Adam Smith.

On a cherché, par divers arguments, à expliquer la lacune de la compilation de l'an XII.

(1) *Op. cit.*, p. 266.

L'argument principal est que l'industrie n'existait qu'à l'état embryonnaire au commencement du siècle. La vérité, selon nous, est qu'il y avait en 1804 un certain problème ouvrier, — moins complexe qu'aujourd'hui, il est vrai — dont se rendaient compte ceux qui réfléchissaient et même les compilateurs du Code.

Mais on n'admettait point l'intervention de l'État ou de la loi ; il fallait, pensait-on, laisser leur libre jeu aux lois naturelles.

En 1804, on connaissait les actions industrielles (1), ce qui indique évidemment un développement de l'industrie. Celle-ci existait puisque, bien avant le Code civil, avait été organisée une exposition nationale : « C'est sous le ministère de M. le Sénateur François de Neufchâteau qu'on a fait le premier essai de ces expositions publiques. En l'an VII, il y eut au Champs-de-Mars un concours général où tous les manufacturiers de France furent appelés ; des récompenses furent distribuées à ceux qui y avaient fourni les produits les plus parfaits. Le temple de l'industrie y était figuré, il était ouvert de tous les côtés, et cette fête fut appelée avec raison la *Fête de l'Industrie*.

« Les expositions qui ont eu lieu depuis dans le Louvre, le concours nombreux qu'elles ont attiré... (2) »

L'auteur de ces lignes, Vital-Roux, l'un des rédacteur du Code de Commerce, demandait dans le rapport, d'où nous les avons extraites, « un Code industriel ». « Il régirait, dit-il, toutes les manufactures ; il déter-

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, les Biens, p. 15.

(2) Rapport fait à la Chambre de Commerce de Paris, par Vital-Roux, sur les *jurandes et maîtrises* ; Loqué, t. 17, p. 455.

minerait tous les droits et les devoirs des ouvriers et des entrepreneurs ; il garantirait les contrats de toute espèce qui peuvent avoir lieu entre eux ; il en déterminerait la forme et les effets ; il assurerait la garantie de la propriété industrielle et des inventions. C'est là que chacun pourrait apprendre ses droits, étudier ses devoirs et trouver une *protection* constante et assurée (1). » Ce n'est pas là une idée en l'air, jetée au hasard, mais mûrie, indiquant, par le développement analytique qui lui est donné, qu'elle ne pouvait être seulement personnelle à l'auteur.

Portalès, dans son discours préliminaire du Code civil, indique la France comme un pays qui « offre tant de genres divers d'industrie (2) ». Jaubert dit que la France est « un pays surtout où l'industrie s'exerce de tant de manières et où il y a un si grand mouvement dans les capitaux (3) ».

Dès 1803, Saint-Simon, dans la *Lettre d'un habitant de Genève à ses contemporains*, demandait que les propriétaires nommassent une élite intellectuelle pour diriger le progrès des lumières : la situation des ouvriers s'améliorerait avec ce progrès. Il reconnaissait trois classes d'hommes : les intellectuels, les propriétaires, les ouvriers (4).

En remontant à la Révolution française, on trouve des témoignages aussi probants de l'existence de ce

(1) *Op. cit.*, p. 475, cf. p. 49.

(2) Loqué, t. I, p. 256.

(3) *Idem*, p. 358.

(4) D'après M. le professeur Pariset, cours à la Faculté des lettres de Nancy (1896).

problème. Aux environs de 1789 circulait un « cahier du quatrième ordre », un « cahier des pauvres » ; des « ateliers de charité » existaient sous Louis XVI ; la manufacture Reveillon fut saccagée dans les premiers jours de l'ordre de choses nouveau.

M. Levasseur, auquel nous empruntons les renseignements de ce dernier paragraphe, écrit, dans sa célèbre *Histoire des classes ouvrières*, que « le fléau du prolétariat... existait avant 1789 », et il constate, dès 1784, une très grande activité industrielle.

Les ouvriers élevaient d'ailleurs la voix : on demandait en leur nom, à l'Assemblée constituante, un minimum de salaire (1) ; sous le Directoire, pour maintenir la discipline dans les ateliers, le gouvernement s'arme de la loi de 1791 ; Fabre de l'Aude, à la veille du coup d'Etat, « réclamait l'entreprise des grands travaux publics, afin d'occuper et de nourrir les nombreux ouvriers sans ouvrage ». Le mal était si profond, que je rappelle que la secte de Babeuf comprenait 17.000 affiliés (2).

Argument encore plus typique et qui nous semble bien prouver la réaction de l'École d'Adam Smith, de la métaphysique, contre l'ancien régime, c'est que celui-ci avait une législation ouvrière. « Au

(1) Il y eut de nombreuses grèves et émeutes d'ouvriers au XVIII^e siècle. — Cf. *Compte-rendu de l'Académie des Sciences morales*, n° de février 1898, 2^e livraison. D'ailleurs d'après nos rédacteurs, sous l'Empire, les grèves étaient des « désordres » fréquents. Cf. Loqué, t. 31, p. 184.

(2) *Op. cit.*, notamment t. I, pp. 75, 82, 85, 91, 95, 135, 220, 221. Edition 1867.

xviii^e siècle surtout, depuis que le nombre des ouvriers s'était accru avec les manufactures, il (l'Etat) avait porté de ce côté sa sollicitude, surtout pour fortifier l'autorité des corps de métiers, soit pour superposer sa propre surveillance à celle des jurés, etc. » Le livret ouvrier est créé en 1781. M. Levasseur remarque que ces interventions de l'Etat constituaient moins une législation de justice que de police.

Le mouvement industriel était d'ailleurs si caractéristique, ainsi que son correspondant commercial, que le gouvernement impérial avait dû créer deux institutions pour y répondre : un ministre des manufactures (1), et, en 1806, les conseils de prud'hommes pour juger les différends journaliers entre maîtres et patrons.

Ces conseils de prud'hommes ont d'ailleurs leur analogue dans l'ancienne France : par lettres patentes de 1669 furent institués des juges de manufactures pour juger et régler différends et contestations entre maîtres et ouvriers et ouvriers entre eux « pour le fait de manufacture », selon l'expression de la *Grande Encyclopédie* à qui nous empruntons ce renseignement.

Dernier ordre d'argument : une loi du 22 germinal organisait des chambres consultatives des manufactures, arts et métiers, et un article 14 recommandait aux ouvriers et aux patrons d'exécuter leur contrat de bonne foi. Les hommes de loi n'étaient pas complètement ignorants des nécessités industrielles de leur

(1) Loqué, t. 17, 528.

temps. Ajoutons la loi du 17 juin 1791 interdisant les grèves et les coalitions.

Nous pouvons conclure qu'à cette activité industrielle correspondait tout un monde de travailleurs. Leurs intérêts furent négligés, à cause certainement des idées économiques régnantes et aussi à cause de la personne même des rédacteurs du Code. Légistes, hommes de cabinet, praticiens, purivresques, ils vivaient en dehors du monde industriel et commercial. Riches et gros personnages du Tiers-Etat, sans avoir obéi à un plan préconçu, ils ont naturellement légiféré dans le sens de leurs tendances bourgeoises. Peu soucieux d'observer, incapables de visions neuves ou généreuses, ils ont recréé l'ordre social sur son assise séculaire, la propriété, conçue sous la forme abstraite que l'on sait.

Je vais examiner rapidement les différents points de la législation qui nous occupe où les mêmes tendances s'accusent irréfutablement.

La rescision n'est admise que pour le vendeur d'immeuble (art. 1674 C. civ.), c'est-à-dire en faveur seulement du propriétaire, non de l'acheteur. Ce qui est, à la vérité, un exemple des plus curieux de l'intervention de l'Etat dans les affaires privées. L'article 1674 organise, pour le cas qu'il prévoit, une tutelle en faveur des majeurs et tourne le dos au laissez-faire qui ne souffre pas d'exceptions quand il s'agit des droits ouvriers.

« Dans la pensée du législateur, c'est le besoin qui a déterminé le propriétaire à vendre, et cette nécessité d'un moment a été destructive de sa liberté. On

voit d'un mauvais œil l'acheteur peu scrupuleux qui, alléché par un gain immodéré, a abusé de la détresse du vendeur (1). »

Il est curieux de noter la détresse admise comme viciant le consentement du propriétaire et ne viciant pas celui de l'homme qui loue ses services.

Cela s'explique par l'importance donnée à la propriété foncière et par le dédain qu'inspirait le travail matériel.

Il est incontestable qu'un droit est toujours aristocratique : la tendance moderne est de rendre cette aristocratie juridique toujours plus nombreuse.

Dans le même ordre d'idées, l'article 1793 constitue également une véritable tutelle de la loi en faveur du propriétaire qu'elle protège contre les artifices des entrepreneurs et des architectes (2). « L'architecte ou l'entrepreneur n'a pas le droit de réclamer (dans l'hypothèse d'un forfait) une augmentation de prix en raison de changements ou d'augmentations faits au plan arrêté avec le propriétaire, à moins que ces changements ou augmentations n'aient été autorisés *par écrit* et que le prix n'en ait été *convenu*. » « Le législateur a voulu que le propriétaire, dit C. de Santerre, ne s'engageât qu'à bon escient, qu'aucun malentendu n'existât entre les parties, et que des conversations ou des pourparlers ne fissent pas croire à l'une que le travail était commandé, tandis que l'autre le croirait encore à l'état de projet. »

(1) Béchoux, *op. cit.*, p. 148.

(2) Dans ce sens, cf. Acollas, 3, p. 414. C. de Santerre, 7, n. 246 et 246 bis.

Il y a lieu de constater qu'un certain nombre d'articles défendent le propriétaire contre lui-même. On restreint sa liberté en faveur de la propriété, véritable tutelle que l'on n'a guère essayé de faire disparaître et qui est certainement le meilleur argument en faveur de ceux qui demandent l'extension de cette protection aux ouvriers.

Il faut, par exemple, l'intervention du notaire pour faire une donation (art. 931 Code civil), la propriété du mineur est rigoureusement défendue (art. 904 et 907); il suffit de rappeler que la liberté de tester n'existe guère : on peut disposer de la moitié de son bien si l'on a un enfant, du tiers si l'on en a deux, d'un quart si l'on en a trois et plus (art. 913).

Ce sont de véritables empiètements de loi, des dérogations à la liberté telle qu'elle était conçue par les philosophes du dernier siècle.

L'art. 1689 C. civ. admet la cession des créances : son effet est de donner au débiteur un nouveau créancier, mais le débiteur ne joue dans la cession qu'un rôle passif, il est le *cédé*, selon l'expression doctrinale : c'est une vente. La personne du débiteur, liée à la créance, suit la volonté du créancier. A ce droit du créancier ne correspond pas en droit français un droit analogue du débiteur : celui-ci, avec l'assentiment du créancier, se substituera un autre débiteur par voie de novation, « c'est-à-dire par voie de création d'une nouvelle dette qui n'aura pas forcément la même physionomie que l'ancienne, ni au point de vue des privilèges qui peuvent l'entourer, ni à celui

des exceptions qui s'y trouvent attachées (1). » En droit allemand, le droit passif a été séparé du droit actif : « On les traite comme on traiterait toute autre chose ; il s'ensuit qu'ils pourront changer de possesseurs. » C'est un système plus commode et qui institue, autant qu'il est possible, un traitement analogue, pour le créancier et pour le débiteur.

Enfin en droit français, dès que le créancier a cédé son droit, toute convention passée ensuite entre le cédant et le cédé devient inopposable au cessionnaire. Par ce système, celui-ci peut être exposé à payer deux fois.

Le nouveau droit allemand, plus pitoyable en faveur du débiteur, déclare que les actes faits de bonne foi par celui-ci, avant qu'il ait connaissance de la cession, sont opposables au cessionnaire (2). Tout dépendra d'une question de preuve. Notre Code, apriorique uniforme, voulant toujours simplifier, admet une présomption irréfragable de connaissance chez le débiteur qu'il fonde sur l'accomplissement d'un acte de publicité.

Dans le droit allemand, l'idée d'obligation s'humanise ; elle n'est plus considérée comme un rapport d'un maître absolu et d'un esclave. A celui-ci il rend sa personnalité en dégageant sa volonté de celle de son créancier. C'est l'organisation d'un droit sur des bases humaines, non pas sur des fictions ou les survivances du droit autoritaire des Romains.

(1) Saleilles, *op. cit.* p. 69 et sq.

(2) Saleilles, p. 83.

Un article encore plus caractéristique que les précédents au point de vue qui nous occupe est l'article 1781. « Le maître est cru sur son affirmation — pour la quotité des gages, — pour le paiement du salaire de l'année échue, — et pour les acomptes donnés pour l'année courante. »

D'après le Répertoire de Dalloz, cet article vient de l'ancienne France. La justification qu'il en donne cadre bien avec l'optimisme du XVIII^e siècle. « On avait pensé qu'entre le locateur de services et le maître, c'est le dernier qui, par son éducation, ses habitudes, sa position sociale, est le plus digne de foi, et qu'il était impossible de supposer qu'un maître osât spéculer sur les avantages de la position que lui fait la loi pour enlever à un pauvre domestique ou à un malheureux ouvrier le fruit de son travail, la récompense des sueurs répandues à son profit. »

Loin de se tenir strictement aux termes de ces articles, plusieurs auteurs, notamment le Répertoire de Dalloz et Troplong, admettent qu'il faut ajouter à l'énumération les effets, les vêtements (1).

Le même droit est admis en faveur du propriétaire. Nous nous contentons de transcrire l'art. 1716 :

(1) Répertoire Dalloz, V^e Louage d'ouvrage et d'industrie, n. 31 et 37. V. d'Avenel *Histoire de la Propriété*, etc., Introduction, p. XII. Faisant allusion à notre article : « La législation, les mœurs concédaient ici au propriétaire d'argent une prééminence qu'il n'a plus, ou qu'il est du moins en train de perdre. M. Colmet de Santerre, sans le dire formellement, regrette l'abrogation de cet article. La disposition de l'article 1781, présentée dans ces dernières années comme le résultat d'une pensée antiégalitaire, était donc inspirée par l'intérêt d'un grand nombre de personnes qui ont besoin d'engager leur travail à autrui pour trouver les moyens de subsister. » *Op. cit.*, VII, 432 bis, I.

Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.

Illustrent la même tendance les articles 1789 et 1790. En cas de perte de l'objet qu'il doit travailler, « tandis que dans le cas où l'ouvrier travaille sur la chose du maître le droit romain voulait que le maître supportât même la perte de la main d'œuvre, lorsqu'elle arrivait par cas fortuit, le Code Napoléon met cette perte à la charge de l'ouvrier (1) » par l'article 1789 : *Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.*

Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière. Art. 1790.

Il est impossible, même au point de vue des principes généraux, de justifier cette législation. La perte de la chose doit être supportée par le propriétaire, *res perit domino* ; or, dans l'hypothèse prévue par notre article, l'ouvrier n'est pas propriétaire. Son salaire est gagné par le seul fait de son travail.

(1) Dalloz, *op. cit.*, n. 125.

Il semble juste de répartir ainsi la perte entre le maître et l'ouvrier, mais c'est en somme faire largesse du travail de celui-ci. L'ouvrier, incontestablement, est débiteur de l'objet qu'il a travaillé, « il ne doit pas plus souffrir de la perte, qu'un vendeur qui n'a pas encore livré la chose vendue, lorsque cette chose vient à périr. »

On a justifié le législateur par un argument indirect : l'article 1790 « présente cet avantage pratique de supprimer des procès (1) ». L'argument est excellent, mais l'important est la façon dont le procès est évité : ici, elle nous semble vicieuse.

Notre caractéristique a d'autres manifestations.

« On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. » Cet article (1781) reprend l'art. 15 de la Déclaration des droits de la Constitution de l'an III, ainsi conçue : « Tout homme peut engager son temps et ses services, mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. »

Par la contrainte par corps il est évident que l'homme est dans la dépendance de son patrimoine de la richesse ; il devient une chose au sens propre, puisque sa personne est mise en quelque sorte sous séquestre ou en gage, comme un immeuble ou un objet mobilier. Comme dans l'ancienne France, la contrainte organisait, créait une véritable féodalité

(1) Colmet de Santerre, VII, 243 bis, II.

financière qui n'a d'ailleurs pas disparu. « En ce temps, dit M. d'Avenel, où tout salaire, toute obligation prenait la forme d'un fief, on affieffait de l'argent et l'on devenait vassal d'un billet de mille francs ou d'un sac de pièces d'or : il y avait une féodalité mobilière ou métallique à côté de la féodalité foncière ou terrienne (1). »

L'homme est le serf de sa dette, sa liberté dépend de la volonté du créancier : il est sous sa dépendance, son vassal.

Si l'ouvrier ne peut plus engager sa personne *au même patron* pour la vie, du moins, par la législation du Code civil, doit-il impérieusement s'engager envers *le patron*. Les personnes changeaient, mais non l'assujettissement. Basant toutes nos critiques sur la législation existante, je dirai que cet état de choses tend à disparaître par les syndicats de production, par les caisses de retraites, qui, les premiers, font l'homme ouvrier et maître à la fois, et les secondes, lui permettent à un certain moment le repos du rentier : c'est ce que j'appelle l'organisation concrète du principe abstrait contenu dans l'article 1780.

En rapprochant le principe de la liberté, tel qu'il est organisé par la législation, de la contrainte par corps, il est facile de voir qu'il est lettre close, qu'il n'empêche point l'asservissement de l'homme pauvre au riche.

* *

L'individualisme dans les obligations. « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs per-

(1) *Histoire de la propriété des salaires et des denrées*, t. I, p. 93.

sonnes s'obligent, envers un ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » Art. 1101 C. civ.

« De la définition contenue dans l'article 1101 il ne ressort pas très clairement, comme le remarque M. C. de Santerre, que le contrat peut produire des obligations réciproques. » Je vois là, dans cet article qui est le premier du titre des contrats, un indice des tendances unilatérales, individualistes, de toute cette partie de la législation. Comme nous avons essayé de le montrer dans notre étude des origines métaphysiques du Code, celui-ci ignore presque totalement la solidarité sociale.

Par la concurrence illimitée qu'autorise le Code, par l'absence de toute contrainte forçant au devoir social, chacun laisse aller ses désirs dans le sens de ses appétits, sans retenue. Il n'y a pas de lisière aux appétits individuels, ceux-ci ne sont pas contraints au respect du faible, à tenir compte de ses besoins stricts. La loi légifère, en gros, pour l'ensemble, cherche à maintenir un certain ordre apparent, extérieur, dit ordre public, non défini, mais constamment invoqué par les docteurs et les magistrats.

Il est évident que l'idée de l'ensemble doit prédominer dans toute législation ; tout dépend de la façon dont on entend et réalise un tel dessein.

Telle qu'elle fut comprise par les rédacteurs napoléoniens, sous l'influence des idées que nous connaissons, elle équivalait à sacrifier les faibles, à renforcer la puissance de quelques-uns, les mieux doués, les plus riches. C'est pourquoi nous disons que l'ordre

est apparent, l'égalité dans les mots et que la concurrence, loin d'être limitée dans sa bestialité, trouve un renfort dans la loi elle-même.

Le droit doit s'appuyer sur l'individu, mais compris dans sa relation avec les autres hommes, avec l'ensemble. Or, l'on sait que le XVIII^e siècle n'eut de l'individu qu'une notion sèche et abstraite.

A vrai dire, dans les faits sociaux, l'individu, c'est-à-dire l'être conçu isolé, comme au dernier siècle, n'existe pas. Il ne peut être conçu indépendamment de ses rapports avec ses compagnons de vie ou avec le milieu social. On ne comprend juridiquement rien que sous l'idée de rapport. En dehors de cette relative il ne reste qu'un individu métaphysique, absurde en matière de droit, qui est précisément la réglementation des rapports sociaux, qui est l'organisation des restrictions à nos libertés, nécessaire au maintien de la vie en commun.

Il y a contradiction, nous semble-t-il, entre la finalité du droit et l'idée d'individu ainsi comprise.

En droit, l'égalité et la liberté ne se conçoivent et ne peuvent se concevoir que dans les rapports des individus avec leurs semblables ; jamais au point de vue individuel, mais au point de vue de la solidarité sociale inéluctable. L'individu n'est pas une unité indépendante, un microcosme.

La législation napoléonienne imbue de cette idée fautive a isolé l'homme de ses semblables, a tenté de diminuer ses points d'attaches, loin de se rendre compte que l'homme perdait proportionnellement autant de liberté réelle.

Au droit individualiste succède un droit multipliant les rapports légaux entre les hommes.

On pensait que pour que l'homme fût libre il fallait l'isoler, diminuer les rapports de droit parce qu'ils sont précisément des restrictions à nos libertés individuelles. On diminuait les interventions de la loi ; mais la pratique s'est chargée de montrer que cette indépendance juridique, cet isolement des individus conduisait au despotisme de quelques-uns, au sacrifice des plus faibles, c'est-à-dire du plus grand nombre. Et aujourd'hui tout en voulant la liberté avec la même force qu'au XVIII^e siècle, mais guidés par une vue plus exacte des choses sociales, nous tâchons au contraire d'unir les intérêts des individus les uns aux autres, forçant ainsi chacun à se préoccuper des conséquences de ses actes, socialisant la personne jusqu'ici trop isolée, la libérant légalement toujours plus des inégalités de fait, la force, la richesse, la santé, l'intelligence, prévenant le funeste effet des lois dites naturelles. C'est, par exemple, la loi sur l'assistance médicale et l'organisation jurisprudentielle du devoir patronal, ou la loi sur les accidents du travail, de 1898, ne laissant plus les patrons et les ouvriers isolés. C'est ce que Godin appelle « les équivalents de la richesse » pour le travailleur.

La solidarité pénètre le droit, c'est-à-dire l'idée, le sentiment de la mutuelle dépendance organique et sociale qui unit les hommes les uns aux autres par une fatalité à laquelle ils ne peuvent se soustraire. Plus marche l'humanité, plus les dettes mutuelles augmentent ; plus nous avons besoin les

uns des autres, par le développement de l'industrie, des relations commerciales et la division du travail toujours plus accentuée.

Plus que la liberté individualiste, la loi de solidarité est, pourrait-on dire, le véritable droit de la nature, inhérent à la vie sociale aux molécules toujours plus intimement liées, agglomérées. L'assistance se comprend alors, comme droit, comme devoir légal.

Toute la vie se résume en dettes et en créances innommées. Une formule des saint-simoniens résume bien ce mouvement : L'homme devient « une fonction obligée du vaste phénomène dont il fait partie (1). » L'homme est replacé dans son milieu, dans ses relations ; le capital est compris dans sa relation avec le travail (2), ceux-ci dans celles qui les unissent avec les êtres de chair et d'os, avec les besoins physiques, avec la conscience. La richesse est envisagée dans son utilité objective et, comme les mailles d'un immense filet, tous les actes, toutes les idées sont reliés intimement, indissolublement.

Nous avons vu le droit en dehors de la vie, les intérêts du maître séparés de ceux de l'ouvrier, ceux du riche séparés de ceux du pauvre, la valeur conçue abstraitement, l'homme, pure entité. Ce que l'on peut appeler une législation individualiste, abstraite.

(1) *Exposition de la doctrine*, 1^{re} année, p. 298.

(2) Cf. Loi du 29 juin 1894 : Les pensions de retraites et les secours aux ouvriers mineurs sont payés sur un fonds formé par l'exploitant lui-même et une certaine retenue sur les salaires. Art. 2.

En comparant la législation napoléonienne au droit nouveau allemand nous verrons cette caractéristique plus nettement accusée.

Rappelons d'abord ce que nous avons dit déjà, que le code civil allemand, fuyant la vieille théorie romaine d'engagements strictement personnels aux parties, admet des engagements unilatéraux, en dehors de l'idée traditionnelle du contact des volontés. Ces obligations unilatérales ont un caractère social très accusé, une portée immense dépassant de cent coudées l'ancien unilatéralisme. M. Saleilles sera encore ici notre guide.

« Une obligation se crée sans créancier déterminé : un individu est engagé sans savoir avec qui il l'est : voilà qui est nouveau. Nous concevons un titre constatant un engagement pris par un individu dont le nom est jeté sur le marché, c'est le *nomen* des Romains, et cet engagement pris envers le public, offert à tous : celui-là aura le droit de s'en prévaloir qui sera porteur du titre qui le constate (1)... La détention du titre est le fait qui fixe la créance et spécialise le créancier, comme en cas de solidarité active ; étant donnée une pluralité de créanciers, la poursuite intentée par l'un d'eux détermine celui, entre tous, à qui le débiteur devra payer. Il n'y a de cession, ni dans un cas, ni dans l'autre : il y a indétermination ; dans un cas, l'indétermination porte sur l'exercice du

(1) Dans les *Pandectes françaises*, il est enseigné que c'est « une vérité élémentaire » que la pollicitation ne saurait obliger ; ils se réfèrent à Pothier et à Grotius pour la légitimer. (Obligations II, n° 7030.)

droit, dans l'autre elle porte sur le droit lui-même ; dans un cas, on ne sait entre plusieurs ayants-droit qui aura le bénéfice du droit, dans l'autre on ne sait quel est l'ayant-droit ; sa détermination dépend d'une circonstance dont la réalisation n'implique aucune désignation de personne. L'obligation résultant du titre au porteur est une obligation à créancier indéterminé : nous avons donc raison de prétendre que les besoins de la pratique moderne avaient produit une variété d'obligations, considérée comme une transformation du type romain de l'obligation (1). »

Les effets de la volonté dépassent la portée, comme on vient de le voir, de ceux de l'obligation admise chez nous : ils sont clos hermétiquement dans un petit cercle dont la loi ne les autorise pas à sortir : chaque volonté n'a pas une force d'expansion illimitée par le fait d'une législation qui convenait à un temps de petites affaires, où l'on traitait entre voisins, entre parents, entre gens de connaissance.

De tels principes ont d'ailleurs leur influence pratique. Le Code civil allemand reconnaît à certains engagements unilatéraux une valeur juridique (outre le cas précité), d'allure financière : à la promesse de récompense et à la promesse de fondation, pieuse ou laïque. Dans les cas que nous venons de citer, en France, nous tomberions dans la législation compliquée des personnes morales, ces manifestations de volonté se heurteraient à l'ingérence gouvernementale, reste du droit romain. En droit allemand, la règle est

(1) *Op. cit.*, n. 268.

simple : on est lié à sa parole : *Gebundenheit an's Wort*. Il est difficile d'être plus simple et plus compréhensif.

En passant nous pouvons remarquer qu'au point de vue de l'association, le Code en reste au droit romain ; la crainte du gouvernement envers le groupement concorde merveilleusement avec les tendances individualistes et autoritaires de l'époque. Encore aujourd'hui bien des gens croient, en s'associant, abdiquer une partie de leur liberté ; cependant ce n'est que par l'association que, dans notre milieu actuel, pourra s'organiser concrètement la liberté, l'association permettant aux faibles de s'unir, renforçant les volontés isolées, tenant compte des circonstances ; les associations, les véritables et nécessaires intermédiaires, comme le pense tout un groupe d'économistes parmi lesquels M. Cheysson, entre l'Etat et l'individu. Ce point de vue, que nous ne pouvons qu'indiquer, est celui, dans une mesure appréciable, de la nouvelle législation. Comme cet économiste le remarque, de l'individualisme du Code « découle logiquement l'envahissement graduel et irrésistible de l'Etat ». C'est l'école d'Adam Smith qui a préparé les voies de l'ordre de choses contre lequel s'insurgent, contre tout esprit critique, ses partisans attardés (1). En lui résistant ils ne voient pas la marche en avant des idées juridiques, croyant, tout au contraire, à un recul aux conceptions autoritaires de l'ancien régime ou de l'antiquité.

(1) *Economiste français*, 17 février 1894.

Il est intéressant de noter le progrès ouvrier et moral par le développement des associations, jadis purement capitalistes, aujourd'hui ouvrières ou mixtes. Le travail est ainsi protégé par de nombreuses lois ; les plus notables sont les lois du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, du 21 mars 1884 sur l'organisation des syndicats professionnels, du 29 juillet 1893 ayant pour objet l'admission d'associations ouvrières françaises aux marchés de travaux et de fournitures à passer pour le compte des communes.

« L'association ne nous fait pas encore sortir de l'égoïsme, mais tandis que, par le commerce, l'égoïsme cherchait son intérêt aux frais de l'intérêt d'autrui, il cherche, par l'association, son intérêt dans l'intérêt d'autrui. L'intérêt de mon associé et le mien ne font plus qu'un ; ce qui est avantageux à l'un l'est du même coup à l'autre. En ce sens, l'association établit entre l'égoïsme et le désintéressement une sorte de transition (1). »

Du caractère apriorique, nous en avons déjà touché un mot. Nous ne voulons pas insister, nous bornant à indiquer seulement que les vices du consentement ne devraient pas faire l'objet d'articles, déterminant *a priori* leurs formes et leurs effets. Il devrait y avoir,

(1) Bougle, *Les sciences sociales en Allemagne*. (*Revue de métaphysique et de morale*, juillet 1895, p. 453.)

en cette matière, latitude expresse du juge, juge de bonne foi et d'équité. Une détermination apriorique de règles empêche certainement, comme nous l'avons déjà remarqué, la jurisprudence d'appliquer largement la rescision ou la violence ou le dol aux contrats, à ceux des ouvriers plus spécialement. Elle est liée par des textes formels que peut seule battre en brèche la loi : ce que, d'ailleurs, elle fait dans une large mesure. La jurisprudence ne peut développer autant qu'il serait à désirer la bonne foi dans les relations juridiques. Quand elle le fait, c'est souvent au mépris des textes, en invoquant des maximes, telles que : *fraus omnia corrumpit*, contre l'application généralisée de laquelle beaucoup de juristes protestent. Il est vrai que, dans certains cas, la loi ne tient nul compte de la mauvaise foi, comme dans l'article 2269, traduction du brocard latin : *mala fides superveniens usucapionem impedit*. Par l'admission étendue de cette règle, le tribunal deviendrait une sorte de jury qui, lui, est moins lié par les textes de lois que par son impression personnelle sur le fond de l'affaire.

En proscrivant cet adage, nous retombons dans cet ordre public extérieur qui rappelle ce que Tacite disait de la *pax romana* dans certains pays que les légions avaient transformés en désert. Les mots ne répondent pas à la réalité ; l'ordre public couvre les violences, les parjures, les manques de paroles, l'écrasement des faibles par les forts.

Il est certain, d'ailleurs, que la notion de l'ordre public est extrêmement variable, qu'elle est heureu-

sement variable, encore que fixe dans certaines de ses règles. « Mot que l'on emploie si fréquemment sans en comprendre la vraie signification, dit la Cour de cassation. L'ordre public coexiste dans l'observation exacte des grands principes sur lesquels repose l'organisation de la société ; l'ordre public existe lorsqu'il y a harmonie entre les actes humains et les principes ; il est violé lorsque cette conformité n'existe plus (1). »

Définition très lâche, et que la jurisprudence ne comprend pas toujours dans le sens du respect absolu de la personne humaine. Il nous semble qu'elle est, au contraire, bien inspirée lorsqu'elle contraint le patron à l'observation de certains devoirs, mettant ainsi en harmonie, par la contrainte judiciaire, avec les principes sociaux nouveaux, non encore admis par les lois d'une façon explicite, les actes humains. L'ordre public est alors compris concrètement, c'est-à-dire en tenant compte de toutes les circonstances économiques et psychologiques, et les légitimes critiques de notre esprit contemporain ont raison heureusement de l'individualisme abstrait du Code Napoléon.

La notion de l'ordre public n'est formulée nulle part, mais sous-entendue, très peu explicitement d'ailleurs, dans nos différents textes législatifs. Ce qui permet heureusement les notions les plus compréhensives, celles qui seront le moins contradictoires avec l'idéal moral de ce temps. Je veux dire que le droit ne formulant pas cet ordre, il y a lieu d'y intégrer des éléments non uniquement juridiques, admet-

(1) Dalloz, 53, 1, 102.

tant notamment, comme criterium de sa vérité, le jugement de la conscience. C'est ce dernier élément qui lui donnera une valeur morale, en contre-sens avec sa caractéristique, jusqu'alors extérieure, matérielle. Il faut que, dans chaque espèce, elle soit déterminée dans une grande mesure, en dehors de règles aprioriques ; c'est ce que pense, encore trop faiblement, la nouvelle jurisprudence.

§ V

Le travail et le capital ne sont pas sur la même ligne, dans le Code Napoléon ; celui-là est subordonné à celui-ci, volontairement le plus souvent, et, dans certains cas, par la façon défectueuse dont les principes sont réglementés. Au contraire, la loi eût dû les souder intimement, les mettre sur le même rang. Le capital ne nous semble pas pouvoir être compris en dehors du travail, qui seul le légitime. C'est l'organisation du travail qui devrait être à la base de notre régime juridique, le capital n'étant qu'un effet, une conséquence du travail. C'est ce que l'on commence à comprendre.

Avec la prépondérance accordée par la loi au patron, l'industrie, sous la direction des lois naturelles, s'est organisée monarchiquement, selon une remarque parfaitement juste de Charles Gide que nous avons déjà signalée. Loin d'aboutir à la libre expansion de chaque individu, le régime de liberté a abouti aux luttes de classes, toujours plus après à

mesure que l'ouvrier comprenait plus. La loi n'établissant aucun contrepoids, — comme elle tente de le faire aujourd'hui, — la lutte ne pouvait que devenir plus violente. Comme on l'a dit, la liberté ne se prend pas, il ne suffit pas de la décréter ; elle doit être organisée pour être une réalité. *Freiheit ist kein Lösung.*

Conçu abstraitement, le contrat de travail est compris en même temps matériellement, comme la propriété : aucun devoir moral ne leur est attaché. L'homme vend son travail comme le marchand vend du bois ou un terrain ; le facteur humain n'intervient pas lorsqu'il s'agit de régler. Nous pouvons, dans le même sens, remarquer la matérialisation de l'homme par la contrainte par corps ; la subordination de sa liberté, comme valeur sociale, à celle de la richesse lorsque l'on voit plus de difficultés entourant le mineur engageant sa fortune que le mineur engageant sa personne. C'est une occasion d'injustices.

De même que beaucoup s'imaginent perdre de leur liberté lorsqu'ils s'associent, de même un grand nombre croient à l'intervention de l'État intimement lié l'asservissement de l'individu, aujourd'hui encore comme lors de la rédaction de nos Codes. D'autres et plus justes idées commencent à poindre. L'État est destiné à devenir provisoirement, tandis que l'individu naîtra à la pleine conscience de lui-même, le médiateur des rapports économiques par le droit civil, comme il est déjà le « médiateur et le pacificateur en droit criminel », selon l'expression de M. Dareste, depuis qu'il a supprimé la vengeance privée. Dans un

cas comme dans l'autre, la liberté individuelle ne peut qu'y gagner ; ce qui nous étonne, c'est que l'on n'ait jamais songé à cette analogie ; elle nous semble d'autant plus juste qu'il n'y a pas de différence essentielle entre le droit civil et le droit pénal, comme l'a, le premier, remarqué avec profondeur Dumont, l'éditeur des œuvres de Jérémie Bentham. Il est vrai d'ajouter, comme correctif, que de telles ingérences légales ne valent que par la façon dont elles se présentent. Ces tendances, conciliation de l'individu et de l'État, ont été exprimées pour la première fois par les socialistes de la chaire allemande (1) ; elles pénètrent les législations modernes, même en Angleterre.

Scientifiquement, il ne s'agit plus de savoir si l'État doit intervenir ; comme l'a démontré depuis longtemps Rodbertus (et Bentham, avant lui, avait remarqué que toutes lois, par définition, portent atteinte à la liberté), l'État intervient toujours ; nous savons dans quel sens et au profit de qui. Il y a toujours un état de droit, c'est-à-dire une intervention ; cette remarque faite, il s'agit simplement de savoir quel est le meilleur état et quelle est la meilleure législation. On pourra d'ailleurs se guider sur une définition courante du droit : la restriction à nos libertés pour en permettre l'accord.

On voit aujourd'hui que la position économique de l'individu, au lieu de dépendre simplement de soi-disant droits naturels ou de ses facultés natives,

(1) Bismarck s'en déclara partisan à la tribune du Reichstag, en 1878.

est aussi, et peut-être bien plus, déterminée par le système de droit. Cette vue originale explique que nous cherchions si minutieusement les caractéristiques de la législation. Et nous pourrions certes déjà conclure que c'est le capital (le propriétaire, le patron) qui était la principale préoccupation des législateurs napoléoniens. A ce seul point de vue déjà, un tel droit a fait son temps. Il y a lieu toutefois de corriger par quelques exceptions, d'importance minime, il est vrai, ce qu'aurait d'excessif cette conclusion absolue.

Le Code Napoléon édicte certaines dispositions en faveur des ouvriers, notamment les articles 1798 et 2101, 2102, 1^o, 4^e paragraphe, 2103, 4^e et 5^e par. (1).

Ces articles impliquent que les ouvriers avaient une importance qui était visible à l'époque de la rédaction du Code civil ; c'est un argument qui s'ajoute à la thèse que nous avons soutenue à ce sujet.

Le premier de ces articles établit une action directe au profit des ouvriers employés par un entrepreneur ; cette action « ne pourra dépasser la limite de ce dont le propriétaire se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où elle est intentée ». D'après le droit commun, les ouvriers ne devraient avoir pour débiteur que l'entrepreneur, et ce n'est que pour leur éviter « le circuit d'actions », selon l'expression de C. de Santerre, et leur donner la préférence d'un privilège, contrairement à l'article 1166, que cette règle a été établie. « Les ouvriers ont, par leur travail,

(1) On peut ajouter les articles 2271 et 2272, réglant certaines prescriptions ouvrières.

contribué à acquérir à l'entrepreneur sa créance contre le propriétaire, il est juste qu'ils soient payés avant tous les autres sur la valeur qu'ils ont créée (1).»

L'article 2101 admet un privilège général sur les meubles en faveur « des gens de service » quant à leur salaire pour l'année échue et ce qui est dû pour l'année courante. Mais il ne s'agit pas dans cet article, d'après la doctrine et la jurisprudence, de l'ouvrier de l'industrie ou du journalier qui cultive la terre ; mais uniquement des domestiques. La portée de cet article est donc singulièrement restreinte.

La loi du 28 mai 1838 déclare privilégiés au même rang que les gages des gens de service, les salaires dus aux ouvriers de fabriques ou autres, employés directement par le failli, pour le mois qui a précédé la déclaration de faillite. Ce n'est que le commencement de la réforme nécessaire.

Il n'est parlé que des gens de service : cela témoigne assez du caractère social de ceux qui rédigèrent le Code.

L'article 2102 crée un privilège en faveur de l'ouvrier employé à la production et à la perception de la récolte et du réparateur d'ustensiles.

Nous nous contentons de renvoyer à l'article 2103, 4^o, qui n'est jamais appliqué. Dans le 5^o de cet article la loi applique aux bailleurs de fonds pour payer les ouvriers le privilège des ouvriers, comme dans un autre article elle leur applique celui du vendeur, au cas où ils avancent le prix de vente. Cet article est

(1) *Op. cit.*, VII, n. 251 bis.

évidemment autant en faveur des ouvriers que du capitaliste.

Je ne crois pas que ces articles altèrent sensiblement, telle que nous l'avons caractérisée, la physiologie générale de cette partie du Code Napoléon.

Au rebours des idées du Code naît, s'essaie à naître dans le nouveau droit, la notion de l'équivalence morale et sociale des services, des activités. En même temps on cherche à diminuer la subordination autoritaire exigée par la coopération, sans diminuer la réciprocity des services. Ce sont des idées nouvelles qui vont transformer la législation traditionnelle (1). On égalise les inégalités selon l'expression de Montesquieu que nous reprenons.

Nous voulons faire allusion à toutes les lois de prévoyance, les caisses de retraite, de secours, les syndicats professionnels, la législation qui a étendu le système des assurances : le capital s'humanise, il devient le libérateur contre la maladie, l'accident, la vieillesse, le chômage, la mort. Tout ce système légal, qui correspond à la division du travail toujours plus intensive et qui ne la diminue pas, libéralise l'homme de ce qui ne dépend pas de sa volonté ou de sa science, lui permet de lutter efficacement dans une certaine mesure, pour faire reconnaître ses droits, par exemple pour la fixation d'un salaire.

(1) J'emprunte cette dernière formule à M. G. Richard (*Revue philosophique*, mars 1898. Analyses, p. 329).

CHAPITRE IV

Le Régime en Communauté.

SOMMAIRE. — § I^{er}. Pourquoi choisir l'étude de ce régime. Le droit commun.

§ II. Les caractères ordinaires des contrats : 1° Autoritaire ; 2° Pécuniaire ; 3° Individualiste ; 4° Abstrait.

§ III. Elargissement des relations de droit ; l'asservissement de la femme. Les grands principes de la Révolution vis-à-vis de la femme.

§ I^{er}

Des différents régimes qui réglementent les intérêts pécuniaires des époux, nous ne retiendrons que celui qui forme le droit commun, le régime en communauté (art. 1393 C. civ.). « Ah ! le beau titre pour un régime matrimonial ! Comme il fait rêver de loyauté, de justice, d'égalité démocratique ; comme on devine que l'amalgame complet des biens entraînera la fusion intime des personnes ; comme on prévoit que l'identité absolue des intérêts va imposer l'identité de vues et d'aspirations de ceux qu'unit ce régime ; comme on entrevoit pour eux le bonheur commun ! » Que le lecteur se rassure : ces paroles, du D^r Thulié (1), l'ancien président de la Société d'an-

(1) *La femme*, p. 438.

thropologie, sont largement ironiques. Dans cette matière en effet nous retrouverons les quatre caractères, plus ou moins accusés, que nous connaissons déjà par les pages précédentes : autoritaire, individualiste, pécuniaire et abstrait.

Des différents régimes nous avons choisi celui-là, parce qu'il constitue le droit commun, et qu'à ce titre il doit refléter fidèlement les tendances des législateurs.

§ II

1° Comme dans les contrats ordinaires les contractants matrimoniaux ne sont pas placés sur le même rang. La plus profonde inégalité juridique les sépare, par les règles elles-mêmes, directement, ou par leurs conséquences indirectes.

Cette partie du Code est loin de l'idéal démocratique que Troplong avait cru trouver dans la législation impériale. La femme, dans ses intérêts moraux et dans ses intérêts pécuniaires, est nettement subordonnée à l'homme.

Le mari est le chef des biens de la communauté, sans que les époux puissent restreindre de la façon la plus minime la portée de cette règle. « La loi n'admet pas que, ce régime étant adopté, les pouvoirs du mari, chef de la communauté, puissent recevoir une atteinte. Les parties *peuvent* ne pas créer entre elles une communauté ; mais quand elles l'ont constituée, elle ne peuvent dépouiller le mari des droits qui sont inhérents à sa qualité de chef. Ici la stipulation relative

aux biens réagirait sur la situation personnelle des époux, et voilà pourquoi elle est prohibée (1). » Il est sans doute exagéré de dire que les époux peuvent choisir le régime qui leur convient et éviter celui de droit commun : un contrat de mariage entraîne à des frais devant lesquels les pauvres gens reculent. .

Chef de la communauté le mari l'est également des biens personnels de la femme (art. 1428 C. civ.). Sous ce régime les intérêts matériels sont donc complètement à la libre disposition du mari, sous son inéluctable autorité. Les anciens légistes disaient que le mari est *seigneur et maître de la communauté* (2). L'expression a disparu, mais la chose reste.

C'était surtout par le jeu des principes admis par le législateur de Brumaire que le droit de l'ouvrier était sacrifié à celui du patron ; ici, au contraire, c'est consciemment que la loi sacrifie ceux de la femme. On en donne diverses raisons ; celle-ci notamment que nous empruntons telle qu'il l'a formulée à M. C. de Santerre : « L'administration des intérêts communs aurait été entravée, au détriment des deux intéressés, si elle avait dépendu de deux personnes dont le consentement eût dû être exigé par les tiers pour la validité des actes (3). »

Manière de voir très contestable qui revient à dire qu'il ne faut qu'un chef, qu'un directeur, que tout empiètement sur cette autorité sera nuisible, autorité sans contre-poids. Dans les sociétés ordinaires, le

(1) C. de Santerre, 6, V *bis*. Art. 1388 C. civ.

(2) Pothier, *les obligations*, n. 3 et 468 ; *Coutume de Paris*, art. 225.

(3) *Op. cit.*, 6, 65 *bis*, 1.

Code reconnaît comme possible que plusieurs associés soient chargés d'administrer (art. 1858).

Un autre régime matrimonial eût mis les deux époux sur la même ligne, leur donnant les mêmes droits et partant la même dignité juridique : la séparation de biens (1). C'est elle qui eût dû être le régime de droit commun, parce que, seule, elle laisse de côté la tutelle maritale et fait de la femme l'égale de son mari. Il y a lieu de remarquer en passant les cas fréquents de tutelle légale, dans le Code civil, même à l'égard de majeurs, contre lesquels ne protestent pas ceux qui combattent les lois nouvelles instituant une sorte de tutelle à l'égard des ouvriers majeurs. Cette tutelle de la femme a pour objet la conservation de ses biens, de son patrimoine, en un mot de ses intérêts.

Par la séparation de biens chaque époux conserve la propriété, la jouissance et l'administration de tous ses biens. Par convention spéciale est réglée la contribution de chacun des époux aux charges de la vie en commun. L'autonomie de chacun est complète bien plus que par la communauté ; partant un tel régime est vraiment démocratique.

En se plaçant sur ce terrain, sans entrer dans le vif des disputes physiologiques et psychiques sur la valeur de la femme, ce système nous semble plus juste, plus équitable ; il nous répugne de constater

(1) Cette thèse a été soutenue par Acollas, dans son *Manuel*, t. III, p. 2, et dans *Trois leçons sur les principes philosophiques et juridiques du mariage* (Genève) ; elle est reprise par Thulié, *op. cit.*, p. 441 et suivantes.

que la servitude de la femme est, dans le mariage, le régime de droit commun, le traitement à lui imposer supposé le plus rationnel et le plus pratique.

La Convention, dans son Code, que M. Acollas nous a fait connaître et apprécier (1), admettait des principes plus libéraux. Nous y copions ces deux articles : « *Les époux règlent librement les conditions de leur union...* » (art. 1, liv. I, tit. III, § I).

« *A défaut de conventions, les époux ont ou exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens.* » (art. 9 et 11, liv. I, tit. III, § II.) On est encore très proche de la philosophie : les idées libérales l'emportent en somme sur les idées autoritaires, surtout le besoin d'universaliser parfois excellent, sans faire de différence entre les hommes et les situations.

Cette manière de voir était admise législativement à Rome, de nos jours en Russie, en Suède, en Angleterre, aux États-Unis d'Amérique, dans le droit musulman, même dans le droit juif tunisien (2).

Sans qu'il y ait lieu d'insister, nous pouvons affirmer que la communauté ne constitue pas à proprement parler une association, mais une absorption de la femme dans la personne du mari. L'influence patriarcale persiste encore dans notre Code, survivance du passé à constater avec beaucoup d'autres encore, auxquelles nous arrivons.

Bornons-nous, en terminant, à remarquer avec M. Glasson (3) que la « bourgeoise » a la séparation

(1) Ed. Quinet en fait également l'éloge, *op. cit.*, l. XV°.

(2) Lapie, *Les civilisations tunisiennes*, p. 85 et s.

(3) Mémoire cité.

de biens, tandis que la femme ouvrière n'a pas le droit de reprendre au mari son propre salaire à elle. Il tombe dans la communauté comme meuble et comme tel le mari en devient le maître absolu. On peut en conclure que la femme pauvre n'est pas protégée et qu'établir une règle uniforme, sans tenir compte des circonstances, ne peut être qu'une injustice, contrairement à l'opinion de M. Leroy-Beaulieu que nous avons citée. Ce n'est qu'en apparence que le droit spécial de nos jours est réellement spécial : il ne fait que s'adapter aux conditions spéciales, aux circonstances, aux situations sociales. Il suit la complexité infinie de la vie.

La loi récente a donné une satisfaction à cette critique ; une sorte de séparation de biens est accordée à la femme ; la tutelle maritale fléchit un peu. La loi du 9 avril 1881 dispose dans son article 6 : « *Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris ; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris.* » Le même droit est accordé aux mineurs. On voit comment s'oriente le nouveau droit.

2° Dans le mariage il y a lieu de considérer le côté moral et le côté pécuniaire ; la femme a des tendances morales à développer librement comme tout être humain ; elle a une responsabilité dont la loi et les usages doivent tenir compte en lui accordant les droits qui en sont la manifestation et la garantie.

A ce côté moral correspond le côté pécuniaire, comme nous avons vu la liberté civile et politique assise nécessairement sur la propriété, entendue dans son sens le plus large. Ce dernier côté nous semble devoir être absolument subordonné au premier ; il n'en doit être qu'une des conditions que son développement exige dans le régime économique contemporain.

Le mariage, nous semble-t-il, a pour but l'association la plus intime des êtres, pour leur développement personnel et pour la perpétuation de la race. Le rôle des choses de la conscience qui seules assurent la dignité humaine doit y être prépondérant.

Loin de là, le Code Napoléon ne considère le mariage que dans son côté pécuniaire, lui subordonne la conscience, en fait l'affaire d'argent, le marchandage financier qui est dans nos mœurs. Il faut constater combien les intérêts moraux sont constamment sacrifiés, oubliés, subordonnés. « La Révolution, disait justement Renan, a créé une nation dont l'avenir est peu assuré, une nation où la richesse seule a du prix (1). »

Notre législation protège constamment le patrimoine : celui-ci est la base de toutes les lois ; sa conservation légitime toutes les atteintes à la liberté individuelle, il est plus précieux que l'homme lui-même, que son développement. C'est bien en ce sens qu'il faut dire que le Code est matériel, ne protégeant que les intérêts matériels, d'une façon abstraite, en dehors de la vie.

(1) *Questions contemporaines*, Préface, III.

Contre une telle critique semble cependant protester le régime de la communauté; rien que par ce nom qui lui est donné, avec une saveur morale, altruiste. Loin de là, la communauté des intérêts n'est qu'apparente, toute en surface.

Il nous semble absolument critiquable de dire qu'à défaut de volonté contraire exprimée « les époux ont voulu mettre en commun leurs intérêts pécuniaires; que la communauté d'existence a dû dans leur pensée engendrer la communauté d'intérêts et produire l'association des biens à côté de celle des personnes (1) ».

Cette communauté de biens n'est qu'apparente et le raisonnement que nous venons de transcrire a le seul tort d'être en dehors des textes.

En effet, la véritable richesse, lors de la discussion du Code civil, c'est l'immeuble; or justement l'immeuble est en dehors de la communauté. Ne forment sa masse que les meubles, par exception certains immeubles, ceux qui sont acquis pendant le mariage, à titre onéreux, soit par les deux époux ensemble, soit par l'un d'eux séparément (art. 1401, 2, 5). Mais ceux que les époux possèdent en se mariant, ceux qui leur adviennent par succession, par donation, par prescription, lui restent étrangers (art. 1401, 1404). *Res mobilis, res vilis*, disait un vieil adage que nos rédacteurs sont loin d'avoir complètement répudié (2).

(1) C. de Santerre, *op. cit.*, 6, n° 10 bis.

(2) Il suffit de rappeler les formalités qui entourent les ventes des immeubles des mineurs en regard de la liberté absolue laissée au tuteur pour vendre les meubles. Voir également décret-loi du 8 janvier 1808; décret-loi du 1^{er} mars 1808.

Les biens les plus précieux restant en dehors de la communauté, il n'y a pas lieu de conclure qu'elle réalise cette confusion des intérêts pécuniaires des époux. La communauté n'existe qu'à l'égard des biens les moins importants.

La communauté n'est pas, nous semble-t-il, l'expression des tendances généralement admises, mais une survivance — dans son organisation napoléonienne — de deux idées de l'ancien régime que la philosophie libertaire et égalitaire du siècle dernier n'a pas fait disparaître : l'idée coutumière de la conservation des biens dans les familles, que nous retrouvons dans l'existence du conseil judiciaire, la nécessité d'assujettir la femme, par suite de son infériorité naturelle.

La réglementation des intérêts pécuniaires n'est pas en harmonie avec le caractère essentiellement moral du mariage.

La femme est subordonnée; elle n'est pas libre de disposer de ses biens comme bon lui semble, suivant ses idées, ses désirs. Dépendant de son mari, elle ne peut efficacement se développer suivant ses tendances, vivre par elle-même; et c'est là qu'apparaît le caractère financier : comme nous l'avons vu tout à l'heure, le Code fonde l'autorité morale du mari sur ses droits comme chef de la communauté; toute stipulation relative aux biens, contraire à ces droits, est prohibée, car elle « réagirait sur la situation personnelle des époux ».

Rappelons ici que les rédacteurs du Code, en réglant le titre des donations entre vifs et testaments, ont

voulu, « poser la principale base de l'autorité des pères et mères sur leurs enfants (1) ». Les mêmes tendances se retrouvent constamment, dans toutes les matières : l'autorité est fondée sur le patrimoine.

Dans ce régime, c'est par le côté pécuniaire que la personnalité morale de la femme est, par contre-coup, subordonnée au mari, administrateur. « Comme compensation de cette dépendance », selon C. de Santerre, la loi lui accorde la séparation de biens. Mais cette mesure, le Code ne la considère que sous son côté pécuniaire (2) ; elle est accordée lorsque sa dot est en péril (1443). Comme cela pourrait être, elle n'est point considérée comme la possibilité d'une sorte d'émancipation morale au profit de la femme redevenant une personne libre, autonome, après un certain apprentissage de la vie par le mariage.

La femme ne pourra obtenir la séparation que si le mari gère mal ses intérêts financiers ; la loi, en cas d'insuffisance maritale, lui reconnaît immédiatement des capacités financières que l'on ne soupçonnait pas de lui voir accorder.

La moralité de la femme pourrait aussi être en péril : elle pourrait vouloir s'adonner à telle étude, fonder telle œuvre, preuve de son existence intellectuelle ; elle ne le peut pas. Cependant, son côté moral la femme a le devoir de le développer ; il n'en est pas question. Le patrimoine seul a de l'importance, il est le seul *bien*. Le mari enfin peut employer les revenus

(1) Locré, t. XI, p. 351 ; exposé de Bigot-Prémameneu.

(2) C. de Santerre, t. 6, 91 bis, VIII.

de la dot, sans la compromettre, à un usage qui impliquent des idées qui peuvent être hostiles à la femme. Mais le mari seul est chef. La femme ne redevient une personne, c'est-à-dire ne reprend sa capacité entière d'agir que si ses intérêts pécuniaires sont mal gérés ; sa psychologie, sa valeur intellectuelle ou morale n'interviennent pas.

Cette caractéristique de la communauté est celle de tous les régimes. « On doit remarquer que la liberté des conventions est plus entière dans les contrats de mariage que dans les autres conventions. On a voulu faciliter les mariages en facilitant les conventions pécuniaires — et, ajoute M. de Santerre pour la forme — qui en sont l'accessoire (1). » Un accessoire qui réagit bien puissamment sur le principal.

3° En disant que la loi est individualiste, nous voulons dire notamment que les droits des tiers sont sacrifiés, que la notion juridique est strictement limitée aux deux contractants, comme nous avons eu précédemment l'occasion de le voir dans l'étude des obligations contractuelles. D'une façon plus générale, que la loi ne tient pas compte de la solidarité de fait qui unit les hommes et qui devient légale aujourd'hui.

Sous l'empire du Code (art. 75, C. civ.), avant une loi du 10 juillet 1850, lorsque les époux avaient intérêt à se faire passer pour communs en biens, les tiers n'avaient aucun moyen de s'en assurer ; ceux-ci étaient donc à la discrétion des époux, qui,

(1) *Op. cit.*, VI, 4 bis.

l'acte juridique fait, pouvaient produire plus tard contre eux un contrat qui les lésait. Depuis cette loi, sur interpellation du maire, les futurs doivent déclarer s'ils ont fait un contrat de mariage; en cas d'affirmative, mention est faite sur l'acte, en y joignant le nom et l'adresse du notaire.

L'art. 1391 (*in fine*) contient la sanction de l'art. 75 à l'égard de la femme. « Toutefois, si l'acte de célébration de mariage porte que les époux seront mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. » Par cette loi, la relation de droit, née du mariage, s'étend des époux aux tiers; elle tient compte d'un plus grand nombre d'intérêts, prend un caractère plus social, comme nous avons vu, dans un autre sens, s'étendre l'obligation dans le nouveau droit allemand.

Les droits des tiers ne sont pas mieux protégés dans la séparation de biens. L'article 1443 indique les faits qui peuvent l'amener sous le régime que nous étudions.

La femme la demandera le plus souvent lorsque les créanciers de son mari menaceront ses reprises dotales (1). Par cela même, ceux-ci sont lésés, car ils ont légitimement compté sur tout l'actif de la communauté. Si elle est demandée en fraude de leurs droits, ils ont la faculté d'en demander la rescision,

(1) Dans ce sens, Acollas, *op. cit.*, 3, p. 104; moins affirmatif, C. de Santerre, *op. cit.*, 6, 91 bis, XI, *in fine*, n. 96.

par la voie de la tierce opposition (art. 1447). Mais la fraude ne se présume pas; elle est difficile à prouver et, sans qu'il y ait fraude, ils peuvent être lésés, sans recours possible.

Les créanciers personnels de la femme n'ont pas un meilleur sort. D'après l'article 1446 ils ne peuvent sans son consentement demander la séparation de biens. Et cependant ils ont légitimement compté sur la valeur des reprises de la femme. On invoque en faveur de cette disposition un argument moral. « Les créanciers auraient certes un intérêt à espérer un droit qui protège le patrimoine de la femme, car ce patrimoine est leur gage; mais la loi a voulu que la femme fût seule juge des sacrifices pécuniaires qu'il convient de faire pour la paix du ménage et l'honneur du nom (1). » Cet argument moral lèse les droits des tiers; en perdant ici son caractère strictement pécuniaire, la loi accuse son caractère individualiste, jusqu'à la plus extrême injustice. Sa caractéristique n'est donc pas altérée. *Qui utitur jure suo neminem lædit*, dit la sagesse des légistes. C'est toujours la conservation du patrimoine en soi, indépendamment de toutes raisons sérieuses.

4° Le régime de communauté ne tient pas compte des circonstances. Partant de cette idée que dans toute société il faut un chef, le Code a institué le mari chef nécessaire de ce régime. Cependant la femme peut être d'un développement qui lui permette de

(1) C. de Santerre, 6, 95 bis, I.

s'occuper utilement des affaires pécuniaires ; il se peut même qu'elle ait une compétence que son mari n'a pas. Dans beaucoup de ménages la femme exerce en fait les droits du mari. A un autre point de vue, si le mari et la femme réalisent des biens en commun, il est juste que tous deux les administrent, avec des droits égaux ; ce contre qu'il faut protester, c'est contre l'inflexibilité de la règle qui donne, sans que les parties puissent faire de convention contraire, la direction des affaires au mari. La loi fait abstraction des faits ; bien plus, elle ne permet pas aux parties d'en tenir compte.

Ce caractère d'abstraction se confond dans une certaine mesure avec le caractère autoritaire et le caractère individualiste, qui tous les deux ne sont si accusés que parce qu'ils ne tiennent pas compte des circonstances. Comme en beaucoup de matières le droit est artificiel : il établit des règles, des principes, des présomptions contre lesquelles nulle preuve n'est possible ou permise, il l'entoure de difficultés. Perdant pied, dans la réalité, les règles juridiques prennent un caractère antisocial, s'éloignent du principe de la dignité humaine, favorisent les plus forts et les moins intéressants. La pensée de Rousseau que nous avons citée sur le rôle du droit ne semble pas avoir obsédé les compilateurs napoléoniens.

§ III

« Le Code, dit M. Legouvé, fut conçu et discuté dans des circonstances fatales aux femmes. On sortait

du Directoire ; les imaginations étaient toutes pleines encore de mille désordres où les femmes s'étaient précipitées (1). » Cependant, à certains points de vue, la femme a profité du mouvement d'émancipation qui affranchit l'homme. Les relations de droit s'élargissent sans cesse ; il tend à devenir protecteur de tous, indépendamment du sexe ou de la situation sociale. C'est l'admission aux garanties juridiques de la femme, du plébéien, de l'esclave, même des animaux (2).

C'est aux idées romaines qu'il faut rattacher l'asservissement de la femme ; commençant à s'émanciper à la fin de l'Empire, le catholicisme a remis la main sur elle et empêché la progression de son émancipation.

Il n'y a pas lieu d'être féministe : c'est une manière de voir, en somme, étroite ; ce qu'il faut chercher c'est l'affranchissement, pour tous, des liens juridiques, économiques ou physiologiques. Idée plus haute, plus compréhensive. Comme l'ouvrier, la femme n'est pas libre dans le Code ; ils sont entravés dans leur développement naturel. L'enfant non plus : la législation en faveur des enfants moralement et matériellement abandonnés est toute récente. C'est depuis la loi du 24 juillet 1889 que la puissance paternelle n'est plus une puissance sans contrôle et inamovible. Le problème féminin n'est qu'une partie du problème social ; il faut mettre sur le même rang que les siennes, les revendications de l'homme,

(1) *Histoire morale des femmes* ; Cité par le Dr Thulié, *op. cit.* p. 381.

(2) Tarde, *op. cit.*, p. 59.

confondre dans une même idée cette multiplicité d'injustices.

Le droit doit s'individualiser concrètement, c'est-à-dire renforcer chaque individu en tenant compte de ses rapports avec ses semblables, et non seulement vis-à-vis de lui-même, mais vis-à-vis des circonstances, du milieu. Les critiques à faire au Code civil se rencontrent, convergent, toujours les mêmes, en partant de différentes matières dont il traite. Ce qu'il faut bien remarquer c'est que les principes démocratiques, l'égalité et la liberté n'ont point de lieu dans la partie que nous venons d'étudier. Les tendances autoritaires, bourgeoises, financières, monarchiques du temps, sont la seule explication de cette lacune que beaucoup ne veulent pas voir, comme le trop célèbre Troplong.

En admettant que la femme soit inférieure à l'homme par sa constitution, ce n'est pas au droit à l'aggraver. Loin de là, le droit, dans toute sa marche, a pour but l'affranchissement du côté social de son côté animal : si nous constatons une certaine injustice dans un sens contraire à cette évolution il n'y a pas lieu de désespérer.

LIVRE III

Le Code pénal.

CHAPITRE PREMIER

Les Idées directrices de l'ancien Droit pénal.

SOMMAIRE. — Les idées directrices de l'ancien droit pénal : la vengeance et l'idée catholique de Dieu.

L'ancien droit pénal est fondé sur l'idée de vengeance ; mais à la vengeance individuelle des temps primitifs s'est substituée la vengeance qu'exerce l'État, devenu le médiateur des disputes privées. Il ne s'embarassait pas d'ailleurs des théories psychologiques de la responsabilité pour légitimer le châtiement ; le fait délictueux suffisait.

L'idée catholique de Dieu s'est infiltrée dans la vieille théorie païenne, l'idée monarchique aussi. Ce sont toujours, il est vrai, les idées traditionnelles dont on a pu suivre historiquement la naissance, à Rome, par exemple, seule leur orientation métaphy-

sique a changé. Phénomène, d'ailleurs explicable, d'adaptation juridique.

La croyance en Dieu, la croyance dans le roi constituent les idées directrices du droit pénal avant 1789. Les délits contre les particuliers ne sont au fond que des violences coupables à l'égard de l'ordre providentiel du monde. L'ordre social, c'est le dessein de la Providence dont l'Église catholique est l'interprète, le porte-voix et la justice séculière et royale, le porte-glaive, l'exécuteur des hautes-œuvres. Au respect pour le roi d'ailleurs se mêle une vague crainte religieuse ; Dieu l'illumine : il est l'oïnt du Seigneur, l'évêque extérieur, il fait des miracles, comme les saints.

Ce caractère catholique a marqué profondément toute l'activité extérieure ou purement mentale de l'ancien régime, jusqu'au milieu du xviii^e siècle ; mais on la néglige cependant un peu lorsque l'on étudie le droit.

Dans l'ancien droit pénal, elle n'a pas été assez remarquée. Cependant l'éminent historien du droit français, M. Glasson, sans être très explicite sur ce point, indique la tendance. « L'Église, dit-il, était parvenue à faire considérer comme de véritables crimes de simples péchés de conscience (1). » Le droit pénal entrant ainsi dans l'intimité de la conscience, par la foi catholique, capte juridiquement, à sa source, toute l'activité humaine. Et la liste est longue de ces simples péchés de conscience, parmi les péchés usuels

(1) *Histoire du Droit*, VI, p. 646.

du temps : apostasie, usure, sodomie, sorcellerie, adultère, sortilège, blasphème, enchantement.

Quant aux peines séculières, plusieurs sont d'origine ecclésiastique : pénitence, amende honorable, pèlerinage, excommunication.

Les praticiens eux-mêmes suivent l'Église, fait bien caractéristique. « Quant aux praticiens, dit en effet M. Glasson, tantôt ils suivent les traditions germaniques ou romaines, tantôt ils s'inspirent de l'esprit de l'Église (1). »

Les traditions autoritaires de Rome devaient se renouveler dans l'organisation catholique : ce sont les mêmes tendances ; elles ne devaient pas être sensiblement battues en brèche par celles de Germanie, terre d'individualisme, d'après Rodbertus (2).

La philosophie sociale oriente toujours le droit dans sa tendance : la religion, qui en est une, devait naturellement, lorsqu'elle était toute-puissante, agir sur le droit, la morale, l'économique, la politique. C'est cette philosophie seule qui donne à une époque son unité caractéristique et seule explique cette unité.

Montesquieu remarquait déjà combien était fâcheuse cette croyance en la nécessité de la vengeance divine, idée d'origine hébraïque passée dans le catholicisme. « Le mal est venu de cette idée qu'il faut venger la divinité. Mais il faut honorer la divinité et ne la venger jamais. En effet, si l'on se conduisait par cette

(1) *Op. cit.*, p. 641.

(2) Andler, *op. cit.*, p. 65.

dernière idée, quelle serait la fin des supplices ? Si les lois de l'homme ont à venger un être infini, elles se régleront sur son infinité, et non pas sur les faiblesses, sur les ignorances, sur les caprices de la nature (1). »

L'atrocité des peines dépasse nos imaginations modernes : on peut en avoir un frisson rétrospectif à la lecture de certains contes d'Edgard Poë. L'idée de Dieu, son infinité, se retrouve donc jusque dans la réglementation des peines.

(1) *Esprit des Lois*, l. XII, ch. IV.

CHAPITRE II

Les Idées directrices du nouveau Code pénal.

SOMMAIRE. — Les idées directrices du Code pénal : la liberté abstraite et l'intérêt social. Théorie de la responsabilité qui en découle.

Dans le droit de l'ancien régime, de coup pour coup, la vengeance est devenue sociale, avec un caractère religieux. A elle s'est substituée, dans les idées des penseurs de la seconde moitié du XVIII^e siècle, une nouvelle conception, d'un caractère laïque accusé. Encore que très différente de la précédente, cette conception est plus qu'un changement de nom, sans être d'ailleurs, nous semble-t-il, une transformation bien profonde des idées admises. La transformation réelle, effective, ne devait commencer à se faire que dans la seconde moitié de ce siècle. Dans la théorie du Code pénal nous ne voulons voir qu'un pont entre les idées théocratiques des siècles passés et la théorie psychologique et sociologique de la fin de celui-ci.

L'idée de Dieu est aujourd'hui remplacée par la notion de liberté abstraite, la même que dans le Code civil.

La vengeance divine devient la défense de l'intérêt social.

« Il est certain que la peine n'est pas une vengeance », dira Target pendant la discussion du Code (1). C'était l'idée de Beccaria : « Afin qu'une peine soit juste elle ne doit avoir que le degré d'intensité qui suffit pour éloigner les hommes du crime (2). » Il dit encore : « La vraie mesure de la gravité du crime est le dommage qu'il apporte à la société. »

C'est de cet intérêt que l'on tient compte indépendamment de l'intention de nuire, comme dans l'homicide par imprudence, dans les infractions de simple police, sans tenir compte de l'intérêt privé, du dommage privé, comme dans la tentative de complot (art. 89 et 91, C. p.), et de port d'armes prohibé (314 C. p.).

Dans ce nouveau droit l'homme qui a commis un délit est condamné au nom de sa liberté personnelle et parce que le délit est une perturbation à l'ordre social existant. Dieu et ordre providentiel, puis liberté et ordre social.

L'homme est responsable vis-à-vis de l'ordre social au nom de sa liberté. La responsabilité comprendra l'étude de ces deux idées.

(1) Locré, t. XXIX, p. 8.

(2) *Op. cit.*, p. 8; p. 115, 127, 141. Le livre de Beccaria eut un grand succès. De 1764 à 1807, il eut vingt éditions. Notons en passant qu'il émet un doute sur la valeur de la propriété « droit terrible et qui n'est peut-être pas nécessaire ». P. 135.

CHAPITRE III

De la Responsabilité pénale.

SOMMAIRE. — La responsabilité pénale : § 1^{er}. Vis-à-vis de la notion abstraite de liberté. Rares exceptions à la responsabilité : la non-culpabilité, les excuses atténuantes, les circonstances atténuantes ; droit rigide.

§ II. Vis-à-vis des causes sociales : la faim, la misère, la propriété. Ancien droit et nouveau droit.

§ III. La propriété en droit pénal, raccord avec le droit civil, persistance des mêmes idées. Le vol qualifié, viol et séduction.

§ 1^{er}

D'une façon générale, le Code suppose l'homme libre ; il ne cherche guère à établir les échelons de la responsabilité, depuis l'inconscience absolue jusqu'à la conscience absolue du délit. Aussi fait-il peu de concessions à la réalité, s'occupant encore trop du délit, du fait, pas assez du criminel, considérant trop celui-là vis-à-vis de la société.

Le Code pénal, en effet, admet rarement, malgré un délit constaté, l'irresponsabilité, absolue ou mitigée. Sauf dans quelques cas : non-responsabilité, excuses et circonstances atténuantes. Le non-dernement chez le mineur de seize ans, la démence, la contrainte physique ou morale constituent les cas de non-culpabilité dans lesquels il n'est pas tenu

compte du délit, c'est-à-dire de l'imputabilité. Ces exemples sont remarquables, d'autant que dans l'ancien droit criminel, la psychologie jouait un bien moindre rôle : il suffit de rappeler les procès aux fous, aux bêtes, aux morts. Théorie encore plus matérielle, plus extérieure à la conscience.

Les excuses sont des faits précis, *déterminés par le législateur*, qui tout en laissant subsister la culpabilité entraînent une exemption ou une atténuation de la peine. Les unes sont absolutoires, les autres atténuantes. Nous laissons les premières de côté. Les secondes sont la minorité de seize ans (lorsque le mineur est déclaré avoir agi avec discernement) et la provocation. Leur effet est de réduire la peine.

Les circonstances atténuantes sont des faits indéterminés, *complètement abandonnés à la libre appréciation des juges ou jurés*, et qui, variables dans chaque cause, ont pour effet de modifier la culpabilité individuelle et de diminuer ou même de supprimer toute peine. Elles méritent que l'on s'y arrête, car elles donnent, selon nous, au Code pénal, sa véritable physionomie.

Dans l'ancien droit, les peines étaient arbitraires. Mais cet adjectif est trompeur, car les juges n'avaient pas le pouvoir de graduer les peines, mais seulement de choisir entre elles. Et l'on sait qu'elles étaient toutes également féroces. Donc pas de dégradation possible. Et à un autre point de vue, elles étaient invariables, sans minimum ou maximum.

Les Codes de 1791 et de l'an IV établirent des peines fixes pour chaque délit, accordant d'ailleurs aux

juges la faculté de se mouvoir entre un minimum et un maximum réglé pour chaque peine. C'était le contre-pied, encore en apparence dans une grande mesure, des anciennes théories. Les rédacteurs ont néanmoins voulu tenir compte du degré de perversité du coupable : ils ont pensé réagir énergiquement contre le code de l'Assemblée constituante qui sans laisser de latitude au juge unissait dans un rapport invariable telle peine à tel délit.

Le Code pénal napoléonien continua la tradition révolutionnaire. Elle paraît permettre de tenir compte des nuances psychologiques de la responsabilité ; l'illusion tombe à la suite d'un examen même superficiel.

Plusieurs délits de police correctionnelle (v. les articles 198, 281, 289 C. p.), notamment le vagabondage, un grand nombre de crimes, notamment ceux qui entraînent la mort et les peines perpétuelles, sont punis de peines fixes, invariables.

Quant aux circonstances atténuantes elles sont uniquement accordées pour les délits correctionnels, punis d'un emprisonnement et dans le cas seulement où le préjudice n'excède pas 25 francs.

Au fond, il faut voir là une survivance inconsciente des anciennes idées du droit criminel : le délit suppose la culpabilité morale, il est une violation de l'ordre public, il entraîne fatalement une peine. L'examen psychologique ne pouvant légalement pas intervenir, il n'y a pas grande différence entre les deux façons de voir. Il n'est possible, évidemment, qu'avec les circonstances atténuantes étendues sans limites.

Les circonstances atténuantes, justement parce qu'elles sont indéterminées, permettent en effet au juge de graduer la peine suivant les nuances de la culpabilité ; il peut se détacher un peu de l'examen isolé du délit pour aller jusqu'à la conscience, jusqu'au milieu. Il est facile de rétablir le délit dans ses conditions et dans ses origines.

On voit comment un droit pénal, avec le système des circonstances atténuantes généralisé, devient élastique, partant plus juste et plus humain. Précisément, l'ancien droit, comme le Code pénal de 1810, manquait d'élasticité ; la préoccupation de l'homme et des causes sociales y est faible. Ce n'est qu'en 1832 que des critiques faites depuis longtemps pénétrèrent le droit criminel et fermentèrent sa rénovation.

§ II

C'est par les circonstances atténuantes seules que le juge peut tenir compte de certains facteurs de la criminalité. Certains d'entre eux n'indiquent aucune perversion de l'être, mais seulement le désir de ne pas mourir. A ce désir, en autorisant la légitime défense, en réglementant la réponse aux provocations, la loi a donné déjà une certaine satisfaction. Mais nous devons aussi parler de la misère, de la faim qui excusent bien des crimes, ou la vengeance ouvrière (1). Il est certain qu'il faut protester contre toutes les violences, désirer que les hommes luttent au nom

(1) Tarde admet dans un certain sens et légitime la vengeance. *Op. cit.*, p. 17, n. 1.

de leurs idées et avec les seules idées. Mais la violence engendre souvent la violence, la légitime même. Il est juste de tenir compte de cette circonstance, absolutoire ou atténuante, que ne prévoit pas expressément la loi et à laquelle quelques jugements essaient de donner effet, si l'on ne veut pas être plus légal que la loi. Ce n'est pas contre la violence qu'il faut protester, pas plus que contre la maladie, mais contre les imprudences qui les suscitent, le milieu qui les engendre fatalement, lutter contre la faim, l'ignorance, les basses rancunes. C'est celles-ci qu'il faut supprimer, car elles sont les causes : c'est ce que pensait déjà Beccaria, au siècle dernier.

Tous les auteurs ecclésiastiques admettaient, et admettent encore, sans le dire aussi haut, qu'un homme réduit à la misère absolue a le droit de prendre ce qui est nécessaire à sa subsistance. Luther le pensait également.

Ces idées avaient également pénétré la législation positive. Dans l'ancien droit français « le suicide cesse d'être un crime s'il est le fait d'un aliéné, ou *s'il est provoqué par l'indigence* (1) ». C'est là comme un rudiment d'un certain droit accordé à l'indigent, la règle légale plie en sa faveur. De plus, « Beaumanoir admettait que les enfants ont *le droit* de voler leurs parents pour leur soutenance, c'est-à-dire pour se procurer des aliments, mais non autrement ; il n'y avait donc aucun crime en pareil cas (2) ».

(1) Glasson, *op. cit.*, p. 649.

(2) Glasson, *op. cit.*, p. 655.

Dans le Code pénal, le vol des enfants donne lieu à une excuse absolutoire ; c'est-à-dire qu'il laisse subsister la culpabilité, supprimant seulement la peine (art. 380 C. p.). Il y a plus qu'une nuance.

On peut d'ailleurs introduire dans le Code pénal ces survivances de l'ancien droit et de l'ancienne théorie patristique, reprendre les traditions communistes que la législation napoléonienne n'a pas complètement fait disparaître. Il suffirait de s'appuyer sur l'article 64 du Code pénal ; il pourrait être le point de départ d'une nouvelle théorie, tenant compte, avec justice, de la faim, de la misère, de l'ignorance, ces impératifs inéluctables des mauvaises actions.

« Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister (1). »

La contrainte n'est admise en droit pénal, suivant la doctrine courante, que lorsqu'il y a eu violence (morale ou physique) d'un homme sur un autre, ou contrainte des forces de la nature, comme par exemple si un individu n'a pu remplir son devoir de juré, par suite d'une inondation. Mais l'autre contrainte, je veux la mettre en parallèle avec celle-ci : toutes deux, par l'exemple suivant, paraîtront de même essence.

Un homme est devant une boulangerie ; sous la menace d'un revolver, on le force d'y voler un pain.

(1) On voudra bien remarquer que nous nous référons à la théorie du consentement que nous avons esquissée dans notre étude des obligations contractuelles.

Je suppose qu'il vole ; s'il peut prouver qu'il n'a pu faire autrement, il sera considéré comme non coupable. Jusqu'ici nous sommes dans les termes de l'article 64 et dans les limites de son interprétation doctrinale.

Si cet homme a vole, c'est qu'il a craint la mort. Cette crainte est le seul motif qui excuse son délit, au point de vue légal.

Si cet homme volé sous la poussée de la faim, la loi également devrait lui appliquer, pour le même motif, le bénéfice de l'article 64.

La faim, le revolver, sont les réels excitateurs de l'acte : je ne vois pas, au point de vue de la détermination de la volonté, de différence à faire. Ils se réduisent au désir irrésistible d'échapper à la mort. Le besoin de conservation doit être absolutoire dans un cas comme dans l'autre.

Il est vrai que dans la seconde hypothèse de notre exemple la preuve sera plus difficile, parce qu'elle aura pour objet un fait négatif. Dans le premier cas, le fait, le revolver et les autres circonstances, est facilement vérifiable, en somme ; dans le second, il faudra que l'inculpé fasse la preuve de ses efforts pour échapper au besoin pressant et de leur effet négatif. Il y aura ici une analyse morale de la part du juge. Si la certitude varie de caractère d'un cas à l'autre, il est vrai de dire que la certitude morale peut néanmoins s'imposer avec force.

Il faudra nécessairement y joindre l'étude des antécédents, du milieu, de toutes les circonstances concomitantes au délit.

Il y a lieu d'ajouter, en remarque additionnelle, que la faim produit certaines hallucinations exclusives de l'hypothèse du libre arbitre légal.

Cette thèse est soutenue en Belgique (1).

L'un des auteurs du Code pénal belge, qui fut professeur à l'Université de Liège, Nypels, enseignait que « la faim justifie le malheureux qui dérobe des aliments pour soutenir son existence ». Il a publié cette thèse dans son *Code pénal interprété* (t. I, p. 156). Cette opinion est partagée par Hans (*Droit criminel*, n° 699), par Thonissen (*Id.*, n° ccxxiv) et par les *Pandectes belges* (v° Cause de justification, n° 273).

L'article 116 de la *Caroline*, le Code pénal de Charles-Quint qui a régi une grande partie de l'Europe est dans ce sens : « Si quelqu'un pressé par une véritable famine que lui, sa femme ou ses enfants pourraient souffrir, a commis un vol et que le vol soit considérable et connu, les juges, après avoir éclairci toutes les circonstances du fait, auront recours aux lumières des gens de loi pour savoir ce qui est de justice en ces sortes d'occasions et s'y conformer (2). »

Au moment où la puissance morale et financière de l'Église et des seigneurs venait de disparaître, où rien n'avait encore remplacé le service charitable qu'ils avaient assumé dans l'ancienne France, il était trop simpliste et imprudent de ne pas admettre la thèse

(1) J'emprunte ces détails à une lettre, publiée par la presse parisienne, de M. Paul Heuse, avocat et député belge.

(2) L'opinion que nous soutenons ici a été brièvement exposée par nous dans le journal *Le Temps* (n° du 18 mars 1898).

que nous soutenons. Elle seule pouvait, dans le système du Code, raccorder à la vie les prescriptions légales, permettant de tenir compte d'une des causes les plus fréquentes du délit, la misère occasionnée par la concurrence (1). Et, de fait, par suite de diverses circonstances, le vagabondage était la plaie du temps, la cause reconnue de tous les délits, d'après les rédacteurs du Code pénal (2) eux-mêmes. Le vagabondage était presque la question sociale.

Les œuvres laïques d'assistance non encore constituées, la disparition de l'apprentissage (3), les perturbations financières de l'industrie, les mutineries dans les ateliers, que le Directoire tenta de réprimer par l'application des lois révolutionnaires sur les coalitions d'ouvriers, formaient un ensemble de circonstances qui exigeaient autre chose qu'un système de pure répression, en somme un système négatif.

Aujourd'hui, la thèse que je soutiens aurait un peu plus rarement son application : l'assistance par le travail, les bureaux de placement et les asiles de nuit gratuits, les soupes populaires, les crèches, les bureaux de bienfaisance, les chauffoirs, les caisses de retraite, constituent un ensemble d'œuvres qui ont pour but de restreindre la concurrence ; ce sont, dans le sens laïque, les mêmes œuvres que dans l'ancien régime.

(1) « La sociologie criminelle prouve à nos yeux que la criminalité et la concurrence sont deux termes partout correspondants. » G. Richard, *Revue philosophique* (11° mars 1898, p. 329).

(2) Locré, t. XXIX, p. 57, 61, 227, suivant Leroy, Jaubert, Dhauversat.

(3) La criminalité des adolescents a augmenté depuis sa disparition, d'après H. Joly (*La France criminelle*, 1890).

Œuvres qu'il faut rattacher au droit criminel de notre pays comme la seule organisation concrète possible de l'article 64. Ce sont des mesures préventives contre les besoins physiologiques excessifs de la faim, les crises économiques, causes du vagabondage et des délits. Il faut lutter non pas contre le crime seul, dégagé de ses causes efficientes, mais contre celles-ci : le besoin, la misère, l'ignorance, la détresse morale ou financière.

Le droit nouveau, par un biais, a tourné l'injustice que nous notions ; mais tant que des hommes mourront encore mourir de faim et manquer de travail — ce qui arrive tous les jours, — il faudra demander l'extension de l'article 64.

Rappelons simplement pour mémoire que certains tribunaux de prud'hommes (années 1853 et 1854) ont considéré la misère comme un vice du consentement. On voudra bien remarquer, en passant, que nous étendons au droit pénal une thèse que l'on a tenté en vain de faire entrer dans le droit civil.

Deux arguments pourraient détruire notre façon de voir. Il n'est pas juste, dira-t-on, que l'un quelconque des membres de la communauté — le volé — paie pour tous. Cela est évident, et nous accorderions, au cas où le voleur ne pourrait l'indemniser par son travail subséquent, un recours du volé contre l'assistance publique.

L'autre argument est celui de l'ordre social ; notre thèse revient à établir indirectement le droit au vol et le droit à l'assistance, le droit de se faire justice à soi-même.

Il n'est pas de mot dont on ait plus abusé, l'ordre. Tous les gouvernements nés d'un coup d'État ont voulu le rétablir, n'ont même agi que dans cette vue, d'Auguste, princeps des Romains, à Napoléon III, empereur des Français. C'est pour rétablir cet ordre que nos deux Bonaparte exilèrent leurs adversaires, supprimèrent la vie démocratique et la remplacèrent par le despotisme d'un seul. L'idéal étant que tous les citoyens pensent de même, agissent de même pour que les forces de la patrie ne soient pas perdues dans des efforts isolés et contradictoires, le gouvernement fera régner l'ordre. Il n'est pas d'autre mot qui cache plus la haine de la liberté et ne soit la formule magique qui sert à la faire disparaître.

C'est ce que pensait le président Montesquieu : « Auguste établit l'ordre, c'est-à-dire une *servitude durable*, car, dans un État libre où l'on vient d'usurper la souveraineté, on appelle règle tout ce qui peut fonder l'autorité sans bornes d'un seul ; et on appelle troubles, dissensions, mauvais gouvernement, tout ce qui peut maintenir l'honnête liberté des sujets. »

Nous pensons qu'il ne faut pas lier seulement cette idée à la forme politique, mais qu'il faut l'envisager vis-à-vis de chaque citoyen. Chaque individu a le droit et le devoir de se développer ; nulle loi ne doit être contraire à ce suprême et inéluctable devoir. Au nom du prétendu intérêt social, nulle vie ne doit être sacrifiée ; le jeu des lois doit assurer l'harmonie sociale ; il est impossible que l'on veuille qu'elle ajoute aux faiblesses naturelles. Sinon on se contente d'un ordre extérieur, d'un ordre qui n'existe qu'en

gros ; qui calque l'ordre de la nature que Darwin a étudié et qui se résume dans le sacrifice des faibles par les forts.

C'est bien la notion nouvelle qui s'élabore : la loi se préoccupe toujours plus de chaque individu, en légiférant pour des groupes, non plus pour l'homme abstrait. Elle se préoccupe du particulier, des infortunes et des faiblesses individuelles, par les équivalents de la richesse que nous avons cités, et aussi par l'extension immense de l'assistance sous toutes ses formes. « Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé », disait la Déclaration de 1793.

La question sociale nous semble être une question individuelle : l'ordre social ne doit être contraire à aucun développement individuel, à condition que celui-ci ne gêne pas celui de ses voisins. Il y a là une question d'espèce : nous ramenons l'idée d'ordre social non à une formule *a priori*, — que personne d'ailleurs ne connaît, — mais à une idée très extensible et vivante.

Dans le cas particulier qui nous occupe, il faudra étudier les circonstances de la cause : ce sera au juge à décider s'il y a eu violation de l'ordre social. C'est la seule façon de ramener cette idée vers la vie et vers la justice.

Il est incontestable que l'ancien type communautaire se désagrège ; son caractère autoritaire, patriarcal, est incompatible avec nos idées modernes. Il serait plus juste de dire qu'on le transforme ; il y aurait quelque inexactitude à dire que l'on y revient. Remarquons

en terminant que notre thèse est en harmonie avec le mouvement juridique contemporain qui donne une place importante à l'assistance, à la charité sous toutes ses formes.

Elle vient d'ailleurs d'être admise par le tribunal de Château-Thierry (1) dont nous reproduisons les considérants :

Attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger P..., elle n'avait pas d'argent et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis trente-six heures ;

Que ni elle ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps, laissant pour l'enfant les quelques gouttes de lait qui étaient dans la maison ;

Qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ;

Attendu que la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir, en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal ;

Qu'un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique ;

(1) Jugement en date du 4 mars 1898. V. le Droit du 18 mars. Confirmé en appel, mais sans considérants.

Que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée lorsque, aux tortures aiguës de la faim, vient se joindre, comme dans l'espèce, le désir si naturel chez une mère de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge ;

Qu'il en résulte que tous les caractères de l'appréhension frauduleuse, librement et volontairement perpétrée, ne se retrouvent pas dans le fait accompli par la fille M..., qui s'offre à désintéresser le boulanger P... sur le premier travail qu'elle pourra se procurer ;

Qu'en conséquence il y a lieu de la renvoyer des fins des poursuites sans dépens :

Par ces motifs, renvoie la fille M... des fins des poursuites sans dépens (1).

§ III

La propriété joue un rôle appréciable dans le Code pénal. Celui-ci fait une différence entre celui qui possède et celui qui ne possède pas ; le délit contre celui-ci est moins grave que contre celui-là. Les articles sont formels dans ce sens. L'abstraction ne cède le pas à des nuances de traitement, inspirées par les situations sociales, que pour sanctionner ce que nous considérons comme une injustice. Nous trouvons ici l'illustration d'une des idées de M. Tarde, que le droit est toujours la consécration d'une hiérarchie d'intérêts.

(1) Notre thèse a été soutenue par Grotius in *Les droits de la guerre et de la paix*, édit. Barbeyrac, t. I, p. 275. Cf. Lichtenberger, *op. cit.*, p. 12.

Le vol est qualifié lorsqu'il est commis à l'égard du propriétaire ou du patron, mais non inversement (art. 386, 3^o, C. p.). La peine est la réclusion, peine criminelle, au lieu d'être une peine correctionnelle, comme en cas de vol simple.

D'autre part le vol est plus gravement puni que l'escroquerie ou l'abus de confiance, quoique ceux-ci supposent le maximum d'astuce, la rouerie, de réelle perversité. Le vol est puni des travaux forcés à temps ou à perpétuité dans certains cas (V. art. 379 à 401). D'après l'article 405 (ancienne rédaction) l'escroc est puni d'un emprisonnement d'au moins un an et de cinq ans au plus. Celui qui a abusé « des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur est punissable d'un emprisonnement variant entre deux mois et deux ans et en sus d'une amende » (art. 406).

L'article 332 du Code pénal punit le viol de la peine des travaux forcés à temps. La séduction n'est pas punie par la législation. La jurisprudence a comblé cette lacune, en faisant application du principe fécond de la responsabilité personnelle. Elle accorde un droit contre le père, non comme père certainement, mais comme auteur d'un dommage (1). Dans l'ancien droit féodal « celui qui avait *sans violence* commercé avec une fille, ne commettait aucun crime, mais il devait la prendre comme femme ou la doter selon sa condition (2) ». C'était une législation juste, précisément parce qu'elle venait au secours d'un

(1) Cassation : 27 mai 1862, 20 juillet 1864, 13 janvier 1873, etc.

(2) Glasson, *op. cit.*, t. VI, p. 670.

faible. Ceci donne au Code pénal un caractère matériel. On punit le vol : fait visible, tombant sous le sens, atteinte à la propriété. La séduction est omise, elle exige un examen psychologique très délicat. La propriété a plus de valeur que n'importe quel intérêt moral, dans toute la législation napoléonienne.

CHAPITRE IV

La Notion de l'Ordre social dans le Code pénal et dans la Législation contemporaine.

SOMMAIRE. — L'ordresocial, le délit et l'immoralité : notion matérielle du délit, caractère matériel du droit pénal. Les idées de Beccaria et de Bentham. Cette notion plus importante au point de vue de la peine que celle de la responsabilité morale. Le droit pénal le protège par la peine exemplaire. Son caractère matériel : le fait l'emporte sur l'idée. Indication sommaire des tendances nouvelles : humanisation du droit. Pénétration des différents droits, notion sociologique et psychologique du droit.

La notion du délit est matérielle, également sa répression. Il a rarement fait appel à l'élément moral ou psychologique, soit dans la détermination de la faute délictuelle, soit dans celle de la peine. Le droit pénal se suffit à lui-même : c'est la notion sèche et étroite d'un droit spécialisé sans liens avec la vie ou les autres codes, au contraire de ce qu'aujourd'hui nous constatons des liaisons par les œuvres dont nous avons tout à l'heure cité quelques-unes.

L'intérêt social, en effet, prime toutes les autres considérations. *A priori* une peine est nécessaire en cas de délit (1). Survivance de l'ancien droit pénal, il

(1) La croyance qu'il est nécessaire de punir correspond bien aux idées autoritaires, gouvernementales du temps. Rappelons ici que

y a une peine cruelle, n'ayant nul effet au point de vue de l'amendement du délinquant, ni même au point de vue de l'exemplarité, celle-ci directement liée à la théorie de l'intérêt social pur. Cette peine, aujourd'hui supprimée, est la marque ou flétrissure admise comme « le plus puissant préservatif contre la récidive », d'après Target et Jaubert, l'un dans ses observations, l'autre, dans son discours du Corps législatif ! Dans le même ordre d'idées, Target et presque tous les rédacteurs du Code trouvent presque inutile la réhabilitation (2) : elle seule cependant introduisait un élément moral dans tout ce système répressif.

L'idée de l'intérêt social subsiste dans notre droit contemporain, mais cette idée, essentiellement mobile, est comprise d'une façon moins matérielle, moins extérieure ; elle tient un grand compte de l'élément moral, par les lois de 1824 et 1832 sur l'extension des circonstances atténuantes de 1885 et de 1891 (loi Bérenger), notamment cette dernière qui écarte la peine, si le délinquant, sa faute commise, témoigne de son repentir pendant un temps déterminé.

Les rédacteurs napoléoniens en ceci suivaient Beccaria : « L'égalité de la peine ne peut jamais être qu'extérieure, puisqu'elle est réellement proportionnée au degré de sensibilité qui est différent dans chaque individu (3). »

D. de Tracy, en l'an VI, demande une réorganisation du système pénal par voie d'autorité, gendarmes, peines, prisons, etc. Cf. Picavet, *op. cit.*, p. 307.

(1) Loqué, t. 29, p. 23 et 61.

(2) Loqué, *id.*, p. 35.

(3) *Op. cit.*, p. 127.

Matérielle, métaphysique, la notion de l'intérêt social est conçue d'une façon négative, c'est-à-dire qu'il n'y a pour le faire respecter que des peines, jamais de récompenses. Et en critiquant le Code de 1810 nous nous appuyons sur la juste opinion de l'un de ses inspirateurs ordinaires, Beccaria : « On ne peut appeler précisément juste (ou ce qui est la même chose), nécessaire, la punition d'un crime, tant que la loi n'a pas employé pour le prévenir les meilleurs moyens possibles dans les circonstances données dans lesquelles se trouve une nation (1). » Et donnant une forme plus précise à cette opinion, Beccaria demande que l'on récompense la vertu (2). C'est là une thèse qui sera adoptée plus tard dans sa première partie, par le droit contemporain ; la seconde a été reprise par les saint-simoniens, comme nous l'avons vu ; elle est même entrée, dans une faible mesure, dans la législation de ce temps.

En effet, on a créé un ensemble d'œuvres, par voie législative, qui ont pour but de prévenir, en dehors de la répression pénale, les différents délits ; organisation de caisses de secours et de retraites, enseignement gratuit aux enfants et aux adultes, assistance sous toutes ses formes (3). En reconnaissant avec

(1) *Op. cit.*, p. 158. La même idée est exprimée par Philipps, *Pouvoirs et obligations du Jury* (trad. Ch. Comte, année 1819) : « La nécessité d'une éducation universelle est une conséquence de la responsabilité universelle de l'infraction des lois dont la connaissance n'est pas innée ou universelle. » P. 277.

(2) *Op. cit.*, p. 182.

(3) Vœu du Congrès d'Anvers sur la protection de l'enfance, patronages de détenus et de libérés, mendicité et vagabondage. Cité par Lombroso, *les Applications de l'anthropologie criminelle*, p. 153.

Beccaria et les rédacteurs que l'indigence est la grande cause des délits, on ne se contente pas de le penser, mais on organise concrètement une vue si juste des choses criminelles.

La loi Bérenger, la loi du sursis de la peine, crée une véritable prime en faveur de la « vertu », de la bonne conduite.

Les nouvelles lois préviennent le délit de diverses façons et, le délit consommé, se préoccupent toujours plus de son auteur.

Nous pourrions conclure que le droit négatif devient positif ; au lieu de supprimer le coupable, il tâche au contraire de l'amender, de lui restituer son utilité sociale. C'est le renversement des vieilles idées, la transformation de la notion traditionnelle d'ordre public.

A remarquer également que les anciennes divisions juridiques deviennent moins absolues, que l'on unit par un lien visible le droit pénal au droit industriel, à la législation sociale. La notion du droit s'amplifie ; des éléments jadis étrangers en font partie intégrante : c'est ce que l'on pourrait appeler du nom compréhensif de droit sociologique : le nouveau concept unit des idées proprement sociales à d'autres, morales ou psychologiques, embrassant à la fois l'activité entière de l'homme, dans ses rapports sociaux, sans en partager soigneusement, en compartiments étanches, les éléments constitutifs.

En cherchant moins à punir le délit qu'à prévenir la misère, plus à amender qu'à punir, on peut conclure que la psychologie pénètre le droit pénal contempo-

rain (1). Ce n'est pas ce que pensait Target : « La gravité des crimes se mesure donc non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent (2). » C'est le délit qui règle principalement la peine.

C'est toujours le même mouvement d'humanisation du droit.

Dans le même ordre d'idées certains criminalistes demanderont un lien plus étroit entre la répression pénale et l'action civile en dommages-intérêts (3).

(1) Dans notre sens, cf. Izoulet : « Ne serait-il pas préférable de mieux organiser l'atelier, pour résorber ce double mal endémique de la mendicité et de la criminalité ? » Les quatre problèmes sociaux. *Revue Bleue*, 8 janvier 98. — Egalement dans notre sens les vœux du Congrès d'Anvers. — Lombroso, les *Applications de l'anth. crim.*, p. 153.

(2) Locré, t. 29, p. 8.

(3) Lombroso, *Application de l'anthropologie criminelle*, p. 115 et 66.

LIVRE IV

Le Code de Commerce.

CHAPITRE PREMIER

Le Caractère particulier de ce Code.

SOMMAIRE. — Caractère particulier du Code de Commerce dans la législation impériale. Ses origines ; définition.

L'esprit du Code de commerce a un caractère très particulier ; il tranche par ses allures pratiques dans la philosophie qui a inspiré les Codes napoléoniens. Ses origines expliquent cette différence.

Les racines premières du Code de commerce sont à la fois internationales et coutumières (1). Inconnu à Rome (2), comme droit spécial, nous n'avons pas ici le legs d'abstractions et de généralités qui a été recueilli par le Code civil ; le commerce étant en

(1) Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, p. 5, 8°.

(2) *Id.*, n. 7.

dehors de l'Eglise, dédaigné par la féodalité, il n'a point subi d'influence théologique ou féodale déterminante. Il est né simplement, en Italie, des relations entre marchands et acheteurs venus de tous les pays, s'est formé au fur et à mesure des besoins, sans idées aprioriques, préconçues, suivant strictement la nécessité des faits, se modelant sur la vie.

Il n'a pu prendre, d'une façon accusée, les tendances d'aucun peuple, ni sa métaphysique, ni être formé par des conceptions très originales. Il y a d'ailleurs, de nos jours encore, endosmose perpétuelle des droits commerciaux des différents pays : c'est un phénomène qui s'accusera toujours davantage avec le développement des relations internationales, l'agrandissement du marché. Coutumier, il est resté progressiste ; sa plasticité demeure entière.

Il a suivi dans ses transformations celles de la vie commerciale, très rapides, toujours dans le sens des besoins vraiment généraux et dans la logique des faits. Ce n'est pas à dire, cependant, qu'il donne satisfaction à tous les intérêts, mais il nous semble plus juste, il est moins un droit de caste ou de classe, il est moins que le Code civil une hiérarchie d'intérêts exclusifs.

Mais il est sous sa dépendance néanmoins ; c'est le Code civil qui est même, en matière commerciale, la véritable autorité : dans de nombreuses questions que le Code de commerce n'a point réglementées, c'est à lui ou aux usages qu'il faut s'adresser (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n. 13 et 1348, 3°.

Le Code civil réglemeute ces lacunes : il est considéré, par les commentateurs et par la jurisprudence, comme le droit commun, celui auquel il faut recourir en cas de doute sur la portée ou la valeur d'un texte commercial.

Lors de la rédaction des Codes, il avait une importance qu'il n'a plus. La véritable richesse, au commencement du siècle, était l'immeuble dont la réglementation n'était pas l'objet de la législation commerciale. D'autre part, le commerce n'avait pas, comme aujourd'hui, le développement inouï que l'industrie et les relations internationales lui ont donné. Il y avait aussi quelque dédain, encore assez vivace chez certains de nos contemporains, à l'égard des commerçants, et les rédacteurs ordinaires des autres Codes laissèrent aux commerçants le soin de rédiger leur propre législation. Ceux-ci ne furent pas guidés au même point par la philosophie sociale du temps. Leur œuvre eut par cela même un caractère traditionnel et un caractère pratique.

En résumé, les règles commerciales n'intéressaient ni la principale richesse, ni, par contre-coup, comme aujourd'hui, la majorité des capitalistes. Il y a un renversement des influences de nos jours ; c'est le droit civil qui se commercialise en quelque sorte. Dans une étude de notre législation contemporaine il faudrait donner au Code de commerce une importance que nous ne pouvons lui donner dans l'étude de celle du commencement du siècle.

Le commerce, au point de vue juridique, est l'ensemble des opérations qui ont pour but de réaliser

un bénéfice par l'un des actes — très nombreux — énumérés dans les articles 632 et 633 C. com. La spéculation est de l'essence du commerce, encore que ce ne soit pas certainement une caractéristique absolue. Les exceptions indiquées par la doctrine n'ont guère qu'une valeur théorique, et leur petit nombre en circonscrit trop la portée pour que l'on s'y arrête sérieusement. On fait du commerce pour recueillir un gain, un bénéfice : le commerçant spéculé sur la différence entre le prix d'achat et le prix de vente.

Cette caractéristique sépare bien nettement l'acte de commerce de l'acte civil. Le droit civil régleme avant tout l'acquisition et la conservation des biens, le droit commercial, le mouvement, la circulation des biens, c'est-à-dire la spéculation, l'un règle la statique, l'autre la dynamique des biens. Ce point de vue était particulièrement accusé en 1807, lors de la rédaction du Code de commerce. Ce point de vue est essentiel : il est la clef de l'organisation du crédit civil et commercial.

CHAPITRE II

La Liberté et la Réglementation de l'Industrie.

SOMMAIRE. — La liberté du commerce et de l'industrie ; réglementation formaliste ; les ouvriers ; l'autorité.

Sous la Convention, fut édicté un maximum fixant le prix des denrées et des salaires (1). Il ne reste rien de cette législation dans le Code de commerce. Le contrat d'achat-vente est laissé libre comme le contrat de louage de services dans le Code civil. Les mêmes critiques pourraient être renouvelées ici, elles ne perdent rien de leur valeur.

Il est incontestable qu'il n'y a pas et qu'il ne peut y avoir libre dispute entre l'acheteur et le vendeur pour la fixation d'un juste prix, qu'en un mot la « prétendue loi », comme l'appelle M. Funck-Brentano, de l'offre et de la demande, ne joue jamais normalement. Des causes diverses l'expliquent, l'igno-

(1) Décret du 19 août 1793 autorisant les Directoires de départements à fixer le maximum du prix du bois de chauffage, charbon, tourbe, houille ; décret du 29 septembre 1793 fixant pour toute la France le maximum uniforme du prix des denrées et marchandises de première nécessité, etc.; loi du 4 nivôse an III abolissant lois et décrets portant fixation d'un maximum sur le prix des denrées et marchandises. Cf. Chailley-Bert, *op. cit.*, p. 41.

rance de la grande majorité des acheteurs d'abord, les causes factices de hausse, comme les accaparements, « ces manœuvres de la cupidité et de l'intrigue (1) », comme disent nos rédacteurs, qui à différentes reprises ont bouleversé complètement le marché, ou encore le blocus continental ou les tarifs prohibitifs, ceux qui furent édictés, par exemple, au lendemain de la Révolution, restreignant, au profit du producteur et du vendeur, la libre concurrence.

En admettant la libre concurrence absolue, on perd trop de vue la destination du salaire, le but du travail. Le salaire, dit-on, est fixé dans une libre discussion, entre l'employeur et l'employé ; ce que l'on oublie, c'est le rapport intime qui doit unir le salaire à la satisfaction des besoins naturels de l'homme. L'organisation sociale devrait être telle que le travail toujours possible fût toujours lié à un salaire suffisant, celui-ci à la satisfaction des besoins.

Dans le Code de commerce, on oublie que le commerce n'est pas seulement la spéculation, mais qu'il est avant tout destiné à assurer la légitime satisfaction des besoins naturels. Il ne semble pas que cette destination soit possible : la liberté commerciale est assurée d'une façon abstraite comme dans le Code civil la liberté du travail. L'autorité, certainement, intervient dans certains cas pour protéger les intérêts particuliers, mais c'est l'autorité gouvernementale, comme, par exemple, dans la création des Sociétés anonymes. Mais ce n'est pas le gouvernement poli-

(1) *Loché*, t. 31, p. 185.

tique d'un pays, qui doit intervenir dans les relations individuelles, précisément parce que la liberté de la minorité ne pourrait être assurée, ou parce qu'il interviendra dans un intérêt trop particulier, trop personnel à lui-même, comme gouvernement, non comme représentant de l'intérêt de tous. Les droits de surveillance, de tutelle générale, il faut les confier soit au pouvoir judiciaire qui a su organiser le devoir patronal, soit à des administrations de l'État, en partie électives, dans le genre du Conseil supérieur de l'instruction publique, soit à la municipalité qui peut déjà intervenir dans la protection des droits privés par le pouvoir qu'elle a de fixer le prix du pain et de la viande (1). L'autorité, dans ces conditions, devient une chose vivante, parce que précisément ceux qui interviennent sont juges et parties.

Le Code de commerce ne régleme pas le prix des denrées nécessaires, ni n'organise le crédit commercial en faveur des plus pauvres. Il est certain que l'article 2101 privilégie le prix des fournitures de subsistances sur la généralité des meubles : cet article, en assurant au vendeur une plus grande certitude d'être payé, sera un élément du crédit en faveur de certains clients. Mais ce n'est qu'un privilège de six mois : augmenter les délais serait certainement injuste pour le vendeur. Il n'y a pas lieu d'exagérer la valeur de cette protection : le mobilier d'un ouvrier représentant une minime valeur, le crédit ne pourra jamais être bien considérable.

(1) Loi des 19-22 juillet 1791, art. 30.

La loi du 12 juillet 1895 qui fixe le maximum de ce qu'un créancier peut saisir sur un salaire ou un petit traitement, en accordant par cela même des délais légaux au débiteur peu fortuné, rétablit une relation plus étroite entre le salaire et la satisfaction des besoins naturels. Elle protège en même temps le débiteur, qui, lors d'une hausse des denrées nécessaires, ne sera plus à la complète merci d'un créancier; indirectement la loi remédie, dans une certaine mesure, à la non réglementation du prix de ces denrées.

A un autre point de vue le Code de commerce n'assurait pas l'existence des salariés. Les sociétés coopératives, aujourd'hui fort nombreuses, ne pouvaient être créées par des ouvriers. Les associations leur étaient interdites, c'est-à-dire la seule voie efficace pour eux d'unir leurs moyens d'actions, toujours trop faibles dans l'isolement. « Dépourvus de capitaux et n'ayant pas de crédit pour en obtenir, comme le remarque M. Lyon-Caen, les ouvriers ne peuvent pas grand'chose s'ils demeurent isolés; dans l'association ils ont un moyen d'acquérir une force qu'ils n'ont pas seuls; ils peuvent ainsi se procurer un certain crédit, travailler pour leur compte *et se soustraire au salariat* (1). »

Le Code civil et le Code commercial n'organisaient donc pas le crédit ouvrier d'une façon satisfaisante. Une loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés coopératives, voulut remédier à cet état de choses; mais elle exigeait que le minimum des actions fût de

(1) *Manuel*, p. 222.

100 francs et qu'un quart fût versé sur chaque action avant la constitution de la Société. « Le gouvernement avait des exigences semblables pour les sociétés anonymes qu'il autorisait. Les ouvriers, qui n'épargnent à la fois que des sommes très restreintes, n'auraient pu parvenir à constituer des commandites par actions ou des sociétés anonymes. » Une loi du 24 juillet 1867 remédia à cet inconvénient: nous n'avons pas à nous y arrêter, il n'y avait qu'à constater la lacune.

Il est incontestable qu'aucune réglementation n'intervenait en faveur des ouvriers, que l'association leur était interdite et que le crédit ouvrier était presque totalement inconnu. Là est la caractéristique déjà vue de la législation napoléonienne. Par contre, la spéculation est autorisée, c'est-à-dire que le capital est très libre, presque point gêné dans ses initiatives et dans ses audaces. Nous disons presque, car il existe une certaine réglementation. Nous allons l'examiner rapidement.

Le pouvoir politique de Napoléon était à son apogée lorsque fut discuté le Code de commerce. C'était au lendemain de la paix de Tilsitt. Il semblait définitivement assis: les fonds publics étant à la hausse, d'immenses affaires se traitaient. Il trouva facilement un prétexte pour intervenir dans la réglementation commerciale. Des faillites scandaleuses, auxquelles il est souvent fait allusion dans les travaux préparatoires, menaçaient le crédit général. Le gouvernement intervint pour rétablir, par la loi, la morale publique qui était en baisse; sa puissance lui en

donnait toutes les facilités. La philosophie autoritaire se renouvelle au contact de circonstances sociales du temps.

Cette intervention se manifesta par de nombreuses règles. Tout commerçant est tenu d'avoir un livre-journal (art. 8), de conserver copie des lettres qu'il envoie et les originaux de celles qu'il reçoit; il est tenu de faire tous les ans un inventaire (art. 9); le livre-journal et le livre des inventaires doivent être cotés, paraphés et visés, soit par l'un des juges du tribunal de commerce, soit par le maire; le commerçant doit conserver les livres et documents au moins pendant dix ans (art. 10).

Les courtiers de marchandises devaient être nommés par l'Empereur (art. 74). Il existe encore il est vrai des courtiers privilégiés nommés par le gouvernement, et qui alors sont des officiers ministériels, mais depuis une loi du 18 juillet 1866, la liberté du courtage de marchandises est définitivement admise; les agents de change sont également nommés par le gouvernement. Depuis une loi du 28 avril 1816, ils ont le droit de présenter leur successeur à l'agrément du gouvernement.

La création des Sociétés anonymes est subordonnée à une autorisation gouvernementale (art. 37).

Ce sont là des mesures de protection en faveur des spéculateurs, des capitalistes: il est incontestable qu'elles ne protègent ni le commerce des détaillants, ni les salariés et petits employés. C'est une réglementation en gros de la spéculation, mais qui n'empêche aucun de ses inconvénients, soit le puffisme

financier aboutissant à des ruines, soit les accaparements.

Le décret des 26 et 28 juillet 1793, contre les accapareurs, n'est pas appliqué; quant à la responsabilité personnelle de ceux qui au nom de l'État ont autorisé une Société anonyme, soit agréé un courtier ou un agent de change, elle est illusoire; celle des administrateurs de compagnies financières également. Ce n'est cependant qu'en appliquant largement le principe de la responsabilité personnelle que l'on pourra protéger efficacement des droits qui dans un régime de concurrence illimitée sont fatalement sacrifiés. Il en est chaque jour des exemples douloureux.

Dans le même esprit, le Code de commerce contraint les commerçants à publier leurs régimes matrimoniaux (art. 47, C. co.): le public entre légalement dans la confidence des arrangements financiers des familles. C'est une prescription curieuse à noter; elle a été étendue, sous une autre forme, au droit civil, par la loi du 10 juillet 1850 (art. 75, C. c.), que nous avons eu l'occasion de citer (1).

D'après l'article 619 (rédaction originale), les juges sont élus non pas par tous les commerçants, mais par les plus notables d'entre eux; ceux-ci d'ailleurs sont désignés par le préfet sous la réserve du droit d'approbation laissé au ministre de l'intérieur. Le principe du suffrage universel fut admis en 1848, aboli après le coup d'État du 2 décembre, puis rétabli définiti-

(1) A noter également les articles 135 et 157 supprimant tous délais de grâce dans le paiement des lettres de change.

vement par la troisième République (loi du 21 décembre 1871).

Cet ancien article marque à la fois l'ingérence gouvernementale et l'ingérence prépondérante laissée dans les tribunaux consulaires aux gros commerçants.

Incontestablement le gouvernement intervient fréquemment au sujet des choses commerciales. Les rédacteurs s'en sont parfaitement rendu compte : « Dans le système de la loi, dit en effet Regnaud au Corps législatif, vous trouverez qu'on a imposé des obligations étroites et établi des règles sévères, prononcé des peines rigoureuses, restreint des droits accordés par le Code civil.

« Mais cette austérité, législateurs, a paru un contre-poids nécessaire du relâchement de la morale dans les classes commerçantes (1). » « Toute la force du crédit est dans la sévérité des lois », dit également Chaptal(2). Autre citation typique de Regnaud : « Les bonnes mœurs renaîtront des bonnes lois (3). » C'est une idée qui a été déjà exprimée lors de la rédaction du Code civil ; c'est une des idées organisatrices de la législation napoléonienne. Il était intéressant de noter sa persistance et son influence évidente.

(1) Loqué, t. 17, p. 63. Cf. art. 591, C. Co.

(2) *Idem*, p. 33.

(3) *Idem*, p. 65.

CHAPITRE III

L'Organisation du Crédit. Les Tendances nouvelles.

SOMMAIRE. — L'idée pivotale du Code : le crédit ; le créancier et le débiteur ; caractère social de ce Code ; la solidarité commerciale ; les tendances contemporaines ; l'internationalisme commercial.

La protection du crédit est l'idée pivotale du Code de commerce, comme, dans les deux autres Codes, la protection de la propriété foncière et la défense de l'intérêt social. « La loi qui règle les effets du crédit, dit Chaptal, renferme les destinées du commerce (1). » La même idée, sous d'autres formes, est exprimée par Regnaud (2) au Corps législatif et par Jard Panvillier (3), orateur du tribunal. De Fréville, dans son discours au Corps législatif, insiste sur ce point, que la législation des faillites et banqueroutes a pour but de favoriser le crédit indispensable au commerce (4).

C'est du crédit personnel dont il s'agit. « En matières civiles, dit encore Chaptal, c'est ordinairement la chose que l'on suit ; en matière de commerce,

(1) Loqué, t. 17, p. 33.

(2) *Idem*, p. 63 et 65.

(3) *Idem*, p. 67.

(4) *Idem*, t. 19, p. 570.

c'est presque toujours la personne (1) ». Cela est si vrai, que, par exemple, le gage commercial n'est pas réglementé.

Les créanciers avaient comme principale garantie la contrainte pour toutes dettes commerciales d'au moins 200 francs (2). Aujourd'hui, au contraire, le gage est soigneusement réglementé, notamment par la législation sur les warrants, les prêts sur titres. Il eût été nécessaire cependant d'organiser le crédit ouvrier : nous savons comment il a été sacrifié.

Le crédit est organisé surtout dans l'intérêt du créancier : la solidarité se présume entre co-débiteurs commerciaux ; elle est de l'essence des sociétés en nom collectif, la forme sociale la plus courante, et elle ne concerne que les rapports des associés envers les tiers, non leurs rapports entre eux ; les faillis simples et les banqueroutiers sont soumis à une législation draconienne ; la lettre de change, le billet à ordre sont rigoureusement réglementés dans ce sens.

Il n'y a pas d'articles dans ce Code permettant au débiteur d'attendre le retour à une meilleure fortune, comme dans les lois contemporaines que nous avons citées : les plus typiques d'entre elles sont la loi sur la saisie-arrêt et celle qui organise les sociétés coopératives. Nous pouvons ajouter les lois récentes organisant le crédit agricole. Toutes ces lois, ayant en vue des situations très spéciales, l'existence de

(1) *Idem*, t. 17, p. 30.

(2) Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 434.

certains groupes sociaux, ouvriers, paysans, employés, enlèvent à la législation napoléonienne son caractère d'universalité et de généralisation. Un nouvel esprit la pénètre. A un droit général succède une série de droits spéciaux.

De ce que nous venons de dire nous pouvons conclure que la législation commerciale est beaucoup moins individualiste que la civile. Nous faisons allusion d'abord à la solidarité qui ne se présume jamais en droit civil. Mais aussi à la tenue des livres de commerce, qui, faisant preuve dans certains cas, créent une sorte de solidarité commerciale entre les commerçants. Egalement le principe de bonne foi qui, jouant un grand rôle dans les jugements consulaires, fait disparaître un certain nombre de fictions toutes-puissantes en matière civile : en droit commercial tous les modes de preuves sont admis, sauf dans très rares cas. (Art. 109 C. co ; art. 1341, 1353 C. c.) Le droit commercial a en somme moins de raideur ; il est moins apriorique.

Le crédit n'étant pas d'ailleurs assis sur des biens, comme sur une hypothèque en droit civil, mais plutôt sur la réputation morale d'une maison, les commerçants sont tenus à une bonne foi plus grande, à ne pas abuser d'une réputation difficilement acquise et facilement perdue.

Derniers exemples. En cas de déconfiture (droit civil), les saisies et autres opérations sont isolées, individuelles : il n'y a ni dessaisissement, ni procédure d'ensemble, chacun pourvoit à ses intérêts comme il l'entend. En cas de faillite (droit commer-

cial), toutes les opérations, au contraire, sont collectives (1).

En un mot, par le crédit, toutes les maisons de commerce se tiennent ; les commerçants ont des intérêts communs, des intérêts qui sont, dans la plus grande part, solidaires les uns des autres. Le droit les réunit les uns aux autres, ne les isole pas comme la matière civile. Il y a différence d'esprit et de tendances entre les deux droits ; le droit commercial, par son caractère social très accusé, est en avance sur le reste de la législation du commencement du siècle. Il ne sera pas étonnant de constater l'influence de celui-ci sur le Code civil. C'est ce qu'un écrivain judiciaire, M. R. de la Grasserie, a appelé la *commercialisation du droit civil*.

(1) Lyon-Caen, *op. cit.*, n. 1031.

CHAPITRE IV

Influences internationales sur le Développement du Droit commercial.

C'est par le *jus gentium*, l'analogue de notre droit commercial moderne, que le vieux droit quiritaire s'est peu à peu transformé. Il était composé de droits étrangers, les droits des peuples vaincus, tributaires de Rome. Le droit quiritaire, à l'usage des seuls citoyens romains, avait une raideur qui va mal à la vie commerciale ; le *jus gentium* était plus souple, sans fictions, sans rites ; ses règles simples permirent l'extension du commerce international. Cette commodité remarquée, la législation romaine civile s'inspira de ce nouveau droit ; finalement celle-là et celui-ci se confondirent dans la dernière phase juridique de Rome.

Il se produit un mouvement analogue dans nos droits modernes. Il n'a pas encore été étudié d'une façon un peu approfondie. Ce qui est curieux à noter c'est l'influence du commerce créant une législation internationale, quant à certaines procédures parfois (1),

(1) Loi du 12 février 1881 approuvant une convention avec l'Allemagne au sujet de l'assistance judiciaire ; loi du 7 juin 1886 avec l'Espagne, sur le même objet ; décret du 17 février 1875 approuvant la déclaration signée entre la France et l'Italie pour assurer la communication des actes de l'état-civil.

mais surtout quant aux moyens de communications.

Les chemins de fer, les postes et télégraphes, les bateaux sont constitués en administrations officielles, régies par des règles proprement internationales. Il existe une convention monétaire internationale. Les traités de commerce unissent les intérêts des peuples, comme dans un pays sont unis les intérêts de tous les citoyens qui le composent. La propriété des œuvres de l'esprit ou des œuvres industrielles sont protégées internationalement (1). Nous pouvons aussi indiquer, en passant, les sociétés financières cosmopolites.

Il se crée aujourd'hui un cosmopolitisme financier, comme au siècle dernier s'était constitué un cosmopolitisme intellectuel. Celui-ci s'est d'ailleurs renouvelé. La civilisation tend à s'uniformiser entre les différents pays; il n'y a pas grande et appréciable différence à ce point de vue entre les grandes puissances européennes, les Etats-Unis, le Canada.

Les intérêts devenant internationaux le droit naturellement tend à devenir international, c'est-à-dire à ne plus exister en faveur d'un seul peuple. Les frontières s'élargissent. « Les droits se transforment à mesure que changent les intérêts de la vie. Intérêts et droits sont en quelque sorte historiquement parallèles (2). »

(1) Loi du 28 mars 1887 approuvant la convention signée à Berne, concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres d'art et littéraires. Un grand nombre de décrets sur la protection des marques de fabrique.

(2) Ihering, *op. cit.*, IV, p. 329.

L'idée de patrie tend, nous semble-t-il, à ne plus être enclose dans un cercle géographique; il semble que sa valeur commerciale n'est plus circonscrite entre quelques fleuves, des montagnes, des mers; elle se lie à des intérêts moins exclusifs, à ceux de l'humanité plutôt qu'à ceux de telle nation.

Il y aurait lieu de souhaiter que les nations continuent d'exister comme œuvres originales, et non pas qu'il se crée une seule nation avec un seul tempérament, une seule littérature. Pas plus qu'il n'y a lieu de souhaiter la parfaite ressemblance des hommes entre eux. Il y a un problème des rapports des nations vis-à-vis de l'humanité, comme, dans un pays, celui des rapports de l'homme vis-à-vis de l'Etat. La guerre peut être supprimée; elle est moins fréquente qu'autrefois; l'arbitrage fait des progrès précisément parce que ses solutions pacifiques sont en accord intime avec les intérêts cosmopolites qui deviendront, sans doute, toujours plus déterminants.

Ce sont là des problèmes que nous ne pouvons que poser: mais on peut dire que nous allons vers un respect toujours plus grand des droits individuels. Cette remarque indique le sens de l'évolution espérée.

LIVRE V

La Procédure.

CHAPITRE PREMIER

Physionomie générale du Code de Procédure.

SOMMAIRE. — Influence des idées sur la procédure: une idée d'Ihering.
Les caractères ordinaires de la législation napoléonienne se
retrouvent ici.

Nous ferons l'étude de la procédure sous le bénéfice d'une observation d'Ihering. « Les changements dans les idées d'un peuple, les transformations qui s'opèrent dans la vie influent moins sur la procédure que sur les institutions du droit; les idées morales y sont hors de cause; le tout s'y réduit à une question d'opportunité (1). » Il ne faudrait peut-être pas accepter d'une façon trop absolue cette observation: la question d'opportunité est déterminée très fréquem-

(1) *Op. cit.*, IV, p. 16.

ment par des idées morales, des motifs d'humanité, comme la loi de 1867 portant abolition de la contrainte par corps ou la loi de 1895 sur la saisie-arrêt des salaires. Mais incontestablement le Code de procédure ne peut être au même degré que les autres Codes le reflet des idées d'une époque; il contient un grand nombre de règles arbitraires, les délais, les modes de preuves, les prescriptions, la marche des instances. Toutes ces règles se simplifient, il est vrai, avec le progrès des institutions juridiques proprement dites; mais, dans leur ensemble, dans leur esprit, elles sont toujours en retard sur celles-ci. Elle a sa grande importance d'ailleurs, car elle influe indirectement sur le respect de celles-ci par la façon dont elle permet leur réalisation, leur mise en action, leur protection.

Pour ce motif, nous ne nous étendrons pas sur cette partie de la législation; nous ne nous arrêterons qu'à quelques règles où nous pourrions saisir, dans un relief accentué, les caractéristiques ordinaires des Codes de l'Empire. Nous noterons, particulièrement, l'influence du créancier ou capitaliste, l'oubli des intérêts légitimes des ouvriers qui ne peuvent être protégés que par des règles spéciales et enfin un caractère sec, apriorique, le manque de souplesse.

Il serait évidemment étrange que les caractéristiques changeassent: la procédure est comme le revêtement des idées juridiques.

Le tribun Faure, en terminant de longs développements, indique l'utilité et l'esprit de la procédure: « Les formes sont donc, en un mot, la garantie de la

propriété et de la sûreté (1). » Mais cette sûreté et cette propriété sont toujours considérées en dehors de l'homme, comme des « catégories juridiques », selon le mot d'Ihering. Jamais ne se rencontre, dans les travaux préparatoires, une parole généreuse, une parole de pitié; il ne semble pas que ce droit, qui s'élabore, ait une destinée sociale, qu'il soit l'élément presque essentiel de la paix entre les hommes, qu'il soit l'organisation du respect mutuel qui seul permet le développement de l'homme, suivant un certain idéal individuel et national. C'est, au contraire, un droit d'hommes d'affaires; il semble que la grande affaire de la vie soit la lutte des intérêts matériels, l'amour du gain financier, l'âpre et perpétuelle recherche de la richesse individuelle. Nous assistons aujourd'hui aux révoltes qu'un tel droit a engendrées. Il nous semble que, nulle part, n'éclatent si violemment l'égoïsme et la mesquinerie des idées que dans les travaux préparatoires du Code de procédure. Les conceptions spéculatives sont plus rares, et sont noyées dans des développements purement juridiques.

Toute la procédure napoléonienne, entraînant à de grands frais, à de grandes pertes de temps, a abouti aux plus révoltantes injustices. Elle a suscité de nombreuses critiques dont on tient un compte toujours plus grand: les esprits les plus différents ont été unanimes.

C'est dans le Code de procédure, nous semble-t-il, qu'il eût fallu organiser toute une prévoyance en

(1) Locré, t. 21, p. 35.

faveur du pauvre et de l'ignorant, en faveur de ceux qui peinent obscurément, qui souffrent, le corps et l'âme ployés sur une tâche douloureuse qui ne doit jamais s'arrêter. L'autorité avant 1789 avait, comme nous l'avons vu, dans les mœurs et dans le droit des contre-poids qui ont été supprimés sans équivalent. Rien ne corrigeait plus la liberté. La lacune devenait si dangereuse que les hommes d'Etat contemporains ont organisé toutes les œuvres d'assistance sociale si nombreuses aujourd'hui et que nous voulons seulement rappeler. Le salaire, propriété mobile, instable, est protégé comme la propriété foncière ou mobilière; les intérêts du patron et de l'ouvrier sont plus intimement unis, comme par exemple dans la procédure sur les accidents du travail, dans la loi de 1898. Les faits, d'ailleurs, forcent à l'éclosion d'idées nouvelles.

CHAPITRE II

La Protection de la Propriété immobilière et du Salaire.

SOMMAIRE. — Le Code de procédure civile ; la saisie-arrêt ; la saisie immobilière et la saisie-mobilière.

La propriété foncière, qui tenait la grande place dans les préoccupations économiques et juridiques du commencement de ce siècle, est remplacée, dans les actuelles, par le salaire. Encore en 1848, la propriété était la grande et passionnante étude. C'est de cette époque que date le célèbre pamphlet de Proudhon. Bastiat se pose en défenseur de la forme d'appropriation qu'attaquait Proudhon, la propriété individuelle. Dans la seule année 1848, il est facile de vérifier l'importance de cette question en feuilletant la *Revue Wolowski*.

La procédure organisée dans l'intérêt de cette propriété subsiste. Mais, en face, de nos jours, toute une procédure en faveur du salaire s'organise. Récemment, affirmant l'importance de cette nouvelle question, un professeur d'économie politique, M. le doyen Villey, intitulait un livre (couronné par l'Institut) : *La question sociale ou la question des salaires*. Titre juste, car, comme nous le répétons, la propriété, nous

semble-t-il, ne peut être étudiée que vis-à-vis du contrat de salaire ou de travail. Organiser celui-ci c'est organiser, par contre-coup, la propriété ; c'est en même temps fonder le droit, non sur la tradition, mais sur l'effort humain, sur l'initiative, le travail, ou l'homme.

Il est certain que M. Villey n'indique pas, jusque dans ces conséquences, sa façon de voir ; il est facile, peut être, de prévoir le jour où elles seront généralisées. Je n'en voudrais, en passant, donner qu'une preuve : la baisse des revenus des capitaux et l'impôt sur le revenu qui constituent de lentes et légales expropriations des droits acquis. Comme des économistes l'ont prévu, le jour est proche où tout homme devra travailler pour vivre ; il serait d'ailleurs téméraire de le fixer même approximativement. Le marché financier est toujours à la merci d'un de ces hasards décisifs qui bouleverse les prévisions les moins hasardées ; il est facile de se rappeler, en ce sens, l'invention des chemins de fer qui vint donner un essor fantastique aux intérêts des capitaux qui semblaient, à la fin du règne de Louis-Philippe, devoir descendre jusqu'à zéro.

Ces préliminaires terminés, nous arrivons à la législation sur la saisie-arrêt.

La saisie-arrêt, selon la définition de Dalloz, est l'acte par lequel un créancier déclare au débiteur de son débiteur qu'il saisit entre ses mains les valeurs et effets appartenant à ce dernier.

Le droit du créancier doit être respecté, mais il faut évidemment, en même temps, tenir compte des besoins

légitimes du débiteur. Si celui-là a le droit de saisir le salaire dans son intégralité, le travail ne permettra plus à l'homme de vivre. Le rapport intime qui doit exister entre le contrat de travail et la vie, la satisfaction légitime des besoins naturels, est rompu. Certainement qu'il n'y aurait pas lieu de protéger le débiteur, si la pauvreté était la sanction nécessaire et inéluctable de sa paresse, de sa mauvaise foi ; mais il y a des crises économiques qui, bouleversant le monde du travail, soustraient l'homme à ses meilleures intentions et à ses efforts.

L'homme ne trouve pas toujours non plus à travailler. En somme protéger le salaire, c'est protéger le travail, c'est aider l'homme à remplir son devoir normal en le soustrayant aux contraintes de fait, aux hasards économiques. M. Izoulet a bien compris toute l'importance du nouveau problème ou plutôt de la nouvelle façon de résoudre l'éternelle question sociale : « Pour un pauvre, il n'y a que trois façons de vivre : le travail, l'aumône ou le vol ; si vous ne lui facilitez pas le salut sous la forme directe, normale et saine du travail, il n'en retombe pas moins à votre charge sous l'une des deux autres formes indirectes, anormales ou pathologiques, de l'aumône ou du vol. Ne serait-il pas préférable de mieux organiser l'atelier pour résorber ce double mal endémique de la mendicité et de la criminalité (1) ? »

On a assez bien compris, jadis, ces diverses raisons ; mais on les comprend mieux aujourd'hui. Nous allons

(1) *Les quatre problèmes sociaux* — *Revue Bleue*, n° du 8 janvier 1898.

voir, lors de la rédaction des Codes, quels sont les débiteurs que la loi protège et ceux qu'elle oublie.

La saisie-arrêt est une dérogation au principe de l'article 2092 du Code civil : « *Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* »

Reprenant un décret du 8-10 juillet 1791, une loi du 21 ventôse an IX (1) établissait l'insaisissabilité partielle des traitements des fonctionnaires publics. Pour légitimer cette dérogation, on invoquait la nécessité d'assurer le service des fonctionnaires en leur évitant des tracasseries financières et leur obligation de faire une certaine figure dans le monde.

Deux lois, l'une du 8 nivôse an VI (art. 4, § 4), l'autre du 22 floréal an VII, déclarent insaisissables les rentes sur l'État. Les rentes sur l'État associent la fortune privée à la fortune de l'État : cette loi s'explique facilement. Les revenus des majorats, sauf de rares exceptions, sont également insaisissables, par une loi des 1^{er} mars et 21 décembre 1808.

D'après une loi du 24 germinal an IX (art. 33), aucune opposition n'est admise sur les sommes en compte courant dans les banques autorisées.

Le caractère alimentaire que les lois reconnaissent au traitement, elles ne l'ont pas reconnu au salaire des ouvriers. C'est la lacune caractéristique. Les salaires des ouvriers peuvent être saisis-arrêtés dans leur intégralité, même ceux non encore échus au

(1) Non abrogée; argument, art. 580 C. pr.

moment de cette opération (1). C'était une injustice évidente.

La jurisprudence essaya de remédier à cet oubli regrettable. Il fut d'abord admis que le produit du travail des détenus serait insaisissable (2). La Cour de cassation admit ensuite que les sommes allouées par les hospices à titre de salaire aux nourrices chargées du soin des enfants trouvés auraient un caractère alimentaire les frappant d'insaisissabilité (3).

Enfin il fut décidé « que les salaires des ouvriers et employés *pouvaient* être considérés comme ayant un caractère alimentaire qui *devait* en faire admettre l'insaisissabilité (4) ».

La jurisprudence admit comme ayant un caractère alimentaire la pension viagère allouée à un ouvrier à titre d'indemnité à raison d'un accident (5). A le même caractère, la condamnation à des dommages-intérêts prononcée au profit d'un ouvrier qui, n'ayant d'autre ressource que le travail de ses bras, a été privé de cette ressource par un accident dont il a été victime dans l'exécution d'un travail commandé (6).

Cette jurisprudence préparait la loi du 12 janvier 1895 sur l'insaisissabilité partielle des salaires ouvriers et des traitements des petits employés.

(1) Cf. Répertoire Dalloz et les références, V^o saisie-arrêt.

(2) R. D., V^o saisie-arrêt, n. 160.

(3) D. P., 50, I, 62.

(4) Exposé des motifs de la loi de 1895. D. 1895, IV, p. 13, en note.

(5) Paris, 5 février 1870.

(6) D. P., 63, S. 333. D'après le supplément au R. D.

Nous avons d'ailleurs été devancés par l'Allemagne (1869), la Belgique (1887), l'Autriche (1888).

La procédure de la saisie-arrêt était fort coûteuse ; les frais augmentaient notablement la créance. Ceux-ci étaient uniformément établis, pour un très pauvre comme pour un riche, soit débiteur, soit créancier.

La saisie-arrêt, d'après le Code de procédure, « implique un exploit de saisie-arrêt signifié au tiers-saisi, une demande en déclaration affirmative. A défaut de titre le saisissant doit obtenir du président du tribunal l'autorisation de former la saisie-arrêt. Pour ces demandes diverses, la constitution d'avoué est obligatoire. « Les frais sont par suite, — c'est le rapporteur de la loi de 1895 qui parle, — quand la créance du saisi est minime, hors de proportion avec elle, et il en est spécialement ainsi lorsque la saisie-arrêt s'applique à des salaires peu importants, les frais dépassant de beaucoup le montant de la créance saisie ; et comme ils restent à la charge du débiteur, ils retardent la libération définitive (1). »

Dans l'ancien droit la position légale du débiteur était moins avantageuse. Notre Code, au contraire de ce qui se passait dans l'ancienne législation, exige, pour saisir entre les mains des tiers, un titre authentique ou privé ou à défaut de titre une ordonnance du juge. Cette dernière faculté est accordée par l'article 558 : il nous semble qu'elle est assez hostile au débiteur. D'après plusieurs auteurs, celui-ci pouvait en appeler au président, en référé, mais en

(1) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 14.

général ils se prononçaient pour la négative (1). Il faut ajouter d'ailleurs que plusieurs présidents n'accordaient sur requête la saisie-arrêt qu'avec la faculté pour le débiteur de se pourvoir devant lui en référé. Tout cela était encore loin de notre nouvelle législation.

§ II

Si l'ouvrier et le petit employé étaient sacrifiés dans la législation du premier Empire, la propriété mobilière était moins protégée que la propriété immobilière. Il est naturel que celle-ci qui a les honneurs du Code civil soit entourée de nombreuses garanties procéduraires. Tout ce qui touche à son organisation et au respect qui lui est dû constitue « la première comme la plus importante des dispositions du Code », selon les paroles du tribun Lahary, au Corps législatif (2).

La procédure de la saisie de la propriété immobilière est réglementée par soixante-seize articles ; l'ordre en compte trente et un, soit un total de cent sept articles.

Quant à la saisie-exécution ou mobilière, la richesse des petites gens à l'époque impériale, elle est réglementée par cinquante-quatre articles.

La saisie immobilière exigeait, d'après le Code de procédure : 1° un commandement ; 2° un procès-

(1) Boitard, *Procédure civile*, t. II, n. 910. R. D., V° référé, n. 135 et V° saisie-arrêt, n. 118.

(2) Locré, t. XVI, p. 499.

verbal de saisie ; 3° la dénonciation de ce procès-verbal ; 4° trois publications avant la vente. Enfin elle comportait une adjudication provisoire, puis une adjudication définitive, un procès-verbal au saisi, la transcription de la saisie au bureau des hypothèques. Soit un total de neuf formalités.

La saisie mobilière comportait : 1° un commandement ; 2° un procès-verbal ; 3° une annonce dans les journaux avant la vente.

On a tenté l'explication de ces différences de procédures. « La saisie des immeubles du débiteur, dit notamment Boitard, a dû être environnée de formes beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus compliquées que la saisie des meubles. En effet, les immeubles ont, en général, beaucoup plus d'importance que les meubles (1). »

Il est facile de répondre que, dans une telle manière de voir, on considère la valeur abstractivement de l'homme, en dehors du rapport qui l'unit aux nécessités matérielles de notre être. Au fond, cela aboutit à créer des catégories juridiques, en dehors de la vie, à perdre de vue la finalité des choses. Les meubles, comme les immeubles, ont un rapport évident avec les besoins de l'homme ; ils sont un signe de richesse ou une richesse dont l'utilité se consomme par un premier usage ou un usage répété. La loi, nous semble-t-il, n'a pas à se préoccuper de la valeur objective des objets, des biens : ils sont tous sur une même ligne parce qu'ils sont nécessaires à la vie,

(1) *Op. cit.*, n. 910.

les uns représentant l'aisance du riche, les autres la médiocrité du pauvre. La loi, en protégeant de nos jours le salaire, a donné une satisfaction à ces critiques. Il en est bien d'autres qui sont demeurées vaines.

Le droit napoléonien n'a pas considéré comme égaux les droits du créancier et du débiteur ; il a sacrifié celui-ci à celui-là. Il a oublié encore ici la finalité du droit : droit abstrait et droit individualiste, unilatéral, droit léonin.

CHAPITRE III

La Contrainte par corps.

SOMMAIRE. — La contrainte par corps à Rome, dans l'ancien droit, sous la Révolution. L'opinion de Montesquieu.

La contrainte par corps est une survivance du droit romain. Le corps du débiteur, dans le droit primitif de Rome, répondait de la dette : le créancier avait le droit de se saisir du corps de son débiteur, de l'enfermer *in carcere privato*, de le faire travailler, de le frapper, peut-être même de le mettre à mort. Elle ne fut cependant établie dans notre droit coutumier qu'en 1566, par l'Ordonnance de Moulins. Une Ordonnance de 1667 en restreignit la portée en ne l'autorisant plus dans tous les cas, comme précédemment. Elle fut abolie, sur la proposition de Danton, par une loi du 9 mars 1793. Elle fut d'ailleurs rétablie par les lois des 24 ventôse, 15 germinal et 4 floréal de l'an VI. Elle fut l'objet d'assez longues et passionnées discussions au Conseil des Anciens et dans les assemblées qui discutèrent les Codes napoléoniens.

Portalis voyait dans la contrainte le meilleur moyen pour renforcer le crédit commercial (1).

(1) Loqué, t. XV. Discussion au Conseil des Anciens.

« Ne pas admettre la contrainte, disent Gary et Bigot-Préameneu au Tribunat, c'est donner le champ libre à la mauvaise foi (1). »

Elle existait en matière civile, commerciale et criminelle ; elle ne devait être abolie qu'en 1867, mais la loi l'abrogeant l'a conservée en matière criminelle.

Dans les Conseils de l'Empire, on avait trouvé la Révolution trop philanthropique. Le Code de 1791, dit notamment Dhaubersat au Corps législatif, « a fait à la philanthropie des sacrifices que réprouvait l'intérêt de la société (2) ». Louvet également parle contre la philanthropie (3). Les rédacteurs reviendront sur l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, sur la très démocratique loi de nivôse an II sur les successions (4), sur la suppression des avoués par la loi de brumaire an III ; ils reviendront également sur la suppression de la contrainte par corps.

La contrainte par corps est accordée contre tout créancier, après jugement (art. 780). Au moment d'être emprisonné, le débiteur a le droit d'aller en

(1) Loqué, t. XV, p. 572 et 590.

(2) Loqué, t. XXIX, p. 229.

(3) Loqué, t. XXXI, p. 172.

(4) Ce sont les idées de Rousseau qui dominent. Cf. Benech, *Rousseau et le droit de propriété*, *Revue Wolowski*, 1850, p. 179. — « En restreignant, comme elle le faisait, à un sixième, à un dixième, suivant le titre des héritiers, la portion de biens disponibles, la loi du 17 ventôse an II annulait en quelque façon le testament, ce complément de l'autorité paternelle, cette conséquence spiritualiste de l'entière appropriation. » Beauverger, *Propriété, etc.*, *Revue Wolowski*, 1851, p. 132.

référé devant le président du tribunal civil. Cette contrainte ne paraissait pas injuste parce que ces garanties étaient données au débiteur, et aussi parce qu'elle ne paraissait pas violer le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. On n'était pas frappé de ce qu'elle n'atteindrait jamais, en fait, que le citoyen né ou devenu pauvre. C'est toujours l'égalité abstraite devant la loi.

Il n'est pas juste de donner *a priori* tort à ceux qui ne peuvent acquitter leurs dettes. Déjà, lors de la discussion du Code de commerce, « les faillis apparurent comme des criminels (1) ». Tous les faillis, à moins de cas de fraudes très graves, étaient mis sur la même ligne ; depuis on a compris que le commerçant qui cessait ses paiements n'était pas nécessairement un fraudeur, et qu'il fallait laisser aux tribunaux la faculté de faire des différences de traitement. Ces idées ont inspiré la loi du 4 mars 1889 (complétée sur un point de détail par la loi du 4 avril 1890) sur la liquidation judiciaire. Il y a des différences dans la situation des commerçants ; il est juste d'en tenir compte. Le droit suit la vie, tient compte des circonstances, ne prescrit plus une règle générale pour tous les cas.

Montesquieu protestait déjà, au nom de l'esprit démocratique, contre une institution aussi inhumaine. « Un citoyen s'est déjà donné une assez grande supériorité sur un citoyen en lui empruntant un argent que celui-ci n'a emprunté que pour s'en défaire, et

(1) Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 724.

que par conséquent il n'a plus. Que sera-ce dans une république, si les lois augmentent cette servitude encore davantage? (1) »

Mais sous l'influence de Rousseau, on accordait peu d'importance à l'individu, personne vivante et souffrante ; on dégagait les hommes de leur milieu et des circonstances. D'où des règles, des lois trop générales.

Nous avons précédemment dit que la loi napoléonienne est individualiste : il semble qu'il y ait quelque contradiction à affirmer qu'elle avait un tel caractère et qu'en même temps les législateurs ont voulu légiférer pour la masse, en gros. Cela ne nous semble pas. Tous les individus sont supposés égaux par leur égalité devant la loi. Chaque individualité est supposée sauve, parce qu'elle est isolée de toutes les autres et qu'il n'est point fait de différences entre elles. Chacun pourra donc développer sa personnalité librement. On ne comprend pas la solidarité qui unit les hommes entre eux, le créancier à son débiteur, le propriétaire à son locataire : on croit établir le même droit pour les deux parce que les termes de la loi ne font pas de différences entre eux. Il y a une égalité purement verbale, la plus grande liberté et la plus grande égalité venant de l'isolement légalement constitué. C'est en ce sens que la loi est individualiste. En faisant de tous les hommes une masse homogène, il faut dire que la loi légifère pour la masse.

(1) *Esprit des lois*, l. XII, ch. XXI. Le sentiment de Montesquieu a varié sur ce sujet.

On vient de voir comment, sous prétexte de nécessité sociale, la propriété aboutit même juridiquement à la violation de la liberté. On ne peut, à certains moments, s'empêcher de souscrire au reproche d'inconséquence que l'on a fait à la législation napoléonienne et marquer l'illogisme hurlant qui éclate entre la réglementation et le respect de la propriété et la liberté non organisée du travail (1).

(1) Voir notamment Acollas, *Introduction à l'étude du droit*, 1885.

CHAPITRE IV

Le Code d'Instruction criminelle.

SOMMAIRE. — Le Code d'instruction criminelle : § I Le jury ;
§ II L'instruction ; § III La réhabilitation.

Nous allons examiner quelques-unes des dispositions du Code d'instruction criminelle. Ce Code et le Code pénal constituaient, aux yeux de l'un de ses principaux auteurs, le conseiller d'État Réal, d'admirables « monuments élevés à la raison et à la philosophie pour le bonheur de l'humanité (1) ». Nous savons ce qu'il faut penser d'un tel jugement appliqué au second de ces deux Codes ; il n'est pas moins critiquable appliqué au premier. Nous allons, très sommairement, étudier : 1^o le jury, 2^o l'instruction, 3^o la réhabilitation.

§ I^{er}

A la base de l'organisation du jury, nous retrouvons l'amalgame des idées directrices coutumières.

La Constituante l'avait emprunté à l'Angleterre. Il a subi les mêmes vicissitudes que notre politique,

(1) Locré, t. 25, p. 54.

plus ou moins libéralement formé suivant nos Révolutions. En 1848, la fonction de juré devient un droit politique admis pour tous les électeurs. Ce sont les pouvoirs élus qui dressent les listes. Nous sommes à l'heure actuelle sous l'empire de la loi des 21-24 novembre 1872, qui a tenté de faire équilibre entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir élu dans la formation des listes.

Pour la formation du jury, d'après Cambacérès « la principale des garanties qu'on puisse désirer, c'est la propriété (1) ». C'est une idée sur laquelle lui-même revient et qui est admise par tous les rédacteurs : exprimée notamment par le Ministre des cultes et par de Ségur (2). Au cours de la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, Regnaud, de Saint-Jean d'Angely, affirme que « personne ne conteste que les fonctions de jurés ne doivent être confiées aux propriétaires (3) ». Cette théorie ne s'accuse pas avec ce relief dans l'article 382 contenant l'énumération de ceux qui peuvent être jurés : aux propriétaires il adjoint certaines capacités, les licenciés et docteurs des quatre Facultés.

Le caractère autoritaire de cette législation s'accusait dans la formation des listes des jurés. Le préfet formait une liste de soixante noms qu'il adressait au président de la Cour d'assises. « Aucune autorité, dit Riboud, n'est plus en état que les préfets de former

(1) Loqué, t. 25, n. 484.

(2) *Idem*, p. 487.

(3) *Idem*, p. 488.

des listes dont ils ont tous les éléments (1). » Ce président devait réduire ces noms à trente-six (art. 387, I, cr.). Les jurés n'étaient désignés qu'après que les accusations avaient été portées, ce qui certainement était fâcheux au point de vue de l'indépendance politique du jury. Les fonctionnaires y étaient largement admis (art. 382).

Comme l'a remarqué l'ancien tribun Siméon, pendant la discussion de la loi réformatrice du 2 mai 1827 le gouvernement avait voulu se réserver une part d'influence dans sa formation (2).

Cette organisation nous semble d'accord avec les tendances autoritaires et aristophiles de cette époque. Nous ne voyons pas de différences entre cette organisation et celle des droits ou règles que nous avons étudiés et notés dans les différents Codes. C'est la reprise, nous semble-t-il, de l'œuvre de la Constituante. Le jury, à son origine, était lui aussi une émanation du pouvoir; il y a des différences certainement, mais de formes avant tout et correspondant à la forme politique du temps. Le fond des idées organisatrices est de même nature.

Il y avait deux jurys, l'un d'accusation, l'autre de jugement. Les listes étaient dressées soit par le procureur général, syndic du département, soit par le procureur-syndic du chef-lieu de district. Ces deux fonctionnaires étaient élus, mais il ne faut pas oublier, pour restituer à ces élus leur véritable caractère, que le

(1) Loqué, t. 25 p. 613.

(2) *Idem*, t. 26, p. 31.

système censitaire était à la base du régime électif organisé par la Constituante.

Les mêmes tendances persistent après l'Empire : la loi de 1827 sera encore basée sur le système censitaire. Les transformations, ici comme ailleurs, ne commenceront qu'avec la République de 1848.

§ II

Les tendances typiques se retrouvent, très accusées, dans la procédure de l'instruction.

D'abord le principe d'autorité est particulièrement en évidence. La répression, en effet, est mieux assurée que la défense, la répression en soi, en quelque sorte. Par cela même l'intérêt social, l'intérêt de tous pris en gros, prédomine sur l'intérêt individuel.

Le juge délégué à l'instruction par le chef de l'État interroge le prévenu. Tous les prévenus sont censés avoir les mêmes facilités pour se défendre contre un magistrat d'une bonne instruction moyenne. La lutte n'est pas égale, entre le plus grand nombre des prévenus et ce magistrat : celui-ci est le plus fort, le mieux armé, disposant d'ailleurs de tout son sang-froid, de tous ses moyens.

Celui qui comparait devant lui n'est certainement pas dans le même cas. Le principe d'égalité devant la loi paraît sauf, parce que la règle qu'elle édicte est générale, s'applique à tous. Mais précisément parce qu'en fait la nature a créé des inégalités, si la loi ne fait rien pour les corriger, elle est injuste. Le Code

d'instruction criminelle n'échappe pas à cette épithète. Il y a lieu toutefois de remarquer que cette façon de procéder est un reste de l'ancienne procédure inquisitoriale, des enquêtes secrètes contre lesquelles le prévenu n'avait pas d'armes.

Ces critiques sont si fondées que la loi du 8 décembre 1897 a édicté un certain nombre de règles qui donnent à l'instruction préalable en matière de crimes et de délits une physionomie toute nouvelle. Elles contrastent violemment avec les anciennes.

D'après les articles 9 et 12 de cette loi le défenseur est présent aux interrogatoires du prévenu ; il peut présenter ses observations avec la permission du juge ; assistant à l'interrogatoire, son conseil sera plus précis, meilleur ; sa présence, en un mot, corrige l'infériorité de celui qui est interrogé. La défense est armée comme la société, l'individu est renforcé devant l'idée abstraite d'intérêt social ; l'autorité en soi est atténuée.

Répudiant le principe de l'instruction secrète, l'article 10 exige que toute la procédure soit communiquée au défenseur. Les attaques auront ainsi des ripostes immédiates. L'intérêt social n'est pas considéré comme la seule chose à sauvegarder, l'intérêt de l'individu est pris en considération dans la plus large mesure.

Dans le même esprit, le juge d'instruction ne pourra refuser la communication du prévenu avec son défenseur (art. 8) ; celui-ci est évidemment protégé d'une façon spéciale, comme nous avons vu la législation nouvelle entourer d'une tutelle particulière l'ouvrier,

la femme, l'enfant, c'est-à-dire le faible. L'esprit nouveau s'accuse dans tous les Codes; il était nécessaire de le faire remarquer. La pitié va à tous les déshérités, la loi tente de corriger les faiblesses naturelles, sa protection nivelle les inégalités.

§ III

Les saint-simoniens demandaient que la justice humaine « pût surtout prononcer la réhabilitation du coupable ». Et ils comparaient cette absolution sociale à l'absolution dans la confession catholique (1).

La réhabilitation existait dans l'ancien droit; elle avait été réglemantée par l'ordonnance de 1670. La réhabilitation se différencie de la grâce qui, celle-ci, ne s'applique qu'aux peines matérielles dont elle est la remise; au contraire, celle-ci relève le condamné de toutes les déchéances ou incapacités de droit résultant de la sentence.

Sous la Constituante elle fut considérée comme un *second baptême civique*; elle s'accomplissait avec un cérémonial extérieur et public qui convenait aux tendances de l'époque. C'était la municipalité du lieu où résidait le candidat à la réhabilitation qui prononçait sur la légitimité de la réhabilitation; le tribunal entérinait obligatoirement cette sentence.

La procédure du Code d'instruction criminelle est évidemment moins libérale, encore que Réal affirme

(1) *Op. cit.*, p. 306.

que les Codes sont « le triomphe des idées libérales. » Il trouve l'ancienne procédure « inconvenante (1) ». Celle qui lui est substituée ajoute une formalité nouvelle, marquant la tendance autoritaire de l'époque : les lettres de réhabilitation sont définitivement données par l'empereur, après avis de la municipalité et du tribunal du lieu de résidence (2). Lorsqu'il s'agit de la réglemter, les sympathies ne furent pas très vives au Conseil d'Etat. Target la trouvait presque inutile (3). C'est-à-dire que la peine est considérée dans sa force extérieure, dans sa matérialité : « M. le comte Bérenger avoue que la réhabilitation ne peut pas rendre l'honneur. » Le même Bérenger et Regnaud ne pensent pas que la réhabilitation puisse s'appliquer en cas de flétrissure physique (4). C'est la tendance que nous avons déjà marquée, en étudiant le Code pénal. Il nous semble que l'expiation doit abolir le passé, que le divin pardon devient un droit. Toute souffrance justifie le pardon.

La notion de l'intérêt social domine encore, nous semble-t-il, avec une exagération bien connue, maintenant, celle de l'intérêt individuel. La réhabilitation, en effet, n'est accordée que pour les peines criminelles que le Code pénal qualifie toutes d'infamantes. Il faut remarquer enfin que la condamnation elle-

(1) Loqué, p. 166.

(2) Un décret du 18 avril 1842 accordait ce droit au ministre de la justice. Abrogé par la loi du 3 juillet 1852.

(3) *Idem*, t. 29, p. 35.

(4) Loqué, t. 28, p. 124.

même n'est pas effacée : le stigmaté judiciaire résiste aux efforts moraux du condamné qui ne peut s'en débarrasser.

Les idées nouvelles ont complètement transformé cette procédure : elle est devenue plus humaine, plus vivante.

Plusieurs délits de police correctionnelle peuvent entraîner des déchéances ou incapacités, soit temporaires, soit perpétuelles. Leurs auteurs condamnés ne pouvaient espérer obtenir une restitution d'Etat. La loi du 3 juillet 1852 a comblé cette lacune (nouvel article 619, I, cr.). Les lettres de réhabilitation sont accordées par le président de la République, après avis motivé de la Cour d'appel.

La loi du 14 août 1885, sur les moyens de prévenir la récidive, a facilité la réhabilitation en chargeant l'autorité judiciaire du soin de l'accorder et non plus seulement de donner un avis au chef de l'Etat. Elle attribue d'ailleurs à la réhabilitation des effets plus étendus, en déclarant qu'elle aura pour conséquence, non seulement de relever le condamné des incapacités et déchéances qu'il avait encourues, mais d'effacer la condamnation elle-même.

La loi vient à l'aide du condamné, lui facilite les conséquences heureuses de ses efforts vers l'amendement moral : elle se préoccupe autant de son intérêt individuel que de l'intérêt abstrait de la société. Il nous semble juste que la peine ne soit pas une brutale vengeance. Et le problème de la responsabilité est trop obscur pour faire durer, toute la vie, la peine, sans rémission. Il y a tant de coupables aussi, à la

racine de tout crime, tant d'impulsions extérieures qui échappent à tout examen et à toute sanction. Le pouvoir de la prononcer passe du chef de l'Etat à l'autorité judiciaire, c'est une diminution du rôle du gouvernement. Les mêmes tendances se retrouvent constamment à l'origine de notre droit et d'autres persistant également dans leur esprit, dans ses développements ultérieurs.

CONCLUSIONS

Droit individualiste et Droit sociétaire

« La justice la plus pure et la plus haute présida aux dispositions du Code », dit Mignet dans son *Eloge de Portalis* (1). Thiers, dans le même esprit salua dans l'œuvre des légistes de l'an XII « le Code du monde civilisé moderne ». Elevant le panégyrique jusqu'à l'exagération, il a ajouté que la France a eu le mérite « de donner par le Code civil la meilleure forme de l'état social (2) ». « C'est ainsi que la France dédommageait l'humanité du sang versé pendant la guerre, et compensait un peu le mal fait à la génération présente, par un bien immense assuré aux générations futures (3). »

Incontestablement le Code civil était un progrès, précisément parce qu'il ramassait en quelques articles toute la loi, qu'il lui donnait l'unité logique, l'harmonie. Je ne sais si quant au fond il constituait également un progrès. Nous avons eu parfois l'occasion

(1) *Eloges*, p. 239.

(2) *Histoire du Consulat, etc.*, XX, p. 726. Ces citations curieuses nous ont été indiquées par notre maître, M. le professeur May.

(3) *Op. cit.*, VIII, p. 146.

de marquer des changements qui ne nous ont pas semblé être des mieux. Dans tous les cas, nous nous refusons à souscrire aux éloges hyperboliques dont on l'a couvert : nous ne pouvons voir en lui qu'une œuvre transitoire, comme un point d'arrêt entre les inappréciables conquêtes de la Révolution et celles qui se font plus ou moins pacifiquement, depuis une quarantaine d'années. Le Code civil, en effet, n'a pas apporté la paix sociale ni constitué comme le voudrait M. G. Guérout « l'unité sociale » : il n'a pas mis un frein au besoin de conquête de l'homme, il n'a pas protégé les faibles, entravé l'action des trop forts, atténué en un mot la concurrence des appétits et des égoïsmes. Il a préparé, comme l'a remarqué Renan, « un monde de pygmées et de révoltés (1) ». Les intérêts dispersés par une loi individualiste sont rapidement entrés en conflit.

Comme il l'a encore remarqué et comme nous avons essayé de le montrer, il a sacrifié les intérêts moraux, ramené exclusivement la valeur à l'argent, isolé les hommes les uns des autres. Il n'a ni pitié, ni pardon, ni charité ; nulle générosité n'anime la sécheresse logique de ses prescriptions. Bonaparte, au 18 Brumaire, se rendait parfaitement compte de la portée de son œuvre, infiniment mieux que son entourage ou des historiens comme Mignet ou Thiers, lorsqu'il qualifiait le nouveau régime : « l'alliance de la philosophie et du sabre (2) ». Aux idées et aux

(1) *Questions contemporaines*, préface, III.

(2) Cité par Taine, *la Révolution*, III, p. 635.

intérêts nouveaux doit correspondre un droit nouveau.

Les idées les plus vivantes de l'époque présente, incitatrices de l'action sociale, nécessitent, par leur triomphe, un remaniement complet de cette législation surannée. Ce remaniement est accompli certainement, mais, en fait ; les nouvelles lois ont bouleversé la vieille législation autoritaire et abstraite du commencement de ce siècle. Mais le changement profond semble ignoré ; le souvenir du Code Napoléon est encore triomphant ; nous croyons en être toujours au point de départ. Il nous semble que nous l'avons de beaucoup dépassé. Un remaniement officiel des Codes est nécessaire ; il indiquerait le chemin parcouru. Il aurait certainement pour résultat, entre tant d'autres, de marquer que la jurisprudence applique la loi au nom des tendances nouvelles et que la doctrine, trop exclusivement attachée à une interprétation basée sur les travaux préparatoires et l'analyse logique, analytique, des textes, applique, à tort, les principes anciens qui n'ont plus cours. Le droit civil ne doit pas se comprendre simplement, nous semble-t-il, vis-à-vis de lui-même, mais vis-à-vis de l'ensemble de la législation et dans son rapport avec la vie.

Nous voudrions donner deux illustrations de notre façon de voir, en étudiant la jurisprudence de la séduction et celle qui a organisé le devoir patronal. Cet examen sera la meilleure conclusion de notre étude : l'esprit nouveau de la législation s'accusera dans un violent contraste en face de l'ancien.

La législation napoléonienne était abstraite, édictait des règles très générales, applicables à l'universalité des hommes, ne se souciait point des différences existant en fait. Individualiste à l'excès, ignorant la solidarité inéluctable, elle n'a organisé sérieusement aucune œuvre d'assistance sociale. Le droit étant la morale, d'après les rédacteurs, il n'a pas laissé officiellement de place aux sentiments altruistes nouveaux : c'est le donnant donnant, le *zug um zug*.

Le riche a des facilités naturelles que la loi augmente, le propriétaire est entouré d'égards nombreux, d'une sollicitude presque maternelle. L'ouvrier, le pauvre, l'ignorant sont négligés, peut-être inconsciemment, parce que la loi n'édicte aucune règle qui corrige l'infériorité visible de leurs moyens d'action, parce qu'elle n'équilibre pas, par des institutions, la force des uns et la faiblesse des autres.

Selon la magnifique expression du philosophe Izoulet, les hommes ne marchent pas au progrès en ligne de bataille, mais en colonnes dispersées. La bourgeoisie fit la Révolution de 89; les ouvriers n'eurent dans ce mouvement aucune influence. Comme l'a remarqué Quinet, elle n'eut pas, comme Florence, son héros ouvrier, le cardeur de laine Michel Lando, ou Naples le pêcheur Masaniello, ou, comme les anabaptistes, le tisserand Jean de Leyde. Ses héros appartiennent à la classe aisée, c'est leurs doléances qu'ils exposeront : c'est l'avocat Robespierre, l'avocat Danton, le médecin Marat, l'avocat Vergniaud, le grand seigneur comte de Mirabeau. Peu à peu

d'autres voix se font entendre, mais plus tard; Gracchus Babeuf est leur premier porte-parole. Puis d'autres viennent parlant des souffrances que la grande Révolution avait négligées : Saint-Simon, Fourier, Lamennais, Cabet, Considérant, Louis Blanc, Leroux parlent des humbles, de tous ceux qui peinent sur le métier manuel. Le monde ouvrier surgit à la lumière, avec ses revendications, ses cris, ses révoltes. La Révolution de 1848 se fait en leur nom, préparée par un réveil des esprits réformateurs qui commence à 1830. L'histoire n'enregistre pas de période plus généreuse, plus vivante. Il y a une émulation féconde entre les plus nobles esprits. C'est le même zèle qu'au XVIII^e siècle, à critiquer les maux, à rêver, à édifier des cités futures, les cités idéales de paix, de justice, d'harmonie.

Le Gouvernement provisoire décrète le suffrage universel : la majorité des électeurs, composée des travailleurs manuels, ouvriers, paysans, petits employés, vote pour ceux qui lui promettent le bien-être qui semblait réservé aux riches. D'où la législation ouvrière de ces cinquante dernières années : une nouvelle colonne de l'humanité surgit à la lumière et au droit.

Le droit se particularise, d'abstrait il devient concret, c'est-à-dire qu'il tient compte des circonstances qui séparent les groupes sociaux, des individus, ni libres, ni égaux en fait : droit ouvrier, droit agricole, législation en faveur des femmes, des enfants, atténuations et restrictions aux droits léonins des créanciers, des propriétaires. Nous ne voulons pas

rappeler toutes les règles qui tendent à égaliser les positions, les inégalités par le droit, à corriger l'âpreté de la nature humaine. La loi se préoccupe de chaque homme, en édictant précisément des règles particulières; elle se préoccupe de l'homme vivant, souffrant, peinant, de l'homme qui a des entrailles, un corps et un esprit par lesquels il souffre. On attaque violemment les lois naturelles, on les dompte, comme les forces rebelles de la nature que l'industrie contemporaine a asservies. Ce sont, pour n'en citer que quelques-unes, les lois sur les retraites, les lois sur l'instruction obligatoire, les lois sur les logements insalubres, les lois sanitaires sur les denrées, le crédit agricole, toutes ces lois d'une caractéristique si accusée.

Et à un autre point de vue, les intérêts jusqu'alors dispersés des différents groupes humains sont unis, associés, la liberté individualiste devient en quelque sorte sociétaria, sociale, solidariste : le propriétaire ne peut plus louer des logements insalubres, le créancier ne peut plus affamer son débiteur en saisissant-arrétant l'intégralité de son salaire, le marchand ne peut plus vendre de viandes malsaines, du beurre ou de vins frelatés (1). Par le droit de grève l'ouvrier tend à avoir une part dans la direction industrielle : le droit du patron est restreint par cela même. On comprend, ce qu'autrefois on ne comprenait pas, que le

(1) Lois du 21 juillet 1881 sur la police sanitaire des animaux, du 14 mars 1887 sur la répression des fraudes dans la vente des beurres, du 4 février 1888, dans la vente des engrais, du 11 juillet 1891 dans la vente des vins.

bénéfice de l'un ne doit pas être fait au détriment des autres, que l'on peut faire ce que ne comprenaient ni Montaigne, ni les économistes mercantiles, des bénéfiques sans léser son voisin. C'est le droit sociétaria.

Exagérant ces tendances, en 1863 on a distribué cinq millions aux ouvriers privés de travail dans l'industrie cotonnière par suite de la guerre de Sécession aux Etats-Unis. Une loi du 12 décembre 1879 a ouvert un crédit de cinq millions destinés à soulager les misères engendrées par un hiver exceptionnellement rigoureux.

Il y a loin encore jusqu'à l'épanouissement complet de l'idéal que l'on rêve, de dignité humaine, de respect mutuel ; mais il y a lieu de marquer le développement évident du droit dans ce sens nouveau.

En parlant du caractère social de la nouvelle législation, il faut entendre par là que les divers éléments de la société sont plus fidèlement représentés, protégés ; que la loi tient compte d'un plus grand nombre d'intérêts et de besoins. Il faut comprendre, en opposition avec l'individualisme des Codes napoléoniens, que les intérêts de chacun ne sont plus envisagés isolément, mais dans leurs rapports avec les autres individus, c'est-à-dire avec la société. Plus un homme, en effet, doit arriver à se suffire dans la lutte pour la vie, plus il a besoin de se développer à l'aide du concours social.

La nouvelle législation tend à faire de la société un tout homogène, et, pour cela, socialise les différents intérêts. Chaque homme est uni à tous les autres

hommes. Tous les hommes, d'autre part, sont unis à chaque homme. La vie sociale a un but personnel ; la vie personnelle a un but social. Il faut donc équilibrer ces deux tendances ; il serait étroit de négliger l'une d'elles. C'est peut-être cependant ce qui arrive souvent ; les théories sont, en général, trop peu compréhensives.

Plus sociale, et plus humaine par cela même, la législation oriente notre pays vers une plus grande liberté. Certains esprits verront sans doute, dans cette constatation, un paradoxe. Mais il faut constater que l'on tente de soustraire l'homme à la nécessité extérieure et à la force. Ce qui trompe, croyons-nous, c'est l'idée de solidarité et la réglementation.

L'idée de la dépendance sociale a transformé l'idée traditionnelle de liberté. En tenant compte de la solidarité, la liberté sera efficacement protégée, c'est-à-dire que l'on restreindra les excès d'une concurrence illimitée. L'idée de liberté est d'ailleurs comprise, aujourd'hui, avec un cortège de règlements, et non plus, en quelque sorte, nue, comme au siècle dernier. On ne croit plus à l'harmonie des intérêts généraux et particuliers par l'effet de quelque mystère d'ordonnance et de justice préétablies. La loi est jugée nécessaire, autant que la morale et les mœurs, pour enrayer le funeste effet des égoïsmes en liberté.

Il est peut-être erroné de dire, sans quelque correctif, que le droit nouveau est social : il faut comprendre qu'en réalité il est plus individualiste que par le passé, mais autrement. Mais il fallait un mot qui convînt à ce nouvel état de choses ; l'ancien prête à

quelque équivoque, celui que nous employons, peut-être moins.

Pour bien marquer cette orientation nouvelle, nous allons étudier brièvement deux jurisprudences dans leur rapport avec ces idées nouvelles : le devoir du séducteur, le devoir du patron.

L'article 340 du Code civil interdit formellement la recherche de la paternité. Cependant, depuis une trentaine d'années, la jurisprudence semble en contradiction avec cette prohibition catégorique.

En effet, les tribunaux — et la Cour de cassation admet cette jurisprudence — reçoivent l'action d'une jeune fille séduite demandant des dommages-intérêts à son séducteur. Indirectement, en accordant ces dommages-intérêts, le jugement fait connaître le père, si la séduction a été suivie d'une grossesse. S'arrêter à cet argument, c'eût été, nous semble-t-il, violer manifestement l'esprit général de la nouvelle législation : celle-ci, en effet, comme nous avons eu fréquemment l'occasion de le voir, cherche à soustraire chaque homme à la nécessité, aux faits qui ne dépendent pas de sa volonté, s'essaie à lui faciliter son développement, vient en aide aux faibles, à ceux qui n'ont ni la volonté, ni l'intelligence pour défendre ou comprendre leurs intérêts.

La jurisprudence est si profondément imbue de ces idées humanitaires et généreuses, qu'elle admet cette façon de voir d'une façon très complète. La séduction

est toujours l'effet d'une contrainte morale. Cette contrainte morale est comprise très largement : l'abus d'une supériorité d'âge, de force physique, d'intelligence, de position sociale et de fortune, de la situation de patron ou de fils de patron, la promesse de mariage, la promesse d'une pension alimentaire, etc., rendent l'action recevable (1).

La jurisprudence s'appuie sur le fécond article 1382 :

« *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* » La paternité sera parfois prouvée, sinon en droit, du moins en fait, comme nous venons de le dire ; mais s'y arrêter eût été violer l'article 1382 compris à l'aide des tendances nouvelles. La grossesse et le dommage moral seront les éléments nécessaires pour prouver le préjudice de la femme.

Que l'on n'objecte pas qu'il y a réciprocité de fautes : cela pourra se produire, mais rarement, en fait. Même en admettant que cette réciprocité existe, d'ailleurs, au point de vue moral ou psychologique, cette constatation n'aurait point pour conséquence de rendre irrecevable l'action de la femme : il serait souverainement injuste de laisser à celle-ci toute la charge physique et pécuniaire de la grossesse ou de la perte de la réputation. L'homme se tire toujours, au point de vue de sa réputation, de ces sortes d'affaires : la somme qu'il devra payer ne pourra *jamaïs* être l'équivalent du dommage causé. Les tribunaux auront raison de forcer à « l'accomplissement d'un devoir de

(1) D. R., Supplément, v^o Responsabilité, n. 204.

conscience et d'honneur (1) ». Ils forcent l'individu à se préoccuper de ses actes, à ne pas s'isoler de leurs conséquences ; ils l'intègrent de force dans la société, ils en font la partie d'un tout : c'est la tendance du droit nouveau (2). Celui-ci, comme on le voit, sanctionne les devoirs moraux ; il n'a pas, comme l'ancien, un caractère individualiste et purement financier.

L'article 1382 est également la base juridique du devoir patronal, tel qu'il est organisé par la jurisprudence. Nous avons vu que nos Codes ne se sont pas préoccupés des ouvriers, qu'ils n'ont pas réglé les devoirs et les droits respectifs des employés et employeurs, laissant à la vie le soin de régler les conflits inévitables. Les faits ont détruit cet optimisme. Ils ont provoqué des polémiques et l'écllosion d'idées nouvelles : celles-ci ont pénétré la jurisprudence.

On supposait l'égalité des contractants dans le contrat de salaires : on en est revenu à des idées plus justes : indirectement le contrat de salaire est minutieusement réglementé. L'ouvrier est protégé ; quelques-uns disent qu'il est en tutelle.

Nous allons exposer cette réglementation, surtout par des citations de tribunaux.

« Le titre du Code civil relatif au louage d'industrie, ne parlant nulle part d'une garantie spéciale attachée à son fonctionnement, il s'ensuit que le patron n'est

(1) Nîmes, 22 décembre 1875. D. P., 77, 2, 96.

(2) V. un arrêt intéressant et qui pose clairement la question ; Toulouse, 28 novembre 1864. Cité dans D. P., v^o Responsabilité, p. 505, en note.

responsable que dans les termes de l'article 1382, c'est-à-dire s'il a commis une faute d'où est né l'accident. » Ainsi s'exprime la Cour de Bordeaux (1). « Faisant application de cette idée, la jurisprudence a imposé au patron l'obligation de prendre toutes les mesures de précaution à la fois nécessaires et suffisantes pour prévenir les accidents : la faute du maître résultera donc de l'inobservation de cette *obligation naturelle et légale*. » Ces derniers mots nous semblent décisifs dans le sens nouveau (2).

Nous continuons à citer la jurisprudence. « Les patrons, dit un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1894, ont l'obligation de veiller à la sûreté de leurs ouvriers et de prendre toutes les mesures nécessaires pour les protéger contre les dangers inhérents à leur travail. » Ils doivent « prévoir les causes non pas seulement habituelles, mais *simplement possibles* des accidents qui peuvent être, pour les ouvriers, les conséquences des travaux auxquels ils les emploient et prendre les mesures propres à les écarter (3) ». « Leur devoir, dans un travail qui peut être nuisible à la santé de leurs ouvriers est de protéger ceux-ci par tous les moyens qu'indique la science (4). »

La liste est longue des cas où le patron est en faute : pour tous ceux que nous allons citer, il y a des

(1) 9 novembre 1892. S. 93, 2, 148.

(2) *Bulletin de la Cour d'appel de Paris*, n. du 27 février 1894.

(3) Grenoble, S. 94, 2, 31. Dans le même sens. Paris, 29 mai 1893, Amiens, 21 mai 1894.

(4) Marseille, *La loi*, n. du 10 décembre 1891.

références jurisprudentielles très nombreuses : installation défectueuse, mauvaises fournitures, mauvais matériaux, défaut de surveillance, insuffisance de personnel (1). Bien plus, il doit protéger l'ouvrier contre son imprudence, contre son ignorance ou son inexpérience (2).

Nous sommes loin de la législation abstraite du premier Empire. Toujours respectueux de la liberté, les tribunaux le sont en s'inspirant des principes de solidarité et de responsabilité personnelle, qui ont inspiré nos lois nouvelles. La liberté est réglementée : la force naturelle des forts est annihilée par la loi et la jurisprudence.

C'est un régime social qui n'a que des affinités chronologiques avec le régime précédent. Il faut en constater l'originalité. Le principe de liberté est compris concrètement et il est sauf, quoi qu'en puissent penser quelques économistes orthodoxes. « Réglementer l'objet du contrat, dit notamment A. Desjardins, membre de l'Institut, c'est réglementer le travail lui-même. Or il ne faut pas toucher à la liberté du travail (3). » Nous savons ce qu'il faut penser de cette liberté abandonnée aux libres instincts des hommes luttant pour le pain, la fortune, les honneurs.

(1) Montargis, *La loi*, n. du 7 septembre 1888 ; Amiens, *Recueil d'Amiens*, 1892, p. 190.

(2) Seine, *La loi*, n. 7 février 1893. Rouen, *Recueil de Rouen*, 88, 24. 1. Cf. G. Gabriel, *De la responsabilité des patrons dans les accidents du travail*. Ouvrage très complet sur la question.

(3) *Bulletin de l'Académie des sciences morales*, op. cit., p. 133.

Exprimant cette idée d'une autre façon, le chef de l'école orthodoxe, M. Leroy-Beaulieu, dira, dans une célèbre séance de l'Institut : « Aujourd'hui on a une tendance à faire des ouvriers dans la nation une classe tout à fait à part, se distinguant de toutes les autres et devant jouir, dans tous les détails de leur vie, d'un traitement particulier (1). »

Ces économistes ne se rendent pas compte des faits, ni des nouvelles conditions sociales de la vie individuelle. Ils ne semblent pas comprendre qu'à celles-ci doivent inéluctablement correspondre de nouvelles règles de conduite, de nouvelles lois. Aucune loi n'est immortelle parce qu'aucune conception de la vie et de la justice n'est immortelle. Ils n'ont pas saisi, dans une vue synthétique de l'histoire, à la façon de Condorcet, le mouvement de l'humanité vers la liberté effective et complète de chacun de ses éléments. Les douloureuses conséquences du machinisme ne semblent pas les inquiéter. Beaucoup, sans doute, répondraient, comme ce célèbre fabricant anglais : « Je m'en remets à l'action des lois naturelles. »

La nouvelle Loi est juste. Il n'y a pas de classe nouvelle : il y a protection d'intérêts nouveaux, égalisation des inégalités. L'humanité s'enrichit d'éléments nouveaux, de types toujours plus développés.

Les ouvriers sont précisément l'une des colonnes de l'humanité en marche, arrivant à la liberté par le droit : celui-ci vient à leur aide en leur donnant ce qui leur manque en fait.

(1) *Bulletin*, *op. cit.*, p. 139.

A la vie juridique montent insensiblement tous les hommes, vers une vie plus pleine ; c'est la lente ascension, comme dans la Ballade de Longfellow, toujours plus haut, vers la lointaine justice toujours plus proche de l'humanité.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
E. GAUCKLER.

Nancy, le 9 Juin 1898.

VU POUR LE DOYEN DE LA FACULTÉ :
L'ASSESEUR,
R. BLONDEL.

Vu et permis d'imprimer :
LE RECTEUR,
A. GASQUET.

BIBLIOGRAPHIE

- ACOLLAS. — *Manuel de droit civil. — Introduction à l'étude du droit.*
- ANDLER. — *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne.*
- ANONYME. — *Exposition de la doctrine saint-simonienne.*
- BASTIAT. — *Petits pamphlets.*
- BÉCHAUX. — *Le droit et les faits économiques.*
- BRESSOLLES. — *Etudes sur les rédacteurs du Code Napoléon. — Revue de législation et de jurisprudence, 1852.*
- CONDORCET. — *Tableau des progrès de l'esprit humain.*
- D'AVENEL. — *Histoire de la propriété, des salaires et des denrées.*
- FAGUET. — *Le XVIII^e siècle.*
- FERNEUIL (TH.). — *Les principes de 1789.*
- FERRAZ. — *Histoire de la philosophie pendant la Révolution.*
- FOUILLÉE. — *L'idée moderne du droit.*
- FRANCK (A.). — *La philosophie du droit civil.*

- FUNCK-BRENTANO. — *La science sociale.*
 GLASSON. — *Histoire du droit français.*
 GODIN. — *Solutions sociales.*
 INGRAM. — *Histoire de l'économie politique.*
 IZOLET. — *La cité moderne.*
 JANET. — *Histoire de la science politique. — Philosophie de la Révolution française.*
 LERMINIER. — *De l'influence de la philosophie du dix-huitième siècle sur la législation et la sociabilité.*
 LEVASSEUR. — *Histoire des classes ouvrières depuis 1789.*
 LÉVY (D.). — *La philosophie du droit* (traduction Durand).
 LICHTENBERGER. — *Le socialisme au XVIII^e siècle.*
 LOCRÉ. — *La législation civile, criminelle et commerciale de la France.*
 MIGNET. — *Eloge de Portalis.*
 PICARD (E.). — *L'évolution historique du droit civil et français.*
 PICAVET. — *Les idéologues.*
 QUINET. — *Histoire de la Révolution française.*
 RENAN. — *Questions contemporaines.*
 SEVIN. — *Origines révolutionnaires des Codes Napoléon, Revue pratique de droit, 1866.*
 TAINE. — *Les origines de la France contemporaine.*
 TARDE. — *Les transformations du droit.*
 THIERS. — *Histoire du Consulat et de l'Empire.*
 TROPLONG. — *De l'esprit démocratique dans le Code civil, Revue de législation et de jurisprudence, 1848.*
 VILLEY. — *La question des salaires.*

ERRATA

~~~~~

*A ajouter à la fin de l'Introduction :*

La pitié, la bienfaisance, la philanthropie, la fraternité, ce sont les formes inférieures et actuelles de la justice. S'il faut protester contre elles, au nom du droit, c'est parce qu'elles ont une certaine beauté sentimentale qui séduit quelques âmes, qui, en leur nom, maintiendront les tendances injustes de la société ; mais il y a lieu de se réjouir du succès de ces idées, car elles préparent les voies de l'indéfectible justice. Elles sont une étape nécessaire. Mauvaises en soi, elles ont un ferment d'idéal d'où jaillira la Réforme définitive. Leur importance actuelle est moins dans ce qu'elles affirment que dans ce qu'elles nient.

~~~~~

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	I

LIVRE PREMIER -- LE DROIT DANS SES RAPPORTS AVEC LE MILIEU	I

CHAPITRE PREMIER — LES IDÉES DIRECTRICES DU DROIT I

Sommaire. — Rapport du droit et du fonds des croyances communes se composant d'un certain nombre de principes premiers, directeurs de la pensée d'une époque, principes qu'elle affirme nécessaires et immuables. Le droit s'inspire de ces principes sans les soumettre à la critique, c'est-à-dire qu'il se développe en dehors de la vie ; il en est une simple déduction. De nouvelles observations de faits créent inductivement un nouveau fonds de croyances échappant à l'influence de l'ancien, il contribue dans une période postérieure à former ces nouvelles idées ; c'est ce que l'on peut appeler une période inductive du droit. Dans ces évolutions le droit tend à tenir compte de plus en plus des faits, d'où vient qu'il évolue de l'abstrait au concret.

CHAPITRE II — LE MILIEU THÉORIQUE : LES IDÉES DIRECTRICES DE LA LÉGISLATION NAPOLÉONNIENNE II

Sommaire. — § I. Les idées directrices du XVIII^e siècle inspirent la législation napoléonienne. — Rationalisme de ce siècle ; sa méthode déductive. — La théorie et la pratique. Effets législatifs.

- § II. Examen des idées principales. Conception métaphysique de l'homme, Rousseau, Condorcet, Turgot, Vertot, les rédacteurs des Codes, Bentham, Helvetius. Effets législatifs.
- § III. Conception métaphysique des lois de la société. Le jus naturæ. Effets législatifs.
- § IV. Les sciences. La politique ; inégalité politique ; anarchie et autorité gouvernementales, Rousseau et Montesquieu. Effets législatifs.
- § V. L'économique ; inégalité sociale ; la propriété, Adam Smith et les physiocrates ; effets législatifs.
- § VI. Le droit : la loi d'après Montesquieu et les physiocrates ; la grande Encyclopédie , le droit et la morale dans la théorie des Codes.
- § VII. Les origines romaines et anglaises de ces idées, le milieu social expliquant le côté autoritaire gouvernemental et le côté libéral anarchique de ces croyances. Les croyances autoritaires et anarchiques préparent la législation autoritaire et anarchique du commencement de ce siècle. Les tendances concrètes de Montesquieu et de Condorcet et de la Convention.

CHAPITRE III — LE MILIEU PRATIQUE : LE GOUVERNEMENT,
LES IDÉOLOGUES, LES RÉDACTEURS DES CODES 60

Sommaire. — Il y a deux courants dans la philosophie du XVIII^e siècle, l'un autoritaire, l'autre anarchique. La valeur morale et intellectuelle des rédacteurs n'est pas considérable. Les idées et les hommes expliquent le caractère autoritaire et anarchique de la législation.

LIVRE II — LE CODE CIVIL 67

CHAPITRE PREMIER — L'ARTICLE 1^{er} 67

Sommaire. — Caractère abstrait de cet article ; injuste vis-à-vis de l'ignorant et particulièrement à l'époque du Code civil. En fait, créé pour faire respecter l'ordre public, il aboutit à sa constante violation.

CHAPITRE II — LA PROPRIÉTÉ 74

Sommaire. — La propriété à Rome et dans l'ancienne législation. Elle est strictement individualiste. A la propriété ne sont attachés aucuns devoirs moraux ; elle n'a qu'une valeur matérielle. Quelques exceptions au caractère individualiste de la propriété ; quelques idées révolutionnaires de Napoléon et de ses collaborateurs.

CHAPITRE III — LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES 90

- Sommaire.* — § I. Définition ; leur valeur au point de vue social et juridique ; la loi de Sumner-Maine ; analyse.
- § II. Les obligations contractuelles dans le Code civil : origines, caractères, contrats admis.
- § III. Etude détaillée de ces caractères : abstrait, financier, bourgeois, individualiste, apriorique, et examen de la théorie des vices du consentement, spécialement de la violence.
- § IV. Le travail et le capital ; leur influence sur cette partie du Code civil.

CHAPITRE IV — LE RÉGIME EN COMMUNAUTÉ 141

- Sommaire.* — § I. Pourquoi choisir l'étude de ce régime. Le droit commun.
- § II. Les caractères ordinaires des contrats : 1^o Autoritaire ; 2^o Pécuniaire ; 3^o Individualiste ; 4^o Abstrait.
- § III. Elargissement des relations de droit ; l'asservissement de la femme. Les grands principes de la Révolution vis-à-vis de la femme.

LIVRE III — LE CODE PÉNAL 157

CHAPITRE PREMIER — LES IDÉES DIRECTRICES DE L'ANCIEN
DROIT PÉNAL 157

Sommaire. — Les idées directrices de l'ancien droit pénal : la vengeance et l'idée catholique de Dieu.

CHAPITRE II — LES IDÉES DIRECTRICES DU NOUVEAU CODE PÉNAL 161

Sommaire. — Les idées directrices du Code pénal : la liberté abstraite et l'intérêt social. Théorie de la responsabilité qui en découle.

CHAPITRE III — DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE 163

Sommaire. — La responsabilité pénale : § I. Vis-à-vis de la notion abstraite de liberté. Rares exceptions à la responsabilité : la non-culpabilité, les excuses atténuantes, les circonstances atténuantes ; droit rigide.

§ II. Vis-à-vis des causes sociales : la faim, la misère, la propriété. Ancien droit et nouveau droit.

§ III. La propriété en droit pénal, raccord avec le droit civil, persistance des mêmes idées. Le vol qualifié, viol et séduction.

CHAPITRE IV — LA NOTION DE L'ORDRE SOCIAL DANS LE CODE PÉNAL ET DANS LA LÉGISLATION CONTEMPORAINE 179

Sommaire. — L'ordre social, le délit et l'immoralité : notion matérielle du délit, caractère matériel du droit pénal. Les idées de Beccaria et de Bentham. Cette notion plus importante au point de vue de la peine que celle de la responsabilité morale. Le droit pénal le protège par la peine exemplaire. Son caractère matériel : le fait l'emporte sur l'idée. Indication sommaire des tendances nouvelles : humanisation du droit. Pénétration des différents droits, notion sociologique et psychologique du droit.

LIVRE IV — LE CODE DE COMMERCE 185

CHAPITRE PREMIER — LE CARACTÈRE PARTICULIER DE CE CODE 185

Sommaire. — Caractère particulier du Code de Commerce dans la législation impériale. Ses origines ; définition.

CHAPITRE II — LA LIBERTÉ ET LA RÉGLEMENTATION DE L'INDUSTRIE 189

Sommaire. — La liberté du commerce et de l'industrie ; réglementation formaliste ; les ouvriers ; l'autorité.

CHAPITRE III — L'ORGANISATION DU CRÉDIT. LES TENDANCES NOUVELLES 197

Sommaire. — L'idée pivotale du Code : le crédit ; le créancier et le débiteur ; caractère social de ce Code ; la solidarité commerciale ; les tendances contemporaines ; l'internationalisme commercial.

CHAPITRE IV — INFLUENCES INTERNATIONALES SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT COMMERCIAL 201

LIVRE V — LA PROCÉDURE 205

CHAPITRE PREMIER — PHYSIONOMIE GÉNÉRALE DU CODE DE PROCÉDURE 205

Sommaire. — Influence des idées sur la procédure : une idée d'Ihering. Les caractères ordinaires de la législation napoléonienne se retrouvent ici.

CHAPITRE II — LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE ET DU SALAIRE 209

Sommaire. — Le Code de procédure civile ; la saisie-arrêt ; la saisie immobilière et la saisie-mobilière.

CHAPITRE III — LA CONTRAINTE PAR CORPS 218

Sommaire. — La contrainte par corps à Rome, dans l'ancien droit, sous la Révolution. L'opinion de Montesquieu.

CHAPITRE IV — LE CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE. 223

Sommaire. — Le Code d'instruction criminelle : § I Le jury ;
§ II L'instruction ; § III La réhabilitation.

CONCLUSIONS — DROIT INDIVIDUALISTE ET
DROIT SOCIÉTAIRE 233

BIBLIOGRAPHIE 249

ERRATA 251

TABLE DES MATIÈRES 253