

UN DÉBAT RÉVÉLATEUR: LA DISCUSSION DE L'ARTICLE 4 DU CODE NAPOLÉON

LEON HUSSON,
Université de Lyon,
France

Le projet originel du Code Napoléon, établi par la Commission du Gouvernement, composée de Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Maleville, s'ouvrait par un titre préliminaire, intitulé *Du droit et des lois* et comptant trente-neuf articles, dont il n'a subsisté dans le texte définitif qu'un titre préliminaire, intitulé *De la publication, des effets et de l'application des lois en général* et réduit à six articles. L'amputation en a été précoce, l'essentiel en ayant été opéré aussitôt après la consultation du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel et avant même l'examen en Conseil d'État, auquel ne furent déjà plus présentés que neuf articles; et l'on comprend dans ces conditions que les articles retranchés n'aient guère retenus l'attention des juristes qui ont étudié le Code après sa promulgation.¹ Nous croyons que c'est fâcheux; car les raisons de l'amputation et les discussions auxquelles ont donné lieu les articles qui y ont échappé, ont soulevé des problèmes importants et suscité des observations qui sont, si on les confronte avec les enseignements de l'expérience qui a suivi, susceptibles d'alimenter aujourd'hui encore utilement la réflexion des jurisconsultes.²

La rédaction primitive était divisée en six titres, respectivement intitulés: *I. Définitions générales. II. Division des lois. III. De la publication des lois. IV. Des effets de la loi. V. De l'application et de l'interprétation des lois. VI.*

¹ Il nous faut cependant mentionner une exception importante. C'est celle de François Géný, qui s'est bien rendu compte de l'argument qu'il pouvait en tirer en faveur de la théorie de l'interprétation préconisée par son grand ouvrage. Voyez dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ème partie les nos 44-45 et 47-50 et les Prolégomènes à la troisième partie, notamment les nos 85 et 88.

² Qu'on nous permette de rappeler pour la clarté de l'exposé qui va suivre la procédure que la constitution du 22 frimaire an VIII imposait alors à la discussion des lois. Leur texte, arrêté par le Conseil d'État, devait, avant d'être soumis au vote du Corps législatif, être discutés dans une autre assemblée, le Tribunal, qui émettait un voeu d'adoption ou de rejet. La discussion devant le Corps législatif, dont les membres n'y prenaient pas part, était réduite à l'audition de trois orateurs du Tribunal, auxquels répondaient trois orateurs du gouvernement. On sait que le titre préliminaire fut à la suite de cette procédure l'objet d'un voeu négatif du Tribunal, qui entraîna son rejet par le Corps législatif, et que Bonaparte fut amené par l'opposition ainsi rencontrée à compliquer la procédure et à provoquer une épuration du Tribunal.

De l'abrogation des lois. De ces six titres, trois ont été entièrement supprimés: les titres I, II et VI. Le troisième a été condensé en un seul article, le plus long; et c'est celui qui avait retenu l'attention du plus grand nombre de tribunaux,³ puis donné lieu au Conseil d'État et ensuite au Tribunal à l'examen le plus minutieux: le tribun Andrieux, rapporteur de la commission de législation, n'hésita pas à déclarer, dans le discours qu'il prononça devant le Corps législatif pour demander le rejet de l'ensemble, que c'était "le plus important, je dirai presque le seul important" du projet de loi.⁴ Mais c'est aussi celui dont la discussion présente encore de nos jours le moins d'intérêt, parce qu'elle se réfère à un état des mœurs et des moyens de communication depuis longtemps dépassé. Celui sur lequel nous voudrions nous arrêter, parce que c'est celui dont l'étude rétrospective, après bientôt deux siècles d'application du Code, nous paraît ouvrir de larges perspectives, est le quatrième, celui qui était consacré à l'application et à l'interprétation des lois, et dont il n'a subsisté que deux articles, ceux qui sont devenus les articles 4 et 5 du texte définitif.

LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION

Le texte issu des travaux de la Commission du gouvernement⁵ commençait par poser pour l'application et l'interprétation des lois des règles précises, qui n'occupaient pas moins de dix articles:

"Article 1er. Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité.

"Art. 2. Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois.

Il y a deux sortes d'interprétation: celle par voie de doctrine et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement.

"Art. 3. Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale est interdit aux juges.

"Art. 4. L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois.

"Art. 5. Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'un pénétrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure on doit

³ Le Tribunal de cassation et dix-sept tribunaux d'appel contre treize seulement pour le titre III, dix pour le titre V et sept, six et deux pour les trois autres.

⁴ Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, p. 231. Même note dans la réponse de l'un des orateurs du gouvernement, le conseiller d'État Boulay: "il paraît que c'est le premier article qui souffre la plus de difficulté" (*ibid.*, t. VI, p. 295).

⁵ Il est reproduit au début du t. II des *Travaux préparatoires*.

L'ARTICLE 4 DU CODE NAPOLÉON

527

préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux dans l'exécution.

“Art. 6. Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions.

“Art. 7. La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi: il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent point être supplées.

“Art. 8. On ne doit raisonner d'un cas à l'autre que lorsqu'il y a même motif de décider.

“Art. 9. Lorsque, par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux.

“Art. 10. La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive.”

Ces règles imposaient, comme on le voit, à l'interprétation une discipline assez stricte. Mais elles limitaient aussi par là même son champ d'action. Aussi appelaient-elles un complément. Or ce complément, loin d'enfermer, comme l'avaient fait les assemblées révolutionnaires, la mission du juge à l'intérieur de ce champ, l'étendaient au contraire en matière civile bien au delà.

“Art. 11. Dans les matières civiles le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est un retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi.

“Art. 12. Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.

“Art. 13. Dans les matières criminelles le juge ne peut en aucun cas suppléer la loi.”

L'ensemble de ces dispositions était expliqué et justifié au début du Discours préliminaire avec une ampleur qui manifestait à la fois l'importance que Portalis y attachait et la vigueur des préjugés auxquels il s'attaquait. Ce discours exposait, aussitôt après son exorde, que la Commission s'était dès le début de sa tâche trouvée en présence de l'opinion généralement répandue que “quelques textes précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout”. Et il s'élevait contre cette opinion: “*Tout simplifier* est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir* est un but qu'il est impossible d'atteindre”. Par suite il est nécessaire qu'il y ait à côté des lois une jurisprudence, qui ne peut s'établir sans formuler des distinctions, et par conséquent sans qu'il se constitue des compilations, des recueils, des dissertations, des traités en grand nombre. Il est vrai que l'on invoque contre elle que tout citoyen a le droit

de n'être jugé que d'après une loi antérieure et constante. Mais c'est un principe qui ne vaut que pour les matières criminelles, qui roulent sur un nombre limité d'actions, et qui mettent le citoyen en présence de la volonté du public, laquelle ne peut être représentée que par la loi; dans les matières civiles, qui sont en nombre infini et consistent en conflits qu'il faut bien trancher, on ne peut le poser sans déni de justice. En vain alléguerait-on encore que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est interdit de les interpréter. Ce qui leur est interdit, c'est de les interpréter par voie d'autorité, c'est-à-dire de résoudre les questions par voie de règlement ou de disposition générale, mais non de les interpréter par voie de doctrine, c'est-à-dire de les appliquer avec discernement et de les suppléer au besoin. Renvoyer cette interprétation à la loi, c'est charger le législateur d'une mission qui n'est pas la sienne, qu'il risquerait d'accomplir avec partialité, avec des longueurs préjudiciables au justiciable et en compromettant la sagesse et la sainteté des lois.⁶

Aussi bien la clef de la relation qui s'établissait ainsi entre le juge et le législateur était-elle fournie par la conception du Droit qui se dégagait des définitions générales, objet du titre premier du même livre, et que rappelait aussi le Discours préliminaire. Selon l'article 1er de ce titre, c'est-à-dire selon la disposition que la Commission proposait s'inscrire en tête de toutes les autres, toutes les lois positives devaient avoir leur source dans "un droit universel et immuable", qui n'était rien autre que "la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes",⁷ et selon l'article 7 la loi n'avait pas à statuer sur des faits individuels, elle était "présumée disposer, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses".⁸ Le Discours reprenait cette idée. Il déclarait dès son exorde que les législateurs humains ne doivent être que "les respectueux interprètes" de l'équité naturelle⁹ et qu'ils exercent "moins une autorité qu'un sacerdoce".¹⁰ Et plus loin, commentant le livre préliminaire, il en développait l'article 1er: "Le droit, disait-il, est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers".¹¹ Comment, dans ces conditions, le juge, chargé d'arbitrer les conflits entre les particuliers, pourrait-il, lorsque cette réduction n'a pas été opérée d'une façon générale par le législateur, accomplir sa tâche autrement qu'en cherchant la règle de sa décision dans les exigences de l'équité naturelle?

⁶ *Ibid.*, t. I, p. 467-476.

⁷ *Ibid.*, t. II, p. 3: "Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes."

⁸ *Ibid.*, p. 4: "Elle [la loi] ne statue point sur des faits individuels; elle es présumée disposer, non sur des cas rares et singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses."

⁹ *Ibid.*, p. 465.

¹⁰ *Ibid.*, p. 466.

¹¹ *Ibid.*, p. 476.

L'ARTICLE 4 DU CODE NAPOLÉON

529

LA CONSULTATION DES TRIBUNAUX

Les propositions de la Commission furent naturellement, de la part des tribunaux auxquels elles furent communiquées pour avis, l'objet d'un certain nombre d'observations. Nous laisserons de côté, comme étrangères à l'objet de cette étude, celles qui ne portaient que sur des points de détail,¹² pour ne retenir que celles qui mettaient en cause la conception de l'interprétation et les pouvoirs des juges. Le Tribunal de cassation, dont le président, Tronchet, avait fait partie de la Commission du gouvernement, proposa un certain nombre de retouches destinées dans son esprit à rendre la rédaction plus claire. Mais il ne fit aucune objection de principe; il se borna, quant au fond, à suggérer deux modifications légères qui tendaient à atténuer la part de l'interprétation et à en restreindre quelque peu la latitude. L'une était de reconnaître seulement qu'elle *peut être* nécessaire au lieu de déclarer qu'elle l'est *souvent*; l'autre de donner, quand la loi est obscure, la préférence au sens "le plus conséquent à son principe" au lieu de la donner au "moins défectueux dans l'exécution", car, expliquait-il, "c'est la conformité au principe général de la loi qui doit déterminer la préférence d'un sens dont est susceptible une loi, sur tout autre qu'on peut lui prêter".¹³

C'est parmi les tribunaux d'appel que s'élevèrent des oppositions.

La plus radicale fut celle du Tribunal de Lyon, qui demandait la suppression du titre tout entier, et s'en prenait plus particulièrement aux articles 2, 11 et 12, auxquels il reprochait "d'autoriser formellement les usurpations du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif", de perpétuer "cet arbitraire si odieux et si funeste, source des plaintes et de l'indignation qui anéantirent si facilement les anciens tribunaux dès les premiers instants de la révolution", et de "supposer que tous les hommes sont également capables de discerner les vrais principes de l'équité naturelle". Il tirait, pour justifier son opinion, argument de la diversité des jurisprudences sur les mêmes points, non seulement entre les différents tribunaux, mais même entre les chambres d'un même parlement; et il en concluait que, si "l'équité naturelle" est "absolument nécessaire aux juges pour l'application de la loi", elle "ne peut pas être la règle unique, la règle fondamentale de leurs décisions", mais "qu'il faut un régulateur général et commun des jugements", qui est la loi, seule susceptible "d'être regardée comme l'expression certaine de l'équité", et dont "le juge doit être esclave". Enfin, invoquant l'exemple des Anglais, pour qui ce principe est "comme le palladium de leur liberté civile", et la décision de l'Assemblée constituante, sur laquelle il n'y avait aucun motif de revenir, il préconisait le recours au référé législatif, dont il comptait que l'usage deviendrait rare "lorsque le Code aura statué, comme on a le droit de l'espérer, sur tous les contrats connus".¹⁴

¹² Par exemple sur la distinction des lois odieuses et des lois favorables opérée par l'article 12 (*ibid.*, t. II, p. 420, et t. V, 424).

¹³ Fenet, *Travaux préparatoires*, t. II, p. 419 et 420.

¹⁴ *Ibid.*, t. IV, pp. 34-36.

La crítica del tribunal de Rouen était plus nuancée, mais elle n'était pas moins ferme. Sans doute, dans l'examen particulier qu'il consacrait au livre préliminaire, il se bornait, en ce qui concerne le titre V, à faire observer que le refus de juger ne pouvait pas constituer un abus de pouvoir mais seulement un déni de justice. Mais il demandait dans les titres précédents plusieurs suppressions significatives. L'une était, dans l'énumérations des composantes du droit intérieur à chaque peuple, celle des coutumes et usages, qui ne pouvaient, à ses yeux, "avoir force de loi dans un bon Gouvernement, et surtout dans un Gouvernement républicain, où la loi doit être une comme sa constitution". Une autre dans la définition de l'objet de la loi celle du verbe *annoncer*, expression "sans caractère et très insignifiante" et son remplacement par le verbe *établir*. Une troisième visait l'article 1er du titre IV, selon lequel "le premier effet de la loi [était] de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle", d'où il demandait de retrancher "terminer tous les raisonnements", cette idée lui paraissant "être faible et peindre mal l'effet de la loi".¹⁵ Mais surtout il critiquait le Discours préliminaire, auquel il reprochait "d'affaiblir et énerver la force de la loi" en donnant "trop de latitude à l'arbitraire des juges" et aux usages locaux, et de provoquer ainsi "les interprétations, les commentaires, les jurisprudences locales", "ces fléaux destructeurs de la loi, qui l'affaiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits". Il concédait bien qu'on ne peut éviter "de laisser d'abord les cas imprévus à l'autorité du juge"; mais il estimait que ces cas sont les seuls sur lesquels puisse s'établir une jurisprudence, et demandait que le ministre de la justice fût, toutes les fois qu'il s'y manifesterait une divergence, tenu de provoquer une loi "interprétative ou supplétive". Il admettait également que l'on autorisât les magistrats à prononcer "plutôt avec l'esprit des lois, qui est toujours juste, que sur la lettre, qui quelquefois tue", dans les cas où la législation civile "n'est autre chose que la collection des principes du droit commun"; car dans ces cas "le législateur ne crée point la loi, il n'est au fond qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle", de telle sorte que, "en présentant les principales règles et les exceptions principales, il met le juge à portée de statuer, dans les mêmes principes, dans les cas les plus imprévus". Mais il entendait que le juge demeurât "strictement astreint aux termes de la loi, quand même il en résulterait des injustices particulières", lorsque la loi en cause fait partie de "la législation positive et particulière" de chaque peuple, parce que cette partie de la législation étant fondée dans la constitution de ce peuple et dans ses lois politiques, "il n'y peut être dérogé par aucune convention privée", par des usages, par des motifs d'équité ou par toute autre considération".¹⁶

¹⁵ *Ibid.*, t. v, p. 461.

¹⁶ *Ibid.*, t. v, pp. 455-459.

La position du tribunal de Montpellier était plus complexe. Opposant à l'article 2, qui accordait en principe aux juges la permission d'interpréter la loi par voie de doctrine, les articles 7 et 10 qui la lui refusaient dans des cas particuliers, il observait que cette permission "ne pouvait guère avoir lieu". Et il opposait également à l'article 12, faisant obligation au juge de prononcer "lors même que la loi manque", l'article 1er, selon lequel son ministère "est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité".¹⁷ D'autre part, dans des observations sur l'ensemble du projet, qui suivaient les observations particulières à chacun de ses titres, il reprochait à ce projet de ne pas avoir la simplicité que le nouvel ordre de choses permettait, grâce à l'abolition des abus et des privilèges, d'atteindre dans les institutions républicaines; et il déclarait que l'idéal à la réalisation duquel il espérait que l'on pourrait un jour aboutir serait "celui tant désiré d'une justice rendue *administrativement et sans l'accessoire des formes judiciaires*".¹⁸ Enfin, passant en revue les différentes catégories de problèmes qu'allait poser le passage de la législation ancienne à la législation nouvelle, il notait que la solution de ces problèmes allait imposer "une tâche immense", qui ne pouvait être abandonnée à "l'arbitrage des juges", au fil des applications qu'ils seraient amenés à faire de la nouvelle législation dans des cas particuliers. Car la jurisprudence qui se constituerait ainsi serait nécessairement disparate en raison de la diversité des problèmes à résoudre et du grand nombre des tribunaux appelés à intervenir, dont les opinions, ébranlées par les secours révolutionnaires, seraient discordantes; et elle serait dépourvue de "régulateur" parce que les décisions en cause, faute de reposer sur la base fixe des lois, échapperaient au contrôle de la Cour de cassation.¹⁹ Toutes ces affirmations semblent aller à l'encontre de la thèse soutenue dans le Discours préliminaire. Mais, par ailleurs, le tribunal semblait abonder dans son sens. Il reprochait à l'article 7 d'induire en erreur (ou tout au moins de risquer de le faire) "dans les cas où l'on peut distinguer d'après l'esprit de la loi, quoique la loi ne distingue pas, et dans ceux où les exceptions qui ne sont pas dans la lettre peuvent également se trouver dans l'esprit de la loi"; et il reprochait aussi à l'article 10 de "gêner l'équité du juge dans l'extension des lois favorables et dans la restriction de celles qui sont odieuses".²⁰ Enfin, il insistait sur la nécessité de tenir, lorsque ce ne sont pas des personnes mais des choses qui sont l'objet immédiat du litige, compte de "la diversité des circonstances du climat, du sol et de la nature des choses".²¹

Le clef de ces divergences apparentes se trouve sans doute dans la distinction qu'il établissait entre quatre sortes de dispositions:

¹⁷ *Ibid.*, t. IV, p. 421.

¹⁸ *Ibid.*, t. IV, pp. 520-522.

¹⁹ *Ibid.*, t. IV, pp. 529-534.

²⁰ *Ibid.*, t. IV, p. 421.

²¹ *Ibid.*, t. IV, pp. 522-524.

1º celles qui étaient liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique et qui se trouvaient imposées par la Constitution;

2º celles qui, tracées dans le Droit romain, n'en étaient pas moins suivies dans les pays de coutume, parce la règle nécessaire et invariable en est l'équité, qui se manifeste si clairement qu'elle ne laisse pour ainsi dire rien à faire au législateur;

3º "les formes selon lesquelles ces dispositions du droit naturel doivent être appliquées et suivies dans la société", qui ne pouvaient être un point de litige parce que les ordonnances royales et les réglemens émanés des assemblées nationales les avaient déjà fixées;

4º enfin les points de législation "qui tiennent à la fois à l'ordre naturel et civil et à l'ordre politique", tels que sont, par exemple, la puissance paternelle, les tutelles, minorités et interdictions, les successions, les donations, les contrats de mariage et les prescriptions, toutes choses dans lesquelles l'esprit de système crée des combinaisons différentes entre la justice commutative et l'équité d'une part, et la "convenance générale ou raison d'Etat" d'autre part.²²

Or cette distinction visait un but bien précis, qui était nettement formulé par le tribunal. Elle était inspirée par le sentiment clairement exprimé que la transaction annoncée par le Discours préliminaire entre le Droit écrit et le Droit coutumier faisait dans le projet la part trop belle au second; et elle tendait à éviter aux pays de droit écrit de se voir étendre des règles tirées du second que le tribunal estimait n'être pas adaptées à leur situation et à leurs traits particuliers. Elle aboutissait à proposer de borner le Code au règlement des dispositions de la quatrième catégorie, le Droit antérieur subsistant pour le surplus.²³

Les autres tribunaux admettaient pratiquement pour l'essentiel les règles d'interprétation posées par le projet. Deux d'entre eux le faisaient sans doute avec quelque réserve.²⁴ Mais la plupart le faisaient implicitement en

²² *Ibid.*, t. iv, pp. 524-529.

²³ *Ibid.*, t. iv, pp. 534-538.

²⁴ Le tribunal d'Amiens proposait, au 1er alinéa de l'article 2, une retouche légère, mais significative, équivalente à celle que demandait de son côté, nous l'avons dit, le Tribunal de cassation: la substitution de l'adverbe *quelquefois* à l'adverbe *souvent*; et il soulignait cette proposition en expliquant qu'"il serait à souhaiter que les juges ne fussent jamais dans la nécessité d'interpréter". D'autre part, il exprimait le vœu que, de "mêler ce qui a rapport à l'application avec ce qui est relatif à l'interprétation", on rédigeât l'article 1 de façon à distinguer la mission des juges de celle des administrateurs, à qui étaient également applicables d'autres titres du livre préliminaire; et il demandait que l'on apportât, "pour être plus clair et plus méthodique", à l'ordre des articles une modification qui, en rejetant les articles 2 et 3 après l'article 10, aboutissait en fait à ne reconnaître la nécessité de l'interprétation qu'après avoir mis en évidence toutes les ressources de la simple application et réglé leur usage (*Travaux préparatoires*, t. III, p. 126). Grenoble, estimant que le projet présentait des lacunes, des développements trop concis et des rédactions obscures ou défectueuses, qu'il attribuait au peu de temps dont ses rédacteurs avaient disposé, mettait en garde contre l'illusion de s'en remettre, pour

ne formulant à leur égard aucune observation. Et quelques-uns n'hésitaient pas à renchérir. Tel était notamment le cas de Bordeaux, qui ne se bornait pas à déclarer exacte la définition donnée par l'article 2 de l'interprétation par voie de doctrine, et "infiniment judicieux" tout ce qui en était dit dans le Discours préliminaire, mais pronostiquait que ce mode d'interprétation allait, à la mise en vigueur du Code, "devenir d'un usage plus fréquent et plus indispensable encore". Et il demandait même que, "afin de lui conserver toute son utilité", on supprimât la voie du recours en cassation pour fausse interprétation des lois, de crainte qu'elle ne permit au Tribunal de cassation de réformer tous les jugements rendus en équité et n'aboutit ainsi à ériger ce tribunal en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs. Enfin il contestait la disposition inscrite à la fin du projet qui prononçait l'abolition générale, dans les matières qui en étaient l'objet, des lois romaines, ordonnances, coutumes générales ou locales, statuts et réglemens antérieurement en vigueur; car cette abolition risquerait de priver la jurisprudence d'un appui dont elle aurait besoin pour combler les lacunes qui ne se révéleraient qu'à l'usage, et de livrer ainsi la solution des cas imprévus "au hasard des conjectures et au vague de l'arbitraire".²⁵ De son côté, le tribunal de Riom, après avoir déclaré que c'était "une belle idée, et qui donne presque toute celle de la bonne composition d'un Code, que de dire que *c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application*", s'étonnait que le Discours dit plus loin "*qu'il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois*"; car il jugeait que ce "désir" n'était pas "raisonnable", la chose étant "impossible à cause de l'infinie diversité des conventions ou des obligations qui peuvent naître des actions des hommes", et que ce n'était d'ailleurs pas nécessaire, parce que "cette infinie variété n'est pourtant que la combinaison de principes simples et immuables, qui suffisent à tout régler, comme ils ont suffi à tout composer", de telle sorte que les lois doivent être simples et que "c'est aux juges à discerner, dans les diverses conventions les principes élémentaires auxquels elles se rapportent, et par lesquels elles doivent être jugées". En suite de quoi il poursuivait sa critique du Discours en disant que c'était sûrement par inadvertance que ce discours, après avoir affirmé que la jurisprudence était nécessaire dans le plus grand nombre des cas, ne lui attribuait plus, quelques lignes plus bas, que des cas rares et extraordinaires.²⁶

remédier à ces défauts, à des lois particulières ou à la décision des juges. Car, disait-il, "il n'y a que des lois prévoyantes qui puissent garantir les propriétés, et, si elles ne peuvent embrasser les cas rares, du moins doivent-elles restreindre l'empire de l'arbitraire pour les cas qui se présentent fréquemment"; or les lois particulières n'ont jamais fait qu' "embarrasser la législation" et y mettre du désordre (*ibid.*, t. iv, pp. 528-529).

²⁵ *Ibid.*, t. III, pp. 178 et 204-205.

²⁶ *Ibid.*, t. v, pp. 410-411 et 412. Est-il besoin de faire observer que les passages du Discours auxquels s'en prend le tribunal, n'ont pas, si on les replace dans leur contexte, le sens étroit qu'il leur prête? Mais la critique pointilleuse qui en est faite, manifeste bien la tendance de ce tribunal à renchérir.

Nous ne nous arrêterons pas sur les observations des trois tribunaux de Metz, de Nîmes et de Paris, qui, pour s'exprimer en termes plus mesurés, n'étaient pas moins explicites dans leur approbation.²⁷ La revue à laquelle nous venons de procéder témoigne suffisamment que si les propositions de la Commission se heurtaient à l'opposition résolue de quelques tribunaux, la plupart étaient disposés à les accueillir favorablement. Elles n'en furent par moins, à l'exception des deux articles que nous avons déjà signalés et sur lesquels nous allons avoir à revenir longuement, écartées avec la totalité des titres I, II et VI et une bonne moitié du titre IV. La raison officielle de cette suppression, celle que Portalis donna aux membres du Corps législatif, qui avaient reçu, eux aussi, le texte originel, fut qu'il s'agissait de choses qui relèvent de la science, et non de la législation, car elles "ont une existence indépendante des volontés arbitraires de l'homme":

"... Il nous a paru sage de faire la part de la science et la part de la législation.

"Les lois sont des volontés.

"Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois".²⁸

De fait deux tribunaux au moins, ceux de Lyon et de Paris, avaient reproché au livre préliminaire d'ériger en articles de lois des maximes et des réflexions qui paraîtraient mieux placées dans un traité que dans un code, et qu'il était, en raison de leur généralité et des controverses qu'elles pouvaient soulever, dangereux de consacrer de la sorte.²⁹ Mais cette raison n'est vraiment valable que pour les définitions qui faisaient l'objet des titres I et II; et l'on peut se demander s'il n'y en avait pas une autre plus profonde, dont on a soutenu que ce pourrait bien être un veto du Premier consul. Le recueil de Fenet ne contient pas, à notre connaissance, de texte qui vérifie cette opinion. Mais il atteste que, cette même raison ayant été au cours de la discussion au Tribunat et devant le Corps législatif invoquée

²⁷ Metz, faisant l'éloge du projet, déclarait en particulier que les définitions exactes et précises qui précèdent toute disposition particulière, fournissaient "des règles immuables d'interprétation dans les circonstances infiniment variées que la loi ne peut prévoir" (*Travaux préparatoires*, t. v, p. 350). — Nîmes proposait d'ajouter deux articles tirées des *Lois civiles* de Domat: l'un "pour consacrer expressément cette maxime, dont l'application est malheureusement d'un usage aussi fréquent que nécessaire, que les lois répriment ou annulent ce qui blesse directement ou indirectement leur intention, ou ce qui est en fraude de leur disposition, ou pour les éluder"; l'autre pour trancher "cette question délicate à fixer, mais importante à définir dans un Code civil, quand il faut suivre ou l'équité ou la rigueur du droit" en disposant qu'"il faut juger par la rigueur du droit si la loi ne souffre pas de tempérament, ou par le tempérament de l'équité si la loi le souffre" (*ibid.*, pp. 4 et 5). Quant à Paris il proposait une rédaction "plus courte et aussi plus claire", qui reprenait les principes énoncés par le projet (*ibid.*, t. v, pp. 95-98).

²⁸ *Exposé des motifs* devant le Corps législatif le 3 frimaire an X (*Travaux préparatoires*, t. VI, p. 43).

²⁹ *Travaux préparatoires*, t. IV, p. 36 (pour Lyon); t. v, p. 94 (pour Paris).

contre d'autres dispositions, notamment contre l'article prohibant la rétroactivité des lois,³⁰ Portalis, appuyé par le conseiller d'état Berlier³¹ et par divers membres du Tribunal,³² protesta que rien ne s'opposait à ce qu'une maxime de jurisprudence (au sens où ce mot désigne la science du Droit) fût sanctionnée par la loi, "raison publique", lorsqu'il était nécessaire de la rappeler et d'en imposer le respect à tous:

C'est la jurisprudence, c'est-à-dire la science du droit, qui fournit tous les matériaux de la législation... Un principe n'est point une disposition. J'en conviens. Mais un principe devient une disposition quand il est sanctionné par la puissance législative... Un principe, tant qu'il n'appartient qu'à la science, n'est qu'une thèse philosophique qui peut être controversée; mais quand un principe appartient à la législation, il devient une règle qui doit être obéie.

Ce qui importe en tout cas pour la suite du débat, c'est que les articles 3 et 12 du projet, —ceux qui portaient interdiction des arrêts de règlement et obligation pour le juge de se prononcer,— étaient maintenus, et que si le premier ne ferait l'objet que d'une simple retouche, l'autre allait donner lieu à une vive controverse.

LES DÉBATS DU CONSEIL D'ÉTAT, DU TRIBUNAT ET DU CORPS LÉGISLATIF

La discussion s'ouvrit au Conseil d'État, à qui il appartient d'établir le projet définitif. Le consul Cambacérés, appuyé par Roederer, exprima la crainte que les juges fussent par ces articles, autorisés, sinon incités, à usurper sur les pouvoirs du législateur, soit en statuant bien que la volonté de la loi fût incertaine, voire même avec la conviction de s'en écarter, soit en décidant en cas de lacune dans la législation de questions politiques de la plus haute importance, "la circonspection [n'étant] pas naturelle aux juges, surtout lorsqu'ils sont éclairés et qu'ils ont le sentiment de leurs lumières". Mais Portalis, appuyé par Boulay, par Tronchet et par Bigot de Préameneu, fit valoir que, à défaut de ces prescriptions, le cours de la justice risquerait d'être fréquemment interrompu, les tribunaux se trouvant mis par le silence ou l'obscurité de la loi dans l'incapacité de se prononcer; qu'il pourrait même

³⁰ Notamment par le rapporteur de la Commission de législation du Tribunal, le tribun Andrieux, d'abord dans son rapport (*Travaux préparatoires*, t. vi, pp. 55, 65, 66, 67, 68) puis dans son discours devant le Corps législatif (*ibid.*, pp. 241-242), ainsi que par le tribun Thiessé (*ibid.*, pp. 121-126 et 291-293).

³¹ Discours prononcés devant le Corps législatif en réponses aux orateurs du Tribunal par Portalis (*Travaux préparatoires*, t. vi, pp. 250-253 et 264) et par Berlier (*ibid.*, pp. 321-322 et 333).

³² Le tribun Dèmeunier, dont l'argumentation est sur ce point d'autant plus frappante qu'il approuve, en ce qui concerne les définitions, le retranchement qui en a été opéré (*Travaux préparatoires*, t. vi, pp. 90-91, cf. pp. 86-87), et le tribun Huguet (*ibid.*, pp. 136-137) lors de la première discussion qui aboutit au rejet; lors de la seconde, qui aboutit au vote, le tribun Grenier, rapporteur au Tribunal (*ibid.*, pp. 364, 373-374 et 376), et le tribun Faure, orateur devant le Corps législatif (*ibid.*, p. 380). Cf. les allusions des tribuns Lahary et Portiez (*ibid.*, pp. 217-218 et 228-229).

arriver que ces tribunaux soulevassent des difficultés pour se dispenser d'avoir à prendre une décision délicate; et que le législateur se trouverait ainsi contraint de multiplier les lois pour dissiper les doutes. La défense d'interpréter et de réglementer faite par l'Assemblée constituante n'avait pour objet que d'empêcher les tribunaux de fixer le sens des lois par des interprétations abstraites et systématiques ou en les suppléant par des arrêtes de réglemant; on en avait abusé pour réduire les juges à un état purement passif. Mais ceux-ci ne seraient nullement, en l'absence de prescriptions légales ou en cas d'ambiguïté des textes, livrés à eux mêmes; car ils devraient alors avoir recours à l'équité naturelle et aux principes généraux du Droit. De plus ils demeureraient soumis à la censure du Tribunal de cassation. La discussion avait abouti à un compromis. On avait dans l'article 3 (qui était devenu l'article 6 par suite du regroupement en un seul titre des dispositions retenues des six titres du projet originel) évité le mot ambigu d'interprétation, qui englobait l'interprétation législative, interdite aux juges, avec l'interprétation doctrinale, sans laquelle on avait reconnu qu'il leur était impossible d'exercer leur ministère, puisque les contestations civiles portent sur le sens différents que les parties prêtent à la loi et non sur le texte même de cette loi; et l'on avait précisé le sens de la défense qui leur était faite en disant explicitement que la portée de leur décision ne s'étendait pas au delà de la cause qui leur était soumise. D'où était résulté la formule lapidaire qui est devenue l'article 5 du Code: "Il est défendu aux tribunaux de prononcer par voie de disposition générale et réglementaires, sur les causes qui sont portées devant eux".³³ Quant à l'article 12 on s'était borné à en atténuer la rigueur en disant seulement que le juge qui *aurait refusé* de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi *pourrait être poursuivi comme coupable* de déni de justice, au lieu de dire que le juge qui *refuserait* de juger *se rendrait coupable* de déni de justice.³⁴

Ainsi rédigés, et leur ordre ayant été interverti "parce que l'ordre naturel des idées veut qu'on indique aux juges ce qu'ils devront faire, avant de leur dire ce qu'ils ne pourront pas faire", les deux articles s'équilibraient de façon à concilier dans toute la mesure du possible le souci de maintenir la suprématie de la loi avec celui de ne pas paralyser la justice. Mais, si l'un d'eux, —l'interdiction des arrêtes de réglemant—, passa sans difficulté, de grandes forces furent déployées contre l'autre.³⁵

Portalis avait présenté l'ensemble en termes concis qui mettaient la question bien au point:

³³ Le Code remplacera les tribunaux par les juges, et les causes qui sont portées devant eux par les causes qui leur sont soumises. Il est clair que ce sont des retouches de pure forme.

³⁴ *Travaux préparatoires*, t. VI, pp. 21-24.

³⁵ C'est l'expression même dont Portalis fit usage au cours de la discussion devant le Corps législatif.

Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois; ces juges, dans ces temps d'ignorance et de grossièreté, étaient des ministres d'équité entre les hommes; ils le sont encore quand ils ne sont point dirigés par des lois écrites; ils ne peuvent donc, sous le prétexte de l'obscurité et du silence des lois, suspendre arbitrairement leur ministère.

Les juges sont, à certains égards, associés à l'esprit de législation, mais ils ne peuvent partager le pouvoir législatif; ils ne peuvent donc, dans leurs jugements, se permettre aucune disposition réglementaire.³⁶

Mais l'obligation imposée aux juges de se prononcer en toute hypothèse fût combattue au Tribunal. Il est vrai que le rapporteur de la commission de législation esquiva la question plutôt qu'il ne menait l'attaque. Car il se bornait à comprendre les articles en cause dans le lot important de ceux qui n'étaient, selon la commission, rien autre que "des règles générales de jurisprudence appartenant à la science et non à la législation", qu'il était dangereux d'introduire dans celle-ci "parce qu'elles sont sujettes à de fréquentes exceptions, parce qu'elles deviendraient fertiles en applications, fausses, en conséquences funestes",³⁷ n'invoquant spécialement contre eux que le reproche de relever du Code judiciaire et non du Code civil.³⁸ Et cette objection fut la seule que firent valoir à sa suite devant le Corps législatif les deux autres orateurs du Tribunal.³⁹ Mais il n'en avait pas été de même dans le débat du Tribunal lui-même.

Le tribun Maillia-Garat y avait prononcé une longue et véhémement diatribe, d'une logique passionnée,⁴⁰ qui était comme la somme des idées qui avaient inspiré l'organisation judiciaire réalisée et pratiquée par les assemblées révolutionnaires. L'obligation faite aux juges de se prononcer en toute hypothèse sous peine de s'exposer à être poursuivis comme coupables de déni de justice était à ses yeux une "disposition absolue, abusive, funeste" (p. 150), un "dangereux système" (p. 151, *initio*), qui "effacerait en quelque sorte le Code civil avant qu'il soit présenté" (p. 150, cf. p. 154) en "donnant à l'application des lois un principe qui doit les détruire" (p. 157). Pire encore: elle aboutirait à ruiner l'œuvre accomplie par la Révolution française en amenant "la désorganisation du système total" de sa constitution (p. 168 *in fine* et 170) et en "faisant du Code un nouvel aliment de tous les abus qu'il était destiné à guérir" (p. 169). Car elle conférerait aux juges, et

³⁶ *Travaux préparatoires*, t. VI, p. 51.

³⁷ *Ibid.*, t. VI, pp. 55, 56, 65, 66, 67, 68 et 242-243. Ce lot ne comprenait pas moins de sept articles sur les neuf auxquels se réduisait le projet amputé.

³⁸ *Ibid.*, t. 55-56.

³⁹ Les tribuns Thiessé et Favart (*Travaux préparatoires*, t. VI, pp. 291-293 et 311-319). Le premier avait antérieurement dans son intervention devant le Tribunal assez longuement dénoncé "le danger de légaliser les maximes générales" (*ibid.*, pp. 121-126), mais il n'avait pour illustrer sa pensée pris qu'un seul exemple, celui de la maxime "en apparence la plus évidente", celle qui condamne la rétroactivité des lois.

⁴⁰ Nous empruntons ces qualificatifs à F. Géný, *Méthode d'interprétation*, n° 48 (2ème éd., t. I, p. 101).

même leur imposait d'exercer, un "droit terrible", propre à "faire frémir sur ses effets" tous les citoyens (p. 151 *in fine* et 152 *in finem*): le droit d'interpréter la loi, c'est-à-dire "de la changer ou de la modifier dans son exécution, de suppléer à son insuffisance et même à son silence, de parler quand elle se tait, de la faire agir quand elle n'existe pas: en un mot de la faire au lieu de l'appliquer" (p. 162, *initio*).

Invoquant, pour justifier cette condamnation sans appel l'autorité de Montesquieu (p. 151, 155, 158-159) et celle de DeIolme (p. 159-169), les exemples de la République romaine (p. 163-164) et de l'Angleterre (p. 159-160 et 163-165), et aussi "la nature des choses" (p. 155 *initio* et *ad finem*, 159 *in medio* et 160 *ad medium*), Maillia-Garat expliquait que l'interprétation était dans un régime monarchique à la fois admissible et indispensable. Admissible, parce que les lois sont dans un pareil régime l'oeuvre d'un seul homme, ou bien l'émanation de "mille sources égarées", telles que l'usage ou le droit de conquête, de sorte que l'incertitude de leur titre peut excuser et même, si l'on veut, autoriser l'arbitraire du juge dans leur application (p. 161, dernier alinéa). Indispensable, ou plutôt peut-être inévitable en raison du chaos introduit dans la législation par les différences de rangs, d'origines et de conditions, qui créent une infinité de rapports différents, et accru dans la monarchie française par la diversité des coutumes et des jurisprudences (p. 155-157, 161 et 169). Mais il n'en va plus de même dans une république, et singulièrement dans la République française, où la simplicité et l'uniformité des lois sont une conséquence nécessaire de l'égalité absolue qui fait la base de la constitution, de telle sorte que ces lois "peuvent atteindre et déterminer avec précision les rapports qui naissent naturellement entre citoyens unis par des besoins communs et des intérêts réciproques" (p. 157). Les lois n'y sont plus l'oeuvre de volontés particulières, mais celle de la volonté nationale, c'est-à-dire l'oeuvre du peuple lui-même ou de ses représentants, de telle sorte que les "individus dont la réunion compose la république, et qu'elle reconnaît pour ses membres aux conditions que sa charte constitutionnelle a fixées [...] sont sujets de la loi, parce qu'ils ont concouru à la faire, et ils ne peuvent être appelés que citoyens, précisément parce qu'ils ne peuvent être sujets que de la loi" (p. 162). Enfin, elles sont la garantie des droits individuels et de l'égalité, qui consiste à n'être soumis qu'à elles (p. 157 *ad finem*, 158-159, 166, 168-169); et la justice de la société ne peut-être que l'intervention de sa puissance dans les différends qui s'élèvent entre les particuliers, c'est-à-dire son intervention pour le maintien des rapports qui la composent, et par conséquent que leur application, puisque ce sont elles qui ont déterminé ces rapports (p. 150, avant-dernier alinéa).

Ainsi, la loi est "la seule puissance que les hommes libres puissent connaître" (p. 162, 2ème alinéa). C'est une "autorité tutélaire" (p. 168 *ad medium*), à laquelle on doit un "respect absolu" (p. 164, *initio*). Son "origine souveraine" lui confère "un empire suprême et irrésistible" (p. 163,

initio). Elle a un caractère “sacré” (p. 162, 3ème al. et 170, 1. 5); et l'on peut parler de son “sanctuaire” (p. 158, 1. I et 161, fin du 3ème al.) et de sa “sainteté” (p. 170, 1. 5). Son texte est “la règle précise et impérative des jugements” (p. 163 *initio*). L'interpréter, c'est en “troubler la détermination” et en “ébranler toutes les garanties” (p. 157 *ad finem*). Donner aux juges le pouvoir de le faire, c'est substituer leur jugement à celui du législateur, et par là se livrer à leur arbitraire (p. 158, avant-dernier alinéa, 161 *in fine*, 166, 2ème al. *in fine*), qui est celui de volontés particulières (p. 165 *in fine*) à qui l'on confère un pouvoir personnel sur les justiciables (p. 166). Aussi la puissance judiciaire n'est pas moins redoutable que la puissance royale; et elle l'est d'autant plus qu'elle peut allier son arbitraire à celui du pouvoir exécutif et le rendre, par cette “alliance secrète et cachée”, qui est “la plus terrible alliance”, absolu (p. 164-165). Les juges ne sauraient être les maîtres de la loi, pas plus que “la loi elle-même”; ils doivent n'en être que les “agents” ou les “organes” (p. 151, 2ème moitié et 161 l. 10). En vain objecte-t-on que, la loi ne pouvant tout prévoir, si l'on exclut l'interprétation, il y a des cas où les citoyens ne pourront obtenir justice. Une bonne législation doit prévenir ces cas et elle peut au moins les rendre extrêmement rares. Et, si le juge refuse de juger, il reste la possibilité de soumettre la cause à d'autres juges. Si ceux-ci refusent encore de juger, cela prouvera le nécessité d'une nouvelle loi et les intéressés auront le choix entre attendre la promulgation de cette loi et soumettre le différend à un arbitrage (p. 153). Au surplus l'abus qui a été fait du référé législatif n'est plus à craindre, car il était né de l'incertitude causée par les soubresauts de la période révolutionnaire.

D'autres orateurs s'étaient prononcés dans le même sens. Il est vrai qu'ils l'avaient fait de façon sensiblement plus mesurée. Ils avaient reconnu “que la loi, qui se ressent de l'imperfection des hommes qui la font, n'a pas toujours tout prévue”, et qu'il était par suite, en raison du principe de la non-rétroactivité des lois, inévitable d'accorder aux tribunaux, en vue de maintenir la paix entre les citoyens, le pouvoir de trancher les contestations dont elle ne fournissait pas la solution.⁴¹ Mais ils avaient mis en garde contre le risque que la faculté ainsi accordée au civil ne fût étendue au criminel.⁴² Et, estimant que lois sont indispensables pour préserver de l'arbitraire des juges, et que, “si les juges pouvaient se passer de lois, on se passerait bientôt de juges”, ils avaient réclamé des mesures propres à prévenir autant que possible les inconvénients des jugements en équité. L'une était que l'on évitât toute confusion entre ces jugements et ceux qui sont rendus en application

⁴¹ Le projet primitif réduisait sensiblement la difficulté en disposant, dans le titre iv consacré aux effets de la loi, que, par dérogation au principe de non-rétroactivité, une loi explicative d'une autre loi précédente réglait même le passé, sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée. Mais cette disposition avait disparu du texte soumis au Conseil d'État.

⁴² Cette extension était formellement prohibée par le projet primitif dans les articles 11 et 13, dont il avait été amputé.

de la loi, soit en dessaisissant la juridiction ordinaire pour les confier à une autre juridiction ou bien à un arbitre, soit, si la juridiction ordinaire en demeurait chargée, en lui imposant des règles spéciales de procédure. L'autre était que l'autorité qualifiée pour prendre l'initiative des lois en fût informée en vue de provoquer le vote d'une loi statuant pour l'avenir.⁴³

Il est difficile de mesurer aujourd'hui l'impact que des propos de ce genre pouvaient avoir alors sur les membres du Tribunat et du corps législatif.⁴⁴ Ce qui est sûr, c'est que les partisans du projet au Tribunat et les orateurs du Gouvernement devant le Corps législatif⁴⁵ ne les ont pas pris à la légère, et qu'ils se sont attachés longuement à les réfuter. Ils s'appliquèrent, bien entendu, à dissiper les malentendus impliqués par certaines objections, en mettant en évidence la différence fondamentale séparant les matières criminelles des matières civiles, qui interdit d'étendre aux premières le pouvoir de suppléer la loi reconnu aux juges pour les secondes,⁴⁶ et en faisant observer qu'il n'était nullement question d'autoriser ceux-ci, contrairement à la Constitution, "à mettre l'équité naturelle à la place de la loi positive", mais seulement de les mettre en mesure d'exercer leur mission dans les cas où la loi est obscure ou insuffisante, voire même où il n'y a pas de loi.⁴⁷ Mais leur argument principal était que, comme le dit le conseiller d'Etat Berlier,⁴⁸ ne s'agissait de rien autre que de reconnaître "une vérité simple et élémentaire", à savoir que "là où la volonté de la loi ne s'est pas fait connaître, le juge devient par la nature des choses un ministre d'équité". Écoutons plutôt Portalis:

... Jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges. Il faut donc laisser au pouvoir judiciaire les attributions qui dérivent de la plus impérieuse des lois, celle de la nécessité.⁴⁹

Et plus longuement, répondant à un autre orateur:

Si vous refusez ce pouvoir aux juges, tous les tribunaux sont frappés d'interdiction. Car on ne plaide jamais contre un texte précis de loi. Il n'y a de litige que lorsqu'il y a un doute au moins apparent. Si les juges, lorsque la

⁴³ Voyez les discours des tribuns Chazal et Costé (*Travaux préparatoires*, t. VI, pp. 75-78 et 188-189).

⁴⁴ F. Génay estimait (*Méthode d'interprétation*, n° 48, 2^e éd., t. I, p. 101) que l'objection qu'ils formulaient fut l'une des raisons principales de la résistance obstinée du Tribunat qui aboutit au rejet de la première loi du projet. Mais, comme nous l'avons dit, les débats s'étendirent beaucoup plus longuement sur les modes de promulgation et de publication des lois.

⁴⁵ Nommément Portalis et Berlier, qui furent deux des orateurs du Gouvernement devant le Corps législatif, et dans le débat du Tribunat les tribuns Curée, Dèmeunier, Huguet, Ludot et Portiez de l'Oise.

⁴⁶ *Travaux préparatoires*, t. VI, pp. 269-270 (Portalis); cf. 93 (Dèmeunier).

⁴⁷ *Ibid.*, t. VI, pp. 268-269 (Portalis); cf. p. 107 (Ludot).

⁴⁸ *Ibid.*, t. VI, p. 335.

⁴⁹ *Ibid.*, t. VI, p. 270.

loi n'est pas claire et précise, peuvent dénier la justice, le désordre sera dans la société; et quel moyen aurez-vous de vider les contestations des hommes? Sollicitera-t-on une loi pour le cas particulier? Mais les parties n'auraient pas contracté sous la foi de cette loi qui n'existait point encore; elle ne pourra donc les juger. On tomberait dans tous les inconvénients de l'effet rétroactif. Cependant on ne peut laisser indécises les questions de propriété et autres questions semblables. Il faut donc que les tribunaux prononcent.⁵⁰

Et encore:

... La trop grande multiplicité des lois est un grand vice politique. Les lois doivent être préparées lentement et avec maturité; il faut qu'elles soient indiquées par l'expérience. Si vous précipitez les mesures législatives, les lois accableront les sociétés, au lieu de les régler.⁵¹

Ces considérations générales étaient illustrées par une dizaine d'années de pratique du référé législatif institué par l'Assemblée constituante, dont le Tribunal de cassation et les instructions du ministre de la Justice avaient, en raison de l'abus qui en était fait, dû s'efforcer de restreindre l'usage.⁵² Le tribun Dêmeunier dénonçait cet abus,⁵³ dont le tribun Ludot détaillait les conséquences: transformation du pouvoir législatif en tribunal de référés, multiplication de ces référés pour les difficultés les plus légères et parfois en vue d'entraver l'application de la loi, encombrement de l'Assemblée, qui avait dû en abandonner l'examen à l'un de ses comités, et paralysie du cours de la justice.⁵⁴ A quoi les adversaires du projet n'avaient d'autre réplique à faire que d'exprimer l'espoir que ces abus disparaîtraient lorsque le Code aurait posé des lois simples et lorsque serait passée la fièvre de l'époque révolutionnaire, pendant laquelle "le juge, tremblant d'appliquer une loi née d'une circonstance qui n'est déjà plus, ou de s'exposer à la vengeance des passions qui, d'un instant à l'autre font une circonstance nouvelle, [interrogeait] le législateur pour rassurer sa conscience et sa faiblesse".⁵⁵

On sait que le débat aboutit au rejet de la loi, que le Corps législatif vota conformément au voeu émis par le Tribunal. Mais quand le titre fut remis en discussion après l'épuration du Tribunal et la réforme de la procédure, l'article en cause fut adopté sur les propositions conjointes des orateurs du gouvernement et de ceux du Tribunal. Or ni les uns ni les autres n'avaient dissimulé que, en obligeant les juges à se prononcer même en cas d'insuffisance, de silence ou d'obscurité de la loi, cet article les autorisait implicitement

⁵⁰ *Travaux préparatoires*, t. VI, p. 269.

⁵¹ *Ibid.*, t. VI, p. 270.

⁵² On trouvera un récit de cette histoire dans Gény, *Méthode d'interprétation*, n° 40 (2ème éd., t. I, pp. 77-79) et n° 44 (*ibid.*, pp. 85-88).

⁵³ *Travaux préparatoires*, t. VI, p. 86.

⁵⁴ *Ibid.*, t. VI, pp. 107-109.

⁵⁵ *Travaux préparatoires*, t. VI, pp. 153-154 (discours de Maillia-Garat. Cf. ci-dessus pp. 21-22).

à juger alors en équité, à la lumière des principes généraux du Droit, et même le leur enjoignait.

Portalis avait été sur ce point extrêmement net: ⁵⁶

L'office des lois est de statuer sur les cas qui arrivent le plus fréquemment. Les accidents, les cas fortuits, les cas extraordinaires, ne sauraient être la matière d'une loi.

Dans les choses mêmes qui méritent de fixer la sollicitude du législateur, il est impossible de tout fixer par des règles précises. C'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir.

De plus, on peut prévoir une loi à faire sans croire devoir la précipiter. Les lois doivent être préparées avec une sage lenteur. Les états ne meurent pas, et il n'est pas expédient de faire tous les jours de nouvelles lois.

Il est donc nécessairement une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par la lumière naturelle de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer. Pour prévenir les jugements arbitraires, on exposerait la société à mille jugements iniques, et, ce qui est pis, on l'exposerait à ne pouvoir plus se faire rendre justice; et avec la folle idée de décider de tous les cas, on ferait de la législation un dédale immense, dans lequel la mémoire et la raison se perdraient également.

Quand la loi se tait, la raison naturelle parle encore... ⁵⁷

Suivait la définition de l'équité judiciaire, "vrai supplément de la législation, sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas, deviendrait impossible", et qui consiste en "un retour à la loi naturelle":

Le pouvoir de juger n'est pas toujours dirigé dans son exercice par des préceptes formels. Il l'est par des maximes, par des usages, par des exemples, par la doctrine. Aussi le vertueux d'Aguesseau disait très bien que le temple de la justice n'était pas moins consacré à la science qu'aux lois, et que la véritable doctrine, qui consiste dans la connaissance de l'esprit des lois, est supérieure à la connaissance des lois mêmes. ⁵⁸

Le tribun Faure, chargé de justifier devant le Corps législatif le voeu du Tribunat en faveur de l'adoption, n'avait pas été moins catégorique. Il s'était attaché à montrer que cette disposition était "l'une de celles dont l'expérience a le plus fait reconnaître l'indispensable nécessité", et il avait conclu son exposé dans les termes suivants:

En un mot, pour toute affaire, soit civile, soit criminelle, ou la loi parle, ou elle se tait. Si la loi parle, il faut juger en se conformant à sa volonté. Si elle se tait, il faut juger encore, mais avec cette différence que, lorsqu'il

⁵⁶ Nous nous excusons de ces nombreuses et longues citations. Il nous a semblé que ces textes, qu'on ne lit plus guère, méritent d'être exhumés; car ils sont dignes de retenir encore l'attention.

⁵⁷ *Travaux préparatoires*, t. VI, p. 359.

⁵⁸ *Ibid.*, t. VI, p. 360.

s'agit d'une affaire civile, les juges doivent se déterminer sur les règles de l'équité, qui consistent dans les maximes de droit naturel, de justice universelle et de raison, et que, lorsqu'il s'agit d'un procès criminel, l'accusé doit être renvoyé, vu le silence de la loi. Enfin reste-t-il encore des difficultés? C'est au tribunal de cassation de les lever, tribunal suprême, établi pour venir au secours des citoyens dans les cas où l'on aurait appliqué des lois qui ne devaient pas l'être, comme dans ceux où l'on n'aurait trouvé aucune loi applicable, lorsqu'il en existait une qui devait être appliquée.⁵⁹

UNE EXPÉRIENCE CRUCIALE: LA MÉTHODE DE L'EXÉGÈSE

Ainsi se trouvait, indirectement sans doute mais fermement, sanctionnée par le législateur la conception de la mission du juge et de la liberté d'interprétation qu'elle suppose vigoureusement affirmée par le Discours préliminaire en réaction contre l'utopie des assemblées révolutionnaires. L'article 12 du projet originel, qui confiait au juge, à défaut de loi précise, la fonction d'un ministre d'équité, avait beau avoir disparu avec les règles d'interprétation de la loi qui le précédaient; le vote de l'article 4 en consacrait implicitement la teneur. Mais la conception ainsi répudiée n'en conservait pas moins son empire sur les esprits, et sa trace n'est aujourd'hui encore pas complètement effacée. Elle n'a pas seulement persisté pendant près de quarante ans dans l'organisation judiciaire de la France où le référé législatif obligatoire a, sous des formes diverses, survécu au référé facultatif aboli par le Code jusqu'à la loi du 1er avril 1837, qui lui a ôté toute raison d'être en imposant à la troisième juridiction saisie après deux cassations successives fondées sur les mêmes motifs de se conformer à la décision prise par la Cour suprême.⁶⁰ Elle est demeurée l'inspiratrice de la méthode d'interprétation commune en matière civile dans ses traits essentiels, en dépit des variations exécutées sur son thème, à tous les auteurs et à tous les tribunaux du XIXe siècle, et des lisières de laquelle ni les uns ni les autres ne se sont encore pleinement affranchis.

On sait que cette méthode a reçu le nom de méthode de l'exégèse, qui en définit exactement, l'intention sinon les modes dont certains l'ont considérablement assouplie. Elle prétend réussir à tirer la solution de tous les problèmes juridiques des seuls textes légaux, ce qui suppose qu'elle y est au moins implicitement contenue. Elle a sans doute été appliquée avec plus ou moins de rigueur. On sait que son représentant le plus intransigeant a été le juriconsulte belge Laurent. Mais on trouve même chez les plus modérés l'affirmation, en termes plus mesurés, des principes que le discours de Mailliar-Garat, sur lequel nous sommes, pour cette raison, assez longuement arrêté, formulait sous leur forme la plus tranchante: obligation pour le juriste de prendre la loi pour règle unique de ses opinions ou de ses décisions,

⁵⁹ *Ibid.*, t. vi, pp. 387-388.

⁶⁰ Pour plus de détails voyez Gény, *Méthode d'interprétation*, nos 44 et 45 (2ème éd., t. I, pp. 85-97).

complétude et souveraineté de cette loi. C'est ainsi que le doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg, auteur en collaboration avec Rau, du plus célèbre des traités de Droit civil de tout le siècle, définissait dans les termes suivants l'esprit qui devait, à ses yeux, animer l'enseignement et la pratique du Droit:

La mission des professeurs à dispenser au nom de l'État l'enseignement juridique est de protester, avec mesure sans doute, mais aussi avec fermeté, contre toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur [...] Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application de ses principes, et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi, telle a été la devise des professeurs du Code Napoléon. C'est dans cette voie de conservation progressivité qu'ils ont dirigé leurs élèves.⁶¹

Cependant la révolution industrielle et les transformations sociales qu'elle entraînait, n'avaient pas tardé à apporter aux vues de Portalis sur l'impossibilité de faire tenir le Droit tout entier dans la loi une vérification qui ne cessait de s'amplifier, en soulevant des problèmes qu'il était impossible de prévoir au début du siècle et en modifiant profondément les données de certains des problèmes qui avaient été réglés alors: que l'on songe par exemple à la responsabilité des dommages causés par les installations industrielles et à la part croissante des biens mobiliers dans les patrimoines. La prétention de trouver la solution de ces problèmes dans des lois dont les auteurs les avaient ignorés, avait nécessairement pour contre-partie la nécessité d'être moins strict dans l'interprétation de ces lois. Il ne pouvait plus être question de s'en tenir au sens exprès de leurs dispositions; force était d'en étendre la portée. Deux voies principales s'ouvraient pour y parvenir. L'une était de rechercher non seulement leur esprit au-delà de leur lettre, mais aussi leur intention au-delà de leurs prescriptions. L'autre de dégager de leur rapprochement des principes dont on déduirait des conséquences nouvelles. Mais il fallait dans bien des cas, pour aboutir, présumer des intentions qui n'étaient pas manifestes, quand elles n'étaient pas invraisemblables, et se livrer à des constructions audacieuses, voire téméraires, dont l'ingéniosité dissimulait mal l'arbitraire. Demolombe, que ses contemporains considéraient comme le "prince de la science du droit civil",⁶² écrivait, avec une pointe d'ironie ou de scepticisme, à moins que ce ne fût, comme le dit Bonnetant, de désinvolture:⁶³

Interpréter, c'est découvrir, c'est *élucider* le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître.

⁶¹ Rapport du doyen Aubry à la séance de rentrée de la Faculté de Droit de Strasbourg en 1857 (cité par J. Bonnetant, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, de Boccard, 1924, p. 134). On trouvera dans ce livre de nombreuses autres citations très moignantes de la même attitude.

⁶² Bonnetant, ouvrage cité, p. 95.

⁶³ Cf. *ibid.*, p. 139.

L'ARTICLE 4 DU CODE NAPOLÉON

545

L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse ou subtile, elle peut même, parfois, prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas, ... meilleures ou moins bonnes, mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir *inventé*; autrement elle ne serait plus l'interprétation.⁶⁴

Et Taulier, exposant comment il procédait pour développer et appliquer la loi "par elle", c'est-à-dire en "oubliant le Droit romain, l'ancienne jurisprudence et la jurisprudence moderne" pour la considérer "dans son individualité actuellement vivante":

Je marche à la découverte de ce que la loi a voulu être, afin de savoir ce qu'elle est; c'est avec le flambeau qui éclairait nécessairement le législateur lui-même que je tâche de pénétrer dans le fond de sa volonté écrite et de lui dérober son sens, sa portée les plus intimes, comme on surprend le secret d'un être vivant à sa parole et même à son silence [...] Je me demande comment le législateur aurait prononcé lui-même pour être conséquent avec ses autres volontés ou pour ne pas heurter la nature générale des choses; je tâche ainsi de passer du connu à l'inconnu.⁶⁵

Autant dire que la méthode de l'exégèse ne pouvait remplir son office qu'au prix d'artifices, d'expédients, la complétude de la loi qu'elle supposait n'étant en définitive qu'une fiction. Demolombe le confessait en écrivant que, si ce n'était pas "calomnier la loi, suivant le mot de Proudhon, que de l'accuser de ses imperfections plus ou moins inévitables", il résultait de l'article 4 du Code civil "que le juge ne peut pas *légalement* prétendre que la loi ne lui donne pas les moyens de résoudre la cause qui lui est soumise".⁶⁶ Aussi le besoins s'est-il, à mesure que le siècle avançait, fait sentir d'élargir les bases de la méthode d'interprétation; et lorsque Géný en a, dans les toutes dernières années, dénoncé les vices, sa critique a recueilli un très large assentiment.

Cela n'a pourtant pas empêché notre pensée juridique de demeurer sur sa lancée. Les méthodes qu'on a proposées pour les lui subsister, à commencer par celle de Géný, se sont heurtées, non seulement à des réticences, mais à une résistance.⁶⁷ Et la pratique judiciaire s'est en fait ralliée à un procédé qui a reçu la dénomination d'assouplissement des textes, et qui a dans une circonstance solennelle, la célébration du centenaire du Code Napoléon, reçu l'adhésion du plus haut magistrat de France, le premier président de la Cour de cassation, Ballot-Beaupré. Ce procédé consiste à s'en tenir aux textes, mais à les faire vivre d'une vie propre, c'est-à-dire à n'en respecter que la lettre, dans le moule

⁶⁴ *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 115. Les italiques et les points de suspension sont de l'auteur.

⁶⁵ Cité par J. Bonnecase, ouvrage cité, p. 139. Cf. p. 130, n. 2.

⁶⁶ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 113.

⁶⁷ Très caractéristiques à cet égard sont les réserves par lesquelles R. Saleilles, esprit ouvert s'il en est, terminait la préface enthousiaste donnée au livre de Géný.

de laquelle on se donne toute latitude de couler une pensée nouvelle. Il n'est que le dernier avatar de la méthode de l'exégèse; mais il la dénature complètement, car, un texte de loi exprimant la volonté du législateur, c'est en abuser que de lui donner une signification qui n'était pas dans l'intention de ses auteurs et qu'ils auraient peut-être, si on la leur avait proposée, récusée. On peut dans ces conditions se demander s'il ne serait pas beaucoup plus simple, et plus franc, que la jurisprudence fit ouvertement, et par suite plus librement, ce qu'elle a été amenée à faire sous le couvert de références à textes parfois si généraux qu'ils ne sont guère que des prononcements, mais dont les termes n'en constituent pas moins pour elle des lisières. Le contrôle de la Cour de cassation suffit pour assurer l'unité de la jurisprudence, qui ne paraissait aux hommes de la Révolution pouvoir être garantie que par l'obligation qui lui était faite, à elle comme aux juges du fond, de s'en tenir à la loi, appliquée de façon littérale. L'obligation de viser un article précis de la loi dans les pourvois qui lui sont soumis et dans les arrêts qu'elle rend, n'est qu'une survivance de son statut primitif; car la pratique a considérablement étendu ses attributions, qui sont passées de la seule censure pour contravention expresse à la loi, à sa fausse application, puis à sa fausse interprétation, et même à la contravention aux règles usuelles d'application, y compris dans la qualification des faits,⁶⁸ et elle a été consacrée par la loi du 1er avril 1837, qui lui a conféré le pouvoir d'imposer, en renouvelant sa censure, son interprétation à la juridiction de renvoi. Et son organisation, qui comporte la possibilité pour le Premier président de constituer des chambres mixtes et le renvoi dans certains cas à une assemblée plénière, lui permet d'assurer, malgré la multiplication du nombre de ses chambres, l'unité de la propre jurisprudence. Comment peut-il se faire que, trois quarts de siècle après la critique de Géný, que la préface de Raymond Saleilles saluait, "au nom de cette collectivité anonyme qui attendait quelque chose", comme mettant fin au "malentendu" dont la pensée juridique française souffrait depuis près d'un siècle,⁶⁹ cette pensée conserve encore le pli que ce "malentendu" lui avait imprimé? La chose a d'autant plus lieu de surprendre que le développement des sciences humaines a dans le même temps établi de façon indiscutable le nécessité de tenir dans l'élaboration et dans l'application du Droit le plus large compte des données historiques et sociologiques. Il faut pour la comprendre avoir égard au paradoxe de la ligne de conduite que la doctrine et la jurisprudence ont adoptée, puis maintenue quitte à se trouver contraintes de l'infléchir progressivement, après la promulgation du Code.

⁶⁸ Voyez le n° 45 du livre de Géný, déjà signalé par la note 60. Géný observe ailleurs, dans sa conclusion (note au n° 184, 2ème éd., t. II, p. 224, n. 2) que la méthode pratiquée au XIXe siècle n'a déjà pu assurer la fermeté nécessaire au Droit que grâce à la forte hiérarchie de notre organisation judiciaire dominée par le contrôle d'une Cour suprême.

⁶⁹ Voyez le début de cette préface (2ème éd., p. XIII et XIV), et rapprochez en les réserves formulées à la fin et signalées par la note 67.

L'IDÉAL POLITIQUE SOUS-JACENT

Le débat que nous avons relaté met ce paradoxe en lumière, mais il en fournit aussi la clef. Il résulte en effet de notre récit qu'il aurait suffi aux tenants de la méthode de l'exégèse de se reporter aux travaux préparatoires, comme le prescrivait l'une des règles fondamentales de cette méthode, qui était de rechercher l'intention du législateur, pour s'aviser qu'elle était contraire à cette intention; car l'intention du législateur est celle qui s'est exprimée dans l'exposé des motifs du projet et dans les interventions des orateurs qui se sont prononcés en sa faveur. Or, au lieu d'accomplir cette démarche naturelle, ils n'ont pas hésité à avoir recours aux artifices, expédients et fictions que nous avons indiqués, pour concilier tant bien que mal le texte que son adoption leur imposait avec la thèse de ses adversaires. Mais la raison de cette attitude est, à la lumière de leurs propres déclarations, facile à découvrir. C'est "le fétichisme de la loi écrite et codifiée", en qui Géný a dénoncé "le premier trait distinctif, en même temps que le plus saillant" de leur méthode.⁷⁰ Ce fétichisme s'enracinait profondément dans leur idéal politique, sous l'empire duquel notre mentalité collective demeure encore, bien que les deux siècles qui se sont écoulés depuis lors en aient sapé les assises. L'un des points cardinaux de la Déclaration des droits de 1790 était que, si les droits égaux des autres peuvent imposer des bornes aux droits naturels que son objet était de proclamer, ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi, à la formation de laquelle tous les citoyens doivent être appelés à participer personnellement ou par leurs représentants. On peut dire que ce principe était la clef de voûte, et son application la garantie, de l'ordre nouveau que les Constituants entreprenaient d'établir. Car (le préambule de la déclaration en témoigne) ils étaient convaincus que "l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernants"; et ils ne doutaient pas que la proclamation de ces droits suffirait, à condition qu'elle demeurât présente à l'esprit de tous les membres du corps social, pour assurer le respect des actes du pouvoir législatif (ce qui impliquait que ces actes leur seraient conformes) et la justice des revendications qui lui seraient présentées.

Cette conviction répondait à l'intention d'une doctrine qui visait à définir les moyens de mettre fin aux abus de l'ancien régime, et pour y parvenir préconisait d'en prendre le contrepied. Il s'agissait de mettre fin aux privilèges de toutes sortes, au pouvoir absolu qui les instaurait et les maintenait, à la diversité des lois et des coutumes, et à l'arbitraire des Parlements; et la voie la plus courte pour y parvenir était, après avoir aboli les privilèges existants et les institutions susceptibles de les restaurer ou d'en instaurer de nouveaux, de transférer le pouvoir souverainement exercé par le roi au peuple, qui serait ainsi mis en mesure d'assurer la liberté et l'égalité de

⁷⁰ Ouvrage cité, n° 35 (2ème éd., t. I, p. 70).

tous les citoyens par la discipline de lois communes à tous, dont les gouvernants et les juges seraient astreints à n'être que les serviteurs avisés mais fidèles. Ce programme était cohérent; mais il supposait qu'il y eût, sous-jacente aux volontés particulières orientées vers la satisfaction d'intérêts égoïstes, une volonté générale: qu'il fût possible de dégager de leur confrontation; que cette volonté fût naturellement droite, c'est-à-dire inspirée par le respect mutuel des droits respectifs et par le souci du bien commun; et enfin qu'elle fût capable de discerner ce bien, ce discernement étant simplement affaire de bon sens. Ces postulats paraissaient aller de soi dans un siècle de lumières, plein de confiance dans la nature humaine, dans la raison et dans le progrès, qui concevait la société idéale comme une libre association d'individus, dont, pour faire régner entre eux la justice, il suffirait d'assurer la coexistence pacifique en circonscrivant les aires de leurs souverainetés respectives et en réglant leurs contacts et leurs échanges. Et le code que les assemblées révolutionnaires avaient dessein de rédiger, ne devait être dans leur pensée que "le Code de la nature, formulé par la raison et garanti par la liberté", code simple que la France proposerait en modèle à tous les peuples.⁷¹

Seulement ces postulats impliquaient des présupposés, posant des conditions difficiles à réaliser dans une société où la division du travail multiplierait et accentuerait les différences de situation, tandis que la diffusion de l'instruction multiplierait et accuserait les divergences d'opinions, et qui le sont de fait moins que jamais dans les sociétés développées du monde actuel; car elles supposaient un large consensus et un esprit civique qui fût, sinon chez les individus pris en particulier, du moins dans le peuple pris en corps, prévaloir le sens de l'intérêt général sur celui des intérêts particuliers. Or il n'existe dans nos sociétés actuelles de volonté générale que dans des périodes critiques où leur existence est manifestement menacée, ou bien en dehors de ces périodes que sur un nombre de points limité. On se trouve la plupart du temps, sur un nombre considérable de points importants et même capitaux, en présence de volontés divergentes orientées par des intérêts contraires ou par des idéologies opposées, qui cherchent à s'imposer les unes aux autres, de sorte que la souveraineté nationale se résout pratiquement en un conflit entre des volontés fractionnelles, qui luttent pour conquérir une majorité les qualifiant pour s'imposer aux minorités. Or la majorité ne peut être connue que par le jeu de procédures qui la canalisent et qui, si elles sont destinées en principe à en garantir l'authenticité, peuvent en fait être astucieusement détournées de cette fin, voire même avoir été annoncées dans cette intention; et le peuple pris en corps n'est pas capable d'initiative mais seulement d'adhésion aux propositions qui lui sont soumises, de sorte

⁷¹ Voyez les rapports de Cambacérès à la Convention sur les projets successifs qu'il eut à y présenter. Le premier fût écarté comme trop complexe. Il est vrai que le second le fût à son tour comme trop simple. Mais le troisième, quoique plus détaillé, était encore loin de compter 2281 articles, comme le fera le Code Napoléon.

qu'il est exposé à être abusé par des propagandes habiles ou même insidieuses, ou bien à se laisser entraîner sous le coup d'un événement à des mouvements passionnels, quitte à se retourner brusquement sous le coup d'un événement nouveau ou sous l'action d'un meneur. Ces risques se sont manifestés trop clairement pour n'être pas devenus sensibles. L'analyse marxiste les a mis en vedette en interprétant l'histoire sociale comme une succession de luttes entre des classes, au cours de laquelle le Droit, oeuvre de la classe dominante et par suite expression de ses intérêts, constituerait un instrument d'oppression de la classe dominée. Mais le spectacle du monde contemporain requiert un affinement de cette analyse; car c'est celui d'un monde fissuré dans lequel s'enchevêtrent deux clivages différents. L'un est une division entre catégories socio-professionnelles, très sensibles à la communauté d'intérêts de leurs membres et au devoir de solidarité qu'elles estiment les lier, qui exercent sur l'opinion et sur les pouvoirs publics une pression, d'autant plus efficace qu'elles sont plus nombreuses et jouent un rôle plus essentiel dans la vie commune, pour faire reconnaître et satisfaire leurs revendications. L'autre est une division entre écoles et partis qui préconisent dogmatiquement, et souvent même avec fanatisme, des solutions différentes aux problèmes de l'heure. Dans ces conditions le respect religieux de la loi qui était professé à l'époque de la Révolution, et qui était encore enseigné aux enfants dans les écoles primaires de la troisième République,⁷² fait implicitement place dans les esprits à l'idée que la loi est l'instrument dont la maîtrise permet à ceux qui ont réussi à conquérir la majorité, on même simplement à se faire reconnaître comme ses porte-parole, d'imposer leur volonté à la nation tout entière, mais aussi au jeu duquel il est, en attendant le jour où l'on aura pu s'en emparer à son tour, légitimé de résister quand elle ne fait pas droit aux réclamations que l'on formule. On l'invoque, et l'on fait un devoir aux autres de la respecter, quand elle vous est favorable; mais on la conteste dans le cas contraire, et l'on va alors jusqu'à la bafouer, voire à la déclarer "scélérate" avec une telle fréquence que cette épithète est en passe de perdre sa vigueur. Ou bien on oppose le pays réel au pays légal. Et, tout en continuant de professer comme un dogme la principe de la souveraineté nationale, dont l'autorité de la loi est un corollaire, on entend "négocier" avec les pouvoirs qui en émanent comme avec de simples partenaires.

Cette dégradation de la notion de souveraineté nationale, qui, revendiquée il y a deux cents ans comme l'antidote de l'absolutisme royal, débouche aujourd'hui sur un autre absolutisme, celui des majorités, révèle l'illusion de nos ancêtres. Cette illusion a consisté à s'imaginer que, pour établir la justice sociale, il suffirait de changer le titulaire de la souveraineté, alors

⁷² Voyez, par exemple, les *Leçons de morale* de Ferdinand Buisson, qui fut, comme directeur de l'enseignement primaire, le maître d'oeuvre des lois scolaires dont Jules Ferry fut l'initiateur.

qu'il fallait aller plus loin: mettre en question, sinon la notion même de souveraineté, du moins la conception que s'en faisaient les théoriciens de l'absolutisme. On sait comment la critique en a été faite, au début de notre siècle, par Léon Duguit.⁷³ La notion de souveraineté n'est pas, a dit cet auteur, une notion traditionnelle: elle à été construite au déclin du régime féodal, en vue de fonder le pouvoir du roi de France, par la combinaison, avec la notion romaine de *l'imperium*, —qui était l'attribut d'une fonction, encore qu'il fût devenu sous l'Empire celui d'un homme, à qui cette fonction était conférée à vie— avec celle de la seigneurie, dont le pouvoir politique était lié à la propriété d'un sol. C'est celle d'une propriété du pouvoir, considéré comme un droit dont il peut faire usage à sa guise. Telle est bien, en effet, la notion que la Déclaration des droits de 1790 a adoptée en proclamant que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation", "nul corps, nul individu ne [pouvant] exercer d'autorité qui n'en émane expressément". Or cette conception traite la nation comme une personne, titulaire d'un droit de commander impliquant la supériorité de sa volonté sur les volontés particulières de ses membres. Mais en réalité, si l'État, qui est la nation organisée, détient bien en fait une puissance de contrainte, l'exercice de cette puissance ne se justifie en droit que dans la mesure où il est nécessaire pour le bon fonctionnement des services publics, que sa fonction est d'organiser et de gérer. Nous ne pensons pas, quant à nous, que la notion de service public suffise à fonder l'autorité du pouvoir politique; car tous les services publics ne requièrent pas l'exercice de ce pouvoir, et, s'il appartient à l'État de les contrôler, il n'est nullement nécessaire, ni même souhaitable, qu'il les assume tous directement. Mais nous sommes en revanche d'accord sur le fait que ce pouvoir n'est qu'un service, dont l'accomplissement est une charge et doit être réglé par sa mission, de telle sorte qu'il a par nature de strictes limites. Le peuple, pris en corps, n'a pas plus qu'un monarque, ou une aristocratie (quelle qu'en soit l'origine), un droit de domination sur les individus et groupes d'individus qui le composent. Un pareil droit serait inconciliable avec l'idéal de liberté et d'égalité que la Déclaration avait par ailleurs pour objet de définir. Nos ancêtres n'ont pu le lui concéder en principe que parce qu'ils étaient persuadés, pour les raisons que nous avons indiquées, que dans la pratique il demeurerait normalement, d'une façon spontanée, dans les bornes qu'elle fixait par ailleurs. L'existence d'un pouvoir politique est une nécessité vitale pour une société d'êtres intelligents et libres, dont la coopération et même la simple coexistence pacifique requièrent une discipline. Mais il ne peut demeurer dans ses justes limites que s'il est divisé en organes spécialisés, complémentaires et coordonnés, mais distincts, qui s'équilibrent. Et la souveraineté ne peut être que ce que son nom signifie étymologiquement: le pouvoir le

⁷³ On en trouvera l'exposé succinct dans le chapitre I des *Transformations du droit public* (Paris, A. Colin, 1913).

plus élevé dans une hiérarchie, celui à qui il appartient de trancher dans son domaine en dernier ressort.⁷⁴

UN FAISCEAU D'ENSEIGNEMENTS

Il semble que, de proche en proche, nous soyons bien éloigné de l'article 4 du Code Napoléon et du débat auquel avait donné lieu son adoption. Il est sûr en effet que nous avons considérablement élargi notre horizon; mais c'est seulement en les situant l'un et l'autre dans cet horizon qu'il est possible de saisir toute leur portée et d'en dégager tous les enseignements.

Le plus direct de ces enseignements est que la conception étroite du pouvoir judiciaire que la méthode de l'exégèse s'était appliquée à perpétuer et dont notre pratique actuelle n'a pas encore réussi à s'affranchir pleinement, ne méconnaît pas seulement les conditions dans lesquelles ce pouvoir doit s'exercer. Elle procède d'un idéal politique, explicable à l'époque où il s'est affirmé mais à courte vue, qui porte aujourd'hui des fruits amers; car la dénonciation de l'absolutisme royal, qui l'avait inspiré, avait masqué à ses adeptes le vice fondamental de la notion de souveraineté qu'elle a commis l'erreur de lui emprunter. Dès l'instant où l'on reconnaît que le pouvoir politique n'est jamais, quelle qu'en soit la spécification, qu'une charge ou un service, il n'y a aucune raison de refuser au pouvoir judiciaire, dans les limites de son rôle, qui est de résoudre des litiges particuliers, une liberté de décision analogue à celle dont le pouvoir législatif jouit dans le sien, qui est de poser les règles générales de la vie sociale. Cette liberté n'est pas la latitude pour les juges de se prononcer à leur gré; c'est une indépendance d'esprit dans la recherche de ce qui, dans une situation concrète déterminée, est à la fois équitable et réalisable. Elle doit s'exercer avec impartialité, prudence et pondération, en prenant pour guides, sans s'y asservir mais en se gardant de s'en écarter sans raison sérieuse, les principes généraux du Droit, fruits d'une longue expérience collective, les précédents et les travaux de la doctrine. Elle peut être tempérée par la collégialité et contrôlée par des instances supérieures. Enfin elle n'implique pas la mise à l'écart de la légalité, car les règles légales existantes figurent parmi les données des problèmes à résoudre, dont la solution, pour n'en pas découler, n'en doit pas moins s'ajuster à elles. Ainsi les juges ne sont pas, en matière civile, de simples agents d'exécution des volontés du législateur; il leur appartient, dans les cas où la législation est muette, insuffisante ou ambiguë, de rechercher la solution qui est, dans l'état actuel des choses (qui inclut celui de la législation), la plus équitable, sans s'acharner à la dériver d'une façon divinatoire des textes en vigueur, en puisant aux sources dans lesquelles le législateur avait chargé

⁷⁴ Est-il besoin de préciser que ces observations n'emportent pas une condamnation de principe des régimes démocratiques. Elles font seulement apparaître la nécessité de reviser la conception sommaire que l'on se fait couramment de la souveraineté nationale.

de puiser lui-même s'il avait prévu l'espèce en cause et jugé pouvoir l'inclure dans une catégorie générale. En agissant ainsi ils n'usurpent pas un pouvoir qui ne s'est pas exercé en l'occurrence; ils le relayent. Et ils ouvrent la voie à son intervention éventuelle en mettant à l'épreuve, par le précédent qu'ils posent, un type de solution qu'ils lui laissent le soin de généraliser ou de modifier s'il y a lieu. Participation utile à sa tâche, s'il est vrai, comme l'exposait Portalis,⁷⁶ que "les lois doivent être préparées lentement et avec maturité", car "il faut qu'elles soient indiquées par l'expérience", et, si on les "précipite", "accableront la société au lieu de la régler".

Mais ce n'est pas la seule leçon à tirer de notre commentaire; il comporte des leçons plus générales. Nous voudrions avoir mis en évidence sur un exemple topique la double corrélation de la science du Droit avec son objet et avec sa méthode. Les méthodes sont les voies que l'esprit humain trace dans les domaines qu'il explore, en tâtonnant d'abord puis en s'appuyant sur ses acquisitions antérieures. Or une route ne peut pénétrer dans une contrée qu'à la condition de s'adapter au terrain qu'elle parcourt; les obstacles auxquels elle se heurte et les passages qu'elle découvre sont autant de données qui viennent compléter et au besoin rectifier la carte sur la base de laquelle elle a été amorcée. Les difficultés auxquelles la méthode de l'exégèse s'est achoppé manifestent l'existence d'une nature des choses qui s'impose au juriste, qu'il soit législateur ou interprète, et que l'homme peut sans doute s'appliquer à dominer mais n'y peut réussir que dans des limites strictes. Ainsi les lois ont beau être des actes de volonté, imposant le respect de certaines valeurs et la poursuite de certaines fins, prohibant certains comportements, fixant et aménageant ceux qui sont autorisés ou prescrits, assurant ainsi la coordination des conduites individuelles; elles ne peuvent, sous peine de manquer à leur office, être de "purs actes de puissance", elles doivent être "des actes de sagesse, de justice et de raison".⁷⁸ Il s'ensuit qu'elles sont tributaires de la science dont elles sont l'objet direct, celle-ci ne pouvant en éclairer la signification, en développer le contenu, en surmonter les antinomies, qu'en en recherchant les motifs et les causes, dont la découverte peut guider l'interprétation et les travaux ultérieurs du législateur. La raison de ce paradoxe est que l'homme a une nature et vit dans un milieu qui lui sont l'un et l'autre donnés avec son existence, et dont il peut tirer plus ou moins bien parti, mais qu'il ne peut jamais, bien qu'il puisse les transformer dans une certaine mesure, modifier radicalement. Sa nature ne se réalise que dans des cultures qui la diversifient, mais la supposent, la mettent en oeuvre, et développent les virtualités qu'elle porte en elle, mais n'y réussissent que progressivement et très inégalement, et sont exposées à la dégrader et à la mutiler. Le Droit, discipline indispensable à la vie sociale, est l'une des branches de ces cultures. C'est pourquoi il ne peut se réaliser que sous la

⁷⁶ Fenet, *Travaux préparatoires*, t. VI, p. 270.

⁷⁸ Ces expressions sont tirées du *Discours préliminaire (Travaux préparatoires, t. I, p. 466)*.

L'ARTICLE 4 DU CODE NAPOLÉON

553

forme de Droits positifs divers et en voie d'évolution perpétuelle; mais il ne peut être pour la société qu'il régit un facteur d'équilibre, de sécurité et de progrès que s'il répond à un certain nombre d'exigences primordiales tenant à la structure physique et mentale et à la condition de notre espèce, et d'ailleurs diversifiées par l'état de son développement et de ses techniques. L'objet ultime de la science du Droit est de s'attacher à découvrir, à la lumière de l'expérience constituée par l'ensemble de ces Droits positifs, ces exigences qui se traduisent en valeurs conjuguées dans un idéal, et de déterminer les conditions tant momentanées que pertinentes de leur incarnation.