

UNIVERSYTET WROCŁAWSKI
Biblioteka Wydziału Prawa

43193

OSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

E DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE VARSOVIE

HONORIS CAUSA DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

MEMBRE DE LA COMMISSION DE CODIFICATION POLONAISE



Kontrola
Adm. wydawnic

QUELQUES DISPOSITIONS GÉNÉRALES

D'UN

PROJET DE CODE CIVIL POLONAIS

EXTRAIT

DE LA

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL

N° 3, Juillet-Septembre 1928

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

—
1928

L. inw.

100 50

QUELQUES DISPOSITIONS GENERALES

D'UN

PROJET DE CODE CIVIL POLONAIS

I. de KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE VARSOVIE

DOCTEUR *HONORIS CAUSA* DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

MEMBRE DE LA COMMISSION DE CODIFICATION POLONAISE

QUELQUES DISPOSITIONS GÉNÉRALES

D'UN

PROJET DE CODE CIVIL POLONAIS

EXTRAIT

DE LA

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL

N° 3, Juillet-Septembre 1928

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1928



43103

QUELQUES DISPOSITIONS GÉNÉRALES

D'UN PROJET DE CODE CIVIL POLONAIS⁽¹⁾

Monsieur l'Ambassadeur de Pologne,
Monsieur le Vice-Doyen,
Mes illustres Collègues,
Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie chaleureusement, Monsieur le Vice Doyen, des aimables paroles que vous avez bien voulu adresser à ma personne. Je suis vivement ému de pouvoir prendre la parole en vous l'adressant de la chaire de l'illustre Faculté de droit de Paris, — Faculté, qui a non seulement donné toute une lignée de juristes célèbres, mais a formé des esprits lumineux, dont le génie traça des routes nouvelles à la civilisation de la France et de l'humanité tout entière.

J'aurai l'honneur de vous expliquer, Mesdames et Messieurs, la base de quelques dispositions générales que j'ai

(1) Deux conférences faites en 1928 à la Faculté de droit de l'Université de Paris le 20 et le 22 mars, et à la Faculté de droit de l'Université de Nancy le 26 et le 28 mars. Après ces conférences, j'ai trouvé dans quelques ouvrages tout récents de mes éminents collègues français des idées homogènes aux miennes. Je ne manque pas de l'indiquer dans les notes. Il y a des idées qui sont « dans l'air », ce qui prouve qu'elles sont produites par les exigences de la situation actuelle.

insérées dans mon projet du livre premier du *Code civil polonais* (1).

Introduction. — Nous vivons dans une époque de révision des fondements de l'ordre social et économique contemporain. Rien d'étonnant, donc, que les juristes, eux aussi, tendent à saisir les aspirations et les idées nouvelles, à les soumettre à une analyse scrupuleuse et à les cristalliser en principes strictement déterminés.

Encore en 1916 il se forma d'après l'initiative de l'illustre romaniste italien, M. *Vittorio Scialoja*, un comité franco-italien, ayant pour mission de reviser une partie du Code Napoléon (2). Nous savons que ce code a ouvert au commencement du siècle passé la série des codifications modernes et fut adopté par plusieurs pays importants de l'Europe et de l'Amérique, au nombre desquels se trouvait aussi la Pologne dans ses nouvelles frontières de *Duché de Varsovie*, amoindrie par les partages de la fin du xviii^e siècle.

Pour commencer le *Comité franco-italien* entreprit la révision des dispositions sur les *obligations*, qui s'adaptent le mieux à l'unification internationale.

Actuellement ces travaux sont terminés, et nous avons devant les yeux une œuvre magistrale, le fruit des travaux assidus des éminents juristes français et italiens (3).

(1) La première partie (art. 1-128) des dispositions générales du Code civil contient les matières suivantes : *Titre I*, art. 1-21, *Du droit* : des règles de conduite et des dispositions de la loi (coutume, interprétation de la loi, jouissance du droit); *Titre II*, art. 22-128, *Des personnes* : capacité, domicile, parenté et affinité, protection de la personnalité, des absents, personne juridique et collectivité. La traduction française des textes entiers est publiée dans la *Revue polonaise de législation civile* (Mokotowska, 14 m. 8, Varsovie; à Paris, Librairie Recueil Sirey) dans l'annexe 1 du fascicule de l'année courante.

(2) *Commissione Reale per il dopo guerra. Studi e proposte della Sotto-commissione presieduta dal Senatore Vittorio Scialoja*, giugno 1918-1919, Roma (Tipografia Artigianelli), 1920, p. 356 seq. Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 5^e éd., 1927, p. 21, note 2. De notre temps, le mouvement d'unification internationale se développe de plus en plus. V. R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Paris, Rousseau, 1927.

(3) *Projet de Code des obligations et des contrats, Texte définitif*

En *Pologne*, notre *Commission de codification* ⁽¹⁾, qui a la mission d'unifier le droit des quatre anciens tronçons de notre patrie ⁽²⁾, maintenant heureusement réunis, à commencé ses travaux en 1919. L'unification de certaines parties du droit civil est déjà réalisée par des lois spéciales ; maintenant il s'agit d'unifier les dispositions de la loi qui constituent la base de l'ordre juridique civil et dans tous les pays civilisés rentrent dans le cadre du *Code civil*.

Notre Commission de codification a décidé de donner au Code civil polonais unifié, sous la forme d'un livre premier, des *Dispositions générales* qui serviront de pont entre les codes civils actuellement en vigueur dans les parties du pays et le futur Code civil unique destiné à régir toute la Pologne.

Il n'y a pas à douter que nous avons de grandes difficultés à surmonter. Mais, s'il en est ainsi, nous avons, d'autre part, l'avantage de n'être pas liés trop en fait d'initiative et de pouvoir profiter des conquêtes les plus récentes de la doctrine et de la jurisprudence. Cela nous permettra de donner à notre pays un Code civil, qui saura satisfaire aux *exigences sociales et économiques d'aujourd'hui*. Car, il faut souligner que le droit, c'est une matière qui nous est donnée par la vie même et qui trouve son expression en premier lieu dans la jurisprudence des tribunaux. C'est donc *la jurisprudence* qui représente le droit, ce que nous avons appris par le droit classique romain. *Le législateur* indique le chemin à la jurisprudence, pour garantir l'uniformité des jugements. *La doctrine* pour sa part aide la jurisprudence, en formulant les principes qui sont la base du droit.

approuvé à Paris en octobre 1927, Roma (Provveditorato centrale dello Stato, Libreria, 1928, anno VI). Comp. R. Fubini, *Vers le nouveau Code civil italien*, *Revue trimestrielle de droit civil*, XXVII (Paris, 1928), n° 1, janvier-mars, p. 75 et suiv.

(1) *Bureau Central*, rue Mokotowska, 14 m. 8, Varsovie.

(2) Comparez H. Capitant, *Exposé sommaire des travaux législatifs de la Diète et du Sénat polonais*, Paris (Librairie Recueil Sirey), dans la *Bibliographie Dalloz*, III, 1927, nos 11-12, novembre-décembre, p. 154 et suiv.

Le législateur a, par conséquent, *deux problèmes à résoudre*. En premier lieu, il doit établir *quelles sont les exigences sociales et économiques* que la vie pose au droit. Secondement, il doit les *incorporer dans les dispositions de la loi* en concevant ces dispositions *de telle manière que la justice soit satisfaite* (1).

Car les exigences sociales et économiques posées par la vie au droit *ne sont pas toujours justes*. La vie économique et sociale se laisse guider le plus souvent par l'égoïsme des parties. Quant à chaque partie, non seulement elle ne veut pas toujours ce qui est juste, mais elle tend ordinairement à obtenir le plus de biens pour elle-même. Il s'ensuit que la mission de la jurisprudence est justement d'équilibrer les intérêts contraires des parties (2).

Aussi *l'Etat dans sa qualité de législateur* (3) *doit-il résoudre la question, si et dans quelle mesure les exigences sociales et économiques sont fondées et jusqu'à quel point elles doivent être rectifiées pour que la justice soit réalisée*.

Nous voyons donc quel rôle important joue *l'élément étatique* (4) comme facteur d'équilibre des intérêts contraires, tandis que *l'élément social* représente d'ordinaire des intérêts d'une partie, notamment les intérêts de la partie plus forte, soit dans les rapports sociaux, soit dans les rapports économiques. L'élément social souvent

(1) Comp. G. Cornil, *Le droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée* (Paris, 1924), p. 73 et suiv.; G. Renard, *La valeur de la loi. Critique philosophique de la notion de loi : Pourquoi et comment il faut obéir à la loi?*, Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 122 et suiv.

(2) Voir F. Geny, *Science et technique en droit privé positif* (Paris, Recueil Sirey, 1919-1924), vol. I, p. 111 et s., vol. III, p. 12-13.

(3) Comp. P. de Francisci, *Esquisses de droit romain*, I. *L'étatisation progressive du droit romain*, *Thémis polonaise*, III^e série, vol. III, Varsovie, 1926-27 (à Paris, Librairie Recueil Sirey).

(4) Comp. V. Scialoja, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, « *Scientia* », *Rivista di Scienza*, vol. VII, Bologna (Nicolo Zanichelli), Paris (F. Alcan), anno IV (1910), n^o XIII-I; H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales* (4^e éd., Paris, 1925), p. 31; G. Renard, *La valeur de la loi, loc. cit.*, p. 60 et suiv. : *La suprématie nécessaire de la loi*.

domine même l'élément étatique⁽¹⁾ et il en résulte alors des lois injustes. Parfois seule une réaction vigoureuse peut réussir à abolir ces lois injustes⁽²⁾.

Mais on ne doit point tomber dans un autre extrême en croyant que l'Etat⁽³⁾ est la seule source du droit. Un point de vue pareil amènerait tôt ou tard à la *mécanisation du droit*.

Je tâcherai de montrer, selon le point de vue exposé, *quelle est la conception juridique* dirigeante qui m'a indiqué le chemin pour *l'élaboration d'un projet des dispositions générales de notre Code civil*.

Car *chaque Code civil doit être conçu sous l'empire d'une conception dirigeante*, par rapport à laquelle les dispositions particulières ne seront qu'une réalisation spécifiée de cette conception⁽⁴⁾. En conséquence de cela cette *conception dirigeante*, cette idée dominante sera un *guide précieux pour l'évolution de l'ordre juridique et de la jurisprudence*.

Comme conception dirigeante j'ai adopté pour mon projet la conception que *l'ordre juridique et la jurisprudence doivent avoir une base objective*⁽⁵⁾.

(1) Comp. Lyskowski, *L'élément social et l'élément étatique dans le droit privé romain* (polonais, avec résumé français), *Thémis polonaise*, ci-dessus, série III, vol. I, 1923.

(2) V. M. Hauriou, *L'ordre social, la justice et le droit*, *Revue trimestrielle de droit civil*, XXVI (Paris, 1927), n° 4, octobre-décembre, p. 796 et suiv.

(3) Contre ce point de vue, voir surtout F. Geny, *Science et technique*, ci-dessus, vol. I, p. 37-38; vol. II, note de l'auteur, p. iv, et texte p. 38.

(4) Comp. G. Renard, *La valeur de la loi*, *loc. cit.*, p. 57 et suiv. Sur le rôle des *standards*, comp. A. A. Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, t. X, Paris, M. Giard, 1925; M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, *Revue trimestrielle de droit civil*, XXV, 1926, n° 2, p. 205 et suiv.; H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, II. *Le système juridique de l'Angleterre*, t. I. *Le système traditionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 431 et suiv., p. 562 et suiv.

(5) V. Lyskowski, *La codification du droit civil en Pologne et les transformations modernes du droit civil* (polonais, avec résumé français), *Thémis polonaise*, ci-dessus, série III, vol. II, 1924-25. De profondes observations philosophiques sur la base objective du droit sont données

L'ordre juridique et la jurisprudence ne peuvent pas être exclusivement un exposant de la volonté des parties (1).

C'est pourquoi la première conférence que j'ai l'honneur de faire devant vous, Mesdames et Messieurs, est intitulée :

1. — *La base objective de l'ordre juridique
et de la jurisprudence.*

Ayant devant moi un auditoire aussi éclairé, je n'ai pas besoin de commencer par des explications introductives; c'est pourquoi je me permets d'entrer en matière sans préalable.

Que faut-il entendre sous base objective de l'ordre juridique et de la jurisprudence?

1. — Entrant dans un rapport juridique, les parties ont en vue un *but social ou économique* déterminé (2), qui doit être réalisé au moyen de la constitution du rapport juridique (3). Je ne parle pas en ce moment des rapports juridiques, dont le but social ou économique n'est déterminé que par l'une des parties, par exemple des rapports juridiques constitués par un testament.

Il peut sembler qu'il n'y a rien à redire. En constituant le rapport juridique les parties déterminent le but social ou économique qu'elles veulent atteindre et le droit lui donne sa sanction en garantissant la réalisation de ce but (4).

Le droit abandonne à la vie même la faculté de régler les

par M. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris (Rousseau), 1911, p. 29 et suiv. Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., Paris, 1927, p. 22 et suiv. : *Les doctrines objectivistes*; G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 16 et suiv.; R. Capitant, *L'illécite*, t. I. *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, p. 32 et suiv., p. 49-3^e, p. 208-209, p. 226.

(1) Comp. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Paris, 1920, p. 84 et suiv.

(2) Comp. H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale*, loc. cit., I. *La définition du droit*, Paris, 1917, p. 71 et suiv.; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, loc. cit., p. 339 et suiv., p. 361 et suiv.; G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 84 et suiv., p. 99 et suiv.

(3) Sur le rôle de la volonté dans l'acte juridique, comp. G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 85, p. 107 et suiv. : *L'idée de la volonté*.

(4) Comp. G. Renard, loc. cit., p. 91 et suiv.

rapports entre les personnes et sanctionne l'état des choses qui en résulte tel qu'il se forme dans la vie.

Exposant ce point de vue, je me permets de rappeler ce que j'ai eu l'honneur d'observer tout à l'heure en parlant des *éléments étatique et social* dans le droit, notamment, que la domination de l'élément social dans le droit amène souvent à des situations pleines d'injustice. L'accord des volontés des parties n'est souvent que formel, vu que bien souvent le consentement des parties dépend des circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

Les injustices qui s'en suivent peuvent être écartées si nous adoptons pour l'ordre juridique et pour la jurisprudence *une base objective*.

2. — L'ordre juridique et la jurisprudence posséderont cette *base objective* si, en se prononçant sur les buts sociaux ou économiques que les parties se proposèrent de leur commun consentement, il les apprécieront *non seulement selon la volonté des parties*, mais aussi selon les circonstances dans lesquelles les parties se trouvaient en constituant le rapport juridique (1).

Je désire attirer votre attention sur un problème qui fut l'objet de recherches scientifiques nombreuses et profondes pendant ces dernières dizaines d'années. Je parle de la doctrine de l'*abus du droit*. Quant à ce problème, un point de vue s'établit de plus en plus solidement selon lequel l'abus du droit a lieu non seulement lorsqu'une des parties agit dans l'intention de nuire à l'autre, mais aussi dans le cas où, sans avoir cette intention, elle se conduit de telle manière, que sa conduite ne peut pas être tolérée (2).

Le même point de vue a été adopté aussi par le *Comité franco-italien*, dont le projet de *Code des obligations et des contrats* dit :

(1) Comp. la conception très rapprochée à la mienne chez M. G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 87 à la note 1, p. 107 et suiv. : *L'idée et la volonté*; voir aussi ci-dessous, p. 15, note 1.

(2) V. L. Josserand, *Essais de téléologie juridique*, I. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *Théorie dite de l'abus des droits* (Paris, 1927), p. 384 et suiv. L'éminent auteur se déclare aussi pour la *base objective* de l'abus du droit.

Art. 74. — *Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer.*

Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

Adoptant la base objective, le juge prendra comme point de départ de son appréciation le but social ou économique du rapport juridique qui unit les parties. Mais il appréciera ce but non pas selon les affirmations des parties, mais objectivement, prenant en considération les circonstances dans lesquelles se trouvaient les parties lors de la naissance du rapport juridique (1). Le juge ne permettra pas à la partie d'ergoter opiniâtement et d'objecter que telle ou telle chose a été dite à la conclusion du contrat en s'en rapportant aux témoins. Nous savons par expérience combien les querelles de ce genre entravent la jurisprudence dans l'accomplissement de sa haute mission (2).

Quant au législateur, la conception des dispositions de la loi qu'il édicte doit être telle que la jurisprudence puisse remplir sa mission en suivant le point de vue indiqué tout à l'heure. Il doit donc, avant tout, *autoriser le juge* dans une disposition générale à *apprécier au point de vue objectif* le but social ou économique du rapport juridique par lequel les parties se sont liées. *De plus, le législateur doit édicter que le juge soit obligé de soumettre le but social ou économique, voulu par les parties, au contrôle de la loi, en décidant, si ce but est conforme aux buts sociaux et économiques, déterminés par la loi.*

3. — Mais peut-on considérer comme fondé le principe que l'ordre juridique et la jurisprudence doivent prendre

(1) Comp. les remarques justes chez M. A. Ménard, *Essai d'une critique objective de la technique en matière d'obligation*, Paris, Recueil Sirey, 1926, p. 307 et suiv., p. 341 et suiv., p. 367 et suiv.

(2) M. H. Capitant, *De la cause des obligations*, loc. cit., p. 19, n. 2, ne va pas si loin, en comprenant « le but » comme « partie intégrante de la manifestation de volonté créatrice de l'obligation ». Comp. sur ce point de vue, G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 87 et suiv.

pour base le but social ou économique appelé à la vie par la volonté des parties contractantes ?

Un examen plus profond des dispositions du droit positif actuel nous fera constater que *ce principe est déjà une réalité*. Je me permettrai de citer un exemple, notamment *la vente faite à l'essai*.

Le but économique d'une telle vente consiste à laisser l'acheteur essayer si la marchandise lui convient et, sur l'affirmative, de compter la vente pour parfaite. Si ce but économique n'est pas atteint, la vente est nulle et chaque partie peut actionner l'autre en répétition de l'indû (*C. civ.*, art. 1235).

Le Code civil donne une disposition spéciale pour *la vente faite à l'essai*. Notamment il dit dans l'article 1588 : *La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive*.

Les conséquences de cette disposition sont étendues. Supposons que Primus achète un cheval à l'essai. Dans ce cas le péril de la détérioration continue à peser sur le vendeur, à moins qu'elle ne soit causée par la faute de l'acheteur (*art. 1382 et 1383*).

Il est intéressant de suivre les raisonnements de la jurisprudence et d'y faire connaissance de la manière dont elle interprète la disposition de l'article 1588.

La jurisprudence admet que *la vente à l'essai* n'est pas nécessairement toujours une obligation contractée sous une condition suspensive et, se fondant sur l'expression « présumée » de l'article 1588, reconnaît parfois, selon les circonstances, l'existence d'une condition résolutoire. Admettant cette solution la jurisprudence apprécie la situation « selon les circonstances », donc selon le but économique que les parties avaient en vue (1).

Je crois que la cause, c'est-à-dire *le but économique statué par le Code dans ses articles 1131-1133 comme base de l'obligation*, sera pour le juge un critère supérieur

(1) Comp. Dalloz, *Nouveau Code civil annoté* (Paris, 1905), notes 11-14 à l'article 1588.

au critère de la présomption de la condition suspensive.

4. — C'est pour cela que j'avais proposé ⁽¹⁾ la disposition générale d'un article 12, § 1 : *L'obligation devient caduque si son but social et économique déterminé par la loi ne se réalise pas.*

Il va sans dire que *le juge devra pénétrer* avec une grande subtilité *dans le contenu de l'obligation* contractée par les parties *pour en dégager le véritable but social ou économique* et *pour pouvoir l'apprécier objectivement*. Imaginons que Primus achète une maison qui n'existe plus au moment de la formation du contrat, parce qu'elle a brûlé, la vente sera nulle parce que le but de la vente n'a pas été atteint.

Supposons encore que Primus engage Secundus comme travailleur, mais Secundus ne possède pas son métier ou Primus ne paye pas le salaire convenu, l'obligation, de même que dans le premier exemple, sera nulle, car son but social ou économique a manqué.

Je trouve que le devoir d'apprécier le but social ou économique du rapport juridique qui existe entre les parties sera pour le juge une indication meilleure que les dispositions particulières édictées par la loi.

De l'autre côté, j'avais proposé (*loc. cit.*) une disposition générale ainsi conçue : Art. 10. *Est nulle et sans effet l'obligation qui est contraire au but social et économique déterminé par la loi.* Si nous mettons au lieu de l'expression *but social et économique* l'expression synonyme *cause*, la disposition ne dit autre chose que ce que dit l'article 1133 du Code civil : *La cause est illicite, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*, ⁽²⁾.

Lorsqu'on discute du sens de l'expression *cause*, il ne faut pas oublier qu'elle en a plusieurs, de même que l'expression *causa* en droit romain. Ce n'est pas un exemple

(1) *La codification du droit civil en Pologne, loc. cit.*, résumé français, p. 13.

(2) Comp. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, I, t. II, Paris, 1923, p. 594 et suiv.

unique de la pluralité de sens d'une expression dans la terminologie juridique (1). Mais il n'en résulte point qu'il ne faille déterminer le sens de l'expression *cause* là où il s'agit de base de l'obligation. Après les travaux excellents qu'ont

(1) Pour cette raison, M. G. Renard, *La valeur de la loi, loc. cit.*, p. 108 et suiv., préfère de parler de l'*Idée* du rapport juridique ou de l'acte juridique, en embrassant par la notion d'*Idée* non seulement le *But*, mais aussi les *Voies et Moyens* de l'acte juridique. D'après mon avis, aussi le *But* d'un acte juridique embrasse-t-il les *Voies et Moyens*, vu que le juge doit apprécier le *But* objectivement, donc, prendre compte de toute la situation dans laquelle les parties ont voulu, d'après l'excellente formule de M. G. Renard, *loc. cit.*, p. 87 à la note 1, « produire, dans l'agencement des rapports sociaux des modifications ». Ensuite, le *But* me paraît être plus concret, plus facile à déterminer par le juge, plus, pour ainsi dire, « à terre », pendant que la notion d'*Idée* nous ramène, sans doute, dans les sphères plus hautes, mais, en même temps, moins compréhensibles. Enfin, il n'est pas recommandable de créer des notions nouvelles si les notions traditionnelles, fondées dans la vie même, suffisent.

M. G. Renard remarque, p. 115 : « La loi n'est pas faite pour proclamer des *Buts*, mais pour régler des *Voies et Moyens* ». Je suis tout à fait du même avis; de la loi ne résultent que les « règles de conduite ». Les *Buts* sont donnés par la vie même, par la situation dans laquelle les parties se trouvaient au moment de la constitution du rapport juridique entre elles, par « la nature des choses » (Fr. Geny, *Science et technique, loc. cit.*, vol. II, p. 274-275). Cette situation est appréciée par le juge d'une manière *objective*, en considération de toutes les circonstances. C'est le *But* que le juge doit prendre pour base de son jugement. A cette occasion, le juge sera forcé d'apprécier aussi les *Voies et Moyens* par lesquels les parties ont voulu atteindre le *But* licite.

Du reste, M. G. Renard remarque précisément, p. 117 : « Les *Voies et Moyens* n'ont pas la stabilité du *But*. Ils représentent la portion la plus mobile de l'*Idée* ». La représentation instrumentale (c'est à-dire l'acte de volonté, les *Voies et Moyens*; comp. p. 114-115) est secondaire par rapport à la représentation téléologique (c'est-à-dire au *But*; comp. p. 114-115).

Pour accomplir en quelques mots le tableau général de la doctrine profonde de M. G. Renard, si rapprochée à la mienne, je veux encore citer les thèses suivantes de mon éminent collègue, p. 117 : « Je ne dis pas qu'il n'y ait point de mouvement dans les *Buts*; je ne dis pas que les *Buts* échappent à la loi de développement; ce serait la plupart du temps une erreur; je dis seulement que le développement des *Buts* est à peine perceptible auprès de celui des *Voies et Moyens* ». Je souscris ces mots tout entiers. Je ne nie pas la grande profondeur des recherches de M. G. Renard au point de vue sociologique et philosophique (comp. par ex. p. 119 *in fine* . « Le centre de l'acte juridique, c'est une *Idée* vivante, qui se développe, entraînant dans son développement les *stipulations*, les *injonctions*, les dispositions qui y sont suspendues », mais pour l'application pratique je préfère parler du *but social et économique* que de l'*Idée*.

paru dans le domaine de cette question (1), il est inutile d'en traiter longuement. J'accepte aussi l'opinion selon laquelle l'expression du Code civil *la cause* veut dire *le but économique* (2), en y ajoutant, cependant, encore le sens de *but social*, car celui-ci mérite également d'être souligné.

Le problème prend un autre aspect si le but social ou économique est expressément marqué par les parties. Si Primus, donne au fiancé de sa fille une somme d'argent pour installer une industrie qui doit servir de base à la vie des futurs époux, cette somme doit être rendue si le mariage n'a pas lieu pour une raison quelconque. Le juge ne peut pas rejeter la demande en répétition à cause de circonstances quelconques. Tout ce que le juge peut faire c'est d'accorder une restitution *pro rata*.

Prévoyant des cas semblables, j'avais proposé (3), suivant ma conception fondamentale, l'article 13 : *Devient caduque l'obligation contractée en vue d'un but social ou économique futur, si ce but ne se réalise pas. Il ne sera pas tenu compte de la cause de non réalisation.*

La caducité de l'obligation entraîne la répétition de ce qui a été payé. C'est là l'institution si connue de la *condictio causadata, causa non secuta, du droit romain* (4). Il ne s'agit pas du but qui a eu lieu au moment de la constitution de l'acte juridique, mais d'un but *futur*.

5. — La question de savoir *s'il se recommande d'insérer dans un code civil des dispositions directives* sur les buts sociaux et économiques des rapports juridiques existants entre parties, est discutable. De telles dispositions, il faut l'avouer, poseront de grandes exigences aux qualités du juge.

(1) Voir surtout l'œuvre magistrale de M. H. Capitant, *De la cause des obligations*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1924, 3^e éd., 1927.

(2) H. Capitant, *loc. cit.*, 2^e éd., p. 19, note 1.

(3) *La codification du droit civil en Pologne* (*Thémis polonaise, loc. cit.*, résumé français, p. 14).

(4) Cela n'a pas été remarqué par M. J. Josserand, *loc. cit.*, p. 274, note 4.

Le problème renaît toujours sous la même forme. Nous devons trouver le moyen de passer entre Scylla et Charibde. D'un côté c'est le Scylla des dispositions, qui donnent *au juge une grande liberté* d'appréciation des circonstances individuelles pour satisfaire à la justice. De l'autre côté, c'est le Charybde des *nombreuses dispositions particulières* qui lient le juge, mais amènent tôt ou tard à la *mécanisation de l'ordre juridique et de la jurisprudence*.

Certes, on doit user de modération ⁽¹⁾. *Les grandes réformes* ne peuvent avoir du succès que si elles s'effectuent à fur et mesure. Je crois néanmoins qu'on a raison de vouloir conférer au juge de larges pouvoirs d'appréciation, sans qu'ils soient aussi larges que ceux des *juges d'Angleterre* ou des *Etats-Unis de l'Amérique*. Ici comme ailleurs c'est le chemin moyen qui est à choisir.

6. — Dans ma conception on a voulu retrouver ⁽²⁾ celle du Code civil de la *Russie soviétique* ⁽³⁾, dont l'article 1 du chapitre I qui contient les « principes fondamentaux » du livre I, partie générale, statue : *Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale*. Or, l'article 1 de mon projet ⁽⁴⁾ des Dispositions générales du Code civil polonais est conçu autrement : *Les dispositions de la loi sont la source des règles de conduite, qui obligent les gens afin que soient réalisés les buts sociaux et économiques déterminés par la loi*. La ressemblance entre ces deux articles se réduit à la notion de *buts économiques et sociaux*; mais cette notion *n'est une découverte ni du Code civil soviétique, ni de moi*. Elle faisait déjà le contenu de la *causa* du droit romain, qui avait le sens de

(1) Comp G. Renard, *La valeur de la loi, loc. cit.*, p. 55 et suiv., p. 61 et suiv.

(2) M. L. Josserand, *loc. cit.*, p. 274, note 4.

(3) *Les Codes de la Russie soviétique*. I. *Code civil*, traduit par J. Patouillet et R. Dufour, avec préface et introduction par E. Lambert et J. Patouillet, *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, t. IX, Paris, M. Giard, 1925.

(4) V. ci-dessus, Introduction, note 2.

but économique (1), et depuis, des siècles durant, la doctrine et la jurisprudence ne cessèrent de s'occuper de la notion de la *cause* (2). Le supplément *social* n'est qu'un élargissement de la même notion.

Et puis, je dois ajouter que le point de vue, selon lequel j'ai formé *ma conception, est différent de celle du Code soviétique*, puisque celui-ci prend pour base de ses dispositions le *système des droits subjectifs* : « *Les droits civils sont protégés par la loi* », etc., tandis que l'article 1 de mon projet dit : *Les dispositions de la loi sont la source des règles de conduite*, etc. Mon article donne une directive à l'interprétation de la loi, pendant que l'article du Code civil soviétique statue des exemptions de l'application de la loi dans tous les cas « où les droits sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale ». Or, d'après mon article, la loi reste en vigueur en tous cas ; mais, elle doit être comprise d'une telle manière, « afin que soient réalisés les buts sociaux et économiques déterminés par la loi ». Le Code soviétique, au contraire, abolit la loi, si l'individu en jouit dans un sens contraire à la destination économique et sociale de la loi. Ce n'est donc pas la loi qui décide, mais l'avis subjectif de la magistrature sur l'harmonie de la loi avec l'ordre juridique spécifique des soviets russes (3).

Quant à l'article 10 de mes propositions sur les obligations (4), signalé par M. L. Josserand, il ne dit rien d'autre chose que ce que nous exprimons généralement par la disposition que « nulle est l'obligation qui est contraire à la loi ». Ma proposition dit « contraire au but social et économique déterminé par la loi », pour viser le fait que dans la notion du droit se trouve *le but* auquel le droit sert (5).

(1) V. Koschimbahr-Lyskowski, *Die condictio als Bereicherungsklage in klassischen romischen Recht*, II, Weimar, 1907, préface, p. 10 et suiv.

(2) V. H. Capitant, *De la cause*, p. 92-171 (Notions historiques).

(3) M. G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 57, précisément attire l'attention sur ces conséquences de l'article 1^{er} du Code civil soviétique.

(4) *Thémis polonaise*, loc. cit., p. 13.

(5) M. H. Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale*, loc. cit., I. La

Enfin, j'ai exposé ma conception dans une conférence⁽¹⁾ que j'avais faite à la séance d'inauguration de notre *Société polonaise de législation civile*, tenue le 28 sept. 1922, donc, avant que le Code civil soviétique soit voté dans la IV^e session du IX^e Congrès, c'est-à-dire le 31 oct. 1922. Je dois ajouter encore que je ne connais pas le russe, et que je n'ai pris connaissance du Code soviétique qu'après la publication de sa traduction française, qui a paru en 1925.

7. — On pourrait objecter contre ma conception qu'elle met au premier plan les buts sociaux et économiques, en considérant par conséquent que la satisfaction des besoins matériels est la mission suprême du droit.

Or, pourrait-on dire, la mission du droit est placée plus haute, elle consiste dans la *réalisation de la justice ou de la morale* (2).

Pourtant cette objection n'est pas fondée tout à fait. Avant tout il faut répliquer que les buts *sociaux* comprennent aussi la justice et la morale. Sans justice et morale les rapports entre les parties n'ont pas de fondement. Un état de choses pareil, s'il continuait, conduirait à une décomposition entière de la vie sociale.

Mais, même en convenant que *les buts sociaux et économiques* des rapports qui unissent les parties comprennent exclusivement les biens matériels, il ne faut point oublier que la satisfaction de ces besoins constitue la base indispensable de la civilisation. La sentence : *vivre d'abord, philosopher ensuite*, vaut aussi pour matière de droit.

Enfin, rappelons-nous que le but social ou économique, que les parties voulaient atteindre au moyen de la constitution du rapport juridique, doit être apprécié *objectivement*, et non exclusivement selon la volonté des parties. Le but

définition du droit, p. 131, n. 2, souligne justement ce fait. Comp. ma proposition de l'article 9 dans la *Thémis polonaise*, loc. cit., p. 13.

(1) V. mon étude *La codification du droit civil en Pologne*, *Thémis Polska*, 1924-25, édition polonaise, p. 1, note 1.

(2) Ce problème est soulevé dans l'excellent ouvrage de M. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris (Librairie générale de droit), 1925.

n'est sanctionné par la loi que lorsqu'il concorde avec les buts sociaux et économiques déterminés par la loi.

Je ne veux pas manquer de rappeler que le *droit classique romain*, lui aussi, considérait le *but économique* (*causa*) pour base de la *condictio* qui servait d'action en répétition de l'indû. Les juristes de l'époque classique donnaient cette action dans tous les cas où la partie tient un bien matériel, auquel elle n'avait pas droit. Cela pourrait arriver ou parce que la base juridique d'un tel droit manquait dès le commencement, ou parce qu'elle fut annulée ensuite. En surplus, les juristes donnaient l'action en répétition de l'indû même dans le cas où la partie tient quelque chose « injustement » (4). Cela a été reconnu par Sabinus, Celsus et autres (D. 12, 5, 6). Les juristes romains ont voué des siècles entiers aux recherches scientifiques sur cette base « matérielle » — pour ne pas dire « matérialiste » — en considérant la *condictio* comme une sorte d'action qui *réglementait la répartition des biens matériels*. Et cependant cela ne les empêchait pas, peut-être sous l'influence de la philosophie grecque, de proclamer la définition sublime : *Jus est ars boni et aequi* (2). Cette définition appartenait justement à ce même Celse (D. 1, 1, 1, pr.), qui tâchait de donner à la *condictio* une large extension (D. 12, 5, 6. — V. note 1 ci-dessous).

8. — Plus haut j'ai tâché de démontrer que *les buts sociaux et économiques* en leur qualité de base de l'ordre juridique et de la jurisprudence possèdent un appui dans le droit privé positif, notamment dans les *dispositions du Code civil sur la cause* (art. 1131 1133).

Mais, le principe de l'appréciation *objective* de ces buts, lui aussi, peut invoquer en faveur de son existence les

(4) V. Pernice, *Labeo*, III, p. 218 : « En effet, nous avons plusieurs décisions de Labéon, dans lesquelles la *condictio* se base purement sur l'injustice de la détention... du même avis est Cassius... Il paraît que c'est surtout Celsus qui soulevait l'ancien principe (D. 12, 5, 6), pour gagner une large extension à la *condictio* ».

(2) V. F. Senn, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice, suivie d'une étude sur la distinction du « jus naturale » et du « jus gentium »*, Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 34, note 2.

dispositions de la loi. Ainsi, le *Code civil* dit dans l'article 1135 que *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.*

Le *Comité franco-italien* n'a pas hésité de laisser cette disposition sans changement comme *article 40 du projet de Code des obligations et des contrats.*

En effet, peut-on affirmer que *cet article fait autre chose* que de formuler le précepte qu'on doit apprécier les obligations des parties *objectivement* selon leur nature?

Même observation quant à l'article 1156 : *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* (1).

Cette disposition, elle aussi, a été laissée sans changement par le *Comité franco-italien* comme l'article 51 du *projet de Code des obligations et des contrats.*

9. — Ma conception est le résultat de mes études du *droit classique romain*. Je me guidais dans mes travaux par les recherches scientifiques de mon inoubliable maître, feu M. Alfred Pernice, qui avait tâché de reconstruire le droit classique romain, cette reconstruction qui, vous le savez, a déjà été tentée au *xvi^e* siècle par votre grand Cujas.

Pour réaliser la justice, le droit classique romain adoptait *la base objective* de l'ordre juridique et de la jurisprudence, comme le font aujourd'hui les *jurisprudences anglaise et américaine* (2).

Nous voyons donc que l'étude du droit romain, quoique souvent pénible, n'est point inutile, comme on le croit parfois. Le droit romain nous donne souvent des indications précieuses pour la résolution des problèmes du droit les plus récents (3). Car y a-t-il quelque chose de plus utile que

(1) Comp. G. Renard, *La valeur de la loi*, loc. cit., p. 107 et suiv.

(2) M. H. Stoll, *Beziehungen der Rechtslehre zur Praxis*, *Archiv für die civilistische Praxis*, N. F. VI, 2 (Tübingen, 1926), p. 184 et suiv., ne manque pas de l'avouer. Comp. ci-dessus, p. 20.

(3) V. A. Zocco-Rosa, *Il diritto romano di fronte alle odierne idealità giuridico-sociali*, *Istituto di storia del diritto romano della R. Università di Catania*, 1911. — Comp. Koschembahr-Lyskowski, *Zur Stellung des*

l'expérience pour la résolution des problèmes? Et le droit romain résume en soi l'expérience de l'esprit juridique acquise au cours de tout un millier d'années!

10. — En terminant ces modestes observations que j'ai eu l'honneur de vous exposer, Mesdames et Messieurs, je voudrais encore m'arrêter à un point caractéristique.

J'ai dit que *la base objective de l'ordre juridique et de la jurisprudence*, de même que *le but social et économique* en sa qualité de moyen pour construire cette base, *trouvent leur appui dans les dispositions positives* du Code Napoléon de 1804, notamment dans les *articles 1131-1133, 1135 et 1156*.

Et cependant on dit aussi avec raison que le droit et la jurisprudence *fondés sur le Code Napoléon* ont subi des transformations considérables dans le courant du siècle passé (1).

Cela s'explique par le fait que le juge, évidemment en sa qualité de citoyen, est un membre de son milieu. Comme tel, il partage les opinions et les idées de ce milieu et les fait pénétrer dans son interprétation de la loi.

Il en résulte que la jurisprudence reflète dans une plus grande mesure les opinions de la société comme *élément social* que l'esprit du Code comme *élément étatique* (2). Cela explique pourquoi des dispositions d'un code, justes, réussies et salutaires restent parfois *mot obsolète* jusqu'à ce qu'un changement de la mentalité de la société ne les réveille de leur léthargie.

C'est donc pourquoi il me semble recommandable que le Code civil contienne une série de dispositions générales (3),

romischen Rechtes im allgemeinen burgerlichen Gesetsbuche, dans la *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen burgerlichen Gesetsbuches*, Wien (Manz), 1911; G. Cornil, *Les codes modernes et le droit romain*, Bruxelles, 1912; Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 2.

(1) V. L. Duguit, *Les transformations générales du droit depuis le Code Napoléon*, 2^e ed., Paris, 1920; H. Capitant, *Transformations du droit civil en France depuis cinquante ans, à l'occasion du cinquanteaire de la Société de législation comparée*, t. I et II, Paris, 1921.

(2) Comparez ci-dessus dans l'Introduction.

(3) Comp. R. Capitant, *L'illicite*, I, *loc. cit.*, p. 82 et suiv. (« *Standards et directives* »), et ci-dessus, p. 9, note 4.

très expresses, qui serviront de guide inflexible pour le développement de l'ordre juridique et de la jurisprudence, en étant un moyen obligatoire de l'interprétation des dispositions particulières.

De cette manière seront réalisées non seulement les exigences sociales et économiques de la vie, mais aussi la *volonté du législateur* (1) dont la mission est de réaliser « l'équilibre des intérêts des parties » (2), c'est-à-dire la justice (3).

II. — *Règles de conduite ou « système des droits subjectifs » ?*

Je voudrais poser devant vous le problème suivant : un Code civil contient-il l'ensemble des « règles de conduite » ou nous donne-t-il un « système des droits subjectifs » ?

1. — Qu'est-ce que cela veut dire qu'un Code civil contient l'ensemble *des règles de conduite* ? Cela veut dire qu'il résulte des dispositions du Code civil des règles que les parties doivent observer si elles veulent que les actes juridiques qu'elles accomplissent aient des effets juridiques. D'un autre côté, des dispositions du Code civil les parties déduisent quels sont les actes qu'elles doivent éviter de commettre afin de ne pas provoquer des effets juridiques défavorables, par exemple l'effet d'être obligé à la réparation d'un dommage.

Car les effets juridiques résultent de la conduite des personnes, c'est-à-dire de l'accomplissement d'un acte juridique ou de la commission d'un acte illicite. Si une personne achète un cheval, elle en devient propriétaire par suite de l'acte de l'achat. Si elle commet un acte illicite, elle est obligée de réparer le dommage par suite de l'acte illicite.

(1) V. ci-dessus, p. 8, à la note 4.

(2) Geny, *Science et technique*, vol. I, p. 111. Comp. vol. III, p. 14.

(3) M. Roscoe Pound, *The theory of judicial decision*, *Harvard Law Review*, vol. XXXVI, Cambridge, Mass (U. S. A.), 1923, p. 940, souligne justement que le juge doit : 1° rendre justice dans le cas particulier ; 2° faire cela en accord avec la loi.

Le droit réagit sur la conduite des personnes en attachant à cette conduite des effets juridiques tantôt positifs, tantôt négatifs (1).

Si la mission du droit est de régler la conduite des personnes en y attachant tels ou tels effets juridiques, le droit doit également indiquer quelle est la conduite à laquelle il attribue des effets juridiques, et quels sont ces effets.

Par conséquent, le droit doit dire à quel moment un contrat est parfait, quels sont les espèces de contrats reconnus par lui, qui a la capacité d'agir, quels sont les cas de violence, dol ou erreur, quelles sont, en général, les conditions de l'accomplissement d'un acte juridique, quels sont les effets juridiques de la violence, du dol, de l'erreur, etc.

Le droit doit indiquer ensuite quels actes il considère comme illicites et quels sont les effets juridiques qu'ils entraînent.

De même le droit doit régler l'acquisition de la propriété, des servitudes, du gage, les formes et les effets des dispositions testamentaires, les conséquences juridiques de l'absence, du décès, etc.

L'ordre juridique nous apparaît donc comme l'ensemble des règles de conduite qui résultent des dispositions du droit, règles de conduite que les personnes sont obligées d'observer dans tous les rapports de la vie sociale (2).

La situation sociale et économique est créée par la vie et non par le droit. Le droit ne donne que des règles de conduite (3).

La vie peut modeler les rapports sociaux et économiques

(1) Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., Paris, 1927, p. 81.

(2) Comp. L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 3^e éd., Paris, 1922, p. 6 et s.; *Traité de droit constitutionnel*, t. I, préface p. VIII, IX, texte p. 14 et s., p. 65 et s.

(3) De ce point de vue M. H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale*, I. *La définition du droit*, loc. cit., p. 165, définit précisément le droit comme « la délimitation de ce que les hommes et leurs groupements ont la liberté de faire et de ne pas faire, sans encourir une condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force ».

selon les aspirations qui trouvent leur expression dans la vie sociale et économique elle-même, mais partout et toujours les personnes sont tenues d'observer les règles de conduite imposées par le droit.

Le chemin de l'évolution est ouvert de toutes parts. Les seules limites posées à cette évolution sont les « règles de conduite » imposées par le droit, dans le cercle desquelles l'évolution devra se produire.

2. — Par contre, quel est l'ordre juridique conçu comme un « *système des droits subjectifs* » ?

Selon cette conception, l'ordre juridique attribue à chaque individu son droit, qui lui indique ce qu'il lui est « permis de vouloir » (1).

Le système entier du droit se partage en autant de fils qu'il y a d'individus. Chaque individu tient un fil distinct qui représente ses « droits subjectifs ». Le centre dont sort le rayonnement de ces fils est le « droit objectif », donné aujourd'hui surtout, mais pas uniquement, par le législateur dans l'ensemble des préceptes de la loi. Le droit objectif assigne à chaque individu un cercle de droit dans les limites duquel l'individu peut se mouvoir librement. Il s'ensuit, par là, qu'on parle non de la « propriété », de l'« usufruit », de la « créance », etc., mais du « droit » de propriété, du « droit » d'usufruit, du « droit » de créance, etc.

Il pourrait sembler (2) qu'il n'y a pas de grande *différence entre la conception du « droit objectif »* compris comme un « *ensemble des règles de conduite* » et celle qui le considère comme *un centre dont les individus tirent leurs « droits subjectifs »*. Dans l'une comme dans l'autre

(1) Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 274 et s., ainsi que *Leçons de droit public général* (1926), p. 49 et s. M. A. Gorovtseff, *La lutte autour de la notion de sujet de droit*, *Revue trimestrielle de droit civil*, XXV (1926), n° 4, p. 881 et suiv., ainsi que XXVI (1927), n° 1, p. 5 et suiv., tâche de donner à cette conception une explication philosophique profonde qui pourtant, d'après mon avis, entre déjà presque dans le domaine de la « métaphysique », jusqu'aujourd'hui inconnu.

(2) Comp. M. E. Rabel, *Le vicende del codice tedesco dal 1900 al 1925*, dans l'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. I, Roma, Anonima Romana Editoriale, p. 34.

conception l'individu possède un champ où il peut déployer librement son activité, mais selon la première conception sa liberté est limitée par les règles de conduite, tandis que selon la seconde sa liberté est limitée par les restrictions des droits subjectifs.

Je crois, cependant, que la *différence existe, et qu'elle est même profonde*.

Si nous concevons le droit comme un ensemble de règles de conduite, il s'ensuivra que chaque individu s'impose lui-même les restrictions de sa volonté en se rendant compte de ce qui est licite et de ce qui est illicite. C'est de cette manière qu'on peut garantir le plus sûrement le perfectionnement de la morale et de la conscience des individus ainsi que celui de la collectivité.

Par contre, si nous concevons le droit comme un « système des droits subjectifs », l'individu aspirera toujours, même inconsciemment, à l'élargissement de ses « droits subjectifs ». Possédant un « droit subjectif » il pourra en user dans toute son ampleur — ce « droit subjectif » ne lui indique-t-il pas ce qu'il lui est « permis de vouloir »? La conséquence finale est la conception que le droit c'est la force. Et cependant le « droit » comme tel est placé au-dessus des aspirations, souvent injustifiées, des individus (1).

On ne saurait point faire appel aux « *droits de la personnalité* », pour y chercher un appui de la conception du droit comme d'un « système des droits subjectifs ». On y a déjà répliqué (2) que les « droits de la personnalité » n'ont pas d'autre sens que celui de souligner la place particulière que la personnalité occupe dans l'ordre juridique, et d'indiquer la protection spéciale que le droit donne à la personnalité. C'est aussi le point de vue du Code civil suisse de 1911 qui a donné à ses articles 27-30 le titre « Protection de la personnalité ».

Quand nous disons qu'une personne est « *sujet de droit* »

(1) Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, vol. II, p. 216, 228 229, 248 et suiv.

(2) Geny, *Science et technique*, vol. II, p. 400; comp. vol. II, p. 216, note 2; vol. III, p. 213 et suiv.

ou, autrement, qu'elle possède un « droit subjectif », nous voulons dire par là que dans ce cas le « droit objectif » est du côté de la personne⁽¹⁾ et que la personne en use à son profit⁽²⁾. Mais, cela ne signifie nullement que le « droit subjectif » soit concédé à l'individu comme une part de « l'ensemble des droits subjectifs », l'ensemble qui trouve son expression par le « droit objectif ». Si j'achète un cheval, j'ai le droit de demander la livraison du cheval. Ce droit résulte du contrat que j'ai accompli avec le vendeur, en suivant les règles de conduite prescrites par la loi. Mais, on ne peut pas dire que j'ai le « droit *subjectif* » de demander la livraison du cheval. Si je dis que j'ai le droit de demander la livraison du cheval, cela ne veut dire rien d'autre que je peux profiter du *droit objectif* qui impose au vendeur l'obligation de me livrer le cheval. *La notion de « droit subjectif » est donc inutile, puisque sans valeur*, et c'est tout à fait juste, si encore Savigny ⁽³⁾ parle du *soi-disant* droit subjectif, introduit par la terminologie de quelques auteurs.

3. — Vu une *discordance si fondamentale dans la conception du droit* il importe de s'arrêter, même brièvement, sur la question : *de quelle source découle cette conception* du droit comme d'un « *système des droits subjectifs* » ?

Dans l'ancien *droit grec* nous ne trouvons aucune trace d'une conception pareille ⁽⁴⁾.

Les *Romains* ne connaissaient point la notion de « droit subjectif » ⁽⁵⁾, mais ils concevaient le droit comme un ensemble des règles de conduite ⁽⁶⁾. Une expression précise

(1) C'est souligné justement par M. R. Capitant, *L'illicite*, loc. cit., I, p. 215 *in fine*.

(2) Comp. ci-dessous, n° 3. L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris, 1923, p. 1.

(3) *System des heutigen romischen Rechts*, I, 1840, p. 8.

(4) V. Egon Weiss, *Griechisches Privatrecht*, t. I, 1923, p. 18 : « Or, le droit n'est pas compris comme une source de droits subjectifs, mais comme un régime méthodique, justifié intérieurement ».

(5) C'est souligné par L. Mitteis, *Romisches Privatrecht*, t. I, 1908, p. 73.

(6) Comp. Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris, 1904, t. I, p. 1 et p. 7, ainsi que *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 5 et suiv.

de cette conception a été donnée par un juriste de l'époque classique, Ulpien, dans la définition célèbre (D. 1, 1, 10, 1) : *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (1).

Sans doute, l'individu a la jouissance du droit « objectif » et peut dire qu'il s'en sert à son profit grâce à sa propre conduite, par exemple grâce à ce qu'il a accompli un acte juridique. Dans ce sens l'individu peut même dire qu'il use de son droit (*jure suo utitur*) (2).

Mais l'expression que l'individu use de son droit ne vise point « le droit subjectif » accordé à l'individu ; elle se rapporte au « droit objectif » dont l'individu profite.

De même « la trichotomie *Jus quod ad personas, ad res et ad actiones pertinet* (G. 1, 8) n'est pas une division du droit subjectif, mais du droit objectif », ce qui est souligné expressément par l'éminent romaniste feu M. Mitteis (3).

Aussi les juristes romains ne parlent-ils point de « *jus* » *proprietas* ou « *jus* » *dominii*, mais simplement de « *proprietas* » ou « *dominium* », non de « *jus* » *ususfructus*, mais de « *ususfructus* », de « *creditum* » et non de « *jus* » *crediti*, etc.

On pourrait croire que le « système des droits subjectifs » s'appuie sur la *Déclaration des droits de l'homme de 1789* (4). Mais cette Déclaration ne proclame point le « système des droits subjectifs » comme base de l'ordre juridique.

Elle ne fait que proclamer que certains droits sont garantis à l'homme comme droits de sa personnalité (5).

4. — Comme nous ne pouvons pas découvrir l'origine historique du « système des droits subjectifs », ni dans l'antiquité, ni dans la *Déclaration des droits de l'homme de 1789*, alors peut-être le « système des droits subjectifs » est-il d'origine spécialement *germanique*?

(1) V. F. Senn, *De la justice et du droit*, loc. cit., p. 39 et suiv.

(2) D. 50, 17, 55; fr. 155, 1.

(3) Loc. cit., p. 73.

(4) Comp. L. Duguit, *Leçons de droit public*, p. 43 et suiv.

(5) Comp. ci-dessus, p. 26, à la note 2.

Il faudrait alors en trouver des traces dans les *documents historiques*.

Mais il n'y en a pas !

Dans les *Leges Barbarorum* nous ne trouvons pas même d'allusion à une conception du droit comme d'un « système des droits subjectifs ». Cela va sans dire que dans ces temps reculés on n'a pas posé le problème, tel que nous le posons aujourd'hui.

Mais si nous étudions les introductions, souvent amples, qui précèdent ces lois nationales, nous trouverons des expressions qui témoignent plutôt du contraire, c'est-à-dire d'une conception du droit comme d'un ensemble des règles de conduite. Par exemple, la *Lex Visigothorum*, I, 2, c. 5, dit : *Fieri autem leges haec ratio cogit, ut earum metu humana coerceatur improbitas, rel.*

Dans la doctrine moderne, chez Savigny, nous ne trouvons pas encore le « système des droits subjectifs » (1).

5. — Je dois laisser aux germanistes la tâche de déterminer dans les détails *les origines historiques du « système des droits subjectifs »*.

Mais je ne veux pas manquer de soumettre à votre attention, Mesdames et Messieurs, une *hypothèse* qui m'est venue en étudiant ce problème.

Nous savons qu'au Moyen âge on appliquait le régime de la « *personnalité du droit* », d'après lequel chaque individu avait le droit d'être jugé d'après sa loi nationale. Ce régime n'est pas non plus d'ancienne origine germanique, mais il est déjà connu à l'époque de la *Lex Ribuaria* (2).

Il est facile de comprendre que sous la domination de ce régime l'individu déclarait que d'après « *son droit* » — par exemple s'il est Salien, — il est autorisé à demander telle ou telle chose — c'est-à-dire que d'après la loi Salique il est autorisé à demander une composition d'une somme déterminée.

(1) *System des heutigen romischen Rechts*, I, 1840, p. 7 et 8. Comp. ci-dessus, p. 27, a la note 3.

(2) V. H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 1887, p. 260.

Mais cela ne prouve pas du tout l'existence d'un « système des droits subjectifs ». Cela prouve seulement que l'individu prétendait à être jugé d'après la loi Salique et qu'en usant de la loi Salique il exigeait la somme indiquée.

C'est donc la même conception que nous connaissons aujourd'hui dans le droit privé international où certaines capacités de l'individu sont établies d'après la *lex patriae*.

Il est possible qu'un auteur moderne (je n'ai pu établir sa personnalité) ait cru trouver la conception du « système des droits subjectifs » dans quelques expressions qui, pourtant, visaient plutôt le régime de la « personnalité du droit » que le « système des droits subjectifs ». D'autres auteurs ont suivi ses pas, comme les romanistes ont suivi presque un siècle durant la doctrine de F. L. Keller (1) sur la *Litis contestatio* (émise en 1827), jusqu'à ce qu'en 1889 l'éminent romaniste de Vienne, M. Maurice Wlassak (2), ait détruit ce fantôme doctrinal.

6. — Donc, s'il est impossible de prouver par des documents historiques l'origine du « système des droits subjectifs », d'où nous vient-il?

A ce qu'il paraît, il est d'origine *purement doctrinale*,

(1) A Zurich, plus tard éminent professeur à Berlin : *Ueber Litis contestatio und Urtheil nach classischem romischen Recht*, Zurich, 1827.

(2) *Die Litis contestatio im Formularprozess* (Leipzig, 1889). Le même auteur a détruit dans une étude magistrale toute récente une autre *légende doctrinale* que nous avons prise tous pour une vérité incontestable, notamment la doctrine que les formules pour la préparation du procès étaient composées par le préteur. M. Wlassak a prouvé que c'étaient les parties elles-mêmes qui les faisaient avec l'aide de jurisconsultes. Le préteur donnait ou refusait la sanction à la formule présentée par les parties. V. *Die klassische Prozessformel*, I, *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien*, Classe philolog.-hist., t. CCII, fasc. 3 (Wien, 1924). L'unanimité avec laquelle cette véritable découverte a été reçue dans le monde scientifique prouve que l'éminent auteur a retrouvé la vérité, assombrée par une conception qui appuyait la doctrine que l'État est la seule source du droit. Car, si c'était le préteur, or le représentant de l'État, qui composait les formules, on en pouvait déduire le caractère étatique du droit contenu dans les formules. Comp. H. Lévy-Bruhl, *Prudent et préteur*, Paris (Libr. du Sirey), 1926, et L. Wenger, *Praetor und Formel*, *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Cl. philos.-hist. de l'année 1926, fasc. 3, München, 1926.

issu d'une doctrine faussse sans valeur et même contraire aux éléments essentiels du droit.

Peut-être s'explique-t-il par un *grand malentendu historique*, chose qui eut lieu, maintes fois, dans l'histoire de l'humanité en produisant presque toujours des conséquences funestes. *Aussi dans la science y a-t-il parfois des suggestions.*

Aussi me vient-il à la mémoire un exemple d'un autre domaine juridique. J'ai en vue la notion de la « *volonté générale* » de J.-J. Rousseau, qui est restée inexpliquée par le célèbre auteur (1) — circonstance qui a été cause de la naissance autour de cette notion d'une vaste littérature qui s'est efforcée de l'éclaircir. Peut-être cette « *volonté générale* » de J.-J. Rousseau ne signifie-t-elle rien de plus que ce que nous appelons aujourd'hui la « *conscience commune* » ?

Je suis à la fin de mes observations.

Il est incontestable que la situation sociale et économique est créée par la vie même, et non par le droit. Le droit ne donne que des règles de conduite. Mais *ces règles de conduite sont obligatoires dans toutes les circonstances sans égard au caractère des rapports sociaux ou économiques ni à celui des opinions de la société* (2).

Quelle que soit l'évolution de la situation sociale et économique, le droit doit veiller à ce que les actes des parties soient toujours en accord avec les règles de conduite prescrites par le droit, c'est-à-dire il doit veiller à ce que les parties agissent toujours « droitement » dans les circonstances les plus variées.

7. — *En conclusion* de ces deux conférences que j'ai eu l'honneur de vous présenter, Mesdames et Messieurs, et que vous avez bien voulu patiemment écouter avec cette courtoisie toute française envers l'hôte étranger, je peux

(1) V. A. Peretiatkowicz, *La philosophie du droit de J.-J. Rousseau*, chap. IV : L'idée de la volonté générale, p. 164-217 (en polonais), Cracovie (Gebethner et Wolff), 1913.

(2) Comp. F. Geny, *Science et technique*, vol. II, p. 50; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 81 et suiv.

tracer *le chemin du juge et du législateur* dans notre problème.

Le juge apprécie objectivement le but social ou économique du rapport juridique établi par les parties. c'est-à-dire, il apprécie le changement de la situation d'après la volonté des parties dans les circonstances dans lesquelles elles se trouvaient au moment de la constitution du rapport juridique. Ensuite le *juge* décide si ce *but social ou économique* du rapport juridique entre les parties est *licite ou illicite*, c'est-à-dire si le but est conforme aux buts sociaux et économiques déterminés par la loi.

Sur cette base le juge tire les conséquences juridiques, et prononce le jugement.

Le législateur pour sa part a le devoir d'autoriser le juge à cette mission. De plus, le législateur doit formuler les dispositions de la loi d'une telle manière afin que, *par la conduite des parties*, soient réalisés les buts sociaux et économiques de la loi, et par ce moyen soit garantie en même temps la réalisation de la Justice dans tous les domaines soumis à la jurisprudence.

Or, le « droit » embrasse deux domaines de la vie humaine : 1° la conduite des individus ; 2° *les effets* de cette conduite. Par cela s'explique que nous parlons de « droit » non seulement pour apprécier la conduite des individus qui ont agi « droitement », mais aussi pour signaler la situation sociale et économique, *effectuée* par la conduite des individus. Nous parlons de « l'ordre juridique », qui est le produit de la conduite des individus effectué dans « la nature des choses » de la vie humaine et des dispositions de la loi (1).

(1) Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, loc. cit., I, p. 41, II, note de l'auteur, p. IV, et p. 34, 274, 353, 399-400, 406 et s., p. 414-415, 419, 506 et s.; Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 3^e ed., Paris, 1920, p. 25 et s.

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC