

Adhémar Esmein
La jurisprudence et la doctrine (1902)

Introduzione

di Paolo Alva~~zz~~i del Frate

1. Storico del diritto, penalista, costituzionalista, civilista e comparatista, Adhémar Esmein (1848-1913) fu tra i giuristi francesi più significativi e poliedrici della *Belle Époque*, quei quattro decenni di pace e di grandi trasformazioni economiche, sociali e culturali che precedettero la Prima guerra mondiale.

Il testo di Esmein che qui si pubblica apparve nel 1902 in apertura del primo numero della “Revue trimestrielle de droit civil” con il titolo *La jurisprudence et la doctrine*. L'Autore era allora professore di storia del diritto alla Facoltà giuridica di Parigi. L'articolo, molto noto, è universalmente considerato come una sorta di “Manifesto” del diritto giurisprudenziale. Nel saggio Esmein sottolinea il ruolo svolto dalla Cassazione nell'evoluzione del diritto civile francese nel XIX secolo e rivendica la necessità di affiancare allo studio della disciplina codicistica anche un'analisi scientifica e sistematica della giurisprudenza.

2. Nato nel 1848 a Trouverac nello Charente da una famiglia borghese, Adhémar Esmein compì gli studi giuridici a Parigi¹. Fu giurista dai molteplici interessi e insegnò storia del diritto, diritto penale, diritto canonico e diritto costituzionale, a Douai dal 1875 e, a Parigi, dal 1879. Nel 1891 primo titolare di una cattedra di storia del diritto nella capitale francese, insegnò successivamente anche all'*École libre des sciences politiques*, all'*École pratique des hautes études* e all'*École normale supérieure de Sèvres*.

Protagonista del profondo rinnovamento che conobbero alla fine dell'800 gli studi giuridici in Francia, Esmein è considerato “l'apostolo del metodo storico-comparativo”². Diresse la “Nouvelle Revue historique de droit français et étranger” e

¹ Riferimenti biografici nella recente voce a cura di J.-L. Halpérin, in P. Arabeyre-J.-L. Halpérin-J. Krynen (curr.), *Dictionnaire historique des juristes français: XII^e-XX^e siècle*, Paris 2007, pp. 311-312. Si vedano inoltre D. Touzaud, *Adhémar Esmein. Notice sur sa vie et ses œuvres* (1913), in “Bulletins et mémoires de la Société archéologique et historique de la Charente”, 1913, IV, p. 113-133; J.-L. Halpérin, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, in “Revue historique de droit français et étranger”, LXXV (1997), pp. 415-433; J. Bouineau (cur.), *Hommages à Adhémar Esmein*, in “Méditerranées”, 2000 (in particolare J. Bouineau, *Notice biographique*, pp. 13-16); G. Sacriste, *Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République*, in S. Pinon-P.-H. Prélôt (curr.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris 2009, pp. 9-42; J. Boudon, *La méthode juridique selon Adhémar Esmein*, in N. Hakim-F. Melleray (curr.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris 2009, pp. 263-280; *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris 2011; J. Boudon, *Une doctrine juridique au service de la République? La figure d'Adhémar Esmein*, in “Historia et ius”, n. 2/2012, paper 1; A. Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse Université de Reims, 2012.

² J.-L. Halpérin, *Esmein, Adhémar*, cit., p. 312. Sulla dottrina civilistica francese dell'ottocento esiste una vastissima bibliografia. Rinviamo, anche per ulteriori riferimenti, all'importante contributo di Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris 2002.

contribuì alla nascita di importanti riviste quali la “Revue politique et parlementaire” (1894), la “Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger” (1894) e la “Revue trimestrielle de droit civil” (1902). Vasta e assai diversificata fu la sua produzione scientifica che spaziò dalla storia del diritto³, al diritto costituzionale⁴, al diritto civile e al diritto comparato⁵. Esmein fu innanzitutto “un esprit universel” - osserva Julien Bonnecase - un giurista completo che si interessò a tutte le branche del diritto “et chacun de ses travaux est marqué au coin d'une originalité scientifique que nul ne saurait contester”⁶.

Per meglio comprendere l'ampiezza e l'eterogeneità degli interessi scientifici di Esmein occorre ricordare che fino al 1896 esisteva in Francia un concorso di *agrégation* unico che dava accesso all'insegnamento universitario di tutte le discipline giuridiche⁷. La formazione dei professori universitari era quindi necessariamente eclettica e consentiva loro di coltivare discipline giuridiche anche molto diverse⁸.

3. In Francia il clima culturale degli ultimi decenni dell'Ottocento fu caratterizzato da un generale ripensamento dello Stato e del diritto, generato dalla nascita della Terza Repubblica, dal progresso della industrializzazione e, sul terreno dottrinario, dalla influenza del pensiero tedesco. Tutto ciò favorì una sorta di reazione al formalismo

³ Al riguardo si devono ricordare soprattutto l'*Histoire de la procédure criminelle en France* del 1882 e il *Cours élémentaire d'histoire du droit français* apparso nel 1892.

⁴ Importanti i suoi *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* del 1896. La VI^e edizione del 1914 è stata ripubblicata con una prefazione di Dominique Chagnollaud dalle Editions Panthéon-Assas nel 2001: *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, VI^e éd., revue par Joseph Barthélemy, Paris 1914 (rist. an. Paris 2001).

⁵ Oltre al fondamentale articolo - che viene qui riproposto - *La jurisprudence et la doctrine* apparso nel 1902 nella “Revue trimestrielle de droit civil”, di Esmein vanno ricordati il saggio *L'originalité du Code civil*, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire* del 1904 e le numerose note a sentenza nel *Recueil Sirey*. Quanto al diritto comparato, Esmein fu tra i protagonisti del I Congresso internazionale di diritto comparato, tenutosi a Parigi nel 1900. Si veda la sua relazione al Congresso, A. Esmein, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, in “Revue historique de droit français et étranger”, XXIV (1900), pp. 489-499.

⁶ J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, 2 vv., Bordeaux 1933, pp. 459-460. “L'Histoire du Droit et le Droit public ont été sans doute ses deux champs d'exploration et d'action préférés. Mais il ne s'en est pas tenu là. Le Droit romain l'a attiré à son tour tout comme le Droit canonique, sans oublier le Droit civil”, *ivi*, p. 460.

⁷ Cfr. J.-L. Halpérin, *Athémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, *cit.*; Id., *L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?*, in “Revue d'histoire des Sciences Humaines”, IV (2001), pp. 9-32.

⁸ Paradossalmente Esmein, significativo esempio di tale eclettismo, s'impegnò personalmente in favore dell'abolizione del concorso unico, per la creazione delle quattro sezioni concorsuali - diritto privato e penale, diritto pubblico, storia del diritto, scienze economiche - che fu stabilita dal decreto 23 luglio 1896. Fautore del metodo storico-comparativo quale fondamento di tutte le discipline giuridiche, Esmein finì per contribuire inconsapevolmente all'isolamento della storia del diritto e alla sua marginalizzazione nelle facoltà di giurisprudenza, rispetto alle discipline di diritto positivo. Come osserva J.-L. Halpérin, “il est certain que l'agrégation participe à l'isolement des historiens au sein des facultés de droit. Les contrastes sont nombreux entre la génération d'Esmein et celle sortie des premiers concours spécialisés. À des juristes généralistes ayant le goût de l'histoire - comme Esmein, Saleilles, Duguit ou, en dernier lieu, Édouard Lambert - ont succédé des historiens se consacrant exclusivement à leur discipline”, J.-L. Halpérin, *L'histoire du droit constituée en discipline*, *cit.*, p. 26.

esegetico a lungo dominante. Fondamentale al riguardo fu l'opera di Raymond Saleilles⁹ e di François Géný¹⁰, autori cui si attribuisce il più significativo rinnovamento nella civilistica francese grazie alla elaborazione della dottrina della *libre recherche scientifique*. Anche il diritto pubblico conobbe profonde trasformazioni in quel periodo, si pensi, ad esempio, all'istituzionalismo di François Hauriou e Léon Duguit, all'opera di Raymond Carré de Malberg e agli scritti dello stesso Adhémar Esmein¹¹.

La critica alla c.d. *École de l'Exégèse*¹², che aveva caratterizzato l'insegnamento e l'interpretazione giuridica nel XIX secolo, accomunò gli autori di questo periodo. Alla Scuola dell'Esegesi si attribuiva la responsabilità della diffusione di quel *fétichisme de la loi écrite et codifiée* così duramente denunciato da François Géný nella sua opera maggiore *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899)¹³. Gli orizzonti e gli strumenti a disposizione dell'interprete apparivano allora insufficienti e se ne ricercavano di nuovi e più liberi, che consentissero di affacciarsi *au-delà du Code civil*¹⁴. Come sosteneva Raymond Saleilles nel 1899, "il sera difficile désormais que cet *Au-delà* ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes"¹⁵. La nuova generazione, osserva Nader Hakim, rimprovera "à ses prédécesseurs d'avoir négligé la pratique du droit, de s'être coupés du monde réel ... la science juridique se tourne alors vers ce qu'elle a de plus proche de la vie organique, le prétoire"¹⁶.

Un ruolo certamente di primo piano, in questa opera di rinnovamento dottrinale e

⁹ Si vedano da ultimo M. Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano 2010; F. Audren-Ch. Chêne-N. Mathey-A. Vergne (curr.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris 2013.

¹⁰ Su Géný sono fondamentali i saggi raccolti nel numero monografico *François Géný e la scienza giuridica del Novecento* dei "Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", XX (1991). Cfr. inoltre O. Cachard-F.-X. Licari-F. Lormant (curr.), *La pensée de François Géný*, Paris 2013. Il carteggio tra Géný e Saleilles si trova ora in Ch. Jamin-F. Audren-S. Bloquet (curr.), *Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, Paris 2015.

¹¹ Sulla giuspubblicistica dell'epoca cfr. ora G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris 2011; e R. Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris 2015.

¹² Fu, com'è noto, Julien Bonnetcase a utilizzare la denominazione di *École de l'Exégèse* per definire l'orientamento dei civilisti francesi commentatori del *Code civil*: si veda J. Bonnetcase, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, II ed., Paris 1924. Tratto fondamentale della Scuola, secondo Julien Bonnetcase, fu "le culte du texte de la loi, ou mieux le culte de la loi substitué au culte du droit; pour elle, le droit positif doit être la préoccupation dominante, autant dire exclusive, du jurisconsulte et le droit positif s'identifie, tout entier, avec la loi. Les juristes qui se consacrent à l'étude du droit moderne et spécialement du droit civil, doivent donc partir des textes du Code Napoléon et se cantonner rigoureusement dans le domaine d'action constitué par ce Code", p. 128. Recentemente l'esistenza stessa di una *École de l'Exégèse* è stata messa in dubbio da Philippe Rémy nel saggio *Éloge de l'Exégèse*, in "Droits", I (1985), pp. 115-123.

¹³ "D'abord, j'entends m'attaquer à ce *fétichisme de la loi écrite et codifiée*, qui forme le premier trait distinctif, en même temps que le plus saillant, de la méthode traditonnelle", F. Géný, *Méthode d'interprétation*, II^e ed., Paris 1919, I, § 35, p. 70. L'opera fu pubblicata nel 1899 e, in seconda ed. accresciuta, nel 1919. Una ristampa dei due volumi della *Méthode d'interprétation* è apparsa nel 1995 presso la Librairie Générale de Droit et Jurisprudence di Parigi.

¹⁴ R. Saleilles, *Préface*, in F. Géný, *Méthode d'interprétation*, I, p. XXV.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste*, cit., p. 217 e 221.

dei metodi interpretativi, fu quello esercitato dalla giurisprudenza giudiziaria. Già dai primi decenni del XIX secolo, malgrado l'evidente diffidenza che istituti ereditati dalla Rivoluzione quali il *référé législatif* mantenevano nei confronti della funzioni nomofilattiche della Cassazione, la giurisprudenza aveva saputo ricavarci un ruolo via via crescente. Grazie alle grandi raccolte delle decisioni della Cassazione e del Consiglio di Stato, create da Jean-Baptiste Sirey (1762-1845) e da Désiré Dalloz (1795-1869), le principali sentenze venivano pubblicate e commentate in modo sistematico, divenendo così un riferimento indispensabile, non solo per i pratici, ma anche per la dottrina¹⁷. Si trattò – seconda l'efficace espressione di Nader Hakim – dell'*inéluçtable mariage de la doctrine et du Palais*¹⁸.

Fu dunque grazie all'abolizione del *référé législatif obligatoire*, stabilita nel 1837, e all'influenza crescente della dottrina tedesca¹⁹ che si realizzò l'affermazione definitiva del ruolo della giurisprudenza in Francia²⁰.

4. - La creazione nel 1902 della "Revue trimestrielle de droit civil" rappresentò una svolta significativa nell'evoluzione della civilistica francese. La rivista, fondata da Adhémar Esmein, Raymond Saleilles (1855-1912), Charles Massigli (1851-1915) e Albert Wahl (1863-1941), si proponeva innanzitutto il rilancio degli studi civilistici in un'epoca nella quale il diritto privato appariva incapace di rispondere efficacemente alle rapide trasformazioni della società. Si parlava allora di "declino dei civilisti"²¹ in quanto la loro egemonia nelle Facoltà di giurisprudenza era messa in discussione dallo sviluppo di altre discipline, quali il diritto amministrativo, il diritto commerciale, l'economia politica e la scienza politica. La rivista, esclusivamente dedicata al diritto civile, perseguiva la specializzazione e l'adozione di nuove metodologie interpretative, volte a superare il tradizionale approccio esegetico in favore dello studio della giurisprudenza e della valorizzazione delle costruzioni dottrinali. L'apertura delle prospettive *au-delà du code* auspicata da Saleilles, avrebbe consentito una rinascita della civilistica, in grado di stare al passo con i tempi e di affrontare i nuovi problemi sociali²². È necessario ricordare che l'interesse per la dogmatica manifestato dalla

¹⁷ Sul fenomeno esiste un'ampia bibliografia. Si vedano da ultimo i saggi del numero monografico *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in "Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", XL (2011), in particolare C.M. Herrera, *Entre équité et socialisme? Le juge et la question sociale dans le débat politico-doctrinal français du début du XX^e siècle*, ivi, pp. 331-366. Cf. F. Zénati, *La jurisprudence*, Paris 1991; e N. Hakim, *La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine*, in "Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", XLI (2012), pp. 251-297. Sempre fondamentale è il riferimento a L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967 (in particolare cap. III, *Il giusliberismo*, pp. 201 ss.).

¹⁸ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste*, cit., p. 205.

¹⁹ Significativa fu la presenza di voci dissenzienti rispetto all'orientamento allora dominante in Francia quali la rivista "Thémis" di Athanase Jourdan. Cf. J. Bonnet, *La Thémis (1819-1831): son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris 1914.

²⁰ Interessanti al riguardo le considerazioni di F. Mazzarella, *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in "Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", LXIV (2015), pp. 381-424.

²¹ Ch. Jamin, *Les intentions des fondateurs*, in "Revue trimestrielle de droit civil", 2002, p. 647.

²² "Saleilles veut attirer à nouveau la jeunesse vers l'étude du droit civil en lui démontrant que s'y agitent, autant qu'ailleurs, les grands problèmes sociaux", Ch. Jamin, *Les intentions des fondateurs*, cit., p.

civilistica francese dell'epoca, e dai promotori della rivista in particolare, differiva da quello caratteristico della Pandettistica tedesca. La dottrina francese – contrariamente alla Pandettistica – si basava sul metodo induttivo, procedendo innanzitutto dall'analisi della prassi giudiziaria per poi pervenire alla successiva elaborazione di categorie teoriche generali.

5. - Articolo di apertura e vero proprio manifesto metodologico fu il saggio di Adhémar Esmein *La jurisprudence et la doctrine*. La giurisprudenza, secondo l'esplicita affermazione di Esmein, avrebbe dovuto costituire il “principale oggetto di studio” per i civilisti²³.

Dopo aver reso un significativo omaggio agli autori della c.d. *École de l'Exégèse*, che avevano applicato alle disposizioni del codice “l'analyse la plus fine aux institutions réglementées par ces textes, pour en dégager la nature exacte”²⁴, Esmein iniziava la sua riflessione condannando la separazione tra dottrina e giurisprudenza verificatasi nella prima metà dell'Ottocento. Come “deux sœurs rivales, jalouses l'une de l'autre”, la dottrina e la giurisprudenza si erano allontanate²⁵ e si guardavano con diffidenza²⁶. La separazione non era però destinata a durare a lungo, perché progressivamente si sarebbe dovuto “élargir les horizons ... faire tomber les barrières artificielles ... répandre partout l'air et la lumière”²⁷. È certamente vero che l'ordinamento francese si basa sulla “legge scritta”, ossia il codice e le leggi speciali²⁸, e ad essa bisogna sempre far riferimento, tuttavia “la substance du Code civil s'est peu à peu assouplie et transformée” ed è necessario che la dottrina vada oltre e “prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles”²⁹.

L'evoluzione della società – secondo Esmein – è stata recepita innanzitutto dalla giurisprudenza, a contatto quotidianamente con il diritto vivente e con la realtà in trasformazione. La giurisprudenza rappresenta “la véritable expression du droit civil, elle est

651.

²³ A. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 11. Sul saggio di Esmein si vedano le importanti considerazioni di Ph. Jestaz-Ch. Jamin, *Doctrine et jurisprudence: cent ans après*, in “Revue trimestrielle de droit civil”, 2002, pp. 1-9.

²⁴ Ivi, p. 6.

²⁵ “L'interprétation du Code civil par les tribunaux ne pouvait pas être toujours la même que celle des professeurs et des écrivains. C'est ainsi que s'est formée la *jurisprudence* à côté de la *doctrine*”, ivi, p. 8.

²⁶ “La *doctrine* en particulier, surtout dans les chaires de l'École, faisait un peu la fière et ne se compromettrait pas volontiers dans le commerce de la *jurisprudence*. Ne possédait-elle pas la vérité désintéressée la pureté des principes, la rigueur de la méthode? que lui fallait-il de plus? Le monde du Palais, de son côté, tout en témoignant aux professeurs et aux écrivains dogmatiques estime et respect, les considérait facilement comme formant une classe spéciale de juriste, un peu rêveurs, un peu pédants, et ignorant de la pratique. On voyait en eux des hommes estimables qui, cantonnés dans l'abstraction, n'avaient pas le sens de la réalité vivante”, ivi, pp. 9-10.

²⁷ Ivi, p. 10.

²⁸ L'*incipit* dell'articolo recita infatti: “Nous vivons, quant au droit privé, sous l'*empire d'une loi écrite*: le Code civil et les lois qui l'ont complété”, ivi, p. 5 [corsivo mio].

²⁹ Ivi, p. 11.

la loi réelle et positive, tant qu'elle n'est pas changée"³⁰. Alla giurisprudenza Esmein attribuisce la creazione di un vero e proprio "sistema razionale" e il carattere di "sintesi armonica"³¹. "La jurisprudence dans son ensemble – observe l'Autore –, avec des divergences partielles, telles qu'en offre aussi la doctrine, forme un véritable système, harmonique et consistant"³².

Anche la dottrina ha, nella prospettiva di Esmein, un ruolo fondamentale, perché in grado di guidare e, a volte, anticipare gli orientamenti giurisprudenziali. Scopo della dottrina è dunque di "éclairer la jurisprudence acquise, celle qui va jusqu'au moment présent, et de préparer la jurisprudence de l'avenir"³³. Decisivo è il ruolo della dottrina quando l'evoluzione della società fa sorgere controversie del tutto nuove e la giurisprudenza consolidata non consente al giudice di pronunciarsi. Allora, se la dottrina "est attentive, perspicace et ingénieuse... peut prendre une initiative, qui n'appartient pas aux tribunaux. Elle doit ébaucher, scientifiquement, juridiquement les solutions possibles"³⁴. La dottrina, conclude l'Autore, deve "continuamente scrutare l'orizzonte"³⁵.

Esmein presuppone l'esistenza di una razionalità intrinseca e coerente nella giurisprudenza³⁶. Laddove tale coerenza non si manifesti, o risulti di non facile individuazione, l'Autore ritiene che sia compito della dottrina chiarirla ed esplicitarla. Sono dunque i giuristi, e non i giudici, a dover "costruire l'edificio" teorico-sistemico, utilizzando il metodo storico: "ce vaste travail ne pourra d'ailleurs pleinement et largement s'accomplir que lorsque la jurisprudence sur les principales institutions aura été traitée par la méthode historique"³⁷.

Malgrado le apparenze, Esmein intendeva in realtà valorizzare non tanto la giurisprudenza, quanto la dottrina. Com'è stato giustamente osservato, egli attribuiva alla dottrina un ruolo "superiore" a quello della giurisprudenza, stabilendo una nuova gerarchia delle fonti: "la doctrine devance la jurisprudence, laquelle devance la loi"³⁸.

Dunque Esmein, affermano Philippe Jestaz e Christophe Jamin,

assigne à la doctrine une mission qui, bien que formulée en termes discrets (pratiquer la 'synthèse'), est en réalité sa mission par excellence aux yeux de la nouvelle école *scientifique*. Car il ne fait aucun doute que pour les Beudant, Gény, Gaudemet et autres esprits novateurs de cette époque la science du droit consiste par définition à dégager des principes

³⁰ Ivi, p. 12 [corsivo mio].

³¹ La giurisprudenza ha potuto "produire une véritable interprétation du Code civil, une interprétation d'ensemble, qui forme un corps de doctrine et une synthèse harmonique", ivi, p. 8.

³² Ivi, p. 8.

³³ Ivi, p. 12.

³⁴ Ivi, pp. 16-17.

³⁵ "Elle doit donc consulter sans cesse l'horizon", ivi, p. 17.

³⁶ "Cela – avverte Esmein – n'est vrai, bien entendu, que dans l'ensemble. Il y a, non seulement des contradictions partielles et accidentelles, mais même des éléments durables qui ne se concilient que péniblement", ivi, p. 15.

³⁷ Ivi, p. 16.

³⁸ Ph. Jestaz-Ch. Jamin, *Doctrine et jurisprudence: cent ans après*, cit., pp. 3-4. Esistevano nel testo di Esmein "une partie visible et une partie immergée, un programme d'action et une idéologie sous-jacente": il 'piano d'azione' attribuiva alla giurisprudenza un ruolo fondamentale negli studi civilistici, con la 'ideologia sottostante' si affermava invece la superiorità della dottrina", *ibid.*

et à les hiérarchiser pour en tirer de vastes constructions générales³⁹.

Certamente alle tesi di Esmein possono essere formulate alcune critiche. La sua fiducia, ad esempio, nella capacità della giurisprudenza di costruire una “dottrina armonica”, razionale e coerente, può apparire eccessiva. Inoltre, quando l’Autore ritiene che la dottrina possa “correggere” *a posteriori* la giurisprudenza sembra realizzare un miscuglio “de loi scientifique et de prescription normative, de *sein* et de *sollen*”⁴⁰. Tuttavia queste considerazioni non riducono la portata innovativa dello scritto, opera di

un très grand savant, un pionnier et un juriste quasi universel. Esmein était... un civiliste, un canoniste et un comparatiste, bon connaisseur du droit des Etats-Unis, du Commonwealth et du Japon. Mais il fut surtout un historien du droit, des plus polyvalents, et l’un des pères de la doctrine constitutionnaliste ! Homme de convictions – républicaines, mais catholiques aussi –, épris de tolérance et héritier des Lumières, son esprit n’avait pas de frontières⁴¹.

Il saggio di Esmein – un “article magistral” secondo François Gén⁴² – è giustamente noto per il carattere coraggiosamente innovativo e l’efficacia delle sue argomentazioni, svolte con stile limpido ed essenziale. Lo scritto non costituisce soltanto il “manifesto del diritto giurisprudenziale”, ma presenta un “elogio della dottrina” che ben testimonia la profondità delle trasformazioni in atto nella cultura giuridica francese della *Belle époque*.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ivi*, p. 5.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² F. Gén^y, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris 1914, p. 29. L’importanza e la novità dello scritto di Esmein è confermata da queste parole di Gén^y il quale, appena ricevuto il primo numero della “Revue trimestrielle de droit civil”, scriveva a Saleilles : “je ne crois pas que M. Esmein lui-même, eût écrit son article de tête, tel qu’il est, il y a quinze ans, alors que les idées principales en seront plutôt tenues pour timides aujourd’hui; du moins représentent-elles, pour la majorité des nôtres, le minimum du progrès indispensable”, 14 maggio 1902, in Ch. Jamin-F. Audren-S. Bloquet (curr.), *Lettres de François Gén^y à Raymond Saleilles*, cit., p. 399.

Adhémar Esmein

La jurisprudence et la doctrine

(1902)

Nous vivons, quant au droit privé, sous l'empire d'une loi écrite : le Code civil et les lois qui l'ont complété. C'est donc à lui qu'il faut toujours recourir en ces matières. Il fournit la solution directe ou il limite la solution possible ; car aucune solution, tirée de seuls principes, ne peut se faire accepter, si elle se heurte aux textes ou si elle les contrarie. C'est ce qu'ont voulu nos pères. Ils connaissaient, par une expérience bien des fois séculaire, les dangers du droit coutumier. Ils ont voulu nous donner la garantie et la forte discipline d'un droit écrit et codifié ; et je crois qu'ils ont eu raison. Mais, pour être ainsi fixé, ce droit ne pouvait être immuable. La substance du Code civil s'est peu à peu assouplie et transformée, c'est là un fait qui doit dominer aujourd'hui la science et l'enseignement.

I

Lorsque le Code civil, aux yeux admirateurs du monde entier, sortit de cette longue élaboration qui commence en 1789 et se termine en 1804, le premier travail qu'il appela, de la part des jurisconsultes, consista simplement (et ce n'était pas là peu de chose) à fixer le sens exact de ses articles et la portée précise de ses dispositions. Ce fut l'objet d'une longue et minutieuse application, et naturellement nos écoles prirent de ce labeur une large part. Chaque mot fut pesé, chaque article fut interrogé en lui-même et rapproché de [6] ceux qui se rapportaient à la même matière. On se rapprocha aussi les passages de nos anciens auteurs, ceux surtout de Pothier, d'où beaucoup avaient été tirés ; et, par l'étude critique des travaux préparatoires, on s'efforça de déterminer si, dans cette adaptation, ils avaient conservé leur sens ancien ou pris une signification et une portée nouvelles.

On appliqua l'analyse la plus fine aux institutions réglementées par ces textes, pour en dégager la nature exacte. Puis le sens de la loi étant ainsi fixé, les principes étant démêlés, on s'efforça, par les ressources que fournissent la logique et la dialectique juridiques, d'en tirer toutes les conséquences qui y étaient contenues en germe, de prévoir toutes les hypothèses qui pouvaient se ranger sous leur application.

C'est à cette œuvre que se sont consacrés nos anciens et nos maîtres, les civilistes de la première moitié du XIX^e siècle. À ce labeur ont passé leurs veilles plusieurs générations de professeurs et d'exégètes, en tête desquelles rayonnent les noms, aujourd'hui un peu oubliés, de Duranton et de Toullier : ceux-là furent les plus utiles, car ils furent les ouvriers de la première heure. Ainsi se constitua la doctrine et la tradition du nouveau droit civil, tradition si forte et si religieusement gardée qu'aujourd'hui bien des maîtres hésitent encore à jeter par-dessus bord une bonne

· "Revue trimestrielle de droit civil", I (1902), pp. 5-19. Tra parentesi quadre è indicata la paginazione originale.

partie de cet *apparatus*, devenu encombrante et qui forme un poids mort : des critiques de texte inutiles, puisque le sens de la loi est bien fixé ; des hypothèses classiques, qui passent de main en main, et qui sont devenues superflues depuis que les faits et la pratique en ont fourni de meilleures, ou qui sont maintenant vaines, la difficulté qu'elles prévoyaient ne s'étant jamais mais présentée. Telle fut l'œuvre première de la *doctrine*.

Mais, de son côté, la pratique, ayant pour régulateur les sentences des tribunaux et surtout les arrêts de la Cour de cassation, travaillait sans relâche à l'interprétation du Code civil, interprétation plus large plus compréhensive que celle de la doctrine, car elle se faisait non seulement sur les articles mais aussi en dehors des articles, lorsqu'il n'avaient point prévu les problèmes juridiques qui surgissaient. Elle n'y procédait point avec des vues d'ensemble et un ordre [7] méthodique. C'étaient les faits qui posaient les questions ; c'étaient les litiges qui les dégageaient, dans le conflit des intérêts, et il fallait les résoudre. Sans doute, pour les trancher, le juge s'inspirait des principes et des leçons qu'il avait rapportés de l'École de droit, des exposés que lui fournissaient les ouvrages de doctrine. Mais le plus souvent, ni le cours de la Faculté, ni la page de l'auteur n'avaient prévu la difficulté spécifique qu'il fallait résoudre. D'ailleurs le magistrat n'est point assis dans la chaire paisible du professeur. Tout en gardant cette intégrité, cette impartialité, qui ont toujours honoré la magistrature des temps modernes, il voit vivre la cause devant lui et ne saurait être fermé à la considération des intérêts moraux ou pécuniaires qui y sont engagés. Ce n'est point une *espèce* d'école qu'il étudie, ce sont deux hommes, deux de ses semblables, entre lesquels il doit décider ; et il y aura nécessairement un gagnant et un perdant. Enfin, dans cette préparation de l'œuvre judiciaire, que font, si utile et essentielle même, les avoués et les avocats, le juge trouve souvent des arguments nouveaux et des thèses imprévues. Sans doute, les avocats, comme les juges, ont passé par nos Facultés et y ont reçu leur première instruction, ils ont même toujours témoigné à ces Écoles une affection dont leurs vieux maîtres leur sont profondément reconnaissants. Mais, en face d'une cause qu'ils ont accepté de plaider, soucieux des intérêts qui leur sont confiés, ils s'ingénient à trouver dans les textes législatifs ou dans les auteurs en renom, et surtout dans leur propre fonds, des arguments séduisants et favorables. Ce qu'ils apportent n'est pas toujours un raisonnement parfaitement rigoureux et juridique : les côtés avantageux des théories sont mis en pleine lumière, les côtés faibles sont laissés dans l'ombre. Les romanistes, qui s'efforcent à retrouver le droit privé de la République dans les plaidoyers de Cicéron, savent qu'il ne faut pas prendre pour argent comptant toutes les thèses juridiques que produit un avocat, fût-il le premier de son temps. Mais tout cela est vivant et souvent puissant, et il en passe fatalement un peu, quelquefois beaucoup, dans la conviction et dans la sentence du juge.

[8] Enfin le juge, pour traduire sa conviction et sa pensée, a chez nous une forme particulière à laquelle il est assujéti. Ce n'est pas le système anglais, d'après lequel, le magistrat, *putting down the law*, prononce librement et oralement son *judgment*, dans une exposition dont rien, si ce n'est l'usage, ne limite l'ampleur ; d'après lequel, en principe, chaque juge, s'il y en a plusieurs, donne tour à tour son jugement indépendant ; alors même qu'un seul juge lit le jugement écrit de la Cour entière, *the judgment of the court*, la forme en est toujours aussi simple et aussi libre. Le jugement d'un tribunal français, c'est une sentence écrite, œuvre collective du tribunal, que doivent agréer tous les

membres du siège, précédée de considérants dans lesquels la pensée, nécessairement comprimés, est tenue de se réduire à l'expression la plus brève et la plus concentrée. Pour toutes ces raisons l'interprétation du Code civil par les tribunaux ne pouvait pas être toujours la même que celle des professeurs et des écrivains. C'est ainsi que s'est formée la *jurisprudence* à côté de la *doctrine*.

Mais comment la jurisprudence, ainsi entendue, a-t-elle pu produire une véritable interprétation du Code civil, une interprétation d'ensemble, qui forme un corps de doctrine et une synthèse harmonique ? Cela paraît d'abord impossible. En effet, l'œuvre de la jurisprudence se présente comme essentiellement fragmentaire. Même la Cour de cassation ne statue que sur des espèces ; jamais elle ne procède (cela lui est interdit) à une notation même partielle de ses doctrines. A mesure que l'on descend dans la hiérarchie judiciaire, le particularisme des décisions et la variété des jurisprudences s'accroissent.

Il n'en est pas moins vrai que la jurisprudence dans son ensemble, avec des divergences partielles, telles qu'en offre aussi la doctrine, forme un véritable système, harmonique et consistant. Cela ne vient pas seulement de cet instinct puissant et salutaire qui pousse les administrations et les corps constitués à conformer leur conduite future à leur conduite passée. Un tribunal, si modeste qu'il soit, ne se déjuge pas sans de très graves motifs, et, plus une Cour est élevée dans [9] l'ordre judiciaire, plus elle tient à ses traditions et à sa jurisprudence. Cela explique bien la fixité dans la solution des mêmes questions particulières, soulevées par les espèces ; mais cela n'explique pas, même dans la jurisprudence de la Cour suprême, comment des décisions, isolément prises sur des questions distinctes, arrivent à former un système dont les parties se tiennent. Ce résultat incontestable paraît tenir surtout à une loi de la nature humaine.

Toutes les fois que les hommes d'une même race, d'une même époque, d'une même éducation se livrent à un même travail, d'une façon durable, qu'ils agissent par groupes ou isolément, il arrive qu'en fin de compte, *in the long run* comme disent les Anglais, leurs efforts dispersés produisent des résultats concordants et homogènes. C'est ainsi que toute période historique, suffisamment tranchée, arrive à avoir son style, non seulement dans la littérature et les beaux-arts, mais aussi dans le mobilier et le costume. Les ébénistes obscurs, qui ont dégagé progressivement et inconsciemment le meuble Louis XV et le meuble Louis XVI, par exemple, n'avaient point un plan commun et arrêté ; on ne peut même pas dire qu'ils avaient une instruction commune d'où pouvait sortir une même tendance novatrice. C'est ainsi que sur bien des points, sans s'en douter, les hommes d'aujourd'hui préparent les institutions de demain. Et cela est de plus en plus vrai à mesure qu'on s'élève dans les sphères de la réflexion et de la science. C'est ainsi, toutes proportions gardées, que la jurisprudence des tribunaux français est arrivée, personne ne le conteste aujourd'hui, à former un système logique et à fournir une interprétation harmonique du Code civil.

II

Pendant bien des années, durant toute la première moitié du XIX^e siècle, la *doctrine* et la *jurisprudence* ont été séparées. C'étaient presque deux sœurs rivales, jalouses l'une de l'autre. La *doctrine* en particulier, surtout dans les chaires de l'École, faisait un peu la fière et ne se compromettait pas [10] volontiers dans le commerce de la *jurisprudence*. Ne possédait-elle pas la vérité désintéressée la pureté des principes, la rigueur de la méthode ? que lui fallait-il de plus ?

Le monde du Palais, de son côté, tout en témoignant aux professeurs et aux écrivains dogmatiques estime et respect, les considérait facilement comme formant une classe spéciale de juriste, un peu rêveurs, un peu pédants, et ignorant de la pratique. On voyait en eux des hommes estimables qui, cantonnés dans l'abstraction, n'avaient pas le sens de la réalité vivante.

Mais cette séparation ne pouvait durer toujours. Le mouvement propre du XIX^e siècle a tendu constamment à élargir les horizons, à faire tomber les barrières artificielles, à répandre partout l'air et la lumière. L'École le sentit et ses amphithéâtres entendirent citer les arrêts des cours à côté des articles du Code. C'était cause gagnée à la fin du Second Empire, lorsque je poursuivais mes études pour la licence à la Faculté de Paris. Dans son cours abondant, méthodique et complet M. Duverger relevait soigneusement les principales décisions de la jurisprudence. Il est vrai qu'elles étaient surtout introduites comme des autorités à l'appui de tel ou tel *système*, plutôt qu'étudiées directement et en elles-mêmes : chaque opinion avait, en ordre régulier, son cortège d'auteurs et d'arrêts. Dans le cours de Valette, la jurisprudence était plus directement étudiée, mais par occasion et par saccades. C'était tel arrêt, qui avait retenu la curiosité du professeur, et qu'il présentait à ses élèves à raison de son originalité ou de son importance ; et je vois et je vois encore le vieux maître, dépliant, pour le citer, le numéro de la *Gazette des Tribunaux*, ou il l'avait saisi au passage et qu'il avait conservé. Avec MM. Beaudant et Bufnoir le flot envahisseur de la jurisprudence s'élargit amplement ; l'étude des principales constructions qui sont dues à celle-ci : donations déguisées, assurances sur la vie, régime de la dot mobilière, etc., prenait place dans l'enseignement, où, en même temps, pour la théorie pure, la synthèse remplaçait peu à peu la méthode exégétique.

Ceux qui ont recueilli l'héritage des maîtres que j'ai cités, [11] ont continué, affermi et élargi encore cette rénovation : je n'en veux pour preuve que ces leçons de mon ami regretté, Léon Michel, sur *la responsabilité des patrons envers les ouvriers et la loi du 9 avril 1898*, leçons qu'on pieusement recueillies et rédigées mes meilleurs élèves et que vient de publier la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Et si je n'ai parlé jusqu'ici, que de la Faculté de Paris, c'est parce que je suis un de ses enfants et qu'elle est pour moi la mieux connue. Mais le même mouvement a gagné toutes nos Facultés, et tous les professeurs de droit civil y sont entrés depuis déjà bien des années.

En même temps que s'accomplissait cette transformation de l'enseignement, un autre de nos anciens, M. Labbé, entra dans une voie nouvelle et féconde. Il inaugura un des premiers les annotations scientifiques et approfondies d'arrêts importants, leur donnant une valeur et une portée qu'elles n'avaient jamais eues auparavant. Il a été vraiment le maître du genre, et, par une bizarrerie apparente qui est

peut-être au fond une harmonie véritable, il a été donné à ce romaniste de renouveler profondément la littérature de notre droit civil français. C'est une voie d'ailleurs où il ne marchait pas seul et qui, depuis, n'a pas été abandonnée, et ceux qui la suivent maintenant sont de jour en jour plus nombreux et plus vaillants. Par là l'École s'est rapprochée du Palais et s'est mieux fait connaître à lui. Ces notes ne sont point dédaignées par les magistrats et par les avocats. Là encore le rapprochement s'accroît et l'union se prépare.

III

Tout cela c'est beaucoup ; mais, à mes yeux, cela n'est pas assez. Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force ; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles.

Que l'en m'entend bien. Je ne prétends point que l'enseignement juridique élémentaire, et spécialement l'enseignement du droit civil, doive cesser d'être dogmatique. Il aura [12] toujours pour élément essentiel et principal ce qui composait jadis son fonds tout entier : la connaissance des textes et l'exposition des principes. Il devra seulement réserver une place suffisante pour enregistrer et faire comprendre les résultats, chaque jour plus abondants et plus sûrs, que donnera l'étude directe et synthétique de la jurisprudence. Cette étude, c'est dans les livres, dans les revues, telles que celle-ci, qu'elle doit d'abord se faire, et aussi, surtout peut-être, dans ces cours de droit civil approfondi, qu'offrent maintenant aux étudiants en doctorat la plupart de nos Facultés. C'est de là que la substance en passera dans l'enseignement donné en vue de la licence.

Ce qui impose ce parti pris, cette orientation nouvelle de l'étude du droit civil, c'est la nature même de notre droit français, sa nature actuelle et vraie. Ce n'est pas, en effet, une législation morte que renferment les pages du Code civil. C'est un droit vivant, qui a déjà longtemps vécu, et qui, je l'espère, est appelé à vivre longtemps encore. Par là même il a subi et subira la loi naturelle de tout ce qui vit : il s'est transformé et se transformera encore. Ces transformations n'ont pu se produire (là où le législateur n'est pas intervenu à nouveau) qu'en respectant les textes anciens, en les assouplissant par l'interprétation ; mais elles se sont produites nombreuses et profondes. Le XIX^e siècle a vu dans le domaine des intérêts pécuniaires, dans les rapports sociaux, tant de choses nouvelles que le Code civil n'a pas réglementées, parce qu'il ne pouvait pas les prévoir ! Certaines choses qu'il a réglementées, comme la propriété mobilière, ont changé presque du tout au tout. Il a bien fallu que la loi écrite s'adaptât à ce milieu nouveau. Or, ces transformations du droit civil, qui les a notées en même temps que consacrées ? C'est la jurisprudence. C'est elle qui est la véritable expression du droit civil ; elle est la loi réelle et positive, tant qu'elle n'est pas changée. C'est donc elle, autant que le Code civil lui-même, qu'il faut étudier directement et scientifiquement. Cette étude aura pour résultat et pour but d'éclairer la jurisprudence acquise, celle qui va jusqu'au moment présent, et de préparer la jurisprudence de l'avenir. [13]

IV

C'est par la méthode historique qu'il faut conduire l'étude scientifique de la jurisprudence. Que l'on ne se récrie pas ; je suis suspect en la matière, étant *orfèvre*, comme M. Josse. Mais la chose est si claire que c'est presque l'évidence.

Qu'est en effet la jurisprudence acquise ? C'est un pur produit historique. C'est une œuvre collective et progressive, qui, comme on l'a observé plus haut, s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires. C'est donc la méthode historique qui pourra dégager sa formation, son évolution et ses tendances. Le Code civil sera bientôt vieux d'un siècle - et il s'est accumulé sur lui une immense jurisprudence. Il faut la traiter, comme nous traitons celle de notre ancien droit, au moins pour les trois derniers siècles de l'ancien régime.

Il faut d'abord la prendre dans ses origines, la suivre dans ses développements, marquer ses détours, ses hésitations, ses retours en arrière ; et à ce point de vue la jurisprudence ancienne, celle des premières années qui suivirent la promulgation du Code civil, et celle de la première moitié du XIX^e siècle, sont aussi importantes que la jurisprudence la plus récente, celle de ces dernières années. C'est là le premier point ; mais ce n'est encore, en quelque sorte, qu'un relevé matériel. Il faudra ensuite rechercher les causes profondes de cette marche dans un sens donné, de ces déviations, de ces réactions ou de ces progrès. Elles se trouvent toujours dans les besoins de la vie sociale ou dans les idées morales ou scientifiques des contemporains. Ce sont parfois des préjugés largement répandus, parfois de grandes vérités qui peu à peu montent à la lumière. Pour les connaître il faut d'ailleurs consulter les documents les plus divers : écrits de jurisconsultes et d'économistes ; recueils de statistiques ; polémiques de presse ; romans ou pièces de théâtre. Enfin il faut étudier les *procédés techniques* de la jurisprudence. Elle en a forcément ; car, comme on l'a dit en commençant, nous vivons sous l'empire d'un droit écrit [14]. Il a fallu que bien souvent, pour ne point les violer par ses constructions nouvelles, elle interprêtât dans un certain sens les articles qui semblaient contraires à ses vues ; elle a dû plus d'une fois plier de la même manière à ses volontés ou à ses besoins les principes précis qui se dégageaient du Code civil.

Par ce travail on fera apparaître sur chaque point important, pour chaque institution, la nature véritable de la jurisprudence qui les régit. On ne découvrira pas seulement les règles et les résultats pratiques, mais aussi les mobiles, les ressorts cachés, les Procédés techniques ; les forces en un mot qui l'ont menée jusqu'à l'état actuel et qui la mèneront plus loin encore. Par là, il est possible, autant qu'il est donné à l'intelligence humaine, de prévoir le développement futur de la jurisprudence en marche ; de dégager les conséquences qu'elle contient en puissance, non pas seulement celles que la logique juridique peut tirer déjà des prémisses posées, mais celles aussi, moins apparentes, que produira, par sa logique propre, une phase postérieure de l'évolution commencée.

En même temps ce travail fournira aux jurisconsultes des moyens puissants pour combattre les jurisprudences qu'ils considèrent comme fausses et mauvaises, pour en obtenir la rétractation. Car, pour voir en elles un produit historique, une véritable évolution, je n'y vois point une force fatale et des phénomènes sur lesquels la volonté et la vérité n'ont aucune prise. C'est au contraire l'œuvre d'êtres libres, dans la mesure

où existe la liberté humaine, d'esprits éclairés et instruits, astreints à respecter le droit et à motiver leurs sentences. Le droit et le devoir de tout jurisconsulte est de lutter, dans la mesure de ses forces, contre toute jurisprudence qu'il croit fautive ou malfaisante. Les cours, faillibles comme toute assemblée d'hommes, la Cour suprême elle-même, qui doit respecter, la première cette loi dont elle a charge d'imposer le respect à tous les tribunaux, ne peuvent s'obstiner, si la démonstration de leur méprise est fournie solide et incontestable. C'est là une tâche importante et délicate qui incombe à la doctrine, et celle-ci peut rappeler [15] quelques grandes victoires, pacifiques et bienfaites, qu'elle a remportées sur ce terrain. Mais combien sa force sera accrue et sa marche plus sûre, lorsqu'aura été faite cette étude historique et pénétrante de la jurisprudence que j'appelle de tous mes vœux ! Il est rare qu'une solution jurisprudentielle, quand elle éclate dans un arrêt, n'existe pas en germe et en puissance dans des arrêts antérieurs. La nouvelle méthode montrera jusqu'où il faut remonter pour saisir le mal dans sa racine ; et, comme elle doit dégager aussi les causes profondes qui amènent les progrès ou les déviations de la jurisprudence, elle permettra aussi d'apprécier la valeur de ces mobiles, et de soulever contre eux, s'il y a lieu, cette force de l'opinion à laquelle rien ne résiste. Il y aurait là, si la comparaison est permise, quelque chose de semblable aux ressources que procurent à la médecine les méthodes nouvelles. Jadis le médecin n'avait guère pour le guider que les symptômes extérieurs et les constatations qu'il faisait par ses propres sens : aujourd'hui la chimie et la microbiologie lui permettent d'aller chercher, dans sa source même la maladie, le principe qui la produit. La méthode historique, dans son nouvel emploi, serait, je le crois, d'un puissant secours pour sonder et guérir les maladies de la jurisprudence ; celle-ci n'en est pas exempte, pas plus qu'aucun organisme vivant.

On peut appliquer séparément à la jurisprudence qui s'est formée sur n'importe quelle question ou institution importante, la méthode historique qui vient d'être décrite. Mais l'étude scientifique de la jurisprudence doit comprendre une autre méthode, c'est-à-dire la *synthèse*.

J'ai dit plus haut que les décisions fragmentaires rendues par les tribunaux, sur les diverses institutions que comprend le droit civil, forment un système dont toutes les parties se tiennent. Cela n'est vrai, bien entendu, que dans l'ensemble. Il y a, non seulement des contradictions partielles et accidentelles, mais même des éléments durables qui ne se concilient que péniblement. Il y a des particularismes persistants chez certaines cours d'appel, dont, il est vrai, l'histoire ou la géographie fournit l'explication. Mais cette harmonie [16] générale, avec ses irrégularités secondaires, qui peut la formuler et la démontrer ? Ce ne sont point les tribunaux : ils fournissent et taillent les matériaux, mais ne sont point chargés de construire l'édifice. Ce sont les théoriciens, les hommes d'étude : voilà pour le cabinet de travail et pour la chaire du professeur. Ce vaste travail ne pourra d'ailleurs pleinement et largement s'accomplir que lorsque la jurisprudence sur les principales institutions aura été traitée par la méthode historique.

V

Il est des cas où la jurisprudence acquise, la jurisprudence du passé et du présent, ne fournit que peu d'indications pour permettre d'entrevoir la jurisprudence de

l'avenir, même celle d'un avenir prochain. Il s'agit alors des rapports entre les hommes que le passé n'a point connus, que le Code civil n'a point réglementés, et qui, après s'être développés lentement à l'état extra-légal, se révèlent un beau jour comme si importants qu'ils s'imposent à l'opinion publique et demandent satisfaction. Le XIX^e siècle a donné nombre de ces surprises : développement des sociétés commerciales, industrielles et financières ; contrat de travail sous le régime de la grande industrie ; transports par les chemins de fer et les paquebots rapides, pour ne citer que les faits principaux. Le XX^e siècle recèle sans doute dans ses flancs bien d'autres phénomènes inattendus et puissants.

Pour la solution de ces problèmes, pour la satisfaction donnée à ces besoins, l'œuvre de la jurisprudence devancera toujours celle du législateur ; car celui-ci n'intervient que lorsque le nouvel état de choses a pris de larges proportions. Mais dès que de nouveaux rapports sociaux sont nés sur quelques points, ils peuvent faire surgir des litiges que les tribunaux doivent résoudre. Ici la jurisprudence antérieure ne peut fournir que des modèles bien éloignés, des précédents peu utilisables. C'est la doctrine qui reprend alors le premier rang, si elle est attentive, perspicace et ingénieuse. Elle peut prendre une initiative, qui n'appartient pas aux tribunaux. Elle doit ébaucher, scientifiquement, [17] juridiquement les solutions possibles. Elle doit donc consulter sans cesse l'horizon. Les professeurs de Code civil peuvent trouver à cet égard des renseignements et des avertissements précieux chez quelques-uns de leurs collègues. Quoique le droit et l'économie politique n'aient point les mêmes méthodes, une décision sage a placé dans les Facultés de droit l'enseignement principal des sciences économiques. Les économistes ont justement pour mission de relever et de signaler ces faits nouveaux, ces formations de rapports inconnus du passé quand ils intéressent la science des richesses.

VI

Pour l'étude scientifique et la construction de la jurisprudence ce serait-il possible de recourir à cet admirable instrument qui s'appelle le droit comparé ? Je ne le crois pas, du moins en général. Le droit comparé fournit des ressources au législateur des idées et des règles, qu'il adaptera aux besoins du pays et au génie national ; il ne peut guère être utilisé par la jurisprudence ou par la doctrine qui s'attache à celle-ci. Dans chaque pays la jurisprudence et même la doctrine sont dominées par la *technique* du droit national. Elles ne peuvent faire des créations qu'en les faisant entrer dans les catégories juridiques qu'admet ce système ; elles ne peuvent aboutir que dans la mesure et dans la forme où le permet le mécanisme de la procédure en vigueur. Tel résultat nouveau obtenu par la jurisprudence d'un pays, parce que la conception des droits réels ou les principes sur les contrats reçus dans ce pays s'y prêtaient aisément, ne pourrait pas être transporté chez un peuple qui a donné aux droits réels un cadre plus étroit et aux contrats des principes moins larges. La différence du droit anglais et du droit français rend cela facile à comprendre ; jamais la jurisprudence des tribunaux français ne saurait pénétrer dans la jurisprudence anglaise, et la réciproque n'est pas moins vraie. Alors même qu'il s'agit de législations moins divergentes par leur origine et par leur classification des droits, comme par exemple le Code civil français et le Code civil de l'Empire d'Allemagne, [18] les emprunts réciproques que peuvent se

faire la jurisprudence et la doctrine des deux pays sont encore bien limités : car non seulement le génie intime, mais aussi l'élaboration, si diverse, de ces deux codifications, a donné au droit qu'elles contiennent, même sur les points où il confine, un tempérament différent. Il ne faut pas d'ailleurs regretter ces particularités techniques des diverses législations ; c'est là ce qui constitue à vrai dire le droit, en tant que science ; c'est là aussi ce qui introduit la sécurité et la justice pacifique dans les rapports des hommes réunis en société ; c'est la meilleure garantie de leurs droits. Un droit national sans formes spécifiques et sans catégories techniques, une législation si simple et si vague à la fois, que tout esprit cultivé, tout homme intelligent pourrait également et sans étude spéciale la comprendre et prétendre l'appliquer, serait une matière molle que chacun pourrait pétrir à sa guise et qui se déformerait aisément aux mains des audacieux et des violents.

Mais il est des législations qui, même à ce point de vue, sont les sœurs de la nôtre. La Belgique garde notre Code civil, qu'elle a simplement retouché sur certains points. D'autres nations, comme l'Italie, ont des Codes qui procèdent directement des nôtres, si bien que les différences, sauf quelques satisfactions données aux goûts nationaux, se ramènent le plus souvent aux retouches et améliorations dont a bénéficié la codification la plus jeune. La jurisprudence de ces pays doit être pour nous un important et fécond sujet d'étude. Lorsqu'elle concorde avec la nôtre, la valeur de celle-ci s'en accroît ; il y a là comme la preuve d'une opération mathématique. Lorsqu'il y a divergence sur des points communs aux deux législations, il s'agit de découvrir comment des juges, appartenant à des hiérarchies distinctes, mais similaires, sont arrivés à traduire diversement des lois semblables ou peu différentes. Il y a à rechercher les causes de la divergence, à comparer les procédés d'interprétation ; et cette recherche permettra de pénétrer plus sûrement au cœur même de la jurisprudence française.

Voilà un programme qui peut paraître ambitieux ou singulier ; il y a quelque témérité à le produire, chez un homme [19] qui n'est point un civiliste de profession. J'ai pour excuse que ces idées sont anciennes dans mon esprit, et que depuis longtemps, sans beaucoup de succès, je cherche à les répandre. Jamais l'occasion, pour cela, ne s'était offerte aussi belle qu'aujourd'hui. A mes yeux l'étude du droit civil, que je n'ai jamais abandonnée, est et doit rester au premier rang parmi les sciences juridiques ; mais qu'elle doit, pour conserver ce rang, se régénérer largement et s'inspirer de méthodes nouvelles.