

INTRODUCTION

1. Chose curieuse : cette science sans laquelle la vie en société serait sinon inconcevable, du moins impossible pratiquement ; cette science qui est la seule dont la matière brute soit à proprement parler constituée par la totalité des phénomènes humains ; cette science merveilleusement protéiforme, dont les siècles qui passent élargissent toujours davantage le champ de rayonnement, le Droit demeure courbé sous le poids d'un empirisme qu'aucun qualificatif euphémiste n'arrive à dissimuler.

Tact, habitude, expérience, tour de main, pratique, voilà les mots qui reviennent toujours quand il est question de l'activité juridique ⁽¹⁾. Est-ce digne de la *jurisprudentia*, téléologique par nature, raisonnante par nécessité, de se voir ainsi interdire l'accès de la science des sciences : la méthodologie ?

La méthode doit conquérir son droit de cité dans la science juridique.

Des efforts ont été déjà faits en ce sens ⁽²⁾. Ils continuent. Ils commencent à porter fruit. Un jour, la méthodologie juridique sera faite.

En attendant, c'est pierre par pierre qu'il faut échafauder l'édifice. Or, celui-ci sera vaste, puisqu'il devra englober, pour reprendre les termes devenus classiques par les travaux de M. Gény, le « donné » aussi bien que le « construit », la « Science » aussi bien que « l'Art » et la « Technique » ⁽³⁾. Autrement dit, les principes à élaborer devront avoir pour

(1) C'est ce qu'a déjà dénoncé M. Gény (Science et Technique, t. I^{er}, p. 14) et, avant lui, Ihering (Esprit du Droit romain, t. III, § 42, p. 4).

(2) Gény, Méthode d'interprétation ; Gény, Science et Technique ; Roubier, Théorie générale ; Larnaude et autres, Les Méthodes juridiques ; Dabin, Technique de l'élaboration ; Delaroue, Méthode du droit ; Roume, A propos de la méthode juridique ; E.-H. Perreau, Technique de la jurisprudence ; Miescou, Technique juridique ; Mallieux, Exégèse des Codes ; van der Eycken, Méthode d'interprétation ; Condomine, Théorie juridique ; Marasco, Expression et concrétisation du Droit.

(3) Sur la nécessité de distinguer entre ces trois facteurs, v. Roubier, Théorie générale, N° 17, p. 154 et suiv.

objet, d'une part, la recherche et l'enregistrement, en vue de l'action du Droit, des réalités qui en forment la matière brute : les manifestations de la vie d'ordre social, historique, politique, religieux, économique, psychologique, rationnel et moral (« Science ») ; d'autre part, l'adaptation de ce « donné » aux besoins du commerce juridique au moyen des moules artificiels dont le juriste doit se servir pour parvenir aux fins concrètes du Droit et dont il y a lieu de déterminer, et le contenu (« Art »), et l'aspect extérieur et le fonctionnement (« Technique »).

2. Ces fins concrètes, les savants et les chercheurs n'ont que trop tendance à les mépriser ou du moins à les négliger.

C'est avec un véritable dédain que certains auteurs rejettent dans les ténèbres de l'empirisme inconscient les préoccupations d'ordre « purement pratique », relatives à « l'application journalière » du Droit ⁽⁴⁾.

Sans aller jusque là, tous les autres renoncent, à tout le moins, à faire, dans la méthodologie juridique, une place à la réalisation du Droit. Ihering a beau s'écrier, dans une phrase aussi bien frappée que profondément vraie, que « la réalisation est la vie et la vérité du Droit » ⁽⁵⁾, — on chercherait en vain dans son œuvre des principes propres à guider la pensée du juriste dans cette tâche, belle et humble à la fois, qui consiste à ramener le Droit « des hautes sphères de la philosophie... aux zones inférieures des difficultés journalières ». Et M. Demogue, à qui nous empruntons cette formule ⁽⁶⁾, ne s'est pas davantage attaché à lui insuffler vie.

A son tour, M. Roubier, dans sa magistrale « Théorie générale du Droit », a pu écarter délibérément l'application du Droit du domaine de la technique juridique et limiter cette dernière à « l'étude de l'ensemble des moyens par lesquels « est traduit, à l'état de règle, le but qui a été entrevu par la « politique juridique », donc à la création et à l'interprétation des règles du Droit » ⁽⁷⁾.

Enfin, M. Gény, qui a donné au monde du Droit le premier grand miroir de la pensée juridique, a borné, lui aussi, ses

(4) Roume, *Méthode juridique*, p. 90, 173.

(5) *Esprit du Droit romain*, t. III, § 43, p. 15.

(6) *Notions fondamentales*, p. 257.

(7) N° 9, p. 75 ; cf. N° 17, p. 158.

investigations au seul travail d'élaboration et d'interprétation. Quant à la réalisation proprement dite du Droit, il n'hésite pas à préconiser cet empirisme dont, à juste titre, il combat pourtant le principe : « à cet objectif, écrit-il ⁽⁸⁾, le tact et le « doigté du praticien contribueront mieux que la pénétration « du penseur ».

Tel n'est point notre avis.

Avec Ihering, nous croyons que la réalisation est la branche la plus importante du Droit ; et nous estimons que la renonciation à la pensée méthodique n'est pas plus admissible en cette matière que dans les autres domaines de la technique juridique. La réalisation du Droit, comme toute activité de l'esprit, comporte un mécanisme qui fonctionne d'après certains principes, et dont il doit être possible de mettre à nu les rouages.

C'est à ce « démontage » que sont consacrées les pages qui suivent.

Elles traiteront donc de la réalisation du Droit. Elles tendront à démontrer que cette réalisation, loin d'être seulement affaire de « tact et d'habitude », exige, au contraire, en tant qu'elle est œuvre consciente, d'être « systématisée ».

3. Le titre de notre étude délimite la tâche que celle-ci se propose d'accomplir.

En désignant comme objet la « réalisation » du Droit, ce titre fixe le secteur de l'activité juridique sur lequel il s'agit de projeter quelques lumières : c'est d'une parcelle du vaste domaine de la « technique », voire de la « pratique » qu'il sera question. On ne trouvera point ici de spéculations sur les grands problèmes de la philosophie du Droit. Si attachantes que soient ces questions, nous ne pouvons nous préoccuper ni du « concept du Droit », ni de son fondement ; et nous ne pourrions pas davantage nous arrêter aux multiples problèmes et controverses que suscite la question de l'existence et de l'action d'un Droit « idéal » ou « naturel » ⁽⁹⁾.

Il s'ensuit que le « Droit » dont la réalisation est ici en jeu est ce qu'on appelle le Droit « positif », celui qui « à un

(8) Science et Technique, t. I^{er}, p. 192. On trouvera l'expression d'une idée analogue chez M. Larmaude (Méthodes, p. 4).

(9) Voir, sur tous ces points, Roubier, Théorie générale, Nos 10 et suiv.

moment donné régit un peuple donné ». Comme il s'agit d'un simple terrain d'expérience, n'importe quel Droit positif pourrait en fournir la matière : c'est pour une raison de commodité que nous nous en tiendrons au « Droit privé français contemporain ».

La réalisation « méthodique » de ce Droit, voilà l'objectif dernier et le centre de nos préoccupations. C'est afin de déceler les méandres de la pensée proprement juridique qu'il sera nécessaire de serrer de plus près certaines notions qui nous paraissent former les bases mêmes de la méthode de réalisation : la *règle de Droit*, le *droit subjectif*, et — clef de voute dont nous découvrirons chemin faisant l'importance décisive — les *éléments générateurs* de ce dernier.

Mais si nous nous attachons ainsi à la méthode de la réalisation du Droit, il nous paraît impossible d'en élaborer d'emblée la théorie d'ensemble. Nous nous bornerons à poser des « principes » susceptibles d'être utilisés pour une telle construction. Aussi, renonçant, dans la mesure du possible, à refaire du travail déjà fait, ce qui nous importera le plus, ce sera de faire pressentir, à l'aide simplement de quelques problèmes de la pratique judiciaire, l'intérêt que présente le recours aux principes d'une réalisation méthodique.

Si cette démonstration devait s'avérer concluante, elle comporterait un double corollaire d'une importance considérable : les principes dont il s'agit devraient être introduits dans la *pratique judiciaire*, — et *l'enseignement juridique* devrait en tenir compte.

4. Mais, dès l'abord, il convient de se garder d'un malentendu.

Il ne s'agit pas, ici, de trouver des « recettes » ni de préconiser de ces constructions juridiques qui, selon la jolie formule de M. Demogue ⁽¹⁰⁾, ne seraient que des « machines logiques fournissant avec la même force les solutions raisonnables comme les plus bizarres ». Que l'on ne confonde pas, surtout, la méthode de la réalisation avec un rigorisme outrancier, un fétichisme littéral ou d'autres péchés capitaux ! La méthode, on le sait, n'est qu'une manière de conduire la pensée ; et la méthode de la réalisation, elle, ne donne de directives que

(10) Op. cit., p. 263.

quant à l'utilisation de la matière juridique : elle ne crée pas celle-ci et même se désintéresse aussi bien de la façon dont s'est faite cette création que de son résultat. Elle enseigne l'art de se servir des moules dans lesquels est coulée la matière : elle ne les fournit pas ; et encore moins est-elle responsable de leur contenu. Or, s'il y a un danger, il ne réside point, à coup sûr, dans un excès de discernement : c'est au législateur qu'il incombe d'être vigilant lorsqu'il crée les moules ; à l'interprète, lorsqu'il veut les remplir. La méthode de la réalisation n'a rien à voir dans ces problèmes. Elle ne saurait être touchée par le grief de dessécher la matière vivante : elle ne lui fait subir aucune altération ; elle se borne à la manier telle qu'elle la trouve.

Que si l'on estime, par contre, que la recherche même d'une méthode de réalisation doit être considérée *a priori* comme pernicieuse, et qu'il vaut mieux tâtonner dans l'empirisme par une « appréciation directe des intérêts sociaux », plutôt que de se fier à la précision de principes rationnels, alors la discussion, bien entendu, perd sa raison d'être. Mais en même temps, nous semble-t-il, le Droit perd la sienne aussi. Car s'il renonce aux critères objectifs, il se renie lui-même : sombrer dans le subjectivisme quand il s'agit du Droit, c'est laisser libre cours à l'arbitraire.

5. Et voici que cette constatation nous permet de faire précéder un travail de technique juridique d'une profession de foi. Nous croyons à la mission et à la force du Droit ; nous croyons que le salut du monde est lié à son action. L'humanité n'aura conquis sa dignité, bien plus : elle ne se sera sauvée de la destruction qui la menace que le jour où le monde sera organisé juridiquement. La marche vers cette organisation a déjà conduit « des clans aux Empires » ⁽¹¹⁾ ; il n'y a aucune raison pour qu'elle s'arrête, et que l'humanité se fige à un stade déjà dépassé par l'évolution matérielle.

S'il existe aujourd'hui un seul combat sacré, c'est la lutte pour le Droit. A travers tant de désirs informulés, c'est le règne du Droit qu'appellent les aspirations humaines. Justice et Charité restent des songes ; la réalité possible, c'est le Droit.

Aidons-le à se réaliser.

(11) Titre d'un livre de MM. Moret et Davy — Paris, 1923.

PREMIÈRE PARTIE

Les instruments de la réalisation
du Droit :

La règle de Droit et son émanation,
le droit subjectif

TITRE PREMIER

LA RÈGLE DE DROIT

CHAPITRE PREMIER

Ordre juridique et Règle de Droit

6. Juristes et sociologues, pour une fois d'accord, conviennent que l'organisation sociale est « impensable » sans l'ordre juridique. *Ubi societas, ibi jus.*

Mais qu'est ce que l'ordre juridique ? Là encore, la plus réconfortante unanimité facilite la réponse. Le Droit, personne ne le conteste, a pour objectif la réalisation de l'harmonie sociale, la coordination des activités humaines à l'intérieur d'une organisation donnée ; il ne peut, de toute évidence, qu'édicter des préceptes de conduite : au même titre que la Morale — dont il se distingue, croyons-nous, spécifiquement (le Droit, à notre avis, est autre chose que simplement le « minimum éthique » de la société) —, le Droit a un caractère normatif ; jusque dans son nom — étymologiquement identique chez la plupart des nations : *diritto, derecho, dreptul, right, Recht* —, il évoque l'idée d'une règle ⁽¹⁾.

Aussi l'ordre juridique ne peut-il se définir que comme un ensemble de normes de conduite sociale, comme un corps de règles, lesquelles, en raison de leur nature, doivent être appelées les *règles de Droit*.

(1) Dabin, Philosophie, N° 1, p. 1 ; Roguin, N° 18, p. 41 ; Ihering, Zweck im Recht, t. I^{er}, p. 335 et suiv. ; Roubier, Théorie générale, N° 1, p. 3 et suiv., N° 5, p. 33 et suiv.

7. Cette conception, d'emblée, apparaît comme soustraite à toute discussion utile, puisqu'elle est imposée par la nature même du Droit.

Aussi, ni les sociologues, ni même, à voir les choses de près, les juristes d'obédience extra-légiste ne s'avisent-ils, en général, de dénier au Droit son caractère de « corps de règles ». Même quand les juristes allemands ont créé, au début du siècle, la fameuse Ecole dite du « Droit libre » ⁽²⁾ ; même quand, à son tour, la France a subi une poussée de fièvre antijuridique avec le « phénomène Magnaud » (mais qui se rappelle encore le Président Magnaud de Château-Thierry et son expérience de jurisprudence « sentimentale » ?) ⁽³⁾ ; même quand on attribue, plus modestement, dans des hypothèses exceptionnelles au juge un pouvoir créateur de Droit ⁽⁴⁾ ; même quand il arrive enfin à d'éminents juristes contemporains de confesser leur prédilection pour un « examen d'utilité pratique » destiné à damer le pion au raisonnement juridique au sens classique du terme ⁽⁵⁾ ; même quand elle s'est ainsi trouvée ballottée à travers tous ces incidents et accidents, la pensée juridique n'a jamais cessé d'être, au plus profond d'elle-même, pénétrée de la conviction de sa nature et de sa vocation normatives.

Il a fallu l'avènement de l'hitlérisme pour que l'on assistât à une curieuse tentative, de la part d'un juriste dont l'intelligence ne rend que plus odieux son empressement à devenir le thuriféraire d'un régime abject — nous avons nommé Carl Schmitt —, en vue de fournir, sous le couvert d'un hégélianisme juridique, une infrastructure pseudo-scientifique à la négation hitlérienne de l'idée même du Droit. A la pensée « normativiste », aussi bien d'ailleurs qu'à la pensée « décisionniste » d'inspiration anglo-saxonne, Schmitt a prétendu substituer ce qu'il a appelé pompeusement « la pensée de l'ordre et de l'organisation concrets » ⁽⁶⁾. Il n'est pas allé loin dans la voie de l'innovation : il a été obligé de reconnaître aussitôt « qu'une certaine force régulatrice » ⁽⁷⁾ demeurait attachée à la règle de Droit ; et ses disciples ont cru bien faire en soulignant, dans une formule qui mérite d'être sauvée de

(2) Roubier, *Théorie générale* N° 8, p. 62 et suiv.

(3) Gény, *Méth.* t. II, N° 207 et suiv., N° 197 et suiv.

(4) Del Vecchio, *Leçons*, p. 210, Roubier, *op. cit.*, N° 1, p. 7.

(5) Demogue, *Notions fondamentales*, p. 264.

(6) *Des trois formes de la pensée juridique*, *passim*.

(7) *Op. cit.*, p. 13.

l'oubli, que « l'ordre concret », c'est une « réalité... dont le support est constitué par sa propre réalisation effective (sic) et la conviction juridique vivante des membres de la communauté populaire, une réalité qui en même temps forme pour l'individu en tant que membre de cette communauté une norme qui le lie et l'oblige » (8).

Que la transposition dans le domaine proprement juridique de l'équivalence hégélienne de l'être et du devoir-être procède d'une confusion intolérable entre la structure du Droit, d'une part, son contenu et ses sources, d'autre part, et qu'ainsi cette innovation « révolutionnaire » se ramène à l'une de ces nuances qui distinguent — si peu — les adversaires du système exégétique que personne ne songe plus à défendre aujourd'hui ; qu'autrement dit, sur le plan véritablement juridique, cette théorie n'apporte strictement rien de nouveau, ce sont là des idées qui n'ont pas troublé nos auteurs. Et pourtant on se demande comment on peut sans rire prétendre rejeter la pensée « normativiste » et souligner, en même temps, que la pensée de remplacement conduit elle aussi à « une norme qui lie et oblige »...

En réalité, tout ce fatras n'a de signification que d'ordre politique : il s'est agi de tenter de justifier l'absence de toute législation protectrice des droits de l'individu, de donner une apparence de raison à l'abus, en Droit privé, des formules générales et, en Droit pénal, des « délits à contenu indéterminé », en d'autres termes, de légitimer l'abus tout court.

Cette prétention de jeter l'interdit sur la règle de Droit en tant qu'élément de structure de l'ordre juridique serait à l'heure actuelle dépourvue de tout intérêt autre que celui de curiosité si son protagoniste n'avait essayé de faire avaliser ses idées par une signature illustre : la « pensée de l'ordre concret » se réclame, en effet, du doyen Hauriou ; la théorie de l'institution, à en croire Carl Schmitt (9), serait la première expression de la pensée dont il s'est fait le champion. La riposte, sur ce point, est donc indispensable. Elle est d'ailleurs aisée.

Car s'il est vrai que M. Hauriou ait tenu à mettre l'accent sur l'ordonnement politico-social, il n'a jamais méconnu que les règles de Droit sont destinées « à redresser les rela-

(8) Larenz, Philosophie du Droit, p. 157.

(9) Op. cit., p. 21, 54 et suiv.

12 PRINCIPES D'UNE RÉALISATION MÉTHODIQUE DU DROIT PRIVÉ

tions politiques et économiques » (pensée « normativiste » s'il en fût), que le Droit implique une création consciente (et ne saurait donc s'identifier avec le fait) et, enfin et surtout, que le « corps du Droit » « forme un ensemble de règles organisées « en des catégories qui s'appliquent à des catégories correspondantes de relations sociales » (10).

8. Ainsi donc, l'univers juridique est tout entier rempli par le fourmillement des règles de Droit. Mais c'est un chaos. S'il doit servir à des « fins concrètes », il faut, au préalable, l'organiser.

(10) Aux sources du droit (Théorie de l'institution), p. 127 ; *ibid.* (Pouvoir, ordre et liberté), p. 66 et suiv.

CHAPITRE II

Caractères de la règle de Droit

9. Le technicien qui veut utiliser un outil, commence par l'examiner. Aussi est-il indispensable de dire quelques mots de la spécificité de la règle de Droit. Il ne s'agit que d'un rappel. Il sera rapide.

10. Le caractère *normatif* congénital du Droit postule le trait dominant de la règle de Droit : elle ne peut qu'avoir un caractère *impératif*.

Ce n'est pas un truisme ; c'est une notation fort importante sous un double rapport.

Il en résulte, d'une part, que la règle de Droit ne connaît pas le mode indicatif et que, dès lors, si une disposition législative l'emploie, il faut la scruter de près afin de déceler si la phrase a une valeur normative (cas auquel il y a lieu de considérer l'indicatif comme un euphémisme) ou si, au contraire, l'indicatif a sa signification propre (cas auquel il ne peut s'agir que d'une affirmation de principe ou d'une réminiscence historique) ⁽¹⁾.

En revanche, tout ce qui dans un tel texte a le caractère impératif, participe de la règle de Droit. Aussi convient-il, en dépit des controverses qui se sont élevées à cet égard, d'attribuer cette nature à ces fameuses « formules générales », « standards » ou « directives » (« ordre public », « bonnes mœurs », « bonne foi », « injure grave », « motif légitime », etc...) qui ont tant excité la curiosité des chercheurs juridiques ⁽²⁾. Bien que leur contenu soit vaste et vague, ces

(1) Ex. : art. 638, 1442 C. civ.

(2) Dabin, Philosophie, p. 26 ; Roubier, Théorie générale, N° 8, p. 71 ; N° 9, p. 80.

formules expriment un impératif juridique et sont dès lors susceptibles de former de véritables règles de Droit.

11. Le but *social* du Droit ne peut, en l'état actuel de l'évolution humaine, être atteint que par la force. La règle de Droit a donc un caractère nécessairement *coercitif* ; elle implique une *sanction* au moins virtuelle, et, par sa nature sociale, une sanction *externe*. Elle comporte, autrement dit, l'intervention possible de la contrainte sociale ⁽³⁾.

Il suit de là — et ceci nous paraît d'un intérêt considérable — que l'impératif juridique a normalement deux catégories de destinataires : il impose leur conduite aux individus ; mais, en même temps, il enjoint aux *détenteurs du pouvoir social* de prêter leur concours à la réalisation du Droit.

12. La même mission sociale de la règle de Droit s'accompagne, enfin, d'une dernière caractéristique, intimement liée à l'élaboration de la règle et qui forme en quelque sorte l'infrastructure sur laquelle s'élève l'édifice de la réalisation du Droit.

Comment, en effet, la règle de Droit naît-elle ? Ici, une parenthèse est nécessaire.

13. Nous n'allons pas retracer, bien entendu, les controverses relatives aux sources du Droit, à la distinction entre sources réelles et formelles et à la part respective qu'il convient de reconnaître aux unes et aux autres dans la création et dans l'interprétation. Tout a été dit sur l'évolution qui, à travers les vicissitudes des Ecoles historique et sociologique et du mouvement déjà signalé du « Droit libre », a conduit de l'exégèse étroite à la « libre recherche scientifique » ⁽⁴⁾. Nous nous bornerons à indiquer que nos préférences personnelles s'arrêtent aux principes de l'Ecole « scientifique » du type Saleilles-Lambert ; nous estimons, en effet, que la source formelle doit conserver son rôle prédominant, que l'interprétation doit se fonder sur elle et faire appel

(3) Roubier, op. cit., N° 4, p. 25.

(4) Gény, passim : notamment Méthode d'interprétation, t. I^{er}, N°s 8 et suiv., t. II, N°s 160 et suiv., 207 et suiv. ; cf. N°s 197 et suiv. ; Science et Technique, t. IV, N°s 39 et suiv. — Micescou, Technique, p. 165 et suiv. — Bonnacase, Pensée juridique, t. I^{er} p. 285 et s., 522 et s. — Roubier, op. cit. N° 8, p. 62 et suiv., N°s 10 et suiv., p. 87 et suiv.

aux moyens du raisonnement juridique dont le plus important demeure l'analogie, et que si l'assouplissement des sources formelles est indispensable, il ne doit se servir des sources réelles qu'à titre d'auxiliaires précieux mais délicats à utiliser et n'y avoir recours exclusivement ni même principalement qu'une fois que les procédés techniques ont été sans succès épuisés.

Cette manière d'agir — faut-il le souligner à nouveau ? — n'empêche nullement le juriste de tenir compte, dans ses appréciations, du « donné », ni d'assigner aux éléments sociaux, économiques et rationnels la place importante qui leur revient ; en accomplissant son travail d'interprétation, il doit se rappeler que la loi n'est pas une fin en soi et qu'il n'est pas, lui, une machine à en tirer des solutions toutes faites : il doit constamment s'efforcer de concilier la formule rigide avec les exigences de la réalité vivante. Mais ce que nous tenons à affirmer, c'est que, avant de s'en remettre à des guides aussi incertains et aussi décevants que l'équité, la « nature des choses » ou sa propre conscience (« la conscience du juge », a écrit M. Charles Appleton, « c'est aussi le caprice individuel »⁽⁵⁾), le juriste doit essayer de rattacher la solution qu'il recherche aux manifestations concrètes et fermes de l'ordre juridique positif. Le subjectivisme, certes, ne peut jamais être entièrement banni ; toute interprétation et, plus encore, toute analogie en comportent nécessairement une certaine part. Mais il faut, à notre avis, réduire cette part au minimum. Quoi que l'on en dise, le moyen le moins imparfait d'obtenir une sécurité relative dans les rapports sociaux et une uniformité approximative dans les solutions des conflits, éléments nécessaires à l'harmonie sociale qui est le but dernier du Droit, c'est encore le souci constant du juriste de fonder les jugements qu'il rend et les conseils qu'il donne sur la seule base qui puisse prétendre à une valeur objective, sur la seule norme qu'il lui soit possible de connaître et qui ne réside pas uniquement dans sa propre pensée intime : la règle de Droit fixée dans le moule de la source formelle.

14. Cette apparente digression constitue, en réalité, une précision indispensable. Si la naissance de la règle de Droit nous importe, ce n'est pas en tant qu'elle donne lieu à la

(5) Méthode dans l'enseignement, Rev. Int. Ens. 1891, p. 244.

querelle des rapports entre sources réelles et formelles, c'est en tant qu'elle pose un problème de mécanisme d'élaboration. Et là, encore, ce ne sont pas les procédés techniques qui nous intéressent (nous renvoyons, une fois de plus, aux travaux de MM. Gény et Ihering ⁽⁶⁾), mais uniquement le processus comme tel.

Le fait social, devenant au contact du Droit le fait juridique, précède historiquement et logiquement la création de la règle ; et il en résulte qu'élaborer le Droit, c'est dégager de la matière brute des relations de la vie le principe normatif qui, une fois cristallisé, devra régir, *dans le futur*, ces mêmes relations. Or, l'on ne saurait envisager de former, en vue de diriger un comportement social futur, des règles visant des cas particuliers. En effet, non seulement une réglementation de cette nature ne pourrait atteindre qu'une infime partie des réalités à venir, qui à tous les coups feraient éclater sa carence, mais encore la signification régulatrice même du Droit s'évanouirait, puisque, enfermée dans le cadre individuel et concret, la règle ne serait pas ressentie comme valable par l'ensemble des membres de la communauté sociale.

Aussi la règle de Droit est-elle nécessairement *abstraite et générale* ⁽⁷⁾.

Abstraction et généralisation : voilà, croyons-nous, les facteurs fondamentaux auxquels se peuvent ramener tous les procédés techniques de l'élaboration du Droit ; et si, au cours de cette dernière, la matière brute subit des déformations, il s'agit là d'une nécessité technique qui n'a rien de spécifique, mais s'insère naturellement dans le mécanisme de la généralisation ⁽⁸⁾.

15. Et voici que la révélation de ce double caractère, de cette connexité si intime entre la nature et la naissance de la règle, projette une lumière crue sur les principes mêmes qui doivent inspirer la réalisation du Droit : s'il est vrai que la

(6) Voir notamment : Gény, *Science et Technique*, t. III ; Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III §§ 43 et suiv.

(7) Cf. Roubier, *op. cit.*, N° 3, p. 19 et suiv., où l'on trouvera des développements quant à l'étendue de la « généralité » de la règle de Droit.

(8) Deux exemples célèbres illustreront cette constatation : la loi fixe la capacité, non pas d'après le degré du développement individuel, mais d'après un âge déterminé (Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. I, § 4, p. 54) ; elle remplace par une hiérarchie rigide des successibles l'ordre réel des affections du *de cuius* (Gény, *Science et Technique*, t. III, p. 53 ; cf. Roubier, *op. cit.*, N° 9, p. 77).

règle ait été extraite de la multiplicité des apparitions sociales auxquelles elle est ensuite appelée à imprimer le sceau du rapport juridique ; s'il est vrai qu'elle se crée par abstraction et généralisation et que, par conséquent, elle réunisse dans une sorte d'archétype les traits communs à toutes les individualités d'où elle procède et dont elle forme, dès lors, l'« universalité potentielle », eh bien ! la réalisation du Droit ne pourra alors consister en rien d'autre qu'en la réintégration dans la règle de la réalité sociale dont elle est sortie, et qui — par définition, nous venons de le voir — s'y trouve, en même temps, virtuellement contenue.

C'est là un point de départ lourd de conséquences.

CHAPITRE III

Structure de la règle de Droit

16. « Si pater filium ter venum duuit », lit-on dans la loi des XII Tables, « filius a patre liber esto » : voilà, sous forme d'un exemple antique à souhait, le prototype de la structure logique, inéluctable, de la règle de Droit.

Celle-ci, de par sa vocation, ne peut pas se manifester comme un commandement ou une prohibition isolés. « Tu ne tueras point » n'est pas une règle de Droit. Il est aisé de voir pourquoi. Le Droit est utilitaire ; la possibilité de sanction est une de ses caractéristiques ; du moment qu'un acte n'a pas de conséquence pratique, il n'intéresse point le Droit. Dès lors, la règle de Droit n'est complète et ne mérite ce nom que si elle rattache un *effet* à une conduite ; et comme le Droit, par définition, postule la possibilité de l'intervention de la contrainte sociale, le seul effet qui compte pour lui est évidemment celui qui comporte une telle possibilité d'intervention. « Si tu tues, tu seras haï », ce n'est pas davantage une règle de Droit ; mais mettons : « Si tu tues, tu subiras la peine de mort », et la voilà qui apparaît.

C'est pourquoi il ne suffit pas, quand il s'agit de définir la structure de la règle de Droit, de parler, comme le fait Ihering, du « conditionnant » et du « conditionné », ni, comme le font d'autres ⁽¹⁾, de « l'hypothèse » et du « dispositif ». Il n'y a, nous semble-t-il, qu'une seule formule qui soit apte à définir exactement la structure de la règle de Droit : c'est celle de Stammler ⁽²⁾, qui distingue la « *présupposition* » (*Voraussetzung*) de « *l'effet juridique* » (*Rechtsfolge*).

(1) Miscesco, *Technique juridique*, p. 53 ; Korkounov, *Théorie générale*, § 24, p. 194.

(2) *Théorie de la Science juridique*, p. 190.

« La » règle de Droit, n'importe quelle règle de Droit, est formée par ces deux éléments. Elle ne saurait exister en dehors d'eux.

17. Il convient d'y prendre garde : cette structure logique de la règle de Droit est tout à fait indépendante de la rédaction. Aussi s'exposerait-on à des déboires en allant chercher dans les Codes des règles de Droit se présentant recouvertes d'un habit biparti propre et neuf. La règle de Droit ne se confond pas, loin de là, avec l'article de loi. Il arrive, certes, qu'une formule légale contienne une règle entière. Tel est le cas de la disposition, citée supra, de la Loi des XII Tables. Un autre exemple est fourni par celle de l'article 1131 du Code civil ⁽³⁾, aisément traduisible sous la forme « stéréotype » (si une obligation procède d'une cause... illicite, sa nullité doit être prononcée). Mais le plus souvent, l'article ne renferme qu'une des deux parties, présupposition ou effet juridique, ou même seulement quelques éléments épars destinés, dûment complétés, à former l'une ou l'autre. Ainsi quand l'article 1133, voisin de celui qui vient d'être rappelé, dispose que « la cause « est illicite, quand elle est prohibée par la loi, qu'elle est « contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public », il amplifie simplement l'un des facteurs composant la présupposition de la règle de l'art. 1131 ; il ne contient même pas une présupposition entière.

Il incombe, dès lors, à l'interprète soucieux d'une réalisation méthodique du Droit de reconstituer, avec les matériaux qu'il trouve dans la loi, la règle à laquelle il entend insuffler la vie.

On serait tenté d'accuser le législateur de la difficulté de cette tâche : il n'aurait qu'à faire coïncider règle de Droit et article de loi. Mais cela est impossible pour plusieurs raisons. D'abord, il y a les définitions. Ensuite, il existe, par la force des choses, beaucoup plus de « présuppositions » que d'« effets juridiques » : les sanctions sont souvent les mêmes. Enfin, la confection d'une loi n'est pas une pure construction de l'esprit. Pour pouvoir vivre, la loi doit plonger ses racines dans le milieu social d'où elle émerge et dans les traditions qui ont concouru à la former. Qu'elle vise à perpétuer ces traditions ou à rompre avec elles, le passé laisse toujours ses

(3) « L'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

traces, et jusque dans l'innovation. Le Droit vit. La loi, comme l'institution, est un véritable être. Elle meurt d'asphyxie si elle perd le contact avec la mouvante réalité.

Ce qui revient à dire, ou à peu près, qu'une loi techniquement trop parfaite serait un monstre. Et ce n'est pas assurément une boutade. Ne sait-on pas que, presque autant qu'à ses vertus, le Code de Napoléon doit sa magnifique vitalité à quelques heureux défauts, tels, par exemple, que l'absence de rigidité, voire de rigueur dogmatique, un langage dru plutôt que soucieux de conformisme terminologique, des rappels historiques souvent pratiquement inutiles mais suggérant la continuité de l'évolution ?

A chacun son travail donc. Le législateur peut se borner à traduire en contours fermes les « arêtes vives » des fluctuations du milieu social. Pour le technicien du Droit, la loi est un « donné » ; il lui appartient d'organiser lui-même, pour les besoins de son activité, la matière brute dont il dispose.

Comment s'y prendra-t-il ? Il faut poursuivre le chemin.

CHAPITRE IV

Classification des règles de Droit

18. Comment, devant l'afflux chaotique des choses et des pensées, il faut réagir pour dominer la matière, il y a longtemps qu'on nous l'a enseigné. Il faut, disait Descartes, « diviser (les) difficultés », « monter par degrés », et « faire partout des dénombrements si entiers... que (l'on soit) assuré de ne rien omettre » : il faut, en d'autres termes, toujours débiter par un travail de *classification* ⁽¹⁾.

Pour s'orienter dans le labyrinthe des innombrables règles de Droit qui remplissent la sphère de l'ordre juridique positif, c'est donc à la classification que le technicien aura en premier lieu recours. Il s'en tiendra à une classification en quelque sorte matérielle. Certes, la distinction des règles de Droit d'après leurs *caractéristiques intrinsèques* (en « rigides » et « souples », « impératives » et « supplétives », etc...) présente un intérêt scientifique et pratique certain ; mais lorsqu'il s'agit du simple maniement de la masse inorganisée, il faut se borner à rechercher le groupement le plus voisin du réel ; ce qui mène à la classification *par matières*.

Elle consiste à former des groupes rationnellement déterminés, désignés par une dénomination correspondant à la matière que le groupe est censé représenter, et dans lesquels viennent se fondre toutes les règles appartenant à la catégorie dont le groupe porte le nom.

19. Par là, s'opère la concentration logique de la foule de règles qui se pressent devant les yeux du technicien : lorsque, en face d'un « cas » donné, celui-ci cherche à déceler « la » règle qui lui sera d'un efficace secours, les difficultés de sa

(1) V., sur l'importance de la classification pour le travail de l'esprit, notamment : Pétrázycki, *Méthodologie*, p. 9, 37, 68 et suiv.

tâche se trouveront singulièrement réduites par la possibilité de substituer à la recherche directe d'une règle isolée une investigation systématique, permettant de descendre de groupe en groupe par cercles concentriques et fournissant l'assurance de plénitude dont parle la formule cartésienne.

20. La classification par matières est un procédé si familier au juriste qu'il suffit, semble-t-il, pour en faire saisir le mécanisme, de rendre consciente une opération que l'habitude risque de condamner à demeurer automatique.

Et d'abord, le terme même de « Droit » n'implique-t-il pas la suprême « classification par matières » des règles de Droit ? C'est la dénomination commune de toutes les normes de conduite obéissant aux critères qui distinguent le Droit des autres domaines sociaux.

Il s'ensuit que les subdivisions du Droit réalisent, elles aussi, une telle classification de règles : le « Droit public », le « Droit privé », voilà les premiers groupes plus restreints ⁽²⁾ ; et cette énonciation donne aussitôt son relief à l'idée, amorcée tout à l'heure, de la possibilité d'une « descente par cercles concentriques » (Droit civil — Droit des obligations — Droit des contrats — formation des contrats — vices du consentement, etc., etc.).

21. Le travail de classification ainsi compris peut, croyons-nous, être intégré dans un schéma biparti : la classification aboutit nécessairement à la formation, soit d'un groupe « institutionnel », soit d'un groupe « purement systématique ».

Le groupe est « institutionnel » quand il représente à lui seul une véritable institution juridique, c'est-à-dire un de ces conglomérats d'actes typiques de la vie sociale que la pensée d'abord, le Droit ensuite conçoivent comme un tout organique, et qui, fondus dans un « statut légal », n'en conservent pas moins « une base en quelque sorte matérielle et concrète dans les choses qui nous entourent » ⁽³⁾. Si ces « institutions » ne se confondent pas avec ce que M. Hauriou a appelé ainsi

(2) M. Roubier (Théorie générale, N° 30, p. 255 et suiv.) ajoute un troisième groupe, le Droit « mixte », qui englobe les catégories de règles se pliant mal à la « *summa divisio* » usitée (Droit professionnel, Droit de procédure, Droit pénal, etc...)

(3) Roubier, *Conflits de lois*, t. II, N° 88, p. 122 ; cf. *Théorie générale* N° 2, p. 12 et suiv. et les références.

(la « théorie de l'institution » est d'essence politico-sociale). il n'en reste pas moins que les institutions juridiques sont, en quelque sorte, plaquées sur les phénomènes sociaux. Des exemples ? Ils fourmillent : mariage, divorce, propriété, vente, donation, voire (croyons-nous) testament, voilà des « institutions juridiques », dès lors qu'on les envisage comme la dénomination commune d'un groupe de règles de Droit.

Mais, somme toute, cette classification — certes commode puisqu'elle consiste à rattacher le Droit au réel — ne permet de saisir que la mineure partie des règles de Droit. Pour grouper celles-ci en des catégories rationnelles, la classification « purement systématique » ⁽⁴⁾ est d'un secours bien plus grand. Elle est d'ordre entièrement technique ; et les groupes auxquels elle conduit n'ont rien d'un « être juridique » et n'ont aucune affinité avec les institutions sociales. Nous venons d'en frôler plusieurs : ni « Droit public » ni même « Droit des contrats » ne sont des groupes institutionnels ; et la différenciation devient plus nette encore du moment que l'on restreint le cercle. Nul doute, en effet, que le titre : « vices du consentement », s'il résume bien un groupe rationnel de plusieurs règles de Droit, ne se rattache en rien à une institution sociale. Et il en est de même de toutes les catégories créées exclusivement pour les besoins de l'activité juridique (« responsabilité civile », « extinction des obligations », « imputation des paiements », etc..., etc...).

Nous aurons l'occasion de démontrer que ces réflexions sont loin de s'épuiser en un jeu de l'esprit ; la réalisation méthodique du Droit comporte des réactions différentes selon qu'un groupe de règles possède l'un ou l'autre caractère ⁽⁵⁾.

22. La valeur organisatrice de la classification des règles de Droit s'accompagne de plusieurs corollaires, d'une grande importance pratique.

En premier lieu, la classification utilise la vertu d'évocation de la terminologie. L'emploi d'un mot propre à désigner une catégorie ou, mieux, une « institution », dispense souvent d'une définition ou du moins d'amples explications. Et c'est précisément la raison pour laquelle le processus de la réalisa-

(4) « purement », parce que la classification institutionnelle présente un caractère également, mais non exclusivement systématique.

(5) Cf. infra, N° 94.

tion du Droit se trouve affecté par le jeu des diverses classifications : l'intensité plus ou moins grande de la dénomination rejaillit jusque sur les rapports entre les parties à un litige ⁽⁶⁾.

Sur un autre plan, la réalisation consciente du Droit implique la possibilité de « penser juridiquement le réel ». Or, ce serait là, en l'absence de la classification, chose inconcevable. La traduction juridique du fait social s'opère en effet, au moyen d'une « qualification », c'est-à-dire par l'application au phénomène concret d'un *terme* représentant son équivalent juridique. Or, ce terme, on ne voit pas ce qu'il pourrait être sinon la dénomination d'un groupe de règles de Droit. Par conséquent, si l'on peut « qualifier » de « contrat de vente » tel ensemble d'actes de la vie, c'est uniquement parce qu'au préalable, un certain nombre de règles de Droit a été groupé dans la catégorie appelée « contrat de vente ».

Cette compénétration produit même des effets extrêmement graves. Si la qualification rattache le phénomène social à une institution juridique, il se trouve soumis, on le sait, à un véritable « statut ». Il suffit donc d'imaginer le cas fréquent où, dans l'hypothèse d'un contrat, les parties n'ont pas réglé d'avance tous les détails de leurs rapports : les règles « supplémentives » du statut légal jouent alors automatiquement ; et il en résulte, non seulement que la classification est en quelque sorte le *substratum* de la qualification, mais encore qu'elle revêt une importance toute particulière du fait qu'elle risque de donner vie, de par son simple mécanisme, à des règles de Droit qui, sans elle, seraient demeurées inertes.

Ce n'est que « pour mémoire » que nous ajouterons que, même pour l'élaboration du Droit, la classification des règles est d'une utilité primordiale. L'analogie, en particulier, resterait enfermée dans des limites beaucoup trop étroites et serait condamnée à une quasi-stérilité (alors qu'elle est, en fait, le moyen le plus fécond de la technique de l'élaboration scientifique) si la classification ne permettait de substituer, à la confrontation des caractéristiques de diverses règles *isolées*, la recherche des traits dominants communs à plusieurs *catégories*.

Il faut seulement, dans ce travail, prendre garde à un écueil. La recherche de la catégorie implique l'utilisation de concepts et de constructions idéales. Or, il convient de ne jamais perdre

(6) Cf. *infra*, N° 94.

de vue le but éminemment pragmatique du Droit. Le concept, comme la catégorie, sont des auxiliaires destinés à organiser la matière ; ce ne sont point des fins en soi ; et il faut donc sans cesse les ramener à leur vocation, sous peine de sombrer dans un monde purement artificiel et de justifier le mot cruel de ce sociologue ⁽⁷⁾, qui, raillant la prédilection de certains juriconsultes pour la « construction juridique », leur reprochait de ne jamais se demander si les concepts sont conformes à la réalité, mais uniquement s'ils sont conformes entre eux...

(7) Mach, cité par Ehrlich, *Logique juridique*, p. 257.