

MODÈLES FRANÇAIS ET MODÈLES ALLEMANDS DANS LE DROIT CIVIL DES PAYS EUROPÉES.

Prof. Dr. R. SACCO

1 — Pour un juriste de notre génération, le droit est le droit applicable. Toute différence entre droit enseigné et droit applicable est considérée comme une anomalie, qui doit être corrigée, au plus tôt, en faveur du droit applicable. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Dès la mise en fonction des premières facultés de droit, celles-ci ont fait tout leur possible pour enseigner des modèles scientifiquement satisfaisants et rationnellement valables. Pendant de long siècles les modèles romains ont dominé avec les modèles canoniques le droit enseigné; plus tard les uns et les autres ont pu être concurrencés par les doctrines du droit naturel (ou rationnel).

Si une opposition existe entre droit enseigné et droit appliqué, les deux ne pourront pas s'ignorer: mais l'histoire, ancienne et récente, du droit nous fait voir que normalement c'est le droit enseigné, qui déteint sur la vie judiciaire. L'étudiant hier est le juge de demain: il mettra donc en application, tout naturellement, les règles qu'il a apprises dans les amphithéâtres de l'université. Un juge ne peut appliquer que le droit qu'il connaît.

2 — Les juristes du XVIII^e siècle, convaincus de la supériorité des modèles rationnels sur les modèles coutumier ou romains, vont plus loin. Ils demandent à l'autorité d'adopter de nouvelles lois, des codes, où seront libellés tous les grands principes que l'école du droit naturel a pu découvrir.

Le code civil de 1804, qui prendra le nom de code Napoléon, le *allegemeines bürgerliches Gesetzbuch* (autrichien) de 1811, sont la réponse du législateur à un mouvement d'idées qui a à sa base l'admiration pour les formules du droit naturel.

Des codes axés sur le droit naturel ayant été promulgués, l'admiration que l'on a nourri, jusqu'ici, pour le droit naturel, sera réservée, dorénavant aux codes mêmes. Le juriste français, ainsi que juriste autrichien, n'estime plus nécessaire de rechercher la vérité juridique hors de la loi. Il refuse désormais l'idée qu'un droit existe en dehors des codes. Il proclame sa fidélité à une méthode nouvelle, la méthode de l'exégèse, consistant à reconstruire le plus fidèlement possible la pensée du législateur. Le nouveau manuel de droit civil ne sera plus intitulé «Cours de droit civil», mais plutôt «Cours de code civil», «Répétitions sur le code civil».

3 — L'unité du droit enseigné et du droit applicable est assurée, en cette phase, en vertu d'une soumission de tous les interprètes - théoriciens et praticien - à la loi.

Il est vrai que la loi comporte des lacunes. En France, le code civil ne règle pas les personnes morales, ne dispose pas à l'égard de la possession, ne mentionne pas l'action (générale) en enrichissement, oublie de nous dire quel est l'élément objectif du fait illicite. Il va de soi que ces lacunes seront comblées. Si nous analysons la jurisprudence française d'il y a plus d'un siècle, nous trouvons que les règles utilisées pour combler les lacunes étaient soit les règles romaines (originaires, ou élaborées dans le *usus modernus Pandectarum*), soit les règles du droit naturel. L'interprète avait appris ces règles à l'époque de ses études universitaires, et il les trouvait trop naturelles pour pouvoir s'en écarter dans l'application. Mais l'interprète croyait lire dans le code civil les formules que la doctrine traditionnelle lui avait léguées.

L'efficacité de l'acte de disposition de l'héritier apparent, le rejet de l'action en répétition de l'indu, auquel est exposé

le demandeur s'il ne prouve pas son erreur, perpétuent la tradition romaine. La nullité absolue, de plein droit, du contrat vicié par une erreur excluant la volonté du sujet est un produit du droit naturel. Mais l'interprète est convaincu que ces applications se trouvent dans le texte du code Napoléon.

En un mot, l'interprète français se penche désormais sur des règles. Il se penche d'abord sur la règle légale. Pour intégrer celle-ci, là où il est nécessaire de le faire, il a recours à d'autres règles - romaines, ou naturelles -. Il se mesure avec une règle, ou avec les exceptions à la règle; il cherche à découvrir, et à mettre en évidence, la conformité de cette règle, et de ces exceptions, avec les exigences de la raison, ou de la justice, ainsi que avec les nécessités sociales.

4 — Au cours de la deuxième moitié du XIX siècle, le juriste français se rend compte du fait que la loi comporte des lacunes, et que faire oeuvre d'interprétation signifie aussi élaborer, ou choisir, librement des modèles.

Un interprète dépasse les autres en autorité: c'est la Cour de Cassation. Dans un pays où l'administration a toujours été centralisée, où des juridictions centrales ont toujours eu la conscience de leur pouvoir, la Cour de Cassation de France accepte la tâche de guider les tribunaux, à qui incombe d'intégrer et de moderniser le droit positif. Puisqu'elle est fidèle aux précédents, sa jurisprudence est prévisible; les juridictions périphériques disposent donc d'un exemple auquel ils peuvent se référer en toute confiance;

En face de ce nouveau droit, d'origine jurisprudentielle, le professeur français n'a pas caché, au premier abord, son inquiétude. S'il l'acceptait, il reniait la séparation des pouvoirs, qui confie au législatif la création des règles de droit. S'il l'ignorait, il se sentait coupable en face de ses disciples, qui attendaient de lui l'exposition d'un droit positif applicable par les tribunaux.

Au commencement de ce siècle les théories de François

Gény, faisant une place à la jurisprudence parmi les sources du droit, ont pu enfin donner au théoricien français le sentiment qui les règles de droit ne sont pas seulement les règles légales.

De ce fait, le système des sources françaises du droit privé s'enrichit. Aux règles légales, des règles prétoriennes s'ajoutent. Il s'agit, d'ailleurs, toujours de règles. L'objet des recherches du juriste a toujours cette même nature: il est un ensemble de règles et d'exceptions puisées dans les textes légaux ou dans les répertoires de jurisprudence -. Les juridictions précèdent, l'enseignement suit. Et le professeur, qui accepte cette situation, se penche sur des règles: règles générales, ou règles de détail.

5 — Le code civil a eu de nombreux imitateurs. Il a été utilisé dans certains Etats préunitaires allemands et italiens, en Pologne (Duché de Varsovie, et puis Royaume du Congrès), dans certains cantons suisses, en Belgique, aux Pays Bas. Il a influencé le Svod Zakonov (russe) et le Medjelle. Il est à la base de codul civil (roumain), du codice civile (italien) de 1865, des grandes lois civiles bulgares de la fin du XIX siècle. On reconnaît clairement son modèle en bien des codifications civiles de Pays arabes; parmi ceux-ci compte le code égyptien qui pour sa part a rediffusé le modèle en Somalie Algérie et ailleurs.

Le modèle français se diffuse ainsi par l'intermédiaire du code. Dans une mesure nettement moins importante, sa diffusion est due à l'imitation que méritent les élaborations de ses interprètes.

Des codes nouveaux, plus originaux, peuvent avoir été adoptés, plus tard, dans des Pays qui avaient imité, jusque là, la France. Allemagne, Suisse, Turquie, Italie, Russie, Pologne, sont les Pays où des modèles légaux français ont été remplacés, plus récemment, par d'autres modèles.

6 — Le *allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, à en juger d'après le nombre de ses imitateurs, n'a pas eu le succès du

code civil. Son influence n'est pas allée au delà de la Serbie. Il est à remarquer, d'ailleurs, que la doctrine serbe est redevable de ses théories beaucoup plus à la doctrine française, qu'aux écoles autrichienne ou allemande.

7 — L'Allemagne de la Restauration n'avait ni un législateur unique, ni une Cour suprême unique. Partagée en quarante - neuf petits Etats, elle comptait quarante-neuf législations, et nombre de cours suprêmes. Cette situation imposait donc à la doctrine de faire un choix. Elle aurait pu professer les droits locaux, enseigner les législations des Etats, se pencher sur des modèles strictement positifs. Elle pouvait également professer un droit appartenant à tout le monde allemand, se pencher sur des problèmes généraux, ce qui voulait dire, pratiquement, enseigner le droit romain qui avait été le droit commun de toute l'Allemagne, et qui continuait à être la base du droit en vigueur dans toute l'Allemagne.

La doctrine n'a pas hésité. Le professeur allemand ne se sentait pas au service de son Etat. D'ailleurs il avait enseigné, pendant des siècles, ce même droit romain, sans jamais se poser la question de savoir dans quelle mesure ses règles étaient applicables dans la grande ville ou dans le modeste centre où il donnait ses cours.

Le droit romain avait certes besoin d'une modernisation. Mais on ne pouvait demander à aucun législateur, ni à aucune cour, de prendre la direction d'un mouvement en ce sens, car il n'avait pas l'autorité nécessaire pour le faire. La tâche en revenait donc à la doctrine. Et celle-ci, dans son effort de création du droit, ne pouvait manquer d'utiliser les instruments qui sont familiers au professeur: c'est-à-dire les définitions.

Sans doute ce procédé n'est-il pas ignoré du droit français. Le Code civil lui-même procède parfois par définitions. Mais la définition française est simplement le résumé, ou l'anticipation, d'une règle. Or toute règle admet des excep-

tions, et de façon analogue toute définition française est compatible avec des exceptions. La définition juridique allemande de l'époque est tout autre chose. La définition d'une catégorie identifie les éléments conceptuels caractéristiques de la catégorie, et qui sont incompatibles avec les hypothèses étrangères à la catégorie. Elle a donc la nature et les propriétés des définitions mathématiques, ce qui peut étonner ou égarer, au premier abord, le juriste n'appartenant pas à la famille de pensée allemande.

La définition allemande, qui caractérise une méthode, ne peut comporter ni supporter d'exceptions. Elle est de ce fait un dogme: et la méthode correspondante est dite par conséquent dogmatique. La définition allemande identifie un concept; et la méthode qui l'utilise est dite par conséquent conceptuelle. Puisque la science juridique définit des phénomènes qui appartiennent au droit positif, ses définitions n'ignorent pas les règles positives, qui se trouvaient à l'époque dans le *Corpus iuris*, et spécialement dans les *Pandectes* (d'où le nom de l'école, qui est appelée communément «école Pandectiste»). Mais les lacunes étaient nombreuses dans ce *Corpus*, et d'ailleurs la signification des règles était souvent incertaine. Un critère de validation supplémentaire s'imposait donc, et ce critère a été offert par l'harmonie de chaque définition avec les autres définitions appartenant au même système. Ce procédé a pris le nom de procédé systématique.

La méthode systématique impose à ses partisans de coordonner avec soin les catégories; ce qui conduit à construire des catégories nouvelles, de plus en plus générales et abstraites, à les définir, à les développer, à les utiliser. De là l'importance des catégories telles que rapport juridique, sujet, objet du rapport, prestation, variation du rapport, *Geschäft* - mot intraduisible exprimant une catégorie plus large que la déclaration de volonté, et plus étroite que l'acte. La partie générale du droit civil, qui date de cette époque, constitue la vitrine où se trouvent, illustrés, avec soin, tous les concepts

qui sont à la base du droit civil; elle est l'orgueil du juriste allemand.

Le juriste français s'estime souvent le représentant d'une science qui accorde une place d'honneur à la déduction logique, à la définition, et au système. L'image qu'il a de lui-même lui convient dans la mesure où il se compare au *common lawyer*; elle ne lui convient sûrement pas s'il se compare au juriste de l'école dogmatique d'expression allemande du XIXe siècle.

On peut mettre en évidence cette opposition en comparant les premières éditions du célèbre cours de Aubry et Rau aux éditions plus récentes, remaniées par Bartin ou par Esmein. Aubry et Rau avaient emprunté leur méthode à leur maître Zachariae, naturellement lié aux tendances qui commençaient à se manifester en Allemagne au début du siècle passé; et avec la méthode son amour pour les définitions. Or les nouvelles éditions du cours, qui sont dues à des juristes de formation exclusivement française, édulcorent l'ouvrage en le privant des définitions les plus intéressantes.

Le juriste allemand de l'époque ne pouvait pas être attiré par la jurisprudence, ni par les problèmes de détail. Aucune cour n'avait le pouvoir de faire prévaloir ses solutions dans l'interprétation d'un droit qui n'existait à l'état pur que dans l'enseignement des écoles. En revanche, le juge était redevable de son bagage intellectuel - celui qui l'accompagnait pour la vie - à l'université où seuls les modèles des théoriciens étaient admis. C'est donc des concepts qu'il faisait découler la solution des cas pratiques. La définition précédait, la règle suivait. Si la définition était correctement formulée, il était facile d'en extraire tous les développements qu'elle comportait sur le plan de la pratique.

8 — L'observation attentive des résultats obtenus par l'école Pandectiste allemande a suscité un courant d'admiration dans les pays qui se trouvent au Nord, à l'Est, au Sud du monde allemand. De l'admiration à l'imitation, le pas est vite franchi.

Personne n'aurait pu imaginer, d'ailleurs, que les développements qui allaient suivre seraient à la fois si rapides et si importants.

Les catégories élaborées en Allemagne ont commencé à pénétrer à l'étranger. Et, chose encore plus remarquable, la méthode allemande a pénétré des pays, où les conditions qui l'avaient suscitée en Allemagne n'existaient pas. Bien souvent, les langues des pays imitateurs n'avaient pas les mots qui étaient nécessaires pour traduire les nouvelles expressions allemandes. Il a fallu avoir recours à des néologismes.

Quelques-uns des Pays, où se répandaient les résultats de la science allemande, appartenaient au monde romaniste: Italie, Autriche, Pologne, Roumanie, Bulgarie, et, par l'intermédiaire italien, Espagne: ils disposaient donc d'une législation francisante ou autrichienne. Evidemment, l'interprète ne pouvait pas introduire dans son système un principe élaborée sur des bases allemandes, si ce principe se trouvait en contradiction avec les textes légaux un vigueur. L'interprète italien ne pouvait pas introduire l'idée de l'acte (abstrait) d'exécution, si le *codice civile* prévoyait, comme mode de transfert de la propriété, le contrat causé. Mais même dans les secteurs où le code opposait une résistance à des règles pratiques qui lui étaient étrangères, la méthode du juriste se faisait conceptuelle, dogmatique, systématique, et se basait sur la déduction. Le théoricien se penchait plus volontiers sur les définitions que sur les règles et, si la lettre du code n'y opposait pas d'obstacles insurmontables, on adoptait des définitions allemandes, et on en faisait découler toutes les règles opérationnelles qui y étaient implicitement contenues.

Code français et doctrine allemande, code autrichien et doctrine pandectiste ont pu vivre ensemble sans inconvénients majeurs. L'étudiant italien ou roumain, que la doctrine du *Geschäft* remplissait d'intérêt, s'accommodait facilement d'un code qui parlait de contrat, sans mentionner

le *Geschäft*. Les modèles doctrinaux allemands ont conquis d'ailleurs des Pays qui n'appartenaient pas au monde romaniste.

Ils ont pénétrés dans les Pays scandinaves. Il ont été assimilés par les Hongrois et les Russes.

La Hongrie n'était pas, à l'époque, pays romaniste. Elle l'est devenue à la suite de cette réception doctrinale. Les projets de code, son code actuel, nous témoignent de cette fidélité au modèle allemand: fidélité qui n'est pas sans réserve, puisque les Hongrois ont toujours rejeté ce qui, dans l'enseignement allemand, leur paraissait trop abstrait (y comprise la doctrine du *Geschäft*). L'Académie russe a adopté les conceptions allemandes. Le projet de code rédigé au cours des premières années de ce siècle nous laisse voir dans quelle mesure les racines allemandes ont pénétré profondément en Russie.

9 — Le 1^{er} janvier 1900 un nouveau code, le *bürgerliches Gesetzbuch*, entrain en vigueur en Allemagne.

Les conditions qui avaient cousé la naissance de la méthode conceptuelle cessaient donc d'exister.

Mais les procédés typiques de l'école systématique étaient les meilleures pour comprendre l'esprit du code; cette circonstance a pu rendre légitime, pendant un certain temps, la survivance de la méthode dogmatique.

Plus tard, cette méthode a commencé à décliner.

L'école des intérêts (la *Interessenjurisprudenz*) a suggéré au juriste de voir dans le phénomène juridique la solution d'un conflit d'intérêts, plutôt qu'un ensemble de concepts.

L'école sociologique a prôné une nouvelle conception des rapports entre société et droit; la société pourrait élaborer elle même une série de règles et les offrir aux juristes; le code, qui renvoie souvent à l'idée de bonne foi, bonnes meurs, etc, autorise ces procédés.

La présence d'une Cour suprême centralisée ne pouvait manquer d'assurer à la jurisprudence, en face de la doctrine, une cohérence et un prestige, qu'elle ne possédait pas au cours du XIX siècle.

Ces éléments ont contribué à faire perdre à la dogmatique sa priorité, à l'école son monopole dans l'édification du droit.

10 — Un peu partout, la méthode dogmatique recule.

En Scandinavie, l'école analytique réduit le droit à la règle dont l'application est prévisible; de plus, cette école se méfie de toute règle trop générale. En Italie la méthode conceptuelle classique est accusée d'être au service des conceptions arbitraires et subjectives de l'interprète, et de trahir de ce fait le devoir de fidélité qui lie l'interprète au législateur. On lui préfère des procédés axés sur l'histoire, la comparaison, l'analyse des buts des institutions, l'analyse des intérêts en conflit.

Il serait donc trompeux de présenter l'Europe actuelle comme une Europe ou la méthode conceptuelle triomphe.

La frontière méthodologique jadis existant entre France et Allemagne s'efface. Les Pays romanistes s'ouvrent à des expériences qui ont leur origine en Amérique ou en Angleterre.

Mais, si la méthode allemande fait place à d'autres techniques, les catégories allemandes, le langage allemand continuent à être bien reconnaissables dans l'enseignement, et dans les codes, de la plupart des Pays d'Europe.

La France a donné à de nombreux Pays son code.

L'Allemagne a donné à de nombreux Pays sa méthode et ses catégories. Le propre de sa méthode est en train de déperir. Ses catégories font preuve, en revanche, d'une admirable vitalité.