

L'HARMONIE DE NOS LOIS FAVORISERA
CELLE DE NOS DEUX RACES.*Avènement du Droit Comparé en jurisprudence.*PAR M^{TRE}. AUGUSTE LEMIEUX, C.R.

Il n'est point niabile que c'est du concours persévérant de nos deux législations—la française et l'anglaise—que devra de plus en plus profiter, à l'avenir, cette bonne intelligence, cette harmonie parfaite qu'il nous importe tant, à nous tous, de voir régner entre les deux races dont se compose notre nation.

Il n'est pas moins indiscutable que ce concours, cette coopération, sera efficace et généralement appréciée en proportion de la peine que se donneront nos légistes de confronter l'état présent de notre législation, notre actuelle conception du droit, avec les besoins, les vagues aspirations d'une société qui évolue constamment, et cela, avec une sorte d'impétuosité, non seulement chez nous, mais, fait miraculeux, jusque chez les Musulmans.

Les revendications populaires se font, de jour en jour, plus pressantes, plus exigeantes, et, à Londres comme à Paris, on ne s'imagine plus que les codes d'antan puissent être la formule *ne varietur* du droit moderne.

Cela étant, pourquoi nos légistes français et anglais ne s'entre-visiteraient-ils pas fréquemment dans le but d'élever de concert ce monument d'une législation qui tiendra compte de toutes les exigences modernes, des progrès de la démocratie et de la science, de l'évolution de la psychologie? Sans doute, on s'est vanté, en Angleterre, et non sans raison, de posséder un système de lois (*corpus juris*) digne d'être mis en parallèle avec celui des Gaius et des Papinien, avec cet admirable Code Napoléon qui a servi de modèle à tant d'autres codes dans les deux Mondes, d'autant que cette législation anglaise règne plus ou moins sur

de vastes territoires de l'Asie, de l'Amérique, de l'Afrique et de l'Océanie. A tout cela personne ne voudra contredire, d'autant moins que la jurisprudence anglaise a fini par donner à l'étude du droit romain toute l'importance qu'une longue éclipse de cette étude lui avait fait perdre. Non seulement—a dit le professeur E. C. Clark, dans son magistral ouvrage intitulé “ Histoire du Droit privé romain ”—l'objet de la jurisprudence romaine voit son importance grandir à mesure que se succèdent les siècles; non seulement ce Droit a survécu à l'Empire où il s'était formé, mais il a encore constitué le fondement juridique de la reconstruction de l'Europe et a joué, indirectement, cela est vrai, un rôle considérable dans la formation de cette jurisprudence anglaise qui est devenue la base de ce droit international qui vient de trouver sa plus récente expression dans le pacte de la Ligue des Nations.¹

C'est donc que l'Angleterre 1°. est restée fidèle à cette grande et immortelle tradition du droit romain si chère à ce Code Napoléon que suit la Province de Québec, 2°. qu'elle participe, avec une évidente persévérance, à l'oeuvre d'érudition qui consiste à mettre en lumière les bases mêmes de ce droit, en même temps qu'à en appliquer les principes juridiques à sa propre législation.²

A ce propos, il nous semble intéressant de rappeler que l'Ecosse, comme le continent européen, a été essentiellement “ romaine ” dans les éléments fondamentaux de sa jurisprudence, laquelle lui fut apportée de France, fait qui a fourni à Lord Mackenzie l'occasion d'écrire quelques piquants rapprochements et de solides comparaisons entre les trois législations romaine, anglaise et écossaise.

¹ History of Roman Private Law, by E. C. Clark.

² The Roman law forms no rule, binding in itself, upon the subjects of these realms; but, in deciding a case upon principle, where no direct authority can be cited from our books, it affords no small evidence of the soundness of the conclusion at which we have arrived, if it proves to be supported by that law, the fruit of the researches of the most learned men, the collective wisdom of ages, and the groundwork of the municipal law of most of the countries in Europe. (A first book of Jurisprudence, by Sir F. Pollock, p. 348).

Cette histoire du droit romain, entreprise, voici plus d'un siècle, à la lumière de la méthode comparative, a offert un champ extrêmement vaste et fertile à l'érudition, à la pénétration, à l'admirable sagacité des savants allemands, anglais et français.

Exemple de législation comparée: Le Code Civil Suisse.

Pour se rendre un compte exact du rôle que devra jouer désormais la méthode comparée dans l'élaboration de nos codes, aucune étude ne sera plus profitable que celle qui a présidé à la formation du nouveau Code civil de l'Empire allemand, et du Code civil qu'introduisait, vers le même temps, chez elle, la République helvétique.

Nous nous bornerons, ici, à dire deux mots de ce nouveau Code civil suisse, en empruntant, pour cela, la fort intéressante étude qu'en a faite une savante dame anglaise, Miss Ivy Williams.

Après avoir indiqué les principes d'un développement juridique comparatif, étranger jusqu'ici au système de la codification des lois, l'ouvrage en question établit quelles doivent être les lois sur lesquelles doit se baser un Code, le juge étant, en fait sinon en théorie, le législateur, sinon le "legisfaiseur," pour parler comme Joseph de Maistre, en dedans de certaines limites très précises. Ces sources sont les suivantes:—

1°. Les dispositions du Code civil suisse, dispositions essentiellement suisses, et qui dérivent des anciennes lois des cantons suisses.

2°. Le droit coutumier non écrit.

3°. Faute de pouvoir s'en rapporter aux deux sources précédentes, c'est la Cour elle-même qui suppléera à cette lacune et agira en qualité de pouvoir législateur, en s'appuyant sur les doctrines juridiques en cours, et sur les précédents dont on pourra s'autoriser. Les instructions données au président du tribunal, dans l'article premier, lui confèrent le droit de juger une cause aussi bien suivant l'équité que suivant la loi. Le juge devra appliquer la loi, à quelque source

qu'il doive la demander, pour toutes les causes qui relèveront de la lettre ou de l'esprit de l'une quelconque des dispositions du Code. Grâce à cette disposition du Code helvétique, les progrès d'une juridiction équitable sont visiblement assurés.

La méthode comparative a été d'une incontestable utilité pour l'ouvrage en question qui professe que la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, son texte aux exigences de la vie moderne. Sur le terrain de la Famille, des questions économiques, et surtout du Travail, le moment présent exige évidemment des lois nouvelles.

Ce fut, en Allemagne, Charles Frédéric Eichhorn (1781-1854) qui inaugura, dans ses ouvrages, la méthode qui consiste à comparer, à marier intimement l'histoire, les origines et les vicissitudes du Droit romain à l'histoire même de ce peuple fameux. Mais, ce fut l'illustre savant, Frédéric Charles de Savigny, Allemand d'origine française (1779-1861), qui porta à une haute perfection cette méthode dont on peut dire qu'elle a révolutionné l'étude, l'enseignement et l'intelligence complète du droit romain. A partir de cette époque, il devint impossible d'exposer une législation quelconque sans la rattacher à l'histoire du peuple particulier dont elle interprétait le sens juridique et les notions de justice.

On a prétendu, de nos jours, que la méthode historique, autrement dit, la méthode comparée appliquée au Droit, à la Jurisprudence, avait fait son temps.³

Un autre et plus savant juriste, dont les écrits font autorité, a prouvé au professeur américain que l'Ecole historique se porte toujours bien, qu'elle est on ne peut plus vivante, quoiqu'il y ait d'autres interprétations à donner aussi à la Jurisprudence passée et présente,⁴

³ After flourishing for a hundred years and ruling almost uncontested during the latter half of that period, the historical school came into marked disfavour at the end of the 19th century and broke down as completely, at the beginning of the present century, as the law-of-nature school had broken down at the end of the 18th century. "Interpretations of Legal History," by Roscoe Pound, Ph.D., LL.D.

⁴ *A Plea for historical Interpretation* by the Rt. Hon. Sir Frederick Pollock, Bart., K.C., D.C.L. *The Law Quarterly Review*, April, 1923.

Sir Frédéric Pollock a eu grandement raison de se prévaloir de l'opinion d'un éminent jurisconsulte italien, Signor V. Beonio-Brocchieri, de Turin, lequel, dans une magistrale préface à sa traduction du livre de Sir Frédéric intitulé : "*Introduction to the History of the Science of Politics*," n'a pas du tout paru même se douter que l'école historique fût morte en Angleterre ou ailleurs.

Le même savant, professeur honoraire de l'Université d'Oxford,—membre des principales sociétés savantes des deux Mondes,—dans un autre de ses ouvrages, où le savoir déborde de tous côtés, "*Essays in the Law*," a fait une remarque dont il sera toujours très utile de se souvenir quand on voudra écrire une "contribution" à la Jurisprudence comparée.

"Il se peut — dit Sir Frédéric — que "*nous soyons trop prompts à voir des affinités historiques entre les règles et les coutumes qui sont en réalité le résultat identique mais indépendant de circonstances tout à fait semblables, en des temps et des lieux très éloignés. Une coïncidence apparente peut nous décevoir au point de nous faire proclamer que quelque chose dans les usages modernes est une survivance de pratiques préhistoriques, sans que nous nous donnions la peine de nous convaincre que la prétendue survivance est générale ou ancienne, ou qu'elle n'a pas une histoire facile à découvrir et à laquelle notre conjecture ne se prêtera point du tout. Dans notre impatience à constater une croissance normale de quelque coutume nationale, nous oublions de laisser une place suffisante à l'influence déroutante d'institutions étrangères, constituant non seulement ce que les philosophes appellent une "contamination," mais une véritable et voulue imitation. Des erreurs de jugement sont possibles de toutes ces façons et de bien d'autres encore, et il n'y a pas de route royale qui puisse nous en prémunir. Seule l'expérience nous apprendra à éprouver une défiance instinctive quand nous entrons dans une atmosphère périlleuse."*

* *Essays in the Law*, by the Rt. Hon. Sir Frederick Pollock.

De si bons conseils ne furent jamais plus utiles que de nos jours, quand ceux qui cherchent les résultats l'enquêtes faites dans le droit coutumier, un peu partout, commettent les mêmes erreurs qu'on reproche aux théoriciens qui prétendent ouvrir la voie dans ce domaine du droit comparé. La matière de cette science comparée, des coutumes, et des institutions comparées, s'accumule partout de façon positivement merveilleuse. Dans toutes les directions, une abondante lumière se répand sur les institutions d'autrefois; pour le moment, il doit suffire de rassembler, de coordonner les matériaux qui s'amoncellent, sans trop chercher à dogmatiser à leur sujet.

* * *

Quand nous rappelions, tout à l'heure, le nom du très grand juriste et professeur que fut de Savigny, il nous parut impossible de ne point évoquer aussi sa mémoire à propos du conflit dont on a fait remonter l'origine jusqu'à lui; nous voulons dire l'opposition qui s'est créée entre le droit écrit codifié et le droit non écrit — la coutume — qui court le risque d'être, à la longue, plus ou moins désaccordé avec les conditions de vie de notre monde, un monde de plus en plus démocratisé.

A vrai dire, c'est plutôt à un Français, au vicomte Louis de Bonald (1754-1840), qu'il convient de faire remonter ce dédain de la codification dont de Savigny passe pour être le parrain. De Bonald allait, lui, jusqu'à condamner toute loi écrite. "Malheur-disait-il — malheur peut-être à une nation obligée d'écrire." Il pensait que toute bonne loi ne peut à aucun prix "sortir d'un encrier." Il refusait même le nom de loi aux rédactions des *légisfaiseurs*. C'est son ami Joseph de Maistre qui a forgé ce mot.

"Les trois lettres du mot 'Loi' "—disait encore de Bonald—même tracées en gros caractères, en tête d'un document officiel, ne font pas plus une loi que les mots *Article premier* ne font un principe."

Ce qui revient à dire qu'il niait qu'il fût au pouvoir de l'homme de légiférer!

Contrairement à son ami de Bonald, de Maistre prétendait aimer et respecter la raison, mais il assignait à celle-ci un rôle défini, celui de justifier la foi, suivant le mot de Saint Paul. La raison individuelle est fautive, c'est la raison générale—*quod ab omnibus, quod ubique, quod semper*—qui seule est d'origine divine et a le droit de s'imposer à l'homme. Dans la société politique, être collectif, cette raison, cette volonté générale, s'affirme par les longues élaborations qui aboutissent à la Coutume. De Bonald, le "traditionniste," comme il se qualifiait lui-même, incarna, en France, le culte de la coutume.

C'est au nom de la science qu'en Allemagne, de Savigny, le fondateur de l'École historique, opposait au système de la codification l'idéal d'un droit immobilisé par l'écriture, évoluant avec lenteur, mais d'un mouvement continu bien que vague et ondoyant, sans organe de transformation.⁶ Selon de Savigny, le Code Napoléon pouvait passer pour le type même de la loi figée, faite pour arrêter le progrès social et déterminer une décadence doctrinale. Ces vues ne concordaient guère, cependant, avec certain passage fameux du *Discours préliminaire de ce Code célèbre*, ce monument du 30 Ventôse de l'an XII, où il est dit :

"Nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir . . . Les besoins de la Société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts si multipliés, leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. . . D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? . . . Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au

⁶ Voir la remarquable étude de M. Raymond Saleilles: *Le Code civil et la méthode historique*, dans le Code civil, livre du Centenaire.

magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. . . . C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, d'en diriger l'application."

Ce mémorable paragraphe du discours préliminaire ouvrait donc déjà la porte à ces légistes qui prétendirent, plus tard, ne pas vouloir s'enfermer dans les termes de la loi et immobiliser la science juridique, ainsi que l'avait présagé le fameux romaniste de Savigny.

Dans un fort beau livre intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, M. François Géný a appliqué au droit la méthode qui a fécondé tous les champs du savoir :

"La coutume," dit-il, "celle qui subsiste en marge des Codes, n'est-ce pas du droit positif? du droit bon pour la circulation et la sanction judiciaire?"

Cette nécessité d'une confrontation constante avec les faits a été non moins éloquemment réclamée par M. Raymond Saleilles dans la solide préface dont il a fait précéder l'ouvrage de M. Géný. Tous deux—jurisconsultes éminents entre tous—ont répudié la dogmatique vieillie où s'enchaînait l'École.

Il semble qu'en Angleterre on veuille en faire autant. Mais, là on n'avance qu'à pas comptés sur la route des innovations. Toutefois, il faut tenir compte à *Jérémie Bentham* (1748-1832) d'avoir, comme son contemporain, de Bonald, répudié toute loi non écrite.

"D'une telle loi, disait-il, l'origine est inconnue; elle va continuellement s'accroissant—elle ne peut jamais s'achever; elle change sans qu'on sache pourquoi!" Au fond, Bentham favorisait la

methode française, et c'est, sans doute, pourquoi la Convention lui décerna, un beau matin, le titre de 'Citoyen Français.' ”

Une ouvrage auquel nous reviendrons peut-être, qui porte le titre de *Points de Vue*,⁷ qui en est à sa seconde édition et dont l'auteur n'est ni plus ni moins que *The Earl of Birkenhead*, nous permettra de reprendre ce grand sujet de la Codification du Droit (Codification en Angleterre)⁸; vaste sujet, s'il en fut, que l'ancien Lord High Chancellor était, plus que bien d'autres, en état de traiter de main de maître.

⁷ *Points of View*—in two volumes—by the Rt. Hon. The Earl of Birkenhead, D.L., D.C.L., P.C.

⁸ “English opposition to codification is not absolute. In her colonies, where no historical body of law existed, certain codes have been promulgated. Thus, beginning with 1860, India, and certain other colonies received from England a series of codes regulating almost all branches of law, and even certain parts of the civil law were codified in India between 1865 and 1872.”

Cf. The Progress of Continental Law in the 19th Century, by various authors. London, John Murray, 1918.
