

Du reste, à côté de ces magnifiques résultats que consacre le Code Napoléon, reconnaissons qu'il y a dans les détails d'exécution de nombreuses imperfections qui embarrassent sa marche, et qu'un peu plus d'attention dans ses rédacteurs aurait pu prévenir. Je me suis fait une loi de les signaler; car je ne suis pas un admirateur aveugle, et je fais mon possible pour être impartial dans mes éloges comme dans mes critiques. C'est aujourd'hui la première condition de l'écrivain qui respecte son lecteur.

4. C'est avec le même esprit d'indépendance que je me suis servi des travaux préparatoires du Code Napoléon. Quelques-unes des discussions du conseil d'État sont des chefs-d'œuvre de science, de haute raison, de connaissance des besoins de la France, comme, par exemple, celle qui est relative à la rescision pour lésion dans la vente, celle qui concerne la dispense d'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs, etc. Ce qu'il y a d'étonnant surtout, c'est la profondeur des vues qu'y déploie toujours le premier consul, dont l'esprit naturellement philosophique domine à une hauteur immense sur tous les jurisconsultes dont le conseil était composé. Après lui, je place M. Portalis, qui était le chef d'une section du conseil, ayant une tendance rebelle aux innovations et hostile à l'esprit révolutionnaire. On remarque dans ce parti M. Bigot, le plus reculé de tous, mais d'un esprit orné, d'une science étendue; M. Tron-

avec l'histoire et la vraie philosophie, que la propriété dérive de la nature, et qu'elle est une condition de toute société, préexistante à des lois formulées ou à une convention, le propriétaire jouira en paix du fruit de ses sueurs, et la meilleure loi civile sera celle qui le laissera le plus libre.

chet, vigoureux logicien et très versé dans la connaissance des lois civiles; M. Cambacérès, qui présidait le conseil en l'absence du premier consul, et qui à mon avis est habituellement faible, temporisateur, incertain, et également au-dessous de sa réputation et des fonctions qu'il remplissait. Dans les rangs opposés se distinguait en première ligne M. Treilhard, toujours disposé à condamner le passé, toujours enclin vers le système le plus radical, et soutenant par une rare présence d'esprit, par une répartie ingénieuse et forte, sa phalange composée des Réal, des Regnauld, des Cretet, etc., hommes de capacités diverses, doctes, éloquents. Lorsque la discussion s'engage sur quelque question palpitante de l'intérêt du jour, rien n'est plus curieux à observer que le rôle de médiateur que prend le premier consul entre les deux partis. Ce génie incomparable avait compris que son époque était un temps de conciliation et de transaction. Aussi, suivez-le au milieu de ces luttes du côté droit et du côté gauche du conseil d'État; vous verrez qu'il intervient constamment, avec une rare sagacité et un bon sens exquis, pour proposer un terme moyen, pour jeter dans la discussion un tempérament équitable, et que, par la force de sa raison conciliatrice, il amène pour l'ordinaire les opinions rivales à une transaction. Si le Code Napoléon a opéré la fusion des idées anciennes avec les idées de la révolution; s'il est empreint de cet éclectisme qui est la philosophie du dix-neuvième siècle, c'est principalement à Napoléon qu'il faut en attribuer l'honneur. Son esprit de conciliation prudente brille dans le Code, comme dans la réunion des partis politiques qui déchiraient l'État.

Mais, après ces séances animées et pleines de hautes leçons, combien de fois ne descend-on pas dans une

médiocrité fatigante et un vide décourageant? Des questions graves sont soulevées; mais, malgré leur importance, elles tombent de tout leur poids dans l'oubli où l'inattention du conseil d'État les laisse dormir. Des réponses qui ne répondent à rien, de petits mots sans portée, des phrases qui se croisent sans se rencontrer, des propositions de remaniement dont on ne voit pas la suite, remplissent un trop grand nombre de procès-verbaux, et viennent, à mon avis, donner un éclatant démenti à ceux qui disent que c'est dans les discussions du Code Napoléon qu'il faut aller chercher le meilleur commentaire de ce grand œuvre. Maintenant, que sera-ce si vous vous jetez dans les discours d'apparat prononcés par les orateurs du gouvernement et du tribunal? A Dieu ne plaise que je veuille en empêcher la lecture aux hommes studieux! car il y a quelquefois, souvent même, à profiter. Mais aussi que d'assertions hasardées, que de maigreur dans les doctrines, que de vaines déclamations, sans même en excepter tout à fait ceux de l'éloquent Portalis, le plus philosophe (1) des jurisconsultes qui prirent part à la confection du Code! Si donc je me suis fait une loi de ne jamais négliger ces sources contemporaines, ce n'est que sous bénéfice d'inventaire, et en me tenant en garde contre l'erreur qui les souille trop fréquemment.

5. L'étude des arrêts a une utilité plus grande et plus journalière; car elle présente au jurisconsulte le spectacle de la loi en action. Autant qu'il a été en moi,

(1) Je ne voudrais pas qu'on regardât comme trop absolue cette restriction que j'apporte à la juste réputation des discours de M. Portalis. Son exposé des motifs du mariage et celui de la propriété sont, par exemple, très remarquables.

je me suis aidé des décisions des cours; j'ai multiplié les applications, afin de ne pas mériter le reproche que Cujas faisait aux auteurs ultramontains : *in re facili multi, in difficili muti*. Mais cette étude réclame plus qu'une autre le secours de l'esprit d'examen et une grande indépendance de jugement.

Les dangers qui accompagnent l'usage des arrêts peuvent être rapportés à deux causes. Ils proviennent de ceux qui les colligent et de ceux qui les rendent.

De tout temps on a reconnu combien la mission de l'arrétiste est délicate et difficile. Elle demande non-seulement une rare intelligence, un savoir exact et scrupuleux, mais encore la possibilité de vérifier les décisions sur les sources originales. Pour qu'une notice d'arrêt fût bien faite, il faudrait que le rédacteur eût suivi lui-même le débat et assisté à la délibération, ou bien qu'il eût pris connaissance des pièces, et qu'ensuite il dominât la question par ses aperçus critiques. Mais, en fait, l'on sait que les arrestographes ont plus de laisser-aller, et que de fréquents exemples d'inattention se font remarquer dans leurs collections. Voici le jugement sévère que le chancelier d'Aguesseau portait sur le *Journal des audiences*, qui cependant a bien des qualités qui manquent aux compilations que nous possédons aujourd'hui (1).

« Le Journal des audiences du parlement de Paris » n'est pas un garant bien sûr des maximes que l'auteur de ce journal met dans la bouche des avocats-généraux. Les précis qu'il y rapporte de leurs plaidoyers sont ordinairement assez mal faits; quoi qu'il rencontre quelquefois bien dans les maximes qu'il leur fait avancer, l'ouvrage n'en mérite pas pour

(1) V. mon Comment. sur les Hypoth., p. 55.

» cela plus de confiance, et il a le caractère commun
 » avec la plupart des recueils de cette espèce, qui ont
 » souvent plus d'autorité de loin que de près (1). »

Bretonnier adressait des reproches plus vifs encore
 aux arrêtistes de son temps, parmi lesquels l'on comptait
 cependant des magistrats du plus haut mérite.
 « Il y a peu de fond, disait-il, à faire sur la foi des arrêtistes.
 Car M. Bardet passe pour l'un des plus exacts.
 » Cependant il s'est lourdement trompé ici. Que peut-on
 » juger des autres? je ne sais si ce que je vais dire
 » ne passera pas pour un blasphème. M. Louet, pour
 » qui l'on a tant d'estime au Palais, et avec raison,
 » s'est souvent trompé. La plupart des arrêts par lui
 » cités sont mal appliqués... M. Leprêtre, rapportant
 » un arrêt cité aussi par M. Louet, lui donne un autre
 » sens, une autre date, et donne d'autres noms
 » aux parties.

» Si deux magistrats aussi éclairés, qui étaient tous
 » deux de la même chambre, qui avaient assisté tous
 » deux au jugement, rapportent l'arrêt tout différemment,
 » que doit-on attendre des autres? Si ceux dont on peut dire,
 » *vos dii estis*, sont capables de se tromper, que ne feront pas
 » les mortels (2)? »

Il semble, aujourd'hui que les arrêts sont motivés,
 qu'il soit plus facile aux arrêtistes d'en saisir le véritable
 sens et d'en rendre la physionomie. Cependant de nombreuses
 imperfections laissent subsister, à peu près dans toute leur
 force, les censures de d'Aguesseau et de Bretonnier. Tantôt
 les faits sont tronqués et supprimés totalement; et cependant
 qu'est-ce qu'un arrêt sans un exposé fidèle et détaillé des faits qui

(1) T. 8, lettre 420.

(2) Sur Henrys, t. 4, p. 312.

l'ont amené? tantôt ce sont les motifs que l'arrêtiste
 retranche, sous prétexte d'une identité dont il se rend
 seul juge, et qui est souvent fautive; ici, une circonstance
 décisive se trouve omise et laisse l'arrêt inexplicable;
 là, les faits retracés par la notice sont en opposition avec
 ceux que la décision déclare constants, sans que rien prépare
 celui qui lit à cet antagonisme, et lui en donne la clé.
 Joignez à cela l'inexactitude qui dépare quelquefois les
 sommaires et trompe le lecteur inattentif ou pressé par
 le temps; l'exposé incomplet des moyens des parties, l'absence
 des conclusions du ministère public, etc. Sans doute, ces
 défauts ne sont pas habituels, et ils sont rachetés par
 beaucoup de qualités. Ils tiennent moins à l'insuffisance
 de capacité de MM. les arrêtistes, qui sont des avocats
 distingués et très occupés, qu'à la nature même de ce
 genre de travail, qui est ingrat et rebutant (1), et qui est
 rarement accompagné des documents originaux qui peuvent
 l'éclairer. Mais il n'est pas moins vrai qu'en l'état des
 choses, les collections d'arrêts ne doivent être consultées
 qu'avec de grandes précautions. C'est pourquoi j'ai cru que
 c'était pour moi un devoir de signaler les lacunes que j'ai
 trouvées dans ces sources précieuses pour la science, et les
 plus consultées de toutes. Si ceux qui concourent à la
 collection des arrêts étaient bien convaincus de la haute
 importance que les praticiens et même certains juges
 attachent à une décision par cela seul qu'elle est
 imprimée, ils sentiraient que leur mission est très grave,
 et que, malgré le peu

(1) Le président Favre, qui fut aussi un arrêtiste du premier
 mérite, disait cependant que ce genre d'occupation lui paraissait
 peu digne de lui. *Mihi pigebat maximè (nec enim dissimulo) TAM
 IGNOBILI LABORI tantum temporis dari.* (Préface de son Code.)

d'attrait qu'elle offre dans l'exécution, on ne saurait y apporter trop d'attention, de zèle et de scrupule.

Une seconde cause qui doit mettre en garde contre les arrêts, c'est la position de ceux qui les rendent.

Le jurisconsulte Celsus a très bien dit : *Bonus judex variè ex personis causisque constituet* (L. in fundo. D. de rei vindic.). Je ne veux pas de meilleure preuve que ces paroles pour établir que les arrêts ne doivent pas en général tirer à conséquence; car si leurs décisions dépendent des circonstances du fait et de la personne, de quelle incertitude inévitable ne sont-ils pas environnés, puisque, dans presque aucune affaire, le fait ne se présente identique et la personne dans les mêmes conditions (1)? Aussi Dumoulin a-t-il écrit cette maxime, qui est devenue proverbe : *Modica enim circumstantia facti, inducit magnam diversitatem juris* (2); les faits sont si flexibles, ils se voilent derrière des nuances si diverses, ils exercent une si grande influence sur l'esprit du juge, qu'en général les arrêts ne doivent être pris que comme des décisions sur des points de fait, plutôt que sur des questions de droit. C'est ce que reconnaissait le président Favre, qui excella également et dans les hautes théories de la science, et dans les fonctions du magistrat. Il disait que, comme juge, il avait souvent été obligé d'émettre des sentiments contraires à ce qu'il avait écrit comme docteur, et que les opinions vulgairement admises, et qui habituellement servent de règle aux transactions des parties, avaient eu plus d'empire sur lui que les doctrines scientifiques qui les condamnent (3); c'est

(1) C'est la remarque de Quintilien, *Inst. orat.*, lib. 5, c. 2.

(2) Des Censives, § 78, n° 164.

(3) Préface de son Code.

en effet que l'équité, élevant sa voix puissante, dominait l'esprit de ce juge sévère qui dans ses livres l'avait fièrement proscrite, et le forçait à tenir compte des faits, des préjugés, des accidents qui placent une si grande distance entre la pratique et la spéculation, entre les hommes et les théories! Ainsi sont faits tous les magistrats: et il n'en est pas un qui ne compose, qui ne doive même composer avec les faits, et tempérer le droit par les circonstances de la cause. Favre déplorait ce malheur : *Improbo planè ac miserando judicantium fato, quibus necesse est ità facere, ne credantur conscientiam onerare, si veram scientiam potius quàm vulgi imperitiam sectantur*. Mais si c'est un malheur pour la science, forcée de répudier si souvent les œuvres du juge, ce n'en est pas un pour la justice, qui veut qu'on prenne les parties telles qu'elles sont, et non telles qu'elles devraient être. Il n'y aurait véritablement excès que si le juge pliait les faits à une volonté arbitraire, afin de changer les termes de la question et d'échapper à un principe qui l'importune.

Malheureusement, l'*abus*, qui, comme le dit Montesquieu en parlant précisément de cette matière, *l'abus, qui se glisse dans tout ce qui passe par la main des hommes*, vient ajouter cette dernière cause de défiance pour les arrêts à celles que ce genre d'autorité porte naturellement en soi. Il y a longtemps qu'on a reproché au juge de moins s'attacher aux règles qu'aux lieux incertains d'une équité apparente (1). Un aperçu saisit son esprit; il l'embrasse avec ardeur, il s'en pénètre avec force; et voilà le procès jugé avant d'avoir été approfondi. L'intérêt qui s'attache à une

(1) Bretonnier, sur Henrys, t. 2, p. 253, n° 8.

partie, la commisération due à une infortune, colorent un faux-fuyant du nom d'équité, et arrachent à un principe une exception de circonstance. A cet entraînement s'ajoute le louable désir d'expédier les affaires, et de ne pas faire languir le cours de la justice. Le temps presse, et on laisse échapper de ces arrêts qui, dans leur incomplète brièveté, motivent la question par la question, ou qui, improvisés, sans lecture de pièces, portent l'empreinte de la précipitation qui les a fait naître. Il est vrai qu'avec cette activité trop hâtive, on occupe une place honorable dans les statistiques, qui comptent sans peser. Mais on est relégué à un rang fort inférieur par la science, qui pèse et ne compte pas. Loisel a dit : *Sage est le juge qui écoute et tard juge. CAR DE FOL BRIEFVE SENTENCE* (1). C'est là l'histoire des bons arrêts, et la pierre de touche des mauvais.

Ces considérations expliqueront à ceux qui cherchent dans un auteur l'indépendance et l'impartialité, pourquoi, tout en explorant avec exactitude les monuments de la jurisprudence, je leur refuse souvent par une critique austère l'autorité que le vulgaire leur attribue. En cela je ne fais qu'imiter nos anciens et nos maîtres. « La manière dont j'ai raisonné sur ce point (ce sont les paroles de M. Merlin) est une nouvelle preuve du danger qu'il y a pour les magistrats et les jurisconsultes de prendre aveuglément les arrêts pour base de leur opinion (2) », et un vieil auteur de province, Maynard, jetant sa désapprobation contre les arrêts du parlement de Paris, s'écrie souvent : *Cet arrêt est digne de mémoire, mais COMME*

(1) Liv. 6, t. 3, n° 14.

(2) Répert. t. 47, p. 408, col. 2.

PARADOXE (1). On approuvera chez moi la même liberté. Car, comme l'ancien procureur général à la Cour de cassation, et comme le magistrat toulousain, je ne parle que dans l'intérêt de la science et de la vérité.

Il est du reste un point sur lequel la magistrature française méritera toujours la haute approbation du pays. C'est que, si on peut relever des erreurs dans ses décisions, on trouve toujours en elle l'ardent amour de la justice, uni à une soumission sincère à la loi, devant laquelle toutes les volontés doivent s'abdiquer. Ce mérite est d'autant plus grand, qu'on ne saurait donner le même éloge à toutes les magistratures dont l'histoire nous a conservé le souvenir. A Rome, nous voyons le juge du droit, le préteur, plier ses édits aux circonstances, s'élever au-dessus de la loi écrite, et, tout en l'environnant d'un respect simulé, la fouler aux pieds et la réduire à un vain mot. Toutefois, je n'irai pas avec Heineccius lui en faire un reproche; car le préteur ne fut que l'instrument dont se servit le mouvement progressif de la société romaine pour échapper aux entraves du droit sacerdotal et aristocratique, et ramener à l'équité naturelle une législation fondée sur les combinaisons étroites du droit civil. Mais ce qu'il fit pour le bien, d'autres pourraient le faire pour pervertir le droit, et c'est la gloire de la magistrature française de n'avoir jamais aspiré à ce pouvoir, qui réforme la loi écrite et promulguée, et oppose puissance à puissance. Il est vrai que son organisation met de grandes entraves à ce genre d'envahissement. Le nombre des juges qui épure les discussions, qui tempère les har-

(1) Liv. 4, ch. 27.

diesses de l'esprit aventureux, qui résiste aux systèmes de l'esprit solitaire, ramène toutes les exagérations dans un juste milieu; tandis que le juge unique trouve dans son isolement, dans l'absence de contrepoids, une force de destruction irrésistible. Les partisans du juge unique ont souvent cité à l'appui de leur dangereuse théorie l'exemple des préteurs romains. Bel exemple à suivre en effet, si l'on voulait renverser le Code Napoléon, que la France admire et que l'Europe envie!!!

6. Au-dessus des autorités contemporaines dont je viens de parler, et à une bien plus grande hauteur, se trouvent d'autres sources d'instruction auxquelles j'ai abondamment puisé. Je veux parler des lois romaines et des anciens jurisconsultes. Lors du premier enthousiasme que produisit la possession d'un nouveau Code, des hommes inattentifs se persuadèrent qu'il renfermait à lui seul toutes les notions nécessaires désormais à la magistrature et au barreau, et ils saluèrent d'un adieu superbe tout ce que les temps antiques avaient possédé de savant et d'illustre en jurisprudence. Mais en droit, comme en histoire, comme en politique, comme en tout, c'est une prétention déraisonnable que de vouloir rompre avec le passé. Tandis que la suffisance dédaigneuse du moment s'imaginait que la science avait été mise à l'étroit dans les limites d'articles numérotés, et que le cercle de Popilius lui avait été tracé pour toujours, la science brisait, aux premiers essais, ses faibles liens; elle débordait de toute part, elle apparaissait insaisissable, immense, n'ayant d'autres bornes que l'esprit humain et la variété infinie des intérêts qui s'agitent dans la société. Alors, il fallut renouer la chaîne des temps, et demander conseil au passé, c'est-à-dire à l'expérience,

et le droit romain fut réhabilité. Il est vrai qu'en général, et malgré les nobles efforts de doctes professeurs, tels que MM. Ducaurroy, Blondeau, etc., il l'a été plutôt de nom que de fait, et que la masse des légistes n'a pas encore en lui cette foi active qui fait pratiquer la règle qu'on respecte. Cependant pensons-y bien! le droit romain est le foyer lumineux où brillent ces éternels principes sur lesquels s'élève l'édifice du droit moderne. Là ils sont exprimés avec l'énergie antique et la profondeur particulière au génie romain; là ils sont développés, analysés, poursuivis dans leurs conséquences et leur application, avec une richesse qui atteste à la fois le grand mouvement des intérêts civils chez les anciens et le coup d'œil perçant de ceux qui avaient mission de les classer et de les systématiser. Quant à nos vieux jurisconsultes, aux Cujas, aux Dumoulin, aux Fabre, aux Loyseau, et autres qu'il est inutile d'énumérer, parce que leurs noms, si ce n'est leurs écrits, sont assez connus, je le dis avec conviction, il ne me paraît pas possible de faire en droit des études fortes, si l'on ne va pas se retremper à leur école. Ces hommes de génie, véritables géants de la science, portèrent le droit au plus haut degré de splendeur. Histoire, philologie, belles-lettres, morale, philosophie, ils mirent tout à contribution pour étendre la sphère du droit, que la rouille du moyen âge avait rapetissée. Ce Cujas, par exemple, qu'on se représente souvent comme un pédant chargé d'un inutile et fastidieux savoir, est, au contraire, un esprit orné et poli, parlant avec élégance, et sachant donner à sa pensée le tour le plus ingénieux. Sa clarté est remarquable; elle surpasse souvent celle de Pothier lui-même, et je ne crains pas de dire qu'il y a dans ce dernier auteur telle idée que je n'aurais

jamais comprise sans le secours de Cujas (1). Tous enfin ont su imprimer sur leurs ouvrages une verve originale, une verdeur de pensée et d'expression qui est pleine d'attrait. C'est en eux qu'on trouve une nourriture solide et de mâles instructions. Avec eux, l'on sent que la jurisprudence est pleine de grandeur, et qu'il n'y a pas une science morale avec laquelle elle ne puisse rivaliser de richesse et d'élévation. Eh bien ! ce qu'ils ont fait pour le droit ancien, il serait beau sans doute pour le dix-neuvième siècle de l'exécuter sur le Code Napoléon, plus digne encore que le droit ancien de ces grands travaux. Que toutes les gloires du passé soient donc sommées de venir porter leur tribut aux pieds du chef-d'œuvre des temps modernes ; que ces illustrations, trop délaissées jusqu'à présent, soient évoquées, pour ainsi dire, afin de lui prêter la force et la lumière de leur génie. Que la critique, la philosophie, l'histoire, les origines, les coutumes, le droit comparé, etc., viennent agrandir le cercle de la science et l'arracher à des proportions trop mesquines. Ni les tendances philosophiques, ni les grands travaux d'histoire ne manquent à la France. Mais ces hautes études, faute de cette confiance, si énergique en Allemagne, dans l'utilité et l'intérêt des développements de la jurisprudence transcendante, vivent comme dans un monde à part, et laissent le droit dans l'isolement. En veut-on une preuve bien grande ? C'est que nous n'avons pas encore une seule histoire interne du droit français !!! Et cependant, je le dis après avoir sondé la profondeur d'un tel sujet, il n'en est pas de plus digne d'un grand talent et de plus capable de faire revivre au dix-neuvième siècle les

(1) V., par exemple, n° 516, *infra*.

athlètes glorieux du seizième. Pour moi, je n'ai malheureusement pas la puissance et les qualités nécessaires pour réconcilier à la science du droit, ainsi restaurée, les esprits énergiques qui s'en éloignent. Cependant l'on me saura gré de quelques efforts pour cimenter l'alliance des anciens maîtres de la science avec le Code, qui résume leurs travaux et ne les efface pas. J'ai voulu surtout protester contre une pensée décourageante, souvent répétée avec triomphe par ceux qui préfèrent les lueurs d'une équité capricieuse aux lumières de la raison écrite : *Le droit s'en va !*