

# SALEILLES ET LE COMPARATISME

Les travaux de la Société pour l'histoire des Facultés de droit et de la Science juridique ont confirmé que la défaite de 1871 fut, pour le droit français, un amer et puissant stimulant et que la période qui s'étend de 1880 à 1914 fut une Belle Epoque de la doctrine juridique de notre pays. Justement, Raymond Saleilles l'illustra, qui vécut de 1855 à 1912. La qualité qui le rendit célèbre et qui justifie la curiosité de notre Société est celle de comparatiste.

C'est une spécialité prestigieuse mais sa glorieuse nimbe empêche précisément qu'on la définisse avec précision. M. Hilaire, dans sa contribution à nos découvertes (J. HILAIRE, « Le comparatisme en matière commerciale au XIX<sup>e</sup> siècle », *supra*), a montré que le comparatisme restait à inventer. Chaque auteur qui tourne ses regards de ce côté a le loisir de redéfinir et de reconstruire la matière, de telle sorte que traiter de « Tel auteur et le comparatisme » c'est décrire un certain comparatisme et inévitablement dresser le portrait de celui qui l'a imaginé.

Si l'enquête sur la personnalité de tout comparatiste est ainsi légitime, elle est nécessaire dans le cas de Saleilles car son œuvre est massive et d'une lecture difficile. On ne l'aborde qu'après avoir consulté des biographes et des commentateurs, lesquels précisément ne manquent pas, car notre auteur, disparu à 57 ans, était déjà assez célèbre pour que ses collègues composent dès sa mort un ouvrage collectif intitulé : « L'œuvre juridique de Raymond Saleilles », paru en 1914. Toutes les contributions qui le composent sont signées de noms restés, eux aussi, célèbres (E. Thaller, E. Gaudemet, H. Capitant, etc...). Leur lecture est fructueuse parce qu'elle révèle que Saleilles, par certains traits de caractère et à cause des jeux du hasard, fut poussé naturellement vers le comparatisme. Le « pourquoi » de sa vocation élucidé, il faut bien ensuite parcourir, et de première main, les travaux de l'auteur, pour y trouver le « comment » son comparatisme.

## I. — POURQUOI SALEILLES FUT-IL COMPARATISTE ?

Saleilles fut comparatiste parce qu'il naquit non-conformiste dans une période inventive.

L'œil neuf ou naïf qu'il ouvrit sur la science juridique de sa jeunesse, vers 1875, lui fut donné par une origine fort éloignée de cette discipline : sa famille, étrangère à la robe et à la toge, possédait de riches vignobles sur la côte de Beaune. Le jeune Saleilles fréquenta le lycée de cette ville, ce qui fit dire à Thaller, avec l'incubable vanité des Parisiens, qu'il était « un autodidacte par excellence » (E. THALLER, « L'œuvre... », *précité*, p. 32). Le fait est que les professeurs bourguignons ont négligé d'éduquer le style écrit de leur élève.

Il vint à Paris faire son droit, mais à la Faculté libre, car il était et resta toujours fervent catholique. Il goûta particulièrement les cours d'histoire du droit mais s'ennuya aux leçons de Code civil, qui lui inspirèrent une aversion définitive pour l'exégèse. Pour son doctorat, il dut s'inscrire dans notre laïque Faculté de la place du Panthéon. Le directeur de sa thèse de droit français, soutenue en 1883, après une thèse de droit romain, selon l'usage du temps, était Bufnoir : cet esprit indépendant et puissant connaissait bien le droit allemand, il fut co-fondateur, en 1865, de la Société de législation comparée, siégea à la Chambre comme député libéral et était père, enfin, d'une fille infiniment spirituelle, que l'élève épousa.

Celui-ci fut agrégé dès 1884 mais un membre du jury confia, beaucoup plus tard, qu'on avait pensé que la « manière d'exposé [du candidat], si personnelle et si rare, lui rendrait difficile la prise de possession de ses auditeurs ». Il reçut sa première chaire à Dijon où il enseigna pendant dix ans l'histoire du droit et accessoirement le droit constitutionnel, car l'agrégation qu'il avait réussie n'était pas encore sectionnée.

Pendant ces dix années, commençaient à paraître les fruits des pensées et des sentiments longtemps roulés dans l'esprit de Saleilles : le dégoût de l'exégèse dont ce professeur d'histoire du droit put mesurer les dégâts en comparant la doctrine de son temps avec les riches ouvrages de l'Ancien Régime ; l'admiration de l'œuvre de codification entreprise par le jeune Empire allemand ; le désir d'imiter un beau-père autoritaire et prestigieux ; un peu de catholicisme social qui le portait vers des réformes dont l'époque était avide. Le premier grand travail du comparatiste fut un « Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand », paru en 1890. L'ouvrage est descriptif mais il fournit l'occasion de mesurer combien le Code civil français manque, en certains endroits, tantôt de réalisme et tantôt de subtilité, par exemple à propos des engagements abstraits ou des contrats aléatoires tels notamment que l'assurance sur la vie. Saleilles goûta alors au plaisir de découvrir, d'étonner et même de choquer et il ne s'en lassa jamais.

Il n'a encore que trente-cinq ans. A quarante, il est élu à Paris, à charge d'enseigner le droit pénal pendant trois ans. Il en profite pour publier d'importants articles sur l'individualisation de la peine

et sur le délit impossible. Puis, succédant à Bufnoir lui-même, il donne trois années de cours de droit civil et s'illustre alors comme l'un des bâtisseurs de la théorie du risque dans la responsabilité civile. Saleilles reçoit enfin, en 1901, la récompense de ses travaux, sous la forme d'une chaire de législation comparée, créée pour lui, et qu'il occupe jusqu'à sa mort, en 1912.

Cette dernière période de l'activité professionnelle de Saleilles coïncide avec la publication de ses œuvres comparatistes majeures : « De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand » (1901), « La possession des meubles. Etude de droit allemand et de droit français » (1907) et « La personnalité juridique. Histoire et théorie » (1910). Les trois ouvrages, très techniques, ont pour point commun de développer des sujets particuliers dans lesquels le droit français pêche par défaut de finesse et de réalisme, tandis que, à propos des mêmes matières, la législation allemande devrait exciter l'admiration. Ce thème, déjà travaillé en 1890 à propos de la théorie des obligations, ne séduisit qu'une partie de nos compatriotes.

Ces importants travaux sur lesquels est assise la réputation de comparatiste de Saleilles, sont des monuments autour desquels croissent des broussailles moins élaborées, fruits abondants d'un esprit sans cesse en état d'observation : notre auteur mettait la main à la plume chaque fois que quelque événement social excitait sa curiosité, comme le font ceux que, depuis cette époque précisément, on nomme « les intellectuels ». Cette littérature secondaire l'a rendu très populaire dans la jeunesse qui y trouvait des arguments contre le conservatisme, mais elle est aussi exprimée dans un style médiocre qui, du vivant de Saleilles, prêtait déjà à sourire et qui, aujourd'hui, suscite la surprise (on y trouve par exemple « solutionner »). C'est que Saleilles allait vite et ne restait pas confiné dans son cabinet de travail d'où beaucoup de manuscrits sortaient sous la forme d'un premier jet.

Dehors, il se livrait sans cesse à l'action. Saisissant l'occasion de l'Exposition Universelle de 1900, qui laissa dans Paris tant de beaux édifices, il provoqua le Premier Congrès international de droit comparé, qui rassembla des juristes de tous les pays civilisés. En 1902, il fonde la Revue trimestrielle de droit civil, avec A. Esmein et Walh. C'est lui encore qui sut provoquer la célébration du Centenaire du Code civil.

Mais cet homme infatigable, malgré sa taille de colosse, était malade : des cures rompaient de plus en plus souvent et plus longtemps le cours de ses travaux et il mourut célèbre, le 3 mars 1912.

## II. — COMMENT SALEILLES FUT-IL COMPARATISTE ?

Une expression qu'utilisait abondamment Saleilles et qui, en son temps, constituait une nouveauté, décrit assez exactement l'aspect

du droit qui l'intéressait le plus : c'est celle de « technique juridique ». Le substantif est évidemment emprunté au langage de l'ingénieur qui s'en sert pour désigner les applications pratiques des sciences exactes. Il est transposé au droit pour affirmer que le juriste doit être utile à l'humanité comme l'est l'ingénieur qui fait des ponts et des chemins de fer. De cet utilitarisme, puisqu'il s'agit bien de cela, l'outil (la métaphore est fidèle) le plus efficace est justement le droit comparé.

Saleilles a donné, là-dessus, des textes explicites. Ils ne figurent pas dans ses grandes œuvres, lesquelles mettent en application la technique juridique mais ne la décrivent pas, et on doit les chercher dans des documents peu accessibles : « Conception et objet de la science du droit comparé » in *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux et documents*, t. I, p. 167 ; « Rapport général sur les travaux du Congrès, *ibid.*, p. 141 ; « La fonction juridique du droit comparé » in *Rechtswissenschaftliche Beiträge, Juristische Festgabe des Auslandes zu Joseph Kohlers 60 Geburtstag*, Stuttgart, 1909, p. 172. Ces écrits sont, par rapport aux grands ouvrages monographiques, ce que l'ethnologie est à l'ethnographie : ils constituent une synthèse des données accumulées au cours de longues et patientes comparaisons des « techniques » utilisées par le droit français et le droit allemand pour traiter de tel ou tel point particulier (la possession des meubles, la déclaration de volonté, le contrat aléatoire, etc...).

Selon le point de vue que Saleilles y exprime, le droit comparé doit être utilisé comme source matérielle du droit. Mais la thèse soulève une difficulté pratique : qui est habilité à explorer cette source pour en rapporter des règles juridiques ? L'auteur a sa réponse et désigne le couple que forment la doctrine et la jurisprudence.

#### A) Le droit comparé comme source matérielle de droit

Saleilles, l'anticonformiste, nourrissait des idées hostiles à l'égard des méthodes qu'avaient utilisées ses propres maîtres.

Il n'a que des mots méprisants à l'égard de l'exégèse : elle enferme les vivants dans la norme des morts et elle est tout bonnement irréaliste car rien ne peut empêcher un juge, plongé dans la vie pratique, de trouver mille prétextes pour ne pas appliquer les solutions que lui dicte l'exégèse. Notre auteur ne fait là rien d'autre que de transmettre les enseignements de l'École historique allemande selon laquelle rien ne peut arrêter l'évolution du droit et, en tout cas, pas un texte.

Les méthodes scolastiques plus anciennes ne le convainquaient pas davantage, et il tenait l'abstraction juridique pour un fléau social, comme il le fit savoir devant le Congrès de 1900 : « En

matière sociale, partout où l'on fait de la logique pure, on est sûr de ne pas faire de la science ; car la science sociale se trouve dans l'harmonie et la conciliation entre toutes les antinomies de principes et toutes les contradictions d'idées ».

Sailleilles rejetait si fort l'exégèse et la logique pure qu'il leur contestait même leur domaine d'élection, le droit pénal, pourtant étroitement soumis aux textes par une conception étroite du principe de légalité. C'est ainsi qu'il soutint la doctrine positiviste, aujourd'hui si florissante, de l'individualisation de la peine.

Le droit naturel ne trouve pas davantage grâce devant lui, ni dans sa variété religieuse ni dans son avatar rationaliste. Quoiqu'il fût très croyant, Saleilles n'a seulement jamais suggéré que la foi chrétienne pût servir de fondement au droit ; et il répugnait au droit naturel moderne qu'élaborerait une raison humaine universelle, le tenant pour une dangereuse vieillerie, propre seulement à déguiser les préférences subjectives des diseurs de droit. Que le législateur prétende exprimer un tel droit naturel, lui paraissait le comble de l'arbitraire, car le Parlement confond nécessairement droit naturel et orientation partisane. Songeons que Saleilles écrivait en un temps où les tensions politiques étaient très grandes et amusons-nous en pensant que M. André Laignel a refait, mais pour s'en réjouir, la même observation que Saleilles lorsqu'il lança son trop célèbre aphorisme : « Vous avez juridiquement tort, puisque vous êtes politiquement minoritaires ».

Ayant ainsi réfuté diverses méthodes du raisonnement juridique, Saleilles désigne celle qui permet de découvrir la bonne source matérielle du droit en évinçant les données subjectives qui affectent la conscience et la raison de celui qui dit le droit : c'est l'observation des faits objectifs que sont l'analogie légale ou juridique, la conscience juridique collective et enfin et surtout le droit comparé.

Mais ces données ne doivent pas être consultées avec l'espoir d'en tirer quelque maxime générale, valable pour l'ensemble du droit. On doit n'y chercher que la solution de problèmes sociaux bien circonscrits auxquels la technique juridique peut apporter des solutions utiles. Par exemple, la possession des meubles ou la personnalité juridique des groupements doivent être gouvernées par des règles ainsi agencées que l'activité commerciale y trouve une grande sécurité ; par exemple encore, la responsabilité civile délictuelle doit être fondée sur le risque, de manière que la répartition des richesses ne se fasse pas au hasard d'indiscrettes et hasardeuses supputations judiciaires sur les dispositions psychologiques des auteurs de dommages. Ces finalités de règles particulières sont celles qui se déduisent de l'observation de la conscience juridique telle qu'elle est répandue à travers les nations.

Dans un article qu'il donna à la première livraison de la Revue trimestrielle de droit civil (« Ecole historique et droit naturel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 80), Saleilles voulut bien qu'on dit « naturel »

le droit ainsi élaboré mais la concession était sans portée, car assortie de lourdes restrictions : il s'agissait d'un « droit naturel *relatif* », conformément à la doctrine de l'auteur allemand Stammeler, et morcelé, puisque relatif à des problèmes multiples et promis aux variations que dicteraient la conscience juridique collective.

## B) Qui doit dire le droit

Encore faut-il désigner le prophète, l'augure ou le pontife habilité à aller puiser des solutions utiles dans le droit naturel relatif qu'alimente abondamment le droit comparé.

Saleilles, partageant un sentiment répandu à son époque, tient le législateur pour un intermédiaire suspect, sujet à des révolutions ou au moins à des pressions populaires qui l'éloignent de l'observation scientifique des faits sociaux, nationaux et étrangers. Certes, notre régime politique contraint nos juges à observer la loi, mais ce devoir d'obéissance est subordonné à l'existence d'un texte clair, condition qui n'est pas trop souvent réalisée quand il s'agit d'application concrète. Et, quand elle l'est, l'obligation de juger selon la lettre de la loi devrait, selon Saleilles, être tempérée par l'introduction, en France, de l'exception d'inconstitutionnalité. Larnaude chagrina son collègue quand il lui représenta les inconvénients pratiques de cette institution.

Lorsqu'il se soustrait aux pressions populaires, le législateur peut, à la rigueur, faire des réglemmentations, mais à la condition qu'elles ne soient pas trop « normatives » et après avoir reçu les leçons des techniciens du droit : la Belle Epoque n'en manquait pas, riche en sociétés savantes dont les plus chères au cœur de Saleilles étaient la Société de législation comparée et la Société des prisons.

Le meilleur canal d'introduction du droit naturel relatif restait celui que forme l'association de la doctrine et de la jurisprudence. Ce couple est indissociable car le juge doit s'interdire toute hardiesse d'interprétation qui n'ait pas été, au préalable, appréciée par la doctrine, seule capable de savoir si la nouveauté repose sur les données objectives de la conscience sociale et du droit comparé, et seule apte à en mesurer les effets prévisibles. Le bon juge de Château-Thierry qui acquitte la voleuse de pain cède à la compassion et à l'équité mais ne fait pas le droit comme on devrait.

Quant à la doctrine, en quête du droit commun des nations, elle doit se garder de toute importation ou imitation servile des droits étrangers. Et, en observant leurs solutions, elle doit les juger non pas selon des critères de cohérence juridique, mais selon leur compatibilité avec les données sociales du pays récepteur.

Où trouvera-t-on des observateurs assez consciencieux et savants pour analyser les faits sociaux en des espaces étendus et pour en déduire les règles objectivement les plus désirables ? Saleilles le

sait : dans les Facultés de droit renouvelées, là où l'enseignement juridique serait enrichi par celui de la sociologie. On retrouve ainsi une ambition des années 1900 dont la S.H.F.D. a déjà fait l'objet d'un précédent cycle d'études (« Les méthodes de l'enseignement du droit du Moyen-Age à nos jours » in *Annales des Facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n° 2, spéc. p. 91 à 150), et dont on sait déjà qu'elle fut déçue.

Mieux vaut conclure sur ce que le temps présent doit à Saleilles. Il n'eut pas, sur la théorie du droit, l'influence d'autres compatistes tels que Gény ou Lambert. Sa mort précoce empêcha qu'il forme une école durable de juristes se réclamant de lui.

Mais l'exemple de son activité inspira Henri Capitant et ses travaux favorisèrent beaucoup l'essor du droit commercial français. Ses écrits sur la possession des meubles et sur la personne morale, notamment, persuadèrent définitivement les commercialistes qu'ils pouvaient légitimement chercher leurs solutions hors de nos Codes et même de nos frontières : il y a beau temps que le droit des effets de commerce, des sûretés commerciales, de la bourse ou des transports est une affaire de juristes internationaux qui savent comment on fait adopter certaines règles pratiques par les tribunaux et même les parlements. La construction européenne en est la preuve.

Mais on peut douter que Saleilles reconnaîtrait dans notre moderne technocratie, nationale et européenne, le collègue des augustes comparatistes dont il rêvait : la propension des fonctionnaires d'aujourd'hui à composer des règlements innombrables et interminables le révolterait sûrement, il ne les qualifierait pas de juristes et flétrirait l'étroitesse et l'instabilité de leurs productions. La Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme lui causeraient en revanche quelque plaisir car il verrait, dans les savants et diserts magistrats qui composent ces juridictions internationales, des juristes inventifs fort respectueux de la conscience collective des Nations.

Jacques-Henri ROBERT,

*Professeur à l'Université de Paris II*